
LAS UNIONES CONVIVENCIALES EN EL DERECHO PROYECTADO ARGENTINO

¿SERÁ LO MISMO CASARSE QUE NO CASARSE?

Mariel F. Molina de Juan.¹

“El Proyecto de Reforma es como un escenario en el que se dejó subir a personas con distintas visiones de cómo vivir, cuando antes sólo podían hacerlo quienes respondían a conductas impregnadas de valores tradicionales conservadores, que excluían a muchas personas que querían vivir de otras maneras.”²

RESUMEN

Las uniones convivenciales constituyen una forma de organización familiar cada vez más difundida en Argentina, no obstante lo cual, el derecho vigente adolece de una regulación adecuada.

El Proyecto de Código Civil y Comercial, enfocado desde el paradigma constitucional de los derechos humanos, incorpora una propuesta normativa diferenciada del matrimonio, que respeta la autonomía personal de los convivientes al tiempo que tutela los derechos esenciales de quienes optaron por esta forma de organización familiar. Propone una regulación parcial y equilibrada que propicia la celebración de pactos para acordar los efectos de la vida en común, pero establece un núcleo mínimo de garantías anclado en la responsabilidad familiar que se erige como régimen primario inderogable.

PALABRAS CLAVE

Uniones convivenciales. Matrimonio. Derechos humanos. Autonomía Personal. Igualdad. Responsabilidad familiar.

ABSTRACT

Domestic partnerships have become increasingly widespread as a family structure in Argentina although the law in force does not provided appropriate rules for this situation.

The proposed Civil and Commercial Code, on the basis of constitutional human rights, includes a proposal: an institution different from marriage. Domestic partnerships respect personal autonomy of individuals who decide to live together while protecting their fundamental rights. This proposal suggests implementing a partial and balanced law encouraging partners to conclude agreements determining the rules of living together. In addition, it establishes a minimum level of protection based on family responsibility- inherent to the system.

KEY WORDS

De facto marital unions. Marriage. Human Rights. Personal Autonomy. Equality. Family Responsibility.

¹ Abogada, Doctora en Derecho Universidad Nacional de Cuyo, Investigadora Universidad Nacional de Cuyo; Colaboradora en la Reforma de Código Civil 2012 para la redacción del libro de las Relaciones Familiares, marielmolina@estudiojuan.com.ar.

² Kemelmajer de Carlucci, Aída - 2012.

A MODO DE INTRODUCCIÓN

Desde hace ya varios años se ha instalado en Argentina una encendida discusión sobre la conveniencia o inconveniencia de que el ordenamiento jurídico se ocupe de las uniones convivenciales y organice un plexo normativo que sistematice sus efectos jurídicos de forma más o menos completa.

Debe recordarse que el Código Civil vigente prácticamente ignora esta forma de organización familiar,³ que en cambio tiene cierta presencia en aquellas ramas del derecho vinculadas a situaciones de vulnerabilidad (seguridad social, derecho laboral, violencia familiar, etc.). A pesar de ello, o tal vez, *a causa* de ello, es bastante común que las personas que integran estas uniones crean que tienen más derechos de los que en realidad gozan. Sea porque se les reconozca derecho a pensión, o porque acceden a una indemnización por muerte del trabajador que era su compañero, o por otras causas instaladas en el “imaginario colectivo”, suelen pensar que la ley les confiere derechos patrimoniales

derivados del esfuerzo común (análogos a los emergentes de la sociedad conyugal), que pueden reclamar alimentos luego de la ruptura de la unión, o que tienen derecho a la protección de la vivienda familiar y a permanecer en ella si tienen hijos menores a su cargo.⁴

Como respuesta al interrogante planteado, el debate ha discurredo entre dos posiciones claramente antagónicas.

Por un lado están quienes literalmente *se espantan* frente a toda propuesta de normativización de sus efectos, entendiéndolo que la unión afectiva de los que pueden casarse pero no quieren hacerlo manifiesta una indudable voluntad de no someter al derecho su relación íntima, y que por lo tanto, la intención de juridificarla revelaría una grave incongruencia y un serio atentado contra la autonomía de las personas.

Del otro lado, los que se adhieren a la necesidad de regularlas, sostienen que el sistema de derechos humanos vigente impone una revisión de aquellos viejos postulados filosóficos y jurídicos

que sustentaban la posición abstencionista. Argumentan que el paradigma de los derechos fundamentales que impone redefinir todo el orden normativo interno argentino, ofrece los principales lineamientos para contener y proteger, de algún modo estas relaciones familiares,⁵ y que el verdadero sentido de la protección de las libertades fundamentales de los convivientes no pasa por una omisión legislativa que desconozca el fenómeno, sino muy por el contrario, por la presencia de un derecho coherente y equilibrado que armonice los principios involucrados.

En estos tiempos, el debate adquiere una nueva impronta por los vientos de cambio que están soplando con fuerza en el mundo jurídico argentino. El derecho privado vigente se ha sometido a una profunda revisión y en muchos casos, a una riquísima reformulación. En el año 2011 la Presidencia de la Nación encomendó a una Comisión de encumbrados juristas -integrada por los Doctores Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci - la loable tarea de diseñar

³ Debe tenerse presente que el Código Civil Argentino originario ignoró la relación entre convivientes, y en consecuencia, si bien nada les fue prohibido, tampoco se les acordó ningún derecho. Con el correr del tiempo, esta negación generalizada del fenómeno fue desbordada por la fuerza de la realidad, y en diversos aspectos, normas específicas vinieron a ocuparse de situaciones puntuales y a ofrecer soluciones para casos aislados, coyunturales y circunstanciales, pero adoleciendo de una respuesta adecuada, sistemática y armónica (Conf. LLOVERAS, Nora; SALOMÓN, Marcelo, *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Universidad, Buenos Aires, 2009, p. 391 y LLOVERAS, Nora *El bien de familia y la unión convivencial o de hecho en la Argentina* en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (Dir) HERRERA, Marisa (coord.), *La familia en el nuevo derecho. Libro homenaje a la Profesora Dra. Cecilia Grosman* T I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, p.270).

⁴ Sobre la protección de la vivienda, la jurisprudencia ha tomado partido, admitiendo una cierta “equiparación” con las normas del matrimonio, pero con fundamento en la protección de la niñez y el principio de no discriminación (ver por ejemplo, Juzgado Nacional en lo Civil N° 33, del 15/03/05, “MGF C/SCM S/División de Condominio”, disponible en www.abeledoperrot.com.ar; Cám. Civil y Comercial de Salta Sala III 01/06/10, LL Noroeste T 1-2011, p. 21.)

⁵ Puede consultarse las conclusiones de la Comisión 4° del X Congreso mundial de Derecho de Familia, Mendoza 1998, (KEMELMAJER DE CARLUCCI, (Dir); *Derecho de Familia y los nuevos paradigmas* T. III, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2000, p. 304) y de las XI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Junín en el año 2007) disponible en www.lexisnexis.com.ar. Ver también GROSMAN, Cecilia; “Efectos Personales de las Convivencias de pareja”; RDF 43, 2009, “*Armonización del derecho de familia en el Mercosur y Países Asociados*”, p. 279 y ss y los numerosos congresos y jornadas que se pronunciaron a favor de la regulación. Compulsar el trabajo elaborado por VERO, María Gabriela “*Síntesis debate sobre convivencia de pareja. Tercer Encuentro Regional de Derecho de Familia*, RDF 43, 2009, p.379.

un anteproyecto de Código Civil y Comercial que reemplace al vigente elaborado por Vélez Sarsfield, obra que si bien fue acomodándose al paso del tiempo mediante algunas reformas parciales, en los comienzos del Siglo XXI exige un ajuste mucho más profundo e integral.

La oportunidad para tomar decisiones es inmejorable. Una reforma de esta naturaleza permite fijar posición y diseñar el marco de las relaciones jurídicas familiares para un futuro previsible - seguramente mucho más acotado que el de Vélez, pues la fuerza de los cambios es cada vez más arrolladora y exigente - pero ordenador, cuanto menos, de los tiempos cercanos.

El debate entre mantener el silencio como garantía de la autonomía personal o incluir las uniones convivenciales en el libro que regula las relaciones familiares, se inclinó por esta última opción. El Proyecto de Código Civil y Comercial que está siendo estudiado en el Congreso de la Nación Argentina,⁶ se enroló dentro de la corriente que propicia incorporar a las Uniones Convivenciales en el cuerpo normativo de las relaciones jurídicas privadas.

Este diseño articula un estatuto jurídico propio y autónomo como integrante del derecho familiar.

En los párrafos siguientes rea-

lizaré un breve análisis de las bases constitucionales y los principales argumentos jurídicos y sociológicos que justifican la incorporación de esta forma de organización familiar al derecho argentino para introducirme luego en las características centrales de la figura, con la pretensión de establecer las diferencias y los puntos de contacto con el matrimonio.

Pretendo aportar elementos para derribar el mito que se ha instalado en algunos sectores de la sociedad, y dejar en claro que en la Argentina, *no será lo mismo casarse que no casarse*.

LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA PROPUESTA

La unión convivencial en la sociedad argentina y el derecho a la vida familiar

El Proyecto de reforma se encuentra anclado en la filosofía humanista y en la necesidad de “reconstruir la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado argentino.”⁷ De ello se deduce que su propósito es comprender en su estructura a todas las formas de organización familiar que se desenvuelven en la sociedad argentina actual.

Es cierto que durante mucho tiempo la práctica de vivir en pareja sin casarse era una op-

ción francamente minoritaria, generalmente reservada para las clases más carenciadas y marginales. Pero hoy la realidad es otra; las uniones convivenciales constituyen una constante en todos los ámbitos geográficos y capas sociales; las clases medias urbanas vienen receptando este fenómeno cada vez con mayor asiduidad y tolerancia.⁸ Los datos que arroja el último censo de Población, Hogar y Vivienda son elocuentes; veamos algunas cifras: del total de población casada y en pareja de 14 años y más (16.703.000), 10.222.566 - el 61,20%- son personas unidas en matrimonio mientras que 6.480.434 - el 38, 80%- conviven pero sin haber celebrado nupcias. En las provincias con índices de pobreza más alto, la cantidad de habitantes que viven en pareja sin haber contraído matrimonio se eleva, llegando incluso a ser mayor que el número de las casadas; en Formosa, por ejemplo, del total de personas que viven en pareja, el porcentaje de gente mayor de 14 años que no se ha casado es del 54,49 %; en Chaco, esta práctica casi iguala al matrimonio, ya que el 49,94% convive en una unión no formalizada. El comportamiento de la población total del país resulta más elocuente aún si se evalúa el rango de edades de 25 a 34 años, en el que se observa que solo el 39,26% de los que viven en pareja están casados.⁹

⁶ Proyecto PE - 884 - 2012

⁷ Fundamentos del Anteproyecto elaborados por la Comisión redactora.

⁸ Para ampliar, ver TORRADO, SUSANA, *Nuevas parejas, nuevas identidades* (Argentina 1960-2000), en RDF 23 -p. 28 / 29. Ver también AZPIRI, Jorge O, *Uniones de Hecho*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003 p. 40; BOSSERT, Gustavo A. *Régimen jurídico del concubinato*, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 1; MENDEZ COSTA, María Josefa; FERRER, Francisco; D'ANTONIO, Daniel; *Derecho de Familia*; T. III B Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, p. 476.

⁹ http://www.censo2010.indec.gov.ar/cuadrosDefinitivos/analisis_cuarta_publicacion.pdf

Datos obtenidos de cuadros P 25. *Población de 14 años y más por estado civil legal y convivencia en pareja, según sexo y grupo de edad*. Esta forma de organización familiar viene manifestando un crecimiento sostenido durante las últimas

Estos datos estadísticos evidencian de forma contundente que en Argentina, desde hace cierto tiempo, el matrimonio ha dejado de ser entendido como una institución imprescindible para la subsistencia de las personas y la formación de una familia; parece incuestionable que hoy la razón de ser y objeto esencial de cualquier pareja (se construya sobre la base de un matrimonio o no) es el apoyo mutuo,¹⁰ el bienestar de sus integrantes y el amor, que se ha revalorizado como sustento incuestionable de toda unión.

La Constitución Argentina garantiza la protección integral de la familia (art. 14 bis). Afortunadamente, ni su texto, ni el de los Tratados de Derechos Humanos que integran el bloque de constitucionalidad federal exigen que esa familia repose exclusivamente en una unión matrimonial.¹¹ Hace ya varios años, la Corte Suprema de Justicia de la Nación aclaró que: “a la altura del constitucionalismo social, sería inicu desamparar núcleos familiares no surgidos del matrimonio”.¹² Incluso, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido en forma expresa la libertad para constituir la forma de organización

familiar que cada uno ha elegido en forma autónoma.¹³

En conclusión, si quienes optan por no legalizar su unión en el Registro Civil también se encuentran tutelados desde lo más alto del sistema jurídico argentino, el derecho que regula las relaciones familiares no puede ignorarlos y debe garantizarles los mismos valores fundamentales. Solo así se respeta verdaderamente el derecho humano a la vida familiar.

La real protección de la autonomía personal

Como anticipé, el principal argumento de los que no quieren incluir a las uniones en el ordenamiento jurídico, se sostiene en que la decisión de vivir en pareja sin celebrar nupcias, es una manifestación de la libertad y autonomía de las personas que rechazan quedar sujetas al derecho. A partir de esta afirmación, insisten que si el orden jurídico trazara normas que contemplen el fenómeno en forma más o menos sistemática, se avasallarían los principios fundamentales que hacen a la dignidad de la persona. Este es un sofisma y su error parte de la falsedad de uno de sus postulados por lo que la conclusión no puede ser otra que errónea.

En verdad, lo que los convivientes argentinos rechazan generalmente, es la celebración del matrimonio, sus formalidades y el complejo de consecuencias que el derecho organiza e impone, pero no repudian al *derecho en sí*. Basta observar que cada vez con mayor frecuencia, producida la ruptura o finalización de la unión, recurren a los tribunales reclamando una solución “justa” a *sus derechos*.¹⁴

En consecuencia, en la Argentina actual, la unión convivencial no aparece como una unión “no jurídica”, sino simplemente “no matrimonial.”

El problema es que si las personas optan por no casarse, entonces deben “atenerse a las consecuencias” y ante la falta de previsión normativa quedan librados a su buena suerte, a la voluntad del otro, o a la discrecionalidad judicial.

Por otra parte, el viejo argumento que postula que “si los convivientes quieren protección, nadie les niega el derecho a casarse” cae por su propio peso, y violenta el derecho humano a la libertad y la consecuente prohibición de injerencias arbitrarias en el plan de vida personal, pues pretende imponer al matrimonio

décadas; según la información proporcionada por el INDEC, en el año 1991, las uniones no matrimoniales apenas superaban el 20% pues mientras que la población de personas casadas ascendía a 11.086.191, el total de personas vinculadas por uniones no matrimoniales era de 2.423.474. En el censo 2001 el porcentaje aproximado había alcanzado el 25% <http://www.indec.gov.ar>.

¹⁰ ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual; “Familias no matrimoniales, uniones de hecho y conflictos jurídicos” en ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual; (dir.), *Las uniones estables de pareja*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, p. 31.

¹¹ Conf. IÑIGO, Delia; “La distribución de los bienes generados durante la relación de convivencia”; KEMELMAJER DE CARLUCCI (Dir) Herrera (Coord.), *La familia en el nuevo derecho. Libro homenaje a la Profesora Dra. Cecilia Grosman*. T I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, p. 242.

¹² CSJN; “Missart, Miguel A.” JA 1990 II 379.

¹³ Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239 disponible en <http://www.corteidh.or.cr>

¹⁴ La abundante jurisprudencia de los tribunales argentinos en todas sus instancias que recoge pretensiones de división de los bienes adquiridos durante la convivencia es una prueba elocuente de ello. Lamentablemente las respuestas no siempre son acordes al sistema humanista que define el orden jurídico vigente.

como modelo de virtud personal y de este modo avasallar la individualidad de la persona exigiéndole que protagonice un modelo familiar o participe de una “estructura institucional” que no desea, lo cual es inaceptable.

El alto valor de la solidaridad familiar en el sistema jurídico argentino

La correcta armonización de los valores del sistema constitucional vigente, exige conjugar la libertad de diseñar y concretar el propio proyecto de vida con el respeto por la dignidad de los otros miembros del grupo y la solidaridad familiar. Es evidente que la defensa de la autonomía personal a ultranza, puede llevar al desconocimiento del paradigma constitucional con afectación de los derechos fundamentales de los miembros de la pareja, y a la consagración de arbitrariedades e injusticias intolerables en el actual modelo humanitario.

Esta concepción exige un *derecho presente* para evitar el ejercicio antifuncional de esas libertades que pueda provocar un daño en el otro (especialmente al momento de la ruptura). La praxis judicial demuestra que la carencia de regulación de los efectos de estas uniones se convierte con frecuencia en un instrumento eficaz para consagrar violaciones a los derechos patrimoniales de alguno de los convivientes.

En consecuencia, pensar en un derecho para las uniones convivenciales, implica pensar necesariamente en la forma de proteger a sus miembros más vulnerables.

La tutela de la igualdad

La entronización del principio de igualdad, que no tolera discriminaciones por razones de status familiar, es otra de las razones que impulsaron a la Comisión para decidirse por incluir a las uniones convivenciales. En tanto formas de organización familiar, el derecho que regula las relaciones familiares debe ocuparse de ellas; en otras palabras, las normas que contemplan las convivencias deben formar parte del derecho familiar con sus notas y caracteres propios, y corresponde que su interpretación esté presidida por los mismos principios que inspiran el derecho familiar constitucional.

El mayor problema que se suscita en relación con este principio, surge a la hora de elaborar el marco normativo y determinar *cuánto y cómo* regular, pues la diferente tutela ante situaciones distintas no implica de por sí una violación al principio de igualdad. Por otra parte, equiparar sus efectos puede ser contrario a los derechos e intereses de mucha gente.

Este es el verdadero *nudo gordiano* del problema legislativo en Argentina, y su corte solo

puede resolverse con equilibrio y coherencia.

PENSANDO EN FÓRMULAS PARA UNA SOCIEDAD PLURAL

La propuesta legislativa no puede prescindir del análisis de las causas del fenómeno que se pretende regular, ni de las razones que justifican su desarrollo y expansión, en tanto la visión sociológica arroja luz sobre su pertinencia y alcance.

En Argentina, las causas determinantes o coadyuvantes para que dos personas elijan compartir su vida sin casarse son diversas, complementarias y complejas.¹⁵ Quizás en mayor medida que en otros países de la región; veamos por qué:

En primer lugar, en las capas sociales y culturales más altas - del mismo modo que sucede en algunos países europeos -¹⁶ quienes no contraen matrimonio esgrimen argumentos ideológicos o convicciones personales. Aducen que no quieren hacerlo y se plantean otra opción de vida que aparece y se consolida como una necesidad implícita o explícita de revalorizar la autonomía personal frente a la institución matrimonial. Se deja de lado la dependencia de las “ataduras¹⁷” y formalidades del matrimonio, para entender a la pareja y la familia como un medio de realización personal y de concreción de un proyecto de vida conjunto.

¹⁵ Para profundizar, GIL DOMINGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria; HERRERA, Marisa; *Derecho Constitucional de Familia*; T I, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 83.

¹⁶ Consultar DE AMUNÁTEGUI RODRIGUEZ, Cristina *Uniones de Hecho, una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. p. 47.

¹⁷ Conf. MÉNDEZ COSTA, María Josefa; FERRER, Francisco; D' ANTONIO, Daniel; *Derecho de Familia Tomo III B*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, p. 481.

En segundo lugar, en los sectores menos favorecidos económica y culturalmente, la opción por la vida no matrimonial ha respondido tradicionalmente a condiciones sociales o demográficas, o bien a pautas culturales que perciben a las uniones convivenciales como algo “natural”, propio de la población de las zonas suburbanas o rurales. En muchos casos, más que una opción libremente asumida, son otro producto de la marginalidad social en la que están inmersos: quienes no se casan, no están pensando que con ello “reivindican su libertad”, sino que en realidad no lo hacen porque integran sectores que de algún modo, en todos los aspectos de su existencia, viven alejados del derecho y sus hábitos culturales tampoco los inducen al matrimonio; simplemente se unen, tienen hijos,¹⁸ y así forman su familia.

También están aquellos para los que no casarse responde a una forma “práctica” de vivir el amor. La unión convivencial es vista como una buena solución para las segundas o ulteriores uniones, porque permite preservar el patrimonio que va a transmitirse a los descendientes de injerencias de nuevos “interesados”. En ocasiones, la consideran como una etapa de transición previa y experimental para asegurar la estabilidad del futuro matrimonio.

Están además los que no se casan para evitar las consecuencias económicas gravosas y las obligaciones patrimoniales deri-

vadas de la imperatividad del régimen patrimonial matrimonial. Ellos defienden la facilidad con que se dividirá el patrimonio en caso de ruptura, frente a la compleja disolución y liquidación de la sociedad conyugal, que hasta ahora aparece como la única opción posible para todos los matrimonios argentinos¹⁹.

Este apretado análisis demuestra que la Comisión Redactora del Proyecto tenía ante sí una tarea muy compleja, pues la propuesta normativa no podía ignorar ninguna de estas realidades; en otras palabras, enfrentaba el desafío de decidir cómo proteger a los vulnerables sin avasallar la autonomía personal de quienes reivindican la unión como un modo de reafirmación de su libertad.

LAS PRINCIPALES LÍNEAS DE LA PROPUESTA

El Proyecto de Reforma argentino, a diferencia de otros ordenamientos, incluso, del mismo Código de Perú, articula para las uniones convivenciales un estatuto jurídico propio y autónomo incluido en el Libro II correspondiente a las Relaciones de Familia, en el Título III, inmediatamente a continuación del derecho matrimonial (Matrimonio y Régimen Patrimonial Matrimonial).

¿Qué es una “unión convivencial” para el Proyecto de reforma?

Por consistir en una relación familiar que el derecho argentino

acoge por primera vez en forma sistemática, era necesario partir de una conceptualización que permita delimitar el fenómeno en forma clara y sencilla.

Se la puede definir como una “unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo” (art. 509). De esta manera para que las disposiciones legales le resulten aplicables se exige: (1) Un elemento fáctico, la convivencia de dos personas fundada en el afecto, similar al modelo que se presenta en el matrimonio, quedando excluidas las relaciones meramente laborales, de amistad o de parentesco. (2) Un elemento volitivo, la base de la unión no es otra que la existencia de un “proyecto de vida común”; se configura una suerte de “comunidad de vida” con expectativa de desarrollar una familia. (3) La relación es pública y notoria, lo que excluye por antonomasia las formas ocultas y secretas. Sus miembros deben comportarse en las relaciones sociales y frente al exterior proyectando la “imagen social” de que constituyen una unidad familiar. (4) Una pretensión de estabilidad, duración o permanencia, que permite una cierta consolidación de la pareja; en consecuencia, se descartan las relaciones efímeras o pasajeras. (5) La unión es singular entre ambos miembros, es decir monogámica, con lo que se excluye toda forma de colectivización

¹⁸ Ampliar en MANGIONE MURO, Mirta; *Concubinatio. Cuestiones patrimoniales personales y previsionales*, FAS, Rosario, 1999; p. 2, MENDEZ COSTA, María Josefa; FERRER, Francisco; D' ANTONIO, Daniel; *Derecho de Familia T III- B*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, p. 480

¹⁹ El proyecto abandona esta imperatividad autorizando la celebración de convenciones matrimoniales para elegir entre el régimen de separación de bienes y el de comunidad de ganancias (art. 446 inc d).

de las relaciones afectivas. (6) Independencia de la orientación sexual, pues lo que cualifica la convivencia y la hace ser tal - y no otro tipo de relación - no está determinado en ningún caso por la orientación sexual de los convivientes, más aún a partir de la consagración jurídica del matrimonio de personas del mismo sexo y las pautas igualitarias estructurales del derecho matrimonial²⁰.

La dispar terminología empleada por el actual ordenamiento jurídico para designar el mismo fenómeno (concubinato, uniones de hecho, uniones no matrimoniales, uniones en aparente matrimonio), se supera mediante el uso de la expresión “uniones convivenciales” que, además de presentar una mayor precisión técnica, refleja el real significado que la sociedad les asigna y resalta la idea central que las define: el hecho de la convivencia. A conciencia se ha prescindido del término “concubinato” que tiene un tinte peyorativo y discriminatorio y denota una censura social que ya no existe en la realidad argentina; por otra parte, se prefirió no hacer referencia a la situación “de hecho”, pues, como expuse más arriba, el derecho no está al margen de esta forma de vivir la pareja y se piensa que

sería una “paradoja” aludir a una situación fáctica cuando se está a favor de su regulación legal.²¹

¿Cuáles son los requisitos de “eficacia” de la unión convivencial proyectada?

El Proyecto de Código Civil enumera en el artículo 510 una serie de requisitos indispensables para que resulten aplicables los efectos jurídicos previstos para las uniones convivenciales, que tienen algunas semejanzas con los requisitos de *validez y de existencia* del matrimonio.

Del mismo modo que en el artículo 326 del Código peruano, no deben existir impedimentos matrimoniales. El proyecto señala que los dos integrantes deben ser mayores de edad, no estar unidos por vínculos de parentesco en línea recta en cualquier grado, en línea colateral hasta el segundo grado, o por afinidad en línea recta, ni tener impedimento de ligamen. En forma expresa se excluye a los que integran otra unión de manera simultánea.

Prevé un requisito de naturaleza temporal: para que se apliquen los efectos jurídicos, la convivencia se debe haber mantenido durante un período no inferior a dos años.²²

El resto de las parejas que no cumplen con los requisitos enunciados, podrán generar alguna consecuencia jurídica si se acredita su existencia; por ejemplo, detentar legitimación para reclamar indemnización por las consecuencias no patrimoniales en caso de muerte o gran discapacidad, si recibía de la víctima “trato familiar ostensible” (conf. artículo 1741), estar facultado para dar el consentimiento informado para actos médicos o investigaciones de salud cuando el paciente (su conviviente), no esté en condiciones físicas o psíquicas para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica ni la ha expresado anticipadamente (art. 59), disponer de las exequias e inhumación, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar, cuando la voluntad del fallecido -ex conviviente- no ha sido expresada, o ésta no es presumida (art. 61).

Si bien se reconoce la posibilidad de registrar las uniones convivenciales, en principio, solo se trata de una facultad cuyo ejercicio agiliza su prueba, pues nada impide que se acrediten por cualquier otro medio²³. Es de esperar que la legislación especial determine las pautas para la constitución y funcio-

²⁰ El matrimonio de las personas del mismo sexo fue introducido en el derecho argentino en el año 2010 mediante la ley 26.618. El Proyecto de Reforma consagra el principio de igualdad de todos los matrimonios en el artículo 402.

²¹ Compulsar GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMA, María Victoria; HERRERA, Marisa; *Derecho Constitucional de Familia* TI, Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 86.

²² En Argentina, se ha discutido la exigibilidad o no de un plazo de duración; las posiciones oscilan entre quienes sostienen que la estabilidad está directamente relacionada con la existencia de un plazo concreto (que puede ser de dos o tres años), incluso factible de suplirse si hay hijos comunes y otros que propician que la estabilidad se sujete a la acreditación judicial (Ampliar en VERO, María Gabriela “*Armonización del derecho de familia en el MERCOSUR y países Asociados*”, RDF 43, 2009, p. 383 a 386.)

²³ No obstante, la inscripción de la unión aparece como requisito ineludible en relación a las disposiciones de protección de la vivienda en tanto en estos casos puede existir afectación de derechos de terceros (caso de exigencia del asentimiento del conviviente no titular para disponer de los derechos sobre la vivienda y los muebles indispensables de ésta y para la inejecutabilidad de la vivienda familiar por deudas contraídas después del inicio de la convivencia registrada, conf. art. 522).

namiento de estos registros, de modo que resulten de ágil acceso a toda la población.

UNIONES CONVIVENCIALES Y MATRIMONIO ¿DIFERENCIAR, EQUIPARAR O ASEMEJAR?

Es cierto que el matrimonio y las uniones convivenciales son situaciones que expresan realidades más o menos semejantes desde lo fáctico y vivencial, pero a diferencia del sistema adoptado por varios países latinoamericanos, la doctrina y jurisprudencia argentina rechazan su equiparación.²⁴ Hay cierto consenso que imponer a las uniones un estatuto normativo que las iguale al matrimonio sería una intromisión inadecuada en su vida privada, además de representar el riesgo de “crear un matrimonio de segundo grado o de segundo orden.”²⁵

En consecuencia, el tratamiento jurídico dado a uno y otro fenómeno debe ser diferenciado²⁶. Pero la garantía de igualdad de rango constitucional impone que esas diferencias no sean irrazonables, porque de ser así, serían discriminatorias. ¿Cuándo no hay razonabilidad en las diferencias entre ambos? Cuando el distinto tratamiento dado a las uniones desprotege los derechos fundamentales de aquellos que no se han casado,

por el solo hecho de vivir fuera del matrimonio. No parece que exista razonabilidad alguna que pueda sustentar cualquier discriminación por pertenecer a un *status familiar* distinto del conyugal.

A partir de estos postulados, la propuesta legislativa incluye claras distinciones, algunas analogías y pocas equiparaciones.

La primera y principal distinción: Los pactos de convivencia

La premisa fundamental que marca el camino del derecho proyectado y que recoge la mayor diferencia con la institución del matrimonio es el respeto por la autonomía personal para pactar las consecuencias de la vida en común, que reconoce en plenitud el origen espontáneo y liberal de la unión (art. 513).

El punto neurálgico de la distinción está dado por la posibilidad de celebrar pactos de convivencia.

Los pactos son acuerdos que los convivientes pueden realizar para disciplinar los efectos de sus relaciones conforme a pautas o criterios elegidos por ellos, y que aparecen como una forma idónea para evitar una

gran cantidad de problemas que pueden suscitarse en el futuro.²⁷ La propuesta presume que ni el Estado ni el legislador ni el juez, podrían diseñar una mejor respuesta que la que los convivientes pueden darse a sí mismos.²⁸

Se deben instrumentar por escrito, no pueden ser contrarios al orden público, ni al principio de igualdad de los convivientes o afectar sus derechos fundamentales. Es decir que su validez y eficacia está intrínsecamente ligada al respeto por ese núcleo mínimo e inderogable que importa la protección jurídica de los derechos esenciales de los involucrados.

Pueden referirse a la forma de contribuir a las cargas del hogar durante la vida en común, la atribución de la vivienda familiar en caso de ruptura o la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común. Como la enumeración es enunciativa, podrían disponerse otras cuestiones, por ejemplo, formas de asistencia económica a uno de los convivientes, compensaciones económicas, etc.

Aquí se advierte una diferencia radical con el matrimonio, en el que esposos solo pueden celebrar las convenciones matrimoniales expresamente autorizadas en el artículo 446 del

²⁴ IÑIGO, Delia, “La distribución de los bienes generados durante la relación de convivencia”, KEMELMAJER DE CARLUCCI (Dir) Herrera (Coord.), *La familia en el nuevo derecho. Libro homenaje a la Profesora Dra. Cecilia Grosman*. T I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, p. 242.

²⁵ Conf., ROCA TRÍAS, Encarna, *Familia y cambio social (de la “casa” a la persona)* Civitas, Madrid, 1999, p. 132/133.

²⁶ El propio el TEDH tolera algunas diferencias entre la familia matrimonial y la extramatrimonial, tanto de corte normativo como fáctico. Por un lado impone una prueba mucho más acabada de las relaciones familiares, y por otro lado, presta más atención a las relaciones entre padres e hijos que a las de los componentes de la pareja misma. (Conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Las relaciones paterno/Filiales extramatrimoniales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, RDF N° 46, 2010, p. 119 a 130).

²⁷ En el ámbito europeo, por ejemplo, el Comité de Ministros del Consejo de Europa (Recomendación número R 88 - 3 del 7 de marzo de 1988), recomienda a los países tomar medidas para que los contratos patrimoniales entre los convivientes y las disposiciones testamentarias entre ellos no puedan ser declaradas nulas por el simple hecho de haberse celebrado en tales situaciones.

²⁸ Conf. LOPEZ FAURA, Norma; *Pactos entre convivientes*, RDF N° 15; 1999, P.105 y ss.

Proyecto: inventario de bienes y deudas, donaciones prenupciales y opción por el régimen patrimonial del matrimonio. El resto de los acuerdos están expresamente prohibidos (art. 447).

Por otra parte, los pactos que celebren los convivientes no pueden producir perjuicios a los derechos de terceros. Por ello, para que les sean oponibles deben estar inscriptos, no solo en los registros públicos correspondientes a los bienes incluidos en ellos, sino además en el mismo registro de uniones convivenciales. Las convenciones matrimoniales, en cambio, solo se inscriben en el registro del Estado Civil y Capacidad de las personas, en el acta de matrimonio.

La contracara de la libertad: equiparación en la responsabilidad familiar

El respeto por la libertad no legitima el ejercicio abusivo del derecho por parte del conviviente más fuerte, ni autoriza conductas egoístas que ignoren las responsabilidades nacidas de la convivencia y la necesaria cooperación y solidaridad que es el sustento de toda relación afectiva, sea convivencial, sea matrimonial.

En este tópico no hay prácticamente diferencias; se regula en forma muy semejante un *régimen primario*²⁹ inderogable para los convivientes y para los cónyuges. Por tratarse de

la tutela de los derechos esenciales, resulta adecuado asemejar el alcance e intensidad de la protección jurídica.

Este régimen primario consagra el deber de asistencia recíproca (art. 519), la contribución proporcional a los gastos domésticos, debiendo considerarse las tareas domésticas como aporte (art. 520); la responsabilidad solidaria por las deudas que uno de los convivientes hubiera contraído frente a terceros por las cargas de la vida en común (art. 521) y la protección de la vivienda familiar para el caso de las uniones registradas, mediante el requisito del asentimiento para disponer de los derechos sobre ella y de los muebles indispensables de ésta (art. 522).

Existe, sin embargo, una notable distinción en relación al deber de asistencia y la prestación alimentaria entre convivientes, pues a diferencia del matrimonio (art. 431 a 434), solo se mantiene durante la vida en común, extinguiéndose luego de la ruptura. De este modo se aparta de los antecedentes del derecho comparado como el peruano (art. 326) o el uruguayo (art. 3 ley 18.246 de Uniones Concubinarias).³⁰

Las cuestiones patrimoniales durante la vida en común

En principio, existe una convicción generalizada sobre la conveniencia de no aplicar las

normas de la comunidad de ganancias.

El proyecto aspira a fortalecer la autonomía y los acuerdos previos; por eso, la premisa fundamental es reconocer y estimular los pactos convivenciales que permitan a sus miembros definir previamente los lineamientos de la organización económica de la pareja.

Si nada se ha acordado, rige el principio de separación de patrimonios, que en la práctica produce efectos semejantes al régimen de separación de bienes en el matrimonio - cada uno administra y dispone de sus bienes, con excepción de la vivienda familiar - pero, a diferencia del matrimonio, la separación de bienes se aplica ante la ausencia de manifestación de voluntad en contrario. En el matrimonio, para que tenga vigencia el régimen de separación, debió realizarse una convención prematrimonial o matrimonial que así lo haya estipulado.

La ruptura y sus efectos

Al igual que el artículo 326 del Código Civil peruano, el proyecto prevé las causales de cese de la unión convivencial; algunas coinciden con la disolución del vínculo matrimonial (muerte, sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento), otras son específicas de estas uniones y ponen de relieve el dato fáctico que define su esencia (matrimonio o nueva unión

²⁹ Se lo denomina régimen primario por analogía al régimen primario matrimonial, con el que tiene muchos puntos de contacto. El término "primario" responde a la existencia de normas "fundamentales" en el sentido de inderogables en contraposición a las disposiciones "secundarias" que son las que surgen de la voluntad de las partes manifestada al elegir el régimen de bienes del matrimonio o dejar que rija el previsto por la ley en forma supletoria. (HERNÁNDEZ, Lidia Beatriz, El régimen patrimonial del matrimonio, el rol de la autonomía de la voluntad en Rev. Derecho Privado y Comunitario 2008- 2 Sociedad Conyugal II; Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008, p. 13.)

³⁰ Uruguay, BO 10.01.2008.

convivencial de uno de sus miembros, matrimonio de los convivientes, mutuo acuerdo, voluntad unilateral notificada fehacientemente y cese de la convivencia).

Producida la ruptura de la vida en común, surge la necesidad de resolver los efectos de esta decisión entre los ex convivientes.

En principio, la respuesta será relativamente fácil y previsible si los miembros han tenido la oportunidad de realizar acuerdos, sea al inicio de la convivencia, con posterioridad, o incluso al momento del cese, porque esos pactos aparecen como el mecanismo más útil para anticiparse y resolver los conflictos que pueden desatarse. Sin dudas, las decisiones acordadas o suscriptas por ambos miembros de la pareja, son el marco más respetuoso de esta opción de vida.

Para el caso que no se hayan tomado las precauciones para organizar las consecuencias de la crisis, la normativa proyectada ofrece algunas respuestas que apuntan una vez más, a la protección de los derechos fundamentales del miembro más débil de la relación; por eso en estas soluciones encontramos algunas semejanzas con los efectos del divorcio.

a) La compensación económica

El Proyecto incorpora la institución de las “compensaciones económicas” con la finalidad de evitar el injusto desequilibrio

patrimonial que el cese de la unión puede generar en uno de sus miembros, siempre que este desequilibrio tenga causa adecuada en la propia unión y en su ruptura.

Esta institución también está prevista como uno de los posibles efectos del divorcio (art. 441) y la nulidad del matrimonio para el cónyuge de buena fe (art. 428). En general se encuentran reguladas con el mismo alcance, aunque en las convivencias su reclamo puede ser renunciado mediante pacto, lo que no puede hacerse entre los cónyuges mientras están casados, excepto en el convenio regulador de los efectos del divorcio (art. 439).

Se trata de una herramienta jurídica estrictamente patrimonial y de carácter objetivo, que procede siempre que exista desigualdad económica producida por la peculiar distribución de roles y funciones que los miembros de la pareja llevaron adelante durante la vida en común (por ejemplo si ambos se encontraban insertos en el mercado laboral antes de la unión, pero luego acordaron que uno de ellos renuncie al empleo para dedicarse al cuidado de los hijos y las tareas del hogar o para colaborar en la actividad desarrollada por el otro, sea profesional, comercial, empresaria, etc.)

De este modo, aunque ambos compartieron los esfuerzos y trabajaron a la par para llevar adelante la familia y alcanzar una calidad de vida acorde a sus expectativas y proyecciones, al momento de la ruptura,

el que debió dejar el trabajo o sus estudios, sufre un perjuicio directo frente al otro que pudo concluir su carrera profesional u obtener una mejor posición laboral.

La “compensación” puede concretarse mediante el pago de una renta periódica temporaria (en el caso del divorcio, excepcionalmente podrá ser una renta vitalicia) o una entrega única de dinero o de un bien en usufructo, o en la forma que los propios interesados acuerden. Si no lo convienen, puede reclamarse judicialmente conforme las pautas enumeradas por el artículo 525. En todos los casos, el plazo para formular el reclamo caduca a los 6 meses del cese de la unión.

Esta novedosa herramienta para el derecho argentino³¹ persigue la igualdad real de oportunidades de ambos miembros de la pareja, porque si bien reconoce la existencia de un “punto de partida diferente,” de una desigualdad en las posibilidades de ambos, brinda protección al más desfavorecido para que pueda obtener recursos económicos que le permitan diseñar su propio proyecto de vida, elegir libremente los medios para concretarlo y poner en marcha las estrategias adecuadas para su realización autónoma.

b) La protección de la vivienda

En consonancia con los mandatos constitucionales, el proyecto se ocupa especialmente de la protección de la vivienda como derecho fundamental, tanto

³¹ La prestación compensatoria, pensión compensatoria o compensación económica tiene un profuso desarrollo en algunos países europeos como España, Francia, Alemania, Italia. También la contemplan los Códigos de Chile y de El Salvador.

para los cónyuges como para los convivientes, pero el alcance de la protección es diferente.

En el caso de los convivientes, el otorgamiento del uso exclusivo de la vivienda familiar solo puede ser temporal (máximo 2 años) y siempre que tenga a su cargo el cuidado de los hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad, o si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata (art. 526). Para los cónyuges, en cambio, no hay un plazo máximo preestablecido por la ley, y el cuidado de los hijos, las posibilidades económicas, el interés de terceros juegan como pauta de valoración para determinar a cuál de ellos se otorga el uso exclusivo del inmueble.

Si muere el conviviente que era titular del inmueble, el supérstite tiene un derecho real de habitación sobre la vivienda que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Se trata de un derecho gratuito que puede solicitar, pero temporario, limitado a un plazo máximo de dos años (art. 527).

Se observa aquí otra importante diferencia con el régimen matrimonial, que confiere un derecho real de habitación al cónyuge supérstite (art. 2383) de naturaleza vitalicia y de pleno derecho.

c) La división de los bienes

La propuesta normativa parte de la consideración de los eventuales pactos que los convivientes hubieren celebrado para determinar la forma de distribución de los bienes. Si hay pacto, y éste fue realizado de conformidad con los principios legales, se aplica lo acordado.

En el caso en que nada se haya previsto, no se fija un régimen supletorio ni rigen las normas de la liquidación de la comunidad de ganancias; los bienes se mantienen en el patrimonio que ingresaron, y cada uno se lleva aquello que ha adquirido.

Para evitar que esta solución afecte los intereses de alguno de ellos, en caso que se haya producido un acrecentamiento del patrimonio de su pareja en desmedro del suyo propio, el Proyecto remite a la aplicación de los principios relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y otros que puedan corresponder, principios que la jurisprudencia argentina ya viene aplicando para la resolución de estas cuestiones.

El enriquecimiento sin causa es un remedio que responde a la regla: “nadie puede enriquecerse injustamente a costa de otro”³² y, en consecuencia, toda atribución patrimonial debe obedecer a una “justa causa”. Por esta vía se puede evitar un daño irreparable³³ a aquel con-

viviente que ha ayudado a crear o incrementar el patrimonio y ganancias del otro y³⁴ no recibe nada a cambio.

En conclusión, la solución ofrecida por el Proyecto en materia patrimonial prioriza la autonomía personal de los convivientes. Por eso, recaerá en los operadores jurídicos la responsabilidad de difundir la importancia y viabilidad de los acuerdos para resolver anticipadamente los problemas patrimoniales que se puedan suscitar.

Muerte del conviviente y derechos sucesorios

Ni el Código vigente en Argentina, ni el Proyecto de reforma reconocen derechos sucesorios al conviviente, a diferencia del cónyuge que no solo es heredero, sino también legitimario.

Esta exclusión consciente, responde a las discusiones antes planteadas y a la preocupación de la Comisión por evitar equiparaciones que pudieran hacer zozobrar la propia institución.

No está ausente del debate los problemas que esta posición puede generar, cuando se trata de convivencias de muchísimos años que no han tomado las debidas precauciones; por eso se espera que la reducción de la porción legítima hereditaria que el proyecto trae, sea una solución para estos casos, de modo que la previsión para la vida futura del conviviente se

³² Compulsar MEDINA, Graciela, *Uniones de hecho Homosexuales*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 213 y ss, LOPEZ AZCONA, Aurora, *La ruptura de las parejas de hecho. Análisis comparado legislativo y jurisprudencial*, Navarra, 2002. p. 60; GALLEGU DOMINGUEZ, Ignacio; *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Colegio de Registradores de la propiedad y mercantiles de España. Centro de estudios registrales, Madrid, 1995, p. 216.

³³ Conf. SOLARI, Néstor, *Sociedad de hecho entre convivientes*, LLC 2006, p.1028.

³⁴ C Apel Com Rivadavia Sala A 05/08/2008 “B P. J v. Q. M I”; LL Patagonia 2008-2009 p. 583.

resuelva mediante disposiciones testamentarias. Es cierto que la práctica de realizar testamentos en Argentina es francamente escasa, pero probablemente ello se deba a lo acotado de la porción de libre disponibilidad del régimen sucesorio actual, cuestión que el proyecto pretende modificar. De todos modos, habrá que esperar la respuesta de la sociedad frente a los pactos y la voluntad previosa del causante.

En materia sucesoria, es probable que el camino emprendido desemboque en el reconocimiento de derechos y que la solución esté en el respeto por el “paso a paso” del legislador. No puede descartarse que en un futuro no muy lejano, se adopte una solución semejante a la del Código peruano que en su última reforma del 17 de abril del 2013, incorporó los derechos y deberes sucesorios entre sus miembros, equiparándolos a los de los cónyuges. Pero por ahora, ello es una mera especulación o un simple deseo.

ALGUNAS PRELIMINARES

Los cambios de la realidad social, la progresiva acepta-

ción y generalización de estas formas de vivir las relaciones afectivas y el diseño jurídico sustentado en el arquetipo de los derechos humanos, imponían al legislador argentino el deber ineludible de reescribir las instituciones de un derecho familiar que sea verdaderamente inclusivo, que respete el derecho a la vida familiar y ofrezca un esquema normativo que armonice el derecho de cada uno para organizar su vida íntima y personal sin injerencias, con los principios emanados de la solidaridad y responsabilidad que nacen de la creación de todos los núcleos familiares, cuya protección es una cuestión de orden público.³⁵

En esta sintonía, el derecho proyectado busca un equilibrio entre la autonomía personal y la solidaridad familiar. Comprende lo indispensable para la tutela integral de los derechos humanos de los miembros de la pareja y la protección de los terceros, pero no regula con rigurosidad y en detalle lo que las personas han decidido obviar al apartarse de las formas legales.

De este modo, si el Proyecto se convierte en ley, en Argentina

no será lo mismo casarse que no casarse. Si la pareja se casa, quedará sujeta a las reglas del derecho matrimonial con todas sus formalidades y efectos personales y patrimoniales. Si la pareja no se casa, sólo son imperativas las disposiciones relativas al deber de asistencia durante la convivencia, la obligación de contribuir a las cargas del hogar, y la solidaridad por esas obligaciones frente a terceros y la protección de la vivienda familiar. Lo demás queda sujeto a las decisiones de los convivientes, que pueden acordar libremente los efectos de su unión, y sería de esperar que así lo hagan.

Por ello decimos que este Proyecto refleja una concepción pluralista que pretende dar respuesta a las demandas de la sociedad argentina multicultural y diversa, creando un derecho en el que todos encuentren su lugar, pues como señaló René Dupuy, *“Vivimos en un mundo en el que, por fuerza, hay que hacerles sitio a todos. No se puede huir de los otros; no existe otro lugar.”*³⁶

¿Será posible esta noble aspiración? Solo el futuro tiene la respuesta.

³⁵ Conf. GROSMAÑ, Cecilia y CARNAVAL, Alicia *“Un ejemplo de tensión entre la libertad personal y la solidaridad familiar: el debate en Francia sobre el pacto civil de solidaridad”*, RDF N° 15, 1999, p. 126.

³⁶ DUPUY, René, La emergencia de la Humanidad.