

**MATRIMONIO: Respuesta a las uniones estables en el Derecho Comparado y en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial (Libro II - Título III).-**

En medio de la dinámica con que se desenvuelven las relaciones familiares en la hora actual no quise dejar pasar por alto el tema, luego de conocerse el anteproyecto de Código Civil y Comercial para nuestra Nación, tal como había sido elaborado por la Comisión creada al efecto. Sobre todo por la expectativa creada en torno al reconocimiento y regularización de algo que caía como de maduro.

No pudiendo soslayar una apretada historia de antecedentes, comencare por decir que entre nosotros hasta hoy no están reconocidas con entidad jurídica generadora de derechos, las uniones de hecho, uniones estables, relaciones de hecho o como las queramos llamar; en muchos casos vulgarmente calificadas de concubinato.

Sabemos que el trato que se le da a los integrantes de esa relación no es el de esposos, cónyuges, ni convivientes, mas allí que en la vida publica de relación ninguno exhiba documentos demostrativos de su estado civil.

Esto podríamos aceptarlo generosamente con un sentido amplio, pero no sucede lo mismo cuando existen bienes a nombre de uno solo de los integrantes de la relación, adquiridos luego de establecida la misma. Nuestra jurisprudencia es taxativamente adversa a reconocer derechos a quien no es titular de los bienes o no puede acreditar haber efectuado los aportes para la compra del o los mismos.

Entonces se presenta una situación que reiteradamente he referido por causar cierta hilaridad, no compatible con las realidades a que el derecho y la aplicación del mismo por los jueces debe servir. Uno de los integrantes de la relación ha asumido el rol de llevar a cabo los negocios familiares, comprando, vendiendo, etc., mientras el otro atiende las tareas del hogar, cuida niños, etc. etc. En el caso de producirse una ruptura no tiene como satisfacer el requisito de la jurisprudencia; acreditar aportes. Pero entonces no podemos dejar de preguntarnos: ¿Cómo hace quien participa de una relación signada no tan solo por cuestiones económicas,

*sino también de sentimientos y afectos para documentarse que también aporte para el crecimiento común?* No tiene generalmente como, a no ser que cayéramos en el absurdo de exigir que se vivan solicitando comprobantes recíprocos de lo que cada uno adquirió, por las dudas que en algún momento surja un conflicto. Entendemos realmente incomprensible; pero es nuestra realidad.

Debe destacarse que aunque en minoría, diversos órganos judiciales de la Nación han opinado lo contrario, entendiendo que la convivencia genera derechos, pues no se trata tan solo de una relación económica o de una simple sociedad de hecho, sino también de una relación presidida inicialmente por afectos y sentimientos.

Luego de la tan proclamada política antidiscriminatoria del estado (matrimonio igualitario, identidad de genero, etc. etc.) creo que muchos esperábamos ansiosamente en el ANTEPROYECTO DE CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION, terminara con el vacío legislativo, que no era otra cosa que un *vacío discriminatorio*. Creo que no lo logro acabadamente, como ya se vera.

Esta ansiosa espera, como acabo de expresar, no era infundada ni fruto de un simple voluntarismo. Había variadas señales para albergar esperanzas.

Sobre todo teniendo en cuenta las Constituciones Nacionales y los Códigos Civil que citare a continuación.

Entre nuestros vecinos del MERCOSUR o fuera del; el **PARAGUAY** resguarda la unión estable del hombre y la mujer; **“CAPÍTULO IV DE LOS DERECHOS DE LA FAMILIA (Constitución Nacional) Artículo 49 - DE LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA** La familia es el fundamento de la sociedad. Se promoverá y se garantizará su protección integral. ***Esta incluye a la unión estable del hombre y de la mujer***, a los hijos y a la comunidad que se constituya con cualquiera de sus progenitores y sus descendientes”.

El Código Civil también aquí recoge el mandato constitucional y establece: “Art.217.- La unión extramatrimonial, pública y estable, entre personas con capacidad para contraer matrimonio, producirá los efectos jurídicos previstos en este Capítulo”.

En cuanto a los posibles derechos hereditarios nada dice, pero si garantiza otros frente al fallecimiento de uno de los miembros:

Art.223.- El supérstite en las uniones de hecho, gozará de los mismos derechos a las jubilaciones, pensiones e indemnizaciones debidas al difunto que corresponderían al cónyuge.

**BOLIVIA** por su parte le ha dedicado especial atención a la unión estable (en su Constitución Nacional) “Artículo 63. I. El matrimonio entre una mujer y un hombre se constituye por vínculos jurídicos y se basa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges. II. *Las uniones libres o de hecho que reúnan condiciones de estabilidad y singularidad, y sean mantenidas entre una mujer y un hombre sin impedimento legal, producirán los mismos efectos que el matrimonio civil*, tanto en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes como en lo que respecta a las hijas e hijos adoptados o nacidos de aquéllas”.

En este país el conviviente tiene los mismos derechos que el cónyuge:

**Artículo 1108.- (SUCESION DEL CONVIVIENTE EN LAS UNIONES CONYUGALES LIBRES)**

Las uniones conyugales libres o de hecho reconocidas por la Constitución Política del Estado y el Código de Familia, producen respecto a los convivientes, *efectos sucesorios similares a los del matrimonio*.

La Republica del PERU, tampoco se quedo atrás en esta realidad: “**Artículo 5°.-** (Constitución del Perú) *La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes* sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”.

Respecto a la posible vocación hereditaria de los convivientes no se expresa, concediendo en su lugar otros derechos:

**Artículo 326°.- Efectos de uniones de hecho**

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 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 ultimo 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.

Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido.

**VENEZUELA** que integra este bloque continental también hizo su parte: **“Artículo 77. (De la Constitución Venezolana) Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, el cual se funda en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges. *Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio*”.**

Fuera del mandato constitucional este país no recoge en su Código Civil el instituto de la “unión estable”, pero por vía indirecta la protege a los integrantes a partir del Código Civil.

Artículo 823.- El matrimonio crea derechos sucesorios para el cónyuge de la persona de cuya sucesión se trate. Estos derechos cesan con la separación de cuerpos y de bienes sea por mutuo consentimiento, sea contenciosa, salvo prueba, en ambos casos, de reconciliación.

Ergo, si la unión estable esta equiparada al matrimonio (Art. 77 de la Constitución), por aplicación del Art. 823 del Cód. Civil también están implícitos los derechos sucesorios.

Y finalmente, dentro Sud América, **BRASIL** ha sido pionero en la materia, en su Constitución de 1988, aquí traducido, expresa: “Art. 226. La familia base de la sociedad, es objeto de especial protección por el Estado. 1° El matrimonio es civil y su celebración es gratuita. 2° El matrimonio religioso tiene efecto civil, en los términos de la ley. 3° A efectos de la protección por el Estado, ***se reconoce la unión estable entre el hombre y la mujer como entidad familiar***, debiendo la ley facilitar su conversión en matrimonio”.

En el Código Civil del Brasil, el Art. 1723 toma el mandato constitucional diciendo: “Es reconocida como entidad familiar la unión estable entre el hombre y la mujer, configurada por la convivencia pública, continua y duradera y establecida con el objeto de constitución de familia”. Y como para que no queden dudas que la equiparación es plena en el Art. 1790 establece: “*La compañera o el compañero participara de la sucesión del otro*, en cuanto a los bienes adquiridos onerosamente en la vigencia de la unión estable, en las condiciones siguientes:...(aquí enumera los distintos supuestos de concurrencia con ascendientes, descendientes, etc.)”.

Si estos países que acabo de citar tienen equiparada la “unión estable” de un hombre y una mujer, al “matrimonio”, reconociendo algunos de ellos hasta la vocación hereditaria recíproca; es de imaginar lo que legítimamente cabía esperar del citado proyecto argentino, elaborado por la Comisión Reformadora, cuando nosotros en Argentina estábamos un paso mas adelante en cuanto a la inclusión que aquellos países. Esto es el “matrimonio igualitario” establecido por la ley 26618.

Pero contra la expectativa mía, seguramente de muchos más; el deseo o el sueño (como quiera llamársele, no se cumplió).

Desde de el 1 de enero de 1871 con la vigencia de nuestro Código Civil es infinito lo que se ha acumulado de doctrina y jurisprudencia. Pero no es menos cierto que la evolución de la sociedad a nivel global ha marcado otros rumbos, como expresé recientemente. Entonces no era posible pensar en otra cosa que no fuera que en el proyecto de nuevo Código Civil y Comercial se incorporaba esta “unión estable”. Pese a no tener una norma expresa en nuestra Constitución Nacional, no había impedimento para ello, máxime

cuando nuestra Ley Fundamental no sanciona derechos y garantías con sentido de “tope o limitación”, sino de enunciación.

Llegamos al anteproyecto que trata el tema con otra metodología. Las llama “UNIONES CONVIVENCIALES” y las legisla (libro II - Título III) a partir del Art. 509.

Reconoce las uniones basadas en relaciones afectivas, con un proyecto de vida en común, para ser reconocidas no deben mediar los ya conocidos impedimentos “dirimentes”. De los impedimentos “impedientes” no expresa nada el anteproyecto.

Continúa regulando la registración de esa llamada “unión convivencial”, pero aceptando que a falta de ella puede acreditarse por cualquier otro medio (Art. 512). Prevé los pactos de convivencia, con amplia preponderancia en aspectos económicos; aunque aclara que “los convivientes” se deben asistencia durante la convivencia.

Y continuando con esta atención de los aspectos económicos, provee una compensación económica al cese de la convivencia, a favor del integrante de la relación que sufra un empeoramiento manifiesto de su situación económica (Art. 524), luego se refiere a la atribución de la vivienda que fue sede de la “unión convivencial”, teniendo en cuenta quien tiene a su cargo el cuidado de los hijos menores o discapacitados, o si se acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata (Art. 526). Pero he aquí lo curioso de esta atribución de vivienda “El juez debe fijar el plazo de atribución. El plazo no puede ser mayor al que hubiera durado la convivencia, con un máximo de DOS AÑOS a contar desde que se produjo el cese de la convivencia”.

En caso de muerte al que se llama “conviviente supérstite”, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de DOS años. Y como corolario final, a falta de pacto, los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron (Art. 528).

En un primer momento hasta pensé que el tema hereditario del “conviviente supersite” estaría tratado al referirse a las sucesiones; pero no solo no fue así, sino que al referirse al cónyuge, se cuidó muy bien no mencionar al que fuera en vida “conviviente” o “conviviente supersite”. Es

decir -media en el proyecto- la clara voluntad de excluirlo de todo derecho hereditario, pues esta omisión del “conviviente supersite” no se da en otros pasajes del proyecto (Art. 67 in fine, Art. 250, Art. 255 inc. a, Art. 433 in fine, Art. 434 penúltimo párrafo, Art 523, inc. c, Art. 602, Art. 603, 604, etc. etc.).

Queda claro que mientras en muchos aspectos se tratan temas del matrimonio y la “unión convivencial” como de análoga o similar identidad, en el orden sucesorio no se ha efectuado referencia alguna.

Teniendo en cuenta lo que ya he venido estudiando y opinando sobre el tema<sup>1</sup>; del proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial extraigo como positivo (en el aspecto que nos ocupa) que se elimina la palabra denostatoria de “*concubino/a*” (que no es poco decir) para cambiarla por la de “conviviente”. Pero me parece que no se cumple la finalidad “*igualitaria*” y de “*inclusión*” amplia de los integrantes de la “unión convivencial” al no mediar una equiparación plena con el matrimonio, singularmente en cuanto a la vocación hereditaria recíproca.

Y esto tampoco es un tema menor, pues aquí están en juego inicialmente las personas, y no los bienes, en una relación que por ser precisamente de individuos debe estar alejada de todo sentido utilitario o de descarte.

Si se acepta la “unión estable” o la “unión convivencial” (como la llamaremos nosotros), el paso por el Registro Civil (o la ausencia del mismo) no puede validamente cambiar los derechos y expectativas de los integrantes.

Reitero una vez mas, como cuestión sin respuesta: “en países del bloque continental antes citados al reconocer y legislar la “unión estable” de un hombre y una mujer se la equipara al matrimonio. Algunos de ellos van sanamente mas lejos, al reconocer la vocación hereditaria recíproca. Nosotros que dimos un paso adelante y legalizamos el matrimonio igualitario, no equiparamos a la “unión estable” al matrimonio, ni en los derechos hereditarios” ¡ Yo, no encuentro explicación.

---

<sup>1</sup> La Familia, su salud y las drogas, (Págs. 13 a 45) Edit. Dunken – noviembre 2009 – Rajoy Norberto José

Este muy breve análisis, con un sentido de aproximación que impone como primer objetivo este trabajo, lleva a múltiples y variadas conclusiones (por lo menos a mí), que paso a compartir:

1.- En el derecho comparado se asimila a las uniones estables, con el matrimonio. Por ende generan entre los componentes los mismos derechos y obligaciones en cuanto a sus relaciones, con los hijos, y con los bienes.

2.- Los esposos tienen vínculo hereditario, los integrantes de la “unión convivencial” (en el proyecto argentino), no.

3.- La única diferencia que existe entre matrimonio y unión estable, por lo menos entre los que abrieron surco antes que nosotros, radica en el elemento constitutivo o punto de partida (digamos legal, pero no el afectivo que se supone idéntico), pero no en el desenvolvimiento futuro de la relación familiar.

4.- Entre nosotros -en el proyecto- la diferencia unión estable con matrimonio, no solo radica en el medio constitutivo de la relación, sino en su proyección futura, y durante toda la vigencia del vínculo; también después del mismo.

5.- El conviviente esta realmente desprotegido -literalmente comparado con el cónyuge- en cuanto a la atribución de la vivienda (llamémosle “convivencial”) al fijar plazos tope de hasta dos años por ejemplo, para el uso de la misma.

6.- Luego de estas consideraciones no quedan dudas que matrimonio heterosexual o el igualitario confiere mayores derechos que la “unión convivencial”. Consecuentemente *no hay inclusión*.

7.- Si el propósito tan pregonado es la “no discriminación”, no cabe duda que en la unión convivencial (de personas de diferente o igual sexo, Art. 509), pareció no tener vigencia y están, o siguen todos discriminados; por el diferente tratamiento que se le pretende asignar en comparación con el matrimonio. Esto me trae a la mente un icono de nuestra cultura popular “Vivimos revolcaos en un merengue y en el mismo lodo todos manoseados”.

8.- En nuestro derecho positivo, hasta hoy la unión estable, la unión de hecho, o la convivencia no tienen protección jurídica, como se sabe. Pero para una tímida jurisprudencia la demostración de aportes comunes da la expectativa -por lo menos- de acreditar la sociedad de hecho, no digamos una relación afectiva, por más que la misma exista. Pero con la “unión convivencial” que trata el anteproyecto, creo que lejos de mejorar la situación actual, la empeora. Literalmente, así de simple. Aunque naturalmente debe reconocerse el merito de eliminar la palabra “concubino/a”, la que con solo cotejarse en el diccionario de nuestra lengua española deja al descubierto lo denostatorio del termino (ver nota de pie de pagina N° 1). O más precisamente una típica “violencia de género” psicológica, con fundamento en las expresiones o adjetivos calificativos.

9.- Estas “uniones convivenciales” (en el Proyecto de la Comisión) están mas caracterizadas por un vinculo económico acotado, que por un vinculo afectivo, con la trascendencia que el mismo tiene.

10.- Desde ya que no existe -prevista en el proyecto- vocación hereditaria reciproca, al no tener un trato equiparable al matrimonio.

11.- La respuesta a una realidad innegable; la de los vínculos de hecho, se da de una manera muy limitada, por no decir mezquina. Me queda la sensación que los integrantes de un matrimonio no son iguales en el trato, con los integrantes de una “unión convivencial”. Y esto en derecho sinceramente cuesta aceptarlo; si creemos que el derecho esta al servicio de las personas y de la justicia.

12.- Pero de algo estoy muy seguro -mas allá de lo opinable que es el mundo del derecho-, no logramos equipararnos, parecernos, ni igualar a los que legislaron antes sobre el tema, *sin limitaciones y con un espíritu amplio de comprensión y abarcamiento*. Seria un poco como expresar que no estamos a la altura de las circunstancias.

Si el propósito del proyecto de unificación de la legislación civil y comercial fue entre otros, buscar *la simplicidad, la igualdad, la inclusión, con efectos totalizadores*; no me cabe duda que ese anhelo no esta hasta hoy acabadamente logrado.

Me atrevo a pensar de esta manera pues entiendo que una relación de este tipo (sea heterosexual, o igualitaria), no puede ser ponderada tan solo en los aspectos materiales y económicos. Cuando existen comprometidas personas, con todo lo que ello significa, desaparece toda idea especulativa o de manipulación, pues ninguna persona es un bien de cambio o de consumo. Parece obvio que el que no lo crea así, puede constituir otras relaciones asociativas, pero no de índole familiar (sea legalmente, o de hecho), con lo que ellas significan.

Solo me resta buscar una respuesta que no puedo hallar: *¿Qué nos pasa a los argentinos que nos cuesta tanto hablar de familia, sin estructurarla en función de la forma en que nació o se fundo la misma?* Sinceramente no se que nos pasa, pero lo que hasta hoy se hace; discrimina -aunque no sea el deseo-. Y debo aclarar que esta no es una cuestión meramente religiosa. Reconozco al matrimonio, no tan solo como instituto del derecho civil, sino también como sacramento para los católicos; pero no me atrevo a pensar que los que no son católicos; o los que siéndolo no quieren casarse, no tengan también la entidad de personas, con los mismos derechos y obligaciones que una sociedad civil debe garantizar.

Es de esperar que frente a estos reparos, que trato de difundir, se impondría que el tema tenga el debido análisis, debate y consenso no tan solo político, sino social con la opinión de los mas diversos sectores comprometidos de nuestra sociedad, antes de convertir en ley este anteproyecto.

Esto me hace suponer que si el proyecto se sanciona tal como esta diagramado, en este aspecto dará lugar a mas de un planteo de inconstitucionalidad, por afectar varias garantías de nuestra Constitución Nacional y tratados; especialmente la de igualdad ante la ley (Art. 16, 75, inc. 22º y concs. de la C. Nacional) que se supone no son un mero adorno gramatical<sup>2</sup>.

Norberto José Rajoy (abogado)

---

<sup>2</sup> Hecho e depósito que marca la ley 11.723.

