



UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21

FACULTAD DE DERECHO
REGULACIÓN LEGAL DEL CONCUBINATO

Por

SILVANA EUGENIA VARGAS

ABOGACÍA

SAN JUAN ARGENTINA

2013

RESUMEN**REGULACIÓN LEGAL DEL CONCUBINATO**

El presente trabajo de investigación tiene por objetivo analizar cuáles son los efectos jurídicos del concubinato considerando que nuestro Código Civil Argentino no regula el mismo. Para poder llevar a cabo la respectiva actividad será fundamental estudiar en profundidad las opiniones de la doctrina, legislación y jurisprudencia, tanto nacional como en el derecho comparado. El fin de la investigación es destacar la importancia de contar con una ley que regule el concubinato presentando para ello una propuesta de ley. El valor práctico de ello servirá a quienes viven en concubinato, a los legisladores que son los encargados de sancionar leyes y a aquellos que simplemente pretendan conocer el instituto.

ABSTRACT**CONCUBINAGE LEGAL REGULATION**

The present research is to analyze what are the legal effects of concubinage considering that our Argentine Civil Code does not regulate it. To carry out the respective activity is essential to examine in depth the views of doctrine, legislation and case law, both national and comparative law. The purpose of the research is to highlight the importance of having a law regulating cohabitation by filing a bill. The practical value of this will serve those living in concubinage, legislators who are responsible for passing laws and those who simply seek to know the institute.

*Muchas veces en este camino, me sentí sin fuerzas para continuar, pero sé que Dios me guió hasta donde Él quería que yo llegue, y llegué...
Dedico este trabajo especialmente a mi familia y amigos, y a cada uno de aquellos que me acompañaron a lo largo de mi carrera y confiaron en mí perseverancia y dedicación
Gracias por permitirme ser quien soy y lo que quise y quiero ser...*

ÍNDICE:

	<u>Página</u>
Resumen	Pág. 1
Agradecimientos.	Pág. 2
Introducción.	Pág. 6
<u>CAPÍTULO 1</u> - Aspectos Generales.	
1.1. El matrimonio.	Pág. 11
1.1.1 Concepto de Matrimonio.	Pág. 12
1.1.2 Caracteres.	Pág. 13
1.1.3 Naturaleza Jurídica.	Pág. 17
1.1.4 Impedimentos.	Pág. 23
1.1.4.1 Dirimientes.	Pág. 28
1.1.4.2 Impedientes.	Pág. 33
1.2 Efectos del Matrimonio.	Pág. 38
1.2.1 Personales.	Pág. 38
1.2.2 Patrimoniales.	Pág. 43
<u>CAPÍTULO 2</u> - El Concubinato.	
2.1 El concubinato.	Pág. 52
2.1.1 Concepto.	Pág. 52
2.1.2 Caracteres.	Pág. 53
2.1.3 Causas del Concubinato.	Pág. 54
2.1.4 Diferencias con el Matrimonio Civil.	Pág. 55
2.2 Antecedentes del Concubinato.	Pág. 56
2.2.1 Antecedentes Históricos del Concubinato.	Pág. 56
2.2.2 Lineamientos Jurisprudenciales en el Derecho Argentino.	Pág. 59
2.2.2.1 Alimentos.	Pág. 60
2.2.2.2 Deudas con Terceros.	Pág. 60
2.2.2.3 Indemnización por Muerte del Concubino.	Pág. 60
2.2.2.4 Última Enfermedad.	Pág. 62
2.2.2.5 Donaciones.	Pág. 64

2.2.2.6 Sociedad de Hecho.	Pág. 65
2.2.2.7 Indemnización por Ruptura.	Pág. 67
<u>CAPÍTULO 3</u> - Legislación.	
3.1 En el Derecho Comparado.	Pág. 70
3.1.1 Derecho en Francia.	Pág. 70
3.1.2 Derecho en Italia.	Pág. 72
3.1.3 Derecho en España.	Pág. 72
3.1.4 Derecho en América Latina.	Pág. 74
3.2 En el Derecho Nacional.	Pág. 78
3.2.1 Código Civil.	Pág. 78
3.2.2 Ley 23.570.	Pág. 79
3.2.3 Ley 24.241.	Pág. 83
3.2.4 Ley 20.744.	Pág. 84
3.2.5 Ley 24.577.	Pág. 86
3.2.6 Ley 23.660.	Pág. 87
3.2.7 Ley 23.091.	Pág. 87
3.2.8 Ley 24.193.	Pág. 87
3.2.9 Ley 24.417.	Pág. 88
3.2.10 Ley 6.542.	Pág. 88
3.2.11 Ley 1.004.	Pág. 89
3.2.12 Proyecto del Código Civil Argentino.	Pág. 89
<u>CAPÍTULO 4</u> - Propuesta de Proyecto de Ley del Concubinato.	
4.1 Exposición de Motivos.	Pág. 97
4.2 Regulación Legal del Concubinato.	Pág. 98
4.3 Conclusiones.	Pág. 106
Bibliografía.	Pág. 109

INTRODUCCIÓN

En la vida social, son frecuentes las uniones más o menos estables de hombres y mujeres no casados. A veces duran toda la vida, tienen hijos, exteriormente se comportan como marido y mujer (BORDA, 1993), esto es lo que se denomina “concubinato”.

El concubinato para el Dr. Eduardo Zannoni, “*Es la unión permanente de un hombre y una mujer, que sin estar unidos en matrimonio, mantienen una comunidad de habitación y de vida similar a la que existe entre cónyuges*” (ZANNONI, 2004). Este instituto se distingue de las uniones sexuales accidentales que no generan situaciones de trascendencia.

Existen diferentes posiciones doctrinarias y legislativas con respecto a este tipo de unión. En primer lugar, se verifica una posición abstencionista, la cual omite todo tratamiento legislativo del concubinato y las consecuencias que pueden derivar de él. Otra posición sancionadora considera que la ley debe intervenir, pero para perjudicar a los concubinos, creándoles cargas especiales, como un modo de combatir el concubinato. Y por último tenemos una posición reguladora que considera conveniente regular los efectos del concubinato.

Nuestro país adopta la posición abstencionista, sin embargo la fuerza de la realidad ha impuesto al legislador argentino, la necesidad de señalar soluciones especiales para diversos problemas que pueden derivar de la existencia del concubinato.

En la sociedad actual Argentina, se cuenta con un tipo de unión, el matrimonio, regulado legalmente por la ley 23.515 y la nueva ley 26.618 que a partir del 2010 regula el mismo, entre personas de un mismo sexo, en tanto el concubinato no se encuentra regulado legalmente, por lo tanto, el objetivo de nuestro trabajo es destacar la importancia y la necesidad de contar con una ley que lo regule para ello, partiremos explicando y analizando qué es el concubinato, cuáles son sus caracteres, identificar las leyes que le atribuyen efectos, distinguiremos la importancia de una regulación en este tipo de unión, como también identificar las distintas opiniones de la doctrina y jurisprudencia a nivel nacional e internacional.

En cuanto a la delimitación temporal del objeto de estudio, abarca un período aproximado, desde la sanción de la ley de divorcio vincular argentina, en 1987, que permitió que las personas casadas puedan disolver el vínculo y recuperen la aptitud

nupcial, a partir de ese momento se registró un aumento del mismo durante la primera década.

Desde la década del sesenta, el Occidente ha experimentado una serie de movimientos de liberación que buscan despojar al individuo de las limitaciones impuestas por muchas de las tradicionales normas sociales y regulaciones morales vigentes (FUKUYAMA, 1999). La revolución sexual, la liberación femenina, los movimientos feministas y, en las décadas del ochenta y noventa, los movimientos en favor de los derechos de los homosexuales y lesbianas han estallado en todo el mundo occidental¹.

El propósito de esta investigación es determinar cuáles son los efectos civiles del concubinato en el ordenamiento jurídico argentino y qué limitaciones presenta el instituto con relación al matrimonio civil. El método que se utilizará en la investigación es el cualitativo que busca descubrir, perfilar y perfeccionar hipótesis que permita reconstruir los fenómenos desde una perspectiva más integrada a la realidad (YUNI, 2003). Este método permitirá analizar documentación, legislación relacionada con el instituto del concubinato.

Como se puede advertir de lo dicho hasta aquí, el trabajo constará de cuatro capítulos, en el capítulo I se hará un breve análisis sobre el matrimonio con el propósito de poder conocer sus características y efectos y poder compararlos con el instituto del concubinato. En el capítulo II se comenzará a profundizar en el concubinato por medio de nociones básicas para poder determinar su concepto, caracteres, causas, etc. En el capítulo III se tendrá en cuenta el derecho comparado con el propósito de conocer los distintos tratamientos legislativos del concubinato en otros países; también se investigarán las distintas leyes existentes en nuestro ordenamiento que en pocos artículos regulan algunos efectos del concubinato, con el objetivo de tener un conocimiento más amplio del tema en estudio. Finalmente, en el capítulo IV se presentarán los lineamientos para un proyecto de ley con el propósito de colaborar en la regulación del concubinato.

¹ CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE LA UNIÓN DE HECHO “*De la ceremonia a la vivencia;* http://www.mimdes.gob.es/files/DIRECCIONES/DGECI/DAFE/Exposicion_Dr_Vera_Uniones_Hecho.pdf”.

Este tipo de unión que en la actualidad es elegido por algunas parejas como modo de vida común, el cual consiste en actuar como marido y mujer en sus relaciones sociales, pero legalmente no produce efectos civiles ya que el matrimonio aparente o la posesión de estado, no puede ser invocada por los interesados ni por terceros como prueba suficiente cuando se tratare de establecer el estado de casados o de reclamar los efectos civiles del matrimonio. Ello está contemplado en el Art. 197 del Código Civil Argentino, que hace referencia a la prueba del matrimonio.

La posesión de estado matrimonial carece de relevancia jurídica, ya que dicha posición no es constitutiva del estado civil de casado, y éste solo se da con la celebración del matrimonio con los requisitos previstos en la ley.

La importancia de este fenómeno en nuestro país reside en el hecho de que cada vez son más las parejas que optan por este tipo de unión, dejando de lado el matrimonio, generando situaciones pocas veces salvadas y reconocidas a nivel jurídico como social, ello sucede por ejemplo en el derecho sucesorio que excluye como herederos forzosos a los concubinos, contemplando solo como herederos legítimos a los descendientes, ascendientes y cónyuge. También en materia de alimentos, los concubinos no se deben alimentos, sólo subsiste como una obligación natural. En cuanto a los efectos patrimoniales, en caso de disolución no hay bienes gananciales, pudiendo suceder que ambos hayan contribuido a la adquisición de un bien inmueble como vivienda común pero su inscripción es solo a nombre de uno de ellos, coartando de este modo la posibilidad de reclamo por parte del otro.

Al analizar los cambios familiares y el incremento de las tasas de hijos no matrimoniales, denota el incremento de la cohabitación en los países europeos. Según indica, entre los 20 y 24 años, el 45% de las mujeres danesas, el 44% de las mujeres suecas y el 19% de las mujeres holandesas viven con pareja sin haber contraído matrimonio, mientras que en los Estados Unidos el hecho alcanza sólo al 14% de las mujeres. En este último país, alrededor del 25% de todos los nacimientos extramatrimoniales corresponden a parejas que conviven, en Francia, Dinamarca o en Holanda, esta proporción es mucho más alta y en Suecia alcanza casi el 90% de los nacimientos. Según refiere este autor, los observadores coinciden en que la sustitución del

matrimonio por la cohabitación de la pareja ha sido sustancial. En Suecia, la tasa de matrimonios es tan baja (3,6 habitantes de cada 1,000 habitantes), que se podría decir que se trata de una institución en crisis que se mantendrá por mucho tiempo. Para este pensador postmoderno, si bien la ilegitimidad de los nacimientos se asocia con la pobreza, en los países occidentales, fenómenos como el divorcio y la cohabitación se encuentran más difundidos entre individuos de clase media y clase alta (FUKUYAMA, 1999).

Las estadísticas del INDEC² en nuestro país, señalan que en los últimos diez años, las uniones consensuales crecieron el 25 %, y que la tendencia se acentúa entre los jóvenes de entre 15 y 29 años. La resistencia al casamiento y la preferencia por la convivencia sin papeles tienen que ver con la falta de compromiso y un espíritu más individualista, donde se piensa que si la relación no funciona, se termina de modo inmediato sin dejar consecuencias.

Consideramos necesario legalizar este instituto puesto que con el concubinato nacen derechos que no pueden dejarse de lado solo porque no tiene ley que lo respalde, aparte facilitaría la prueba de este estado aparente de matrimonio. Nuestro derecho no lo contempla de modo expreso, pero no puede ignorar la difusión del mismo, ya que eso significaría cerrar los ojos a una realidad y con ello nada se remedia. Es injusto no proteger de alguna manera a quienes viven una vida regular y se comportan como cónyuges.

El valor práctico de esta investigación es aportar sugerencias, ideas para poder contemplar y regular este instituto a través de la propuesta de un proyecto de ley que lo contemple. Este trabajo de investigación aplicada servirá fundamentalmente a aquellas personas que por distintas causas sean económicas, sociales, culturales, opten por este tipo de unión, como también a aquellos encargados de preparar proyectos legislativos al momento de sancionar leyes. También beneficiará a quienes se interesen en conocer simplemente el instituto del concubinato.

² INDEC “*Instituto Nacional de Estadísticas y Censos*”, de la República Argentina.

CAPÍTULO I

ASPECTOS

GENERALES

SUMARIO: 1.1 Matrimonio: 1.1.1)- Concepto de matrimonio. 1.1.2)- Caracteres. 1.1.3)- Naturaleza Jurídica. 1.1.4)- Impedimentos. 1.2 Efectos del matrimonio: 1.2.1)- Personales. 1.2.2)- Patrimoniales.

1.1- MATRIMONIO:

El matrimonio, como institución tiene por base la unión de dos personas de igual o distinto sexo, que a partir de la aprobación de la nueva ley de Matrimonio Civil en Argentina (Ley de Matrimonio Civil 26.618) queda legislado el mismo sin hacer distinción de sexos.

Esta entidad social, gobernada por normas institucionalizadas, en cuanto a los contrayentes y también los hijos, sean estos naturales o adoptivos, conceptualiza posiciones sociales o roles que la sociedad reconoce y organiza. El derecho, al acoger dicha institución, establece condiciones mediante las cuales ha de ser legítima la unión entre los contrayentes, en el sentido de que ha de ser reconocida y protegida como tal. Al matrimonio, además se le incorpora componentes éticos y culturales que expresan el modo en que cada sociedad considera legítima dicha unión. Desde este punto de vista, puede distinguirse el matrimonio de las demás uniones no institucionalizadas, como serían las concubinarias, constituidas por personas de distinto o de igual sexo (parejas heterosexuales u homosexuales) que no han formalizado dicha unión.

El reconocimiento de las uniones civiles responde a la idea de promover la igualdad y de no discriminación a personas que en razón de su orientación sexual conviven de manera estable, que desde hace algunos años se reconocen con mayor o menor amplitud.

La palabra matrimonio es de origen latino y deriva de la unión de *matris* (madre) y *munium* (carga o gravamen) su etimología deriva que las cargas más pesadas provenientes de la unión que recaen sobre la madre (BELLUSCIO, 2004). El doble significado de la palabra, así como la variedad de ideas, hacen difícil definirlo con exactitud, llegando a tal la dificultad que no existen dos autores que la definan del mismo modo ya que toman

distintas perspectivas al definirlo, y la dificultad es de tal entidad que prácticamente no se encuentran dos obras de derecho de familia que lo definan del mismo modo.

Respecto a los tratados internacionales con valor constitucional en nuestro país no imponen la heterosexualidad del matrimonio. Así lo establece el art. 16, párr. 1º, Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobado por la asamblea de las Naciones Unidas en 1948, dice que "*los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho... a casarse y fundar una familia*"; el art. 17, párr. 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que "*se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia...*"; y el art. 23, párr. 2, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que "*se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello*". Ninguno de ellos dice expresamente que el matrimonio debe celebrarse entre un hombre y una mujer, ya que en ese momento no se advertía el cambio que por estos años se vislumbra con respecto a la igualdad de sexos. Cabe mencionar que el principio de igualdad ante la ley no es otra cosa que "el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en igualdad de circunstancias", corolario de la Corte Suprema de Justicia, con apoyo de la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos (GONZALEZ, 1930).

1.1.1 Concepto de matrimonio:

Como se dijo anteriormente se han intentado distintas definiciones de matrimonio, y en el afán de querer describirlo se han ensayado distintos conceptos, siendo un tanto en vano ya que se introducen solo notas que lo caracterizan, tal cual lo interpreta uno de los civilistas más renombrados a nivel nacional como lo es Héctor Lafaille, donde se elude de toda definición, pero señala los diferentes sentidos de la palabra, resultando mucho más acertado (LAFAILLE, 1930). Lo esencial es que el matrimonio-fuente o matrimonio-acto es el acto constitutivo del estado de familia de cónyuges, no siendo esto universalmente válido, ya que en determinados ordenamientos también lo constituye la unión de hecho que ha durado un comprobado lapso de tiempo, y que el matrimonio-estado es tal estado

de familia o vínculo jurídico familiar, que se traduce en un complejo de deberes y derechos que el mismo ordenamiento establece.

El Derecho de Familia reconoce dos instituciones que originan a la familia como es la unión intersexual y la procreación dando origen al *parentesco* (ZANNONI, 2004). El matrimonio puede ser definido como “*la unión legal de un hombre y una mujer, con sentido de permanencia cuya base es el amor, la asistencia y el respeto recíprocos, sin perjuicio de su finalidad de procreación*” (YUNGANO, 1970). Hay que tener en cuenta, en dicha definición a la nueva ley respecto a lo referido al hombre y a la mujer, que con la última modificación no hace esta distinción sino que el art 2º de la ley 26.618, modificando el art. 172 del Código Civil, establece “*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*”.

1.1.2 Caracteres:

Desde el punto de vista jurídico podemos mencionar como caracteres los siguientes:

✓ **Unidad:** Implica que las decisiones más importantes y trascendentales de los unidos en matrimonio deben ser tomadas de común acuerdo. Para la doctrina canónica, y algunos juristas en este carácter está implícito la monogamia, lo que implica que no puede constituirse otro vínculo matrimonial, establecido en el art. 166 inc. 6 del Código Civil al consagrar como impedimento al ligamen, es decir matrimonio anterior mientras subsista. Para otros resulta más claro diferenciarlos, dando a la unidad el sentido de que los cónyuges deben tomar decisiones por igual, en tanto la monogamia implica la unión de un solo hombre o mujer con una sola mujer u hombre de acuerdo a la condición sexual de cada pareja, impidiendo la poligamia, que es la unión de un hombre con varias mujeres, y la poliandria constituida por la unión de una mujer con varios hombres, o bien del matrimonio entre un grupo de hombres y otro de mujeres. Es un carácter generalizado en la mayor parte del mundo, pero la poligamia perdura aún en los países musulmanes (BELLUSCIO, 2004).

✓ **Permanencia**: Hace referencia a que el vínculo es perdurable o estable, contraído con la finalidad de que dure en el tiempo y su estabilidad está asegurada por la ley, que solo excepcionalmente admite su disolución. La permanencia no debe ser confundido con la indisolubilidad, ya que el mismo puede extinguirse por causales naturales como sería la muerte, o por causales voluntarias como es el caso del divorcio vincular.

✓ **Juridicidad o legalidad**: Este carácter implica que la unión no queda perfeccionada si el mismo no se lleva a cabo por medio de las formalidades que la ley impone, para que tal vínculo sea válido, imponiendo además deberes y derechos de los cuales los cónyuges no pueden apartarse.

El art. 186 del Código Civil establece “*Los que pretendan contraer matrimonio, se presentarán ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, en el domicilio de cualquiera de ellos y presentarán una solicitud que deberá contener:*

1. *Sus nombres y apellidos y los números de sus documentos de identidad si los tuvieren.*
2. *Su edad.*
3. *Su nacionalidad, su domicilio y el lugar de su nacimiento.*
4. *Su profesión.*
5. *Los nombres y apellidos de sus padres, su nacionalidad, los números de sus documentos de identidad si los conocieren, su profesión y su domicilio.*
6. *Si antes han sido casados o no, y en caso afirmativo, el nombre y apellido de su anterior cónyuge, el lugar del casamiento y la causa de su disolución.*

Si los contrayentes o alguno de ellos no supieren escribir, el oficial público levantará acta que contenga las mismas enunciaciones”.

A su vez el artículo siguiente reza “*En el mismo acto, los futuros esposos deberán presentar:*

1. *Copia debidamente legalizada de la sentencia ejecutoriada que hubiere anulado o disuelto el matrimonio anterior de uno o ambos futuros esposos, o declarado la muerte*

presunta del cónyuge anterior, en su caso. Si alguno de los contrayentes fuere viudo deberá acompañar certificado de defunción de su anterior cónyuge.

2. La declaración auténtica de las personas cuyo asentimiento es exigido por este Código, si no la prestaran en ese acto, o la venia supletoria del juez cuando proceda. Los padres o tutores que presten su asentimiento ante el oficial público suscribirán la solicitud o el acta a que se refiere el artículo anterior; si no supieren o no pudieren firmar, lo hará alguno de los testigos a su ruego.

3. Dos testigos que, por el conocimiento que tengan de las partes, declaren sobre su identidad y que los creen hábiles para contraer matrimonio.

4. Los certificados médicos prenupciales”.

Por su parte el art. 188 del Código Civil, dice *“El matrimonio deberá celebrarse ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que corresponda al domicilio de cualquiera de los contrayentes, en su oficina, públicamente, compareciendo los futuros esposos en presencia de dos testigos y con las formalidades legales...”*. El art. 189 por su parte hace referencia a los menores de edad, lo cual requieren el consentimiento de los padres para contraer matrimonio, que se puede hacer en el mismo acto o por medio de una declaración auténtica. Lo mismo sucede respecto del idioma cuando los contrayentes, uno o ambos lo ignorasen, deberán requerir un traductor matriculado y en su defecto un intérprete de reconocida idoneidad (art. 190 Código Civil).

En los artículos subsiguientes hacen referencia a las modalidades del acto, el cual establece su contenido (art. 191), la forma de redacción y su firma tal cual lo contempla el art. 192 del mencionado Código.

Hay que hacer mención al consentimiento de los contrayentes, donde el mismo no debe ser sometido a modalidad alguna, ya que cualquier modalidad debe ser tenido por no escrito, sin que ello implique o modifique la validez del matrimonio (art. 193).

En definitiva lo que el Código en esta parte ha querido, es establecer los requisitos formales del acto para que sea plenamente válido y quiénes deben llevar a cabo dichas condiciones son los contrayentes y por supuesto el Encargado del Registro Civil y Capacidad de las Personas, y como representante del Estado debe corroborar que ellos se

lleven a cabo, caso contrario tiene la facultad de suspender la celebración del matrimonio hasta tanto sea probada la habilidad, se rechace la oposición o se desestime la denuncia, haciéndolo constar en el acta, si los interesados la pidieren, para que puedan recurrir al juez civil (art. 195). La oposición solo puede producirse sobre los impedimentos del art.166 del Código Civil, los que pueden deducirla son: el cónyuge del que quiere contraer otro matrimonio; los parientes en línea recta y los colaterales hasta el segundo grado; el adoptante y adoptado; los tutores y o curadores y el Ministerio Público. Deducida en forma la oposición se da conocimiento a los novios, si reconocen el impedimento se hace constar en el acta y no se celebra el matrimonio (art.182). Si no reconocen la existencia del impedimento deben contestar dentro de los 3 días, se levanta acta y se remiten al juez copia de lo actuado, suspendiendo el matrimonio. El juez resolverá por trámite más breve y remite copia de la sentencia al oficial (art.183). Cuando la sentencia haga cosa juzgada se celebra el matrimonio (art.184). Pero el encargado *“procederá a la celebración del matrimonio con prescindencia de todas o algunas de las formalidades que deben precederle, cuando se justificase con el certificado de un médico, y donde no lo hubiere, con la declaración de dos vecinos, que alguno de los futuros esposos se hallaba en peligro de muerte...”*.

Respecto a los derechos y los deberes el art. 198 del Código Civil establece: *“Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos”*, en el art. 199 *“Los esposos deben convivir en una misma casa, a menos que por circunstancias excepcionales se vean obligados a mantener transitoriamente residencias separadas. Podrán ser relevados judicialmente del deber de convivencia cuando ésta ponga en peligro cierto la vida, o la integridad física, psíquica o espiritual de uno de ellos, de ambos o de los hijos.*

Cualquiera de los cónyuges podrá requerir judicialmente se intime al otro a reanudar la convivencia interrumpida sin causa justificada bajo apercibimiento de negar le alimentos” y el art. 200 *“Los esposos fijarán de común acuerdo el lugar de residencia de la familia”*.

1.1.3 Naturaleza Jurídica:

Siguiendo a Augusto Belluscio respecto de la naturaleza jurídica del matrimonio, este autor considera que se complica la misma porque “*se ha perdido de vista el doble significado jurídico del vocablo matrimonio*” (BELLUSCIO, 2004). Se debe a que hay una oposición al considerarlo, o bien sea como un contrato o como una institución. La doctrina moderna intenta de alguna manera superarlo ocupándose del doble significado. Ha cobrado fuerza la opinión según la cual, el matrimonio-acto no es contrato, sino que es un acto jurídico, aun cuando subsiste la discordancia sobre sus caracteres.

Distintas concepciones han querido de alguna manera encontrar la naturaleza jurídica del matrimonio y es por ello que se han ensayado distintos pensamientos, que a continuación se detalla:

1- Concepción Contractual Canónica: Para el Derecho Canónico, el acto de celebración del matrimonio es un contrato cuando es celebrado entre bautizados, siendo un sacramento que va unido al mismo y lo será en función de sus elementos esenciales de existencia, como son: sujetos, objeto y consentimiento.

Este contrato tiene los siguientes caracteres:

- *Origen*: que puede derivar de la naturaleza misma del hombre, o de su voluntad.
- *Consentimiento*: siendo este de tal importancia que sin haberlo manifestado de manera unánime, este no nace, como tampoco surgen los derechos y deberes de los contrayentes. El mismo no puede ser suplido por ninguna autoridad humana, y el transcurso del tiempo no legaliza la unión.
- *Estabilidad y duración*: es perpetuo e indisoluble, no admitiendo rescisión por mutuo acuerdo, ni disolución por autoridad humana.
- *Excelencia*: es sagrado y religioso por naturaleza, y no simplemente civil y profano.

2- Concepción Contractual Civil: En Francia, se fue gestando la concepción del matrimonio como contrato de derecho civil, siendo la base de su secularización producida tras la Revolución de 1789. Su máxima expresión legislativa, se produce con la Constitución de 1791, donde quedó establecido que la “*ley no considera al matrimonio*”

*sino como un contrato civil*³". Siendo la opinión general de los juristas del siglo XIX y persistiendo en el siglo XX.

Autores franceses Catherine Labrousse-Riouse, a partir de cambios legislativos en 1975, con la admisión del divorcio vincular por mutuo consentimiento y por ruptura de la vida en común, implicando su extinción, donde el consentimiento es necesario en acto de celebración del matrimonio como en su disolución, se muestran nuevamente atraídos por el carácter contractual del matrimonio.

3- Concepción Institucional: La teoría de la institución y su aplicación al matrimonio, se desarrollaron en Francia a principios del siglo XX, enfrentándose a la concepción del matrimonio como contrato civil, la misma había sido conocida por Vélez Sarsfield y quedó expuesta en la nota al título "Del matrimonio" de nuestro Código Civil. El mismo establecía, entre otros conceptos que: *"En un tiempo, la Iglesia Católica lo consideró sólo como un sacramento y la idea religiosa dominó todo el derecho. Vino la Revolución Francesa, y el matrimonio fue legislado por sólo los principios que rigen los contratos. La lógica del jurisconsulto fácilmente dedujo del error de que partía, las formas que debían acompañarlo para su validez: el divorcio perpetuo y la omnímoda facultad de hacer las convenciones matrimoniales que los esposos quisieran. Los extremos no podían satisfacer ni la conciencia de los pueblos cristianos ni las relaciones indispensables de las familias, ni menos las necesidades sociales. Un hecho de la importancia y resultados del matrimonio no podría descender a las condiciones de una estipulación jurídica cualquiera. La sociedad no marcharía a la par de las leyes: serían necesarias tantas excepciones al contrato, que vendría a quedar sin ninguno de los principios que sirven de base a las convenciones particulares"*. Y luego señalaba: *"Había otra manera de considerar el acto que dejaba completamente libre al legislador para formular las condiciones todas del matrimonio, y era reputarlo como una institución social fundada en el consentimiento de las partes; y entonces las peculiaridades de su naturaleza, su*

³ CONSTITUCIÓN DE FRANCIA, Año 1791, Tít. II, art. 7º, *"La loi ne considere le mariage que comme un contrat civil"*.

carácter y la extensión de las obligaciones, tan diferentes de las de los contratos, podían corresponder al fin de su institución”.

Agrega, que bajo este punto de vista considerará al matrimonio, y transcribe luego conceptos de Lord Robertson quien señala sus diferencias con todos los demás contratos y la inaplicabilidad de las reglas de éstos en su constitución y en los medios de ejecución, y finalmente los siguientes conceptos de Savigny: *“Se ha querido colocar al matrimonio al lado de la venta o de la sociedad, como un mero contrato consensual, que por una singular inadvertencia olvidaron los romanos. Cuando el sacerdote pregunta a los esposos si quieren prometerse amor y fidelidad hasta la muerte y los esposos hacen la promesa, esta declaración no implica la promesa de ciertos actos determinados, ni la sumisión a una ejecución jurídica en el caso en que esos actos no se cumpliesen. Esa promesa significa sólo, que los esposos conocen los preceptos del cristianismo sobre el matrimonio, y que tienen la intención de conformar a ellos toda su vida”.*

En Francia, se cita como primera expresión de la tesis institucional del matrimonio una obra de La Breda Lyon en 1877. Después de un cuarto de siglo, Charles Lefebvre, enuncia vagamente que el matrimonio es una institución que no pertenece principalmente al orden jurídico de los contratos porque no se permite a los contrayentes estipular como verdaderos contratantes, le restó valor al antecedente de la Constitución de 1791, pues en la expresión “contrato civil” habría prevalecido por sobre el vocablo “contrato”.

La teoría de la institución ha influido de alguna manera en el derecho canónico, ya que algunos canonistas modernos han intentado introducirla en el mismo, cuya tendencia no ha sido muy reconocida, pero la constitución pastoral del Concilio Vaticano II parece admitirla al decir que: *“del acto humano por el que los esposos se dan y se reciben mutuamente nace, aun ante la sociedad, una institución confirmada por la ley divino⁴”.*

En el derecho positivo, la ha recogido el Código Civil de las Islas Filipinas de que expresa: *“el matrimonio no es un mero contrato sino una institución social inviolable⁵”.* En nuestro país, se adhieren a la misma Frías y Borda, este afirma que es indudable que

⁴ CONCILIO VATICANO II 7/12/1965.

⁵ CÓDIGO CIVIL DE LAS ISLAS FILIPINAS, Art. 52, Año 1942.

el matrimonio es una institución, y no un contrato, en razón de las diferencias entre una y otra señaladas por Renard (RENARD, 1933).

4- Concepción Mixta: La teoría contractual pone énfasis en el consentimiento de las partes expresado en el acto de celebración, en tanto la teoría institucional, pone el acento en la inderogabilidad por las partes del régimen legal a las que quedan sometidas como resultado de ese acto, complejo de derechos y deberes de los cuales no pueden apartarse, la primera tiene en vista el matrimonio-acto, y la segunda el matrimonio-estado.

A pesar de sostener la teoría de la institución o ser el único de los civilistas franceses que la aplicó al matrimonio, no dejó de advertir la situación Bonnecase (BONNECASE, 1945), quien le quitó importancia al acto jurídico considerándolo dependiente de la institución. Pero el intento de conciliar las dos doctrinas proviene de Rouast, en la obra en que colaboró con Planiol y Ripert, y fue luego admitido por Julliot de la Morandière, Carbonnier, los Mazeaud, Marty y Raynaud, Bénabent, Cornu y otros autores.

5- Acto Jurídico Familiar: La mayoría de la doctrina moderna considera que el matrimonio es un acto jurídico familiar, tratando de caracterizar el acto de celebración del matrimonio, esta postura no es incompatible con quienes consideran al matrimonio-estado una institución no sólo social sino también jurídica.

Como antecedente de esta tesis pueden señalarse opiniones de autores que consideraron al matrimonio no como un contrato propiamente dicho sino como una convención ya que no habría diferencia entre acto jurídico bilateral y convención.

Lo caracterizan como acto jurídico familiar, aunque para algunos es bilateral y para otros complejo, en Alemania von Tuhr, en Italia Messineo y Stolfi, en España Castán Tobeñas, Puig Brutau, Albaladejo y Diez-Picazo, en Francia Bonnecase, Julliot de la Morandière, Ripert y Boulanger, y los Mazeaud, y en nuestro país Salvat, Lafaille, Rébora, Pavón, Spota, Mazzinghi, Díaz de Guijarro, Frías, Molinario, Borda, León y Zannoni. Algunos de los autores que lo califican de acto jurídico familiar también son partidarios de la teoría de la institución en cuanto al matrimonio-estado, o bien de la concepción mixta.

Como conclusión de lo desarrollado por las distintas teorías, la discusión proviene de no haber fijado real atención en el vocablo “matrimonio” teniendo dicho vocablo un doble sentido, es decir matrimonio-acto y matrimonio-estado. Pero no es desde este punto de vista que se sigue a la concepción mixta, donde el matrimonio es a la vez contrato e institución, o contrato por el cual las partes se adhieren a una institución, ya que no es lo mismo que una cosa tenga una doble naturaleza, o que se trate de dos cosas distintas designadas con el mismo vocablo en virtud del idioma que sirva a una misma palabra para identificarlas. Pero fundamentalmente, la adopción de esta concepción es que el contrato es extraño a los actos jurídicos familiares personales, siendo un concepto esencialmente patrimonial. Por lo mismo debe rechazarse la expresión “contrato de derecho de familia”, correspondiendo determinar por un lado la naturaleza del matrimonio-acto, y por otro la del matrimonio-estado. En cuanto al matrimonio-acto, es un acto jurídico familiar, sin duda alguna, en tanto el matrimonio-estado es un régimen legal, compuesto de un complejo de derechos y deberes que las partes no pueden modificar y a los cuales quedan sometidos como consecuencia del matrimonio-acto. Entonces, como institución jurídica, se trataría de una institución-cosa, y no de una institución-persona como parecen haberlo querido caracterizar Hauriou y Renard.

Admitiendo que el matrimonio-acto es un acto jurídico familiar, las dificultades no concluyen allí, pues se discute si se trata de un simple acto bilateral o si la intervención del oficial público en su celebración lo convierte en acto complejo. La duda puede plantearse como consecuencia de que su actuación no se limita a recibir las declaraciones del consentimiento de los esposos sino que además pronuncia en nombre de la ley, que quedan unidos en matrimonio (art. 188 Párr. III in fine del Código Civil). La función del oficial va más allá que la del notario en las escrituras públicas, quien se limita a dar fe de lo expuesto por los otorgantes. El carácter de acto complejo es afirmado en Italia por Vassalli y De Ruggiero, y parece aceptarlo Messineo, fundados en que se forma con el concurso de las voluntades particulares de los contrayentes y de la voluntad del Estado.

Entre nosotros, según la opinión de Spota, entendía que hay acto complejo todas las veces que la celebración y perfección del negocio jurídico depende, no sólo de una o varias declaraciones de voluntad que se hallan en un pie de igualdad jurídica, sino

también de otra declaración de voluntad que actúa en un plano distinto al de quienes formulan aquella declaración, siendo esta última integradora del acto (SPOTA, 1990). De este modo el matrimonio sería un acto jurídico bilateral por cuanto las partes son dos, y sería también complejo porque el mismo se perfeccionaría con la voluntad constitutiva del oficial público, siendo integrante del plexo de voluntades del cual surge el matrimonio.

Diferente es lo que entiende Zannoni, donde la complejidad del acto jurídico matrimonial queda integrada por el control de legalidad ejercido por el oficial público encargado del registro civil. Habría un acto subjetivamente complejo, integrado por el acto bilateral resultante de la declaración del consentimiento de los contrayentes, y el acto administrativo que implica el control de legalidad ejercido por el oficial público, sólo la conjunción de esos dos actos formaría el vínculo (ZANNONI, 2004).

La opinión según la cual el matrimonio es acto jurídico complejo ha sido refutada por varios autores italianos, fundamentalmente porque el vínculo nace de la voluntad de los contrayentes, en tanto que la del Estado no tiene el mismo valor ni puede ser puesta en el mismo plano que la de los esposos. En nuestro país, Díaz de Guijarro se limitó a expresar que no comparte la complejidad del acto. Para establecer si el matrimonio es verdaderamente un acto complejo, sería preciso determinar el concepto de “acto complejo”, ofreciendo ello una dificultad, ya que hay diversas posiciones. Para algunos es aquél en el cual dos o más declaraciones de voluntad tienen el mismo fin y contenido y se funden en una voluntad unitaria (p.ej., enajenación por condóminos), para otros es el compuesto de una serie de actos que se funden en un acto único, como la oferta aceptada. Para Spota, es lo mismo que acto colectivo o conjunto, suma de declaraciones de voluntades paralelas pero no recíprocas, como la fundación de una asociación. La noción de acto complejo es, confusa y provoca discrepancias doctrinales, además, cualquiera que sea la posición que se adopte, no se encuentra contenido al matrimonio (SPOTA, 1990). Pero ello es fundamental para negar la calidad de acto complejo del matrimonio y reafirmar su carácter bilateral, es que ningún juego tiene en la formación del acto la voluntad del oficial público, o la del Estado por él manifestada. Su función se limita a comprobar la identidad de las partes, su habilidad para casarse y la expresión de su consentimiento, es decir verificar si se cumplen con los requisitos que la ley requiere para

que el acto este munido de legalidad, expresando fehacientemente que el acto se ha cumplido en debida forma. De aceptarse que la voluntad del oficial público integra el acto, se llegaría a la conclusión de que la teoría de los vicios del consentimiento sería aplicable al oficial público, lo que resulta un tanto incoherente.

Accesoriamente, debe señalarse que en el derecho civil argentino la declaración del oficial público de que los esposos están unidos en matrimonio es un requisito formal. A tal conclusión ha de llegarse desde el punto de vista del derecho civil, sin perjuicio de que pueda verse en la declaración del oficial público, cumpliendo con su función, a un acto administrativo (ZANNONI, 2004).

1.1.4 Impedimentos:

Para la existencia de un matrimonio válido es necesario el cumplimiento de requisitos intrínsecos y extrínsecos impuestos por la ley. Podríamos definir a los impedimentos como “*prohibiciones de la ley que afectan a las personas para contraer un determinado matrimonio. Se trata de hechos o situaciones jurídicas preexistentes que afectan a uno o a ambos contrayentes*” (ZANNONI, 2004).

Es importante destacar que el impedimento no es una situación jurídica preexistente, sino que es la prohibición que formula la ley anticipadamente para contraer matrimonio. Arturo Yungano nos enseña que “*el impedimento es todo hecho o situación que obstaculiza la celebración del matrimonio*” (YUNGANO, 1970). Se ha observado que existen condiciones naturales indispensables para la celebración del matrimonio, y su falta de cumplimiento puede provocar la nulidad o anulación del acto, según sea el caso.

Tal como se dijo anteriormente, la validez del matrimonio depende de que se cumplan las condiciones que la ley ha previsto para que el acto se torne válido, es decir se deben cumplir con los requisitos de fondo y forma para que sea legalmente aceptado como tal. Los requisitos de fondo o intrínsecos son el consentimiento de los contrayentes y además la ausencia de impedimentos. En tantos los requisitos de forma o extrínsecos, se hace real hincapié al consentimiento que este sea otorgado ante el oficial público determinado por la ley, cuya ausencia provoca la inexistencia del matrimonio.

Dentro de los requisitos intrínsecos mencionados anteriormente encontrábamos también a la **diversidad de sexo**, que hace algún tiempo no muy lejano, era realmente un obstáculo para contraer matrimonio, si vemos el antiguo art 172 del Código Civil, decía lo siguiente: *“Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo.*

El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente”. Si analizamos este artículo del Código, la falta o el incumplimiento de alguno de los requisitos allí contemplados hace inexistente el matrimonio.

En la actualidad dicho requisito ha quedado superado con la sanción de la nueva ley de matrimonio igualitario, aprobada por el Senado de la Nación, que a partir del 22 de Julio del 2010 modifica el Código Civil para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Luego de una dificultosa decisión, el proyecto se convierte en ley por 33 votos a favor, 27 votos en contrario, y tres abstenciones, dando por resultado la aprobación del proyecto, en el cual Argentina se transforma en el país dentro de Latinoamérica que legisla el matrimonio entre personas de igual sexo. La nueva normativa reemplaza en todos los artículos de la ley de matrimonio anterior, la expresión de “hombre y mujer” por la de “contrayentes”. Por lo tanto, a partir de aquí los contrayentes sean de igual o distinto sexo gozarán de iguales derechos, como por ejemplo adoptar, derecho a la herencia de la pareja, cobro de pensión entre otros.

Siguiendo la línea francesa, predominaba el criterio de que era redundante que la ley estableciera el requisito de diversidad de sexos, siendo tan esencial que no era necesario, y hasta obvio incluirlo, puesto que el matrimonio no produciría efectos jurídicos si el mismo no era celebrado por un hombre y una mujer, esto mismo se corrobora en la Corte de Casación, donde en uno de sus fallos confirma que consideraba nulo un matrimonio homosexual celebrado por el alcalde de la comuna al afirmar rotundamente que “el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer”, principio que no está contradicho por ninguna de las disposiciones de la Convención Europea de Derechos Humanos ni de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

(BELLUSCIO, 2010). De allí toma la doctrina argentina de los siglos XIX y XX, la postura de establecer como un supuesto de inexistencia de matrimonio la unión de dos personas del mismo sexo. Postura llevada a la ley 23.515, en su artículo 172 del Código Civil argentino, antes transcripto.

La innovación de la ley 23.515 fue hacer referencia a la expresión “hombre y mujer”, dejando bien en claro la identidad de sexos, pero pareciera que el legislador avizorando el futuro, excluyó incluir los eventuales efectos jurídicos del matrimonio homosexual.

Finalmente, a partir del 2010 con la ley 26.618, llamada “ley de matrimonio igualitario”, consagra la indiferencia de sexos de los contrayentes y así lo describe en su art. 2º, el cual establece: *“Sustitúyase el artículo 172 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma: Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo.*

El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente”, disposición influida por el Código Civil español, en el art. 44, con el párr. 2 incluido por la ley 13/2005.

Como se podrá observar la modificación consiste en sustituir la referencia a hombre y mujer por **contrayentes** y en añadir un segundo párrafo. Es por ello que la regla básica de la reforma es el art. 172 del Código Civil, la cual se modifica solo formalmente, para adaptarlo a la neutralidad de sexos, los arts. 144, inc. 1, 188, 264, inc. 1, 264 ter, 272, 287, 291, 294, 296, 307, 324, 332, 354, 355, 356, 360, 476, 478, 1275, inc. 2, 1299, 1300, 1301, 1315, 1358, 2560, 3292, 3969 y 3970.

Por su parte el art. 42 de la Ley 26.168 añade *“Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo como al constituido por dos personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen*

sea un matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por dos personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por dos personas de distinto sexo”.

Alusión separada merece el tema relativo a los deberes y derechos de los cónyuges, puesto que tanto en una como en la otra serían iguales sin distinción. Pero un mismo hecho produce consecuencias distintas, según se trate de matrimonio homosexual o heterosexual. En especial lo relativo a las prácticas antinaturales a que se exponía a la mujer se la consideraba como injurias graves, en tanto en el matrimonio entre hombres tales hecho constituye el débito conyugal.

Los impedimentos matrimoniales se pueden clasificar teniendo en cuenta diversos criterios (BELLUSCIO, 2004):

✓ Por la índole de la sanción a que da lugar su inobservancia: se clasifican en *dirimentes* e *impedientes* o *prohibitivos*, expresiones no utilizadas por la ley argentina, pero sí por la doctrina rescatada del derecho canónico y de países que legislaron el matrimonio civil con anterioridad al nuestro.

Por *Impedimentos dirimentes* entendemos aquellos cuya violación habilita al ejercicio de la acción de nulidad del matrimonio, en tanto los *impedimentos impedientes* o *prohibitivos* son aquellos cuya falta se resuelven con sanciones de otro tipo, y no con la nulidad, o bien cumplen sólo una función preventiva, de modo que si el oficial público los conoce debe negarse a autorizar la celebración del matrimonio, o una vez contraído no produce consecuencias jurídicas su inobservancia.

✓ Por las personas respecto de las cuales se aplican: pueden ser *absolutos* o *relativos*. Son *absolutos* los que obstan a la celebración del matrimonio con cualquier persona, por ejemplo la falta de edad legal, y *relativos* los que sólo representan un obstáculo con respecto a personas determinadas, como sería el parentesco.

✓ Por el tiempo de vigencia: se dividen en *perpetuos* y *temporales*. Los *perpetuos* no están destinados a desaparecer por el transcurso del tiempo, como los derivados del

parentesco. En tanto los *temporales* están sujetos a extinción por el transcurso de un plazo cierto o incierto. Ejemplos de impedimentos temporales de plazo cierto serían la falta de edad legal o la disolución del matrimonio durante la minoridad, y de temporales de plazo incierto, el matrimonio anterior subsistente, que cesa por la muerte del cónyuge.

✓ Según puedan o no ser dejados sin efecto por una autorización: los mismos pueden ser *dispensables* o *indispensables*. *Dispensables* son los que pueden ser removidos mediante la autorización de contraer matrimonio, dispensa, siendo esta una institución del derecho canónico, que paso a algunas leyes civiles. En el texto originario no lo contenía pero el art. 14 de la ley 14.394 lo introdujo y lo mantuvo la ley 23.515 en el nuevo texto del art. 167 del Código Civil, en otros países existen otros supuestos de impedimentos dispensables, tales como ciertos grados de parentesco otorgada por determinada autoridad; los *indispensables* no pueden ser removidos de manera alguna.

Los impedimentos matrimoniales cumplen una serie de efectos, que opera en dos momentos fundamentales antes de la celebración del matrimonio, y luego de la celebración del matrimonio, a continuación se detallan: 1- Son causa de oposición al matrimonio y de denuncia, la oposición solo puede tener por motivo o causa un impedimento y la denuncia por el oficial público sobre la base de impedimentos dirimentes. 2- Son causa de negativa del oficial público a la celebración del matrimonio, donde el oficial público se debe negar a su celebración si tiene conocimiento de algún impedimento, sea impediendo o dirimente. 3- Dan lugar a sanciones civiles, como la nulidad en caso de impedimentos dirimentes y sanciones diversas si se tratan de impedimentos impediendo. 4- Dan lugar a sanciones penales, en este caso el Código Penal tipifica en su cuerpo los delitos de matrimonios ilegales (capítulo I del título Delitos contra el estado civil), varios de los cuales están dados por la celebración a pesar de la existencia de impedimentos, tales son: a)- La celebración de matrimonio a pesar de saber ambos contrayentes que existe un impedimento que causa su nulidad absoluta, reprimida con prisión de uno a cuatro años (art.134); b)- La celebración del matrimonio a pesar de saber uno de los contrayentes que existe tal tipo de impedimento, cuando oculta esa circunstancia al otro, con prisión de dos a seis años (art. 135, inc. 1); c)- La autorización del matrimonio por el oficial público a pesar de saber de la existencia de los antedichos

impedimentos, con igual pena que la establecida en cada caso (art. 136, párr. primero); d)- La autorización del matrimonio por el oficial público que ignora la existencia de tales impedimentos como consecuencia de no haber llenado los requisitos prescriptos por la ley para la celebración, con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos (art. 136 y ley 24.286), y e)- El consentimiento para el matrimonio de un menor impúber por su representante legítimo, con igual pena (art. 137).

1.1.4.1 Impedimentos dirimentes: El art. 166 establece: “*Son impedimentos para contraer matrimonio...*”

1. Consanguinidad: El art comienza en su inc. 1º “*La consanguinidad entre ascendientes y descendientes sin limitación*” y el inc. 2º “*La consanguinidad entre hermanos o medio hermanos...*”.

Son impedimentos para el matrimonio la consanguinidad entre ascendientes y descendientes sin limitación, y entre hermanos y medios hermanos. Este impedimento la consanguinidad en línea recta en todos los grados, sin distinción entre ascendientes y descendientes, y en la línea colateral hasta el segundo grado que es en el que se encuentran los hermanos y medio hermanos entre sí, matrimoniales o extramatrimoniales.

2. Afinidad: En el inc.4º “*La afinidad en línea recta en todos los grados*” Son impedimentos para contraer matrimonio la afinidad en línea recta, en todos los grados, sin limitación, a los ascendientes y descendientes de uno de los cónyuges respecto del otro, este impedimento no alcanza a los parientes colaterales (v.gr. los cuñados entre sí).

El parentesco por afinidad no se extingue por la disolución del matrimonio, trátase de la muerte de uno de los cónyuges o del divorcio vincular. Sí se extingue en caso de nulidad del matrimonio que lo habría constituido, por lo cual acaecida la declaración de nulidad, nada impedirá que uno de los ex cónyuges del matrimonio anulado contraiga matrimonio con un ascendiente o descendiente del otro. En cambio, el viudo o divorciado vincularmente no podrá contraer matrimonio con los descendientes o ascendientes de quien fuera su cónyuge.

3. Adopción: Por su parte el inc. 3º reza “*El vínculo derivado de la adopción plena, en los mismos casos de los incisos 1, 2 y 4. El derivado de la adopción simple,*

entre adoptante y adoptado, adoptante y descendiente o cónyuge del adoptado, adoptado y cónyuge del adoptante, hijos adoptivos de una misma persona, entre sí, y adoptado e hijo de adoptante. Los impedimentos derivados de la adopción simple subsistirán mientras ésta no sea anulada o revocada...”.

El impedimento que proviene de la adopción, fue incorporado en 1.948 por ley 13.252 y luego en 1.971 por la ley 19.134. Aparece después en el inc. 3º del art. 166 distinguiéndose el impedimento que deriva del vínculo creado por la adopción plena de los vínculos derivados de la adopción simple. Respecto de la adopción plena, como le confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen (art. 323, Código Civil, ley 24.779) deben aplicarse respecto del adoptado los mismos impedimentos que los derivados de la consanguinidad o la afinidad, como lo establece la parte I del inc. 3º del art. 166 que estamos considerando. Con referencia a la adopción simple, el impedimento se limita legislativamente, teniendo en cuenta que la adopción simple sólo establece vínculo entre adoptante y adoptado, pero no crea vínculo de parentesco entre aquél y la familia de sangre del adoptante, sino a los efectos expresamente determinados por la ley (art. 329, Código Civil). Es por esto que, al legislarse sobre los impedimentos, expresamente se enumeran las personas entre las que no puede contraerse matrimonio válidamente, en razón de la adopción simple preexistente. Es decir, no pueden contraer matrimonio entre sí el adoptante y el adoptado, el adoptante con un descendiente o con el cónyuge del adoptado, el adoptado con el cónyuge del adoptante, los hijos adoptivos de una misma persona entre sí, y el adoptado con un hijo del adoptante. Se trata de un impedimento dirimente, ya que el art. 219 del Código Civil enumera entre los supuestos de nulidad absoluta, el matrimonio que se contrajere mediando tal impedimento. Pero el mismo art. 166, inc. 3º, en su parte última, señala que los impedimentos derivados de la adopción simple subsistirán mientras ésta no sea anulada o revocada, con lo cual la ley 23.515 se aparta del criterio que había consagrado el art. 28 de la ley 19.134. Sin embargo, no ha prosperado el criterio admitido por algunas legislaciones extranjeras, como el Código Civil italiano de 1942, que si bien consagran los impedimentos para contraer matrimonio resultante de la adopción, su celebración, p.ej., entre hermanos adoptivos, no invalida las nupcias sino que extingue, *ipso iure*, el vínculo adoptivo.

4. Edad: En su inc. 5º contempla: “*Tener menos de dieciocho años*”. Originalmente, la ley 2393, en el art. 9º, inc. 4º, se dispuso como edades mínimas para contraer matrimonio, doce años la mujer y catorce el varón, edades que fueron elevadas por el art. 14 de la ley 14.394, a catorce y dieciséis años, respectivamente. De tal modo, la ley 23.515 vuelve a elevar la edad para contraer matrimonio. Se pretende, de este modo, asegurar mayor responsabilidad para el trascendente acto de la vida que significa contraer matrimonio.

En nuestra ley de matrimonio civil no se conoció la facultad de dispensar impedimentos matrimoniales. Sin embargo, la ley 14.394 en su art. 14, después de elevar la edad mínima del varón y la mujer para contraer matrimonio, autorizó al juez a dispensar de la edad en los supuestos del art. 132 del Código Penal, o sea en los casos de violación, estupro, raptó o abuso deshonesto, autorizando la celebración del matrimonio, aunque la víctima fuera menor de la edad mínima requerida, con lo cual se permitía la excusa absolutoria de la responsabilidad penal que recae sobre el autor de esos delitos. Con posterioridad, la ley 18.444 ratificó la denominada Convención de Nueva York de 1962, aprobada por la Asamblea Nacional de las Naciones Unidas con el voto favorable de la delegación argentina, que establece que los Estados adherentes deberán prever los supuestos en que, por causas justificadas y el interés de los contrayentes, se puede dispensar el requisito de la edad mínima para contraer matrimonio.

Con la ley 23.515 se mantiene la institución de la dispensa del impedimento de edad, pero con distinta amplitud, así, el art. 167 del Código Civil establece que “*podrá contraerse matrimonio válido en caso del art. 166 inc. 5º previa dispensa judicial*”, la misma se otorgará con carácter excepcional y sólo si el interés de los menores lo exigiese, previa audiencia personal del juez con quienes pretendan casarse y los padres o representantes legales del que fuera menor. Esto permite al juez apreciar con mayor amplitud cuándo puede autorizar el matrimonio, evaluando ante todo, el interés de los menores, ponderando las razones detenidamente para evitar de este modo la autorización de enlaces entre quienes carecen de madurez. Es necesario que el juez entreviste personalmente a los menores y a sus padres o representantes, resultando imperativo para despenar a los menores a contraer matrimonio. Así queda establecido en el art. 167 IIº

párr. “...La dispensa se otorgará con carácter excepcional y sólo si el interés de los menores lo exigiese previa audiencia personal del juez con quienes pretendan casarse y los padres o representantes legales del que fuera menor”.

5. Ligamen: Constituido por el “matrimonio anterior mientras subsista” inc. 6°. Su fundamento y su vigencia universal, es aceptado en sistemas jurídicos monogámicos, siendo independientemente de la disolubilidad o no del vínculo. En nuestro derecho, a partir de la ley 23.515, el matrimonio se disuelve no sólo por la muerte de uno de los cónyuges, causa natural de disolución, sino también por la sentencia de divorcio vincular. También se ha conservado la habilidad nupcial del cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento, manteniendo entonces vigencia lo dispuesto en ley 14.394. Salvo estos casos, y, por supuesto, el caso en que un matrimonio anterior fuese declarado nulo, el vínculo matrimonial subsistente constituye impedimento dirimente para la celebración de otro matrimonio.

6. Crimen: Legislado en el inc. 7° del art. 166, estableciendo “haber sido autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges”. La redacción de este inciso es igual al que en la ley 2.393 se contempló. Debe tratarse de homicidio doloso, quedando excluidos los casos de homicidios culposos o preterintencionales, o los casos de inimputabilidad previstos en el art. 34 del Código Penal, e incluso, el homicidio ocasionado en legítima defensa.

No configura impedimento la mera tentativa de homicidio, que otras legislaciones contemplan junto al delito consumado. Nuestra ley no exige que el homicida haya cometido el delito con la intención de contraer matrimonio con el supérstite.

La necesidad de que medie condena penal es discutida en nuestra doctrina, aunque prevalece el criterio de su necesidad, puesto que solamente de este modo podrá haber quedado establecido que quien pretende contraer matrimonio fue autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges. La norma alude exclusivamente al autor, cómplice o instigador de homicidio doloso de uno de los cónyuges. Respecto a otros medios de cooperación como sería el encubridor y los partícipes necesarios en principio, estarían involucrados en el impedimento en la medida en que su cooperación haya resultado determinante para la comisión del delito por parte de un tercero.

7. Privación permanente o transitoria de la razón: El inc. 8º reglamenta “*la privación permanente o transitoria de la razón, por cualquier forma que fuere*”. La antigua ley aludía a la locura, en realidad hacía referencia a la demencia. Esta cuestión encerraba interrogantes como si la locura abarcaba a la demencia declarada en juicio o también a la demencia como hecho, como sería la privación momentánea, circunstancial o permanente del discernimiento, aun sin mediar interdicción judicial.

La doctrina prevaleciente y la jurisprudencia, entendieron que la ley consideraba como supuesto de hecho del impedimento la alienación mental, y no la interdicción. Se acordó, respecto del interdicto que el mismo se presume el estado permanente de alienación mental, es decir habitual, y quien alegara que no obstante la interdicción el contrayente se halla lúcido al momento en que pretende contraer el matrimonio, debería probarlo. Mientras que en el caso del insano no interdicto se presume que goza de discernimiento suficiente, siendo ese desequilibrio un hecho que debe acreditarse, y quedará a cargo de quien alegue la locura.

Estas ideas se han manifestado claramente a la letra del Código Civil, con la reforma de la ley 23.515, siendo mucho más amplio que la antigua ley donde ahora se comprenden casos de privación transitoria de la razón por cualquier causa, como la provocada por uso de estupefacientes, intoxicación alcohólica, sugestión hipnótica, entre otras causales.

Es por ello que en adelante debe interpretarse que lo que la ley ha querido en este caso es abarcar con mayor amplitud el caso de la locura incluyendo tanto al insano interdicto como al no interdicto, y también a quien al momento en que pretende casarse está privado de la razón por diversas circunstancias.

8. Sordomudez: El inc. 9º contempla este impedimento, que se da “*cuando el contrayente afectado no sabe manifestar su voluntad en forma inequívoca por escrito o de otra manera*”. Para muchos estudiosos del derecho, este inciso constituye un error legislativo, ya que si una persona no sabe o no puede manifestar su consentimiento al contraer matrimonio de manera inequívoca, el aparente matrimonio queda alcanzado por la norma del art. 172, párr. 2º, del Código Civil. Es decir el pleno y libre consentimiento si no se ha expresado inequívocamente, este será inexistente, y por tanto no producirá

efectos civiles, aunque las partes hayan obrado de buena fe. Por otro lado, si el sordomudo sabe expresarse por escrito su matrimonio será válido, salvo que se probare que, al contraerlo, estaba privado de razón de acuerdo con lo dispuesto en el inc. 8° del mismo art. 166.

La sordomudez a la que alude este precepto no constituye un impedimento en sentido propio, sino un caso que revelaría la imposibilidad de prestar el consentimiento que, como tal, conlleva a la inexistencia del matrimonio.

1.1.4.2 Impedimentos impeditivos: Estos impedimentos son meramente prohibitivos, en el sentido de que si el matrimonio se celebra, no obstante mediar algunos de tales impedimentos, el acto es válido, aunque por haber sido irregularmente celebrado conlleve sanciones para los contrayentes.

Entre los mismos tenemos:

1. Carencia de asentimiento de los representantes legales: Establece el art. 168 del Código Civil que “*Los menores de edad, no podrán casarse entre sí ni con otra persona, sin el asentimiento de sus padres o de aquel que ejerza la patria potestad, o sin el de su tutor cuando ninguno de ellos la ejerce o, en su defecto, sin el del juez*”. Con la nueva modificación que hubo en el Código Civil, coincide la edad mínima para contraer matrimonio con la mayoría de edad, la misma se alcanza al cumplirse los dieciocho años de edad.

Al tratarse de un impedimento impeditivo nuestra ley no establece la nulidad del acto, para el menor que contrajo matrimonio sin el previo asentimiento de los padres o tutores. Sin embargo, Código Civil establece expresamente la sanción consistente en que “*no tendrán hasta la mayoría de edad la administración y disposición de los bienes recibidos o que recibieren a título gratuito*”, no así los bienes que pudiesen lograr por otro título.

Esta sanción puede quedar sin efecto, cuando el menor ha cumplido los dieciocho años. En caso de ser habilitados en el ámbito patrimonial sólo experimentarán las limitaciones de los arts. 134 y 135, ambos dispuestos por la ley 17.711 del Código Civil, donde el primero establece “*Los emancipados no pueden ni con autorización judicial:*

1. *Aprobar cuentas de sus tutores y darles finiquito;*
2. *Hacer donación de bienes que hubiesen recibido a título gratuito;*
3. *Afianzar obligaciones”.*

2. Menores de edad emancipados cuyo matrimonio se hubiese disuelto en la menor edad: El art. 133 del Código Civil, modificado por la ley 23.515, mantiene la solución del derecho anterior en el sentido de que la emancipación por matrimonio es irrevocable y habilita a los casados para todos los actos de la vida civil, a excepción de lo dispuesto en los arts. 134 y 135, antes mencionados, aun en los casos en que el matrimonio se disuelva en la menor edad, añade que, no obstante, *“la nueva aptitud nupcial se adquirirá una vez alcanzada la mayoría de edad”*. Da a entender este artículo que el legislador solo ha tenido en cuenta el caso en que los menores emancipados por matrimonio se divorcien vincularmente durante la minoridad, que sucedido ello, se les impide contraer nuevo matrimonio hasta no haber alcanzado la mayoría de edad. Sin embargo, la hipótesis del art. 133 abarca implícitamente también el caso en que el vínculo se disolviese por muerte de uno de los cónyuges. Desde esta perspectiva, señalan Bossert y Zannoni *“la previsión parece excesiva, aunque consideramos que, pese a lo establecido en la ley, siempre cabría la dispensa judicial en los términos del art. 167 del Cód. Civil”* (ZANNONI, 2004).

3. Disenso: En el régimen anterior, los padres de menores de edad no estaban obligados a fundar su disenso con el matrimonio de los hijos menores y, tratándose de menores mayores, el disenso sólo podía fundarse en algunos de los supuestos previstos taxativamente en el art. 24 de ley 2393. En tanto, los demás representantes legales (tutores y curadores), debían fundar siempre su oposición, aunque respecto del pupilo varón menor de dieciocho años, o mujer menor de quince, podían invocar cualquier motivo razonable.

En el art. 169 del Código Civil, según la ley 23.515, simplifica de algún modo el régimen, estableciendo las causales de disenso, comunes para todos los representantes legales, quienes deberán invocarlas concretamente ante el juez, en el caso de haber negado el asentimiento para el matrimonio de los menores. El artículo mencionado establece: *“En caso de haber negado los padres o tutores su asentimiento al matrimonio*

de los menores, y éstos pidiesen autorización al juez, los representantes legales deberán expresar los motivos de su negativa, que podrán fundar en:

- 1. La existencia de alguno de los impedimentos legales.*
- 2. La inmadurez psíquica del menor que solicita autorización para casarse.*
- 3. La enfermedad contagiosa o grave deficiencia psíquica o física de la persona que pretenda casarse con el menor.*
- 4. La conducta desordenada o inmoral, o la falta de medios de subsistencia de la persona que pretenda casarse con el menor.”*

El juez debe decidir las causas de disenso en juicio sumarísimo o por la vía procesal más breve que prevea la ley local. En este juicio sumarísimo, en el que los menores solicitan la venia judicial supletoria, los padres o representantes legales del menor deberán señalar las causas de su negativa y, en su caso, deberán probarlas. Además, está facultado, aunque la ley no lo diga expresamente, para disponer todas aquellas medidas necesarias que crea conveniente para probar o esclarecer las causales invocadas, ya que se trata de tutelar el interés del menor, es por ello que podrá ordenar eventualmente un examen psicológico del menor, si se hubiera invocado, p.ej., su falta de madurez psíquica u ordenar una encuesta ambiental y familiar en el hogar de la persona que solicita casarse con el menor, si se alegara la conducta desordenada o inmoral, o requerir informes respecto de las actividades laborales que dice desarrollar quien pretende casarse con el menor, si se hubiere invocado que carece de medios de subsistencia.

4. Falta de aprobación de las cuentas de la tutela: Establecida dicha causal en el art. 171 del Código Civil, manteniendo, lo que establecía la anterior legislación. Señala este artículo que “*El tutor y sus descendientes no podrán contraer matrimonio con el menor o la menor que ha tenido o tuviere aquél bajo su guarda, hasta que fenecida la tutela, haya sido aprobada la cuenta de su administración*”.

La doctrina coincide en que el impedimento se funda en la necesidad de evitar que el tutor pudiere obtener mediante el matrimonio una ventaja proveniente de las cuentas no liquidadas en tiempo y forma. El impedimento comprende no sólo al tutor, sino también a sus descendientes bajo su patria potestad, o bajo su tutela, mientras la misma no haya fenecido y hayan sido aprobadas las cuentas de su administración. La sanción, en caso de

contravenirse la prohibición legal, consiste en la pérdida del derecho a obtener la retribución que determina la ley.

5. Impedimentos eugenésicos: La eugenesia es la ciencia que biológicamente nos enseña los resultados perjudiciales a que conduce la procreación entre personas afectadas por enfermedades transmisibles, como las venéreas, la epilepsia, el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida), etc., e incluso muestra que ciertos hábitos como el alcoholismo, el uso habitual de narcóticos y otros, también se transmiten por la generación.

Siguiendo a Hernán Silva Silva en su libro *Medicina Legal y Práctica Forense* (SILVA SILVA, 1991), menciona diferentes autores que estudian a la eugenesia, entre ellos, podemos mencionar a Francis Galton que la define como *“el estudio de los factores que, bajo control social, pueden mejorar o perjudicar las cualidades raciales de las generaciones futuras, ya física, ya mentalmente”*. Con el tiempo Galton distinguió entre *“eugénica”*, o estudio de los factores susceptibles de mejorar la especie humana (lo que vendría a ser prácticamente una variante del higienismo) y *“eugenesia”* que consistiría en un auténtico programa social y político moralizante para llevar a cabo de una manera más o menos radical el programa de mejora racial (ALCOBERRO, 2002). Helio Gomes, por su parte dice *“es un conjunto de principios científicos destinados a orientar una procreación sana”*. Otro autor la define como *“el estudio de las acciones bajo control social que pueden mejorar las cualidades hereditarias de las generaciones humanas futuras, tanto en el aspecto físico como mental”* (GAFFO, 1986). Es decir que la eugenesia se la define como *“La ciencia que tiene por objeto el estudio de los factores que pueden mejorar o debilitar los caracteres hereditarios de las generaciones futuras”* (ZANNONI, 2004).

Diversas legislaciones, han incorporado los llamados impedimentos eugenésicos para el matrimonio. En nuestra doctrina, hay autores que han pretendido establecerlos como impedimentos, basándose en la razón ética surgida del fin espiritual y moral, obligando a los contrayentes, a no ocultar estas enfermedades, mostrándose indiferentes ante la existencia de las mismas perjudicando no solo al otro sino a los futuros hijos. Sin aceptar esta tesis extrema, en general se considera que la ley puede prohibir

temporalmente el matrimonio entre quienes se encuentran afectados por enfermedades contagiosas, porque el derecho a contraer matrimonio debe subordinarse a la obligación de evitar que su ejercicio atente contra la conservación de la integridad física del otro cónyuge y de su descendencia.

En nuestro derecho positivo se conocieron dos impedimentos eugenésicos, la lepra y la enfermedad venérea en periodo de contagio. La lepra, introducida por la ley 11.359 en su art. 17 que establecía, *“queda prohibido el matrimonio entre leprosos y el de una persona sana con una leprosa”*, con posterioridad la ciencia médica demostró que la lepra no es enfermedad hereditaria y que es la menos contagiosa de las enfermedades infecciosas, es por ello que la ley 17.711, en su art 4º, derogó el art. 17 de la mencionada ley, pero manteniéndose para los enfermos contagiantes (lepra-lepromatosa, tuberculoide de brote agudo de reacción leprosa, entre otras). En cuanto al impedimento de enfermedad venérea en período de contagio, llamada de profilaxis antivenérea, ordenada por la ley 12.331⁶, en el art. 13, disponiendo que *“no podrán contraer matrimonio las personas afectadas de enfermedades venéreas en período de contagio”*, imponiendo además la obligatoriedad del examen médico prenupcial gratuito para los varones, sin perjuicio de disponer, con carácter general, que *“las autoridades sanitarias deberán propiciar y facilitar la realización de exámenes médicos prenupciales”*, facultándose a los jefes de los servicios médicos nacionales y médicos que las autoridades sanitarias determinen, para expedirlos. En 1965 se extendió la obligatoriedad de examen prenupcial a las mujeres, art 2º de la ley 16.668⁷ que reza *“los exámenes médicos respectivos deberán ser practicados por los organismos dependientes del Ministerio de Asistencia Social y Salud Pública de la Nación, de la Municipalidad de la Capital Federal y los servicios asistenciales provinciales y municipales, en iguales condiciones que los practicados a las personas del sexo masculino. En todos los casos los certificados deberán ser elevados a la pertinente autoridad superior para su visación antes de ser exhibidos en las oficinas del Registro Civil”*.

⁶ LEY 2393, Art. 9, inc. 7.

⁷ LEY 16.668 LEY DE CERTIFICADO PRENUPCIAL FEMENINO, Art. 2º.

Dentro del concepto amplio que proporciona el art. 13 de la ley 12.331 de profilaxis antivenérea, quedan comprendidas las enfermedades venéreas o para venéreas provocadas por contagio sexual. La cuestión tiene especial interés respecto del S.I.D.A. (síndrome de inmunodeficiencia adquirida), que puede ser considerada enfermedad de transmisión sexual. En la doctrina hay disenso si esta enfermedad debe o no ser considerada como impedimento para contraer matrimonio. Quienes lo afirman como impedimento, se basan en la aplicación literal del art. 13 de la ley 12.331, considerándola como enfermedad para venérea cuya transmisión se produce, aunque no exclusivamente, por vía sexual. Quienes lo niegan, advierten que a diferencia de las enfermedades venéreas clásicas, el S.I.D.A. es, actualmente, irreversible, lo que llevaría a impedir definitivamente el matrimonio entre sus portadores y una discriminación que, de todos modos, no evitará relaciones sexuales y el riesgo de contagio. Propician que no deba interpretarse que dicha enfermedad es un impedimento, sino que se obliga informar sobre los riesgos que ocasiona mantener relaciones poseyendo esta enfermedad y las consecuencias que traen aparejado.

En definitiva las leyes 12.331 y 16.668, no han contemplado sanciones para el caso de que se celebre el matrimonio entre personas afectadas con la enfermedad venérea contagiosa. Es por ello que el matrimonio es válido sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que pudiera recaer sobre el oficial público.

1.2 EFECTOS DEL MATRIMONIO:

La celebración del matrimonio genera distintos efectos que se clasifican generalmente, en efectos personales y patrimoniales.

1.2.1- Efectos personales: El Código Civil enumera dichos efectos en sus arts. 198 al 200, naciendo de ellos los derechos-deberes que surgen de la relación matrimonial. Ellos son:

a)- **Deber de fidelidad:** El art. 198 1º parte establece “*los esposos de deben mutuamente fidelidad...*”, ello implica que los mismos se obligan observar una conducta que no lesione al otro cónyuge, absteniéndose de cualquier trato que cree una apariencia comprometedor y lesiva para la dignidad del otro. Según la doctrina (ZANNONI, 2004)

éste deber abarca la fidelidad material el cual resulta violado por el adulterio, y la fidelidad moral, que se quebranta cuando se genera actitudes sospechosas de uno de los cónyuges con un tercero, generando injurias.

El deber de fidelidad posee los siguientes caracteres:

- **Recíproco:** Significa que recae sobre ambos cónyuges este deber.
- **Incompensable:** La infidelidad de uno de los esposos no autoriza al otro a ser infiel.
- **Permanente:** Implica que, en principio perdura mientras subsista el matrimonio, pero se ha sostenido de manera unánime, en la doctrina, que el mismo continúa aun después de la disolución del matrimonio. Respecto a la separación personal, el mismo no se extingue, en el caso de que se decrete el divorcio vincular, desaparecería. Respecto a la separación de hecho consentida releva a los mismos de dicho deber.

b)- Deber de asistencia: Este deber consiste en la prestancia económica mutua, pero no solo abarca la ayuda pecuniaria que pudieran prestarse el uno al otro, sino que tiene una implicancia mucho más amplia. Es por ello que encierra un aspecto económico como lo sería la prestación de alimentos, medicamentos, vestimenta, etc., y también un aspecto moral o espiritual (BORDA, 1993) tal sería el respeto recíproco, trato decoroso entre ambos, sin olvidar el estímulo necesario para continuar la vida diaria, es decir procurando la protección conyugal mutua.

Belluscio considera a dicho deber como esencial en el matrimonio, donde el aspecto moral o espiritual posee como contenido la solidaridad personal, representada no sólo por un trato considerado y decoroso sino también por la prestación de los estímulos necesarios para el logro del propio destino, y por la colaboración en todos los circunstancias de la vida, alegrías y dolores, éxitos y fracasos; el auxilio moral o espiritual en caso de enfermedad y finalmente, la ayuda de un cónyuge al otro en sus tareas profesionales y/o domésticas (BELLUSCIO, 2004).

Al sostenerse en la actualidad la igualdad de los cónyuges ambos deben contribuir al sostenimiento de la vida en común, sin imponer la carga solo a uno, como lo era antiguamente que recaía sobre el marido el deber de mantener a la familia y a la mujer el de cuidar del hogar y los hijos, es decir exclusivamente domésticas.

En su aspecto económico, denominado comúnmente alimentos, comprende todo lo relativo para la vida de los cónyuges. Este deber lo receipta el Código Civil, como también está contemplado en el Tratado Internacional con jerarquía constitucional, la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), que equipara las responsabilidades de los esposos, quedando igualados ambos cónyuges al deber de asistencia. El art. 198 del Código Civil, establece el deber mutuo de alimentos entre los esposos, sin que exista una norma que lo regule expresamente fuera de los casos de separación personal, divorcio vincular o proceso de separación o divorcio. El deber de asistencia y alimentos entre los cónyuges se origina jurídicamente con el vínculo matrimonial que los emplaza en el estado de familia. El art. 207 establece la obligación de alimentos en caso de separación o divorcio por causal subjetiva y solo se deben al cónyuge inocente, el mismo art. establece que: *“El cónyuge que hubiere dado causa a la separación personal en los casos del artículo 202, deberá contribuir a que el otro, si no dio también causa a la separación, mantenga el nivel económico del que gozaron durante su convivencia, teniendo en cuenta los recursos de ambos.*

Para la fijación de alimentos se tendrá en cuenta:

- 1. La edad y estado de salud de los cónyuges.*
- 2. La dedicación al cuidado y educación de los hijos del progenitor a quien se otorgue la guardia de ellos.*
- 3. La capacitación laboral y probabilidad de acceso a un empleo del alimentado.*
- 4. La eventual pérdida de un derecho de pensión.*
- 5. El patrimonio y las necesidades de cada uno de los cónyuges después de disuelta la sociedad conyugal.*

En la sentencia el juez fijara las bases para actualizar el monto alimentario por la disposición del art. 207, referente a la separación personal”. En tanto que para el divorcio se aplicara lo contemplado en el art. 217 donde se limita a establecer que “La sentencia de divorcio vincular producirá los mismos efectos establecidos para la separación personal en los artículos 206, 207, 208, 209, 210, 211 y 212...”, es decir remite a lo establecido en el artículo anteriormente transcrito.

Este deber posee los siguientes caracteres:

- Es recíproco: Puesto que proviene de la naturaleza misma del matrimonio, además de estar regida en el art. 198 del Código Civil, que instituye la reciprocidad de los deberes de asistencia y alimentos.
- Es permanente: Ya que el mismo continúa aún durante el trámite de divorcio o separación personal y va más allá puesto que este deber continua aunque haya sentencia de divorcio. Respecto a la separación de hecho, que dio lugar a grandes dificultades, la doctrina y la jurisprudencia han coincidido que no termina con la misma, donde el requirente de alimentos se negare al deber de cohabitación, el art. 199 párr. II establece: *“cualquiera de los cónyuges podrá requerir judicialmente que se intime al otro a reanudar la convivencia interrumpida sin causa justificada bajo apercibimiento de negarle alimentos”*. Lo habitual es que el reclamo de alimentos se dé en la separación de los cónyuges, pero nada obsta que se soliciten en la separación de hecho cuando aún siguen conviviendo en la misma casa, en cuyo caso se debe graduar la prestación de los alimentos.
- Irrenunciable: Lo irrenunciable es la prestación de alimentos, no así a las cuotas devengadas y no percibidas.
- No pueden cederse: Lo que implica que el que percibe el alimento no puede ceder a un tercero su derecho, no así el crédito que tiene por cuotas ya devengadas que aún no percibió.

El incumplimiento del deber de asistencia sea en su aspecto material o moral, da lugar a sanciones de tipo civiles configurando una causal de separación o divorcio y también constituir uno de los elementos del abandono, y también a sanciones penales.

c)- Deber de cohabitación: La celebración del matrimonio tiene como consecuencia vivir bajo el mismo techo, los esposos. El art. 199 I párrafo establece: *Los esposos deben convivir en una misma casa, a menos que por circunstancias excepcionales se vean obligados a mantener transitoriamente residencias separadas. Podrán ser relevados judicialmente del deber de convivencia cuando ésta ponga en peligro cierto la vida, o la integridad física, psíquica o espiritual de uno de ellos, de ambos o de los hijos*”, como el

mismo artículo establece, este deber puede ser relevado excepcionalmente, cuando ponga en peligro la vida de alguno, de ambos o la de los hijos, casos que deben ser valorados judicialmente. Es inaplicable esta excepción a los casos en que media proceso de divorcio en trámite.

El art. 200 establece que los esposos fijarán de común acuerdo el lugar de residencia de la familia. Se atribuye este deber a ambos cónyuges reconociendo la igualdad jurídica de los dos. Si no se llega a un acuerdo donde asentaran su residencia será el juez quien deberá valorar las razones y resolverá lo más conveniente para el interés familiar.

Como se mencionó anteriormente, este deber presenta amplias excepciones, siendo la separación personal la principal, teniendo como consecuencia la desaparición de la cohabitación (art. 206 del Código Civil). El mismo queda también en suspenso cuando es promovida la acción de separación personal, el divorcio o en casos de urgencia, donde es el juez quien decide cuál de los esposos debe retirarse del hogar conyugal. El deber de cohabitar resurge si el pedido de separación o de divorcio es rechazado, debiendo los cónyuges habitar juntos nuevamente, como así también en el caso de que haya desaparecido la causal extraordinaria por la cual tuvieron que vivir separados con o sin justificación.

Anexado al deber de cohabitar se encuentra el débito conyugal, es decir el prestarse a las relaciones sexuales entre sí, siendo uno de los fines del matrimonio. Su incumplimiento conforma una causal de separación personal o divorcio, la de injurias graves. Augusto Belluscio realiza un comentario sobre la ley 26.618, respecto al débito conyugal y las prácticas sexuales que antes de la nueva ley éstas solían ser causal de injurias cuando se le exigía a la mujer prácticas “antinaturales”, en tanto que a partir de la nueva ley, respecto del matrimonio entre hombres especialmente, deja de ser causal de injurias para convertirse en el cumplimiento de un deber, el debito conyugal. Este deber no debe ser impuesto cuando existen razones que determinan una negativa, como sería una enfermedad física o psíquica, la amenaza de interrupción del embarazo, o la enfermedad contagiosa del otro cónyuge que pudiese transmitirse por la relación sexual (BELLUSCIO, 2010).

Respecto del incumplimiento de la cohabitación no da lugar a medios compulsivos directos por parte del otro cónyuge, ya que está prohibido por el art. 629 del Código Civil. La sanción impuesta al incumplimiento de dicho deber, es la separación personal o el divorcio, la cual configuraría una posible causal de abandono voluntario y malicioso (arts. 202, inc. 5 y 214 inc. 1 del Código Civil), cuando el alejamiento se opera por la decisión privada y arbitraria de uno de los esposos con el propósito de sustraerse del cumplimiento de las obligaciones que surgen del vínculo matrimonial. Otra sanción que podría acarrear es la de negar alimentos como lo establece la II parte del artículo 199 del Código Civil. Pero no cabe la aplicación de sanciones conminatorias para obtener el reintegro al hogar, pues no resulta atinado que se pretenda el logro del mismo con amenazas de no prestar alimentos.

1.2.2- Efectos patrimoniales: El matrimonio produce complejos efectos patrimoniales, algunos operan desde su celebración mientras que otros lo hacen una vez acaecida su muerte, los primeros comprenden el deber de asistencia, el beneficio de competencia, la suspensión de la prescripción, el régimen convencional, el régimen patrimonial matrimonial imperativo. Los segundos comprenden la vocación hereditaria conyugal y del derecho de habitación viudal. Específicamente incurre sobre los bienes respecto a su administración y disposición, el cual puede recaer sobre uno u otro cónyuge, como así también lo relativo a la manera en que los mismos contribuirán al sostenimiento del hogar y la familia en general.

Hay que distinguir dos tipos de relaciones por un lado las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, el cual va a variar según el régimen patrimonial, pero lo fundamental es la contribución de las necesidades en común como son los gastos, cargas comunes que se generan a partir de la celebración del matrimonio. Por otro lado genera relaciones con terceros, que consisten en mantener el justo equilibrio entre los intereses de los cónyuges y el tercero que ha establecido relaciones jurídicas patrimoniales (ZANNONI, 2004).

Existen distintos regímenes que responden a la doble relación donde la legislación organiza teniendo en cuenta la interdependencia patrimonial entre los cónyuges y las relaciones de éstos con terceros. Dentro de los criterios generales se pueden nombrar los siguientes (BORDA, 1993):

a)- Régimen de la absorción de la personalidad económica de la mujer por el marido: Este es uno de los primeros regímenes del matrimonio, el cual ha desaparecido por completo. Éste régimen provocaba la transferencia del patrimonio de la mujer a manos de su marido, convirtiéndose en único propietario, además de disfrutar, administrar y disponer libremente de ellos, soportando las cargas del hogar y siendo el único responsable por las deudas (MÉNDEZ COSTA, 2008). A la disolución de la sociedad, la esposa, al quedar desprovista de patrimonio, pierde la posibilidad de reclamar sobre los mismos, y en caso de muerte del marido, sólo tenía derecho como una heredera más.

b)- Régimen de separación de bienes: Este régimen sería la contracara del anterior, donde cada esposo conserva la propiedad de los bienes que poseía al momento de casarse, y de los adquiridos posteriormente. Cada cual administra sus propios bienes y es responsable por las deudas contraídas. Lo que implica que el matrimonio no altera el régimen de propiedad de los bienes, el cual sigue pretendiendo al cónyuge adquirente (ZANNONI, 2004). Pero más allá de esto, son inevitables las concesiones impuestas por la vida en común, y se ha reconocido la responsabilidad común por las cargas del hogar o por responsabilidad de los cónyuges. Se admiten toda clase de contratos de orden patrimonial entre los esposos.

c)- Régimen de la comunidad: La característica de este régimen, consiste en la formación de una masa de bienes que pertenece a ambos esposos, los cuales se deben repartir entre ellos o entre los herederos del fallecido al disolverse. El mismo admite distintas variantes:

1- Régimen de la comunidad universal: Todos los bienes presentes y futuros de los esposos pertenecen a ambos, se incluyen también los bienes de los cuales eran propietarios o titulares los esposos antes de contraer matrimonio, sin importar su procedencia, en correlación a ello, en principio existe la comunidad de deudas. Pese a esto pueden quedar bienes excluidos (bienes donados o legados por cualquiera de los esposos si así fue la voluntad del testador, los bienes de uso personal de cada cual, como también los utilizados para su profesión u oficio, etc.) y algunas deudas (obligaciones provenientes de hechos ilícitos) (ZANNONI, 2004). Disuelta la sociedad, se dividen entre ellos en partes iguales, sin consideración a su origen, comprendiendo los bienes el cual eran

propietarios antes de contraer matrimonio sin importar su origen (MÉNDEZ COSTA, 2008).

2- Régimen de comunidad de muebles y gananciales: En este caso la comunidad se restringe sólo a los bienes muebles sin importar su origen y también abarca a los gananciales y a las adquisiciones que cualquiera de ellos obtenga luego de la celebración del matrimonio. En este régimen se diferencian los *bienes propios de cada esposo* de los *bienes comunes y gananciales*.

3- Régimen de comunidad ganancial: Está compuesto sólo de bienes gananciales es decir por los bienes adquiridos por los esposos luego de la celebración del matrimonio, salvo los logrados con dinero o fondos propios, por herencia, legado o donación o por cualquier otro título que la ley considera como propio de cada esposo (por ejemplo el caso de la subrogación real), de acuerdo a este régimen en principio conservan como propios los bienes llevados al matrimonio incluyendo a los muebles. Se considera a este tipo de comunidad como el más difundido.

d)- Régimen de unidad y unión de bienes: En el régimen de la *unidad de bienes* se produce una absorción por parte del marido de la personalidad económica de la mujer trasmitiéndosele todos los bienes de ella. El marido adquiere la propiedad de esos bienes, pero a la disolución del mismo debe devolver, él o los herederos, su valor, es lo que caracteriza y distingue del régimen de comunidad. Con el matrimonio la esposa pierde el dominio de los mismos, a su disolución adquiere un derecho de crédito sobre los bienes.

En la *unión de bienes*, el marido no adquiere los bienes de la esposa, solo la administración y disfrute de los mismos. A la disolución del matrimonio, el marido o sus herederos deben restituirlos. De manera que la esposa mantiene la propiedad de los bienes propios y cede al marido el usufructo de los mismos.

e)- Régimen de partición: En este régimen no existen bienes comunes sino que cada esposo es propietario exclusivo de los bienes adquiridos en el matrimonio. Funciona como el de separación de bienes, pero al disolverse el matrimonio por divorcio o muerte, se reconoce a cada uno de los ex cónyuges, o al supérstite, el derecho a participar en los adquiridos por el otro hasta igualar los patrimonios de ambos. Suele traducirse en un

crédito que nace en cabeza del cónyuge que hizo menores adquisiciones o cuyo patrimonio aumentó menos en relación al del otro para compensar la diferencia.

Respecto al régimen matrimonial adoptado por nuestra legislación presenta los siguientes caracteres⁸:

1. Comunidad diferida restringida a los bienes gananciales: Implica que desde la celebración del matrimonio y hasta su disolución los esposos poseen una expectativa sobre la totalidad de los bienes gananciales que cesada la misma, esa expectativa se convierte en cierta y efectiva.

2. Legal e imperativo: Donde una vez casados los contrayentes quedan sujetos al régimen impuesto por la ley, priorizado el orden público ante la autonomía de la voluntad.

3. Inmutable como regla: En principio el régimen continuará hasta la finalización del matrimonio sucediéndose cualquiera de las causales de disolución prevista en la ley. Es la misma ley la que enuncia taxativamente el caso de separación judicial de bienes los cuales se encuentran legislados en los artículos 1290 que establece: “*Si la mujer no quisiera someter a esa administración los bienes de la sociedad, podrá pedir la separación de ellos*”. Este artículo hace referencia al supuesto en que cualquiera de los cónyuges posea un curador y en el 1294 del Código Civil reza: “*Uno de los cónyuges puede pedir la separación de bienes cuando el concurso o la mala administración del otro le acarree peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales, y cuando mediare abandono de hecho de la convivencia matrimonial por parte del otro cónyuge*”. Hace referencia a:

- *incapacidad de uno de los cónyuges*, el cual se presenta cuando alguno de los cónyuges está afectado a alguna incapacidad y se le nombra un curador,

- *mala administración*, el cual requiere de un elemento objetivo (deficiente manejo de los bienes propios y gananciales) y de un elemento subjetivo (culpa o dolo en el actuar),

⁸ KRASNOW, Adriana N., “*El Régimen Patrimonial del Matrimonio en el derecho comparado. Caracterización del régimen vigente en el derecho argentino*”, consultado el 27/08/2012, en: <http://portal.uexternado.edu.co/irj/go/km/docs/documents/UExternado/pdf/revistaDerechoPrivado/RDP%2017/AdrianaKrasnow.pdf>

- *concurso* que se necesita del auto de apertura del mismo y que se extienda hasta la rehabilitación, abarcando también al concurso preventivo,
- *abandono de hecho* que se produce cuando se rompe o quebranta el deber de cohabitación sin causa justa unilateralmente por uno de los cónyuges. El otro cónyuge debe acreditar la causal para poder gozar de la separación de los bienes.

4. Gestión separada con tendencia a la gestión conjunta: La gestión hace referencia a la actividad económica que tiene por objeto a los bienes, el cual abarca los actos de administración y disposición legislados en el Código Civil en los arts. 1276 el cual dice: “Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo, con la salvedad prevista en el art. 1277.

Si no se puede determinar el origen de los bienes o la prueba fuere dudosa, la administración y disposición es conjunta del marido y la mujer. El juez podrá dirimir los casos de conflicto.

Uno de los cónyuges no podrá administrar los bienes propios o los gananciales cuya administración le está reservada al otro, sin mandato expreso o tácito conferido por éste. El mandatario no tendrá obligación de rendir cuentas”. Y el 1277 por su parte establece: “Es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales cuando se trate de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades, y tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de éstas. Si alguno de los cónyuges negare sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlo previa audiencia de las partes.

También será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos, en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces. Esta disposición se aplica aun después de disuelta la sociedad conyugal, trátase en este caso de bien propio o ganancial.

El juez podrá autorizar la disposición del bien si fuere prescindible y el interés familiar no resulte comprometido”.

5. Responsabilidad separada por las deudas frente a terceros: Hace referencia al aspecto externo, es decir la obligación, siendo la regla la separación de deudas puesto que cada esposo responde por la deudas contraídas con sus propios bienes y los gananciales que administra sin afectar los bienes del otro cónyuge⁹, es decir las deudas de los cónyuges son personales esa es la regla, la excepción la establece el art. 6 de la ley 11.357 que hace responsable al cónyuge que no contrajo la obligación pero solo va a responder con los frutos de sus bienes propios y gananciales, cuando la deuda haya sido para : atender las necesidades del hogar, la educación de los hijos , la conservación de los bienes comunes.

Respecto a las deudas contraídas en interés de los esposos o de la familia, es justo que la responsabilidad recaiga en cualquiera de ellos sin importar quien la contrajo. Las excepciones del artículo 6º son las siguientes:

- ✓ Necesidades del hogar: Es consecuente con el deber de asistencia y posee dos requisitos: vínculo familiar y convivencia.
- ✓ Educación de los hijos: La deuda debe ser en relación con la situación económica de los cónyuges. Quedan comprendidas todas las necesarias para la instrucción del hijo, como la de los gastos necesarios para llevar adelante dicha actividad (libros, transporte, pago de aranceles, etc.).
- ✓ Conservación de los bienes comunes.

El art. 1275 enuncia cuales son las deudas comunes, el cual establece que:

“Son a cargo de la sociedad conyugal:

1. La manutención de la familia y de los hijos comunes; y también de los hijos legítimos de uno de los cónyuges; los alimentos que uno de los cónyuges está obligado a dar a sus ascendientes;

2. Los reparos y conservación en buen estado de los bienes particulares del marido o de la mujer;

⁹ LEY 11.357, art. 6º *“Los bienes propios de la mujer y los bienes gananciales que ella adquiera no responden por las deudas del marido, ni los bienes propios del marido y los gananciales que él administre responden por las deudas de la mujer”.*

3. *Todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, y las que contrajere la mujer en los casos en que puede legalmente obligarse;*

4. *Lo que se diere, o se gastare en la colocación de los hijos del matrimonio;*

5. *Lo perdido por hechos fortuitos, como lotería, juego, apuestas, etcétera”.*

6. Partición por mitades como regla mientras dure la comunidad: Esto implica que al finalizar la sociedad conyugal la misma se dividirá en partes iguales entre los cónyuges sin importar el aporte que hizo cada uno. Esto no impide que los ex cónyuges puedan recurrir a una partición privada o mixta siempre que ambos estén de acuerdo y sean capaces de ser realizada por medio de mandatarios con poder especial sin prescindir de lo dispuesto en el art. 1315 del Código Civil. Así mismo cuando los cónyuges son capaces y están de acuerdo pueden recurrir a la partición mixta, celebrando un convenio de liquidación y partición por instrumento privado presentándola al juez para su aprobación. Esta posibilidad se admitió inicialmente para el divorcio por presentación conjunta, conforme a lo dispuesto en el artículo 67 bis, según la ley 17.711 del Código Civil. La Ley 23.515 del año 1987 mantiene esta posibilidad prevista en el artículo 236, del Código Civil que establece: “...*las partes podrán realizar los acuerdos que consideren convenientes acerca de los bienes de la sociedad conyugal. A falta de acuerdo, la liquidación de la misma tramitará por vía sumaria...*”. El convenio debe ser suscripto en una época contemporánea a la presentación de la demanda de separación personal o divorcio vincular por presentación conjunta, pero sólo producirá efectos después de disuelta la sociedad conyugal. Esta posibilidad de convenir se extendió en algunas jurisdicciones a los procesos de separación personal o divorcio vincular por la causal objetiva de separación de hecho, aun cuando el legislador guardó silencio al respecto.

El Código adopta un régimen de comunidad legislado a partir del art. 1271 del Código Civil y siguientes, distinguiendo bienes propios (art. 1263) de cada uno de los cónyuges, de los bienes gananciales (art. 1271), basados en normas de orden público donde los esposos tienen limitada la autonomía de la voluntad para optar por otro sistema que no sea el legislado en el Código. Es decir, en nuestro ordenamiento “*el régimen patrimonial de los cónyuges es legal, imperativo, inmutable, de comunidad restringida a los*

gananciales, de gestión separada con elementos de gestión conjunta, de separación de deudas como regla y de partición por mitades” (MÉNDEZ COSTA, 2008).

CAPITULO 2

EL

CONCUBINATO

SUMARIO: 2.1- El concubinato: 2.1.1)- Concepto. 2.1.2)- Caracteres. 2.1.3)- Causas del concubinato. 2.1.4)- Diferencias con el matrimonio civil. 2.2- Antecedentes del concubinato. 2.2.1)- Antecedentes históricos del concubinato. 2.2.2)- Lineamientos jurisprudenciales en el Derecho Argentino. 2.2.2.1)- Alimentos. 2.2.2.2)- Deudas con Terceros. 2.2.2.3)- Indemnización por muerte del concubino. 2.2.2.4)- Última enfermedad. 2.2.2.5)- Donaciones. 2.2.2.6)- Sociedad de Hecho. 2.2.2.7)- Indemnización por ruptura.

2.1 EL CONCUBINATO:

El concubinato es una institución que no está legislada en nuestro ordenamiento, pero, existe y como tal trae consecuencias jurídicas importantes generando situaciones que el derecho no debe obviar y mucho menos dejar de lado. Este instituto proviene de la antigüedad que ha pasado de generación en generación y poco a poco e indirectamente, se le ha ido reconociendo derechos muy puntuales como escasos que en la actualidad debido a muchos factores, en algunos casos económicos, en otros sociales, se ha ido insertando en la sociedad para algunos, como algo normal, llegando a tal punto de considerarlo como natural.

2.1.1- Concepto:

Tomando el significado de la palabra concubinato la Real Academia Española lo define como “*Relación marital de un hombre con una mujer sin estar casados*”¹⁰. El concubinato, es una relación que no sólo se da entre un hombre y una mujer sino que también entre personas con el mismo sexo que deciden vivir juntas aparentando matrimonio, sin desconocer que en Argentina a partir de la ley 26.618 se permite el

¹⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA - Vigésima segunda edición. <http://lema.rae.es/drae/?val=concubinato>

matrimonio entre homosexuales.

Referenciando el concepto de Belluscio, éste nos enseña que concubinato es la “*situación de hecho en que se encuentran dos personas de distinto sexo que hacen vida marital sin estar unidos en matrimonio*” (BELLUSCIO, 2004). Para este autor consiste en una unión de hecho con caracteres de estabilidad y permanencia donde quedan excluidas, la unión transitoria de corta duración y las relaciones sexuales estables pero no acompañadas de cohabitación. En tanto para Zannoni es “*la unión entre un hombre y una mujer que sin estar unidos por matrimonio, mantienen una comunidad de habitación y de vida, de modo similar a la que existe entre los cónyuges*” (ZANNONI, 2004). Méndez Costa citando a Busso dice que es “*la situación de un hombre y una mujer que viven en posesión de estado de cónyuges sin haber celebrado matrimonio*” (BUSSO, 1945) . Para Yungano el concubinato “*es el estado matrimonial de hecho, o sea que un hombre una mujer vivan como si estuvieran casados sin estarlo*” (YUNGANO, 1970).

Podríamos decir entonces que el concubinato es la unión de hecho en la que se encuentran dos personas de distinto o igual sexo, que cohabitan en comunidad de modo singular, permanente, en forma pública o notoria, que hacen vida conyugal sin estar unidos legalmente, produciendo tal convivencia efectos jurídicos, personales y patrimoniales.

2.1.2- Caracteres:

Los caracteres del concubinato presentan dos elementos distintivos el cual se clasifican en elementos objetivos y un elemento subjetivo. Dentro de los *elementos objetivos* se hallan:

- a- Cohabitación: Implica que ambos concubinos ocupen una misma casa o morada.
- b- Singularidad: Significa que conviven sólo la pareja de concubinos o convivientes.
- c- Permanente: Este carácter denota que quedan excluidas las relaciones transitorias u ocasionales. La permanencia otorga al concubinato los efectos jurídicos que

le corresponden como tal, si bien son escasos, la transitoriedad no genera efectos de ningún tipo.

d- Pública o notoria: Significa que la convivencia no debe ser clandestina ni oculta, sino palmaria, evidente. Consistiendo a su vez que la convivencia es una comunidad de vida y habitación.

Como *elemento subjetivo*, se encuentra la voluntariedad, es decir que la convivencia se fundamenta sólo en la voluntad de los concubinos de compartir su vida bajo una relación basada en un deber moral de respeto y continuidad. Este aspecto subjetivo se lo tilda de precario, puesto que la comunidad que comparten quedaría desintegrada por la voluntad unilateral de cualquiera de ellos.

El concubinato se constituiría aún en casos donde para el matrimonio sería un impedimento, por ejemplo la convivencia entre hermanos, adoptante y adoptada/a, etc. siendo una de las grandes diferencias con el matrimonio ya que el instituto matrimonial plasma claramente cuáles son los impedimentos que impone para contraer matrimonio, cosa que no sucede en el concubinato.

2.1.3- Causas del Concubinato:

Respecto a las causas del concubinato existen diversas causas u orígenes por las cuales se da el concubinato o la convivencia sin mediar consentimiento mutuo de la pareja frente al oficial de justicia. Dentro de las mismas se encuentran las de *tipo económico*, propio de los países de escasos recursos, que lleva a que las parejas se inclinen más por vivir juntos, aunque sea de modo precario, que casarse legalmente y crear deberes y obligaciones. Este tipo de causas predomina en países de Latinoamérica (ZANNONI, 2004).

Otra de las causas es la de *tipo cultural*, las cuales son propias de Bolivia, norte argentino, provenientes de culturas indígenas antiguas, donde la convivencia es una tradición que pasa de una generación a otra, siendo la misma permanente sin una celebración matrimonial. Se incluyen también dentro de las mismas el analfabetismo, la marginación.

También se encuentran las de *índole jurídica*, propia de zonas más pobladas de la Argentina, siendo la más sobresaliente la falta de legislación que contemplara el divorcio y ante personas que habían fracasado en un matrimonio celebrado legalmente era una forma de poder apostar nuevamente a otra pareja.

Existen otras causales tales como las de *índole moral e intelectual* propia de ideologías liberales y el relajamiento de las costumbres entre las más salientes (MÉNDEZ COSTA, 2008).

2.1.4- Diferencias con el Matrimonio Civil:

En la antigua Roma, se reconoce expresamente el instituto del concubinato, donde se lo consideraba como un matrimonio pero con un grado inferior a el, produciendo efectos jurídicos¹¹. Como se puede observar el concubinato data de años remotos, por lo cual su existencia en el mundo ha llevado a que algunos países lo reglamenten, si bien es cierto que no es lo mismo que el matrimonio ambos producen efectos jurídicos importantes más allá del cumplimiento de requisitos impuestos para la celebración de las nupcias. Socialmente es aceptado dentro de circunstancias que así lo justifiquen, como sería el caso de formar una nueva pareja que de acuerdo a la legislación del matrimonio éste no es posible por falta de presupuestos necesarios para que el enlace sea legal o por falta del *affectio maritales*.

Respecto a las diferencias con el matrimonio, la más importante distinción es que el matrimonio goza de una regulación legal en que se respaldan las relaciones que el matrimonio genera respecto a los esposos a nivel personal como a nivel patrimonial, en tanto que el concubinato al no poseer una legislación específica que lo contenga, una base legal que regule las relaciones que se da entre los convivientes, se producen abusos que el derecho no debe permitir y debe regular expresamente.

¹¹ DERECHO COMPARATIVO DEL RÉGIMEN SUCESORIO DEL CONCUBINO EN IBEROAMÉRICA, “Derecho comparativo del Régimen de la sucesión del concubino en Argentina, Chile, España, Guatemala, México, Uruguay y Paraguay”

<http://abogado-oscar-galeano.blogspot.com.ar/2011/02/derecho-comparativo-del-regimen.html>.

Entre las diferencias más destacadas se pueden mencionar las siguientes:

- ✓ Si bien ambos institutos requieren de la cohabitación, la permanencia, la singularidad (en el matrimonio sería la monogamia), el concubinato no posee, legalidad o juridicidad, ya que son uniones que se constituyen como un hecho social y no como un acto jurídico.
- ✓ En razón a los deberes que se deben mutuamente los esposos, como es el caso del deber de fidelidad ante su incumplimiento provoca una causal de disolución del vínculo, en tanto en el concubinato se basa en un deber moral y la infidelidad no genera, ningún efecto jurídico.
- ✓ A nivel personal, los concubinos no adquieren la calidad de “esposos”, aunque hagan vida marital, caso contrario del matrimonio que se adquiere la calidad de cónyuge con la manifestación de uno hacia el otro frente al oficial público, cumpliendo los requisitos que la ley prevé para la existencia de matrimonio válido. Con el matrimonio se crea el título de estado de familia, situación que no se da en el concubinato (YUNGANO, 1970).
- ✓ En el matrimonio existen impedimentos entre personas por diversas causas, en tanto en el concubinato no existen tales impedimentos, es más muchas veces se opta por convivir y no casarse puesto que existen tales obstáculos que veda el derecho a casarse.
- ✓ En relación con los bienes, cada cónyuge tiene la libre administración de los bienes propios y gananciales que adquiere a título legítimo, requiriéndose el asentimiento conyugal para ciertos actos de disposición y gravamen, esto no sucede en el concubinato.
- ✓ En el matrimonio los cónyuges no pueden contratar entre sí, esto no sucede en el concubinato donde se puede contratar libremente.

2.2 ANTECEDENTES DEL CONCUBINATO:

2.2.1- Antecedentes históricos del concubinato:

El concubinato, como se dijo anteriormente proviene de épocas antiquísimas el cual fue evolucionando con el pasar del tiempo y se ha convertido poco a poco en lo que en la actualidad es, en algunos países está regulado y en otros, como el nuestro, fruto de

las fuentes directas en las que se inspiró nuestro legislador, no ha sido prevista en el Código Civil.

Siguiendo a Belluscio, nos relata que en el Derecho Romano, el concubinato era una forma de unión legal inferior al matrimonio que consistía en la cohabitación sin *affectio maritalis* de un ciudadano con una mujer de baja condición (esclava o liberta), donde ésta no adquiría la condición social del marido ni la dignidad de esposa. Los hijos no gozaban calidad de legítimos y sólo tenían relación de parentesco con la madre y su familia, pero con el tiempo fueron adquiriendo la posibilidad de ser legitimados. La disolución del concubinato era un hecho, el cual no producía consecuencias jurídicas del divorcio (BELLUSCIO, 2004).

Con el imperio de Augusto se estableció pautas a este tipo de unión la cual debía ser entre personas púberes no parientes, donde el varón no tenía que ser casado y la mujer no debía ser honesta, ya que ello constituía los delitos de *incestum, adulterium o stuprum*. En la época imperial los concubinatos se desperdigaron por causa de la extensión de los impedimentos matrimoniales. La misión de los emperadores fue tratar de combatirlos por ser considerados inmoral, debido a ello prohibieron las donaciones y los legados hechos a la concubina y a los hijos naturales, y como consecuencia trataron de implementar y promover el matrimonio y la legitimación de los hijos nacidos dentro del mismo. Con Constantino se crea la legitimación de los hijos nacidos de un posterior matrimonio, aunque de modo precario respecto de los hijos existentes hasta entonces.

Fue con Justiniano quien atemperó las limitaciones a las donaciones y los legados, asignando a la concubina y a los hijos naturales un derecho limitado de sucesión legítima, concediendo a los hijos derechos de alimentos contra sus padres, e hizo de la legitimación institución permanente. Por otro lado se impuso al concubinato requisitos elementales del matrimonio como la monogamia, edad mínima, impedimentos de consanguinidad y afinidad, y suprimió los impedimentos matrimoniales de condición social, permitiendo el concubinato con mujer honesta y por ende dejó de constituir *stuprum*. Desde entonces, el concubinato fue la cohabitación estable con mujer de cualquier condición, sin *affectio maritalis*. Aun cuando la institución perdió mucho de su campo de aplicación por la

supresión de los impedimentos de condición social, subsistió en Oriente hasta tiempos de León el Filósofo (siglo IX) y en Occidente hasta el siglo XII.

En el derecho español se conoció la institución de la barraganía, que era una unión inferior, similar al del Derecho Romano, dedicándosele todo un título dentro de Las Partidas, establecía que la barragana debe ser una sola, sin impedimentos matrimoniales y si era la mujer de un rey o un noble no debía ser de clase inferior a éste. Se le reconoce a la mujer barragana la mitad del haber hereditario, también se consagra que quien tomara a una mujer en esa condición lo debía hacer frente testigos, para impedir que se la considerase esposa legítima en virtud de matrimonio clandestino.

El antiguo derecho francés no desconoció los efectos jurídicos al concubinato, sino que adopta medidas para combatirlo, entre las más importantes se pueden nombrar las que disponían la invalidez de las de las donaciones entre concubinos, estableció formalidades al matrimonio, la negación de la vocación sucesoria a los hijos nacidos dentro del concubinato y a los contrayentes. El Código Napoleón no establecía nada al respecto, y al ser considerado inmoral, lo privó de todo efecto jurídico. La única referencia que hace del concubinato fue sobre la investigación de la paternidad natural, que se permitía cuando a la época de la concepción había habido concubinato notorio entre la madre y el supuesto padre.

Por su parte en el derecho canónico, sobre todo en el cristianismo primitivo se reconoció al concubinato como instituto legal y tal es así que San Agustín admitió el bautismo de la concubina con tal de que se obligara a no dejar a su compañero, San Hipólito negaba el matrimonio a quien quería contraerlo con otra persona que no fuera su concubina, salvo engaño por parte de ésta. El Primer Concilio de Toledo fue quien autorizó el concubinato con la condición de que tuviese el mismo carácter de perpetuidad. Pero, al admitirse el matrimonio-sacramento e impuesta su forma pública respecto a su celebración, esa posición no podía continuar es por ello que el Concilio de Trento dispuso que incurrirían en excomunión los concubinos que no se separasen a la tercera advertencia. El Derecho Canónico vigente en su Código actualmente contempla como impedimento matrimonial dirimente de pública honestidad fundado en el concubinato público o notorio, entre uno de los concubinos y los parientes del otro en el primer y el

segundo grado de la línea recta, además excluye de los actos eclesiásticos a los seglares que vivan públicamente en concubinato, hasta que den señales de verdadero arrepentimiento.

2.2.2- Lineamientos jurisprudenciales en el Derecho Argentino:

Como se ha venido desarrollando en este trabajo, la legislación argentina, que tomando como modelo al Código Francés no ha adoptado regulación alguna sobre el concubinato, y debido a ello se ha tenido que dar soluciones a problemáticas situaciones que se generan con dichas relaciones y es la Jurisprudencia la encargada de llevar adelante dicha tarea sin apartarse de lo previsto en el código de fondo. Siguiendo a Méndez Costa, establece que si se observa la tarea de la Jurisprudencia, en algunas hipótesis pareciera que ha atribuido consecuencias jurídicas al concubinato, pero en realidad son la aplicación de principios de derecho común aplicado al instituto en cuestión (MÉNDEZ COSTA, 2008).

Para Borda, la reglamentación del concubinato sería nefasta, y este autor siguiendo lo dicho por Josserand, comparte que: *“No sólo sería extremadamente grave que una institución como el concubinato se alzara frente a la unión regular o incluso por encima de ella; no solamente una jurisprudencia que tendiera a ese resultado no se apoyaría en ninguna preparación de orden técnico, sino que todavía ella iría en contra de la voluntad de las partes que han entendido vivir al día y eludir todo estatuto matrimonial, aun imperfecto; impondría la calidad de contratantes a quienes han querido permanecer como terceros”*, como se puede observar éste autor está en contra de su reglamentación pero reconoce que la Jurisprudencia, ante el silencio del Código Civil, ha ido elaborando una serie de medidas que tienden a llenar ese vacío (BORDA, 1993).

Dentro de los efectos más importantes que se reconocen a nivel Jurisprudencial mencionamos los siguientes:

2.2.2.1 Alimentos: No pesa sobre los concubinos obligación civil de prestarse recíprocamente alimentos, lo que podría existir es una obligación natural¹², tal como lo señala el fallo referenciado los concubinos una vez disuelta la pareja, no tienen derecho a reclamar alimentos pero una vez pagada subsiste como una obligación natural. Se toma como referente al art. 515 del Código Civil, cuya enumeración es meramente enunciativa lo que implica que se podría encuadrar en el artículo mencionado, el cual, se torna irrepetible lo pagado en concepto de alimentos durante el concubinato, no siendo aplicables las normas referidas a la inoficiosidad de las donaciones aduciendo que afecta a la legítima, como tampoco lo relativo a la revocación (ZANNONI, 2004). Al tratarse de obligaciones naturales, el alimentante no tiene la obligación de continuar prestándolos según el art. 517 del Código Civil el cual establece: *“La ejecución parcial de una obligación natural no le da el carácter de obligación civil; tampoco el acreedor puede reclamar el pago de lo restante de la obligación”*

2.2.2.2 Deudas con terceros: En las obligaciones que se contraigan por cualquiera de los concubinos para el sustento o mantenimiento del hogar, educación para los hijos, el otro concubino responde con los frutos de sus bienes. Es aplicable tal solución si los mismos se han mostrado ante terceros de buena fe, como un matrimonio, es justo que se les reconozcan idénticos derechos como tal, siempre que se desprenda del art. 6 de la ley 11.357. Pero si los terceros tenían conocimiento que no se trataba de un matrimonio sino de una unión de hecho, la acción solo tendrá curso si hubo enriquecimiento sin causa.

2.2.2.3 Indemnización por muerte del concubino: El concubino que hizo gastos para la atención médica y funeraria, tiene derecho a reclamar los mismos frente al responsable de la muerte o enfermedad según lo previsto en el art. 1084 párr. I y 1085 párr. I sea que derive de un delito o cuasidelito, además de reclamar daños materiales puede también pedir daños morales, aunque no es pacífica la doctrina, respecto si les corresponde o no el reclamo del daño material o moral, puesto que existen diferentes posturas, (MEDINA, 2002):

1)- *Tesis negativa*, la cual se basa en los siguientes argumentos:

¹² CNCIV., “Parera Beatriz Susana c/ Culaciati Miguel Juan s/Disolución de Sociedad” 5/11/91 C.077140.

- Inexistencia del deber alimentario,
- La unión de hecho no constituye una fuente de derecho entre sus integrantes e
- Inmoralidad de la unión de hecho.

2)- *Tesis positiva*, sus fundamentos son:

- Privación de la ayuda que recibía,
- No se requiere un derecho subjetivo sino un interés simple,
- Las uniones extramatrimoniales libres y adultas no son inmorales y
- Deben aplicarse a las uniones homosexuales iguales soluciones que a las uniones heterosexuales en la legitimación para demandar por daños y perjuicios.

Por su parte la Jurisprudencia sostuvo que “*se encuentran legitimados los concubinos para reclamar la indemnización del daño patrimonial ocasionado por la muerte de uno de ellos como consecuencia de un hecho ilícito en tanto no medie impedimento de ligamen*”, criterio aceptado por la Cámara Civil, pero se ha considerado que el hecho del ligamen no sería un obstáculo para el reclamo y así fue admitida por la Suprema Corte de Buenos Aires sin poner tal hecho como un impedimento. En tanto parece improcedente el daño moral por la limitación del art. 1078 párr. II que establece: “*La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos*”.

Otro fallo importante establece que, según el art. 1 de la Ley 23.570, la concubina desplaza al cónyuge cuando la separación se produjo sin culpa por parte del causante, donde éste no contribuía al pago de alimentos, ni son reclamados por su esposa. Si bien esto no basta para que la concubina sea la acreedora de la indemnización según art. 248 de la L.C.T., solo se podría contemplar afirmativamente cuando la persona con la que contrajera nupcias, el trabajador fallecido, estuviere divorciada o separada de hecho por su culpa o por culpa de ambos¹³.

¹³ C. NAC. DE A. D TRABAJO. BLANCO, NORMA c/ CASIRAGHI HNOS. SA s/ INDEMNIZACION POR FALLECIMIENTO Expediente: 80545 Sala II 27/02/97.

2.2.2.4 Última enfermedad: Siguiendo a Medina, establece que si bien los herederos están obligados a pagar estos gastos, parte de la doctrina argumenta que lo gastado en tal concepto por el conviviente no debe ser restituido siendo más bien un deber de conciencia inmerso en la convivencia, es decir es una obligación natural (art. 516 del Código Civil) y por tanto irrepitable, y quienes sustentan tal postura se basan en el art. 372 que dice: “*La prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, habitación y vestuario correspondiente a la condición del que la recibe, y también lo necesario para la asistencia en las enfermedades*”, comprendiendo gastos ordinarios (alimentos, vestimenta, etc.) y los extraordinarios (asistencia médica, gastos de farmacia, intervenciones quirúrgicas, etc. y los gastos funerarios), es por ello que tales gastos entrarían dentro de la categoría de alimentos. En tanto Bossert, Gustavino y García de Ghigliano, entienden que sí deben ser repetidos estos gastos, además Gustavino agrega que la irrepitividad del art. 516 importa una relación entre los miembros de la pareja y no se extiende a las relaciones entre quien pagó y los obligados por el artículo 2308 del Código Civil el cual reza: “*No dejando el difunto bienes, los gastos funerarios serán pagados por el cónyuge sobreviviente, y cuando éste no tuviese bienes, por las personas que tenían obligación de alimentar al muerto cuando vivía*”. Quienes sostienen esta postura se fundan en que los obligados a prestar alimentos son los parientes ya que son los únicos que se benefician con la herencia, siendo injusto que al concubino que nada recibe de la herencia, no sea pagado en los gastos que hizo por su pareja siendo esto deber de los herederos. Si bien se considera una obligación natural, la misma lo es frente al beneficiado con el gasto hecho por su enfermedad y no a favor de los herederos.

Una minoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo “*si quien paga los gastos de última enfermedad es el concubino de la enferma, se subroga en los derechos del acreedor desinteresado, pues la obligación cancelada no es propia sino de su compañera enferma. En tal situación, el concubino actúa como un tercero que cancela una deuda ajena, por mérito del respectivo pago sustituye al acreedor desinteresado en la relación de éste con el deudor, sin que interese si el abono fue hecho en su propio nombre o a nombre de la concubina convaleciente*” (Voto en disidencia del Dr. Vázquez. La mayoría consideró inadmisibile el recurso).

En lo relativo a la prueba de los gastos en la última enfermedad se sienta un precedente jurisprudencial importante a través del caso resuelto por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe¹⁴, que resolvió: “*La presunción derivada de la posesión de los recibos que acreditan pagos correspondientes a la última enfermedad y sepelio del causante, en el sentido de que su poseedor los ha pagado con fondos propios, pierde vigencia si quien los exhibe vivió en concubinato con el causante, y de que éste —razonablemente— era solvente; no obsta a tal conclusión la solvencia del pretense pagador pues su solvencia no contribuye a consolidar la pretensión desvirtuada en principio por el concubinato, sino en el supuesto de que, además, se hubiese demostrado la impotencia patrimonial del deudor*”. Lo que implica que quien reclama los gastos realizados a favor del concubino enfermo o fallecido debe probarlos eficazmente, creando una presunción dichos recibos, pero cae cuando ese tercero ha sido concubino/a del causante, por lo tanto debe recurrir a otros medios de prueba como la posición económica del concubino fallecido y del supérstite. Probada la insolvencia del concubino, en Rosario¹⁵, un tribunal resolvió que la presunción de la posesión de los recibos debía mantenerse aunque el instrumento de pago no estuviese a nombre del poseedor con la persona obligada, y sin ser suficiente para destruir esa presunción la convivencia del poseedor con la persona obligada. Caso contrario, es decir de haberse probado la solvencia el tribunal debería decidir el caso en sentido adverso a las pretensiones del demandante, tal como ocurrió en la sentencia que se está comentando donde la concubina debió probar su derecho a repetir los gastos, donde debió presentar los recibos a su nombre, los demandados, se opusieron alegando que la conviviente había usado fondos propios. En cuyo caso se probó efectivamente que el causante había dispuesto de recursos ordinarios y extraordinarios, suficientes para afrontar los gastos sin que fuese necesario que los abonara la concubina. En definitiva, como señala Medina, “*la convivencia por sí sola no desvirtúa la presunción emanada de la posesión de los recibos respecto a los*

¹⁴ C.C.COM. DE SANTA FE, sala 11, 3-12-62, J. A. 1965-11-453.

¹⁵ C.C.CORN. DE ROSARIO, sala 11, 13-6-47, Rep. Santa Fe 16-53: sum. en Rep. L. L., t. X (1948), p. 774, N 9.

fondos invertidos, pero hace necesaria la valoración de todos los hechos relacionados con el desenvolvimiento económico de cada conviviente para decidir la procedencia de la acción de repetición”.

2.2.2.5 Donaciones: Como se dijo anteriormente, entre concubinos puede celebrarse todo tipo de contratos inclusive el de donación pero sin dejar de lado lo previsto en el art. 953 del Código Civil que dice: *“El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto”*, lo que implica que la donación será nula cuando no responda a un móvil afectivo¹⁶. La misma solución se otorga cuando la donación represente el precio por la ruptura, es decir que se ponga un precio por el abandono, limitando la libertad individual a quien no posee deberes legales impuestos.

Sin embargo, según Zannoni, pesa sobre el concubino que da fin a la relación, una obligación natural por los daños y perjuicios (materiales o morales) que ha ocasionado al otro por la culminación unilateral de la relación entre ambos (ZANNONI, 2004). Es muy importante en este caso la prueba aportada ya que debe ser analizada con cautela, si la donación fue otorgada como precio por la ruptura. Lo mismo se aplica respecto a los legados, debiéndose tener en cuenta para saber si fue voluntario o hubo coacción en el testador, si éste pudo revocar por testamento posterior el legado anteriormente hecho, y aun mantener el nuevo testamento fuera del conocimiento del otro.

Respecto a la revocación de las donaciones, se deben analizar distintos casos:

a)- Revocación por ser casado el donante: Se ha sostenido que podría ser revocada la donación cuando alguno de los concubinos es casado por violar el deber de fidelidad hacia el cónyuge. Zannoni, no comparte este criterio, ya que más allá de las acciones con que cuenta la esposa para atacar los negocios de su cónyuge, el contrato de donación, es

¹⁶ C.N.Civil Ap., CAPITAL FEDERAL, 9-8-1996 CARATULA: G., H. A. y otros c/ R., C. Z.

independiente de las relaciones personales que derivan del matrimonio incluyendo el deber de fidelidad (ZANNONI, 2004).

b)- Revocación por infidelidad de uno de los concubinos: Según el art. 1858 del Código Civil en su inc. 2º las donaciones pueden ser revocadas por ingratitud hacia el donante cuando el donatario ha deducido frente a éste injurias graves hacia su persona o su honor, no habría impedimento para la aplicación del mencionado artículo si el concubino o concubina ha visto violado su persona o su honor por el otro mediante la infidelidad.

c)- Revocación por abandono del concubino donatario: En este caso no podría ser aplicado el art. 1858 inc. 2º, puesto que se estaría coartando la libertad de acciones que no es objeto de negocio jurídico, según art. 953 del Código Civil. En tanto pueden constituir injurias por ejemplo el impedir la entrada del concubino al hogar común, cuando aún estén dentro del mismo la ropa y efectos personales, o se los traslada a un lugar desconocido por el concubino, para ello siempre será objeto de apreciación en el caso concreto, el abandono, el modo utilizado, y la conducta previa, para saber si ha sido injurioso para el otro.

Con respecto a la reducción de las donaciones, los herederos legitimarios del donante pueden solicitarla cuando afecte su porción legítima, asimismo podrán acumular en la demanda la simulación en caso de que la donación haya sido encubierta bajo la figura de un acto a título oneroso.

2.2.2.6 Sociedad de Hecho: En relación a las sociedades no existe impedimento en que sean constituidas entre concubinos, sean estas regulares o de hecho, pero el concubinato no las presume, pero se requiere trabajo común de ambos¹⁷, además son nulas las sociedades cuando se las hace por todos los bienes, caso previsto en el art. 1651 del Código Civil que establece “*Es nula la sociedad de todos los bienes presentes y futuros de los socios, o de todas las ganancias que obtengan; pero podrá hacerse sociedad de todos*

¹⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA. RAWSON, CHUBUT. Sala CIVIL (Norberto Bianco-Julio Ruiz-Manuel Garasino) R., A. c/ Sucesión de B., D.R. s/ Juicio Ordinario SENTENCIA del 31 de Mayo de 1971.

los bienes presentes designándolos; y también de las ganancias, cuando ellas sean de ciertos y determinados negocios". Es por ello que su existencia se prueba mediante los aportes en dinero, bienes o trabajo personal de los concubinos, y la finalidad de obtener una utilidad apreciable en dinero¹⁸. Todo medio de prueba es admisible, pero ella debe ser evaluada rigurosamente ya que la relación concubinaria puede dar apariencia de comunidad de bienes y puede ser asignado los mismos efectos que en el matrimonio respecto del patrimonio.

Hay que tener en cuenta varios aspectos en este caso (BELLUSCIO, 2004):

- Bienes adquiridos por los concubinos con aportes propios sin fines de lucro se constituye un condominio.
- Bienes adquiridos a nombre de uno solo de los concubinos pero ambos participaron en los aportes, en tal caso el aportante oculto tendrá acción para demostrar la interposición real de personas y obtener el reconocimiento de la copropiedad o el condominio salvo que la otra parte demuestre la existencia de una donación.
- Bienes adquiridos en partes desiguales, y las mismas no están detalladas, se presume que son dueños en partes iguales, según lo previsto en el art. 2708 del Código Civil, en cuyo caso tendrá acción para demostrar la entidad de los aportes de uno y otro.
- Bienes adquiridos con dinero exclusivo de uno de los concubinos a nombre del otro o a nombre de los dos. En tal supuesto, habrá que determinar: a)- si hubo interposición real de personas, en cuyo caso tendrá acción para obtener la transferencia total o parcial del dominio o b)- si hubo donación en este caso será necesario determinar si la misma ha sido producto del dinero o de la cosa adquirida, teniendo importancia para la revocación o la reducción de la donación.

2.2.2.7 Indemnización por ruptura: En principio, la ruptura no da derechos a reclamar indemnización por intempestiva que sea aunque haya deber de mantenerla no existe

¹⁸ C.N.Civ. Sala C, E.D.66-254).GIARDULLI R., D.E. c/F., L.G. s/DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD 8/06/94 C. L04687 Civil - Sala L.

impedimento alguno para que se produzca, pero podría haber posibilidad de reparación e incluso si se comete delito civil, cuando se hubiere seducido a mujer honesta menor de dieciocho años induciéndola a unirse de hecho con la promesa de matrimonio futuro y luego se la abandonase prevista en el art. 1088 *in fine*, Código Civil. Para Belluscio, no habría obligación no existe obligación natural de pagar los daños y perjuicios, pero lo dado en tal concepto sería la reparación del perjuicio ocasionado por el abandono y por verse disminuida sus posibilidades de un futuro matrimonio, o de un trabajo fuera del hogar para sostenerse por sí misma por la dedicación que se le dio al hogar de los convivientes (BELLUSCIO, 2004).

Siguiendo a Medina, clasifica a la ruptura que teniendo en cuenta la responsabilidad, puede ser:

1. Ruptura de común acuerdo: En principio, respecto la responsabilidad extracontractual no se producen problemas. Los inconvenientes pueden surgir de la responsabilidad contractual provenientes de los acuerdos celebrados por los convivientes, que de acuerdo a lo antes dicho ambos pueden celebrar. Es decir que son plenamente válidos los convenios entre los mismos que tengan por objeto la división de los bienes adquiridos durante la convivencia, teniendo en cuenta el principio general de los contratos, estos valen como la ley misma. Si el convenio fue celebrado a la finalización de la unión sería conveniente la homologación judicial, para ejecutarlos en caso de no ser cumplido.

2. Ruptura unilateral: En principio no genera obligación de indemnizar, caso contrario a lo que sucede en el matrimonio (art. 202 del Código Civil). Si genera responsabilidad cuando:

-Se producen lesiones físicas. En realidad aquí se está reparando el daño provocado y no la ruptura de la unión.

-Cuando ha mediado seducción.

-Conviviente sin recursos económicos siendo la ruptura de modo intempestiva¹⁹. En cuyo caso se debe valorar la situación económica del abandonado como así también su condición de insertarse en el mercado laboral cuando la misma se ha dedicado a la casa común de modo permanente lo justo sería otorgarle una renta vitalicia.

¹⁹ C.N.Civ., sala C, 3-3-98, "B., H. Z. c/C., R. E. H.", L. L. 1999-C-366, con nota de FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y HERRERA, Micaela, *Efectos jurídicos de las uniones de hecho. Responsabilidad por su ruptura.*

CAPÍTULO 3

LEGISLACIÓN

SUMARIO: 3.1-Legislación del Concubinato en el Derecho Comparado. 3.1.1)- Derecho en Francia. 3.1.2)- Derecho en Italia. 3.1.3)- Derecho en España. 3.1.4)- Derecho en América Latina. 3.2- Legislación en el Derecho Nacional: 3.2.1)- Código Civil Argentino. 3.2.2)- Ley 23.570 de Derecho de Pensión del Conviviente en Aparente Matrimonio. 3.2.3)- Ley 24.241 Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones. 3.2.4)- Ley 20.744 de Contrato de Trabajo. 3.2.5)- Ley 24.577 de Riesgo de Trabajo. 3.2.6)- Ley 23.660 de Obras Sociales. 3.2.7)- Ley 23.091 de Locaciones Urbanas. 3.2.8)- Ley 24.193 de Trasplantes de Órganos y Tejidos. 3.2.9)- Ley 24.417 Protección Contra la Violencia Familiar. 3.2.10)-Ley 6.542 de Prevención Contra la Violencia Familiar en la Provincia de San Juan. 3.2.11)-Ley 1.004 de Unión Civil. 3.2.12)-Proyecto de Ley del Código Civil.

3.1 LEGISLACIÓN DEL CONCUBINATO EN EL DERECHO COMPARADO:

3.1.1 Derecho en Francia: Respecto al derecho europeo, en especial Francia e Italia, la regulación del concubinato está ausente, que al igual que en Argentina, a falta de legislación y estando presente el instituto del concubinato, es la jurisprudencia la que actúa ante las consecuencias jurídicas que se presentan.

En consideración al Derecho Francés, se marcan los siguientes principios:

- Los actos celebrados por los concubinos en principio son válidos, pero serán nulos cuando tiendan a crear, mantener o retomar la vida en común, a título oneroso o gratuito, por ilicitud de la causa al ser contrario a la moral y las buenas costumbres. Se consideraron nulas las donaciones hechas con dichos fines, pero válidas las que responden a una generosidad desinteresada. En 1999 se admite el legado hecho con fines de mantener un concubinato adulterino.
- Quien vive en concubinato puede poner fin voluntariamente al concubinato sin que el otro pueda invocar daños por ello, pero cabe cuando se produce la misma por culpa cuasi delictual. Así mismo se ha considerado que hay una obligación natural en el pago de una indemnización, por tanto si se dio algo voluntariamente no hay derecho a repetición.
- Si bien no existe deber de fidelidad, se ha admitido una obligación de lealtad, de modo que no es aceptable la infidelidad en circunstancias que constituyen una ofensa al honor

de la concubina.

- En el concubinato no se presume la existencia de una sociedad de hecho, pero puede ser constituida sin problema cuando los concubinos demuestren que hubo aportes destinados a asociarse en los beneficios y en las pérdidas, de manera que si con esa intención adquirieron bienes en común, al separarse debe procederse a la liquidación y partición de esos bienes.
- Los gastos del hogar están a cargo de ambos, se acepta a la mujer, en su actuar como si fuera una esposa.
- Si uno de los concubinos trabajó en beneficio del otro sin recibir remuneración, puede reclamarla en caso de ruptura sobre la base del enriquecimiento sin causa.
- Se admite la acción de daños y perjuicios de la concubina contra el responsable de la muerte del hombre con quien convivía.
- La concubina tiene derecho de organizar el funeral del concubinario, y de recibir sus cenizas.
- Las leyes sobre locaciones destinadas a la habitación benefician al concubinario o la concubina notorios del locatario fallecido o que abandona su domicilio que hubieran vivido con él por un plazo mayor de un año anterior a su muerte o abandono, al permitirles la continuación de la locación (ley 89-462, art. 14).

En 1999 se dicta en Francia la ley N 99-944 relativa al “Pacto Civil de Solidaridad y al Concubinato”, que incorpora al Código Civil Francés que tiene como fin regular las uniones de hecho homosexuales y heterosexuales, que carecían de una regulación dentro del mismo. El nuevo régimen diferencia los efectos del pacto civil de solidaridad de los efectos del concubinato, al que consideran como una situación de hecho. Celebrado el pacto se obligan solidariamente frente a los terceros por las deudas comunes, mientras que quienes viven en concubinato no asumen esta obligación. Teniendo en cuenta las diferentes obligaciones que adquieren quienes celebran un pacto, de quienes viven simplemente en concubinato el legislador les concede a los primeros ventajas impositivas, que no le son otorgadas a los segundos, en la seguridad social y en las leyes migratorias. La celebración de un pacto no altera el estado civil de los celebrantes, ni tampoco les da

derecho al acceso a las técnicas de fecundación asistida a las parejas homosexuales, ni modifica las funciones de la Patria Potestad (BELLUSCIO, 2004).

3.1.2 Derecho en Italia: Respecto al Derecho Italiano, son similares al francés:

- Las prestaciones hechas espontáneamente por uno de los concubinos para contribuir a las cargas del hogar son irrepetibles, como una obligación natural.
- Las donaciones hechas al acabar la vida en común, en consideración a servicios particulares prestados, son donaciones remuneratorias, irrepetibles, no sujetas a colación ni a revocación en caso de quiebra.
- La actividad doméstica de uno de los concubinos puede ocasionar un enriquecimiento sin causa del otro, cuya compensación puede ser reclamada al romperse la unión.
- La prestación de trabajo en la empresa del otro, se presume hecha a título oneroso.
- Son válidos los contratos mediante los cuales los concubinos regulan sus relaciones patrimoniales.
- El sobreviviente tiene derecho de reclamar la indemnización del daño material y moral derivado de la muerte del otro causada por un tercero.

3.1.3 Derecho en España: Las comunidades autónomas de Cataluña y de Aragón regulan el concubinato asignando efectos jurídicos a las uniones estables de pareja, siendo esta última similar a la primera.

La ley catalana de 1998 se divide en dos capítulos, el primero referente a la unión heterosexual, y el segundo, a la unión homosexual, ambas constituyen regulaciones del concubinato y convivencia homosexual, que se les fijan efectos análogos al matrimonio. Las mismas presentan las siguientes características:

- La unión estable heterosexual es la de un hombre y una mujer mayores de edad y sin impedimento matrimonial que hayan convivido juntos dos años, o menos si han tenido descendencia, o hayan manifestado su voluntad de someterse al régimen de la ley.
- La unión no formalizada puede ser demostrada por cualquier medio.
- Los miembros pueden regular convencionalmente, verbalmente o por escrito, las relaciones personales y patrimoniales, los derechos y deberes respectivos, y las compensaciones económicas para el caso de cese de la convivencia.

- Cada miembro de la pareja conserva el dominio, el goce y la administración de sus bienes.
- Son gastos comunes: los necesarios para el mantenimiento de los hijos comunes o no, a: los alimentos, en el sentido más amplio; los de conservación o mejora de la vivienda o de otros bienes de la pareja, y los de previsión, médicos y sanitarios. No son comunes: los gastos derivados de la gestión o la defensa de bienes propios de cada miembro, ni, en general, los que respondan al interés exclusivo de uno de los miembros de la pareja.
- Ambos responden solidariamente por las obligaciones contraídas en razón de los gastos comunes, si son adecuados a los usos y al nivel de vida de la pareja; en los demás casos, responde el que contrajo la obligación.
- Los miembros de la pareja pueden adoptar en forma conjunta.
- Se deben recíprocamente alimentos.
- El conviviente propietario de la vivienda común o de los muebles de uso ordinario no puede enajenarlos, gravarlos, ni disponer de su derecho comprometiendo su uso, sin el asentimiento del otro o autorización judicial.
- El acto realizado sin consentimiento es anulable a pedido del otro conviviente dentro de cuatro años de la inscripción en el Registro respectivo, la anulación no procede contra el adquirente de buena fe a título oneroso, pero el enajenante responde ante el otro conviviente por el daño ocasionado.
- La unión estable se extingue: *a)* de común acuerdo, *b)* por voluntad unilateral de uno de los miembros de la pareja, notificada fehacientemente al otro, *c)* por muerte de uno de ellos, *d)* por separación de hecho de más de un año, y *e)* por matrimonio de uno de los miembros.
- Cuando la convivencia cesa en vida de los convivientes, aquel que haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, tiene derecho a una compensación económica en caso de haberse generado una situación de desigualdad entre el patrimonio de uno y el del otro que implique un enriquecimiento injusto.
- Cualquiera de los miembros de la pareja puede reclamar una pensión alimentaria para atender a su sustento, en caso de que la convivencia haya disminuido la

capacidad del solicitante de obtener ingresos, o si por tener a su cargo hijos comunes su capacidad de obtener ingresos se ve disminuida.

- Cesada la convivencia, pueden pactar la guarda de los hijos y el régimen de visitas de quien no la ejerce; en caso de desacuerdo, decide el juez en beneficio de los hijos.
- En caso de ruptura de la convivencia formalizada por escritura pública, no se puede formalizar una nueva hasta pasados seis meses de haber sido dejada sin efecto la anterior.
- En caso de muerte de uno de los miembros de la pareja, el sobreviviente tiene la propiedad de las ropas, el mobiliario y los utensilios que constituyen el ajuar de la vivienda común pero no de las joyas, objetos artísticos u otros que tengan un valor extraordinario según el nivel de vida de la pareja y el patrimonio relicto, en especial los muebles de procedencia familiar del premuerto.
- Durante un año a partir de la muerte, el sobreviviente tiene derecho de habitar la vivienda común y de ser alimentado a cargo del patrimonio del premuerto en consonancia con el nivel de vida que llevaba la pareja y la importancia del patrimonio.

3.1.4 Derecho en América Latina: Con respecto al Derecho Latinoamericano se ha legislado de diferentes modos al concubinato, en algunos países se lo equipara al matrimonio, pero tal equiparación no debe ser confundido, ya que éste requiere de consentimiento entre los contrayentes aunque no haya sido formalmente expresado, en tanto en el concubinato solo existe una intención de convivir de manera estable mediando acuerdo únicamente entre la pareja, es el caso de Bolivia, Colombia, Cuba, Guatemala, Honduras, México, Panamá y El Salvador.

En otros se le ha asignado un reconocimiento genérico y su protección por el Estado como es el caso de Haití que en su Constitución en el art. 260, dice que el Estado “... *debe igual protección a todas las familias, estén o no constituidas en el vínculo del matrimonio*”, lo mismo sucede en Nicaragua en el art 72 de su Constitución. En Argentina, en la Constitución del Chaco expresa que el Estado “...*reconoce la existencia de las uniones de hecho y las protege*” (art. 35, párr. 3º *in fine*), constituyendo un avance

sobre los poderes delegados al Gobierno Federal, que solo se han limitado al dictado de los Códigos de fondo.

Por último, existen países que le asignan efectos jurídicos específicos como la prohibición de la investigación de la paternidad en el concubinato notorio como lo es en Uruguay, Perú y Colombia. Pero es en México en el Código Civil de 1928 donde se regula de modo extenso este instituto, a modo de ejemplo se menciona lo relativo a la maternidad y paternidad de los hijos nacidos dentro del concubinato que se los asimila a los nacidos en el matrimonio, es decir son hijos legítimos en ambos casos. Otro ejemplo es lo referente al derecho de alimento, en el estado de Morelos, donde la concubina tiene tal derecho cuando la relación duró cinco años y ambos son solteros. En Tlaxcala, se reconoce al concubinato entre solteros que viven en un mismo lecho, en estos casos el Estado debe por todos los medios procurar que contraigan matrimonio.

En Venezuela, con la modificación del Código Civil en 1982, se crea la presunción de comunidad de bienes entre quienes viven en común. Su art. 767 establece” *Se presume la comunidad, salvo prueba en contrario, en aquellos casos de unión no matrimonial, cuando la mujer o el hombre en su caso, demuestre que ha vivido permanentemente en tal estado aunque los bienes cuya comunidad se quiere establecer aparezcan a nombre de uno solo de ellos. Tal presunción sólo surte efectos legales entre ellos dos y entre sus respectivos herederos y también entre uno de ellos y los herederos del otro. Lo dispuesto en este artículo no se aplica si uno de ellos está casado*”.

En Perú, en la Constitución en su art. 9 establece: “*La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable*”, en concordancia a ello en el Código Civil en el art. 326 estatuye que “*La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada*

puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita. La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales”.

En Ecuador, el art. 23 de la Constitución reglamenta “*La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, dará lugar a una sociedad de bienes, que se sujetará a las regulaciones de la sociedad conyugal, en cuanto fueren aplicables, salvo que hubieren estipulado otro régimen económico o constituido en beneficio de sus hijos comunes, patrimonio familiar”.*

En Paraguay, la Constitución en el art. 51 II Párrafo dice que” *Las uniones de hecho entre el hombre y la mujer, sin impedimentos legales para contraer matrimonio, que reúnan las condiciones de estabilidad y singularidad, producen efectos similares al matrimonio, dentro de las condiciones que establezca la ley”* y en consecuencia, el Código Civil le asigna a la unión extramatrimonial pública y estable entre personas con capacidad para contraer matrimonio efectos tales como:

- Validez de la obligación contraída por el concubino de pasar alimentos a su concubina abandonada, durante el tiempo que ella los necesite,
- Indemnización de los perjuicios ocasionados en caso de haber mediado seducción o abuso de autoridad del concubino,
- Validez de las estipulaciones de ventajas económicas concertadas por los concubinos entre sí, o contenidas en disposiciones testamentarias, salvo lo dispuesto sobre la legítima de los herederos forzosos,
- Existencia de sociedad de hecho, cualquiera que haya sido la duración del concubinato, siempre que concurren los requisitos previstos por el Código para la existencia de tal clase de sociedad, y presunción de su existencia (salvo prueba en contrario) si la relación duró más de cinco años,

- Responsabilidad del concubino ante terceros por las compras para el hogar hechas por la concubina con mandato tácito de aquél,
- Derecho del supérstite a las jubilaciones, pensiones e indemnizaciones debidas al difunto que corresponderían al cónyuge y derecho a la liquidación de los bienes comunes.

Finalmente, en Brasil, el art. 226, de la Const. Federal de 1988 dispuso que *“a los efectos de la protección del Estado, es reconocida la unión estable entre el hombre y la mujer como entidad familiar, debiendo la ley facilitar su conversión en casamiento”*. La ley 8971, de 1994, reconoció a la pareja de un hombre soltero, separado judicialmente, divorciado o viudo que haya convivido con él durante más de cinco años, o de quien tenga prole, y al compañero en las mismas condiciones de una mujer soltera, separada judicialmente, divorciada o viuda, el derecho a alimentos y el derecho hereditario. En la sucesión del premuerto, el sobreviviente recibe el usufructo de la cuarta parte de los bienes si hay hijos, de la mitad si no los hay pero hay ascendientes, y la totalidad de la herencia si no hay ascendientes ni descendientes. Pero si los bienes de la herencia resultan de actividad en que haya colaborado el sobreviviente, tiene derecho a la mitad de los bienes. Luego, la ley 9278, de 1996, reglamentaria del art. 226 de la Constitución Brasileña, reconoce como entidad familiar a la convivencia duradera, pública y continúa de un hombre y una mujer, establecida con el objetivo de constituir una familia.

Son derechos y deberes de los convivientes:

- El respeto y la consideración mutua, la asistencia moral y material recíproca,
- La guarda, sustento y educación de los hijos comunes.

Se consideran frutos del trabajo y de la colaboración común, los bienes muebles e inmuebles adquiridos por uno de los convivientes o por ambos durante la unión estable y pertenecen a ambos en condominio por partes iguales, salvo estipulación contraria en contrato escrito, o que la adquisición se haya hecho con el producto de bienes adquiridos antes de iniciarse la unión. La administración de esos bienes compete a ambos, salvo estipulación contraria en contrato escrito.

Disuelta la unión por:

- Rescisión: subsiste el derecho de alimentos en favor del que los necesite.

- Muerte: el sobreviviente tiene derecho real de habitación sobre el inmueble destinado a residencia de la familia, en tanto no constituya nueva unión o se case.

3.2 LEGISLACIÓN EN EL DERECHO NACIONAL:

Dentro de nuestra legislación como se ha venido desarrollando en este trabajo, el concubinato es un instituto que no posee regulación propia y unificada que lo contenga, pero al pasar del tiempo y al haberse instalado en la realidad jurídica es necesaria su regulación dentro del Código. No obstante se han sucedido distintas leyes que lo infieren de modo tácito, deduciéndolo mediante una interpretación deductiva hecho por la Jurisprudencia para dar razones a las situaciones que se instauran a diario en el entorno jurídico.

Existen dentro del Código menciones que han hecho necesario adaptarlo a la realidad para poder contemplar distintas problemáticas que requieren de una respuesta más allá de la regulación, esparcida, escasa y hasta insuficiente, por todo el ordenamiento jurídico nacional.

3.2.1 Código Civil: Dentro del mismo, nuestro ordenamiento Civil señala al instituto del concubinato en los siguientes arts.

- ✓ **Art. 210** *“Todo derecho alimentario cesará si el cónyuge que lo percibe vive en concubinato o incurre en injurias graves contra el otro cónyuge”*, según ley 23.515.
- ✓ **Art. 218** *“La prestación alimentaria y el derecho de asistencia previsto en los artículos 207, 208 y 209 cesarán en los supuestos en que el beneficiario contrajere nuevas nupcias, viviere en concubinato o incurriese en injurias graves contra el otro cónyuge”*, según ley 23.515.
- ✓ **Art. 223** *“Si el matrimonio anulado fuese contraído de mala fe por ambos cónyuges, no producirá efecto civil alguno. La nulidad tendrá los efectos siguientes: 1º La unión será reputada como concubinato...”*, según ley 23.515.

- ✓ **Art. 257** “*El concubinato de la madre con el presunto padre durante la época de la concepción hará presumir su paternidad, salvo prueba en contrario*”, según ley 23.264.
- ✓ **Art. 1079.** *La obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no sólo respecto de aquel a quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona, que por él hubiese sufrido, aun que sea de una manera indirecta.*
- ✓ **Art. 3573** “*La sucesión deferida al viudo o viuda en los tres artículos anteriores, no tendrá lugar cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio, muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes, salvo que el matrimonio se hubiere celebrado para regularizar una situación de hecho*”, según ley 17.711.
- ✓ **Art. 3574** “*En todos los casos en que uno de los esposos conserva vocación hereditaria luego de la separación personal, la perderá si viviere en concubinato o incurriere en injurias graves contra el otro cónyuge*” (Párr. III), según ley 23.515.
- ✓ **Art. 3575** “*Cesa también la vocación hereditaria de los cónyuges entre sí en caso que viviesen de hecho separados sin voluntad de unirse o estando provisionalmente separados por el juez competente. Si la separación fuese imputable a la culpa de uno de los cónyuges, el inocente conservará la vocación hereditaria siempre que no incurriere en las causales de exclusión previstas en el artículo 3574*”, según ley 23.515.

3.2.2 Ley de Derecho de Pensión del Conviviente en aparente matrimonio 23.570²⁰.

Ley modificatoria de las leyes 18.037, 18.038, 17.562 y 22.611 y derogatoria de la ley

23.226: La ley 23.570 consagra la posibilidad de que en caso de que el causante haya estado conviviendo en aparente matrimonio, es decir en concubinato, la concubina tiene un derecho de pensión, derecho no reconocido anteriormente por ninguna legislación, contemplando la situación de que no quede desamparada. El requisito que debe cumplir la

²⁰ LEY. 23.570, “*Derecho Pensión Convivencia en Aparente Matrimonio*”, 3/6/1987.

concubina, en dicho caso es, acreditar la convivencia, que esta haya sido pública, por un lapso de 5 años anteriores al fallecimiento, caso en que el causante haya estado separado de hecho. El plazo se reducirá a dos años cuando haya descendencia, o el causante haya sido soltero, viudo, separado legalmente o divorciado.

A continuación se mencionarán algunos de los arts. de la respectiva ley:

✓ Art. 26 inc. 1: *“La viuda o el viudo. Tendrá derecho a la pensión la conviviente o el conviviente, en el mismo grado y orden y con las mismas modalidades que la viuda o el viudo, en el supuesto que el causante se hallase separado de hecho y hubiese convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento. El plazo de convivencia se reducirá a dos años cuando hubiere descendencia o el causante haya sido soltero, viudo, separado legalmente o divorciado.*

El o la conviviente excluirá al cónyuge supérstite en el goce de la pensión, salvo que el causante hubiera estado contribuyendo al pago de los alimentos, que éstos hubieran sido reclamados fehacientemente en vida o que el causante fuera culpable de la separación; en estos tres casos el beneficio se otorgará al cónyuge y al conviviente por partes iguales.

El beneficio de pensión será gozado en concurrencia con:

a) Los hijos solteros, las hijas solteras y las hijas viudas, estas últimas siempre que no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que acuerda la presente, hasta los dieciocho años de edad;

b) Las hijas solteras y las hijas viudas que hubieran convivido con el causante los diez años inmediatamente anteriores a su deceso, que a ese momento tuvieran cumplida la edad de cincuenta años y se encontraran a su cargo siempre que no desempeñaran actividad lucrativa alguna ni gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo en estos últimos supuestos que optaren por la pensión que acuerda la presente;

c) Las hijas viudas y las hijas divorciadas o separadas de hecho por culpa exclusiva del marido que no perciban prestación alimentaria de éste, todas ellas incapacitadas para el trabajo y a cargo del causante a la fecha de su deceso siempre que no gozaran de

jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que acuerda la presente:

d) Los nietos solteros, la nietas solteras y las nietas viudas, estas últimas siempre que no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que acuerda la presente, todos ellos huérfanos de padre y madre hasta los dieciocho años de edad”, y el inc. 3 relata que:

✓ Art. 26 inc. 3: “*La viuda, el viudo, la conviviente o el conviviente, en las condiciones del inciso 1º, en concurrencia con los padres incapacitados para el trabajo y a cargo del causante a la fecha de su deceso, siempre que éstos no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que acuerda la presente”.*

✓ Art. 29: “*La mitad del haber de la pensión corresponde a la viuda, el viudo, la conviviente o el conviviente, si concurren hijos, nietos o padres del causante en las condiciones del artículo 26; la otra mitad se distribuirá entre éstos por partes iguales con excepción de los nietos, quienes percibirán en conjunto la parte de la pensión a que hubiere tenido derecho el progenitor pre fallecido. A falta de hijos, nietos o padres, la totalidad del haber de la pensión corresponde a la viuda, el viudo, la conviviente o el conviviente. En caso de extinción del derecho a pensión de alguno de los copartícipes su parte acrecerá proporcionalmente la de los restantes beneficiarios, respetándose la distribución establecida en los párrafos precedentes”.*

El art. 5 hace referencia a los medios de prueba de la convivencia, los cuales podrán ser cualquiera de los previstos en la legislación nacional, donde no se limitará solo a la testimonial salvo circunstancias excepcionales que lo justifiquen, teniendo en cuenta la realidad socio-cultural y lugar de residencia de los interesados. La prueba podrá sustanciarse en sede administrativa o judicial.

En su art. 6 establece “*Los derechos que por la presente se instituyen en beneficio del viudo y de los convivientes de hecho, podrán invocarse aunque la causante o el causante respectivo, según fuere el caso, hubiera fallecido antes de la vigencia de esta ley. Cuando hubieran sido anteriormente denegados por resolución administrativa o sentencia judicial, la autoridad competente reabrirá el procedimiento a petición de la*

parte interesada. En ningún caso el pronunciamiento que se dicte con arreglo a la presente podrá dejar sin efecto derechos adquiridos, salvo supuesto de nulidad de estos últimos debidamente establecida o declarada, o de extinción de tales derechos. No se entenderá que se ha producido tal extinción, mientras existan beneficiarios coparticipantes con derecho a acrecer”, y el 7 dice que: “El haber de las pensiones que se acuerden por aplicación del artículo anterior, se devengará a partir de la fecha de la respectiva solicitud. En las solicitudes en trámite sin resolución firme, el haber que se otorgue se devengará desde la fecha de vigencia de la presente”.

El art. 8 modifica el inciso b) del artículo 2º de la ley 17.562 quedando redactado del siguiente modo: *“Para la madre o padre viudos o que enviudaren, para las hijas viudas y para los beneficiarios cuyo derecho a pensión dependiere de que fueren solteros desde que contrajeran matrimonio o si hicieren vida marital de hecho”.*

El art. 9 *“El haber máximo, como también el límite de acumulación de la o las pensiones otorgadas o a otorgar a que tenga derecho el cónyuge supérstite que contrajere matrimonio, o hiciere vida marital de hecho a partir de la vigencia de la presente ley será equivalente a tres (3) veces el haber mínimo de jubilación que se abone a los beneficiarios del régimen nacional de jubilaciones y pensiones para trabajadores en relación de dependencia. Lo dispuesto precedentemente lo es sin perjuicio del haber máximo o límite de acumulación que corresponde por aplicación de los artículos 55 y 79 de la ley 18037 (t.o. 1976). Los mismos límites se aplicarán a la mujer o el varón que hubiera convivido públicamente con él o la causante en aparente matrimonio, en igualdad de circunstancia”,* reemplazo que queda así: *“Los cónyuges supérstites, cuyo derecho a pensión se hubiera extinguido por aplicación del artículo 1º de la ley 21.388 o disposiciones legales similares vigentes con anterioridad en razón de haber contraído nuevo matrimonio o por hacer vida marital de hecho, podrán solicitar la rehabilitación de la prestación, la que se liquidará a partir de la fecha de dicha solicitud, con sujeción al haber máximo de acumulación establecida en el artículo 2º. El derecho acordado en el párrafo anterior no podrá ser ejercido si existieran causahabientes que hubieran acrecido su parte u obtenido la pensión como consecuencia de la extinción de la prestación para el beneficiario que contrajo matrimonio, o hizo vida marital de hecho”.*

Por su parte el art. 10 establece que el texto del art. 38 incisos 1 y 3 de la Ley 18.037 será aplicado a los regímenes establecidos en las leyes 12.992, 13.018, 19.101, 19.349 y 21.965. En tanto que el art. 11 incorpora, a los efectos de la interpretación y alcance de los artículos de las leyes 18.037 y 18.038, que a continuación de la palabra viuda los términos viudo y el o la conviviente en aparente matrimonio.

Por último el art. 12 reglamenta que la presente ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación, fecha en la que quedará derogada la ley 23.226 sin perjuicio de los derechos adquiridos durante su vigencia.

3.2.3 Sistema Integrado de Jubilaciones y pensiones. Ley 24.241, art 53: La ley 24.241 del sistema integrado de jubilaciones y pensiones actualmente vigente, es la base sobre la que se asienta régimen relativo a la jubilación, dicha normativa tiene como principios los mencionados en el punto anteriormente referenciado. La mencionada norma establece que en caso de muerte del jubilado, del beneficiario del retiro por invalidez, o del afiliado en actividad, él conviviente supérstite tendrá derecho de pensión. Para ello se requiere que el o la causante se hallase separado de hecho o legalmente, o fuese soltero, viudo, o divorciado, acreditando una convivencia por un tiempo de 5 años, que esta sea pública. En caso de que haya habido descendencias el plazo de tiempo se reduce a 2 años.

Dicho art. establece que: *“En caso de muerte del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad, gozarán de pensión los siguientes parientes del causante:*

- a) *La viuda.*
- b) *El viudo.*
- c) *La conviviente.*
- d) *El conviviente.*
- e) *Los hijos solteros, las hijas solteras y las hijas viudas, siempre que no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que acuerda la presente, todos ellos hasta los dieciocho (18) años de edad.*

La limitación a la edad establecida en el inciso e) no rige si los derechohabientes se encontraren incapacitados para el trabajo a la fecha de fallecimiento del causante o incapacitados a la fecha en que cumplieran dieciocho (18) años de edad.

Se entiende que el derechohabiente estuvo a cargo del causante cuando concurre en aquél un estado de necesidad revelado por la escasez o carencia de recursos personales, y la falta de contribución importa un desequilibrio esencial en su economía particular. La autoridad de aplicación podrá establecer pautas objetivas para determinar si el derechohabiente estuvo a cargo del causante.

En los supuestos de los incisos c) y d) se requerirá que él o la causante se hallasen separados de hecho o legalmente, o haya sido soltero, viudo o divorciado y hubiera convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco (5) años inmediatamente anteriores al fallecimiento. El plazo de convivencia se reducirá a dos (2) años cuando exista descendencia reconocida por ambos convivientes.

El o la conviviente excluirá al cónyuge supérstite cuando éste hubiere sido declarado culpable de la separación personal o del divorcio. En caso contrario, y cuando él o la causante hubiere estado contribuyendo al pago de alimentos o éstos hubieran sido demandados judicialmente, o el o la causante hubiera dado causa a la separación personal o al divorcio, la prestación se otorgará al cónyuge y al conviviente por partes iguales.

3.2.4 Ley de Contrato de Trabajo. Ley 20.744²¹, arts. 245 y 248: La ley de contrato de trabajo dispone entre las causales de extinción del contrato de trabajo, la muerte del trabajador, ante esa situación la ley anteriormente descripta, ordena que tendrán derecho a percibir una indemnización igual a la prevista en el art. 245 las personas enumeradas en el art. 38 de la ley 18.037, esta normativa reconoce a la concubina, el derecho de pensión cuando su convivencia con el trabajador fallecido haya perdurado un lapso de dos años ,y este fuere soltero o viudo. Cuando el trabajador hubiese estado casado y divorciado o separado de hecho, la concubina para tener derecho a la pensión que le reconoce la ley debe acreditar un plazo de convivencia de 5 años. A continuación se mencionan los art. 245 y 248 de la ley de contrato de trabajo.

²¹ LEY N° 20.744 “Régimen de Contrato de Trabajo”, Texto ordenado por Decreto-Ley 390/1976.

El art. 245 hace referencia a la indemnización por antigüedad o despido que establece: *“En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual, percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor. Dicha base no podrá exceder del equivalente de tres (3) veces el importe mensual de la suma que resulta del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador al momento del despido por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social le corresponderá fijar y publicar el monto que corresponda juntamente con las escalas salariales de cada convenio colectivo de trabajo. Para aquellos trabajadores no amparados por convenios colectivos de trabajo el tope establecido en el párrafo anterior será el que corresponda al convenio de actividad aplicable al establecimiento donde preste servicio o al convenio más favorable, en el caso de que hubiera más de uno. Para aquellos trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones variables, será de aplicación el convenio de la actividad a la que pertenezcan o aquel que se aplique en la empresa o establecimiento donde preste servicios, si éste fuere más favorable. El importe de esta indemnización en ningún caso podrá ser inferior a dos (2) meses del sueldo calculados en base al sistema del primer párrafo”.*

El art. 248 relativo a la indemnización por antigüedad relata que: *“En caso de muerte del trabajador, las personas enumerada en el artículo 38 del Decreto-Ley N° 18.037/69 tendrán derecho, mediante la sola acreditación del vínculo, en el orden y prelación allí establecida, a percibir una indemnización igual a la prevista en el artículo 247 de esta ley. A los efectos indicados queda equiparada a la viuda, para cuando el trabajador fallecido fuere soltero o viudo, la mujer que hubiese vivido públicamente con el mismo en aparente matrimonio, durante un mínimo de dos (2) años anteriores al fallecimiento. Tratándose de un trabajador casado y presentándose la situación antes contemplada, igual derecho tendrá la mujer del trabajador cuando la esposa por su culpa o culpa de ambos estuviere divorciada o separada de hecho al momento de la muerte del*

causante, siempre que esta situación se hubiere mantenido durante los cinco (5) años anteriores al fallecimiento. Esta indemnización es independiente de la que se reconoce a los causahabientes del trabajador por la ley de accidentes de trabajo, según el caso, y de cualquier otro beneficio que por las leyes, convenciones colectivas de trabajo, seguros, actos o contratos de previsión, le fuesen concedidos a los mismos en razón del fallecimiento del trabajador”.

3.2.5 Riesgo de Trabajo. Ley 24.577, art. 18: La ley de riesgo de trabajo, contempla los casos de infortunios laborales, abarcando no solo las incapacidades temporarias y permanentes que puede sufrir el trabajador, en su lugar laboral, sino que también abarca la situación en que se produce su muerte. La ley de contrato de trabajo ante esta situación se remite a lo establecido por la ley 24.241 en su art. 53, dicha normativa reconoce el derecho a acceder a una indemnización en caso de muerte del trabajador, a la conviviente, siempre que el trabajador, se hállese separado de hecho o legalmente, o fuere soltero, viudo, o divorciado, y la convivencia fue de 5 años. En el caso de que haya habido descendencia entre ellos, el plazo se reducirá a 2 años.

El art. 18 establece: *“Muerte del damnificado. 1)- Los derechohabientes del trabajador accederán a la pensión por fallecimiento prevista en el régimen previsional al que estuviera afiliado el damnificado y a las prestaciones establecidas en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 15 de esta ley, además de la prevista en su artículo 11, apartado cuarto. 2)- Se consideran derechohabientes a los efectos de esta Ley, a las personas enumeradas en el artículo 53 de la Ley N° 24.241, quienes concurrirán en el orden de prelación y condiciones allí señaladas. El límite de edad establecido en dicha disposición se entenderá extendido hasta los VEINTIÚN (21) años, elevándose hasta los VEINTICINCO (25) años en caso de tratarse de estudiantes a cargo exclusivo del trabajador fallecido. En ausencia de las personas enumeradas en el referido artículo, accederán los padres del trabajador en partes iguales; si hubiera fallecido uno de ellos, la prestación será percibida íntegramente por el otro. En caso de fallecimiento de ambos padres, la prestación corresponderá, en partes iguales, a aquellos familiares del trabajador fallecido que acrediten haber estado a su cargo. La reglamentación*

determinará el grado de parentesco requerido para obtener el beneficio y la forma de acreditar la condición de familiar a cargo”.

3.2.6 Obras Sociales a nivel Nacional. Ley 23.660, art. 9 inc. a y art. 10: La ley de obras sociales consagra la posibilidad de que el trabajador en actividad pueda incluir a la misma la persona que conviva con él, siempre que se cumplan los requisitos exigidos por la normativa vigente, pagando un adicional por recibir tal beneficio.

El art. 9 inc. b establece que: *“Las personas que convivan con el afiliado titular y reciban del mismo ostensible trato familiar, según la acreditación que determine la reglamentación.*

La Dirección Nacional de Obras Sociales podrá autorizar, con los requisitos que ella establezca, la inclusión como beneficiarios, de otros ascendientes o descendientes por consanguinidad del beneficiario titular y que se encuentren a su cargo, en cuyo caso se fija un aporte adicional del uno y medio por ciento (1.5%) por cada una de las personas que se incluyan”, estableciendo además que el carácter de beneficiario subsistirá mientras se mantenga el contrato de trabajo o la relación de empleo público y el trabajador o empleado reciba remuneración del empleador (art. 10).

3.2.7 Locaciones Urbanas. Ley 23.091, art. 9:

El presente artículo establece lo relativo a los continuadores del locatario el cual nos dice que: *“En caso de abandono de la locación o fallecimiento del locatario, el arrendamiento podrá ser continuado en las condiciones pactadas, y hasta el vencimiento del plazo contractual, por quienes acrediten haber convivido y recibido del mismo ostensible trato familiar”.*

3.2.8 Trasplante de Órganos y Tejidos. Ley 24.193 art. 15 I párrafo (Texto actualizado por Ley 26.066): La ley de trasplantes de órganos confiere el derecho de disponer de los órganos, del conviviente cuando hayan cumplido un plazo de convivencia de 3 años, siempre que dicha convivencia haya sido en forma inmediata, continua e ininterrumpida, ese plazo de tiempo se reducirá a 2 años cuándo de la relación hubo descendencia.

El mismo dice que *“Sólo estará permitida la ablación de órganos o tejidos en vida con fines de trasplante sobre una persona capaz mayor de dieciocho (18) años, quien podrá autorizarla únicamente en caso de que el receptor sea su pariente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado, o su cónyuge, o una persona que, sin ser su cónyuge, conviva con el donante en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres (3) años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida. Este lapso se reducirá a dos (2) años si de dicha relación hubieren nacido hijos”*.

3.2.9 Protección contra la Violencia Familiar. Ley 24.417, art. 1: La ley de violencia familiar consagra la facultad de denunciar aquellos casos en que se sufran lesiones no solo físicas sino también psíquicas, la denuncia la pueden efectuar toda persona del grupo familiar incluyéndose también el o la conviviente, resolviendo el juez competente las medidas a adoptar de manera urgente.

Este artículo señala que: *“Toda persona que sufriese lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar podrá denunciar estos hechos en forma verbal o escrita ante el juez con competencia en asuntos de familia y solicitar medidas cautelares conexas. A los efectos de esta ley se entiende por grupo familiar el originado en el matrimonio o las uniones de hecho”*.

3.2.10 Prevención de Violencia Familiar en la Provincia de San Juan. Ley 6.542²², arts. 1 y 2: En este caso se contempla la denuncia de violencia familiar a nivel provincial.

A nivel provincial existe dicha ley sancionada por la Cámara de Diputados de la Provincia de San Juan, que en sus dos primeros artículos establece:

Art. 1: *“La presente Ley tiene por objeto:*

- a)- Prevenir, erradicar y sancionar todo tipo de violencia contra la mujer y cualquier otro miembro del grupo familiar en el ámbito provincial. (t.o. Ley 6918).*
- b)- Evitar la victimización secundaria de toda mujer que padece o sufre violencia física, psíquica y/o sexual.*
- c)- Resguardar la institución familiar como célula social básica y fundamental de toda la comunidad, en pos de una sociedad sana y justa”*.

²² LEY 6.542 “Prevención de Violencia Familiar” t.o. Ley 6.918” San Juan, 10/05/2006.

Art. 2 “A los fines del Artículo anterior, entiéndase como *Violencia contra la Mujer y cualquier otro miembro del grupo familiar, todo tipo de abuso o maltrato físico, psíquico y/o sexual que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima*”.- (t.o. Ley 6918).

3.2.11 Unión Civil Ley 1.004: Esta ley rige en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a partir del año 2002, la cual consta de ocho artículos. Dicha ley reconoce a las parejas homosexuales, las cuales adquieren status civil cualquiera sea su condición sexual, y para ello se requiere acreditar convivencia de afectividad estable y publica de al menos 2 años (art. 1). Otra característica es la creación del Registro Público de Uniones Civiles, cumpliendo distintas funciones como: solicitud de inscripción de la unión por ambos integrantes previo cumplimiento de los requisitos que la ley prevé; inscribir la disolución y la expedición de constancias de inscripción o disolución a cualquiera de los integrantes de la pareja (art. 2).

Respecto a la prueba de la unión para cumplimentar los requisitos del art. 1º se requiere la prueba de testigos (art. 3).

La misma ley establece los impedimentos para la constitución de unión civil, lo cual deja claro que se trata de una ley que se asemeja en cuanto a su contenido formal a la legislación del matrimonio.

Respeto a su disolución enumera las causales de la misma como sería el mutuo acuerdo, voluntad unilateral de cualquiera de los miembros de la unión, muerte, etc. (art. 6). La desventaja de dicha normativa es que la pareja no tiene derechos sucesorios, ni cuentan con la posibilidad de adoptar en el caso de aquellas parejas que quieren tener hijos.

3.2.12 Proyecto del Código Civil Argentino²³: En el 2011 mediante decreto se dispuso la creación de una comisión constituida por los doctores Ricardo Lorenzetti, Elena

²³ REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, “Anteproyecto del Nuevo Código Civil y Comercial unificado. Principales puntos de la reforma”, Consultado: 03/07/2012 en:

Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, para la unificación de los Códigos Civil y Comercial.

Este proyecto de ley es una innovación trascendental que ha revolucionado tanto a los especialistas en derecho, doctrinarios y también a toda la nación argentina, actualmente se sigue debatiendo sobre el mismo.

Para a comenzar a desarrollar el proyecto tendremos en cuenta, cuáles son sus principales beneficios, destacando los aspectos más relevantes del mismo, para luego seguir analizando las desventajas del mismo desde un punto constructivo.

Beneficios del Proyecto de ley del Código Civil:

- ✓ Una de las innovaciones más importante que contiene el proyecto de ley del código civil, es la posibilidad con la que va a contar nuestra nación Argentina de poder regular el instituto del concubinato, que luego de tantos vacíos legales que presentaba, no van a quedar situaciones no contempladas por el derecho.
- ✓ El proyecto además de mencionar los caracteres con los que debe contar la convivencia como son por ejemplo: la singularidad, publicidad, notoriedad, estabilidad y permanencia, comprende dentro del mismo a personas de igual o de distinto sexo.
- ✓ Se considera fundamental que la ley exija un mínimo de cuestiones que debe regular el pacto, como ser la contribución a las cargas del hogar, porque de esta manera los convivientes no tendrán la posibilidad de burlar lo contemplado por la misma en perjuicio de uno de ellos.
- ✓ Muy importante es que la propia ley, en el tema relativo a los límites del pacto, indique de manera expresa los aspectos de orden público que no pueden quedar vulnerados por los convivientes de manera que, los mismos tienen el deber de cumplirlos de manera imperativa.
- ✓ Un aspecto relevante a destacar, es que el pacto contemple la situación de los terceros, estableciendo el mismo que su modificación y rescisión son oponibles a

terceros a partir de su inscripción en el registro que corresponda, protegiendo de esa manera a aquellos que contratan de buena fe con los convivientes, resguardando de este modo sus derechos.

- ✓ En el aspecto del proyecto relacionado a la protección de la vivienda, es un avance que la ley contemple y resguarde los derechos de los convivientes, requiriendo el asentimiento del otro conviviente para contar con la posibilidad de disponer de los derechos relacionados con la vivienda familiar evitando, enajenaciones o transferencias que perjudiquen la estabilidad del hogar familiar.
- ✓ En la compensación económica es una seguridad para los convivientes que una vez cesada la convivencia, el que sufre un empeoramiento de su situación económica, tenga la posibilidad de accionar judicialmente y reclamar que se recomponga su desequilibrio, quedando de esta manera amparado para afrontar una nueva realidad, que es, el hecho de comenzar una vida nueva ya sea solo o con hijos.
- ✓ Relacionado con el párrafo anterior, es muy productivo que la misma ley, establezca los parámetros a los que deberá atenerse el juez, al momento de determinar, la procedencia y el monto de la compensación.

Una vez hecho referencia a las ventajas del pacto de convivencia, a continuación se hará mención a las desventajas.

Críticas y desventajas del pacto de convivencia:

- ✓ En primer lugar el pacto de convivencia omitió, establecer qué juez es competente para entender las cuestiones personales, como también patrimoniales que se pueden llegar a suscitar entre los convivientes.
- ✓ En cuanto a los requisitos que se deben cumplir para que la relación produzca efectos jurídicos, se mencionan; mayoría de edad, que no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado, vínculos de afinidad en línea recta, no tengan impedimentos de ligamen, ni este registrada otra convivencia de manera simultánea. De este modo deja de lado y fuera del alcance de la ley los casos de; adopción tanto plena como simple, ser autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los

cónyuges, privación permanente o transitoria de la razón, y sordomudez, incapacidades contempladas como impedimentos para contraer matrimonio, además el hecho de entablar una relación con estas personas unidas con dichos vínculos, esta repudiado socialmente.

- ✓ El proyecto considera que el tiempo de dos años es un requisito para poder confeccionar el pacto de convivencia, considerándolo de nuestra parte un lapso muy breve, debiendo elevarse el mismo a tres años, si tomamos en cuenta la legislación comparada, además tres años es un lapso donde la pareja ya tiene más estabilidad.
- ✓ En lo relativo a la registración de la existencia de la unión convivencial, su extinción, etc., no hace referencia que organismo es el autorizado para llevar a cabo la respectiva registración como también cuales con los requisitos que deben cumplir los interesados para acreditar la unión.
- ✓ El pacto de convivencia no indica desde qué momento se debe proceder a la registración del mismo, dejando una laguna interpretativa.
- ✓ Una de las críticas al proyecto, es que no especifica como rige la relación patrimonial entre los convivientes antes de cumplir el plazo exigido, que es de dos años.
- ✓ No genera en el mismo la obligación de alimentos en caso de que uno de los convivientes acredite una necesidad extrema de procurárselos, solo hace mención a una compensación económica, en supuesto de comprobar un desequilibrio patrimonial, debiendo abarcar desde nuestro punto de vista, ambos extremos.
- ✓ Otra crítica trascendental, es que el cumplimiento del plazo requerido por el mismo pacto, es decir los dos años de convivencia, no genera derechos sucesorios, un tema tan importante para aquellas parejas que apostaron todo a su unión, quedando desamparados por la ley, en caso del fallecimiento de uno de ellos, solo se contempla la posibilidad de ejercer un derecho real de habitación pero que no puede exceder de dos años, siendo totalmente irrisorio y abusivo.

- ✓ Tampoco el proyecto contempla, ni menciona, si los convivientes pueden celebrar contratos y de qué tipo, luego de cumplido el tiempo de los dos años, pudiendo las partes recurrir a este tipo de unión para burlar la ley.
- ✓ En el tema de la protección de la vivienda, se establece un tipo de inembargabilidad del bien inmueble por deudas contraídas por uno solo de los convivientes sin el asentimiento del otro, consideramos que esta norma parece excesiva, pues debiera incluirse dentro de lo contemplado en lo dispuesto para bien de familia.
- ✓ En cuanto al tiempo que se requiere para reclamar la compensación económica según el proyecto de ley caduca a los 6 meses, es un tiempo ínfimo de acuerdo a la causa que lo origina, consideramos que dicho lapso debiera extenderse por los menos como mínimo a 1 año.
- ✓ El proyecto de ley no contempla la posibilidad de que los convivientes una vez cumplido el plazo legal, tengan el derecho de adoptar de manera conjunta, cuando hay en este país tantos niños, que necesitan de una familia , como también padres que no pueden concebir de manera natural.

Este proyecto legisla el concubinato dentro del libro I, título III denominado “Uniones Convivenciales” (desde el art. 509 al 528). Contiene disposiciones relativas a la constitución de las uniones, cuyos requisitos son los siguientes:

1. Mayoría de edad de ambos integrantes.
2. Inexistencia de parentesco en línea recta en todos los grados ni colateral hasta el segundo grado, ni vinculo de parentesco por afinidad.
3. Inexistencia de impedimento de ligamen, ni otra inscripción simultanea de unión y
4. Que la convivencia sea mayor a dos años.

Tanto la unión, la disolución y los pactos que entre los convivientes se celebren serán inscriptos en el registro local a los fines probatorios, siendo prueba suficiente la acreditación de la misma, agregando que no se anotará otra unión si existe una anterior inscripta.

Respecto de los pactos que entre la pareja pueden celebrar, se llevaran a cabo por la autonomía de la voluntad, salvo pacto en contrario, quedando a salvo lo relativo a la

asistencia, la responsabilidad frente a terceros y la protección de la vivienda familiar, siendo de ningún valor cualquier acuerdo respecto de ellos.

Otro punto importante es lo referente a la disolución del vínculo haciendo el proyecto una enumeración de las causas, las cuales son:

- a) Por muerte de uno de los convivientes;
- b) Por sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los convivientes;
- c) Por matrimonio o nueva unión de uno de sus miembros;
- d) Por 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.

Culminada la relación entre los convivientes, la pareja que haya sufrido un daño económico por causa de la convivencia tiene derecho a una compensación, la cual puede ser una prestación único o periódica, no mayor a la duración de la unión. Será el Juez quien determine si procede y el monto de la misma teniendo en cuenta distintos criterios, el cual posee un plazo de caducidad de seis meses de haber culminado la relación por cualquiera de las causales enumeradas anteriormente.

La vivienda, sede de la unión, para ser atribuida al otro conviviente debe tener a cargo los hijos menores de edad o con discapacidad, como así también la existencia de una necesidad de vivienda y no contar con medios necesarios para adquirir una.

La atribución de la vivienda, la realiza el juez y será por el tiempo que duró la unión. Dicha atribución implica la indisposición del bien, por el plazo conferido y es oponible a terceros desde la inscripción registral. Si recae sobre un bien alquilado el contrato durará, para el conviviente no locatario, todo el tiempo del contrato manteniéndose el obligado al pago y las garantías que inicialmente se constituyeron en el contrato.

En caso de muerte de uno de los convivientes, el otro podrá solicitar 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, siendo inoponible a los acreedores del causante. Este derecho desaparece si el conviviente supérstite constituye una nueva unión, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia.

En relación a la distribución de los bienes los mismos se mantienen en el patrimonio al que ingresaron, sin perjuicio de la aplicación de los principios relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y otros que puedan corresponder.

CAPÍTULO 4

PROYECTO DE

LEY DEL

CONCUBINATO

SUMARIO: 4.1 Exposición de Motivos 4.2- Propuesta de Regulación Legal del Concubinato 4.3 Conclusión.

4.1 EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:

En los tiempos actuales en nuestra sociedad, es abundante el número de personas que entablan una relación de hecho de carácter voluntaria y que se constituyen de manera estable pero sin formalizarla en un matrimonio, siendo éste, el instituto por excelencia que regula los derechos y deberes de los cónyuges. Las parejas que optan por la relación afectiva sin someterse al matrimonio no lo hacen, o porque no quieren contraer matrimonio o no cuentan con la posibilidad de hacerlo por el gasto que genera el casamiento y que no pueden quizás afrontar.

Estas uniones de hecho, como son las concubinarias, constituyen una verdadera familia pero tienen la desventaja de que no cuentan con un régimen normativo que las regule dejando muchas situaciones con incertidumbre que a veces se cometen hasta abusos por parte de uno de la pareja sobre el otro, por ejemplo, en lo relativo a la administración y disposición de los bienes, como también en lo que concierne al derecho sucesorio un tema fundamental. Esta situación se da en aquellas parejas que quizás han estado toda la vida en una relación y al momento del deceso de uno de ellos, la ley no los ampara ni los considera como herederos forzosos, quedando por lo tanto con un daño irreparable que además de sufrir la ausencia de su pareja, de su ser tan querido, se suma el hecho de quedar sin la posibilidad de disponer de sus bienes para su subsistencia y la de su familia.

En el tema que nos atañe, hay pocas leyes que en escasos artículos contemplan solo algunos aspectos del concubinato por ejemplo la ley de contrato de trabajo en su art 248 o la ley 24.241 de jubilaciones y pensiones, etc. También en materia jurisprudencial se han dictado algunos fallos con respecto a ese tema. Pero la realidad y necesidad actual, demuestran que se necesita una ley que contemple todas las situaciones referidas a la unión concubinaria para, dar seguridad a algunas parejas que eligen este tipo de uniones, evitando así recurrir a la analogía del derecho.

La realidad social actual, demuestra que además de las familias que se constituyen a través del matrimonio, existen también otras familias con caracteres similares y que persiguen fines idénticos al matrimonio mismo por lo tanto consideramos una imperiosa necesidad, una ley que regule los distintos aspectos que contiene la relación de hecho.

El presente proyecto lo que pretende es regular las uniones convivenciales, de aquellas parejas que optan por formar de esta manera su hogar, no dejando desamparado a ninguno de los que se acogen a este tipo de relación y eliminando la discriminación que siempre hubo con aquellos que no se unen en matrimonio, y logrando totalmente la igualdad entre todos.

4.2 REGULACIÓN LEGAL DEL CONCUBINATO:

Artículo 1º Definición. El concubinato es la unión de hecho, voluntaria, entre dos personas, independientemente de su condición sexual, siempre que dicha unión presente los siguientes caracteres: estabilidad, permanencia, singularidad, publicidad, notoriedad; cuyos fines perseguidos sean similares al matrimonio.

Artículo 2º Requisitos. La relación concubinaria será reconocida como tal, siempre que los concubinos reúnan los siguientes requisitos:

1. Ser mayores de 18 años.
2. No poseer otra relación de hecho o concubinaria.
3. Inexistencia de impedimentos requeridos para contraer matrimonio, previstos en el art. 166 y siguientes del Código Civil.
4. Relación cuya duración sea no menor a tres años cuando no hayan hijos, y en caso de haberlos, sean naturales, adoptivos o por cualquier otro medio, los efectos comenzarán a partir de la concepción, otorgamiento de la guarda del menor o por cualquier circunstancias que acredite que la pareja ha formado una familia junto a descendientes.

Artículo 3° Impedimentos. La relación concubinaria para que produzca efectos respecto a las partes y a terceros debe estar libre de impedimentos, los cuales son los mismos requeridos para contraer matrimonio, previsto en los arts. 166 y siguientes del Código Civil.

Artículo 4° Régimen legal aplicable al concubinato. Las relaciones entre los concubinos, sean personales o patrimoniales se regirán por la ley del domicilio efectivo, entendiéndose por tal al lugar donde poseen su residencia actual.

Artículo 5° Relaciones Personales. Las relaciones personales entre los concubinos se basarán en la asistencia mutua y en la fidelidad, siendo de cumplimiento desde el inicio de la relación hasta su finalización. El incumplimiento de estos deberes no es causal de disolución, pero sí genera el derecho de percibir una indemnización en caso de ocasionar un daño moral a la víctima, correspondiendo al juez que entiende en la causa intervenir y solicitar que sean probados dichos extremos.

Artículo 6° Cohabitación. Los concubinos tienen el deber de vivir en una misma casa, implicando no solo la convivencia sino además el débito concubinario.

Artículo 7° Domicilio. Los concubinos tienen el derecho y el deber de decidir conjuntamente el lugar de habitación permanente, el cual debe entenderse a los efectos de esta ley, al lugar donde constituirán su residencia familiar.

Artículo 8° Alimentos. Las personas unidas por el vínculo concubinario se deben alimentos recíprocamente desde el momento mismo de la cohabitación como también están obligados a contribuir a la manutención y educación de sus hijos y a los gastos derivados del mantenimiento del hogar concubinario. El deber de prestarse alimentos se mantiene mientras dura la relación concubinaria, salvo los casos del artículo siguiente.

Artículo 9º Alimentos en caso de disolución de la relación concubinaria. La obligación descrita en el artículo anterior cesará en caso de disolución de la relación concubinaria. Excepcionalmente se mantendrá la misma en los siguientes casos:

1. Cuando se acredite una convivencia no menor a tres años.
2. Necesidad económica extrema del otro concubino.
3. En caso de enfermedad grave, demostrado por medio de certificados médicos.

En estas situaciones extremas se deberá acreditar:

1. La imposibilidad de contar con recursos suficientes para satisfacer sus necesidades básicas.
2. La imposibilidad de adquirir un trabajo digno para el sostenimiento de sus necesidades personales.
3. La gravedad de la enfermedad aducida.
4. La posibilidad económicamente por parte del otro concubino.

Artículo 10º Cese de la obligación alimentaria. Acreditada la situación descrita en el artículo 8, la obligación alimentaria cesa por:

1. La muerte de cualquiera de los concubinos, ya que la misma no se extiende a sus herederos.
2. Desaparecer la situación de precariedad.
3. Desaparecer la enfermedad.
4. Incurrir en injurias graves contra el alimentante o su familia.
5. Contraer matrimonio.
6. Entablar una nueva relación concubinaria.

Artículo 11º Requisitos para que el concubinato produzca efectos patrimoniales.

El concubinato entre dos personas para que produzca efectos patrimoniales y quedar sometidos a la presente ley debe cumplir las siguientes condiciones:

1. Ser mayores de 18 años, con independencia de la condición sexual de los mismos.
2. Duración continuada, permanente, estable y notoria por un lapso no inferior a tres años.

3. Registro de la relación ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas.

Artículo 12° Relaciones patrimoniales entre las partes luego de cumplido el plazo de la convivencia. Cumplido el plazo exigido por la presente ley y obtenido el certificado de convivencia, las relaciones patrimoniales entre los concubinos se regirá por lo establecido respecto a la sociedad conyugal prescripto en el Código Civil, en todo lo relativo a los bienes propios y gananciales, disolución y liquidación de los bienes entre cónyuges, como así también respecto de los contratos y sociedades del mismo modo que lo previsto para los cónyuges.

Artículo 13° Negativa a someterse al pacto de convivencia.

Las partes podrán optar de modo expreso, no someterse al régimen de sociedad conyugal en cuyo caso se presumirá que los bienes pertenecen exclusivamente al adquirente, pero optado por el sistema previsto para la sociedad conyugal sus relaciones serán de acuerdo a lo previsto en el artículo anterior

Artículo 14° Modo de acreditación del tiempo de la convivencia. El tiempo de la convivencia será por el tiempo que prevé el artículo 8 inc. 1, el cual se acreditará mediante certificado de convivencia solicitado de modo conjunto ante la autoridad correspondiente.

La convivencia, para que produzca efectos jurídicos entre las partes y respecto de terceros, será el contado a partir de la expedición del certificado solicitado ante las autoridades de acuerdo a los artículos 12 y 13 de la presente ley. El tiempo que hayan convivido con anterioridad al certificado no será computado salvo la existencia de hijos comunes.

Artículo 15° Autoridades ante las que se solicita el certificado de convivencia. Son autoridades habilitadas para la expedición de certificado de convivencia:

1. El responsable del Registro Civil y Capacidad de las Personas encargado de la registración de la unión convivencial.
2. El Juez de Paz letrado correspondiente al domicilio de los concubinos con la presencia de dos testigos.
3. El Escribano Público mediante acta notarial debidamente certificada ante el Colegio de Escribanos correspondiente a la jurisdicción del domicilio concubinal.

Dichas autoridades deberán constatar que no existen impedimentos entre los interesados y los concubinos deberán manifestar la decisión voluntaria de cohabitar de manera conjunta con intención de formar un hogar y una familia.

Artículo 16° Documentación requerida para la expedición del certificado de convivencia. Para solicitar el certificado de convivencia que prueba la intención de cohabitar se requiere:

1. Partida de nacimiento de ambos concubinos.
2. Sentencia de divorcio en caso de que alguno hubiere estado casado.
3. Presencia de dos testigos, los cuales no podrán ser familiares de los interesados.
4. La declaración de que ninguna de las partes se encuentra afectada a prohibición alguna de la ley.

Artículo 17° Relaciones patrimoniales entre las partes antes de cumplido el plazo de la convivencia. Las relaciones patrimoniales entre las partes antes de alcanzar los tres años exigidos por la ley se registrarán del siguiente modo:

1. Cada uno de los concubinos es dueño de los bienes que adquiriera a título oneroso, como también de los que adquiriera por herencia, donación o legados.
2. Los concubinos pueden celebrar donaciones entre ellos las que podrán ser revocadas por las siguientes causas:
 - a) Cuando el donatario ha atentado contra la vida del donante o su familia.
 - b) Cuando le ha inferido injurias graves en su persona, honor y su familia.
 - c) Cuando le ha negado alimentos.
 - d) Cuando ha mediado abandono unilateral de la relación por parte del donatario.

3. Pueden celebrar entre ellos todo tipo de contratos y sociedades.
4. Cada una de las partes responde por sus propias deudas que contraiga personalmente.
5. En caso de disolución de la unión concubinaria por cualquier causa, cada uno de los concubinos es propietario de sus propios bienes y responde personalmente por sus propias deudas.
6. En caso de disolución de la unión concubinaria sin que se haya completado el plazo de tres años y el inmueble en que está constituido el hogar familiar es de uno de los concubinos el juez decidirá cuál de ellos deberá permanecer en el cuando hayan menores. En caso de que el inmueble se haya adquirido en forma conjunta con aporte de ambos, los interesados deberán acreditar por cualquier medio el aporte que hizo y en la cantidad, el cual será dividido en proporción al aporte siempre que no existan hijos comunes, en cuyo caso será el juez quien determine el otorgamiento del hogar conyugal, y las situaciones previstas en el artículo 8 segunda parte.

Artículo 18° Deudas de los concubinos. Cada concubino responde ante terceros por sus propias deudas salvo que medie el consentimiento por escrito de su concubino en tal circunstancia ambos son solidariamente responsable de tales deudas. Si la deuda es contraída en beneficio o para el sostenimiento del hogar concubinario ambos son responsables. Solo se responde con los frutos de sus propios bienes.

Artículo 19° Prueba del concubinato. El concubinato puede probarse por cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal siempre que exista principio de prueba por escrito, no valiéndose como prueba únicamente la prueba testimonial o confesional.

Artículo 20° Descendencia común. Cuando los concubinos tuvieren descendencia común, el plazo de tres años exigidos por la ley, se reducirá al momento de la concepción, otorgamiento de la guarda del menor o por cualquier circunstancia que acredite que la pareja ha formado una familia junto a descendientes.

Artículo 21° Parentesco. El concubinato hace surgir el parentesco por afinidad.

Artículo 22° Derechos sucesorios. Los concubinos recíprocamente luego de cumplido el lapso de 3 años que exige la ley o en caso de que tengan descendencia en común, según el tiempo de la concepción, son herederos forzosos aplicándose lo relativo a la sucesión del cónyuge.

Artículo 23° Derecho real de habitación. El concubino sobreviviente tiene derecho real de habitación y usufructo sobre el inmueble en que se constituyó el hogar familiar y cesa en caso de contraer matrimonio, entablar una nueva relación concubinaria o si se produce la muerte.

Artículo 24° Adopción. Los concubinos que hayan cumplido los 3 años exigidos por la ley podrán adoptar conjuntamente, debiéndose cumplir con lo dispuesto para la adopción prevista en el Código Civil.

Artículo 25° Disolución. La relación concubinaria se disuelve por:

- 1- Muerte de cualquiera de los concubinos,
- 2- Ausencia con presunción de fallecimiento,
- 3- Decisión unilateral de alguno de los concubinos,
- 4- Decisión conjunta,
- 5- Contraer matrimonio con tercera persona,
- 6- Contraer matrimonio ambos,
- 7- Entablar una nueva relación concubinaria.

Artículo 26° Comuníquese.

CONCLUSIONES

4.3 CONCLUSIONES

Como se ha venido desarrollando en este trabajo final, se observa la falta de legislación sobre el concubinato, lo que ha dado lugar durante mucho tiempo al reconocimiento de situaciones que no han tenido regulación pero sí han tenido consecuencias importantes por el hecho de existir y de generar consecuencias jurídicas.

La relación concubinaria es una relación de hecho entre personas que deciden vivir juntas y que por distintos motivos no quieren contraer matrimonio. Si es que anteriormente lo hicieron por adolecer de un impedimento legal o por no querer asumir el compromiso ante la ley. A su vez, también debe contemplarse las situaciones que se generan a partir de ahí, como es el tema de los bienes y respecto de los concubinos entre si, ya que ellos al decidir una vida en comunión y al no estar regulado quedan desamparados en algunas situaciones que se pueden presentar.

Muchas personas temen al compromiso, pero esto carece de importancia cuando más allá del temor generan situaciones que al no estar legisladas, se piensa, que no poseen consecuencias. De lo anterior se deriva, que si no resulta la “unión presente” para una persona, ésta se puede volver a “juntar” con otra persona y así indefinidamente, pero ¿qué sucede con los bienes? y ¿qué sucede con el otro concubino que se vio afectado por la ruptura?

Como se ha expuesto precedentemente, este tipo de relaciones provienen de la antigüedad y siempre han causado conflictos por su falta de regulación. Existen países que han legislado sobre el casamiento y el concubinato, subsistiendo ambas regulaciones sobre un mismo tema, “la vida en común”. En Argentina, su falta de norma ha llevado a que la Jurisprudencia reconozca poco a poco derechos que no se los registraban y que usando la analogía, se haya aplicado lo relativo al matrimonio en situaciones que lo han requerido. Como ejemplo de tales situaciones, se puede mencionar, el reconocerle a la concubina el derecho de reclamar alimentos, lo concerniente a la vivienda, el obtener beneficios sociales y así muchos derechos que hoy por hoy son considerados pero de modo disperso.

Lo que se pretende es que se regule la relación concubinaria como el matrimonio, ya que es necesaria para asegurar a las partes el hecho de que si son abandonadas/os no queden desprotegidos solo por la irresponsabilidad de no asumir un compromiso y cumplirlo.

La regulación que se pretende, llenaría un espacio legal vacío, de modo externo, pero con reconocimiento de derechos. Los mismos, que actualmente son distribuidos en leyes que han sido aplicadas tomando su aspecto general, es decir sin limitarse a la letra de la ley para poder dar soluciones a las situaciones que a diario se presentan. Lo anterior es consecuencia, del desconocimiento de derechos que generalmente recae sobre el concubino que no dio lugar a la separación y que de buena fe asintió la convivencia convencido de que sería para siempre.

Con una ley se puede dar seguridad a las partes, pues la misma proveerá de soluciones ante una situación de conflicto. Por ello, la persona que pretenda dejar de lado los derechos reconocidos, será sancionada al pago de daños producidos en la otra pareja.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA:**Bibliografía General:**

- ✓ BELLUSCIO, Augusto C. “*Manual de Derecho de Familia*”. T I, Ed. Astrea Bs. As. 2004.
- ✓ BORDA, Guillermo. “*Tratado de Derecho Civil Familia*”. Ed. Abeledo-Perrot. Tomo I. 1993.
- ✓ BOSSERT G, ZANNONI E. “*Manual de Derecho de Familia*”. Ed. Astrea Bs. As. 2004.
- ✓ MÉNDEZ COSTA, M, FERRER, F, D'ANTONIO, D. “*Derecho de Familia*”. Tomo I, Ed. Rubinzal Culzoni. 2008.
- ✓ SPOTA, Alberto G. “*Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia*”. T II, Ed. Depalma. Vol. IV, 1990.
- ✓ YUNGANO, Arturo N. “*Derecho de Familia (Teoría y Práctica)*”. Ed. Macchi. Bs. As. 1970.

Bibliografía Especial:

- ✓ BONNECASE, Julien, “*La filosofía del Código Napoleón aplicada al Derecho de Familia*”, tr. de José M. Cajica, México. Cajica. 1945.
- ✓ BUSSO, Eduardo. “*Código Civil Anotado*”.Ed. Editar. Bs. As. 1945.
- ✓ CÓDIGO CIVIL DE LAS ISLAS FILIPINAS, Art. 52, Año 1942.
- ✓ CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL, Art. 44 II párr. Ley 13/2005.
- ✓ CONCILIO VATICANO II 7/12/1965.
- ✓ CONSTITUCIÓN DE FRANCIA, Tít. II, art. 7º, “La loi ne considere le mariage que comme un contrat civil”. Año 1791.
- ✓ FUKUYAMA, Francis. “*La Gran Ruptura*”. Ed. Atlántida. Bs. As.1999.

- ✓ GAFO, Javier. “*Nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, Ética y Derecho*”. Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas. Madrid, España. Año 1986.
- ✓ GONZÁLEZ, Joaquín V. “*Manual de la Constitución Argentina*”. Ed. Estrada.1898.
- ✓ LAFAILLE, Héctor. “*Curso de derecho de familia*”. Biblioteca Jurídica Argentina. Bs. As. 1930.
- ✓ MEDINA, Graciela. “*Daños en el Derecho de Familia*”. Ed. Rubinzal-Culzoni Editores. 2002.
- ✓ RENARD, Georges. *La théorie de l'institution*. Paris, 1930. L'institution, Paris.1933.
- ✓ SILVA SILVA Hernán. “*Medicina legal y psiquiátrica forense*”.Ed. Jurídica de Chile. 1991.
- ✓ YUNI, José A. y URBANO, Claudio A. “*Recursos Metodológicos para la Preparación de Proyectos de Investigación*”. Ed. Brujas.2003.

Documentos Consultados Vía Web:

- ✓ ALCOBERRO, Ramón, “*El debate sobre la eugenesia*”, <http://www.alcoberro.info/pdf/bioetica2.pdf>.
- ✓ KRASNOW, Adriana N, “*El Régimen Patrimonial del Matrimonio en el derecho comparado. Caracterización del régimen vigente en el derecho argentino*”, <http://portal.uexternado.edu.co/irj/go/km/docs/documents/UExternado/pdf/revistaDerechoPrivado/RDP%2017/AdrianaKrasnow.pdf>
- ✓ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA Vigésima segunda edición. <http://lema.rae.es/drae/?val=concubinato>

- ✓ DERECHO COMPARATIVO DEL RÉGIMEN SUCESORIO DEL CONCUBINO EN IBEROAMÉRICA, “*Derecho comparativo del Régimen de la sucesión del concubino en Argentina, Chile, España, Guatemala, México, Uruguay y Paraguay*”.
<http://abogado-oscar-galeano.blogspot.com.ar/2011/02/derecho-comparativo-del-regimen.html>
- ✓ REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, “*Anteproyecto del nuevo Código Civil y Comercial unificado. Principales puntos de la reforma*”, 27/12/2012.
<http://www.codigocivil.argentina.ar/notas/C1-anteproyecto-del-nuevo-codigo-civil-y-comercial-unificado.php>
- ✓ BELLUSCIO, Augusto César “Ley del Matrimonio 26.618”
<http://www.grupolegal.com.ar/shop/detallenot.asp?notid=163>

Legislación:

- ✓ PROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL.
- ✓ CÓDIGO CIVIL Y CÓDIGO CIVIL COMENTADO.
- ✓ LEY 1.004. UNIÓN CIVIL.
- ✓ LEY 16.668. LEY DE CERTIFICADO PRENUPCIAL FEMENINO.
- ✓ LEY 23.091. LEY DE LOCACIONES URBANAS.
- ✓ LEY 23.660. LEY DE OBRAS SOCIALES A NIVEL NACIONAL.
- ✓ LEY 24.193. TRASPLANTE DE ÓRGANOS Y TEJIDOS.
- ✓ LEY 24.241. SISTEMA INTEGRADO DE JUBILACIONES Y PENSIONES.
- ✓ LEY 24.417. LEY DE PROTECCIÓN CONTRA LA VIOLENCIA FAMILIAR.
- ✓ LEY 24.577. RIESGO DE TRABAJO.
- ✓ LEY 6.542. PREVENCIÓN CONTRA LA VIOLENCIA FAMILIAR EN LA PROVINCIA DE SAN JUAN.

Fallos Consultados:

- ✓ C.N.CIV. “*Parera Beatriz Susana c/ Culaciati Miguel Juan S/disolución de sociedad*” 5/11/91 C.077140.
- ✓ C.N.Civ., en pleno, 4-4-95, J. A. 1995-11-201. 260.
- ✓ SCBA, 17/2/98, JA, 1998-IV-182.
- ✓ C. NAC. DE A. D TRABAJO. BLANCO, NORMA c/ CASIRAGHI HNOS. SA s/ INDEMNIZACIÓN POR FALLECIMIENTO Expediente: 80545 Sala II 27/02/97.
- ✓ C.C.COM. DE SANTA FE, sala 11, 3-12-62, J. A. 1965-11-453.
- ✓ C.C.CORN. DE ROSARIO, sala 11, 13-6-47, Rep. Santa Fe 16-53: sum. en Rep. L. L., t. X (1948), p. 774, N 9.
- ✓ CNCI A, CAPITAL FEDERAL, 9-8-1996 CARATULA: G., H. A. y otros c/ R., C. Z.
- ✓ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA. RAWSON, CHUBUT. Sala CIVIL (*Norberto Bianco-Julio Ruiz-Manuel Garasino*) R., A. c/ Sucesión de B., D.R. s/ Juicio Ordinario SENTENCIA del 31 de Mayo de 1971.
- ✓ C.N.Civ. Sala C, E.D.66-254). GIARDULLI R., D.E. c/F., L.G. s/DISOLUCION DE SOCIEDAD 8/06/94 C. L04687 Civil - Sala L.
- ✓ C.N.Civ., sala C, 3-3-98, "B., H. Z. c/C., R. E. H.", L. L. 1999-C-366, con nota de FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y HERRERA, Micaela, *Efectos jurídicos de las uniones de hecho. Responsabilidad por su ruptura.*

Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	SILVANA, EUGENIA VARGAS
E-mail:	sil_euge@hotmail.com
Título de grado que obtiene:	ABOGADA

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	REGULACIÓN LEGAL DEL CONCUBINATO
Título del TFG en inglés	CONCUBINAGE LEGAL REGULATION
Tipo de TFG (PAP, PIA, IDC)	PROYECTO DE INVESTIGACIÓN APLICADA
Integrantes de la CAE	CARLOS VILLANUEVA ,SILVINA ALEJANDRA ROSSI
Fecha de último coloquio con la CAE	05 DE ABRIL DE 2013
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	REGULACIÓN LEGAL DEL CONCUBINATO, PIA,PDF.

Autorización de publicación en formato electrónico:

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (Marcar con una cruz lo que corresponda)

Autorización de Publicación electrónica:

- Si, inmediatamente.
 Si, después de....Mes(es).....meses.
 No autorizo.

 Firma del alumno