

## CONCUBINATO

JULIO CÉSAR CAPPARELLI\*

### Introducción

Los cambios en las conductas sociales en los últimos años se manifiestan en lo que respecta al derecho de familia en la proliferación de las uniones de hecho.

Siempre ha existido junto a la realidad del matrimonio el hecho del concubinato, pero este último presenta en la actualidad sus rasgos propios.

La sanción de la ley 2393 de matrimonio civil en el año 1888 tuvo como intención primordial poner bajo el control del Estado todo lo concerniente al matrimonio. El art. 167 del Código de Vélez Sarsfield establecía para los católicos la forma canónica, y para los que no lo fueran el art. 183 remitía a las leyes y los ritos de la iglesia a la que perteneciesen y a las normas del Código. El matrimonio era entonces religioso y tenía efectos civiles. La ley 2393 innovó al obligar a la celebración civil bajo pena de nulidad, lo que era contrario a las costumbres imperantes.

Esa ley logró su cometido y fue aceptada, habituándose los que contraían matrimonio religioso a celebrar con anterioridad el matrimonio civil.

Sin embargo, el matrimonio civil no modificó las pautas esenciales del matrimonio católico. Mantuvo las obligaciones personales de los cónyuges y la indisolubilidad. Existió en la Argentina un divorcio que no permitía la celebración de un nuevo matrimonio.

\* Abogado UCA. Escribano. Titular Ordinario de Derecho de Familia. UCA.

Después de la Segunda Guerra Mundial, época en la que se manifiesta de modo especial y se proyecta hasta el presente la proliferación del divorcio, la Argentina mantuvo su legislación civil sin modificación, salvo el corto período, a fines de la segunda presidencia de Juan D. Perón, en que se produce un conflicto con la Iglesia Católica y ello se refleja en la ley 14.394, que introduce el divorcio vincular, norma que va a ser dejada sin efecto por el gobierno militar de la revolución de 1955. Se prolonga entonces hasta la sanción de la ley 23.515 en el año 1987 la situación anterior de conservar un divorcio no vincular.

Ante este panorama legal, aquellos que se divorciaban, al no poder casarse, se unían en concubinato. A menudo, para tener algún matrimonio tramitaban un divorcio en el exterior y allí celebraban un nuevo matrimonio, que era en fraude a la ley argentina. Surgieron así los que se dieron en llamar en la jerga jurídica los "matrimonios mexicanos", dado que México solía ser el país elegido al efecto.

Lo interesante del caso es que tal actitud denotaba un deseo de matrimonialidad, procurando en el exterior lo que no podían lograr en el país.

Las cosas han cambiado y mucho.

La sanción de la ley 23.515, llamada vulgarmente la ley de divorcio vincular, porque lo instauró por diversos caminos facilitándolo sensiblemente, debió haber sido una ley que permitiese un crecimiento de la matrimonialidad, proporcional al aumento de los divorcios.

No ocurrió así. Esa ley, que muchos pregonaron como necesaria para permitir la celebración de nuevos matrimonios, viene acompañada de una fuerte tendencia a una privatización de la unión del hombre y de la mujer.

No alcanza con tener una ley a disposición para casarse y divorciarse cuantas veces uno lo considere conveniente. Ahora interesa menos casarse. Esta tendencia que se manifiesta en Europa también se ha afincado en estas tierras.

Los jóvenes tienden a la convivencia sin pasar por el Registro Civil. Ni siquiera preocupa como antes la legitimidad de los hijos, dado que no hay diferencia entre los matrimoniales y los extramatrimoniales, salvo su emplazamiento jurídico. Parece que tampoco interesa el poder reclamar alimentos ante el incumplimiento del deber de contribución, y mucho menos la existencia de un régimen de ganancialidad que permita dividir los bienes en caso de divorcio o

muerte. La independencia económica de la mujer le otorga una autonomía que no tuvo hasta el presente. Según lo que los mismos convivientes declaran, no interesan los papeles ni los sellos sino el querer estar juntos. En un sentido parece que hemos vuelto a la *affectio maritalis* de los romanos, pero habría que privar a la expresión el calificativo *maritalis*, ya que la intención de la convivencia excluye todo compromiso, salvo el de cada día.

Es más, algunos, después de un largo tiempo de convivencia, a veces antes de decidir tener un hijo o ya con varios hijos, se plantean la posibilidad de celebrar matrimonio religioso, al que suelen unir —por costumbre ya secular— la celebración civil previa. En otros casos, cuando las uniones son de personas que han tenido hijos de sus matrimonios anteriores, prefieren la unión de hecho para evitar expresamente la aplicación de las normas del derecho sucesorio en caso de muerte de alguno de ellos, de manera que los bienes de uno pasen a sus hijos y no al otro, o cuando este otro fallezca, a sus hijos de otra unión.

Tal es el panorama cada vez más frecuente, razón que nos lleva a meditar con mayor profundidad en esa unión de hecho *more uxorio* a la que se le ha dado históricamente el nombre de concubinato.

El punto de partida de nuestra reflexión será el etimológico, para pasar inmediatamente a la consideración histórica del concubinato. Veremos su manifestación en el mundo antiguo, puntualmente en el derecho romano y sus características, para pegar un largo salto histórico hasta la actualidad a fin de poder comparar aquellos antecedentes con las tendencias legislativas, en especial en América Latina y puntualmente en los del Mercosur.

Es evidente que los saltos serán demasiado grandes, pero debemos circunscribir nuestro análisis a tiempos y espacios limitados, lo que se justifica por la finalidad del mismo, que es iluminar la realidad presente y realizar finalmente alguna propuesta.

### **Noción de concubinato y sus características en el derecho romano**

El diccionario de la lengua define la voz “concubinato” como relación marital de un hombre con una mujer sin estar casados<sup>1</sup>. Esta

<sup>1</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 1992, 21ª ed.

palabra deriva de un compuesto, *con* y *cubitus*, siendo este último un término para referirse a la cama o a la postura de una persona acostada. También *cubitus* se refiere al codo sobre el cual se apoya quien se reclina o acuesta, posición que tomaban los romanos para comer. En otro sentido, *concubinus* es compañero de lecho, amante, y *concubitus* se aplica a la unión del hombre y de la mujer.

La etimología nos ubica ya en una relación carnal entre el hombre y la mujer al margen de otro tipo de relación que se establece entre el varón y la mujer en el matrimonio. Justamente el matrimonio como institución merece tratamiento jurídico, mientras que el concubinato se establece al margen de lo legal.

En el derecho romano clásico, el matrimonio sólo puede celebrarse entre personas del mismo rango. Las *iustae nuptiae* o *matrimonium iustum* surgían de una unión honorable. La mujer debía participar de la dignidad del marido. Gozaba del *honor matrimonii* lo que importaba el trato propio de marido y mujer. En cambio, si uno o ambos eran esclavos, la unión era llamada "contubernio". Las uniones incestuosas tampoco eran consideradas honorables.

Las profundas divisiones en clases sociales, las diferencias entre quien era ciudadano romano y quien no lo era marcaban la posibilidad o no de celebrar nupcias. El *conubium* era propio de los ciudadanos romanos y en algún caso se podía extender a latinos y peregrinos: *conubium habent cives romani cum civibus romanis: cum latinis et peregrinis ita, si concessum sit*<sup>2</sup>.

La *lex Iulia* a.18 a.C. y la *Papia Poppea* a.9 d.C., ambas de Augusto, excluyen la posibilidad de considerar justas nupcias si la unión era de un senador o sus descendientes hasta el tercer grado con libertas y con mujeres *quarum pater materve artem ludicram fecerit*, expresión utilizada para los artistas.

Lo dicho hasta acá nos sirve para considerar qué ocurría si la unión no podía ser tenida por matrimonial. Al matrimonio se le reconocían determinadas consecuencias jurídicas, considerándose de gran importancia la capacidad para recibir por testamento y el poder aspi-

<sup>2</sup> ULP. Ep., 5, 4, FALCAO Miguel, *Las prohibiciones matrimoniales de carácter social en el imperio romano*, EUNSA, pág.10, nota 11. Sobre la noción de *conubium* y su importancia como capacidad para la celebración de las nupcias puede consultarse VOLTERRA, Edoardo, "La Nozione Giuridica del Conubium", en *Studi in memoria de Emilio Alberario*, vol. II, Milán, Giuffrè Editore, 1950.

rar a la *bonorum possessio unde vir et uxor*, no pudiendo suceder *ab-intestato* los que no fueran cónyuges. Estos efectos no eran aplicables en caso de concubinato.

De todos modos, es justo decir que existía libertad para unirse con una persona de rango menor. Tal era la unión concubinaria que no estaba sometida a prohibiciones o impedimentos, pero como contrapartida, tampoco gozaba de los beneficios de las nupcias.

El concubinato se daba en dos supuestos: a) en aquellos casos en los que existía prohibición para casarse, constituyendo un sustituto del matrimonio; y b) respecto de aquellas personas uniéndose a las cuales no se cometía estupro, considerándose como sujeto pasivo del estupro sólo la mujer ingenua y de vida honesta, con la cual la unión debía ser matrimonial.

En el mundo romano, el concubinato tuvo gran difusión y no mereció reproche alguno. Existieron las uniones momentáneas, las concubinarias y las matrimoniales.

El concubinato no competía con el matrimonio. Lo propio del concubinato era la unión, pero no con el carácter de exclusiva ni estable. Era común tener más de una concubina, permitiéndose en ese ámbito la poligamia. El matrimonio en cambio suponía tanto la unidad —era monogámico— como la estabilidad a pesar de que existiera el divorcio. De ahí que pudiera definirse como el *consortium omnis vitae*. Su vocación era la permanencia. El concubinato se caracterizaba por su fragilidad. En esos tiempos incluso el emperador podía tener una esposa y varias concubinas sin que eso fuera considerado inmoral.

La posibilidad jurídica de la coexistencia del matrimonio con uniones concubinarias se pone de manifiesto en el hecho de considerar Papiniano como *ex bonis moribus concepta una, stipulatio* de pagar una pena en caso de que el marido *concubinae tempore matrimonii consuetudinem repetisset*<sup>3</sup>.

Es importante tener presente que en realidad lo único que pertenecía al mundo jurídico era el matrimonio. El concubinato estaba fuera del derecho, razón por la cual las referencias al mismo eran indirectas y muy escasas. Con esta afirmación, no queremos negar que en el derecho romano clásico el matrimonio era una relación de hecho

<sup>3</sup> D.45, I, 121, I; II resp.

sino afirmar que sólo el matrimonio era considerado por la ley. El concubinato era indiferente para la ley o bien era considerado negativamente en cuanto que pertenecía a la esfera de la libertad del individuo, ni regulada ni prohibida por la ley.

Hasta tal punto esto es así que la noción del derecho romano clásico acerca del concubinato puede construirse tomando como punto de partida una sentencia del jurisconsulto Atilicino, conservada por Ulpiano, la cual sostiene que el concubinato es la unión estable con mujeres *in quas stuprum non committitur*.

Ahora bien, las personas que no eran sujeto pasivo del estupro eran: 1) las esclavas; 2) las alcahuetas y las actrices; 3) las condenadas en juicio público y las adúlteras; 4) las meretrices; 5) las mujeres de baja extracción social (*obscurum loco natae*), como por ejemplo las hijas de actores de teatro, de gladiadores, etcétera; 6) las libertas. Con todas esas mujeres era lícito vivir en concubinato *sin metu criminis*<sup>4</sup>.

Esto nos muestra que el matrimonio era la institución contemplada por el derecho, cuyas normas debían ser respetadas, mientras que el concubinato entraba en el ámbito de la libertad individual. Las uniones concubinarias no estaban reguladas ni se las consideraba prohibidas.

Viene en algunos casos a resultar un sustituto del matrimonio, ya que en los casos de concubinato no corresponde sanción legal por no haber transgresión. Explícitamente Paulo dice que *concubinam ex ea provincia, in qua quis aliquid administrat, habere potest*, con lo cual los soldados y gobernadores de provincias podían unirse a mujeres sin contrariar la *lex Iulia de adulteriis*<sup>5</sup>.

## **El advenimiento del cristianismo y su influencia con respecto al concubinato**

El proceso de cristianización del Imperio fue lento. Durante los primeros tiempos los cristianos no dejaron de ser un pequeño grupo que profesaba otra fe, que tenía otro Dios, cuya influencia no se percibía.

<sup>4</sup> BONFANTE, Pietro, *Diritto di famiglia*, pág. 232.

<sup>5</sup> BIONDI, Biondo, *Il diritto romano cristiano*, Milano, Giuffrè, 1952, t. III, pág.126.

La negativa de los cristianos a sacrificar a los dioses paganos y a abjurar de su fe provocará el desprecio por ellos y en determinados momentos su persecución.

Sin embargo, ese grupo fue creciendo en número y gravitando, en consecuencia, en la vida. En el siglo IV se producirá el gran cambio. Aquello que se iba infiltrando en las costumbres adquirirá el derecho a existir y traerá aparejado luego una modificación en el ordenamiento jurídico, pero no de inmediato.

Para comprender esto, es necesario saber también qué ocurrió en el seno de la comunidad cristiana.

El judaísmo, en la época de los reyes, también conoció el matrimonio y el concubinato con algunas características comunes a las que señalamos como propias de la Roma imperial.

La unión matrimonial es bendecida por Dios, tal como lo enseña el texto de Gn. 2, 24, al recordar que el hombre dejará a su padre y a su madre y se unirá a su mujer, pero no excluye en su seno la admisión del libelo de repudio aceptada por Moisés (Deut. 24.1) ni tampoco combate las uniones concubinarias. Para los judíos, el matrimonio también se celebra entre los que pertenecen al pueblo elegido, aunque esto admite excepciones. El hombre puede hacer cautiva a una mujer enemiga y tomarla por mujer (Deut. 21,10) y la unión con alguien que no pertenezca al mismo es aceptada por una finalidad superior, como es el caso de Abraham, que tiene un hijo con Agar, la esclava egipcia, ya que Sara no le procuraba descendencia (Gn. 16, 1 ss.). Sin embargo, este tipo de uniones es evitado por temor a perder la fe, de ahí la orden de Yahvé a los hijos de Israel: "no entréis a ellas, ni entren ellas a vosotros, porque de seguro arrastrarán vuestros corazones tras sus dioses" (I Re. 11,2). Esto que se prescribía para los judíos no era observado por el mismo rey Salomón, que tuvo 700 mujeres de sangre real y 300 concubinas, recordando el mismo texto que "las mujeres torcieron su corazón" (I Re. 11,3).

Esta ostentación de gran número de esposas y de concubinas por parte de Salomón conecta la práctica del rey, no la de sus súbditos, con la existencia de dos instituciones, el matrimonio y el concubinato, ligado este último a la unión con mujeres extranjeras, por lo tanto de otro rango.

En tiempos de Jesús se practicaba la unión matrimonial entre los judíos y otro tipo de uniones era visto con disfavor. La pregunta de los fariseos con respecto al repudio origina la respuesta de Jesús,

quien sostiene que al principio no fue así y que no es lícito repudiar a la esposa, a menos que se trate del supuesto de uniones prohibidas. Por eso, quien repudia a su mujer comete adulterio –salvo el caso de *porneia* o sea de unión ilícita–, lo que puede entenderse predicado de una unión prohibida, en cuyo caso no puede hablarse de matrimonio y tampoco de repudio (Mt.19.9)<sup>6</sup>.

La práctica del matrimonio entre las primeras comunidades judeo-cristianas está fuera de toda duda. Las preguntas de los miembros de la comunidad de Corinto al apóstol Pablo reflejan esto. Pablo les dice a los solteros y a las viudas que se casen –no todos serán célibes como el propio Pablo– y a los casados les recuerda el precepto que no es de él sino de Jesús “que la mujer no se separe del marido y, de separarse, que no vuelva a casarse o se reconcilie con el marido y que el marido no repudie a su mujer” (I Cor. 7,10-11). Es interesante destacar que la unión con el infiel es matrimonial, “pues se santifica el marido infiel por la mujer y se santifica la mujer infiel por el hermano” (I Cor. 7,14). Ha desaparecido a los ojos de Pablo la distinción entre el judío y el gentil, y esta igualdad lleva a considerar estas uniones como matrimoniales. El cristianismo empieza a tomar distancia de la concepción del derecho romano y de la propia práctica judía que ligaba al matrimonio con la condición social de los esposos y relegaba a otras uniones a la categoría de concubinarias<sup>7</sup>.

Esto explica que para los cristianos la unión entre el hombre y la mujer ya no tiene en cuenta su categoría social y va a ser considerada matrimonio. No podemos decir que sea clara a esa altura la conciencia de que se trata de un sacramento, ya que la noción de sacramento tal como la conocemos hoy es posterior, pero sí podemos afirmar que la unión es matrimonial o no es nada. Queda fuera de la ética cristiana la libertad y la promiscuidad sexual. La unión del hombre y de la mujer que se hacen una sola carne está ligada al misterio de la unión de Cristo con su Iglesia, como lo recuerda Pablo en la carta a los Efesios<sup>8</sup>.

Sin embargo, debemos tener presente que estas comunidades cristianas de los tres primeros siglos estaban integradas por judíos,

<sup>6</sup> Sobre las interpretaciones de este inciso, puede verse ADNES, Pierre, *Le Mariage*, Bélgica, Desclée & Co, Tournai, 1963, pág. 23 y sigs.

<sup>7</sup> Cfr. ADNES S. J., Pierre, *ob. cit.*, págs. 31-42.

<sup>8</sup> Ef. 5, 22-33.



por gentiles, por libres y por esclavos, y que para el ordenamiento jurídico las uniones entre ellos podían ser “concubinato” o “contubernio” según la categoría social de las partes. No es de extrañar entonces que no todo concubinato y no todo contubernio merezca el reproche de la Iglesia.

Frente a estas realidades nacen dos tendencias: una que condena toda unión que no sea matrimonial y otra que acepta el concubinato en aquellos casos en que presenta los caracteres propios de la unión matrimonial, o sea la unidad y la indisolubilidad.

La primera repudia el concubinato, en especial porque lo considera una unión inestable que permite incluso la práctica de la poligamia. Tal era el perfil del concubinato en esos tiempos. La expresión *paecipue temporibus christianis concubinas habere nunquam licuit, numquam licebit* de San Agustín<sup>9</sup>, se refiere al concubinato tal como era practicado por los paganos, o sea la unión disoluble, poligámica, que puede coexistir con el matrimonio.

Ésta es la orientación condenatoria.

La otra posición, más tolerante, es la que indaga en el tipo de relación concubinaria. Si se trata de una unión estable, monogámica, que responde a la concepción cristiana del matrimonio, puede ser aceptada. Así el Concilio de Toledo (can.17) sanciona el siguiente principio: *si quis habens uxorem fidelis concubinam habet, non communicet; ceterum is qui non habet uxorem et pro uxorem concubinam habeat, a communione non repellatur, tantum aut unius mulieris aut uxoris aut concubinae ut ei placuerit, sit coniunctine contentus*. Y lo mismo el Papa León dispone *qui non habet uxorem et pro uxore concubinam habet, a communione non repellatur*<sup>10</sup>. De ambas disposiciones surge que no deben ser apartados de la comunión quienes están unidos en concubinato como si fuera matrimonio, pero quien tiene esposa y también concubina no ha de participar en la comunión.

La licitud del concubinato que presente los caracteres fundamentales del matrimonio es reconocida por el concilio de Toledo, lo que textualmente recoge Graciano. Sólo el concubinato temporario es condenado: *concubinae ad tempus adhibitae nec etiam si causa filiorum concumbant, iustum faciunt concubinatum suum*<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Serm. 180 PL 39, 2292.

<sup>10</sup> Ep. 167 PL II, 493.

<sup>11</sup> Decr. Grat. c.5, 32 q.2, citado por BIONDI, *ob. cit.*, pág.129.

Puede resumirse el pensamiento de la Iglesia de entonces diciendo que sólo considera pecaminoso al concubinato que no pueda ser al mismo tiempo matrimonio. Si se trata de una unión para la cual no hay impedimentos, que respeta la unión monogámica, tal unión es lícita. Es indiferente que se trate de una "uxor" o de una "concubina". Para el cristianismo no hay distinción de categorías sociales, lo que importa son los valores propios del matrimonio que sí deben ser defendidos.

En este contexto, sólo se combate el concubinato en cuanto institución que reviste las características de facilitar la poligamia y la inestabilidad o ausencia de vínculo.

El pensamiento cristiano se centra en las propiedades del matrimonio y a su luz llega a considerar con benevolencia al concubinato por entonces vigente, en tanto se presente purificado de aquellas notas que repugnan a la ética evangélica.

No se ocupa en cambio del acto jurídico que da origen a la unión matrimonial, el que está ausente en las uniones concubinarias.

No es de extrañar que haya ocurrido así dado que los cristianos no tenían una forma canónica única, como impera desde el Concilio de Trento, que tuvo lugar diez siglos más tarde.

La forma propia del acto matrimonial dependió durante siglos de las costumbres del lugar en el cual el cristianismo se insertó.

Las comunidades judeocristianas conservaron las costumbres judías, ilustradas en los textos de los evangelistas, los que en diversas parábolas se refieren al cortejo de las vírgenes que acompañan a la esposa, quien es recibida en la casa del esposo en la cual se realiza el banquete nupcial.

Las comunidades que crecen en el mundo pagano conservan las costumbres matrimoniales de esos pueblos, ya que no eran contrarias a la fe. Así, la Iglesia de Roma adopta las diversas formas matrimoniales romanas a las cuales va a añadir una bendición<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> San Ignacio de Antioquia en el s. I en su epístola Ad Polycarpum, 5,2 dice que conviene a quien se casa, celebrar su unión con la conformidad de su obispo, a fin de que el matrimonio se realice según el Señor y no según la pasión (PG 5,724); y San Ambrosio declara *Ipsam conjugium velamine sacerdotali et benedictione sanctificari oportet* (Epist. 19, PL 16,985), lo cual está expresando algo conveniente, no obligatorio.

El *usus* como modo de acceder al matrimonio ya tenía poca vigencia en los albores del cristianismo. Pensemos que de modo semejante se inicia lo que hoy llamamos unión concubinaría, lo que nos muestra que aun para el derecho romano la forma del matrimonio no era lo más importante.

El acento evidentemente no estaba puesto tanto en el acto generador de la unión matrimonial sino en las propiedades del matrimonio en sí mismo. Esto es lo que el cristianismo rescata y el campo en el que hace sentir más su influjo<sup>13</sup>.

Es justo entonces preguntarse en qué medida esta defensa de las propiedades del matrimonio cristiano va a reflejarse en las leyes del Imperio. Y con respecto al concubinato, hasta qué punto es combatido o bien es de alguna manera asimilado al matrimonio.

Las leyes cristianas se van a manifestar contrarias al viejo concubinato, al que es expresión de la libertad sexual, al que facilita la poligamia, al que puede ser calificado de pecaminoso.

Ese concubinato es perseguido de diversas maneras. Para Bonfante, existen dos fases netamente distintas: la primera, en la cual el concubinato recibe tratamiento jurídico pero al sólo fin de combatirlo, y una segunda o propiamente justiniana, que procura elevarlo a una especie de matrimonio morganático<sup>14</sup>.

El modo de perseguir al concubinato consiste en atacar las donaciones hechas en favor de los hijos o de la concubina, las que son revocadas en favor de los descendientes, de los ascendientes y de los colaterales, o en defecto de éstos en favor del fisco. La ley establece esta incapacidad en cabeza de los hijos y de la concubina, lo que constituye una pena muy severa y desalienta el concubinato<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Si se tiene en cuenta la evolución de la liturgia matrimonial cristiana, puede verse que durante los primeros siglos hay pluralidad de formas; que en el siglo IV aparece una fórmula de consagración de la esposa; que en el Edad Media era un contrato suscripto por los cónyuges celebrado fuera del templo que recibía la bendición del sacerdote, lo que constituye un caso especial en el cual la *lex orandi* no viene en ayuda de la *lex credendi*, sino que por el contrario son los principios teológicos los que van a iluminar esa realidad. Cfr. ADNES, *ob. cit.*, pág.153, nota 2.

<sup>14</sup> BONFANTE, Pietro, "Nota sulla riforma Giustiniana del concubinato", Palermo, 1924, en *Studi in onore di Silvio Perozzi*. Contra: BIONDI, *ob. y lug. cits.*, sostiene que estas tendencias diversas existen pero no como pertenecientes a diversas fases históricas.

<sup>15</sup> CT 4,6,I; c.2 y c.3 = CI 5,27, I.

Esta toma de posición dura en contra de la ilegitimidad se mantuvo en algunas legislaciones modernas que no reconocieron derechos a los hijos nacidos fuera del matrimonio ni a la concubina. Paralelamente, el instituto de la legitimación de los hijos por matrimonio posterior favorece a la institución matrimonial al acordarles a los nacidos en la ilegitimidad los derechos que de otro modo no habrían podido tener. Se castiga o se premia en la medida en que los padres vivan en concubinato o se unan en matrimonio.

La legislación de Constantino por una parte combate el concubinato en cuanto unión extramatrimonial y, por otra, trata de promover el matrimonio, procurando que la unión concubinaria se transforme en matrimonio.

Biondo Biondi se refiere a la legislación posterior a Constantino como oscilante entre el rigor y la tolerancia. Sostiene que el concubinato recibe un tratamiento considerándolo un matrimonio de grado menor, un *matrimonium inaequale*<sup>16</sup>.

Así, la primera manifestación de esta tendencia se encuentra en el Código Teodosiano, que se refiere a una *legitima coniunctio* como opuesta a la *honesta celebratio matrimonii* (CT eod.7). Esa unión es considerada legítima aunque no sea igual a la conyugal (CT.14.7.1).

La estrategia es regular al concubinato de manera análoga a la del matrimonio. Es lo opuesto al silencio del derecho romano clásico. Como veremos más adelante, estas dos tendencias, la de la exclusión o del silencio legal por una parte y la de la regulación semejante a la matrimonial por la otra, se hacen presentes en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos contemporáneos.

Lo que ciertamente se rechaza es la vieja práctica de tener, además de la esposa, una concubina. Así Justiniano dispone: *omnibus etenim uxorem habentibus concubinas vel liberas vel ancillas habere nec antiqua iura nec nostra concedunt*<sup>17</sup>.

El concubinato es mirado con mejor consideración siempre que la monogamia y la estabilidad fueran respetadas. A esto se añadió la extensión de los impedimentos matrimoniales a los concubinos. Se les

<sup>16</sup> BIONDI, *ob. cit.*, pág.132 y nota 2.

<sup>17</sup> CI 7, 15, 3,2; 531.

aplica el impedimento de parentesco, cuya transgresión hace del concubinato una unión ilícita<sup>18</sup>.

Justiniano promueve la asimilación del concubinato al matrimonio otorgando derechos sucesorios a los hijos de tales uniones si no hubiera cónyuge ni hijos legítimos, estableciendo la posibilidad de legitimación de los hijos por subsiguiente matrimonio y extendiendo al concubinato los requisitos del matrimonio<sup>19</sup>.

Las diferencias entre el concubinato y el matrimonio tienden a desaparecer. Sobre todo si se tiene presente que no existía una forma canónica, tal como lo expresáramos anteriormente. El problema que presenta entonces el concubinato consiste —dado que no hay celebración como en el matrimonio— en establecer cuándo se puede presumir la unión, lo que es importante ya que tanto el matrimonio cuanto el concubinato pasan a ser igualmente lícitos y se distinguen de las uniones ilícitas que puede tener un hombre con una meretriz<sup>20</sup>.

La diferencia vuelve a marcarse cuando la forma del matrimonio cristiano viene a insinuarse a través de la bendición nupcial. El matrimonio se celebra *in facie ecclesiae* y recibe la bendición, no así la unión concubinaria que pasa a ser considerada fornicación.

En una visión retrospectiva, podemos apreciar cuál fue la relación entre el matrimonio y el concubinato.

En el derecho clásico, el matrimonio se perfiló como un negocio jurídico bilateral, continuado en el tiempo, para el cual era necesario el *conubium* o aptitud legal para casarse, institución que confería el *honor matrimonii*, o sea el trato propio de los esposos legítimos, el que no estaba ligado necesariamente a la convivencia y que se caracterizaba por la  *affectio maritalis* o voluntad de querer mantenerse en ese estado. El concubinato en cambio podía coexistir con el matrimonio, reflejaba la desigualdad social, era por esencia frágil, no duradero, no

<sup>18</sup> D.25, 7. I, 3-4: "*Si qua in patroni fuit concubinato, deinde filii esse coepit vel in nepotis, vel contra, non puto eam recte facere, quia prope nefaria est huiusmodi coniunctio, et ideo huiusmodi facinus prohibendum est*". La norma utiliza la palabra *nefaria* para calificarlo, que puede ser traducida como criminal, abominable, impía y concluye diciendo que este tipo de crimen debe ser prohibido.

<sup>19</sup> BONFANTE, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano*, Reus, 1979, 5ª ed., pág. 199.

<sup>20</sup> El espíritu de la legislación justiniana lo señala la Glossa ad 1.24 D. 23,2: *duo enim tantum coitum sunt liciti secundum leges, scilicet cum concubina, et uxore; alii omnes sunt illiciti*.

confería el *honor matrimonii*, no estaba regulado legalmente, no constituía por lo tanto transgresión sino que pertenecía al campo de la libertad individual, facilitaba la pluralidad de uniones.

En el derecho postclásico, el matrimonio se mantiene con sus características propias, pero las diferencias con el concubinato son otras. Cambia el perfil de ambas instituciones.

El matrimonio sigue siendo monogámico, pero va naciendo una diferencia entre el peso del *honor matrimonii* y la *affectio maritalis*. El primero era tenido en cuenta en el período clásico para conocer la subsistencia del matrimonio, en el derecho justiniano pasa a tener preeminencia la *affectio maritalis*. No es el trato, el aspecto exterior de la relación, el que se considera sino el aspecto interior, la *affectio*.

En el derecho clásico, el *honor* entre los que tenían el *conubium* daba la pauta de la existencia de una unión matrimonial. La *affectio*, entre los que no tenían el *conubium*, no daba lugar al nacimiento de matrimonio alguno. En el derecho postclásico, al desaparecer las prohibiciones para celebrar matrimonio, las uniones concubinarias pueden legitimarse y convertirse en matrimonio. Es necesario indagar, para distinguir entre el matrimonio y el concubinato, si hay o no *affectio maritalis*. Así, si el hombre tiene una relación estable con una mujer honesta, tal relación puede no ser matrimonial si el hombre declara *honestae vitae et inegnuam mulierem in concubinatum habere*. La *affectio* se convierte en el centro del matrimonio en el derecho postclásico. En otros términos, puede afirmarse que el concubinato en el derecho clásico es la convivencia del hombre y de la mujer sin *honor matrimonii*; y en el derecho postclásico es la convivencia del hombre y de la mujer sin *affectio maritalis*<sup>21</sup>.

En el derecho postclásico también se valoriza la forma del acto jurídico. En el derecho clásico se accedía al matrimonio por la *confarreatio*, la *coemptio* o el *usus*. Este último quizás desaparece a fines del siglo I. Si bien permitía adquirir la *manus*, ésta podía per-

<sup>21</sup> Cfr. ALBERTARIO, Emilio, *Honor matrimonii e affectio maritalis*, Milán, U. Hoepli Libraio del R. Istituto Lombardi di Scienze e Lettere, 1929. BURDESE, A., *Manuale di Diritto Privato Romano*, Torino, UTET, 4ª ed., 1993, pág. 245, en su nota 4 cita D.25.7.4 *Concubinam ex sola anima destinatione aestimari oportet*. Se resalta el aspecto interior, la voluntad, como determinante del concubinato o del matrimonio, según que no exista o exista *affectio matrimonialis*.

derse si la mujer pasaba tres noches fuera del hogar. La *coemptio* en cambio permitía establecer con certeza la existencia de la *manus*.

En el derecho clásico, no era la forma la que caracterizaba al matrimonio, de ahí que los cristianos se centraron en las propiedades, o sea en la monogamia y la estabilidad, para valorar al matrimonio y al concubinato en la medida que las preservaba.

En el derecho postclásico se valoriza la forma, el inicio de la vida conyugal. Esto trae aparejado también el considerar el consentimiento inicial del cual nace el matrimonio<sup>22</sup>.

La reflexión jurídica centrada en el matrimonio como acto jurídico irá creciendo y comenzará a ocuparse de los vicios del consentimiento y de la simulación. Este centrarse en la forma, en el mundo cristiano, tendrá su culmen en el Concilio de Trento, época en la cual la reforma pone en tela de juicio la sacramentalidad del matrimonio, lo que induce a los padres conciliares a proponer una forma canónica obligatoria. Esta evolución prepara el camino al surgimiento del matrimonio civil en el siglo XIX y explica el tratamiento del matrimonio y del concubinato en la legislación contemporánea.

### **El concubinato en el derecho latinoamericano contemporáneo**

Antes de referirnos al tema en el derecho argentino, vamos a considerar algunas leyes recientes que tratan el concubinato con un enfoque muy diverso de nuestro derecho.

Las tendencias legislativas van desde el silencio legal hasta la regulación del concubinato asimilándolo al matrimonio, existiendo vías intermedias que sólo asignan algún efecto a la unión concubiniaria.

En todos los casos, el concubinato es considerado como la unión de un hombre y una mujer a fin de llevar vida en común a modo del matrimonio, con la diferencia de que estas uniones en algunos casos no pueden convertirse en matrimonios por mediar impedimentos, y en otros la diferencia consiste en la ausencia de celebración o forma legal. Por eso, se los denomina uniones libres de hecho.

<sup>22</sup> GUARINO, Antonio, *Diritto Privato Romano*, 12ª ed., Nápoles, Jovene, pág. 565 y sigs. 2001.

## **El concubinato que se equipara al matrimonio**

El Código cubano en su art. 2 establece que: "El matrimonio es la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud leal para ello, a fin de hacer vida en común. El matrimonio sólo producirá efectos legales cuando se formalice o se reconozca, de acuerdo con las reglas establecidas en este Código".

La disposición distingue entre matrimonio formalizado y no formalizado, ordenando que se entiende por tal el que, reuniendo los requisitos del matrimonio, fuere reconocido por tribunal competente. Debe tratarse de una unión heterosexual, sin que medien impedimentos matrimoniales, monogámica y estable.

El reconocimiento judicial de esa unión de hecho le asigna los efectos del matrimonio formalizado con efecto retroactivo a la fecha en que se inició esa unión.

Podríamos compararlo con la filiación extramatrimonial en el derecho argentino, cuyo emplazamiento se produce por reconocimiento, acto jurídico ordinariamente prestado ante el oficial del Registro Civil, o por la sentencia judicial que así lo establece. En el caso del matrimonio, la ley cubana lo emplaza por vía administrativa —la celebración ante el oficial del Registro Civil— o por sentencia judicial, ambos con los mismos efectos legales.

La legislación familiar de la República de El Salvador regula el concubinato llamándolo "unión no matrimonial". Trata el tema en los artículos 118 a 126.

Las notas comunes son coincidentes con las de la ley de la República de Cuba. Debe tratarse de la unión de un hombre y una mujer sin que medien impedimentos matrimoniales con las características de continuidad, estabilidad y notoriedad, por un período no menor de tres años. Se incluyen a los menores de 18 años convivientes que hubieren procreado un hijo.

Esta unión adquiere reconocimiento legal por sentencia judicial, cuya acción tendrá lugar en caso de fallecimiento de uno de los convivientes o cuando la unión se rompa.

En caso de fallecimiento, el superviviente tiene un llamado a la sucesión del otro en el mismo orden que los cónyuges. También otorga el derecho a reclamar el daño moral en caso de indemnización por muerte.

En caso de ruptura, se aplica respecto de los bienes el régimen de participación en las ganancias regulado en el art. 51 de dicho Có-



digo, los hijos son legitimados, la sentencia establece la tenencia de los hijos, el régimen de visitas y la obligación alimentaria respecto de los hijos, así como también la atribución del hogar.

También el Código de Familia de la República de Panamá consagra disposiciones semejantes. En su artículo 53, expresa: "La unión de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio, mantenido durante cinco años consecutivos en condiciones de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos del matrimonio civil".

Reitera los requisitos ya señalados de unión heterosexual, monogámica, estable y fija impedimentos como en el caso del matrimonio.

El reconocimiento de estas uniones puede obtenerse a pedido de ambos convivientes ante el Registro Civil, con la declaración de dos personas acerca de la estabilidad de la unión. También por declaración judicial a pedido de uno de ellos. Quien se opone a la declaración deberá probar la ausencia de los requisitos legales y en su defecto deberá pagar daños y perjuicios.

Bolivia presenta rasgos semejantes en su legislación. Reconoce el matrimonio religioso celebrado en zonas apartadas del país donde no existen funcionarios públicos, debiendo inscribirse tal celebración en el Registro Civil más próximo.

Las uniones libres de hecho se equiparan al matrimonio si no median impedimentos matrimoniales.

El artículo 159 de ese Código adjudica efectos similares al matrimonio, "tanto en las relaciones personales como patrimoniales de los concubinarios...", aplicando las reglas del matrimonio que son compatibles sin perjuicio de las normas particulares previstas para tales uniones.

La estabilidad de la unión no exige un tiempo determinado sino que queda librada a la apreciación judicial. El artículo 160 se refiere al *tantanacu* o *servinacu*, que son uniones realizadas según las pautas de la cultura indígena, según las cuales la convivencia que nace del uso es matrimonial.

### **El concubinato no reconocido por la ley**

El derecho anglosajón no ha sido proclive a generar leyes sino que se rige por la costumbre y por la jurisprudencia. Sin embargo, suele sancionar algunas leyes, pero en tal caso referidas al matrimonio. No

es de extrañar entonces que el Reino Unido de Gran Bretaña y los Estados Unidos de Norteamérica no se ocupen legalmente del tema. Sin embargo, por las costumbres actualmente imperantes, se ven obligados a resolver las cuestiones que se plantean al respecto, lo que hacen según los principios vigentes en ese derecho, entre los cuales descolla la libertad del individuo para casarse o no hacerlo. Ante el reclamo de perjuicios por la ruptura de esas uniones, suelen resolverlo en base a la equidad, tratando de ver en qué medida uno benefició al otro durante la convivencia, de donde puede llegar a evaluarse el perjuicio.

Hacemos esta mención breve, dados los límites de este trabajo, al solo efecto de comparar el enfoque jurídico ante esta realidad.

Ya vimos la tendencia de algunas leyes de países latinoamericanos de reciente sanción, en las que se hace la opción en favor de una regulación legal y de otorgar efectos semejantes a los del matrimonio a este tipo de uniones.

La Argentina ha seguido un camino opuesto. La Constitución Nacional reconoce el derecho a casarse y a no hacerlo, basado en la libertad de cada ser humano, pero no hace referencia alguna a estas uniones. El silencio de la Ley Fundamental se prolonga en nuestro Código Civil.

La ley 2393 de matrimonio civil rescata el derecho del Estado de regular el matrimonio, y en su afán de implantar sus principios laicistas, insiste en la celebración del matrimonio ante el oficial del Registro Civil como el único modo de acceder al matrimonio y por consiguiente a sus efectos. Amenaza con sancionar al ministro de culto que celebra el matrimonio religioso sin que previamente haya tenido lugar el casamiento civil.

Esta norma refleja una filosofía, la de un núcleo ilustrado que logró imponer sus criterios. Pudo aplicarse en un país muy extendido, es cierto, pero con población preponderantemente urbana y de origen europeo, la que se mezcló con los indígenas que, en menor proporción que en otras latitudes, poblaban estas tierras, lo que dio como resultado una población que pudo acatar con mayor facilidad la norma civil. No obstante lo afirmado, no es menos cierto que durante el siglo de vigencia de la ley de matrimonio civil, continuaron existiendo, en especial en el campo y entre las personas de bajo nivel económico, uniones concubinarias.

Tales uniones se multiplicaron en los centros urbanos cuando la ruptura de la vida conyugal fue proliferando —ya a mediados del siglo

XX- y la ley vigente no admitía el divorcio vincular. Esas situaciones dan origen a una toma de posición diferente que pasamos a analizar.

### **El concubinato como unión libre admitida con algunos efectos legales**

En la Argentina, el concubinato no recibió un tratamiento sistemático. El tema fue tratado por nuestros tribunales a medida que fueron surgiendo problemas y lentamente fueron sancionándose disposiciones que otorgaron algún efecto a esas uniones de hecho. Fueron desapareciendo las diferencias entre el matrimonio y el concubinato, pasándose de un régimen en el cual el concubinato no tenía efecto legal alguno a un estado intermedio en el cual se le conceden algunos efectos.

Algunos fallos trataron el tema de la indemnización por muerte del concubino, habiéndose afirmado una tendencia favorable al reconocimiento de la legitimación activa del supérstite. Pero el fundamento ha sido la norma del art. 1079 del Código Civil, que reconoce derecho a indemnización por el daño ocasionado por un cuasidelito a "toda persona que por él hubiese sufrido". Un plenario de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal aprobó la tesis según la cual "se encuentran legitimados los concubinarios para reclamar la indemnización del daño patrimonial ocasionado por la muerte de uno de ellos, como consecuencia de un hecho ilícito, en tanto no medie impedimento de ligamen"<sup>23</sup>.

También se planteó el tema a propósito del régimen de locaciones urbanas. La ruptura de la unión concubinaria generaba desprotección para quien no había suscripto el contrato y se quedaba en el hogar, quien no podía suceder en la locación. Vigente el congelamiento de alquileres, el problema adquiría evidente interés social, de ahí que se llegó a interpretar la ley entonces vigente extendiendo el concepto de familia de manera de incluir en él a la concubina. Leyes posteriores utilizaron expresiones genéricas refiriéndose a las personas que estuvieran a cargo del locatario<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> CNCiv. en pleno, 4-4-1995, ED diario del 20-6-1995. También la Ley de Contrato de Trabajo en su art. 269 reconoce el derecho a indemnización por muerte a la mujer que hubiese vivido públicamente con el trabajador.

<sup>24</sup> Cfr. MAZZINGHI, Jorge A., *Familia*, t. I, Buenos Aires, Abaco, 1995, pág. 358.

El ámbito en el que más creció el concubinato es el del derecho de seguridad social. Leyes especiales acordaron el derecho a pensión a la concubina quinquenal o a la que acreditaba una convivencia por un término menor si de esa unión había habido descendencia.

En algunos casos, incluso, colisionaron los derechos de la esposa con los de la concubina, con grandes oscilaciones en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, que pasó del rechazo a la pretensión de la concubina, en el caso "Rosas de Egea", al reconocimiento de su derecho en el caso "Sanmartino de Weskampf", volviendo a su primera postura en el caso "Espinosa Viale", doctrina que vuelve a modificarse hacia un reconocimiento de los derechos previsionales en caso de concubinato, haciendo de este ámbito del derecho una especie de isla, con principios propios, que se va desvinculando de los del derecho civil<sup>25</sup>.

En cambio, en el derecho civil se negaron derechos patrimoniales en caso de ruptura de la unión de hecho, salvo que llegaran a probarse los aportes que acrediten la existencia de una sociedad de hecho<sup>26</sup>.

El Código Civil se refiere al concubinato en algunos casos como un hecho que origina la pérdida de algún derecho.

Así, el art. 3574 establece la pérdida de la vocación hereditaria del esposo que la hubiera conservado después de la sentencia de separación personal si viviera en concubinato. También los arts. 210 y 218 ordenan la cesación del derecho alimentario si el beneficiario del mismo viviera en concubinato.

En otros casos, constituye la excepción a determinada regla.

El art. 3573 del Código Civil, según el texto de la ley 17.711, priva del derecho sucesorio al viudo o viuda "cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio, muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes, salvo que el matrimonio se hubiere celebrado para regularizar una situación de hecho". En este supuesto, el concubinato constituye la excepción, no porque dé pie a la vocación sucesoria, sino porque la exclusión está prevista con el fin de evitar el aprovechamiento de una circunstancia y la captación de una herencia. Si hubo concubinato anterior, el matrimonio viene a legalizar una situación de hecho. La norma está en favor de

<sup>25</sup> Cfr. MAZZINGHI, *ob. cit.* pág. 360 y sigs.

<sup>26</sup> *ED*, 145-293.

la matrimonialidad y promueve el paso del estado concubinario al estado matrimonial.

Con respecto a la filiación, el art. 257 establece una presunción de paternidad en caso de concubinato de la madre con el presunto padre. Esta disposición legal no está en favor del concubinato sino del emplazamiento del hijo como extramatrimonial, lo que implica la inversión de la carga de la prueba. El presunto padre que convivía con la madre a la época de la concepción deberá probar que no es el padre.

El concubinato también fue tratado como hecho negativo en caso de adopción. La jurisprudencia pasó del rechazo del concubino por carecer de cualidades sustanciales a afirmar que el concubinato no implica por sí mismo una descalificación respecto de quien vive en esa situación. Actualmente, el art. 320, según el texto de la ley 24.779, establece que las personas casadas podrán adoptar, sólo si lo hacen conjuntamente, lo que *a contrario sensu*, excluye a quienes viven en concubinato a tal efecto. Ello así porque el hijo adoptivo tiene derecho a tener padre y madre, cuando son dos los que adoptan, y ello sólo se admite si son cónyuges. La unión concubinaria como institución no ofrece la estabilidad y solidez propias de la institución matrimonial.

Por su proximidad, resulta de particular interés considerar las disposiciones del recientemente sancionado Código Civil de la República del Paraguay.

Dedica el Capítulo X al tema que titula "De la unión de hecho".

Encuadra como unión de hecho la de las personas que no tienen impedimento matrimonial si viven en unión pública y estable. Queda descartado otro tipo de uniones. Se evita el equívoco de la ley 1004 de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que en su art. 1 expresa que "se entiende por unión civil: a) A la unión conformada libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual".

A la unión de hecho otorga los efectos jurídicos de ese capítulo, de manera que la equiparación con el matrimonio no es absoluta.

En caso de ruptura, establece la validez del acuerdo de pasar alimentos a la concubina —obligación que sólo grava al varón— y la posibilidad de obligarlo a indemnizar. Presume también la existencia de una sociedad de hecho si la unión ha durado al menos cinco años. Otorga los beneficios de la seguridad social y obliga frente a los terceros por las compras para el hogar.

Brasil tuvo una política legislativa semejante a la de Argentina hasta la sanción de la Constitución de 1988, cuyo art. 226 establece el principio de protección del Estado para con la familia. Conserva el matrimonio civil pero no como exclusivo, otorgando al matrimonio religioso efectos civiles. Con respecto a la unión estable entre un hombre y una mujer, la misma es reconocida estableciendo una tendencia a la legitimación ya que dice que “la ley debe facilitar su conversión en casamiento”.

Desde entonces, se dictaron leyes tendientes a reglamentar el reconocimiento de la familia de hecho, exigiendo la falta de impedimentos, estabilidad en la convivencia a fin de acreditar su existencia y otorgando efectos jurídicos en cuanto al derecho a alimentos y derechos sucesorios. Estos efectos se ampliaron por ley 9278 del año 1996, reconociendo derecho sobre los bienes adquiridos por uno o ambos convivientes durante la unión estable a título oneroso.

El nuevo Código Civil de Brasil rige desde el 11 de enero de 2003 y dedica un título a las uniones estables. Dice que “es reconocida como entidad familiar la unión estable entre el hombre y la mujer, configurada en la convivencia pública, continua y duradera y establecida con el objetivo de la constitución de una familia (art. 1723). Distingue esta unión estable de la unión concubinaria, que sería aquella en la que existen impedimentos matrimoniales.

Regula efectos personales de lealtad, respeto y asistencia. En cuanto a lo patrimonial, salvo acuerdo de partes –Brasil tiene pluralidad de regímenes patrimoniales del matrimonio y libertad de convenciones–, se le aplica el régimen de comunidad parcial (art. 1275).

Esta unión estable puede convertir en matrimonio a pedido de ambos ante el juez del Registro Civil (art. 1726)<sup>27</sup>.

La tendencia de Paraguay y de Brasil es la de reconocer efectos a estas uniones estables, aproximándose sensiblemente a la asimilación de dichas uniones con las matrimoniales.

Uruguay, Argentina y Chile han conservado políticas de silencio, morigeradas a lo largo de los años por reconocimiento de ciertos derechos por vía jurisprudencial y por un régimen de asimilación en el campo de la seguridad social.

<sup>27</sup> Cfr. AZPIRI, Jorge O., *Uniones de hecho*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, pág. 297 y sigs.

Ésta es la situación actual en el sur del continente americano, existiendo posiciones muy diversas al respecto. A futuro, una mayor integración de estos países planteará la necesidad de una mayor armonización de los respectivos ordenamientos jurídicos y el reconocimiento en cada país de los derechos acordados en el otro para quienes pudieran acreditar el inicio de la unión en uno u otro territorio.

## **Conclusión**

Del análisis de la institución en el derecho clásico, su evolución en el derecho postclásico por influjo del cristianismo y el breve panorama de algunos códigos latinoamericanos contemporáneos y de nuestra propia legislación, pueden sacarse algunas conclusiones.

En primer lugar, se constata una evolución del primitivo concubinato que coexistió con el matrimonio y se diferenció sensiblemente de él, a un concubinato más asimilado al matrimonio.

El concubinato actual se caracteriza por ser la unión de un hombre y de una mujer que quieren convivir a modo de matrimonio, es decir, con los efectos personales propios del matrimonio. Rigen entre ellos la fidelidad, la asistencia y la cohabitación, aunque no constituyen estrictamente deberes jurídicos en cuanto no son exigibles o su transgresión no da derecho a pedir una separación judicial con algún efecto para quien resulte perjudicado.

Las relaciones personales propias de los cónyuges son establecidas entre los concubinos por acuerdo privado normalmente no escrito. En caso de transgresión, la ruptura no puede plantearse judicialmente en cuanto no da lugar a reclamo alguno. No hay obligación alimentaria, aunque los alimentos proporcionados constituyen obligaciones naturales y no pueden ser repetidos. La cohabitación cesa por la separación de hecho acordada o por el abandono. La infidelidad dará lugar a la ruptura, pero no es invocable a fin de obtener indemnización alguna o un derecho alimentario. Evidentemente se genera al respecto una falta absoluta de protección para quien no fuera el causante de la desunión.

Las relaciones patrimoniales se establecen como las que se dan entre extraños. Puede nacer una sociedad de hecho si hay aportes o podrán adquirirse bienes en condominio, pero no hay régimen de comunidad de bienes ni de participación en las ganancias. Es como si rigiera un régimen de separación de bienes. Esto lo decimos porque

durante la convivencia hay deber de contribución para el sostenimiento de la vida en común, y frente a los terceros se responde por las necesidades del hogar como si se tratara de un matrimonio; esto así por una razón de seguridad jurídica.

No hay derechos sucesorios salvo las disposiciones testamentarias que no vulneren la legítima de herederos forzosos.

Podemos decir que rigen los derechos personales durante la convivencia pero no surge responsabilidad alguna por la ruptura, aun extemporánea o por causa de infidelidad o abandono. Tampoco se establecen vínculos patrimoniales.

La otra diferencia con el matrimonio como acto jurídico es la falta de forma. Esto crea falta de certeza e inseguridad jurídica.

Evidentemente es una especie de convenio privado que calca algunas relaciones matrimoniales, pero excluye toda responsabilidad y abre las puertas a poner fin a la relación, lo cual da a la institución como tal un perfil de fragilidad, no de estabilidad, más allá de que en la práctica, algunas uniones sean estables.

Por otra parte, la ausencia de régimen patrimonial o bien la vigencia de una suerte de régimen de separación no conocido ni aceptado conscientemente, genera posibles injusticias dado que alguien comparte una vida, aporta su apoyo y esfuerzo, frecuentemente puede derivarse un beneficio para alguno de los convivientes y en caso de ruptura no hay compensación alguna.

Conserva las características de la monogamia y a veces de la estabilidad, pero la ausencia de compromiso, como el que surge del consentimiento matrimonial, da como resultado una convivencia basada en la precariedad.

El valor libertad quizás es el que sobresale en este tipo de uniones: libertad para iniciar la convivencia sin ningún requerimiento legal ni compromiso claro acerca de lo que se pretende, salvo el de convivir mientras cada uno lo desee, y libertad para poner fin a esa convivencia. En un sentido, pareciera que la *affectio* de los romanos hubiese sobrevivido, no así el *honor matrimonii*, dado que, al no casarse, los convivientes ocupan un lugar distinto que es el de concubinos, no el de esposos.

Con lo dicho hasta aquí quedan perfiladas las disimilitudes y las semejanzas entre el concubinato y el matrimonio.

Cabe preguntarse entonces de qué manera inciden ambas en la vida de la sociedad.



Desde lo institucional, resulta claro que el matrimonio es el que ofrece bases sólidas para esta particular relación que se entabla entre el hombre y la mujer y para asentar sobre ese compromiso libremente asumido la vida familiar. No así el concubinato, que asienta la convivencia misma sobre arena, no sobre roca, lo que es perjudicial para los mismos convivientes y, en consecuencia, para la familia fundada sobre cimientos endebles.

Las historias personales pueden andar por carriles muy diversos. Nada asegura a quienes se casan el éxito de la convivencia así como tampoco nada asegura a quienes sólo conviven el éxito de su unión. Tampoco puede afirmarse que la unión matrimonial sea sólo formal y externa y la concubinaria por el contrario fundada en el verdadero amor. Son falacias que circulan y a veces son creídas sin mayor cuestionamiento.

Pero quienes piensan en la sociedad, en el bien común, deben poner su mirada en las instituciones; sería imposible considerar las historias particulares.

No cabe duda entonces que lo que ha de privilegiarse es el matrimonio, sin por eso condenar un tipo de unión que La ley Fundamental permite pero no elige.

Parece lógico entonces que el matrimonio se vea favorecido con disposiciones tales como el bien de familia, ventajas impositivas, líneas de crédito especiales para los matrimonios y todo el ordenamiento que la ley civil establece en procura de soluciones justas.

Para quienes libremente se ponen al margen de la ley, cabe el respeto, pero no los efectos de un matrimonio que ellos no eligen.

Podrá pensarse que esto genera desprotección. En un sentido es cierto, pero no es menos cierto que las personas pueden ponerse al amparo de la ley y de las ventajas que ella procura o no hacerlo.

Quizás el problema de estos tiempos es que las instituciones se desdibujen, que el matrimonio termine siendo casi lo mismo que el concubinato, que uno y otro puedan tener efectos legales iguales o semejantes. Sería más claro no confundir, no hacer creer que todo es igual; entonces ¿para qué casarse? ¿para qué hacerlo si la unión de hecho puede inscribirse con efectos parecidos? ¿para qué hacerlo si ante la ruptura los bienes que hubieran adquirido durante la convivencia podrían participarse? ¿para qué hacerlo si en caso de fallecimiento es posible heredar y existe un derecho a pensión?

Roma entendió que podía tomar dos caminos: o el de combatirlo duramente no asignándole efecto alguno o el de eliminarlo por asimilación. Tomó los dos alternativamente pero con un solo objetivo, el de darle a la unión la solidez institucional que requiere.

En la Argentina la situación ya descripta nos muestra que se ha tomado un camino intermedio que no parece conducir a buen puerto. Algunas voces hacen pensar que vamos hacia una regulación de uniones diversas, más o menos parecidas, que contribuyen a desdibujar la imagen que el matrimonio merece.

Convendría tomar un camino seguro, otorgar la máxima protección jurídica al matrimonio, lo que no se ha hecho acabadamente, y permitir que las uniones de hecho se mantengan en el ámbito de la autonomía de los particulares, sin asignarles efectos no queridos expresamente por los convivientes ni propios del matrimonio. En esta línea de pensamiento, se ubica Borda, quien sostiene que a partir de la ley 23.515 no se justifica el reconocimiento de derecho alguno a los concubinos ya que prácticamente no hay impedimentos para volver a casarse. Convendría derogar las normas que coloquen en un pie de igualdad las uniones de hecho o concubinarias con el matrimonio para procurar una institución matrimonial vigorizada, valorizada, jerarquizada y por sobre todo querida. Ello así porque las uniones de hecho son desde lo institucional endebles, dependientes de un simple cambio de voluntad para su permanencia<sup>28</sup>.

La historia nos enseña que el otro camino seguro es el de la asimilación.

Si en la posición anteriormente expuesta se prioriza el matrimonio-institución y se respeta la libertad, en esta otra postura se atiende a la solidaridad.

Tal es el efecto que pretenden las legislaciones latinoamericanas que hemos citado, las que por razones culturales de sus pueblos advierten que el matrimonio civil no es frecuentado, sigue siendo ajeno a las costumbres, razón por la cual resultaría peligroso restringir el matrimonio a unos pocos que lo practican dejando de lado a la mayor parte de la población. Mediante la asimilación de esas uniones estables hacen nacer derechos personales y patrimoniales evitando el desamparo. Por otra parte, imponen principios de justicia y equidad

<sup>28</sup> Cfr. BORDA, Guillermo, *¿Cómo revalorizar el matrimonio?*, LL, 1987-D-1099.

evitando el no compromiso, la falta de responsabilidad y el individualismo exagerado.

En esa línea se encuentran las recomendaciones de recientes jornadas dedicadas al tema. El X Congreso Internacional de Derecho de Familia, realizado en Mendoza en 1998, reitera el principio constitucional de la libertad de casarse o no casarse, sin perjuicio de procurar la aplicación del principio de solidaridad ante estas uniones. Propicia la regulación considerando al menos el establecimiento de una prestación alimentaria, la protección de la vivienda familiar procurando la salvaguarda del interés familiar, la determinación de un régimen patrimonial supletorio salvo pacto entre las partes y los beneficios de la seguridad social y fiscal<sup>29</sup>.

No es fácil predecir el rumbo que ha de tomar nuestra legislación. Si procurara defender la institución del matrimonio y de la familia que se funda en esa unión, debería fortalecerlo y reducir las uniones libres al ámbito de la privacidad. Resultaría claro para los ciudadanos el camino a tomar. Evitaría la confusión actualmente existente en la población, la que a esta altura desconoce los efectos de la unión concubinar y cree que son semejantes en muchos aspectos a la matrimonial, por lo cual todo es igual<sup>30</sup>.

Si la Argentina opta por un ordenamiento que procure cierta uniformidad con los países vecinos, en especial con los de Paraguay y Brasil, es de desear que lo haga procurando una asimilación de las uniones de hecho al matrimonio en orden a la protección de la familia, tal como ocurrió históricamente con el concubinato cuando se procuró que observara la monogamia, la estabilidad, los principios saludables de la institución matrimonial.

Actualmente nos encontramos en el peor de los caminos, el que confunde otorgando algunos efectos, el que crea expectativas patrimoniales o sucesorias que resultan incumplidas, el que favorece la irresponsabilidad, el no compromiso, la desprotección. En realidad no es casual que nos ocurra esto, porque el matrimonio mismo ha sufrido un ataque muy duro y la misma ley matrimonial ha aflojado los com-

<sup>29</sup> Cfr. AZPIRI, *ob. cit.*, pág. 53 y sigs.

<sup>30</sup> Cfr. AZPIRI, *op. cit.*, pág. 40 y sigs. en que cita una encuesta que revela la desinformación con respecto a las uniones de hecho, agravada actualmente con la ley de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la que según creencia popular ha instaurado el matrimonio homosexual.

promisos y favorecido el abandono del barco ante el menor oleaje, aun a riesgo que los demás sucumban, priorizando la salvación individual. De ahí que no debe extrañarnos que el hombre de hoy se pregunte: ¿acaso el matrimonio que tenemos no es igual al concubinato que practicamos?