

Perrino, Jorge O.

Matrimonio y uniones de hecho: diferencias

Facultad de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor y de la editorial para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Perrino, J. O. (2012). *Matrimonio y uniones de hecho: diferencias* [en línea]. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires : El Derecho. Disponible en:

<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/matrimonio-uniones-de-hecho-diferencias.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar al finalizar la cita la fecha de consulta. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

MATRIMONIO Y UNIONES DE HECHO: DIFERENCIAS

JORGE O. PERRINO

1. Introducción

Toda persona tiene derecho a elegir libremente su estado de vida.

Dicho de otra manera a casarse o no casarse.

En los fundamentos del Proyecto se afirma: “En la tensión entre autonomía de la voluntad (la libertad de optar entre casarse y no casarse, cualquiera sea la orientación sexual de la pareja) y orden público (el respeto por valores mínimos de solidaridad consustanciales a la vida familiar) el proyecto reconoce efectos jurídicos a las convivencias de pareja, pero de manera limitada. Mantiene, pues, diferencias entre las dos formas de organización familiar (la matrimonial y la convivencial) que se fundan en aceptar que, en respeto por el artículo 16 de la Constitución nacional, es posible brindar un tratamiento diferenciado a modelos distintos de familia”.

Previo al análisis de lo proyectado puntualizamos que no surge de Constitución Nacional, ni de los Tratados Internacionales la admisión de diversos modelos de familia.

Al referirse a la familia presuponen el matrimonio como punto de inicio de la misma.

Es que la voz familia es singular y no plural. Por tanto las uniones de hecho o convivenciales no constituyen nuevas formas de familia, ni pueden estas estructuras igualarse a la familia

Las uniones convivenciales con descendencia solo generan en este supuesto, vínculos jurídicos determinados por la filiación extramatrimonial y el parentesco¹.

La familia se constituye solamente a partir del matrimonio y como consecuencia de este, de la filiación y del parentesco.

Por tanto la Constitución Nacional y los tratados internacionales incorporados en el art. 75, inc. 22, de la misma, solo consagran el derecho a contraer matrimonio y a constituir una familia a partir de él.

En la Constitución ello se encuentra implícitamente comprendido en los arts. 19 y 33 y en particular el art. 20 cuando reconoce a los extranjeros todos los derechos civiles del ciudadano, entre los que se encuentra el de “*casarse conforme a las leyes*”.

Al incorporarse en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional los tratados internacionales y dotarlos de jerarquía constitucional, el derecho a casarse ha quedado especialmente protegido.

Así, la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” en el art. 6º consagra: “*el derecho a la constitución y a la protección de la familia*”; la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, en el art. 16 estatuye que “*los hombres y mujeres a partir de la edad núbil tienen derecho sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una*

1. Perrino, Jorge Oscar, Derecho de Familia, t. I n° 11 y ss., pp. 23 y ss., 2a edición. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, nov. 2011.

familia, y que disfrutaran de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo”.

El “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en el art. 10 establece: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges”.

El “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” en el art. 23, prescribe: 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2, “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y de fundar una familia si tiene edad para ello; 3 El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes; y en el inc. 4 Los Estados parte [...] tomaran las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo”.

A su vez, la “Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial”, consagra en el art. 5º, inc. d), ap. IV, “el derecho al matrimonio y a la elección del cónyuge”. La “Convención Americana sobre los Derechos Humanos” (Pacto San José de Costa Rica) en el art. 17, prescribe: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. “2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

“3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

“4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

“5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Además la “Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”, consagra en el art. 16-1, que: “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

“a. El mismo derecho para contraer matrimonio;

“b. El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio solo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;

“c. Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;

“d. Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;

“e. Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;

“f. Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;

“g. Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación;

“h. Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso”.

Los tratados protegen la familia en tanto es el elemento natural y fundamental de la sociedad y al matrimonio como el único elemento constitutivo de aquella, pero en manera alguna propician y protegen a las uniones convivenciales.

No obstante no las consideran ilícitas porque es una expresión del derecho a no casarse, sin perjuicio que no es esta unión un estado de vida.

El Código Civil no contiene una norma expresa que consagre el derecho a contraer matrimonio porque se trata de un derecho natural que torna innecesario consagrarlo en una norma positiva, y además se encontraba ya reconocido en forma implícita e indirecta en la Constitución, como hemos dicho.

En el Derecho Comparado la tendencia es reconocer este derecho, tanto en la Constitución como en el Código Civil.

Así la Constitución española, por ejemplo, consagra este derecho, disponiendo en el art. 32: *“1) El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2) La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.*

El Código Civil español, también contiene normas expresas que consagran el derecho a casarse, así lo establece el art. 44, al disponer: *“El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código”.*

Por otra parte, el art. 49 que estatuye: *“Cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España”.*

Por su parte la legislación canónica regula el derecho a contraer matrimonio, en el canon 1058, CIC '83, cuando dispone este derecho como regla: *“Pueden contraer matrimonio todos aquellos a quienes el derecho no se lo prohíbe”.* Igual texto lo encontramos en el canon 778, CCEO.

El Código de Derecho Canónico de 1983 reconoce que toda persona es hábil para contraer matrimonio. El derecho a casarse es un derecho natural, y solamente puede impedírsele a aquellos que la ley expresamente se lo prohíba.

2. El Proyecto de Modificación del Código Civil.

El Proyecto de sustitución del Código Civil al regular las uniones convivenciales las asimila al matrimonio en la gran mayoría de sus normas, como demostraremos más adelante, pese a expresar en los fundamentos que le reconoce efectos jurídicos, pero de manera limitada.

En el art. 509 la define como la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, público, notoria, estable y permanente de dos personas que comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo.

Previo al análisis de la normativa proyectada es menester precisar el marco ideológico que inspira el Proyecto en el capítulo que desarrolla la pretendida nueva regulación jurídica de las Relaciones de Familia y las diferencias entre el concubinato o unión de hecho o unión convivencial y el matrimonio.

3. Ideologización del matrimonio, la familia y la sexualidad humana.

El Proyecto abreva primordialmente en la filosofía que considera que el matrimonio, la familia y la sexualidad humana, son realidades que no dependen de factores objetivos o naturales, sino estrictamente de planteamientos subjetivos, esto es de las mutantes ideologías individuales y colectivas, y de la voluntad de los individuos o los Estados.

Constituyen prueba de lo afirmado la secularización y el positivismo, que han llevado a sostener el poder de la voluntad política jurídica, al tiempo de conceptualizar el matrimonio y su contenido y el lugar que ocupa la sexualidad.

Esta concepción está impregnada, en algunos de sus principios, por el individualismo liberal, que considera al matrimonio y la familia únicamente como medio de satisfacción de “intereses exclusivamente individuales de sus integrantes, como mecanismo de desarrollo de la personalidad individual, a través de su sometimiento a los deseos de dicha voluntad; ligado a este último, el triunfo de la afectividad (el amor-sentimiento) como razón de ser y fundamento del matrimonio, no solo en su momento fundacional, sino a lo largo de toda su vida; por último, el pluralismo ideológico y el principio de neutralidad del Estado (y, por tanto del Derecho) frente a las diferentes concepciones ideológicas sobre el matrimonio, la familia y la sexualidad, y también frente a las diferentes formas de organizar los ciudadanos sus relaciones afectivas y sexuales”².

A ello deben sumarse los descubrimientos y avances sobre sexualidad y procreación que han posibilitado disociar esos elementos hasta lugares que recientemente no podían concebirse.

Así, por un lado, la multiplicidad y fácil acceso a los diferentes elementos anticonceptivos lo que ha posibilitado separar radicalmente la sexualidad de la procreación. Es decir sexualidad sin procreación. Dicho de otra manera se escinde la dimensión unitiva y la procreadora del acto sexual: pues hay unión sin procreación.

Por otra parte las modernas prácticas de procreación asistida han posibilitado apartar la procreación de la sexualidad. Es decir hay procreación sin sexualidad. Dicho de otra manera segregaron la dimensión procreadora y la unitiva del acto sexual: procreación sin unión.

En estos supuestos las prácticas se desarrollan siéndole indiferente si media o no matrimonio.

Bien dice Martínez de Aguirre “el matrimonio puede suponer ejercicio procreativo o no procreativo de la sexualidad, pero también procreación no ligada directamente al ejercicio de la sexualidad (del mismo modo que la sexualidad y la procreación aparecen cada vez más, por estas y otras razones, desligadas del matrimonio como su marco habitual de referencia); o incluso, quedar desvinculado de la sexualidad, como consecuencia de la desaparición del impedimento de impotencia”³.

4. El paso de la concepción institucional a la concepción voluntarista de la familia.

Simultáneamente se ha generado un cambio sustancial del matrimonio y la familia y se intenta relegar el concepto de familia concebida como institución fundada en el matrimonio, y reemplazarla por la concepción de familia contractual o voluntarística de fundación no matrimonial supeditada a los intereses individuales de sus integrantes⁴.

Dicho de otra manera la involución descrita discurre de la concepción transindividual o institucional a otra voluntario-individualística⁵.

El Proyecto es un ejemplo de ello.

Claramente se advierte que se pretende pasar del matrimonio institución a una unión desinstitucionalizada y privada de sus caracteres básicos.

Nuevamente se enfrentan dos criterios totalmente diferentes de concebir el matrimonio: aquella que plasmara Portalis, que acoge la doctrina elaborada durante siglos y la define como “la sociedad de un hombre y una mujer que se unen para perpetuar su especie, ayudarse mutuamente y compartir

2. Martínez de Aguirre, Carlos, Diagnóstico sobre el derecho de familia. Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia. Ediciones Rialp.

3. Martínez de Aguirre, Carlos, Diagnóstico sobre el derecho de familia. Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia. Ediciones Rialp.

4. Bessone, Mario; Alpa, Guido; D'Angelo, Andrea, y Ferrando, Gilda, La famiglia nel nuovo diritto, p. 8, Edit. Zanichelli, 2002

5. Navarro Valls, Rafael, Matrimonio y Derecho, p. 4 Tecnos, Madrid, 1994.

su común destino”; y la que adoptara Hans Küng, para quien el matrimonio es solo “la unión voluntaria de dos personas independientes”⁶.

5. Subjetivización del matrimonio y la familia

El vocablo “subjetivización” califica al nuevo proceso que se intenta.

Merced a él el matrimonio y la familia, ya no son considerados de carácter natural y por ende objetivo y cuyos contenidos están impresos en la naturaleza del ser humano.

En el régimen propiciado ellos estarán subordinados exclusivamente a la voluntad humana, tanto en el orden individual como en el orden social, léase sociedad y Estado, que pueden establecer el contenido que consideren más adecuado.

Esta involución se produjo por el desenfrenado desarrollo de la afirmación del poder de la voluntad individual, por una parte y social Estatal por la otra, respecto del matrimonio y la familia, de tal manera “que cada una de ambas afirmaciones actuará simultáneamente como presupuesto e inductora de la evolución de la otra. Ambas son, a su vez, determinantes de la aparición y desarrollo de otros factores de la transformación (involutiva) –esto es nuestro– del matrimonio y la familia, y se mueven en igual sentido: la privatización y el pluralismo, ligado este a su vez, íntimamente, con el denominado principio de neutralidad del Estado en materia de sexualidad, matrimonio y familia”⁷.

Esta cerrada concepción contratualista o voluntarística del matrimonio al desdeñar la realidad natural impide toda pretensión de considerar al matrimonio como una institución.

Prueba de ello es que lo proyectado otorga primacía a ultranza al consensualismo, pero cabe aclarar que la doctrina consensualista del matrimonio de la Universidad de París propiciada por Hugo de San Víctor y Pedro Lombardo, no importaba fatalmente un contrato como ocurre ahora, pues nada impedía continuar sosteniendo que era un pacto *o foedum*, como lo hace el CIC 83 siguiendo al Concilio Vaticano II que lo califica como alianza o consorcio.

Así afirma el Concilio Vaticano II en la Constitución Pastoral *Gaudium et Spes*: “De esta manera, el marido y la mujer, que por el pacto conyugal ya no son dos, sino una sola carne (*Mt 19,6*), con la unión íntima de sus personas y actividades se ayudan y se sostienen mutuamente, adquieren conciencia de su unidad y la logran cada vez más plenamente. Esta íntima unión, como mutua entrega de dos personas, lo mismo que el bien de los hijos, exigen plena fidelidad conyugal y urgen su indisoluble unidad”⁸.

Aclarado ello, no puede pasar desapercibido que la noción moderna de contrato que se pretende imponer transmite la idea de que lo verdaderamente importante es la voluntad de los contrayentes, limitada en principio, pero ensanchada luego a límites insospechados.

La configuración del matrimonio como contrato es la puerta de entrada de la subjetivización, a lo que sigue su plena asimilación a los demás contratos.

No solo el principio y el fin del matrimonio estarían, según esta concepción, sometidos a la voluntad contractual, sino también su contenido constante.

Este es el camino que recorre el proyecto en la materia.

En tal sentido se sostiene en los fundamentos: “...De esta manera, el matrimonio se celebra y se sostiene por la voluntad coincidente de los contrayentes y, por ende, cuando la voluntad de uno de ellos o de ambos desaparece, el matrimonio no tiene razón de ser y no puede ser continuado, habilitándose por este simple y elemental fundamento, que uno o ambos puedan solicitar su divorcio”.

6. Navarro Valls, Rafael, *Matrimonio y Derecho*, p. 4 Tecnos, Madrid, 1994.

7. Martínez de Aguirre, Carlos, *Diagnóstico sobre el derecho de familia*. Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia. Ediciones Rialp.

8. N° 48, BAC, Madrid, 1965.

6. La irrupción del amor romántico como único fundamento del matrimonio.

Pero la transformación nociva no se ha detenido allí, sino que ha irrumpido como exclusivo fundamento del matrimonio la afectividad o amor-sentimiento o amor romántico.

Es el tiempo del primado de la afectividad que es típico del matrimonio moderno⁹.

Ella debe existir al día constitutivo del matrimonio. Pero si bien el matrimonio ha de ser por amor y se proyecta a toda la vida subsiguiente, tiene una limitación: cuando el amor se acabe se justifica que también desaparezca el matrimonio.

El concepto romántico del matrimonio está por tanto relacionado con la subsistencia del amor.

Como se advierte el sentimiento se convierte en un elemento decisivo en la concepción social del matrimonio.

El Proyecto recoge este criterio pues regula el divorcio express incausado, habiendo desaparecido entre los efectos personales la fidelidad y la cohabitación.

De tal manera la subsistencia del matrimonio pasaría a depender de la voluntad unilateral de los esposos ligada al amor sentimiento¹⁰.

Así se expresa en los fundamentos: “se justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación [...] Así pues, basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos personales”.

De esta manera, el matrimonio se celebra y se sostiene por la voluntad coincidente de los contrayentes y, por ende, cuando la voluntad de uno de ellos o de ambos desaparece, el matrimonio no tiene razón de ser y no puede ser continuado, habilitándose por este simple y elemental fundamento, que uno o ambos puedan solicitar su divorcio. El respeto por la libertad y autonomía de la persona humana y su proyecto de vida impone la obligación de evitar forzar a un sujeto a continuar en un matrimonio que ya no se desea. La protección integral de la familia de tipo matrimonial no implica desconocer los derechos fundamentales de cada uno de sus integrantes, quienes no pueden ver conculcados sus derechos a costa o por fuerza del matrimonio...”.

Por tanto la *affectio maritalis* es la que hace perdurar el matrimonio¹¹.

Claro está que en el Proyecto subyace un equivocado concepto del verdadero amor, de allí sus normas en la materia.

En efecto “amor” tiene distintos significados:

- a) muchas veces se usa la palabra amor para expresar una mera atracción sexual;
- b) otras para expresar un impulso erótico, romántico, sentimental, pasajero;
- c) el amor verdadero significa voluntad de darse total y personalmente para hacer bien al otro.

Tiene que ser total, inmolante hasta la muerte, siempre dispuesto a perdonar, a entregarse, siempre fiel y para toda la vida.

Así en un nivel más profundo podemos decir con Kasper que “el amor se nos revela como la realidad originaria de todo lo real”¹².

9. D'Agostino, F., Una filosofía della famiglia, p. 54, Milán, 1999.

10. Martínez de Aguirre, Carlos, Diagnóstico sobre el derecho de familia. Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia. Ediciones Rialp.

11. Arechederra Aranzadi, El matrimonio informal, p. 104, Nuestro Tiempo, 1995.

12. Kasper, Walter, Teología del matrimonio cristiano, p. 26, Sal Terrae, Santander 1984.

El amor conyugal es por lo tanto el “elemento especificativo de la comunidad de vida y el reflejo del amor con que Dios se da a la humanidad”¹³.

“El amor acepta al otro en cuanto otro, por eso forma parte de la dialéctica del amor, el que por el mero acto por el que se unen entre sí de la forma más íntima dos personas, simultáneamente los deja libres en su peculiaridad personal”¹⁴.

El amor incluye la justicia que da al otro lo que le corresponde.

La Constitución Pastoral *Gaudium et Spes* en una página de gran riqueza integra lo que hemos expresado diciendo: “Este amor, por ser un acto eminentemente humano –ya que va de persona a persona con el afecto de la voluntad– abarca el bien de toda la persona y por tanto enriquece y avallora con una dignidad especial las manifestaciones del cuerpo y del espíritu y las ennoblece como elementos y señales específicas de la amistad conyugal”¹⁵.

El amor verdadero, es lo que la escolástica denomina amor de benevolencia.

Consiste en buscar el bien del otro, desinteresadamente, en entregarse al otro para conseguir el bien, la felicidad del mismo, recíprocamente.

Pero, adviértase que este amor de benevolencia es mutuo, y se origina en la alianza entre varón y mujer e importa la aceptación de los derechos y obligaciones que están contenidos en el ordenamiento jurídico.

Por tanto el amor no es un elemento poético o literario, es un elemento que reúne todas las características de lo jurídico¹⁶.

Santo Tomás de Aquino enseña: “Toda unión está ordenada por alguna ley, por eso, se pone un elemento ordenador de esta unión matrimonial, es decir, el derecho divino y humano”¹⁷.

Así concebido y realizado el consorcio remata y da sentido tanto a la unión sexual, como a la erótica, que adquiere así su verdadera significación.

La sexualidad “...se realiza de modo verdaderamente humano solamente cuando es parte integral del amor con que el hombre y la mujer se comprometen totalmente entre sí hasta la muerte”¹⁸.

Es en este marco que el pacto conyugal por el cual ya no son dos sino una sola carne adquiere verdadera significación.

“Una sola carne” no se refiere solo a la consumación biológica, sino también a la unidad psicológica, un crecimiento de madurez humana y comunicación en el amor conyugal.

Así considerada, la sexualidad mediante la cual el hombre y la mujer se dan uno al otro, reiteramos, no es algo puramente biológico, sino que afecta al núcleo último de la persona como tal.

En el matrimonio la sexualidad queda arropada por una comunidad humana global de vida y destino¹⁹.

Este es el verdadero concepto del amor que muy lejos está de acoger el Proyecto.

7. El componente sexual

En el paso subsiguiente de este proceso involutivo de la filosofía posmoderna del matrimonio, se limita a considerar en el amor solo a su componente sexual, como lo hizo Engels, relegando el matrimonio a una mera cuestión sentimental dependiente de la sola atracción sexual²⁰.

13. Génesis 20, 20 y ss.

14. Kasper, Walter, Teología del matrimonio cristiano, pp. 26-27, Sal Terrae, Santander 1984.

15. Constitución Pastoral *Gaudium et Spes*, Concilio Vaticano II, n° 48, BAC, Madrid, 1965.

16. De Zalazar, José, Nuevo Derecho Canónico para universitarios, p. 10, BAC, Madrid, 1983.

17. Santo Tomás de Aquino, *Summa theologiae*, q. 44, art. 3°.

18. Exhortación Apostólica *Familiaris Consortio*, n° 11.

19. Kasper, Walter, Teología del matrimonio cristiano, p. 28, Sal Terrae, Santander 1984.

20. Hattenhauer, Hans, *Conceptos fundamentales del Derecho civil*, p. 150, Ariel, Barcelona, 1987.

Merced a esta concepción, el matrimonio no depende de la voluntad de los esposos, sino de la voluntad de uno solo de ellos, en tanto le satisfaga sus propios intereses, en particular y con gran importancia el aspecto sexual.

Inadvertidamente se ha pasado a la tesis de Engels quien supeditaba el matrimonio al principio de emancipación y al derecho a la felicidad privada.

Es evidente que el Proyecto considera que el sacrificio, la renuncia y la tolerancia mutua carecen ya de valor; pues considera al matrimonio como asunto privado a discreción de cada uno de los cónyuges.

El matrimonio así concebido se transforma en un medio de gratificación mutua, o meramente individual, que pierde su virtualidad si no es idóneo para alcanzar la felicidad individual para cuya exclusiva consecución es empleado.

Este sometimiento a la voluntad individual es una de las claves del concepto posmoderno de lo queda del matrimonio²¹.

De allí que para los cultores de esta cosmovisión el matrimonio y familia se justifican solo en tanto posibiliten el desarrollo de la personalidad de sus integrantes²².

Sostiene Furguele que las consecuencias técnicas de este planteamiento son, claras: “la fundamentación de la relación [conyugal] en el desarrollo de la personalidad hace que deba respetarse una lógica ‘espontaneística’ en la triple fase de su constitución, de su reglamentación y de su extinción”²³.

En definitiva preside al proyecto una concepción del matrimonio y de la familia en la que tiene prioridad en su totalidad la voluntad individual de sus integrantes por sobre todo interés familiar supraindividual.

En esta concepción no existe propiamente un interés familiar distinto del individual de los componentes del grupo²⁴: matrimonio y familia no pasarían de ser un mero instrumento al servicio de la felicidad individual de sus componentes, y del libre desarrollo de su personalidad. El matrimonio y la familia serán lo que la voluntad de sus miembros quiera que sean; y durarán lo que la voluntad de sus miembros quiera que duren.

Esta concepción la expresan los Fundamentos del Proyecto cuando se afirma: “De esta manera, el matrimonio se celebra y se sostiene por la voluntad coincidente de los contrayentes y, por ende, cuando la voluntad de uno de ellos o de ambos desaparece, el matrimonio no tiene razón de ser y no puede ser continuado, habilitándose por este simple y elemental fundamento, que uno o ambos puedan solicitar su divorcio. El respeto por la libertad y autonomía de la persona humana y su proyecto de vida impone la obligación de evitar forzar a un sujeto a continuar en un matrimonio que ya no se desea. La protección integral de la familia de tipo matrimonial no implica desconocer los derechos fundamentales de cada uno de sus integrantes, quienes no pueden ver conculcados sus derechos a costa o por fuerza del matrimonio”.

“...De conformidad con el principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges y la necesidad de que ellos sean los verdaderos protagonistas también en la ruptura de su matrimonio, se consigna la necesidad de incorporar al proceso un convenio regulador, que puede ser acordado por las partes o, cuando se trata de un divorcio unilateral, surgido de una propuesta...”.

8. Concubinato o unión convivencial

En los fundamentos del Proyecto se afirma que “el derecho comparado no presenta unidad sobre la palabra adecuada para denominar a las parejas que conviven sin que exista vínculo matrimonial.

21. Hattenhauer, Hans, *Conceptos fundamentales del Derecho civil*, p. 150, Ariel, Barcelona, 1987.

22. D'Agostino, Francesco, *Linee di una filosofia della famiglia*, p. 52 y ss. Giuffrè, Milán, 1991.

23. Furguele, Giovanni, *Libertà e famiglia*, cit., p. 62. Giuffrè Editore, Milán, 1979.

24. Trabucchi, Alberto, “Pas par cette voie s'il vous plaît!”, p. 335. *Revista de Derecho Civil*, 1981, Vol. 1, Universidad de Trento.

“Se alude al “*concubinage*” en el derecho francés, la “*famiglia di fatto*” en el derecho italiano, a las “*parejas estables*” en el derecho español; a la “*unión marital de hecho*” en Colombia; las “*uniones concubinarias*” en el derecho uruguayo; el concubinato, el matrimonio aparente o la unión de hecho, por citar algunos”.

Se considera que varios de estos términos han sido considerados peyorativos y negativos porque revelan la censura social y jurídica.

Luego de sostener que el lenguaje no es neutro se argumenta que en la Argentina, la palabra “concubinato” receptada en el Código Civil tiene sentido peyorativo.

Se expresa que el proyecto persigue no solo nombrar las instituciones con precisión técnica, sino que las palabras utilizadas reflejen el real significado que la sociedad les asigna.

A juicio de los redactores la conciencia social ha pasado de una consideración negativa a reconocer que las parejas que no se casan forman parte del amplio espectro de formas de vivir en familia. El proyecto habla de “unión convivencial”

Corresponde en primer término analizar cual es el verdadero significado de la voz concubinato.

Ella deriva del latín *com cubare* y significa etimológicamente: dormir juntamente.

concubinātus, Relación marital de un hombre con una mujer sin estar casados”.

A su vez el vocablo peyorativo, deriva *dpeyorar*; palabra o de un modo de expresión: Que indica una idea desfavorable”.

Sentado ello, es evidente que no media en la calificación de este tipo de unión como concubinato, un sentido peyorativo, sino antes bien su designación con la denominación que corresponde a esa situación de hecho.

Por lo demás, el cambio que se propicia no cambia ontológicamente su naturaleza, no obstante el denodado esfuerzo para asimilarlo al matrimonio.

Malaurie sostiene que “numerosos nombres designan el concubinato: De manera aristocrática: unión libre; de manera realista pero púdica: la cohabitación; para causar simpatía: la cohabitación juvenil o la cohabitación senil; de manera más técnica: la cohabitación más allá del matrimonio, la comunidad de vida, matrimonio de hecho, unión estable; de manera a la vez técnica y moderna: vida marital; de manera aproximativa: novios, ya que no hay ni siquiera promesa de matrimonio[...]”²⁵.

Posteriormente, en el Código de Napoleón, se trató de proteger el matrimonio, ignorando al concubinato. Este período es el que el normado autor llamó “ignorancia sistemática”.

9. Definición

Definimos al concubinato o unión convivencial como toda relación con cierto grado de estabilidad entre un varón y una mujer que cohabitan públicamente aparentando vida marital sin haber institucionalizado en forma de matrimonio la unión²⁶.

Si bien el art. 509 del Proyecto considera que este tipo de unión puede llevarse a cabo entre personas del mismo o de diferente sexo, no compartimos dicho criterio respecto del primer supuesto²⁷.

25. Malaurie, Philippe; Fulchiron, Hugues, *La Famille*, p. 153. Defrénois, París, 2008.

26. Perrino, Jorge Oscar, *Derecho de Familia*, 2ª edición, n° 193, p. 307, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011.

27. Perrino, Jorge Oscar, *Derecho de Familia*, 2ª edición, n° 193, p. 307 y ss y 148, p. 223. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011.

10. elementos constitutivos de las uniones de hecho

Son sus elementos constitutivos:

10 -1 EL CARÁCTER PURAMENTE FÁCTICO DE LA RELACIÓN. Es decir es una relación de hecho, no institucionalizada como matrimonio.

10- 2 COHABITACIÓN, COMUNIDAD DE VIDA Y LECHO. Por tanto no constituyen concubinato, las uniones sexuales esporádicas o aun habituales, cuando no hay cohabitación.

Para la configuración de esta situación es menester que medie una comunidad de vida de hecho, esto es, que se proyecte aunque sea fictamente una posesión de estado aparente.

Es decir, que frente a terceros se presenten como dos personas de diferente sexo que, no obstante no estar casadas, pasan por tales.

En tal sentido es ilustrativo lo establecido por el art. 172, Código de Familia de Bolivia, que dispone: “*No producen los efectos anteriormente reconocidos, las uniones inestables y plurales, así como las que no reúnen los requisitos prevenidos por los arts. 44 y 46 al 50 del presente Código, aunque sean estables y singulares.*”

”*Sin embargo en este último caso pueden ser invocados dichos efectos por los convivientes, cuando ambos estuvieron de buena fe, y aun por uno de ellos, si solo hubo buena fe de su parte, pero no por el otro.*”

Queda siempre a salvo el derecho de los hijos”.

10-3 PERMANENCIA O UNA RELATIVA TENDENCIA A LA ESTABILIDAD. El concubinato lleva implícita la prolongación en el tiempo de esa unión irregular, y la posesión de estado aparente que va a generar.

10-4 PUBLICIDAD. La unión para ser considerada tal debe exteriorizarse sin ocultamientos.

10-5 FIDELIDAD. La unión de hecho supone, en tanto y en cuanto aparenta un estado conyugal, un mínimo *visu* de fidelidad.

No es de extrañar que, en muchos casos, la misma no sea absoluta pudiendo existir relaciones fugaces con terceros²⁸.

10-6 NO COMPORTA DERECHOS Y DEBERES MATRIMONIALES, NI SE PRETENDE UNA ESTABILIDAD BASADA EN EL VÍNCULO MATRIMONIAL.

10-7 ASIDUA REIVINDICACIÓN DE NO HABER ASUMIDO VÍNCULO ALGUNO.

10-8 LLEVA IMPLÍCITA UNA INESTABILIDAD CONSTANTE EN CUANTO PUEDE PRODUCIRSE LA RUPTURA MEDIANTE LA INTERRUPCIÓN UNILATERAL DE LA CONVIVENCIA.

11. Tipos de uniones de hecho

11-1 UNIONES DE HECHO A PRUEBA. En la mayoría de los casos las uniones de hecho son producto de una decidida elección.

Tal el caso de la unión de hecho “a prueba” que es frecuente entre quienes tienen el proyecto de casarse en el futuro.

28. García de Ghigliano, Silvia S., “Unión de hecho”, Enciclopedia de derecho de familia”, p 833, Universidad de Buenos Aires, 1994.

En este tipo de unión el varón y la mujer condicionan la celebración del matrimonio a la previa experiencia de una unión sin vínculo matrimonial, con el fin de comprobar si pueden convivir y en caso de resultar positiva la misma, contraerán posteriormente matrimonio.

Este tipo de experiencia es desechable porque el amor humano no tolera la “prueba”. Exige un don total y definitivo de las personas entre sí.

II-2 UNIÓN DE HECHO FUNDADA EN RAZONES ECONÓMICAS. En otros casos se justifica este tipo de convivencia por razones económicas.

Se invoca que no se encuentran en condiciones para establecer formalmente un hogar por cuanto ello, al igual que la celebración del matrimonio, implica un desembolso económico que está lejos del alcance de sus posibilidades económicas, optando por irse a vivir juntos.

II-3 UNIÓN DE HECHO CONSTITUIDA POR LA IMPOSIBILIDAD LEGAL DE CELEBRAR EL MATRIMONIO. En estos supuestos subsiste el impedimento matrimonial de ambos o uno de los integrantes de la pareja, prefiriendo unirse de hecho, antes que promover los eventuales trámites que les permitiría unirse conforme a la ley vigente.

II-4 UNIÓN DE HECHO PARA SOSLAYAR DIFICULTADES LEGALES. Se pretende evitar los riesgos de una sociedad conyugal, sobre todo cuando una de las partes tiene ingresos muchos mayores que la otra, y así no tener que partir los gananciales en partes iguales como dispone el art. 1315, CCiv.

En otras ocasiones su causa más inmediata puede corresponder a motivos asistenciales, tal el caso de personas de edad avanzada que establecen relaciones solo de hecho por el miedo que acceder al matrimonio les infiera perjuicios fiscales, o la pérdida de las pensiones.

II-5 UNIÓN DE HECHO SOLO PARA DISFRUTAR DEL SEXO. Muchas veces, los verdaderos motivos son más profundos. Frecuentemente, con esta clase de pretextos, subyace una mentalidad que valora mal la sexualidad. Está influida, en mayor o menor grado, por el pragmatismo y el hedonismo.

Reina en la mentalidad de sus integrantes una concepción del amor desligada de la responsabilidad.

Se rehúye del compromiso de estabilidad, de las responsabilidades y de los derechos y deberes que el verdadero amor conyugal lleva consigo.

II-6 UNIÓN DE HECHO PORQUE NO QUIEREN INTENTAR UN NUEVO MATRIMONIO. En muchos casos, las uniones de hecho se establecen entre personas divorciadas anteriormente.

Son entonces una alternativa respecto del matrimonio. Merced a la legislación divorcista el matrimonio tiende, a menudo, a perder su identidad en la conciencia personal.

En estos casos existe una manifiesta desconfianza hacia la institución matrimonial por la experiencia negativa de las personas, traumatizadas por un divorcio anterior, o por el divorcio de sus padres.

Este preocupante fenómeno comienza a ser socialmente relevante en los países más desarrollados económicamente.

II-7 UNIÓN DE HECHO PORQUE SE RECHAZA ABIERTAMENTE EL MATRIMONIO. Es muy común en nuestros días que las personas que conviven en una unión de hecho manifiesten rechazar explícitamente el matrimonio por motivos ideológicos.

Eligen un modo determinado de vivir la propia sexualidad al margen del matrimonio.

La institución matrimonial es considerada por estas personas como algo rechazable para ellos, que se opone a la propia ideología, una “forma inaceptable de violentar el bienestar personal” o incluso como “tumba del amor”, expresiones estas que denotan desconocimiento de la verdadera naturaleza del amor humano, de la oblatividad, nobleza y belleza en la constancia y fidelidad de las relaciones humanas.

11-8 UNIÓN DE HECHO POR FALTA DE FORMACIÓN ACERCA DEL MATRIMONIO. Debemos tener presente que no siempre las uniones de hecho son producto de una elección positiva; a veces las personas que conviven en estas uniones manifiestan tolerar o soportar esta situación, aspirando siempre a legalizar su condición.

En muchos países, el mayor número de uniones de hecho se debe a la desafección del matrimonio, por la falta de una formación adecuada de la responsabilidad. Ello es producto del estado de pobreza y marginación del ambiente en el que viven.

La falta de confianza en el matrimonio, sin embargo, puede deberse también a condicionamientos familiares, especialmente en el Tercer Mundo. Un factor de relieve, a tener en consideración, es la irritante situación de injusticia, a lo que se une un predominio cultural de actitudes machistas o racistas que agravan en mucho estas circunstancias de dificultad.

En estos casos es común encontrar uniones de hecho que contienen, incluso desde su inicio, una voluntad de convivencia, en principio auténtica en la que los convivientes se consideran unidos como si fueran marido y mujer, esforzándose por cumplir obligaciones similares a las del matrimonio.

La pobreza y las deficiencias educativas estructurales representan para ellos graves obstáculos en la formación de una familia.

Es muy común en prueba de lo antes expuesto, que estas personas ante la iniciativa del Estado o de la Iglesia para regularizar su situación, previa la debida inculturación del matrimonio, acepten gustosamente la iniciativa y se lleve a cabo el casamiento.

11-9 UNIÓN DE HECHO COMO CONSECUENCIA DE PRÁCTICAS ANCESTRALES. En muchos lugares, es muy frecuente la cohabitación (durante períodos más o menos prolongados) hasta la concepción o nacimiento del primer hijo.

12. Características de estas uniones

Varias notas distintivas caracterizan al concubinato. Pasamos a analizarlas.

12-1. LAS UNIONES DE HECHO TIENEN INESTABILIDAD CONSTITUTIVA;

La unión convivencial por su constitución irregular genera a sus integrantes y en particular a los hijos incertidumbre respecto de su situación personal²⁹.

Lo expuesto fue corroborado por estudios de la década del 90 en los Estados Unidos, que acreditaron que niños de hasta 12 años podían esperar un treinta por ciento más de variabilidad en la situación familiar, si sus padres cohabitaban sin casarse³⁰.

Esta sensación de fragilidad o sensación de riesgo de ruptura de las uniones de hecho ha sido corroborada al compararse a quienes integran la unión, con los esposos en el matrimonio³¹.

Ello no es de extrañar pues las uniones de hecho repudian la estabilidad que del matrimonio.

Por eso podemos afirmar que la inestabilidad se encuentra en el origen y raíz de su constitución.

29. Raley R. Kelly, Wildsmith Elizabeth, "Cohabitation and Children's Family Instability", Journal of Marriage and Family, Vol. 66, Number ps.210-219. February, 2004. Basset Úrsula Cristina Familia, uniones de hecho y reconocimiento de efectos jurídicos LA LEY 2009-C, 1244, Shaw Crouse Janice, "Cohabitation: Consequences for mothers, children and society", en Loveless Scott y Holman Thomas, The family in the new millennium: The place of family in the human society, Greenwood Publishing group, p. 354. Ver Documento "Familia, Matrimonio y Uniones de Hecho", Pontificio Consejo para la Familia, 11-11-2000, n° 4.

30. Shaw Crouse, Janice, "Cohabitation: Consequences for mothers, children and society", en LOVELESS, Scott y HOLMAN, Thomas, The family in the new millennium: The place of family in the human society, Greenwood Publishing group, p. 354. Basset Úrsula Familia, uniones de hecho y reconocimiento de efectos jurídicos LA LEY 2009-C, 1244.

31. Hill, John R.; Evans, Sharon G., "Effects of Cohabitation Length on Personal and Relational Well Being", Alabama Policy Institute Vol. API Study, Number .. p. 1-13. August, 2006.

12-2. ORIGINAN INESTABILIDAD JURÍDICA.

La inseguridad tiene su causa eficiente en la inestabilidad de la unión, que siempre causa inseguridad.

Igualmente hace lo propio en la vida social, puesto que sus efectos jurídicos no son fácilmente previsibles.

Así el parentesco en muchos casos se ve amenazado porque no se puede probar la filiación. En efecto no rige en la especie el régimen de presunción de la paternidad matrimonial, quedando su prueba supeditada a la rendición de todo medio de prueba³².

En igual situación están las relaciones económicas entre las partes, al tornarse dificultoso determinar que vínculo los relaciona.

12-3 SE POSIBILITA LA PROMISCUIDAD.

En efecto, la infidelidad se suscita de manera mucho mayor en estas uniones que en el matrimonio. No es para asombrarse porque los convivientes no asumen el deber de fidelidad.

Varios estudios han acreditado que mientras el 20% de las mujeres convivientes afirmaban tener un segundo compañero sexual –además de su conviviente– solo el 4% de las mujeres casadas era infiel³³.

12-4. AFECTA A LOS NIÑOS.

Los niños no tienen las mismas ventajas que sus pares de familias matrimoniales. Es fuente de inseguridad jurídica y afecta por ello la vida social³⁴.

Por lo demás su reconocimiento afecta los derechos a la dignidad y la identidad de los niños.

12-5 DESHUMANIZAN EL TEJIDO SOCIAL.

Estas uniones al abjurar de su institucionalización, además de generar inestabilidad, constituyen un ámbito donde la violencia doméstica, adquiere mayor dimensión.

12-6 NO BENEFICIAN A LA SOCIEDAD.

En nada contribuyen las uniones convivenciales a la sociedad, antes bien como todo lo irregular solo son causa desvalores que concurren en su perjuicio³⁵.

El reconocimiento de estas uniones en el Proyecto en análisis lejos de constituir una normativa de avanzada en la materia, es lisa y llanamente un hecho que menoscaba el matrimonio, en su institucionalidad.

Sería mucho más importante fortalecer la institución del matrimonio, que sobreactuar amparando a quienes abjurando del mismo y escudándose en la plena autonomía de la voluntad, optan por vivir al margen de mismo y de toda regulación jurídica.

Los autores del proyecto protegen a quienes quieren vivir su sexualidad y vida de pareja al margen de las estructuras, contrariando sus propios designios.

13. Diferencias entre matrimonio y uniones de hecho.

Existen diferencias sustanciales entre el matrimonio y las uniones de hecho.

Así, la comunidad familiar parte del pacto o alianza de los cónyuges.

32. Glendon, Mary Ann, *The Transformation of Family Law and Family in the United States and Western Europe* [Hardcover], p. 284.

33. Shaw Crouse, Janice, "Cohabitation: Consequences for mothers, children and society", en Loveless, Scott y Holman Thomas, *The family in the new millennium: The place of family in the human society*, Greenwood Publishing group, p. 357, y Basset, Úrsula Cristina, *Familia, Uniones de hecho y reconocimiento de efectos jurídicos*, LA LEY 2009-C, 1244,

34. *Familia, Matrimonio y Uniones de Hecho*", Pontificio Consejo para la Familia, 11-11-2000.

35. Basset, Úrsula Cristina, *Familia, uniones de hecho y reconocimiento de efectos jurídicos*, LA LEY, 2009-C, 1244.

El matrimonio que surge de ese consorcio de amor conyugal de toda la vida no es una creación del poder público, sino una institución natural y originaria que lo antecede.

En cambio, en las uniones de hecho, si bien se pone en común el recíproco afecto, falta el vínculo matrimonial de dimensión pública originaria que da fundamento a la familia.

Asimilar las uniones de hecho al matrimonio y a la familia por parte del Estado importa y de hecho así ocurre, el uso arbitrario del poder contrariando el bien común, porque la naturaleza originaria del matrimonio y de la familia precede y excede, absoluta y radicalmente, el poder soberano del Estado.

No es razonable sostener que las vitales funciones de las comunidades familiares sustentadas en el matrimonio estable y monogámico puedan ser cumplidas de forma masiva, estable y permanente por las convivencias meramente afectivas.

Ahora bien, si la familia matrimonial y las uniones de hecho no son semejantes ni equivalentes en sus deberes, funciones y servicios a la sociedad, no pueden ser semejantes ni equivalentes en el estatuto jurídico.

Ello así, porque la igualdad ante la ley debe estar presidida por el principio de la justicia, que importa considerar lo igual como igual, y lo diferente como diferente; es decir, dar a cada uno lo que le es debido en justicia; principio de justicia que se quiebra cuando se da a las uniones de hecho un tratamiento jurídico semejante o equivalente al que corresponde al matrimonio.

El pretendido fundamento muchas veces invocado de la no discriminación importa, en la realidad, una verdadera discriminación del matrimonio, al tratarlo con un nivel semejante al de estas uniones de hecho, sin considerar si existe o no un compromiso institucionalizado de fidelidad en orden al bien de los cónyuges y a la generación y educación de los hijos.

Esta igualación o equiparación muestra el deterioro contemporáneo de la conciencia moral social, de “pensamiento débil” ante el bien común, cuando no se da una verdadera y propia imposición ideológica ejercida por los grupos de presión.

Por otra parte, al valorarse las uniones de hecho solamente desde una dimensión subjetiva, es decir aceptando su visión propia de la vida, importa dejar de lado su abordaje desde la ética social porque el individuo humano es persona y por tanto es un ser social³⁶.

En efecto, limitarse a considerar exclusivamente a la persona en sus intenciones subjetivas sin tener en cuenta la dimensión social y objetiva de las mismas, orientadas al bien común, es lisa y llanamente producto de un individualismo arbitrario que apostata de los valores objetivos.

Ello así, atenta contra la sociedad toda, pues es innegable que la familia es la “célula original de la vida social”. Es la sociedad natural en que el hombre y la mujer son llamados al don de sí en el amor y en el don de la vida. La autoridad, la estabilidad y la vida de relación en el seno de la familia constituyen los fundamentos de la libertad, de la seguridad, de la fraternidad en el seno de la sociedad³⁷.

Por eso, podemos afirmar que estas uniones libres son, en definitiva, factores disolventes y destructores del matrimonio e indirectamente de la sociedad, de la cual aquel es base fundamental, pues carecen del elemento constitutivo del amor conyugal que se funda en el consentimiento personal y permanente por el cual los esposos se dan y se reciben mutuamente, dando origen así a un vínculo jurídico y a una unidad sellada por una dimensión pública de justicia.

14. El matrimonio y las uniones de hecho desde una perspectiva racional

El amor libre se contrapone, en consecuencia, al verdadero amor conyugal. Ahora bien, abordado desde una perspectiva racional, es decir, desde la “recta razón”, es evidente que el matrimonio y la familia son elementos objetivos y constitutivos de una sociedad rectamente organizada, y por el

36. Aristóteles, *La Política*, t. I, pp. 9/10, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958.

37. Catecismo de la Iglesia Católica, n° 2207.

contrario, las uniones libres muchas veces fundadas en la emotividad desordenada, eventuales prejuicios ideológicos, presiones sociales o culturales, condicionamientos de los grupos de presión o de los partidos políticos, se constituyen en un factor disociativo de la vida social.

La crisis que atraviesa la sociedad de nuestro tiempo pasa fundamentalmente, por la crisis de la familia que ha sido bastardeada impiadosamente, con el fin de justificar una autonomía libertaria y anárquica en la que los valores han sido soslayados y reemplazados por el hedonismo, el facilismo, la irresponsabilidad y el relativismo ético.

Las uniones de hecho, en la gran mayoría de los casos, están íntimamente vinculadas con la repulsa a la responsabilidad, a la permanencia, a lo duradero, y son expresión significativa de una superficialidad que apostata de los valores esenciales, únicos sobre los cuales puede cimentarse una verdadera sociedad.

Estas uniones, en consecuencia, no son un acontecimiento aislado, sino el producto del ataque directo a la institución familiar que se está desarrollando, tanto a nivel cultural, político, legislativo y administrativo.

Por tanto, es imprescindible reiterar la definición de la identidad propia de la familia, pues a ella pertenece el valor y la exigencia de estabilidad en la relación matrimonial entre varón y mujer, estabilidad que halla expresión y confirmación en un horizonte de procreación y educación de los hijos, lo que resulta en beneficio del entero tejido social³⁸.

Es bueno tener presente, que dicha estabilidad matrimonial y familiar no está solo asentada en la buena voluntad de las personas concretas, sino que reviste un carácter institucional de reconocimiento público, por parte del Estado, de la elección de vida conyugal. El reconocimiento, protección y promoción de dicha estabilidad redundan en el interés general, especialmente de los más débiles, es decir, de los hijos.

15. Discriminación del matrimonio

Es evidente que el reconocimiento público de las uniones de hecho y la regulación en análisis importa un marco jurídico asimétrico, pues mientras la sociedad asume obligaciones respecto de los convivientes de las uniones de hecho, estos no asumen para con la misma las obligaciones esenciales propias del matrimonio.

Esta cuasi equiparación es mucho más grave dado que privilegia a las uniones de hecho respecto de los matrimonios, en cuanto las exime de los deberes esenciales para con la sociedad.

Se omite considerar que el matrimonio se asienta sobre unos presupuestos antropológicos definidos que los distinguen de otros tipos de uniones, y que superando el mero ámbito del obrar, de lo “fáctico”, lo enraízan en el mismo ser de la persona, de la mujer o del varón.

Como lo hemos sostenido, la posibilidad de un amor específico entre el varón y la mujer inclina de por sí a una intimidad, a una exclusividad, al bien de los cónyuges, a la generación y a la educación de la prole, y a un proyecto de vida, constituyéndose así la comunidad de amor conyugal, que importa una donación y aceptación recíproca de la persona humana³⁹.

El amor conyugal no es solo ni sobre todo sentimiento; por el contrario es esencialmente un compromiso con la otra persona que se asume en un acto preciso de la voluntad. Una vez dado y aceptado el compromiso por medio del consentimiento, el amor se convierte en conyugal, y nunca pierde este carácter⁴⁰.

Los contrayentes, afirma Juan Pablo II, “son libres de celebrar el matrimonio, después de haberse elegido el uno al otro de modo igualmente libre; pero, en el momento en que realizan este

38. Pontificio Consejo para la familia, matrimonio y uniones de hecho, 26/7/2000.

39. Perrino, Jorge Oscar, Derecho de Familia, t. I, 2ª edición, n° 10. p. 16, Abeledo-Perrot, 2011.

40. Juan Pablo II, Discurso al Tribunal de la Rota Romana, 21/1/1999.

acto, instauran un estado personal en el que el amor se transforma en algo debido, también con valor jurídico”.

No negamos que pueden existir otros modos de vivir la sexualidad –aun contra las tendencias naturales–, otras formas de convivencia en común. Otras relaciones de amistad –basadas o no en la diferenciación sexual–, otros medios para traer hijos al mundo, pero es la familia de fundación matrimonial la única institución que aúna y reúne los elementos citados, de modo originario y simultáneo.

Justamente, el núcleo central y el elemento esencial de esos principios es el amor conyugal entre dos personas de igual dignidad, pero distintas y complementarias en su sexualidad.

“Es un principio básico que un amor, para que sea amor conyugal verdadero y libre, debe ser un amor debido en justicia, mediante el acto libre del consentimiento matrimonial”⁴¹.

A la luz de estos principios, puede establecerse y comprenderse las diferencias que existen entre una mera unión de hecho, aunque se afirme que ha surgido por amor, y el matrimonio, en el que el amor se traduce en un compromiso no solo moral, sino rigurosamente jurídico. El vínculo que se asume recíprocamente desarrolla desde el principio una eficacia que corrobora el amor que nace favoreciendo su duración en beneficio del cónyuge, de la prole y de la misma sociedad.

Ello es así, porque el matrimonio no es una forma de vivir la sexualidad en pareja; si fuera simplemente esto se trataría de una forma más entre varias posibles⁴².

Tampoco es simplemente la expresión de un amor sentimental entre dos personas: esta característica se da habitualmente en todo amor de amistad.

El matrimonio es más que eso, es un consorcio entre varón y mujer, precisamente en cuanto tales, y en la totalidad de su ser masculino y femenino.

Tal unión solo puede ser establecida por un acto de la voluntad libre de los contrayentes, pero su contenido específico viene determinado por la estructura del ser humano, varón y mujer; recíproca entrega y transmisión de vida.

A este don de sí en toda la dimensión complementaria de mujer y varón con la voluntad de deberse en justicia al otro se la llama conyugalidad y los contrayentes se constituyen entonces en cónyuges: “esta comunión conyugal hunde sus raíces en el complemento natural que exige entre el hombre y la mujer y se alimenta mediante la voluntad personal de los esposos de compartir todo su proyecto de vida, lo que tienen y lo que son; por eso tal comunión es el fruto y el signo de una exigencia profundamente humana”⁴³.

Consideramos por lo expuesto que la unión convivencial o unión libre, no aporta la juridicidad necesaria para fundar una familia en sentido propio⁴⁴.

16. Análisis del Proyecto

Deslindadas las diferencias entre matrimonio y uniones de hecho corresponde analizar el articulado proyectado.

Dispone el Capítulo 1 Constitución y prueba, art. 509: “*Ámbito de aplicación. Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo*”.

El art. 510 establece: “*Requisitos. El reconocimiento de los efectos jurídicos previstos por este título a las uniones convivenciales requiere que:*

41. Pontificio Consejo para la Familia, matrimonio y uniones de hecho, 26/7/2000.

42. Declaración del Consejo Permanente de la Conferencia Episcopal de Francia a propósito de la ley de Pacto Civil de Solidaridad del 17/9/1998.

43.64 Juan Pablo II, Discurso al Tribunal de la Rota Romana, 21/1/1999. Exhortación Apostólica Familiaris Consortio, n° 19.

44.65 Basset, Úrsula, Familia, uniones de hecho y reconocimiento de efectos jurídicos, LA LEY, 2009-C, 1244.

- a) *los dos integrantes sean mayores de edad;*
- b) *no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta, ni colateral hasta el segundo grado, excepto, en este último caso, si lo son por afinidad;*
- c) *no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea;*
- d) *mantengan la convivencia durante un período no inferior a DOS (2) años”.*

La unión que la norma proyectada pretende amparar se aplica a la unión basada en relaciones afectivas que reúnan las siguientes condiciones:

A. CARÁCTER SINGULAR. Es decir en un solo varón y una sola mujer. O entre dos mujeres y dos varones.

B. PÚBLICA. Necesita su exteriorización sin ocultamientos.

C. NOTORIA Público y sabido por todos

D. ESTABLE Debe tener continuidad.

E. PERMANENTE. Es menester que tenga prolongación en el tiempo

F. COMPARTIR UN PROYECTO DE VIDA EN COMÚN. Requiere la norma intentada que los integrantes de esta unión irregular, tengan un plan de vida en común, aunque no brinda pautas acerca de que aspectos puede abarcar el mismo.

Por tanto podría versar sobre la mera relación entre las partes con exclusión de la procreación, o sobre el alcance de las relaciones sexuales entre ellos o sobre la administración o destino de los ingresos, entre otras.

G. SEXO INDIFERENTE Es indiferente que los convivientes sea de distinto o igual sexo.

MAYORÍA DE EDAD

Los dos integrantes deben ser mayores de edad. Esto es haber cumplido 18 años (art. 128 CCiv. ref por ley 26.579).

INEXISTENCIA DE PARENTESCO

Es menester que los convivientes no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta, ni colateral hasta el segundo grado, excepto, en este último caso, si lo son por afinidad.

Igualmente que no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta (art. 510).

Ha pasado desapercibido que en el supuesto de las uniones convivenciales de dos mujeres, cuando estas se sometan a las técnicas de reproducción asistida, y atento que la norma proyectada dispone que no se genera vínculo jurídico alguno entre quien aportó el semen y el hijo (art. 575 del Proyecto) puede ocurrir, cuando cada una procrea bajo dicha técnica con el mismo aportador, que los dos hijos (parientes en la línea colateral según el régimen vigente) se unan entre si violando la normativa en análisis art. 403 inc. b). Dicho de otra manera dos hermanos unilaterales podrían contraer matrimonio entre sí.

INEXISTENCIA DE IMPEDIMENTO. Es necesario que no medie impedimento de ligamen.

INEXISTENCIA REGISTRADA DE OTRA CONVIVENCIA DE MANERA SIMULTÁNEA. Consecuente con lo antes expuesto, no se reconocerá la unión si uno de los convivientes o ambos tuvieron un concubinato simultáneo registrado.

Ello no impide que puedan mantenerse otras convivencias no registradas, ya sean de dos o más personas.

Por tanto una convivencia no registrada con otra persona, en principio no constituye un obstáculo para registrar una unión.

De tal manera se ampara la promiscuidad sexual y moral.

CONVIVENCIA DURANTE UN PERÍODO NO INFERIOR A DOS AÑOS. Ello se requiere para acreditar la estabilidad y el visu de permanencia.

REGISTRACIÓN

El art. 511 del Proyecto regula la inscripción del concubinato disponiendo: “*Registración. La existencia de la unión convivencial, su extinción y los pactos que los integrantes de la pareja hayan celebrado, se inscriben en el registro que corresponda a la jurisdicción local, solo a los fines probatorios.*”

“*No procede una nueva inscripción de una unión convivencial sin la previa cancelación de la preexistente*”.

Una primera pregunta se impone. Si los convivientes han convenido vivir bajo esta modalidad, abrazando una unión libre, fuera de toda institucionalización de la misma, esto es, desestimando el matrimonio, colocándose al margen de todos los deberes y derechos que este impone, que razón existe para subrogarse a su decisión autónoma y exigirle la registración de su unión?

Según el art. 511 del Proyecto la inscripción es a los fines probatorios.

No obstante el art. 512 dispone: “*Prueba de la unión convivencial. La unión convivencial puede acreditarse por cualquier medio de prueba; la inscripción en el Registro de uniones convivenciales es prueba suficiente de su existencia*”.

Es decir, la registración solo persigue posibilitar que los convivientes hagan constar desde el inicio su unión libre para acreditarla en el futuro ante eventuales conflictos.

Pero ante la inexistencia de registración se puede acreditar la unión por cualquier medio de prueba.

Así lo expresan en los Fundamentos: “Las convivencias que no se registran y que cumplen todos los requisitos mencionados pueden ser reconocidas como tales y generar los efectos jurídicos pertinentes a pesar de su falta de registración si prueban todos los recaudos por otros medios”.

Los autores pretenden dejar a salvo los derechos y existentes y los creados.

También habrá de inscribirse la extinción de la unión convivencial. Pero guarda silencio la norma sobre la prueba de su extinción pues en el art. 512 solo admite cualquier medio de prueba para acreditar la existencia de la unión convivencial, no haciendo mención sobre la prueba de su conclusión.

DE LA PRUEBA DE LA UNIÓN CONVIVENCIAL

El art. 512 del Proyecto dispone que: “*...La unión convivencial puede acreditarse por cualquier medio de prueba...*”.

Se ha consagrado una total amplitud para probar la existencia de esta unión, posibilitando, como veremos luego, que además se suscriban pactos sobre diversos ítems.

ASISTENCIA

Dispone el art. 519 del proyecto que los convivientes se deben prestar asistencia, cuando dispone: “*Asistencia. Los convivientes se deben asistencia durante la convivencia*”.

Se afirma en los fundamentos: “Tratándose de un derecho básico que se deriva del principio de solidaridad familiar, se dispone que los integrantes de la unión se deben mutuamente asistencia”.

CONCEPTO DE ASISTENCIA

Diversos son los conceptos de la doctrina respecto del deber de asistencia, a la hora de tratar los efectos personales del matrimonio.

Así para Borda consiste en: “...prestarse mutua ayuda económica y espiritual, de asistirse en las dolencias y en la vejez, de sufrir y aceptar las situaciones derivadas de la pobreza o enfermedades de uno de los esposos; en suma de compartir alegrías y penas”⁴⁵.

45. Borda, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil. Familia, t. 1, p. 201, 9ª edición, act. Perrot, Buenos Aires, 1993.

Zannoni al distinguir asistencia de alimentos, sostiene que la asistencia "...recoge –al igual que la fidelidad– una serie de presupuestos éticos que, sustancialmente, podrían sintetizarse en el concepto de solidaridad conyugal"⁴⁶.

Méndez Costa considera que el deber de asistencia nace del matrimonio "...porque es inexcusable en quien ha asumido voluntariamente el propósito de realizar una plena comunidad de vida apoyándose y participando en la tareas de lograrlo [...]. Traduce el afecto entre los esposos y abarca la asistencia moral y la material económica"⁴⁷.

Por su parte Mazzinghi, considera que el contenido de la asistencia "consiste en observar recíprocamente la conducta propia de dos personas que se aman"⁴⁸.

Pasaremos a establecer a nuestro juicio cuál es el alcance del deber de asistencia en el matrimonio.

Para ello nos remontaremos a uno de los fines del matrimonio, el bien de los cónyuges, que tiene como base la complementariedad mutua, tanto biológica, psicológica, como sexual, de modo tal que el uno está ordenado a la otra para complementarse, el varón en la mujer y la mujer en el varón, en orden al bien personal recíproco de los esposos y a conformar la comunidad plena de vida y amor.

En el matrimonio se desarrolla de una manera especialísima la naturaleza del yo de la persona, pues no se limita a coexistir con el otro, sino que el yo existe para el tú.

Esa donación recíproca produce la integración estática de los cónyuges y su unidad jurídica.

Ahora bien, la integración estática de los cónyuges origina, como consecuencia necesaria, la integración dinámica de sus personas.

La asistencia es por tanto la expresa manifestación de la unión existencial dinámica de los cónyuges que debe estar presidida por relaciones de justicia y amor.

La asistencia abarca todos los comportamientos particulares de los cónyuges, sirve para concretar en su faz dinámica esa integración recíproca, y discurre no únicamente en el orden material de las necesidades del hogar, o en las enfermedades o en la vejez, sino en todos los órdenes de la vida y desde el mismo momento del inicio del matrimonio.

Ella es el elemento motor del *mutuum auditorium* y está constituida por el conjunto de comportamientos, gestos, actitudes y ayudas, como así por la satisfacción de las necesidades recíprocas de los esposos y que cada uno va captando en forma natural en el decurso de la vida cotidiana y fluyen también de los diálogos que integran la relación de los cónyuges.

La asistencia enriquece la justicia al reconocer en cada uno al titular de un mío o de un tuyo y en cuanto al amor enriquece la donación mutua, porque quien ama se entrega a la persona amada, y la persona amada hace lo propio con la persona amante.

La asistencia tiende pues a fortalecer lo que hemos llamado "nuestro", y debe apuntar también a que los proyectos, tanto en el campo del amor, de la profesión y del trabajo, se ordenen al mutuo perfeccionamiento.

Permitirá, cuando se cumpla acabadamente, que los cónyuges alcancen la felicidad, al encontrarse cada uno satisfecho de lo que ha hecho respecto del otro, tanto en su persona, en su vida, en sus afectos, y en su profesión o en su trabajo.

Ayuda a los cónyuges a alcanzar su destino personal, terreno y trascendente.

Ella se manifiesta en múltiples aspectos de la vida conyugal, algunos de los cuales vamos a señalar.

a) *Respeto mutuo*. El trato conyugal, debe estar presidido por la consideración de la persona del otro como un bien preciado. Impone el trato recíproco respetando la igual dignidad que cada uno tiene.

Ese respeto debe existir no solo en la relación frente a terceros, sino en todos los órdenes del diario convivir.

46. Zannoni Eduardo Derecho Civil. Familia t I n° 285 n 363.,

47. Méndez Costa, María Josefa; D'Antonio, Daniel H., Derecho de Familia, t. II.

48. Mazzinghi, Jorge A., Derecho de Familia, t. II, n° 230, p. 109.

Se pone de manifiesto tanto en los pequeños gestos de cortesía, hasta en los grandes acontecimientos del matrimonio.

“No eres su amo, escribía san Ambrosio, sino su marido; no te ha sido dada como esclava, sino como mujer [...] Devuélvele sus atenciones hacia ti y sé con ella agradecido por su amor”⁴⁹.

Con similar argumento podemos hoy decir a la esposa, no te ha sido dado como esclavo, sino como esposo. Devuélvele sus atenciones hacia ti y sé con él agradecida por su amor.

b) *Solidaridad*. La asistencia importa solidaridad entre los esposos.

Hemos definido el matrimonio como consorcio de toda la vida, lo que supone compartir la misma suerte, afrontar juntos los distintos momentos de la vida conyugal, tanto en las alegrías como en los momentos de tristezas⁵⁰.

El carácter totalizante de la vocación matrimonial, supone estar en todos los momentos.

La actitud solidaria en cuanto manifestación de la dialéctica del amor importa renunciamientos, compartir, “estar con”, ayudar, alegrarse con las alegrías del otro, elevar al cónyuge en la consideración de los demás.

c) *Lozanía del amor*. Asistencia es mantener en todo tiempo la lozanía del amor, evitando la rutina, el envejecimiento de la relación, el abandono, descuido, pérdida de la frescura y espontaneidad de la relación.

El amor peligra ante la rutina, el mejor remedio es su lozanía, que se logra con pequeños gestos, presentes, arreglos, regalos etc., que traduzcan la subsistencia de esa espiritualidad que los vinculó, ese encantamiento que los enamoró, que manifieste que ese amor está vivo.

Sentado ello, es innegable que el deber de asistencia es imposible imponerlo a los convivientes, pues ellos han optado por dicha unión para no asumir responsabilidades de ninguna índole y menos de este tipo.

Por otra parte el deber de asistencia es típicamente un deber de los esposos y consecuentemente supone el matrimonio.

En efecto la asistencia parte del carácter consorcial del matrimonio y es expresión dinámica de la complementariedad y mutuo perfeccionamiento de los esposos.

A partir del consentimiento matrimonial nace la asistencia oportunidad en que comienzan a complementarse y a completarse recíprocamente.

Ninguna de estas exigencias se reúnen para imponerle, como lo hace el proyecto, el deber de asistencia a los convivientes.

No obstante, la ideología que preside esta reforma en lo relacionado con el Derecho de Familia, en su decisión de asimilar la unión convivencial al matrimonio, no ha trepidado en alterar la naturaleza de ambos para intentar lograr su objetivo.

ALIMENTOS ENTRE CONVIVIENTES

Hemos sostenido que a luz del Código Civil entre los convivientes no existe ningún título exigitivo que los habilite para requerir alimentos porque, además no son parientes entre sí.

Por tanto y en razón de que no se encuentran comprendidos entre los que pueden solicitar alimentos (arts. 367 y ss., 207 a 209 y 231, CCiv.) no es procedente ninguna acción en su procura⁵¹.

Plantea Zannoni si los alimentos que durante la convivencia fueron prestados voluntariamente corresponde prestarlos como una obligación natural con los alcances del art. 515, CCiv.

En primer término, para responder correctamente a la cuestión, es menester determinar cuál es la naturaleza jurídica de la obligación natural.

49. San Ambrosio, Hexamerón, V, 19.

50. Perrino, Jorge Oscar, Derecho de Familia, t. I, n° 125, p. 182, 2ª edición, 2011, Abeledo-Perrot.

51. Perrino, Jorge Oscar, Derecho de Familia, t. I, n° 204, p. 335, 2ª edición, 2011, Abeledo-Perrot.

Coincidiendo con Salvat y Galli estimamos que no hay una diferencia sustancial de naturaleza entre las obligaciones naturales y las civiles, pues en unas y otras existe un vínculo jurídico, solo que en las naturales tiene menos eficacia, pues no genera acción para obligar a su cumplimiento, constituyéndose como una suerte de obligación civil imperfecta⁵².

El art. 515, CCiv., avala lo antes expuesto, pues en todos los casos que contempla siempre existe una promesa o un compromiso pero que tiene que ser lícito, determinado y posible, lo que motiva al deudor a sentirse obligado, no obstante que el acreedor carezca de la acción pertinente para su exigibilidad.

Si bien otra parte de la doctrina considera que la obligación natural está basada en un deber de conciencia moral, no es menos cierto que en cualquier obligación civil existe un deber de conciencia al que se le atribuyen efectos jurídicos⁵³.

Ahora bien, a nuestro juicio, los alimentos entre concubinos no constituyen una obligación natural, sino a lo sumo un deber de solidaridad propio de cualquier tipo de relación entre las personas.

Éste parece ser el criterio que se ha adoptado por la legislación al reconocérsele ciertos beneficios al concubino supérstite, tal el caso del art. 248, ley 20.744, t.o. ley 21.297 que confiere a la concubina el derecho a percibir indemnización por muerte si hubiere vivido públicamente con el mismo, en aparente matrimonio durante un mínimo de dos años anteriores al fallecimiento. Igual beneficio se confiere cuando se tratare de un trabajador casado y la concubina hubiese vivido con el mismo durante los años anteriores al fallecimiento, cuando el trabajador estuviere divorciado o separado de hecho de su esposa por culpa exclusiva de esta o de ambos.

A nuestro juicio la misma puede justificarse a lo sumo en la solidaridad propia de cualquier tipo de relación entre las personas, pero en manera alguna fundada en el concubinato, pues este no genera título exigitivo alguno del deber alimentario recíproco.

El derecho alimentario entre parientes es regulado en el art. 537 del Proyecto, no figurando allí los convivientes por no reunir el carácter de parientes.

Tampoco están amparados por el 432 del Proyecto, por no revestir la calidad de cónyuges.

No puede alegarse que la contribución impuesta para solventar los gastos domésticos tiene carácter alimentario, pues si bien la obligación de alimentos y la contribución a las cargas hogareñas se confunden durante la convivencia, son jurídicamente distintas⁵⁴.

PACTOS DE CONVIVENCIA. El art. 513 dispone: *“Autonomía de la voluntad de los convivientes. Las disposiciones de este título son aplicables excepto pacto en contrario de los convivientes. Este pacto debe ser hecho por escritura o ante el oficial del registro previsto en el artículo 511 (registro), procediéndose a su inscripción, y no puede dejar sin efecto lo dispuesto en los artículos 519 (alimentos) 521 (responsabilidad por deudas) y 522 (protección de la vivienda) de este Título.*

FORMALIDADES DEL PACTO. El pacto debe celebrarse por escritura pública o ante el oficial del Registro de las uniones convivenciales.

Luce como una utopía que quien apostata del matrimonio, para relevarse de toda formalidad, o quien se une de hecho por otras razones, concurra ante un escribano para celebrar un pacto de convivencia o lo haga ante el jefe del Registro de convivencias.

Se legisla para un minúsculo grupo que puede utilizar con fines meramente especulativos estos pactos.

Realmente en lugar de alentar y propiciar que esa convivencia se institucionalice mediante el matrimonio, se recurre a una solución contraria documentado la unión marginal.

52. Salvat, Raymundo M.; Galli, Enrique, Derecho Civil Argentino. Obligaciones, n° 273, TEA, Buenos Aires, 1952.

53. Colmo, Alfredo, De las Obligaciones en General, n° 78, Menéndez, Buenos Aires, 1920.

54. Labrusse-Riou, “Droit de la famille; Les personnes”, p. 231, Ed. Masson, París 1984. Grosman, Cecilia; Martínez Alcorta, Irene, Alimentos entre cónyuges durante la convivencia. Ley 23.515, LA LEY, 1988-E, 1066.

CONTENIDO DEL PACTO DE CONVIVENCIA

Prescribe el art. 514 del proyecto: “*Contenido del pacto de convivencia. Los pactos de convivencia pueden regular, entre otras cuestiones:*

- a) la contribución a las cargas del hogar durante la vida en común;*
- b) la atribución del hogar común, en caso de ruptura;*
- c) la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, en caso de ruptura de la convivencia.*

A su vez el art. 515 dispone: “*Límites. Los pactos de convivencia no pueden ser contrarios al orden público, ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión convivencial*”.

Los pactos pueden ser modificados y rescindidos por acuerdo de ambos convivientes.

El cese de la convivencia pone fin de pleno derecho hacia el futuro a dichos pactos.

Se dispone que los pactos, su modificación y rescisión sean oponibles a los terceros desde su inscripción en el registro previsto en el artículo 511 y en los registros que correspondan a los bienes incluidos en estos pactos.

Ello permite inferir a *contrario sensu* que no son oponibles a terceros de no mediar la pertinente inscripción registral.

De igual manera los efectos extintivos del cese de la convivencia son oponibles a terceros desde que se inscribió en esos registros cualquier instrumento que constate la ruptura.

En cuanto a las relaciones patrimoniales entre los integrantes de la unión, prescribe el proyecto que se regirán por lo estipulado en el pacto de convivencia.

Si no se han suscriptos pactos cada integrante de la pareja ejerce libremente las facultades de administración y disposición de los bienes de su titularidad, con la restricción regulada para la protección de la vivienda familiar y de los muebles indispensables que se encuentren en ella (art. 518).

Impone a los convivientes, como hemos dicho, la obligación de contribuir a los gastos domésticos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 455 para los cónyuges.

El art 455 regula el deber de contribución disponiendo: “*Los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos. Esta obligación se extiende a las necesidades de los hijos incapaces o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos*”.

“*El cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga*”.

También se ocupa el art. 521 del Proyecto de la responsabilidad por las deudas frente a terceros cuando hace a los convivientes solidariamente responsables por las deudas que uno de ellos hubiera contraído con terceros de conformidad con lo dispuesto en el artículo 461 que regula la responsabilidad de los cónyuges.

El citado art. 461 consagra la responsabilidad solidaria de los esposos cuando establece: “*Los cónyuges responden solidariamente por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes*”.

“*Fuera de esos casos, y excepto disposición en contrario del régimen matrimonial, ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro*”.

Tal como lo señalamos con anterioridad la asimilación entre la unión convivencial y el matrimonio se pone claramente de manifiesto en las normas antes citadas que remiten al régimen de este último.

El art. 522 regula la protección de la vivienda familiar de los convivientes, cuando dispone: “*Ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de esta, ni transportarlos fuera de la vivienda. El juez puede autorizar la disposición del bien si fuera prescindible y el interés familiar no resulta comprometido*”.

“Si no media esa autorización, el que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, y siempre que continuase la convivencia.”

“La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después del inicio de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro”.

Esta norma reproduce casi textualmente el art. 456 que dispone que actos requieren el asentimiento, en el régimen patrimonial del matrimonio y dice: *“Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de esta, ni transportarlos fuera de ella.”*

“El que no ha dado su asentimiento puede demandar la anulación del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial.”

“La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro”.

Reiteramos la asimilación indudable entre matrimonio y unión convivencial.

La preservación de la vivienda familiar y la imposibilidad de ser esta ejecutada por deudas contraídas después del inicio de la unión convivencial, salvo que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro, perjudica al acreedor de buena fe, que no podrá, en el caso de incumpliendo del pago, dirigir la ejecución sobre dicho bien.

Ello es así, salvo que se pretenda que antes de contratar, el futuro acreedor deba requerir informe al registro respectivo acerca de si obra inscrita una unión convivencial del futuro deudor.

CESE DE LA CONVIVENCIA. Luego se regula el cese de la convivencia estableciéndose las siguientes causales:

- a) por la muerte de uno de los convivientes;
- b) por la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los convivientes; Este inciso es consecuente con el art. 435 que aborda las causas de disolución del matrimonio y dispone que constituye una de ellas, la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento.
- c) por matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros;
- d) por el matrimonio de los convivientes;
- e) por mutuo acuerdo;
- f) por voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro;
- g) por el cese durante un período superior a un año de la convivencia mantenida. La interrupción de la convivencia no implica su cese si obedece a motivos laborales u otros similares, siempre que permanezca la voluntad de vida en común.

FIJACIÓN DE UNA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

El art. 524 proyectado prescribe: *“Compensación económica. Cesada la convivencia, el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación. esta puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial.”*

Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decida el juez.

Art. 525. *“Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad.”*

“El juez determina la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras:

- “a) el estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio y a la finalización de la unión;*

“b) la dedicación que cada conviviente brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos y la que debe prestar con posterioridad al cese;

“c) la edad y el estado de salud de los convivientes y de los hijos;

“d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del conviviente que solicita la compensación económica;

“e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro conviviente;

“f) la atribución de la vivienda familiar.

“La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en artículo 523.

En los fundamentos se expresa al respecto: “Se extiende a las parejas convivientes la posibilidad de que el integrante que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación por causa de la convivencia y su ruptura sea compensado, de modo similar al supuesto del divorcio”.

El carácter extensivo al que hacen mención los fundamentos surge claramente cuando se compara la norma proyectada con la obrante para el matrimonio.

Esta última dispone: *“Compensación económica. El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación.*

“Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente por plazo indeterminado.

“Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez.

Asimismo prescribe en el artículo siguiente: *“Fijación judicial de la compensación económica. A falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, el juez debe determinar la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras:*

a) el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial;

b) la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio;

c) la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos;

d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica;

e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge;

f) la atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio, o un inmueble arrendado. En este último caso, quién abona el canon locativo.

La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse dictado la sentencia de divorcio”.

ATRIBUCIÓN DE VIVIENDA

Se regula también sobre similares fundamentos a los del régimen del matrimonio la atribución de vivienda, prescribiendo el art. 526: *“Atribución del uso de la vivienda familiar. El uso del inmueble que fue sede de la unión convivencial puede ser atribuido a uno de los convivientes en los siguientes supuestos:*

a) si tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad;

b) si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata.

El juez debe fijar el plazo de la atribución. El plazo no puede ser mayor al que hubiera durado la convivencia, con un máximo de DOS (2) años a contar desde que se produjo el cese de la con-

vivencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 523. A petición de parte interesada, el juez puede establecer: una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del conviviente a quien no se atribuye la vivienda; que el inmueble no sea enajenado durante el plazo previsto sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble en condominio de los convivientes no sea partido ni liquidado. La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral. Si se trata de un inmueble alquilado, el conviviente no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose el obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato. El derecho de atribución cesa en los mismos supuestos previstos en el artículo 445”.

En el supuesto de muerte se establece: “Artículo 527.- Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes. El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a esta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas.

“Este derecho es inoponible a los acreedores del causante.

“Se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a esta”.

Cabe señalar que cuando se regula la atribución de vivienda en el matrimonio se lee: “Atribución del uso de la vivienda familiar. Pautas. Uno de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar, sea el inmueble propio de cualquiera de los cónyuges o ganancial. El juez determina la procedencia, el plazo de duración y efectos del derecho sobre la base de las siguientes pautas, entre otras:

“a) la persona a quien se atribuyó el cuidado de los hijos;

“b) la persona que esté en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios;

“c) el estado de salud y edad de los cónyuges;

“d) los intereses de otras personas que integran el grupo familiar”(art. 443 Proyecto).

En el art. 444 luce: “Efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar. A petición de parte interesada, el juez puede establecer:

“a) que el inmueble ganancial o propio en condominio de los cónyuges no sea partido ni liquidado; esta decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral.

“b) una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del cónyuge a quien no se atribuyó la vivienda.

Por último el art. 445 dice: “Cese. El derecho de atribución del uso de la vivienda familiar cesa:

“a) por cumplimiento del plazo fijado por el juez;

“b) por cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación;

“c) por las mismas causas de indignidad previstas en materia sucesoria”.

DISTRIBUCIÓN DE LOS BIENES

Expresan los Fundamentos: “Ante la inexistencia de pacto y a modo de régimen legal supletorio, en el proyecto se establece que los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron, sin perjuicio que por aplicación de los principios generales del derecho civil (por ej., el enriquecimiento sin causa, etc.) uno de los convivientes pueda solicitar después del cese de la unión, derechos sobre los bienes adquiridos durante la convivencia. De esta manera, el proyecto reconoce y habilita de manera expresa, solicitudes en materia patrimonial que ya la jurisprudencia nacional ha admitido en ciertas oportunidades y bajo determinadas circunstancias.

Así el art. 528 establece: “Distribución de los bienes. A falta de pacto, los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y otros que puedan corresponder”.

17. Conclusiones

Del análisis del pretendido nuevo texto proyectado, y no obstante que se expresa en los fundamentos que se admiten dos formas de organización familiar diferenciadas (la matrimonial y la convivencial), surge en forma clara que antes bien se ha asimilado la unión convivencial al matrimonio pese a ser la primera ontológicamente, una institución natural constituida legalmente y la otra una unión de hecho libre.

Es innegable la libertad de casarse o no casarse. Es decir la libertad para constituir una unión libre.

Pero su pretendida regulación no debe realizarse en el marco del Derecho de Familia, sino en el del Derecho de la Persona, sin que la institución de referencia sea el matrimonio, con el que nada tiene de semejante como lo hemos demostrado.

El conceder determinados efectos a las mismas es harto cuestionable, pero lo más grave es el vehículo jurídico mediante el cual se han conferido dichos efectos en el Proyecto.

En efecto, se ha creado una de “institución sombra” (shadow institution).

Su regulación, sumada a la desregulación del matrimonio, permite concluir que se pretende, bajo otro nombre, “unión convivencial”, instaurar una especie de matrimonio de segunda clase, con una registración a los efectos probatorios, pactos de convivencia, deber de asistencia y ciertas consecuencias patrimoniales, que lejos están de resolver la cuestión, antes bien crea una mayor confusión y atentan contra la libertad de los convivientes.

Es menester revisar lo proyectado pues, como sostuvo el maestro Augusto M. Morello “... es deber del Estado custodiarlo (al matrimonio) y sumar políticas activas (art. 75, inc. 19 y 23) para preservar su propia fortaleza, idea racionalmente asumida por la mayoría de nuestro pueblo a interiorizada por su larga e insustituible enseñanza moral⁵⁵.

55. Morello, Augusto M., Desvirtuación del matrimonio, LA LEY, 2005-D, 1471.