

interesante en el derecho público español, ya que se dan cita los debates constitucionales más relevantes en torno a los principios estructurales del nuevo régimen político post absolutista, en el marco de un enfrentamiento ideológico y político entre conservadores y liberales de nuevo cuño y teniendo como influencia directa el proceso revolucionario francés de fines del XVIII.

En este marco uno de los debates más relevantes para el Derecho Administrativo hispano se produce sobre el sistema de separación de poderes, y como consecuencia de ello, el principio de independencia judicial y la conformación de la jurisdicción contencioso-administrativa. En este debate se enfrentan posiciones liberales de marcada influencia anglosajona clásica con posturas más afrancesadas, estas últimas impulsadas no sólo por el impacto ideológico de la gesta francesa, sino además por las propias circunstancias históricas en que se desarrolla el proceso de refundación del Estado y la Administración española, dominado –al igual que en el caso galo– por el impulso modernizador de la burguesía desde el aparato estatal. En esta disputa las fuerzas dominantes irán alternando en su posición de privilegio, evolucionando el Derecho Administrativo español desde planteamientos liberales clásicos a posiciones más continentales propias del “régimen administrativo” francés, lo que se consolida en 1845 con la creación de una jurisdicción contencioso-administrativa especial dentro de la propia Administración.

Como se puede apreciar, este proceso político y jurídico está cruzado por uno de los debates más relevantes y frecuentes del Derecho Administrativo: el sistema de justicia administrativa que constituya un modelo eficaz de control de la actividad administrativa. En este sentido, el trabajo del profesor Santamaría Pastor constituye un texto que nos invita a reflexionar sobre el tema, analizando con una perspectiva actual los argumentos que tuvieron los legisladores de aquella época para optar por el sistema apropiado, asumiendo los presupuestos ideológicos y las consecuencias jurídicas que ello importa.

Lo anterior, evidentemente, supera el estrecho margen del Derecho español –y ese es el gran mérito del libro–, y nos impulsa al desafío de realizar un trabajo jurídico de reconstrucción de nuestro Derecho Administrativo, en que superando los planteamientos ideológicos actuales estudiemos seriamente los orígenes de nuestras instituciones jurídicas en este ámbito. Superar el oscurantismo de nuestra doctrina sobre el Derecho Público en el periodo de formación de nuestra república es una tarea que debiera convocarnos, aunque sólo sea como un acto de erudición académica sin fines prácticos.

*Juan Carlos Ferrada Bórquez*

DOI: 10.4067/S0718-09502007000100016

NOVELLINO, NORBERTO J. *La pareja no casada. Derechos y obligaciones*. Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2006 (332 pp.)

La obra que se reseña está dividida en 31 capítulos, cada uno de ellos dedicado a un tema específico, a los que siguen algunos modelos de escritos procesales, un pequeño compendio de jurisprudencia y un apéndice legislativo. Esta sistematización no favorece la lectura razonada del texto por distintas razones. La configuración de los capítulos no

sigue el criterio de transitar desde los temas generales hacia los específicos, tampoco el de agruparlos según su contenido. Ello conlleva la repetición de contenidos y las remisiones poco claras.

El autor, luego de una breve exposición sobre la evolución histórica del concubinato (que él prefiere denominar “pareja no casada”), se refiere a los requisitos del mismo. Siguiendo a Bossert, enumera la comunidad de lecho, la cohabitación y comunidad de vida, la notoriedad, la singularidad y aparente fidelidad recíproca y la permanencia, y distingue entre los concubinatos de personas libres y aquellos adulterinos. En cuanto a quiénes pueden formar un concubinato, sigue la tendencia de que siendo éste una apariencia de matrimonio, sólo puede existir entre un hombre y una mujer, apoyándose en un fallo de la Corte de Casación francesa que desechó la demanda de uno de los miembros de una unión homosexual que, ante el fallecimiento de su conviviente, pedía ser reconocido como sucesor en el arrendamiento de la vivienda que ocupaban. En cuanto a la prueba del concubinato, hace extensiva la disposición del art. 18 de la Constitución de Argentina de que “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo” al punto, aseverando, sin mayor argumentación, que tal prohibición no se limita al ámbito penal sino que se extiende también al civil, comercial o cualquier otro.

Interesante para nuestro ordenamiento jurídico aparece el capítulo dedicado al concubinato y sociedad de hecho, en virtud de la doctrina jurisprudencial que ha sentado la Corte Suprema nacional de regular los efectos patrimoniales de la unión de hecho asimilándola a tal sociedad. El autor plantea la tesis de que ambas instituciones no pueden confundirse ni asimilarse sin más. Citando alguna jurisprudencia argentina, sostiene que siempre será necesaria la prueba de la existencia de la sociedad de hecho, específicamente, de la *affectio societatis*, del aporte efectuado por cada integrante de la pareja y de la participación en las ganancias y en las pérdidas.

En relación con el matrimonio nulo, resulta novedoso para el derecho matrimonial chileno el análisis del art. 223 del Código Civil de Argentina que parte del supuesto de un matrimonio contraído de mala fe por ambos cónyuges. La nulidad del mismo produce dos efectos: la unión será reputada como concubinato y, en relación con los bienes, se procederá según las reglas de la disolución de una sociedad de hecho, siempre que se prueben los aportes efectuados. Es decir, en este caso la asimilación del concubinato a la sociedad de hecho se produce por disposición legal y, por consiguiente, queda descartada la disolución según las reglas de la sociedad conyugal.

El tema de la reparación de los distintos tipos de daño que pueden sufrir los convivientes, y en relación con la crítica formulada a la sistematización de los temas de la obra, no está tratado con claridad. De los daños que sufren los concubinos a propósito de la ruptura de la relación se pasa a aquellos que puedan soportar por muerte de uno de ellos y a los perjuicios que pudiesen irrogar los concubinos a terceros. Las soluciones planteadas por el autor son controvertibles. Sostener que en el concubinato “las decisiones se dan en el ámbito de la privacidad, en el cual no tiene influencia alguna el Estado” (p. 87) y paralelamente aplicar por analogía las normas legales relativas a la separación personal con el objeto de concederle indemnización de perjuicios a la concubina abandonada invocando, sin mayores explicaciones, razones de similitud y equidad

(p. 94), parece inconsistente. Por otra parte, los argumentos planteados para adherir a la tesis doctrinal favorable al resarcimiento de los perjuicios del concubino que soporta la muerte de su conviviente causada ilícitamente por un tercero, básicamente el que la disposición legal pertinente no distingue y, por lo tanto, no cabría hacerlo al intérprete, denotan cierta insuficiencia.

A propósito del tratamiento que ciertas leyes especiales dan al concubinato, Novellino enuncia una cuestión general: las distintas posiciones que han adoptado los ordenamientos frente al hecho de la existencia de las uniones extramaritales y que consisten básicamente en equiparar los efectos de estas uniones al matrimonio, reconocerles legalmente ciertos derechos y obligaciones o abstenerse de cualquier regulación de las mismas, entregando la solución de los casos que se planteen a los tribunales. La exposición de las leyes argentinas que reconocen derechos a los concubinos coincide medianamente con las materias en que también nuestro ordenamiento ha contemplado su situación, es decir, en el ámbito laboral, previsional y de violencia intrafamiliar. En el derecho laboral, el autor distingue tres modelos en cuanto a la división del trabajo entre los convivientes de hecho, planteando para cada uno de ellos un posible reparto de las ganancias. Estas soluciones son más bien aparentes porque establecer que en caso que el concubino trabaje lucrativamente y la concubina realice las labores del hogar, la remuneración es del primero no percibiendo ella dinero alguno, es la constatación de un hecho y no una proposición para abordar la forma de cubrir los gastos familiares y de la mujer. En este contexto, Novellino emite algunos juicios sobre la concubina que, al menos en el plano académico, son inaceptables (como por ejemplo, suponer que la mujer empleará su sueldo en “comprarse ropa, cosméticos y/ o elementos propios de su coquetería o de su femineidad”).

Retomando el tema del concubinato y los alimentos, la obra da cuenta de algunas normas del Código Civil argentino novedosas para nuestro derecho de alimentos entre cónyuges. En efecto, el concubinato de uno de los cónyuges es causal de cesación de los alimentos que percibe del otro (art. 210) y en relación con el incumplimiento del derecho-deber de convivir, cualquiera de los cónyuges puede requerir judicialmente al otro para reanudar la convivencia interrumpida injustificadamente bajo apercibimiento de negarle alimentos. El fundamento y finalidad de estas normas son cuestionables a la luz de la naturaleza asistencial de los alimentos y a su presupuesto de un título legal que los justifique.

Por último, en cuanto a los derechos hereditarios de los concubinos, la situación descrita en la obra es similar a la de nuestro Código Civil. Lo mismo ocurre en relación con la violencia intrafamiliar y la presunción de paternidad del que vive en concubinato con la madre durante el período en el que se pudo producir la concepción.

*Susan Turner Saelzer*