

2. PERSONA Y ESTADO CIVIL

FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DE LAS UNIONES CONVIVENCIALES EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA ¹

Romanistic foundations of the convivial unions in the Civil and Commercial Code of the Argentine Nation

MIRTA BEATRIZ ÁLVAREZ
GABRIELA VICTORIA MOREL

Universidad de Buenos Aires y Universidad de Flores (Argentina)

«La originalidad consiste en volver al origen; así pues, original es aquello que vuelve a la simplicidad de las primeras soluciones»

Antonio Gaudí

Resumen: El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2015 introdujo la regulación de las uniones convivenciales. Nos proponemos analizar este instituto jurídico y determinar si el legislador ha realizado una vuelta a las fuentes y principios romanísticos. Particularmente, analizaremos las semejanzas que presenta esta novedosa institución con el matrimonio romano de la época clásica.

Palabras claves: Derecho Romano, matrimonio clásico, uniones convivenciales, Código Civil y Comercial argentino.

Abstract: The Civil and Commercial Code of the Argentine Nation of 2015 introduced the regulation of convivial unions. We propose to analyze this legal institute and deter-

¹ El presente trabajo se presenta en el marco del Proyecto de Investigación «Una mirada romanista a las relaciones de familia en el Código Civil y Comercial de la Nación» que se desarrolla en la Facultad de Derecho de la Universidad de Flores, Argentina.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

mine if the legislator has made a return to the sources and romanistic principles. Particularly, we will analyze the similarities that this new institution presents with the Roman marriage of the classical era.

Keywords: Roman Law, classical marriage, convivial unions, Argentine Civil and Commercial Code.

SUMARIO: I.–Introducción. II.–Reconocimiento normativo de las uniones convivenciales. III.–El matrimonio romano y las uniones convivenciales. III.1. Elementos constitutivos y prueba de su existencia. III.2. Requisitos e impedimentos. III.3. Régimen patrimonial. III.4. Cese de la unión convivencial y del matrimonio romano. IV.–Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La ley 26.994 sancionó el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, que entró en vigencia el 1.º de agosto de 2015, reemplazando al Código Civil de Dalmacio Vélez Sársfield.

Entre los fundamentos del decreto 191/2011 que creó la Comisión para la Elaboración de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, surge la reforma constitucional ocurrida en 1994, en particular, la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con rango constitucional, las distintas modificaciones parciales que han ido sufriendo los institutos de derecho privado, como también las transformaciones culturales producidas. Estas circunstancias, según explica el decreto en mención, fundamentan la necesidad de unificar y actualizar la legislación de esta rama del derecho, incluyendo a su vez la armonización e integración con los códigos de la región en sus aspectos fundamentales.

Entre los cambios producidos encontramos, en materia de familia, la recepción de marcos regulatorios a una serie de conductas sociales. Entre ellas, las uniones convivenciales (arts. 509 a 528, CCyC).

En el presente trabajo nos proponemos analizar este instituto jurídico, escudriñar entre sus características y determinar si el legislador ha realizado una vuelta y giro a las fuentes y principios romanísticos. Particularmente, analizaremos las semejanzas que presenta esta novedosa institución con el matrimonio romano de la época clásica².

² SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, Barcelona, Bosch, 1960, p. 99, sostiene: «El derecho clásico del matrimonio es, sin duda alguna, el logro más impresionante del genio jurídico de Roma. Ya en los primeros tiempos de la historia de la civilización, apareció un Derecho matrimonial humano, esto es,

FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DE LAS UNIONES CONVIVENCIALES EN EL CÓDIGO... ■

II. RECONOCIMIENTO NORMATIVO DE LAS UNIONES CONVIVENCIALES

Con la regulación de las uniones convivenciales, se ha pretendido reconocer una situación de hecho, con fundamento en el concepto de familia de raigambre constitucional. Asimismo, en función de sus características, se ha intentado brindar un equilibrio entre el respeto a la autonomía de la voluntad y la protección de aquellos individuos que, sin la intervención estatal, verían afectados sus derechos.

En función de la terminología utilizada, abarca una pluralidad de manifestaciones ya sea, parejas que han decidido convivir antes de contraer matrimonio; las que han optado voluntariamente por no casarse, los casos de sectores excluidos o vulnerables y las parejas del mismo sexo³.

Con relación a esto último, las críticas que se han alzado contra reformas como la introducida en Argentina por la ley 26.618 que permitió que personas del mismo sexo contrajeran matrimonio, no tendrían lugar con los vocablos elegidos para este instituto jurídico.

En efecto, no obstante la interpretación dinámica que debe primar a fin de acompañar la evolución y condiciones de vida actuales, se ha sostenido que en función del significado etimológico de «nupcias» y «matrimonio» sólo era posible utilizar estos términos, al referirse a la unión entre el hombre y la mujer. Desde este punto de vista, se ha llegado a afirmar que lo contrario implicaría la afectación de la técnica y precisión que caracterizaría al lenguaje del derecho⁴.

En el caso de las uniones convivenciales⁵ no sólo se superan estas críticas sino también, el término peyorativo de «concubinato» receptado en el Código de Vélez.

Asimismo, en función de las normas que se encuentran en el vértice del ordenamiento jurídico argentino –Constitución Nacional y Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional–, las uniones convivenciales constituyen la recepción normativa de la unión familiar en sentido

basado en la idea humana del *matrimonio concebido como unión libre y disoluble en que viven ambos cónyuges en un pie de igualdad*» (el destacado nos pertenece).

³ LORENZETTI, R. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 279.

⁴ ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Terminología, definiciones y ritos de las nupcias romanas. La trascendencia de su simbología en el matrimonio moderno*. Madrid, Dykinson, 2006, p. 13 s.

⁵ BUERES, A., *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 2, *Relaciones de Familia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, p. 298, afirma: «...lo cierto es que se trata de una expresión que no tiene arraigo dentro de nuestro lenguaje jurídico y mucho menos tiene una aceptación social. Es cierto, por último, que se trata de una expresión que no cuenta con implicancias disvaliosas sino que alude a un comportamiento que ha sido socialmente aceptado».

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

amplio, como así también y, en consecuencia, la realización de los principios de igualdad y no discriminación.

Aún más, constituye el cumplimiento del deber que tiene el Estado argentino de no favorecer la ocurrencia de situaciones de discriminación ya sea por acción u omisión, de *iure* o *de facto*. En este sentido, tiene dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) que, «[l]os Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, (...)»⁶.

En esta línea, la Corte IDH ha expresado que, «en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo ‘tradicional’ de la misma. (...) el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho, donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio»⁷.

El deber del Estado argentino de «protección integral de la familia» contenido en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, debe complementarse con lo preceptuado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las decisiones que emanan de la Corte IDH.

En función de lo expuesto, el concepto convencional y constitucional de familia responde a una pluralidad de realidades y formas familiares que la legislación no puede ignorar y que mediante la recepción del instituto jurídico en análisis, intenta materializar. La autonomía personal, como principio fundamental de nuestro sistema jurídico, nutre la posibilidad de que las personas elijan una forma de vida familiar que se caracteriza por la ausencia de orden y organización, a diferencia de lo que ocurre en la unión matrimonial⁸.

En este sentido, debemos señalar que así como existe un derecho de rai-gambre constitucional a contraer matrimonio, existe también un derecho constitucional a «no casarse» y a vivir en una forma familiar diversa. Por eso la protección de los convivientes se logra en el CCyC sancionado, en tanto reconoce la forma familiar convivencial en el derecho escrito, previendo efectos tanto en la armonía como en el cese de la unión⁹.

⁶ Corte IDH, 24/II/2012, «Atala Riffo c/ Chile», párr. 80.

⁷ Corte IDH, 24/II/2012, «Atala Riffo c/ Chile», párr. 142 y Opinión Consultiva OC-17/02 del 28/VIII/2002, párrs. 69 y 70. Este concepto de «vida familiar» ha sido reiterado en los casos «Fornerón e hija vs. Argentina», del 27/IV/2012 y «Gretel Artavia Murillo y otros (‘Fecundación in vitro’) vs. Costa Rica», del 28/XI/2012.

⁸ LLOVERAS, N., *Libertad con responsabilidad y solidaridad: la regulación de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial*, 15 de Julio de 2015, www.infojus.gov.ar, Id SAIJ: DACF150401 (última consulta realizada 24 de abril de 2017).

⁹ LLOVERAS, N., *Libertad con responsabilidad y solidaridad: la regulación de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial*, cit.

FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DE LAS UNIONES CONVIVENCIALES EN EL CÓDIGO... ■

III. EL MATRIMONIO ROMANO Y LAS UNIONES CONVIVENCIALES

De acuerdo con las fuentes, en Roma el matrimonio era un *factum*¹⁰, es decir, una situación de hecho que se mantenía por la presencia de la *affectio maritalis*¹¹. En las Institutas de Justiniano encontramos que se lo define como «la unión del varón y de la mujer que contiene la costumbre indivisa de la vida»¹².

Por su parte, las uniones convivenciales se definen como una unión basada en relaciones afectivas¹³ de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida en común, sean del mismo o diferente sexo¹⁴. Ello, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 509 del CCyC.

III.1 Elementos constitutivos y prueba de su existencia

Con relación al matrimonio romano de la época clásica, Bonfante señala que resultan necesarios dos requisitos, la cohabitación y la intención marital o *affectio maritalis*¹⁵. El elemento objetivo podría llegar a estar ausente, pero si se encuentra presente la *affectio*, el matrimonio existe¹⁶.

¹⁰ D'ORS, A., *Elementos de derecho privado romano*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1975, p. 131, sostiene: «Si la *manus* es un derecho, el matrimonio por sí mismo, no es más que una situación de hecho, pero que produce consecuencias jurídicas... En el concepto romano pagano, hay matrimonio legítimo (*iustiae nuptiae*) cuando un hombre (*vir*) y una mujer (*uxor*) que han alcanzado la pubertad y no tienen impedimento para hacerlo, conviven con apariencia conyugal honorable (*honor mariti, affectio maritalis*)».

¹¹ PUGLIESE, G., *Istituzioni di Diritto Romano*, Torino, Giappichelli, 1991, p. 140, sostiene: «Il matrimonio si fonda sull' *affectio maritalis*, che già i romani intendevano, più o meno esplicitamente, como consenso continuato».

¹² I.1,9,1. En la misma línea encontramos la definición de Modestino en D.23,2,1.

¹³ BUERES, A., *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 2, cit., p. 300, afirma: «Resulta incuestionable que la ambigüedad de la expresión (relaciones afectivas) generará no pocas dificultades interpretativas acerca de su alcance. Constituirá una tarea imposible para el interesado probar la existencia de afecto y para el juzgador evaluar si dicha demostración se ha concretado, ya que ese sentimiento es difícil de aprehender en términos jurídicos».

¹⁴ BUERES, A., *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 2, cit., p. 299, sostiene: «A partir de la ley 26.618 que permitió la celebración del matrimonio entre personas sin que sea obstáculo para ello la identidad de sexo de los contrayentes, resultaba ineludible reconocer que la unión convivencial podía configurarse también entre personas del mismo sexo. Ello es así porque no resultaba lógico que en tal caso pudieran contraer matrimonio con todos sus efectos legales y que la mera convivencia no tuviera consecuencia legal alguna. Es una simple consecuencia del axioma que dice que quien puede lo más puede lo menos».

¹⁵ PUGLIESE, G., *Istituzioni di Diritto Romano*, cit., p. 391, afirma: «Il rapporto matrimoniale non consisteva in un vincolo che, sia apure dissolubile col divorcio, durasse indipendentemente dagli elementi materiali (convivenza) e spirituali (*affectio maritalis*) che lo caratterizzavano in línea di fatto: finchè invero questi, o almeno l' *affectio maritalis*, persistevano, il matrimonio coi relativi effetti giuridici perdurava, altrimenti si scioglieva».

¹⁶ BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho Romano*, traducción del 8.ª edición italiana, Madrid, Instituto Editorial Reus, pp. 181-183.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

En las fuentes encontramos un pasaje de Ulpiano que refrenda esta afirmación: *Cui fuerit sub hac conditione legatum: si in familia nupsisset, videtur impleta conditio statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit; nuptias enim non concubitus, sed consensus facit*¹⁷.

Así también, el mismo jurista en otra opinión con relación a la validez de las donaciones entre cónyuges que habitaron separados por largo tiempo, sostiene que si ambos guardaron recíprocamente su condición matrimonial, las donaciones no son válidas, porque es la *affectio maritalis* lo que constituye el matrimonio¹⁸.

En forma coincidente, Ulpiano afirma: *Nuptias non concubitus sed consensus facit*¹⁹ En la misma línea se pronuncia Pomponio al hacer referencia a los efectos del *postliminium*²⁰. entre otras referencias que es posible encontrar en el *Corpus Iuris Civilis*²¹. Como sostiene Schulz²², aunque es cierto que *consensus facit nuptias*, el matrimonio no es (como la *societas*) un contrato consensual, ya que no crea obligaciones sino más bien un *status*.

El elemento subjetivo resulta un estado de voluntad cotidiana, es decir que el consentimiento de llevar adelante una vida en común, debía ser permanente y estar presente a lo largo de la relación y no solamente al inicio²³.

Lo señalado precedentemente indica que nos encontramos ante un *factum* y no frente a un acto jurídico, es decir, si estaba presente la *affectio*, tenía lugar el matrimonio. Sin embargo, si el elemento subjetivo se encontraba ausente, el matrimonio desaparecía «con la fluidez característica de lo meramente fáctico»²⁴.

¹⁷ D.35,1,15: «Si a una se le hubiere legado bajo esta condición: si se hubiera casado en la familia, se considera cumplida la condición inmediatamente que fue tomada por mujer, aunque todavía no hubiera ido a la cámara del marido; porque no el concubito, sino el consentimiento, constituye las nupcias». Trad. GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, II, Valladolid, Lex Nova, 1988, p. 714.

¹⁸ D.24,1,32,13: *Si mulier et maritus diu seorsim habiteverint, sed honorem matrimonii invicem sibi habebant (quod scimus interdum et inter consulares personas subsequutum), puto donationes non valere quasi duraveverint nuptiae: non enim coitus matrimonium facit sed maritalis affectio*.

¹⁹ D.50,17,30: «No el concubito sino el consentimiento constituye las nupcias». Trad. GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, III, cit., p. 947. SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, cit., p. 106, afirma: «... aunque es dudoso que este libro haya sido escrito por Ulpiano, la regla transcrita, revela en forma máxima (y, por tanto, de un modo preciso), el principio humano que inspira todo el Derecho clásico del matrimonio. En Derecho Clásico, el matrimonio se concluye mediante acuerdo no formal. No se exige por la ley, fórmula o acto simbólico alguno, ni colaboración de un sacerdote o magistrado, ni siquiera la inscripción en un registro oficial... Todas estas formalidades no parecen compatibles con la especial dignidad de este acto».

²⁰ D.49,15,14,1.

²¹ D.20,1,4; D.23,1,11; D.23,2,65,1; D.49,15,14,1 y C.5,4,6.

²² SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, cit., p. 107.

²³ PONS DE LA VEGA DE MIGUENS, N., *Derecho de Familia en el Derecho Romano*, Buenos Aires-Córdoba, Ed. Lerner, 1976, p. 50 s.

²⁴ ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Terminología, definiciones y ritos de las nupcias romanas. La trascendencia de su simbología en el matrimonio moderno*, cit., p. 32.

FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DE LAS UNIONES CONVIVENCIALES EN EL CÓDIGO... ■

Asimismo, el matrimonio romano se encontraba exento de formas y el modo de probar el requisito intencional era a través de «declaraciones de los cónyuges mismos o de los parientes y amigos, (...), mediante la manifestación exterior, o sea el *honor matrimonii* que es el modo de tratarse, en todas las formas como se deben tratar dos cónyuges (...)»²⁵.

Esta ausencia de formalidades se encuentra plasmada en el libro quinto del Código justiniano, donde es posible hallar una serie de Constituciones Imperiales que nos muestran esta realidad²⁶.

Así, encontramos una Constitución Imperial donde se hace mención a los elementos objetivo y subjetivo y a las consecuencias jurídicas de su conjunción, sin mediar formalidad alguna: *Si vicinis vel aliis scientibus uxorem liberorum procreandorum causa domi habuisti, et ex eo matrimonio filia suscepta est, quamvis neque nuptiales tabulae, neque ad natam filiam pertinentes factae sunt, non ideo minus veritas matrimonii aut susceptae filiae suam habet potestatem*²⁷.

En función de lo hasta aquí expuesto, es posible observar que, con miras a lo preceptuado en el artículo 509, CCyC, las uniones convivenciales comparten los mismos caracteres que conceptualizan el matrimonio romano de la época clásica.

En efecto, resultan uniones desprovistas de solemnidades legales de dos personas que deciden llevar adelante un proyecto de vida compartido, es decir, no existe un acto jurídico de constitución o reconocimiento, sino que resulta una situación de hecho que el ordenamiento jurídico reconoce.

Puede entenderse que la unión convivencial ostenta la ausencia de las formalidades del matrimonio, pues se trata de una regulación diferenciada del mismo, en reconocimiento del derecho a formar una familia no matrimonial, con efectos propios²⁸.

Al igual que en el matrimonio romano clásico, también resulta indispensable la conjunción de dos elementos: la convivencia y la voluntad de vida en común, resultando principal el elemento subjetivo. Esto último se desprende

²⁵ BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho Romano*, cit., p. 182: «En Roma no era necesaria ninguna formalidad para el matrimonio *sine manu*, con excepción de las personas ilustres o con rango senatorial: N., 117, 4; N., 74, 4». Exigencias estas últimas que, conforme afirma Ortega Carrillo de Albornoz, no significaban formalidades para unirse en matrimonio, sino que tenían como finalidad «aportar pruebas para la legitimidad de los hijos, y evitar litigios sobre sustanciosas herencias» (*op. cit.*, p. 55.)

²⁶ C.5,3,5; C.5,4,2; C.5,4,6.

²⁷ C.5,4,9: «Si sabiéndolo los vecinos u otras personas tuviste mujer en tu casa para procrear hijos, y de este matrimonio nació una hija, aunque no se hicieron ni los instrumentos nupciales, ni los pertenecientes a la hija nacida, no por esto tiene menos fuerza la verdad del matrimonio o del nacimiento de la hija». Trad. GARCIA DEL CORRAL, I., *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, IV, p. 560.

²⁸ LLOVERAS, N., *Libertad con responsabilidad y solidaridad: la regulación de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial*, cit.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

de lo preceptuado en el artículo 523 del CCyC, donde al enumerar las causales de cese de la unión convivencial, se menciona, entre ellas, el cese de la convivencia mantenida. La norma agrega que la interrupción de la convivencia no implica su cese si obedece a motivos laborales u otros similares, siempre que permanezca la «voluntad de vida en común» (art. 523, inc. g, CCyC).

Con relación a esto último, el CCyC no realiza ninguna especificación. No obstante, remitiéndonos a las fuentes romanas, es posible interpretar que la norma hace referencia a la antigua *affectio maritalis* o consentimiento al que hacíamos referencia en párrafos precedentes al analizar el matrimonio romano.

Conforme fue expuesto, no existe ninguna forma impuesta para que tenga lugar la unión convivencial, circunstancia que reafirma que es un hecho jurídico y que presenta como principal consecuencia que para el cese de la unión, tampoco resulta necesaria ninguna formalidad específica, al igual que ocurría con el matrimonio romano.

En cuanto al modo de probar su existencia, también encontramos un punto en común: resulta válido cualquier medio probatorio que permita acreditarlo. La inscripción en el registro de uniones convivenciales resulta prueba suficiente, pero no la única (art. 512, CCyC).

En este aspecto, resulta claro que, por la cercanía de la sanción del CCyC, aún no contamos con jurisprudencia que se haya expedido al respecto. No obstante, al igual que en Roma, el trato ostensible que se dieran los convivientes, como así también el testimonio de vecinos, amigos o familiares, podría constituir prueba suficiente que acredite que tuvo lugar la unión convivencial.

III.2 Requisitos e Impedimentos

Existen requisitos cuya ausencia, tanto en el matrimonio romano como en las uniones convivenciales, conlleva a la falta de reconocimiento jurídico y en el caso romano, a la ilicitud de la unión²⁹.

Desde un punto de vista negativo, estos requisitos son denominados impedimentos. Entre los llamados impedimentos absolutos, encontramos la edad. En el caso de las uniones convivenciales, el CCyC exige ser mayor de edad, es decir mayor de 18 años³⁰.

Por su parte, en Roma, el matrimonio era válido si los contrayentes poseían capacidad natural, es decir, que fueran púberes, esto es, contar con la

²⁹ I.1,10,12; D.23,2,55 pr.

³⁰ Art. 510, inc. a), del CCyC.

FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DE LAS UNIONES CONVIVENCIALES EN EL CÓDIGO... ■

edad de 14 años los varones y 12 años las mujeres³¹. A su vez, se exigía contar con capacidad jurídica (*ius connubi*).

En cuanto al consentimiento, no sólo se requería el de los esposos, sino también el del *pater familias*³², este último resultó un requisito atemperado con el correr de los tiempos.

También encontramos el impedimento de ligamen, esto es la existencia de un matrimonio anterior no disuelto legalmente. Lo mismo ocurre en el caso de las uniones convivenciales que a su vez, exige que tampoco se encuentre registrada otra convivencia de manera simultánea³³.

En cuanto a los impedimentos relativos, en Roma, el parentesco de sangre en línea recta en todos los grados constituía un impedimento³⁴. Por su parte, el parentesco en línea colateral fue regulado de distintas maneras según la época y Justiniano restauró la regla de la distancia de un progenitor³⁵.

En igual sentido, de acuerdo con lo regulado en el artículo 510 CCyC, los convivientes no pueden encontrarse unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado³⁶.

En cuanto al parentesco por afinidad, en Roma se encontraban impedidos de contraer matrimonio el padre y la viuda del hijo, el padrastro viudo o divorciado y la hijastra, como así también, la suegra y el yerno o el suegro y la nuera³⁷. En concordancia, en las uniones convivenciales no es válida la unión entre aquellos que se encuentren unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta³⁸.

A diferencia de la actualidad, en Roma existían impedimentos provenientes del desempeño de un cargo, como es el caso de los gobernadores que no podían contraer matrimonio con la mujer que vivía en la provincia en la que gobernaba³⁹.

Finalmente, el CCyC exige que la convivencia se mantenga por el lapso no inferior a dos años⁴⁰. Esto significa que recién luego de transcurrido ese lapso, la unión convivencial producirá los efectos jurídicos que la ley estable-

³¹ D.23,2,4.

³² I.1,10 pr.

³³ Art. 510, inc. d), del CCyC.

³⁴ I.1,10,1; II, 10,5; D. 23,2,14,2; D.23,2,53.

³⁵ ARIAS RAMOS, J., *Derecho Romano*, II, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1958, p. 707 s. Ver, I.1,10,2-4.

³⁶ Art. 510, inc. b), del CCyC.

³⁷ I.1,10,6-7.

³⁸ Art. 510, inc. c), del CCyC.

³⁹ ARIAS RAMOS, J., *Derecho Romano*, II, cit., p. 708.

⁴⁰ Art. 510, inc. e), del CCyC.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

ce⁴¹. El requisito de un plazo mínimo a lo largo de los distintos períodos, no lo encontramos en Roma.

Resulta menester señalar que las exigencias para que tenga lugar la unión convivencial resultan coincidentes con los impedimentos matrimoniales enumerados en el artículo 403 del CCyC, en particular con los incs. a), b), c), d) y f)⁴², los cuales, conforme fue analizado en el presente acápite, resultan de indudable fuente romanística.

III.3 Régimen patrimonial

En lo que refiere al régimen patrimonial, en Roma dependía de que el matrimonio fuera con efecto *cum manu* o *sine manu*. En el primer caso, si la mujer era *sui iuris*, todo su patrimonio pasaba a ser propiedad del *pater familias* correspondiente a la familia en la que ingresaba. Sin embargo, si el matrimonio era con efecto *sine manu*, la situación de la mujer no se modificaba, pues, si era *sui iuris* lo continuaba siendo y si era *alieni iuris*, continuaba sometida a la *patria potestas* de su *pater*⁴³.

En el matrimonio con efecto *sine manu*, los patrimonios de los esposos se mantenían separados⁴⁴. Cada uno de los cónyuges podía disponer libremente de su propiedad tanto *inter vivos* como *mortis causa*⁴⁵.

En este punto, la mujer *sui iuris* conservaba la propiedad de los bienes llevados al matrimonio y resultaban suyos los adquiridos por herencia, legado, donación o por otro medio⁴⁶.

En el caso de las uniones convivenciales la regla es la autonomía de la voluntad, en el sentido de que los convivientes pueden determinar el modo en que ordenarán sus relaciones económicas.

⁴¹ BUERES, A., *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 2, cit., p. 306.

⁴² Artículo 403 del CCyC: «Impedimentos matrimoniales. Son impedimentos dirimentes para contraer matrimonio: a) el parentesco en línea recta en todos los grados, cualquiera que sea el origen del vínculo; b) el parentesco entre hermanos bilaterales y unilaterales, cualquiera que sea el origen del vínculo; c) la afinidad en línea recta en todos los grados; d) el matrimonio anterior, mientras subsista; (...)»; f) tener menos de dieciocho años; (...)».

⁴³ SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, cit., p.113, sostiene: «En la época clásica, cuando la *manus* desaparece y predomina el matrimonio libre, se consigue lo que constituye la aspiración del movimiento humanitario: situar al marido y a la mujer en un plano de igualdad. Los matrimonios libres no producían efectos patrimoniales inmediatos. El marido y la mujer continuaban siendo propietarios de los bienes que tuviesen al contraer matrimonio; los bienes adquiridos por uno de ellos durante el matrimonio, eran también propiedad de quien los adquiría».

⁴⁴ ODERIGO, M., *Sinopsis de Derecho Romano*, Buenos Aires, Depalma, 1982, p. 93.

⁴⁵ SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, cit., p. 113.

⁴⁶ C.5,14,8; D.23,3,9,3.

FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DE LAS UNIONES CONVIVENCIALES EN EL CÓDIGO... ■

No obstante, de no mediar pacto de convivencia que regule la cuestión, el artículo 518 del CCyC, establece que rige la separación de patrimonios y, en consecuencia, cada integrante ejerce libremente las facultades de administración y disposición de los bienes de su titularidad, con la restricción que rige con relación a la vivienda familiar y a los muebles indispensables que se encuentren dentro de ella. Asimismo, el Código exige en el artículo 520, la contribución de los convivientes a los gastos del hogar.

Como vemos, de acuerdo con la regla impuesta en el artículo 518 del CCyC, es posible afirmar que resulta el matrimonio libre o *sine manu* el antecedente romano de las uniones convivenciales en lo que refiere al régimen patrimonial.

Ni en el matrimonio romano ni en las uniones convivenciales del CCyC, se consagra el deber de prestar alimentos entre sus miembros. En Roma, la obligación alimentaria entre determinados parientes comienza a reconocerse en los tiempos de Antonino Pío⁴⁷. En ninguna norma sobre las uniones convivenciales se alude en forma expresa a la prestación alimentaria entre convivientes. El artículo 519 del CCyC se refiere a la asistencia, sin mencionar ninguna prestación económica que cubra las necesidades de las personas que viven juntas, por lo que corresponde interpretar dicha norma en el sentido que alude exclusivamente al deber de asistencia moral⁴⁸.

III.4 Cese de la unión convivencial y del matrimonio romano

En función de lo mencionado con anterioridad, ni las uniones convivenciales ni el matrimonio romano requieren formalidades especiales para su constitución, como así tampoco para su disolución⁴⁹.

⁴⁷ ALBURQUERQUE, J., «Conjeturas e indicios previos a la regulación de Antonino Pío y Marco Aurelio acerca de la prestación de alimentos en derecho romano», *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña* 10, 2006, p. 12, afirma: «En este sentido cabría recordar que la mayoría de los estudiosos no duda en señalar, principalmente, que la prestación alimentaria emerge en los tiempos de Antonino Pío. Así lo escribe D'Ors, entre otros (al hablar de deudas de alimentos entre parientes) 'se admitió desde Antonino Pío este tipo de reclamación ante los cónsules'». SACCOCCIO, A., «Dall'obbligo alla prestazione degli alimenti alla *obligatio ex lege*», *Revista Roma è America*, Mucchi, 35/2014, p. 9, sostiene: «Per quanto riguarda le ragioni dell'emersione storica di tale dovere, mi pare che le fonti confortino l'ipotesi per cui il punto di partenza sia costituito da richieste dei patres di essere alimentati dai figli ancora in potestate (e non viceversa), e solo successivamente il suo ambito applicativo sarebbe stato setoso a richieste corrispettive dei figli nei confronti dei genitori, anche al di fuori del vincolo potestativo, e por, forse, nei rapporti del figlio con la madre o con gli avi e gli altri ascendenti del lato paterno (*agnati*) o reciprocamente, tra fratelli e sorelle». No hay referencia alguna a la obligación alimentaria entre cónyuges.

⁴⁸ AZPIRI, J., *Uniones convivenciales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, p.86.

⁴⁹ D'ORS, A., *Elementos de derecho privado romano*, cit., p.132, en ese sentido indica: «Siendo una *res facti*, el matrimonio romano se puede disolver en cualquier momento por la voluntad debidamente

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Entre las causales de disolución de las uniones convivenciales se encuentran, la muerte de uno de los convivientes y la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de ellos⁵⁰. Ambas resultan coincidentes con las enunciadas en el artículo 435 incs. a) y b) del CCyC, al indicar las causas de disolución del matrimonio. En las fuentes romanas, también encontramos el antecedente de las mismas causales⁵¹.

Para el supuesto de conviviente supérstite, queda claro la diferencia que existe respecto del matrimonio, ya que en el nuevo ordenamiento Civil y Comercial no existe vocación hereditaria entre convivientes, pero sí la atribución de la vivienda con un límite temporal máximo de dos años (artículo 527)⁵².

La causal de disolución «por matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros»⁵³ resulta una consecuencia del impedimento de ligamen relacionado con los requisitos enunciados en el artículo 510 del CCyC. Conforme fue mencionado en párrafos anteriores, el ligamen resulta un impedimento que también estaba vigente en el matrimonio romano⁵⁴.

En el Derecho Romano Clásico todo matrimonio, tenga o no el marido la *manus* sobre la mujer, puede ser disuelto por acuerdo de los cónyuges o por simple notificación hecha por uno de ellos al otro cónyuge⁵⁵. Todos los acuerdos que tiendan a excluir o limitar el divorcio son nulos y no es posible estipular una penalidad que castigue el divorcio⁵⁶.

El CCyC menciona tres causales que obedecen en forma directa al cumplimiento y materialización de los elementos subjetivo y objetivo que componen la unión convivencial y que a su vez se reflejan en el matrimonio romano.

En primer lugar, el CCyC refiere al mutuo acuerdo⁵⁷, es decir, por decisión de ambos convivientes que frente a la ausencia de ánimo y voluntad de vida en común, deciden finalizar la convivencia. En Roma, la exigencia radi-

notificada (*repudium*) del cónyuge que abandona al otro (*divortium*). Se extingue también por la muerte, o por la pérdida de la libertad o de la ciudadanía de un cónyuge».

⁵⁰ Artículo 523, inc. a) y b) del CCyC.

⁵¹ D.24,2,1.

⁵² CALVO COSTA, C., *Código Civil y Comercial de la Nación anotado con la relevancia del cambio*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 183.

⁵³ Artículo 523, inc. c) del CCyC.

⁵⁴ PUGLIESE, G., *Istituzioni di Diritto Romano*, cit., p. 398, en ese sentido manifiesta: «...il carattere monogamico del matrimonio, quale si era ormai consolidato, escludeva la possibilità di contrarre un secondo matrimonio. Si può sostenere che il solo fatto di contrarre un secondo matrimonio determinasse lo scioglimento del primo per il palese venir meno della relativa *maritalis affectio*».

⁵⁵ SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, cit., p. 128, sostiene: «En ambos casos se exigía la cesación de la vida en común».

⁵⁶ SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, cit., p.126.

⁵⁷ Art. 523, inc. e) del CCyC.

FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DE LAS UNIONES CONVIVENCIALES EN EL CÓDIGO... ■

caba en que el ánimo de separación fuera perpetuo y no resultado de peleas de momento que implicaran afirmaciones de separación o repudio⁵⁸.

En segundo lugar, el CCyC menciona la voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro⁵⁹. En este punto, el Digesto también nos evidencia la posibilidad de divorcio por voluntad de uno solo de los esposos: *Si poenituit eum, qui libellum tradendum divortii dedit, isque per ignorantiam mutatae voluntatis oblatus est, durare matrimonium dicendum, nisi poenitentia cognita is, qui accepit, ipse voluit matrimonium dissolvere; tunc enim per eum, qui accepit, solvitur matrimonium*⁶⁰.

Finalmente, la ausencia del elemento objetivo, es decir, el cese de la convivencia constituye otra causal. Con la excepción, conforme ya fue mencionado, de que permanezca el elemento subjetivo durante la interrupción de la convivencia por razones laborales o similares, es decir, que permanezca la voluntad de vida en común⁶¹, extremo este último que coincide con lo que ocurría en el matrimonio romano⁶².

Hasta aquí, como vemos, todas las causales enunciadas encuentran su paralelismo en forma directa con el matrimonio romano y sus causales de disolución. Sin embargo, cabe mencionar que, a diferencia del matrimonio romano, la unión convivencial también contempla el matrimonio de los convivientes, extremo que señala claramente la diferencia entre ambos regímenes jurídicos y la posibilidad de optar entre una u otra institución jurídica, con sus correspondientes efectos y consecuencias familiares, sociales, culturales y patrimoniales.

Ello es así, ya que el legislador con miras a la realización de los derechos y a los principios de igualdad y no discriminación, no podría imponer estándares de protección similares a los que corresponden a la institución matrimonial, pues ello afectaría el principio de libertad y de autonomía de la voluntad contenidos en el artículo 19 de la Constitución Nacional y en diversos tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

⁵⁸ D.24,2,3.

⁵⁹ Artículo 523, inc. f) del CCyC.

⁶⁰ D.24,2,7: «Si se arrepintió el que dio la demanda de divorcio para que se entregara, y ésta fue presentada por ignorarse que se había cambiado de voluntad, se ha de decir que subsiste el matrimonio, a no ser que, conocido el arrepentimiento, haya querido el mismo que la recibió, disolver el matrimonio; porque entonces se disuelve el matrimonio por el que la recibió». Trad. GARCIA DEL CORRAL, I., *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, II, cit., p. 184.

⁶¹ Artículo 523, inc. g) del CCyC.

⁶² D.24,1,32,13.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

IV. CONCLUSIÓN

El deber de protección integral de la familia y diversas formas de la vida familiar, implica aceptar las distintas realidades y bajo ningún punto de vista, su reconocimiento normativo puede implicar la unificación de los requisitos y efectos de un modelo uniforme de familia como sería el matrimonio. Ello resultaría tan dañino e inconstitucional como la omisión de reconocer los derechos fundamentales que se desprenden de las diversas formas familiares.

En consecuencia, el legislador a través de las uniones convivenciales se ha limitado a reconocer un piso básico de derechos que permita la realización de los principios de solidaridad familiar, igualdad y no discriminación.

En virtud de lo expuesto, resulta claro que las uniones convivenciales no se equiparan al matrimonio actual, resultando esta última la institución que más derechos reconoce a sus integrantes.

Es así que, en función de la novedad que constituye la recepción normativa de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial, sus particularidades y diferencias con el matrimonio actual, nos enfrenta a la necesidad de recurrir al derecho romano y sus principios a fin de hallar un norte en la aplicación e interpretación de este nuevo instituto que se erige en el ordenamiento jurídico argentino.

A partir del recorrido realizado, ha sido posible establecer puntos en común y un paralelismo en diferentes aspectos con el matrimonio romano libre de la época clásica.

Así, hemos analizado que hay similitud en los elementos constitutivos, en la prueba de su existencia, en las causales de disolución, y en ciertos aspectos del régimen patrimonial.

Con relación al impedimento de parentesco, en las uniones convivenciales, se establece en línea recta sin limitación de grados y en línea colateral hasta el segundo grado. En tanto en Roma, se reguló el impedimento de parentesco en línea recta sin límite y colateral hasta el tercer grado (con algunas excepciones permitidas en época del emperador Claudio⁶³).

Ni en el Derecho Romano clásico, ni en el régimen de las uniones convivenciales se contemplan los alimentos, aunque se prevee el deber de asistencia entre los convivientes.

Entre las diferencias más notorias podemos señalar que las uniones convivenciales pueden darse entre personas del mismo sexo, que las uniones con-

⁶³ PUGLIESE, G., *Istituzioni di Diritto Romano*, cit., p. 396.

FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DE LAS UNIONES CONVIVENCIALES EN EL CÓDIGO... ■

vivenciales se pueden registrar y que no se reconoce vocación hereditaria entre los convivientes.

El matrimonio romano clásico era una unión de hombre y mujer, que no se registraba. En cuanto a la vocación hereditaria, a partir de la *bonorum possessio unde vir et uxor*, el cónyuge sobreviviente del matrimonio libre (*sine manu*), podía solicitar la posesión de los bienes hereditarios del cónyuge fallecido, aunque se encuentra en el último orden previsto en el edicto del pretor⁶⁴.

El recorrido realizado nos ha permitido ver que bajo el ropaje de un flamante e innovador instituto, el legislador actual ha realizado una vuelta a las fuentes y principios romanísticos, es decir, una vuelta al origen.

⁶⁴ DI PIETRO, A., *Derecho Privado Romano*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 355, sostiene: «IV. Llamamiento *unde vir et uxor*. A falta de los anteriores se llama finalmente al cónyuge supérstite, sea la *uxor* que sobrevive a la muerte del marido, o al *vir* en caso de ser éste el sobreviviente. Lo que se requiere es que el matrimonio subsista al tiempo de la muerte del cónyuge respectivo (Ulp. D.38,11,1). Hay que tener en cuenta que se debe tratar de un matrimonio *sine manu*...».

