

1

“¡Salió la nueva ley!”

Así voceaban, y de nuestra parte recuerdos en conserva, vendedores ocasionales en la calle Florida en los años cincuenta y sesenta. Ofrecían folletos con flamantes leyes que interesaban a más de un viandante. Florida, como seguramente también ahora, hacía honor a su nombre: negocios, gentes paseanderas, instituciones. Pululaba la llamada “burguesía”, palabra que para algunos significa un lecho de rosas y para otros resulta algo detestable.

Lo cierto es que ahora se sancionó el nuevo ordenamiento civil y comercial. Título ambicioso pues no abarca ni el uno por mil del derecho mercantil. Pero no son tiempos para los escrupulosos. Y cierto también que culminó así un terso *thriller* legislativo. Digamos: un culebrón. Y reconozco que pensé que el proyecto quedaría en aguas de borrajas.

Esto, se me ocurre, acaso así sea, pues acaso también la nueva composición del Congreso de la Nación tras el 10 de diciembre de 2015 derogue la reforma hecha ahora un tanto entre gallos y medianoche, ya que en las sociedades en las que regentea el “todo pasa”, pasa de todo. En fin, no nos adelantemos. Posiblemente las crónicas, e incluso la historia, jueguen con dados invisibles. Sí parece al caso el dictamen de von Bismarck: “Hay dos cosas que el pueblo jamás debe saber: cómo se hacen las salchichas y cómo se hacen las leyes”.

2

El concubinato

Según la semántica castiza, el concubinato es la “relación marital de un hombre con una mujer sin estar casados”. A diferencia de los amantes, que pueden vivir cada uno por su lado y en general así sucede, en el concubinato hay cohabitación. Se comparten el techo y el lecho(1). El término *hombre*, por hiperonimia, comprende a la mujer. No así, naturalmente, varón.

La palabra *concubinato*, y como ciertos diccionarios no lo ignoran, participa de la etimología de *concúbito*. Es, como vimos, la vida conyugal entre varón y mujer, sin estar casados entre sí(2). Alguna antañona doctrina, con demasiados pruritos, además exigía que ambos concubinos poseyeran aptitud nupcial. En el antiguo derecho español se hablaba de *barraganía* o *amancebamiento*.

En la Edad media la barraganía era frecuente y no se abominaba demasiado. Las Partidas así exigían que la mujer no fuese “juglaresca, tabernera, regatera o de otra clase reputada por vil”. Eran los modales de entonces. Tampoco podía ser “virgen, ni menor de doce años, ni viuda honesta”. Los varones, no obstante, carecían de “piedra libre”, pues les era inviable una manceba si eran eclesiásticos o casados, o si se trataba de mujeres con las que les unía cierto parentesco.

Cuando se cometía el delito de adulterio, correspondiente a nuestro art. 118 del cód. penal derogado por la ley 24.453, la mujer era nombrada *manceba*. Lo que se mantiene en nuestra legislación es que el concubinato es agravante en los delitos de corrupción (art. 125, cód. penal) y prostitución (art. 125 bis).

3

El auge de estas uniones de hecho

La proliferación de los concubinatos, “vivir en pareja”, generó que las leyes, la jurisprudencia y la doctrina debieran expandirse en procura de solucionar los distintos problemas que se les presentaban. Hoy los concubinatos superan largamente en número a los casamientos. Lo mismo los hijos extramatrimoniales a los matrimoniales. Para quienes reprueban las uniones de hecho, cuanto más se las legisle, más se debilitan el matrimonio (*justae nuptiae*) y la familia que denominan “tradicional”. En el trance, las leyes deben luchar contra las realidades malignas, por ejemplo, contra la delincuencia, pero no contra este otro tipo de realidades como el concubinato. Sí conviene reglamentarlo, no dejarlo librado a la jurisprudencia o a las versiones de la doctrina.

Con la competencia de omitir argumentos religiosos, Guillermo A. Borda es uno de los tantos detractores del concubinato y con cierta vehemencia dictamina: “El concubinato es a veces el resultado del egoísmo de quienes no desean contraer lazos permanentes y así quedar en libertad de cambiar de compañero; otras, de que alguno está legalmente impedido de casarse; otras, finalmente, de la ignorancia o corrupción moral del medio en que viven. Desde el punto de vista sociológico es un hecho grave, en razón de la libertad sin límites que confiere a los concubinos una situación fuera del derecho. Esta libertad extrema es incompatible con la seguridad y solidez de la familia que crean. Es contraria al verdadero interés de los mismos compañeros, pues la debilidad del vínculo permite romperlo con facilidad cuando la pobreza o las enfermedades hacen más necesario el sostén económico y espiritual. Es contraria al interés de los hijos, que corren el riesgo de ser abandonados materialmente y moralmente. Es contraria al interés del Estado, puesto es de temer que la inestabilidad de la unión incite a los concubinos a evitar la carga más pesada, la de los hijos; la experiencia demuestra que los falsos hogares son menos fecundos que los regulares”(3).

Insólitamente cáustico, en cambio, Guillermo Cabanellas abomina del concubinato: falsificación del matrimonio “con apareamiento por exceso natural y no muy alejado del que practican algunas especies zoológicas donde existen ya vestigios de fidelidad”(4).

Lo cierto es que la cantidad de concubinatos y su inserción social como matrimonio aparente –ficción– llevó a que las leyes crecientemente otorgaran derechos a los concubinos: la virtualidad de la unión civil, el derecho a la pensión –ley 23.226– y otras prerrogativas en ocasiones a cargo, con heurística, de la doctrina y de la jurisprudencia. De todos modos, la palabra *concubinato* sobrelleva cierta carga peyorativa, por lo cual se la suele sustituir por frases como *convivientes* o, ya con alguna germanía, *juntados* o “acollarados”. Una pareja que encarna un ideal anarquista: pactos libres entre personas libres.

En tanto, y pese a que el derecho de familia es la más cambiante de las ramas del derecho civil argentino, el concubinato padece algunos déficits legales. De todos modos, y aunque sea a los ponchazos, las cuestiones se van dejando ver. Bien que, y ya se sabe, según Husserl los hechos siempre desbordan o rebasarán (no “rebalsarán”, que quiere decir “hacer balsa”) la ciencia. Lo que Gény llamaba *le donné*, hechos y datos, siempre superará lo que llamaba *le construit*, es decir, la ley, única fuente formal del derecho.

De allí que para Ossorio y Gallardo “el derecho no es heraldo sino escolta de la realidad”. También dictaminó con gracejo y hace 80 años: “En España son todos abogados hasta que se pruebe lo contrario”. Esto alivia a los que creíamos que se trataba de otro mal *typical* argentino.

El objeto de este artículo apunta a ciertas cuestiones patrimoniales, de modo que tenemos la suerte de marginar desafíos complejos, por ejemplo hasta qué punto el concubinato debe tener notoriedad, cuánto debe perdurar para ser considerado tal, la relevancia, relativa, de si se tienen o no hijos en común, y tantas otras perplejidades, algunas nada módicas.

Es que, como explica Ortega (también Gasset), “el deber del hombre no es poseer, sea como sea, soluciones, sino aceptar, sea como sea, los problemas. Y estos son siempre los actuales, son el destino de cada generación” (*Obras completas*, t. III, pág. 562).

4

El flamante Código Civil

La tendencia que irrumpió, en la jurisprudencia y por momentos en la doctrina, consiste en aproximar lo más posible el concubinato al matrimonio. A nuestro juicio, esta política es incorrecta. Hay que reglamentar “todo lo posible” el concubinato, cómo no, pero no “aproximarlo” todo lo posible, lo cual es error cometido por el Código. Podríamos ver algunos supuestos.

a) El art. 509 contempla las *uniones convivenciales* incluso entre personas del mismo sexo. Cualquier medio de prueba puede acreditar esta unión. Incluso se abre un registro estatal para que sea inscripta: art. 511.

Exceso exacerbado: inscripta la unión, es inviable que el conviviente disponga del hogar que comparte, aunque el inmueble sea un bien propio, sin consentimiento de su “pareja”: art. 522. Es decir, se extiende el beneficio que el actual art. 1277 depara al esposo ajeno a la titularidad del inmueble.

Para no nadar contra la corriente, omitimos juicio acerca de la constitucionalidad de dicho art. 1277. Pero al menos se habla de un matrimonio. En el caso del concubinato, la invalidez de la cortapisa, del requisito que se exige, resulta patente, pues la Constitución garantiza el uso y disposición de la propiedad: art. 14.

Prolepsis: se objetará que la ley puede reglamentar ese derecho: art. 28. Sea. Pero una cosa es reglamentar y otra muy distinta es, entre convivientes, aniquilar el derecho.

No contento, el ordenamiento en el art. 522 establece que la vivienda familiar es inejecutable. Crea un bien de familia exprés. Es cierto que demanda la inscripción de la unión, con la consiguiente publicidad. Ahora esta virtualidad desbarata la seguridad jurídica, que no es, pese al dictamen de cierto funcionario, “un concepto horrible”.

b) En caso de ruptura del concubinato –porque eso es, por más que lo llamemos *unión convivencial* –, hay que compensar al que con menos medios queda: art. 524. No vemos por qué. Ni siquiera a la fuerza en el divorcio.

Incluso el juez puede adjudicar la vivienda a uno de los concubinos: art. 526. Si es bien propio del otro, nada importa. Y por si fuera poco, también es posible que se le adjudique un derecho real de habitación gratuito: art. 527. De manera que la conseja “el que se casa casa quiere” ahora debe trompetearse “el que se casa, o junta, casa quiere”.

De todos modos, respecto del que creemos inconstitucional derecho real de habitación del cónyuge supérstite (art. 3573 bis derogado), añade una plausible interdicción: “Este derecho es inoponible a los acreedores del causante” (art. 2383).

c) En orden a la adjudicación de los bienes, art. 528, serán de quien los ingresó en su patrimonio individual. Sin embargo, se deja entrecerrada una caja de Pandora: “sin perjuicio de la aplicación de los principios generales relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y otros que pudieran corresponder”(5).

d) En la responsabilidad civil como fuente de las obligaciones, y ampliando el art. 1078 desplazado, a veces desafortunadamente extendido por la jurisprudencia, el conviviente cuenta con legitimación sustancial activa en orden a la indemnización del daño no patrimonial, cual si se tratara de un consorte: “y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible” (art. 1741). También regentea una acción preventiva: “quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño” (art. 1712).

5

Conclusiones

Ninguna. O tal vez deslizar lo opinado: el matrimonio implica un tipo de responsabilidad y el concubinato está a años luz de esa solvencia. Se dirá que el legislador, como hace el realismo jurídico norteamericano y escandinavo, “fotografía” la realidad y enseguida debe llevarla a las normas. Lo que sucede es que, por supuesto, no siempre ha de obrar así. No al menos en sociedades precapitalistas y subdesarrolladas, menos aún el derecho de propiedad constitucional, que el propio Código, con grandeza (como si pudiera hacer otra cosa), prometió respetar en el art. 1º. Bien que en la misma arrogancia –y es una manera de decir– incurrió la ley 17.711 al reformar el art. 3º: “...La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales...”. En el trance, ¿la actividad sí? Pues claro que no.

En la Presentación del proyecto ya se adelanta que la familia se tratará “en un contexto multicultural”. De lo que se trata, agrega el autor de la pieza, “es de regular una serie de opciones de vida propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender”.

Luego, en los Fundamentos, se explica que la unión convivencial implica derechos humanos que “deben conjugarse y articularse de manera armonizada y coherente con el régimen matrimonial”.

En fin: nos encaminamos, y probablemente no sonámbulos o zombis, hacia nuevos formatos de la familia. Insistimos en que hay demasía respecto de los derechos de los concubinos. Incluso a veces se emplazan por encima de los herederos forzosos de la otra parte o sobre el conviviente mismo en vida. Según el festivo Bernard Shaw, “el que se casa por dinero se lo tiene bien ganado”. El asunto es que ahora se aparea, y como por arte de birlibirloque, “junta” por “casa” . ¿No hay demasiada gravitación de la informalidad?

Quien se casa se supone que asume un compromiso perenne. El concubinato, y esto no lo digo por censura, se conjetura que omite mayores compromisos, y que los que sobrecojan serán precarios. Si lo que se quería era organizar el “contexto multicultural”, que no es algo valioso a la fuerza, lo mejor consistía en discriminar. Discriminación positiva. Porque la vida, entre otras cosas, es el arte de distinguir.

VOCES: CONCUBINATO - SOCIEDAD - CÓDIGOS - DERECHO - LEY - PERSONAS - FAMILIA - MATRIMONIO - CÓDIGO CIVIL - CAPACIDAD - CONSTITUCIÓN NACIONAL

* - Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: ¿Hacia una equiparación del concubinato con el matrimonio?, por Julio César Capparelli, ED, 175-223; Regulación del concubinato. ¿De institución-sombra a sombra institucionalizada?, por Hernán Corral Talciani, ED, 180-1542; Matrimonio y uniones de hecho, por Marina Camps, ED, 223-776; El nuevo perfil del matrimonio (Primeros apuntes sobre el Anteproyecto de Código Civil y Comercial), por Jorge A. Mazzinghi (h.), ED, 248-753; Anteproyecto de reformas al Código Civil. Erosión ideológica de la vida y la familia, por Ricardo Bach de Chazal, ED, 248-778; Matrimonio y uniones de hecho: diferencias, por Jorge Oscar Perrino, ED, 251-568. Todos los artículos citados

pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

1 - La convivencia, aunque sobrelleve intervalos, es requisito del concubinato: Dutto, Ricardo J., Manual doctrinal y jurisprudencial de familia, Rosario, Juris, 2005, pág. 107; Zannoni, Eduardo A., El concubinato, Buenos Aires, Depalma, 1970, pág. 8; Bossert, Gustavo A., Régimen jurídico del concubinato, Buenos Aires, Astrea, 1982, pág. 14; Belluscio, Augusto C., La distribución patrimonial en las uniones de hecho, LL, 1991-C-960.

2 - Antecedentes en Dumm, Raúl E., artículo Concubinato, en Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, 1979, t. III, pág. 616. Sobre cómo acreditar este tipo de convivencia, ver Ventura Graciela - Mankevicius, Verónica, La prueba en las uniones de hecho. Concubinato, en La prueba en el proceso civil, Omar L. Díaz Solimine (dir.), Buenos Aires, La Ley, 2013, t. II, pág. 457.

3 - Manual de derecho de familia, Buenos Aires, La Ley, 2009, pág. 39. En realidad, los concubinatos con menores recursos son los que más hijos tienen. A medida que hay mejoría social, más se programa y restringe la familia: demografía calculada. La asistencia estatal por la prole propicia nacimientos. Para la joven mamá hay un ingreso y un ascenso social y familiar. Son los modales de nuestros presurosos días.

4 - Diccionario enciclopédico de derecho usual, Buenos Aires, Heliasta, 1981, t. II, pág. 261.

5 - Respecto del actual régimen, puede verse nuestra nota El concubinato y la sociedad de hecho, en Doctrina Societaria y Concursal, Buenos Aires, julio de 2014, N° 320, pág. 739.