

cleo familiar (art. 35) y la promoción de guarderías infantiles y otras formas de guarda y cuidado de los hijos, ubicados en lugar de fácil acceso por los padres (art. 37).

En el Taller Regional sobre “el derecho a la identidad del niño y adolescente en el Mercosur”, realizado en Buenos Aires durante 25/26 de setiembre de 2000, se recomendó que la cuestión de la niñez y la adolescencia tenga un lugar de tratamiento y consideración en las instancias institucionales previstas por los tratados y protocolos que rigen el funcionamiento del Mercado Común del Sur. En esa misma ocasión se analizó la creación de un marco jurídico específico relativo al Registro Civil y adopción de niños integrantes del Mercosur, como también el tema de la nacionalidad y su forma de adquisición, en orden a la identidad de los niños nacidos en los países del Mercosur.

Los antecedentes que reseñamos demuestran que la perspectiva de integración se extiende a una variedad de problemas familiares. Ya específicamente respecto de las uniones de hecho, la XXXIII Conferencia Interamericana de Abogados, celebrada en Río de Janeiro en 1997, resolvió recomendar a los Gobiernos estudiar la elaboración de **un cuerpo normativo uniforme que regule las relaciones familiares formales o concubinarias de los habitantes de cada Estado**. Entre sus considerandos señala que: “1) las uniones concubinarias resultan en la actualidad la base de muchas familias latinoamericanas; 2) el concubinato es un hecho generalizado sin distinción de clases ni geografías que engendra situaciones personales y familiares que deben ser consideradas; 3) la inmigración es un hecho creciente dentro del fenómeno de la globalización y, consiguientemente, los conflictos familiares pueden aparecer en el seno de familias que no sean nacionales del país de residencia; 4) el concubinato es de aquellas materias en las que no existe actualmente una reglamentación común, dentro del derecho regional y la falta de un cuerpo normativo uniforme atenta contra la seguridad jurídica y puede dar lugar a situaciones de privilegio o de discriminación de los habitantes de los Estados”.

IV. Las uniones de hecho en los países del Mercosur

Con el objetivo de interrogarnos y reflexionar sobre los criterios que deben adoptarse para crear un marco jurídico común sobre la materia, es bueno contar con una somera información acerca del modo en que los países integrantes de la unidad regional han regulado las convivencias de pareja; específicamente, en esta oportunidad nuestra atención se dirige a las parejas heterosexuales, pues la Dra. Minyersky desarrollará el tema respecto de las parejas homosexuales. Por cierto, no es nuestra intención hacer un estudio comparativo, sino simplemente mencionar algunas notas centrales de las respectivas normativas.

El escenario de las uniones de hecho en el contexto del Mercosur nos presenta dos países, Paraguay y Brasil, que han regulado los efectos personales y patrimoniales de las convivencias de pareja. En cambio, la Argentina y Uruguay no las reconocen en sus códigos civiles, aun cuando se han realizado una serie de avances, ya sea por vía de reformas legales en aspectos parciales o por la amplia contribución de la doctrina y jurisprudencia.

Tanto en el Brasil como en el Paraguay se establecen una serie de condiciones para que estas uniones produzcan efectos. En el Paraguay (ley de divorcio N° 45 del año 1991), la normativa, que continúa con el uso del término “concubinato”, expresión prácticamente desechada en la legislación comparada, exige: a) la existencia de una pareja heterosexual; b) convivencia estable y singular; c) ambos integrantes deben tener la edad mínima para contraer matrimonio y no hallarse afectados por impedimentos dirimentes (art. 83).

En el Brasil se otorga efectos a la unión concubinaria a través de dos leyes, la ley 8971/94 y la ley 9278/96. Se reconoce como una entidad familiar la convivencia duradera y pública y continua de un hombre y una mujer establecida con el objetivo de constituir una familia (art. 1, ley 9278). Las condiciones, pues, para las llamadas “uniones libres” son: a) dualidad de sexos; b) estabilidad y c) publicidad.

En cuanto a los efectos, en la legislación paraguaya, cuando la duración de la unión es superior a cuatro años se crea entre los concubinos una comunidad de gananciales. Si hay hijos en común, el plazo de duración se considera cumplido en la fecha del nacimiento del primer hijo (arts. 84 y 85). Después de 10 años los concubinos pueden, mediante declaración conjunta, inscribir la unión, la cual queda equiparada al matrimonio legal, incluso a los efectos hereditarios, y los hijos comunes se consideran matrimoniales. Si sólo uno pide la inscripción, el juez decide, en forma breve y sumaria, después de escuchar las alegaciones de ambas partes (art. 86). Los bienes adquiridos por cualquiera de los concubinos durante la vida en común están afectados a la satisfacción de las necesidades de la familia e hijos menores y su administración corresponde a cualquiera de ellos indistintamente. Sólo los bienes propios están bajo la administración y disposición del titular (art. 87). Los gastos que cada uno realice en beneficio de la familia, así como las obligaciones contraídas a tal efecto, obligan a ambos y se abonan con los bienes comunes y si éstos no son suficientes se pagan con los bienes de cada uno en forma proporcional (art. 88).

En cuanto a los hijos, funciona la presunción de que son hijos del concubino los nacidos durante la unión de éste con la madre, salvo prueba en contrario (art. 89).

Se otorga un derecho alimentario al conviviente reclamante, después de la ruptura, cuando no tuviere recursos y estuviere imposibilitado de procurárselos. Los alimentos se deben mientras dure la emergencia (art. 90).

La ley establece un derecho sucesorio amplio del concubino si la convivencia supera los 4 años. El concubino recibe la mitad de los gananciales; la otra mitad, si hay hijos, se distribuye entre los hijos del fallecido. Si el causante tiene bienes propios, el concubino supérstite concurre con los hijos en igualdad de condiciones (art. 91). Si tiene ascendientes concurre con ellos y si no existen ascendientes o descendientes, el concubino recibe todos los bienes (art. 93).

Goza el concubino de los mismos derechos en cuanto a las jubilaciones, pensiones o indemnizaciones que corresponden al cónyuge (art. 94). También pueden constituir el bien de familia (art. 95).

La ley brasileña 9278/96 fija las consecuencias personales y patrimoniales nacidas de las convivencias de pareja. Se establecen los siguientes derechos y deberes entre los convivientes: 1) respeto y consideración mutuos; b) asistencia moral y material recíproca; 3) guarda, sustento y educación de los hijos comunes (art. 2).

Los bienes muebles o inmuebles adquiridos por uno o por ambos convivientes, a título oneroso, son considerados fruto del trabajo y la colaboración común y pertenecen a ambos en condominio o en partes iguales, salvo estipulación contraria por escrito. Cesa la presunción establecida en esta norma si la adquisición patrimonial ocurre con el producto de bienes adquiridos con anterioridad al inicio de la unión. La administración del patrimonio común compete a ambos convivientes, salvo estipulación contraria por escrito (art. 5).

Disuelta la unión por rescisión, uno de los convivientes debe prestar asistencia al otro en caso de necesidad a título de alimentos (art. 7).

Disuelta la unión por muerte de uno de los dos convivientes, el sobreviviente tiene el derecho real de habitación sobre la vivienda destinada a la residencia familiar, si no se ha casado o formado una nueva unión (art. 7).

La ley 8971 de 1994 reconoce a los convivientes cuya vida en común hubiera durado más de cinco años o tuviesen hijos y se tratara de personas solteras, jurídicamente separadas, divorciadas o viudas, un derecho sucesorio que posee la máxima amplitud cuando el causante no tiene descendientes o ascendientes. En este supuesto, el conviviente superviviente tiene derecho a la totalidad de la herencia. Cuando hay hijos del fallecido o comunes, el compañero sobreviviente tiene derecho al usufructo de la cuarta parte de los bienes del *de cujus* y al usufructo sobre la mitad de los bienes, si sobreviven ascendientes (art. 2). Empero, aun habiendo descendientes o ascendientes, cuando los bienes de la herencia resultaren de la actividad y colaboración del compañero, tendrá el sobreviviente derecho a la mitad de los bienes (art. 3).

En el Uruguay, como dijimos, las uniones de hecho no son reguladas en el Código Civil, pero en forma similar a lo que sucede en la Argentina, su existencia es reconocida en diversas leyes como la de asignaciones familiares o Plan Nacional de Viviendas. Los jueces, tal como ha ocurrido en nuestro país, han aplicado normas y principios de derecho común para resolver algunos conflictos en materia patrimonial. De esta manera, aplican a los concubinos las normas referidas a la sociedad de hecho o la teoría del enriquecimiento sin causa, como fundamentos jurídicos de los reclamos patrimoniales de alguno de los integrantes de la pareja. También la jurisprudencia ha otorgado legitimación a los concubinos para demandar el daño moral o material por muerte de un conviviente. Igualmente, en los conflictos relativos a la vivienda familiar, se ha apelado, ante la ausencia de un texto legal, a la aplicación analógica de las normas que regulan las situaciones de separación o divorcio, precisándose que en estos casos no se aplican “las normas” que regulan el divorcio o la separación, sino los fundamentos de las mismas en lo que fuere pertinente¹⁰.

(10) Ma. Inés Varela de Motta, *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*.

Entre otros avances, algunas sentencias reconocen que las funciones domésticas que ejerce alguno de los concubinos constituyen base suficiente para el reconocimiento de una compensación patrimonial, por vía del enriquecimiento sin causa, pues tales tareas, se ha sostenido, benefician a la comunidad de vida y al disolverse la unión no deben beneficiar sólo a uno de los integrantes¹¹.

Nuestro Código Civil, siguiendo los lineamientos del Código Napoleón, adoptó una posición abstencionista frente al concubinato. Sin embargo, la realidad social ha forzado la sanción de algunas leyes que reconocen derechos a los convivientes, en el área de la seguridad social, contrato de trabajo, continuación del derecho locativo, trasplante de órganos, normas estas que representan una fuente importante de derechos. Han contribuido de manera notable a este proceso de aceptación de las convivencias de pareja el pensamiento doctrinario y la acción de la justicia. La ausencia de responsabilidades personales o patrimoniales entre los unidos de hecho, salvo las derivadas de la relación con los hijos, se ha ido atenuando merced a la labor de los jueces quienes, mediante la aplicación de los principios comunes, idearon diversas construcciones jurídicas tendientes a preservar el valor justicia de raigambre constitucional, principalmente en los casos de ruptura. En nuestro país se manifiesta actualmente una fuerte conciencia de la necesidad de regular, en mayor o menor medida, los efectos de las convivencias de pareja, expresada en las obras, ponencias y recomendaciones de diversas reuniones científicas.

Resulta evidente que la falta de respuestas específicas en el ámbito del derecho de familia crea numerosas situaciones de injusticia y desprotección, especialmente cuando la pareja se separa, en materias como la asistencia, la vivienda o la distribución de bienes.

V. Bases para la armonización legislativa y políticas públicas en el Mercosur

Como ya lo hemos señalado, la idea de integración requiere la protección de las distintas formas de familia en cada uno de los Estados Partes. Al mismo tiempo, es indispensable que las familias de los países componentes del bloque, en sus desplazamientos, cuenten con las garantías legales que aseguren su amparo. Una noticia nos informa¹² que las fronteras del Mercosur se abrirán en el año 2003 para todos los ciudadanos que viven en los países de la unidad regional. Esto significa que los ciudadanos de cualquiera de estos países podrán viajar a otro del Mercosur, fijar allí su residencia con su familia, estudiar y trabajar, con los mismos derechos y obligaciones. Es decir que desaparecen las restricciones migratorias. Este acuerdo, suscripto el 8 de noviembre de 2002 en una reunión de Ministros de Justicia del bloque, tomará la forma de

(11) Adolfo Gelsi Bidart, *Revista Uruguaya de Derecho de Familia* N° 7, Fundación de Cultura Universitaria, mayo 1992, págs. 7 y siguientes, cita fallo en el caso 11.020, Dr. Álvaro Calzada, *La justicia uruguaya*, t. 97, págs. 86-88.

(12) *Clarín*, 11/11/2002.

un Protocolo, cuya finalidad será facilitar el libre flujo de mano de obra como elemento fundamental de la supresión de las barreras comerciales. El acuerdo, según los Ministros del Mercosur, refleja el alto interés en avanzar en la consolidación de un espacio jurídico integrado. La libre circulación de las personas ofrece a los ciudadanos la posibilidad de trabajar y estudiar en el suelo regional, elemento esencial para una auténtica integración, al mismo tiempo que permite blanquear a numerosos indocumentados que, con frecuencia, trabajan por sueldos miserables, sin beneficios sociales, en razón de estar fuera del circuito legal en el ámbito laboral.

Los procesos de integración económica, en sus distintas variantes, reclaman, por lo tanto, la armonización legislativa en variados aspectos, entre los cuales, como hemos visto, se incluyen cuestiones relacionadas con el derecho de familia. Se trata de lograr acuerdos por los cuales los Estados Partes que componen el bloque y los Estados Asociados se comprometan a crear un marco jurídico común, sobre la base de la vigencia de los derechos humanos que conforman el orden público tanto internacional como regional. La idea es avanzar en el proceso de acercamiento comunitario, con el debido respeto a la identidad de cada país.

Se ha sostenido que el derecho de familia es rebelde a la unificación; sin embargo, basta una rápida mirada en el derecho comparado para vislumbrar criterios comunes, entre otros, el principio del pluralismo jurídico al legitimar las distintas formas de familia, la igualdad de todos los hijos y la responsabilidad compartida en su cuidado y manutención, durante la convivencia y después de la ruptura, o la sanción de medidas destinadas a la prevención, protección y tratamiento de las situaciones de violencia familiar.

Por consiguiente, entendemos que en el contexto del Mercosur el desafío es progresar en el estudio de algunos criterios unificadores en el tratamiento de las convivencias de pareja, acordes con los principios de libertad, igualdad, responsabilidad y solidaridad ínsitos en los tratados de derechos humanos, lo cual no supone, va de suyo, volver a insistir, una identidad normativa interna.

Es mi interés llamar específicamente la atención sobre los hogares a cargo de madres solas, es decir, los hogares monoparentales con jefatura femenina, que representan una magnitud relevante en América latina. Una gran parte de estos hogares provienen de la ruptura de las uniones de hecho que crea una asimetría entre los integrantes de la pareja. Diversas investigaciones han demostrado que esta situación perjudica en mayor medida a la mujer porque tiene menores posibilidades para poder afrontar el sustento del núcleo familiar, sin el apoyo del compañero. En muchos sectores aún se mantiene el modelo tradicional, el hombre sujeto productor y la mujer administradora del hogar y cuidado de los hijos. Por consiguiente, frente a una separación, la mujer se encuentra en dificultades para acceder al mercado de trabajo por la función familiar que cumplió durante la convivencia, razón por la cual estos hogares monoparentales ven disminuido su nivel de vida y conforman el sector más pobre entre los pobres.

Si la promesa de los cancilleres del Mercosur de unificar criterios para la

concreción de planes sociales destinados a combatir la pobreza se comienza a efectivizar, es menester contemplar en tales proyectos las necesidades particulares de los hogares monoparentales. Las mujeres a cargo de tales familias requieren acciones positivas por parte de los Estados Partes tendientes a eliminar los obstáculos que les impiden progresar en su desarrollo personal y les causan graves daños a su salud y bienestar, por la doble carga que soportan, laboral y familiar.

En el caso de las mujeres a cargo de los hogares con hijos, se pueden distinguir varios tipos de acción positiva¹³; unas deben apuntar a su reinserción laboral y profesional mediante la capacitación necesaria, teniendo en cuenta que la dedicación a la familia durante la vida en común pudo haber limitado sus posibilidades de formación y perfeccionamiento; otras medidas deben encarar el apoyo de la mujer para el cuidado de los hijos a su cargo, creando las infraestructuras necesarias a tal fin, tal como lo establece el art. 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En suma, no basta con proclamar la igualdad ante la ley, sino que deben crearse las condiciones para hacer efectiva la mentada igualdad de derechos y de oportunidades y esta directiva es un requisito indispensable para el desarrollo social y económico de los países que integran el Mercosur.

Proponemos los siguientes criterios que deberían contemplarse en un marco jurídico común destinado a la regulación de las convivencias de pareja:

1. Creación de normas específicas en el derecho de familia, en los Estados Partes que aún no las contengan, que contemplen las relaciones personales como patrimoniales de los convivientes. Ha quedado demostrado que resulta muchas veces injusto e inapropiado encorsetar la relación familiar en normas de derecho común pues de esta manera se lesiona, a menudo, el principio de seguridad jurídica al posibilitar decisiones que se contradicen. Los conflictos deben resolverse mediante regulaciones propias, con el alcance que se fije, destinadas a cumplir una función orientadora y solucionar las controversias que se presenten.

2. Dada la diversidad de causas que originan las convivencias de pareja, se requiere elaborar un sistema que respete las distintas situaciones. Por una parte, establecer ciertas reglas que aseguren la asistencia, protección de la vivienda familiar y reconocimiento de los bienes fruto del esfuerzo común. Por la otra, acordar a los convivientes la posibilidad de realizar, si así lo desean, pactos destinados a regular sus relaciones, que pueden alterar las reglas establecidas siempre que no afecten los derechos fundamentales de sus integrantes.

3. Es necesario que los Estados Partes consideren, en la regulación de las convivencias de pareja, aspectos como: derechos y deberes de los progenitores, asistencia, vivienda, responsabilidad frente a terceros, participación en los bienes logrados con el esfuerzo común y derecho sucesorio. Enunciamos algunas recomendaciones, que tienen como antecedente las conclusiones de trabajos doctrinarios y reuniones científicas realizados en nuestro país:

(13) Hebe Leonardi de Herbón, ob. cit., pág. 27.

A. La obligación de los convivientes de contribuir a las cargas del hogar, en proporción a los recursos de cada uno, considerándose que el desempeño del hogar, el cuidado de los hijos o la colaboración no retribuida, prestada a la profesión o empresa del otro integrante de la pareja, constituye un aporte destinado a cubrir las necesidades familiares.

B. Producida la ruptura de la unión, es necesario contemplar la posibilidad de un reclamo asistencial para cubrir el nivel de subsistencia del conviviente, en caso de necesidad.

C. El principio de protección familiar significa afirmar la responsabilidad solidaria de ambos convivientes respecto de las deudas que uno de ellos hubiera contraído con terceros para atender las necesidades del hogar, crianza y educación de los hijos y conservación de los bienes comunes.

D. La protección de la vivienda familiar implica:

1. conceder a los convivientes la posibilidad de que puedan constituir un bien de familia;

2. conferir, bajo ciertas condiciones, el derecho de habitación al conviviente supérstite;

3. necesidad del consentimiento del conviviente para la disposición del inmueble asiento del hogar familiar y de los bienes muebles que componen el ajuar de la casa, siempre que hubiera hijos menores o incapaces, con el debido registro inmobiliario y la facultad judicial de autorizar la disposición del bien si el interés familiar no resultare comprometido;

4. en caso de ruptura de la unión, para decidir la atribución de vivienda, otorgar prioridad al conviviente que tiene la guarda de los hijos menores o incapaces, de acuerdo con las circunstancias del caso. Acordar al progenitor que ejerza la guarda de los hijos menores o incapaces el derecho a solicitar la indisponibilidad del inmueble de propiedad común o perteneciente al otro, que fuera hogar del grupo familiar, con inscripción en el Registro de la Propiedad.

E. Establecer un sistema que otorgue a los convivientes la posibilidad de compartir los bienes obtenidos con el esfuerzo común, salvo pacto en contrario, considerándose que el trabajo personal en el hogar y cuidado de los hijos constituye una contribución con valor económico.

Para concluir, queremos recordar que hoy en día el Estado de Bienestar Social se encuentra en franco retroceso y se manifiesta un fuerte retorno a la familia como única garante de la supervivencia de sus integrantes. Por consiguiente, juntamente con la exigencia de reales políticas sociales, el marco jurídico destinado a la armonización legislativa en el ámbito regional debe contemplar un adecuado equilibrio entre el principio de la autonomía de la voluntad y la afirmación de los principios de igualdad, responsabilidad y solidaridad familiar en las relaciones entre los integrantes de la pareja. Estos principios constituyen, a nuestro entender, los pilares de una familia democrática.

Muchas gracias.