

FAMILIA SIN MATRIMONIO, ¿MODELO ALTERNATIVO O CONTRADICCIÓN EXCLUYENTE?

Hernán Corral Talciani
Profesor de Derecho Civil

I. ¿FAMILIA SIN MATRIMONIO O FAMILIA SIN FAMILIA?*

Resulta curioso observar que casi ya no se oyen las voces que se escuchaban hasta hace algunos años y que anunciaban, con cierto regocijo, la crisis terminal e incluso la muerte de la familia. Se proclamaba el surgimiento de nuevas formas de relaciones afectivas y de procreación, que superarían la estructura familiar, estructura que —se decía— no era más que el reflejo de los esquemas de dominio y de fuerza determinados por el sistema económico imperante.

Hoy, en cambio, es posible apreciar una continua y creciente preocupación por la preservación, la protección y el fortalecimiento de la institución familiar. Una clara manifestación de esta tendencia mundial es la celebración en 1994 del Año Internacional de la Familia convocado por la Organización de las Naciones Unidas.

No obstante, este redescubrimiento de la familia puede resultar a veces nada más que el producto de una concepción tan dañina y peligrosa como aquella que propiciaba hasta hace poco su franca desaparición, aunque por cierto bastante más sutil. Hay sectores de opinión, en efecto, que pretenden conseguir el fortalecimiento de los valores familiares, pero a costa de privar de todo contenido sustancial a la familia en cuanto institución en la que se expresa una vital comunión de personas. Si la familia es reducida a un cascarón que conserva aparentemente su forma exterior, pero que sirve ahora para alojar en su interior todo tipo de relaciones y experiencias, entonces ya no será necesario anunciar la muerte de la familia; su socavamiento se habrá consumado por una vía más indirecta, pero igualmente destructiva.

Y ¿cuál es el “presente griego” que parece servir de medio idóneo para procurar esta desnaturalización *ad intra* de la familia? Pensamos que consiste en la desvinculación de la familia de la institución matrimonial. Desarraigando la vida familiar de la unión estable y jurídicamente formalizada en que consiste el matrimonio, con el pretexto de lograr una mayor apertura y una mejor adecuación a la realidad social, la familia quedará al aire de los vaivenes de las costumbres pasajeras, de las modas contingentes, y de las más cambiantes pretensiones humanas.

La “familia sin matrimonio” dejará el paso rápidamente a “la familia sin familia”. La cáscara sin contenido. De la auténtica familia no quedará más que la etiqueta...

* El texto recoge la conferencia dictada por el autor en el I Congreso Panamericano sobre Educación y Familia, realizado en Monterrey, México, los días 23, 24, 25 y 26 de mayo de 1994.

La separación de los conceptos de "familia" y "unión conyugal" constituye una fuerte tendencia cuya progresiva influencia puede apreciarse en distintos campos, pero principalmente en el del pensamiento jurídico. La desvinculación entre matrimonio y familia se plantea en este ámbito en una doble versión: 1° Se desnaturaliza jurídicamente la realidad matrimonial, y 2° Se atribuyen las ventajas y los efectos jurídicos propios del matrimonio a convivencias formadas al margen y muchas veces contra la institución matrimonial.

Que el matrimonio, en cuanto unión personal de hombre y mujer que los compromete en la radicalidad de sus naturalezas para la realización de una obra común, tiende a ser desprotegido por el instrumento jurídico, es algo característico de la evolución experimentada por la mayor parte de las legislaciones familiares del mundo occidental en las dos últimas décadas. Para comprobar esta desarticulación jurídica del matrimonio basta constatar hechos como los siguientes:

- 1° La reforma de la mayor parte de las legislaciones a partir de los años '70 en adelante, destinada a extender la aplicación del divorcio, haciéndolo procedente, en definitiva, en virtud del mutuo acuerdo o incluso de la voluntad unilateral de alguno de los cónyuges. El matrimonio deja de ser un compromiso permanente y se convierte, así, en unión esencialmente rescindible a voluntad de los miembros de la pareja; se transforma en el fondo, y más allá de las formalidades externas, en un concubinato más o menos legalizado.
- 2° La idea, aún no plenamente acogida pero con fuertes defensores, de ampliar el ropaje jurídico del matrimonio para dar cabida en él incluso a uniones de personas del mismo sexo. Hay ya legislaciones que reconocen el derecho a contraer matrimonio entre homosexuales, como Dinamarca por una ley de 1989¹. En otras latitudes (en U.S.A. por ejemplo), sectores influyentes del pensamiento jurídico critican como discriminación injustificada la negativa de los tribunales para aceptar estas uniones².

Pero ello no es todo. Como decíamos, la tendencia hacia la "desjuridización" de la unión conyugal se encuentra con un proceso aparentemente inverso, pero en realidad complementario si se mira el resultado: Se trata de concebir el matrimonio sólo como una alternativa opcional para formar una familia. De esta manera, las uniones extramatrimoniales no sólo deben dejar de ser estigmatizadas sino que, al revés, deben ser progresivamente entendidas como formaciones sociales legítimas e idóneas para cumplir funciones del todo similares a las del grupo instaurado por la pareja matrimonial. En esta concepción resulta lógico atribuir efectos jurídicos que hasta ahora estaban considerados únicamente en favor de la unión matrimonial, a meras convivencias de hecho, puesto que éstas pasan a reputarse familias tan respetables como lo son las surgidas mediante el matrimonio.

¹ Cfr. ROCA TRIAS, Encarna, "Familia, familias y derecho de la familia", en *Anuario de Derecho Civil*, t. XLIII, 1990, p. 1064.

² Cfr. HARVARD LAW REVIEW, "Sexual orientations and the law", vol. 102, mayo 1989, pp. 1605 y ss. En Europa, el Parlamento Europeo ha aprobado recientemente una resolución en el mismo sentido, la que ha sido severamente criticada por S.S. Juan Pablo II (Cfr. Mensaje del Angelus del día 20 de febrero de 1994, *L'Osservatore romano*, edic. lengua española, 25 de febrero de 1994).

2. EL PROBLEMA DE LA "FAMILIA DE HECHO"

Las uniones realizadas al margen de la unión formalizada, que es el matrimonio, han coexistido con éste desde su misma aparición. Siendo el matrimonio un compromiso voluntariamente asumido, es claro que su misma existencia conlleva la posibilidad de que se instauren convivencias queridas como no formales, sea para eludir los compromisos que implica la unión conyugal, sea para evitar la aplicación de prohibiciones o impedimentos legales para contraer el vínculo matrimonial.

Se trata, por tanto, de una forma social conocida desde antiguo. Los romanos le dieron el nombre de *concubinatus* (de *cum cubare*: acostarse con), enfatizando la cohabitación sexual que le es característica, y regularon algunos de sus aspectos más sobresalientes (Cfr. D. 25,7; C. 5,26). Lo propio hará posteriormente el Derecho castellano al reconocer y reglamentar la barraganía, especial forma de convivencia no matrimonial (Partida IV, título XIV). Se pretendía de esta manera que la ley no permaneciera ignorando uniones que, aunque de hecho, eran lo suficientemente frecuentes como para preocupar al legislador.

En la actualidad el fenómeno social de las uniones realizadas al margen del matrimonio tampoco ha desaparecido, y sigue siendo una realidad preocupante. En Chile, según los antecedentes disponibles, las personas que se declaran convivientes alcanzan el 3,4% de los mayores de 15 años, pero se intuye que la cifra puede ser mayor³. En otros países de América la situación es de bastante mayor magnitud: Los porcentajes de uniones de hecho, en relación con los matrimonios y las personas que permanecen célibes, van desde un 9,5% (Argentina), un 12,7% (México), un 25% (Venezuela), un 35,7% (República Dominicana) a un 46,7% (Guatemala). Se evidencia una mayor proporción de las uniones de hecho en los países centroamericanos y del Caribe; en algunos de éstos las uniones consensuales superan a las matrimoniales (por ej. en Guatemala, Honduras, El Salvador)⁴.

Los estudios realizados demuestran que esta realidad social en América Hispana no responde tanto a una actitud antisistema o contestataria, sino más bien a la pobreza y la marginación sociocultural que sufren ingentes sectores de la población. No se trata tanto de que se rechace la institución del matrimonio, sino de que no se cuenta con un expedito acceso a ella. Esto ha obligado

³ El Informe de la Comisión Nacional de la Familia, creada por el D. S. N° 162, de 1992, señala textualmente sobre este problema: "Las uniones de hecho constituyen un fenómeno extendido en nuestro país. Con datos del censo de 1982, el 3,4% de las personas mayores de 15 años se declararon convivientes, porcentaje que representa un 6,3% de todas las personas con pareja. De igual forma, las cifras de hijos nacidos fuera de matrimonio (ilegítimos), de los cuales un 66% corresponde a hijos reconocidos por ambos padres, son un signo claro acerca de la grave dimensión del problema, puesto que se presume que estos reconocimientos dobles son precisamente efectuados por convivientes (en los demás casos, es común que reconozca sólo uno de los progenitores). Según antecedentes de la Dirección General del Registro Civil, el número de hijos ilegítimos alcanzaría cerca del 34% del total de nacidos anualmente...". Sin embargo, debe notarse que el porcentaje de uniones no matrimoniales se ha mantenido relativamente estable desde 1952: cfr. MUÑOZ MICKLE, Mónica, y otros, *Chile en Familia. Un análisis sociodemográfico*, UNICEF - P. Universidad Católica de Chile, Instituto de Sociología, Santiago, 1991, pp. 56 y ss.

⁴ Cfr. JELIN, E., "El celibato y la autonomía personal: elección personal y restricciones sociales", Estudios demográficos y urbanos, vol. 4, enero-abril de 1989, citado en *Cambios en el perfil de las familias. La experiencia regional*, CEPAL, N. U., Santiago, 1993, p. 56.

también al legislador a adoptar previsiones en relación con las convivencias instauradas, muchas veces involuntariamente, al margen de las formalizaciones matrimoniales⁵.

No obstante, el problema del concubinato y de las consecuencias jurídicas que le son reconocidas o negadas, que podríamos decir es un tema clásico en Derecho, está tomando hoy una nueva y diversa dimensión al conectarse con las corrientes ideológicas de raíz europea que buscan la transformación radical de los valores familiares tradicionales.

Las uniones consensuales ya no son vistas sólo como un fenómeno social que habrá de regularse, pero siempre como marginal y accesorio, sino que se empieza a pensar que ellas son y deben ser reconocidas como núcleos creadores de relaciones familiares tan dignas y valorables jurídicamente como las nacidas en el seno de una familia matrimonial.

La desvinculación entre "matrimonio" y "familia" resulta idónea para expandir el concepto de familia a los efectos de incluir en él otros tipos de formaciones sociales generadas fuera de la unión conyugal, y entre las cuales un sitio particular ha de reservarse a las uniones concubinarias.

La familia, se nos señala, no es sólo la formalizada jurídicamente, sino también aquella que, aunque existiendo al margen de los cauces jurídicos, cumple igual función en cuanto núcleo de personas en el que se manifiestan el afecto y la solidaridad y se produce la generación y la educación de la prole. Desde la doctrina italiana nacerá la expresión que tendrá acogida en otros ámbitos: el Derecho no sólo debe reconocer a la "familia de derecho", sino también a la "familia de hecho".

La convivencia extramarital, de relación interpersonal de ámbitos determinados, pasará a gozar del reconocimiento como comunidad relacional de carácter orgánico e institucional. El concubinato se habrá transformado en "familia".

Una profesora española podrá decir, a tono con los tiempos, que "nos encontramos con un modelo en plena evolución. No existe la familia sino familias, formadas de acuerdo con modelos distintos y que no todas tienen traducción en el mundo jurídico", de modo que "no existe la familia, sino familias, lo que nos lleva a un sistema de modelos plurales, determinados previamente por la consideración que el grupo social tenga en cada momento de lo que deba considerarse como familia"⁶.

3. LA PROTECCION JURIDICA DE LA FAMILIA

La preocupación por la preservación de la familia, que se concibe como un elemento fundamental para la vida del hombre en comunidad, se ha traducido en una multiplicidad de consagraciones normativas en textos jurídicos de la más alta jerarquía e importancia.

⁵ Según se expresa en el estudio preparado por la CEPAL, sobre *Cambios en el perfil de las familias. La experiencia regional*, CEPAL, N.U., Santiago, 1993, p. 32, en el que se reproducen las conclusiones de los estudios socioantropológicos de Yves Charbit sobre la realidad familiar de los países del Caribe, "el principal factor determinante de las uniones consensuales es la pobreza. En efecto, las uniones consensuales ocurren principalmente en los sectores más pobres y con menor instrucción, por lo que puede decirse que, en su gran mayoría, no es una opción libre de las mujeres pobres, sino una imposición de la pobreza".

⁶ ROCA TRIAS, Encarna, ob. cit., p. 1063 y p. 1087.

Por una parte, un buen número de las constituciones redactadas en nuestro siglo dedican una o más disposiciones al reconocimiento y protección de la institución familiar.

Las constituciones europeas suelen valorar positivamente a la familia: La Constitución alemana de 1949 señala que la familia gozará de especial protección del ordenamiento estatal (art. 6.1°); la Constitución italiana de 1947 la reconoce como "sociedad natural" (art. 29); la Constitución portuguesa de 1976 afirma el derecho de todos a constituirla (art. 35) y la española de 1978 declara que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39). La Constitución de Irlanda, de 1937, señala textualmente que "El Estado reconoce a la familia como un grupo unitario natural, primario y fundamental de la sociedad y como institución moral poseedora de derechos inalienables e imprescriptibles, anteriores y superiores a toda ley positiva"; y agrega que: "El Estado se compromete, por lo tanto, a proteger la familia en su constitución y autoridad como base necesaria del orden social y como indispensable al bien de la Nación y del Estado" (art. 41).

En nuestro continente, los textos constitucionales son igualmente pródigos a la hora de hacer declaraciones sobre la familia. Algunos de ellos le destinan incluso todo un capítulo. Por de pronto, las Constituciones americanas con frecuencia declaran a la familia como institución social natural y básica. Así, para la Constitución de Costa Rica de 1949, la familia es "elemento natural y fundamento de la sociedad" (art. 52); para las Constituciones de Chile (1980), Nicaragua (1986) y Colombia (1991), se trata del "núcleo fundamental de la sociedad" (arts. 1, 70 y 42, respectivamente). Otros textos prefieren la expresión "célula fundamental de la sociedad": de este modo califican a la familia las Constituciones de Venezuela (1961), Paraguay (1967) y Ecuador (reformada en 1983), (arts. 73, 81 y 22, respectivamente). Para las Constituciones de El Salvador (1983) y Haití (1987), la familia es la "base fundamental de la sociedad" (arts. 33 y 259, respectivamente) y para las de Uruguay (1966) y Brasil (1988), simplemente "base de la sociedad" (arts. 40 y 226, respectivamente). La Constitución peruana de 1993 declara a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad (art. 4).

Buena parte de estos textos afirman que la familia merece la protección del Estado: en este sentido la Constitución de Cuba de 1976 (art. 34), de República Dominicana de 1966 (art. 8, N° 15), de Panamá de 1972 (art. 52), de Bolivia de 1967 (art. 194), de Honduras de 1982 (art. 111), de Guatemala de 1986 (art. 47) y las ya citadas de Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Brasil, Haití, Perú y Venezuela. Algunas Cartas precisan que esta protección la deben el Estado y la sociedad (Constituciones de Colombia y Nicaragua) o simplemente "la ley" (Constitución de México de 1917, art. 4).

La protección de la familia es adjetivada en ciertos textos constitucionales con calificativos tales como "especial" (Costa Rica y Brasil), "la más amplia posible" (República Dominicana), "integral" (Colombia). Otros textos prefieren explicitar el contenido de la protección: será "social, económica y jurídica", según la Constitución de Guatemala, o recaerá especialmente sobre "la organización y desarrollo de la familia", conforme a la Carta mexicana.

Además del deber de proteger a la familia, algunos textos constitucionales agregan otras responsabilidades como "propender al fortalecimiento" de la familia (Constitución de Chile), promover "el constante mejoramiento de su situación moral, cultural, económica y social" (Constitución de Paraguay), o bien,

velar "por el mejoramiento de su situación moral y económica" (Constitución de Venezuela) o "por su estabilidad moral y material" (Constitución de Uruguay).

Las declaraciones e instrumentos internacionales no son menos generosos a la hora de declarar la necesidad de reconocer y favorecer a la familia. La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) la reconoce como "el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado" (art. 16). La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) afirma que "Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella" (art. 6). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (1966), concibe a la familia como "elemento natural y fundamental de la sociedad" al que debe concederse "la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo" (art. 10); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (1966), señala que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado" (art. 23), y lo propio hace la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (1969): "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado" (art. 17).

Como caracteres comunes de la relevancia jurídica que se otorga a la familia en todos estos textos, incluidos en Constituciones o en instrumentos multi-regionales, podemos identificar los siguientes puntos:

- El Estado o la comunidad internacional reconocen en la familia una realidad que es prejurídica, y no creada o diseñada por las normas legales emanadas de la autoridad política estatal o de organismos supraestatales o paraestatales.
- Este reconocimiento implica un respeto por la autonomía de los fines y la libertad de desarrollo de cada una de las familias para alcanzar esas finalidades.
- Junto con el reconocimiento, el Estado o la comunidad internacional se obligan a proporcionar una protección especial a la familia, que la distingue de otras formaciones sociales o cuerpos intermedios a los cuales también se presta reconocimiento. Implica pues un tratamiento preferencial o privilegiado.
- El reconocimiento y la protección especial se extienden también y particularmente al ámbito jurídico.
- La protección jurídica se debe desplegar respecto de una institución que mantiene una fisonomía distinguible y una realidad inequívoca: la familia, que se la valora *per se* como un elemento natural, básico o fundamental del orden social.

4. HACIA EL VACIAMIENTO JURIDICO DEL CONCEPTO DE FAMILIA

Si nos ceñimos a las conclusiones extraídas de los textos constitucionales e internacionales que acabamos de exponer, ha de afirmarse por simple deducción que la familia que se protege, como elemento natural y fundamental de la

sociedad, no puede ser otra que la forjada a través de los lazos surgidos de la unión matrimonial.

Esta aseveración se enfrenta hoy, sin embargo, con una extendida contestación. Se postula que son dos cuestiones distintas: la del matrimonio (y el derecho a contraerlo) y la de la familia. Los textos que declaran el reconocimiento de la familia lo harían desde una perspectiva abierta y concibiéndola como un valor netamente cultural y, por tanto, susceptible de evolucionar y transformarse de acuerdo a las exigencias históricas, y hasta de adoptar formas plurales y diversas en una misma época. No cabe pues identificar en estos textos familia con matrimonio.

La mayoría de las Constituciones y declaraciones o instrumentos internacionales emplean la expresión "familia" sin especificar su contenido. Se pretende, entonces, que han utilizado "un concepto abierto y plural, adaptable a los presupuestos culturales que la sociedad... tenga en cada momento histórico"⁷.

Algunos de esos textos, en cambio, reconocen expresamente la vinculación entre familia y matrimonio. Entre las Cartas constitucionales europeas debe mencionarse la de Irlanda: "El Estado se compromete —dispone su art. 41— a preservar con especial solicitud la institución del matrimonio, en la que se basa la familia, y a protegerla contra todo ataque". En nuestro Continente, la Constitución de Costa Rica señala que "El matrimonio es la base esencial de la familia" (art. 52); las de República Dominicana y Panamá declaran que "es el fundamento legal de la familia" (arts. 8 N° 15 y 53, respectivamente); la de Guatemala afirma que el Estado promoverá la organización de la familia "sobre la base legal del matrimonio" (art. 47) y la de Paraguay determina que se protegerá al matrimonio "como institución básica de la familia" (art. 81). En tales casos, quienes propugnan el reconocimiento de la familia no matrimonial intentan interpretaciones extensivas de otros textos generalmente relacionados con la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad. Paradigmático es el caso de la Constitución italiana que, en su art. 29 establece que "La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio"; norma que, no obstante su meridiana claridad, no ha sido obstáculo para que se propicie el reconocimiento constitucional de la *famiglia di fatto*, echando mano del general precepto que consagra el respeto por las formaciones sociales en las que el hombre desarrolla su personalidad (art. 2).

Hay en marcha una fuerte corriente de opinión, con indisimulados ribetes ideológicos, que pecha por transformar el contenido de la noción de familia, de manera de incluir dentro de él otras formaciones sociales no originadas en el matrimonio; idea que ve su correlato en la "factualización" o "desjuridización" de la unión matrimonial, por medio de la relajación de la protección jurídica del vínculo generado por ella.

Esta tendencia parece estar ganando terreno no sólo en los planos doctrinal y jurisprudencial, sino también en el ámbito normativo. Hay varios textos constitucionales recientemente aprobados que parecen ya consagrar de un modo

⁷ ROCA TRIAS, Encarna, ob. cit., p. 1061. En el mismo sentido, respecto del art. 1° de la Constitución chilena, el Informe de la Comisión Nacional de la Familia creada por D.S. N° 162, de 1992: "El Constituyente deja abierta la posibilidad que sea la sociedad, en cada momento histórico, la que defina qué entiende por familia y cómo se harán efectivas muchas de las aspiraciones programáticas consagradas por la Constitución".

explícito un concepto avalórico de familia. La Constitución de El Salvador, de 1983, dispone que "El Estado fomentará el matrimonio; pero la falta de éste no afectará el goce de los derechos que se establezcan en favor de la familia" (art. 32), así como que "[La ley]... Regulará asimismo las relaciones familiares resultantes de la unión estable de un varón y de una mujer" (art. 33); la Constitución de Haití, de 1987, afirma que el Estado "debe igual protección a todas las familias sea que se hayan constituido o no por los vínculos del matrimonio" (art. 260); la Carta de Nicaragua, de 1986, equipara ya perfectamente el matrimonio y el concubinato: "El matrimonio y la unión de hecho estable están protegidos por el Estado; descansan en el acuerdo voluntario del hombre y la mujer y podrán disolverse por mutuo consentimiento o por la voluntad de una de las partes. La ley regulará esta materia" (art. 72). Por fin la Constitución de Colombia aprobada en 1991 determina que la familia "se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o *por la voluntad responsable de conformarla*" (art. 42).

No pueden sino causar perplejidad estos textos que con tanta rotundez declaran el reconocimiento y la necesidad de proteger a la familia, y al mismo tiempo consagran su completa desvirtuación por la indeterminación del contenido. Vale para todos la observación que deja en el aire el precepto colombiano: ¿cómo puede concebirse en el sistema jurídico una "voluntad responsable de conformar una familia" si no es mediante el compromiso matrimonial que formaliza legalmente esa responsabilidad?

5. MODELOS DE FAMILIA O FAMILIA MODELO

Parece estar así llegándose a un completo vaciamiento del concepto de familia. Cuando se arriba a la conclusión de que los textos que declaran su reconocimiento y protección no aluden a una realidad concreta, sino más bien a una realidad hipotética e indeterminada, nos encontramos con que esas normas ya no afirman nada, no reconocen nada, no protegen nada. Serán textos sin sentido. Si familia puede ser cualquier agrupación o entidad humana, desde un matrimonio, a una unión temporal de un grupo de *hippies* o una secta religiosa cuyos miembros practican un intercambio sexual despersonalizado, dependiendo su calificación como familiar únicamente de un pretendido mayor o menor reconocimiento social, entonces la familia, en sí y por sí, no es nada. Habrá supuestas "familias" en plural, pero ello será una vez que se haya sacrificado a la auténtica y única (si bien polifacética en sus formas particulares) familia; la cual no puede hundir fecundamente sus raíces más que en el compromiso y en la donación esponsal.

Se nos propone revisar el modelo tradicional de familia, para asumir las transformaciones jurídicas sufridas por el Derecho de Familia en el último tiempo en gran parte de las legislaciones occidentales, en lo que se refiere al divorcio, el debilitamiento de la autoridad familiar, etc.: "Todas estas causas —nos dice un autor— han configurado un modelo nuevo de familia que ha provocado sucesivas reformas en la mayor parte de las legislaciones modernas. De ellas se deriva un nuevo sistema familiar que se caracteriza por la exaltación de los intereses del individuo sobre los del Estado y las comunidades intermedias y por la protección de la familia, no por su valor trascendente, sino en cuanto estructura de promoción, afirmación y desarrollo de la personalidad de los indi-

viduos que la componen, como lugar de cumplimiento de los deberes de solidaridad social, de responsabilidad de asistencia y de afecto”⁸.

Este “modelo nuevo” que se intenta imponer nos parece simplemente la desarticulación del concepto mismo de familia. Prescindiendo de sus formas accidentales e históricas, la familia ha sido siempre, y no puede dejar de ser, el lugar de encuentro entre personas a las que el amor impulsa a renunciar a la realización aislada de sus proyectos individuales para desarrollar su personalidad en comunión con otros. Si la familia no es un valor trascendente, en el que el desarrollo personal es concebido como componente, nunca como rival, del bienestar colectivo, la familia no se distingue de cualquier otra forma de asociación contractual.

La familia no soporta la funcionalización: el que se la considere existente y se la proteja sólo en cuanto “sirve” para el diseño y la consecución de planes y aspiraciones meramente individuales. La familia posee un valor inherente a la persona humana, existe con ésta y por ésta: el ser humano es familiar desde su nacimiento hasta su muerte. Si la familia pasa a ser concebida como un mero producto cultural reconocido en la medida en que “funciona” para el logro de objetivos de bien exclusivamente individual, habremos concluido el proceso en curso y sepultado, al menos en lo que concierne al sistema jurídico, la institución familiar.

Al vaciarse de contenido a los textos normativos que reconocen a la familia, no nos restará más que concluir que la familia, en cuanto tal, habrá pasado a ser un fenómeno extrajurídico. Las normas de las Constituciones e instrumentos internacionales no servirán en este terreno para nada más que como retórica estéril y de reminiscencias perturbadoras. E incluso podrían llegar a ser más nocivos que lo que sería su simple ausencia, puesto que podrán servir para legitimar las pretensiones de quienes invocan la necesidad de que se promuevan e incentiven las uniones constituidas al margen y contra el matrimonio, con todo lo peligroso y destructivo que ello puede ser para el orden social y el bien público.

En tal caso, con estricta lógica, no podrá negarse la calificación y los beneficios jurídicos propios de una familia no sólo a las parejas de personas no casadas, sino también a las convivencias adulterinas, a las convivencias entre varios concubinos (convivencias polígamas), entre personas del mismo sexo, etc. No vemos, en efecto, si asumimos que todo puede ser familia, cómo podría discriminarse y negarse a algunas de estas agrupaciones las ventajas jurídicas del matrimonio heterosexual y monógamo⁹.

Por el contrario, si mantenemos el espíritu de la inmensa mayoría de los textos constitucionales y la totalidad de los instrumentos internacionales y vemos que ellos no se refieren a formas familiares plurales, a modelos relacionales diversos, sino a “la familia” como institución fundamental, y vinculan estrechamente ese concepto con el derecho de las personas a fundarla mediante el acto matrimonial, estaremos en condiciones de conferir un sentido fecundo y coherente a sus disposiciones y augurar una eficacia constructora para sus declaraciones.

⁸ ESTRADA ALONSO, EDUARDO, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, Civitas, 2ª edic., Madrid, 1986, p. 95.

⁹ No pueden pasar inadvertidas las tremendas dificultades que tal calificación podría plantear para el ordenamiento jurídico, que se vería enfrentado a otorgar beneficios incompatibles a varias uniones familiares instauradas simultánea o sucesivamente por una misma persona.

6. COBERTURA JURIDICA DE LAS RELACIONES FAMILIARES NO MATRIMONIALES

El destacar que la familia tiene una realidad concreta y que se expresa en la institución basada en la unión conyugal, no implica necesariamente el descuido, la reprobación o la ignorancia de los efectos jurídicos que puedan producirse como consecuencia de una convivencia sostenida al margen del matrimonio.

Las actitudes de los legisladores han sido variadas, y los autores suelen clasificarlas en tres posiciones:

- 1ª La censura o reprobación: se mencionan a este respecto algunos cantones suizos que penalizan el concubinato que causa escándalo imponiendo la separación de los convivientes. Además, se contemplan los fallos de jurisprudencia que rechazan las pretensiones de concubinos invocando la violación de la moral, las buenas costumbres o el orden público.
- 2ª La indiferencia legal: Esta posición se resume en la frase atribuida a Napoleón, reflejada en el silencio del Código de 1804 sobre las uniones extramatrimoniales: "*Les concubins se passent de la loi; la loi se désintéresse d'eux*". Modernamente algunos autores la vuelven a propiciar como manera de preservar la voluntad de quienes prefieren una unión al margen del Derecho.
- 3ª La regulación jurídica: Es la postura que suele predominar en nuestros días. El Derecho no puede permanecer al margen de las relaciones que son producidas por una unión extramatrimonial, y ha de intervenir de algún modo.

En esta última posición encontramos, sin embargo, quienes postulan un reconocimiento pleno de la "familia de hecho" paralelo al de la familia legítima, y otros que reclaman una aplicación analógica de los efectos del matrimonio siquiera parcialmente a los concubinos.

Al respecto deben tenerse en cuenta algunas legislaciones que han reconocido expresamente, incluso a nivel constitucional, la relevancia jurídica de las uniones extramatrimoniales. Esta relevancia normalmente es circunscrita a determinadas formas de convivencia extramarital (la unión heterosexual estable) y a efectos jurídicos puntuales, principalmente relacionados con la liquidación de los bienes adquiridos durante la vida en común. Así, por ejemplo, el art. 23 de la Constitución ecuatoriana señala que "La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, dará lugar a una sociedad de bienes, que se sujetará a las regulaciones de la sociedad conyugal, en cuanto fueren aplicables, salvo que hubieren estipulado otro régimen económico o constituido en beneficio de sus hijos comunes, patrimonio familiar"; en términos similares se expresa el art. 5 de la Constitución peruana. Otros ordenamientos prefieren que la ley determine los efectos jurídicos de esta clase de uniones: de esta manera la Constitución de Guatemala (art. 48) y la de El Salvador (art. 33).

Existen sistemas que otorgan una cobertura jurídica plena a la unión extraconyugal acordándole, cumpliéndose determinados requisitos, un acceso a la categoría de matrimonio civil. Es lo que previenen las Constituciones de Bolivia (art. 194), Honduras (art. 112) y Panamá (art. 54). Estas institucionalizaciones del concubinato que implican su asimilación al matrimonio se com-

prenden sobre todo por razones socioculturales, pues se trata de regiones en las que sectores importantes de la población permanecen aún aislados y marginados de la civilización, de tal forma que no resultaría razonable exigirles la forma matrimonial, a la que muchísimas veces no tienen un cómodo acceso (por ignorancia, imposibilidad física, diferencias culturales, etc.)¹⁰.

Pero la fórmula de la completa institucionalización tampoco es del gusto de los autores que propician un reconocimiento jurídico de las uniones extramatrimoniales. Se señala que con ello se vulnera la voluntad de los concubinos y se genera la existencia de matrimonios de segunda clase, que no son técnicamente aceptables.

En realidad, estas regulaciones lo que hacen es asumir una voluntad tácita de estas personas de contraer matrimonio deducida de su comportamiento que no implica un rechazo de la formalización jurídica de su unión sino una dificultad de acceder a ella.

7. EFECTOS JURIDICOS RECONOCIBLES A LAS UNIONES DE HECHO

Existiendo como realidad las convivencias extramatrimoniales, el Derecho no ha podido ignorarlas, puesto que ello produciría en muchos casos un abandono de los más débiles ante injusticias evidentes. De ahí que las leyes, y por sobre todo la jurisprudencia, hayan ido cubriendo las principales consecuencias derivadas de las relaciones instauradas al margen de la formalización matrimonial.

Podemos clasificar estos efectos en aquellos que se refieren a los mismos convivientes, aquellos que se refieren a los hijos y los que dicen relación con terceros y particularmente con el Estado.

Los efectos jurídicos que pueden considerarse respecto de los mismos convivientes son fundamentalmente: la posibilidad de reclamar indemnización en caso de ruptura de la relación; la validez de los contratos celebrados entre los concubinos; la validez de las liberalidades que no tengan por objeto el mantener o procurar la relación sexual; la posibilidad de otorgar derechos hereditarios al concubino sobreviviente. A este respecto debemos mencionar el Código Civil para el Distrito Federal mexicano, que dispone que el testador debe dejar alimentos "a la mujer con quien el testador vivió como si fuera su marido durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte, o con la que tuvo hijos, siempre que ambas hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato..." (art. 1368), así como la vocación hereditaria abintestato que se otorga en ciertos casos a la concubina (arts. 1602 y 1635).

Preocupación preferente ha recibido el problema de la liquidación de las ganancias y adquisiciones de bienes realizadas a lo largo de la convivencia. Las leyes, y en su ausencia la jurisprudencia, oscilan entre aplicar en este caso las mismas normas dispuestas para la liquidación del régimen económico del matrimonio (por medio de una aplicación directa o al menos analógica), o resolver la cuestión por medio de otras figuras tomadas del Derecho común, como la sociedad de hecho o la copropiedad.

¹⁰ El Código de Familia boliviano establece la aplicación del estatuto previsto para las "uniones conyugales (sic) libres o de hecho", a las formas prematrimoniales indígenas como el "tantanacu" o el "sirvinacu" (art. 160).

A este respecto se ha planteado también la factibilidad de aplicar las convenciones que pudieren haber previsto los mismos convivientes al iniciar la vida en común. Se ha pensado reconocer la existencia de verdaderas "capitulaciones extramatrimoniales". La jurisprudencia en muchos países ha rechazado la aplicación de estos convenios por vulnerar las normas de orden público matrimonial, pero ciertos sectores doctrinales, como también jurisprudencia de última hora, considera que debe restringirse esta ineficacia sólo a lo pactado sobre las relaciones personales, siendo válidas las previsiones contractuales referidas a aspectos exclusivamente patrimoniales.

En lo que se refiere a los hijos procreados por los convivientes, el mayor reconocimiento que han experimentado las uniones de hecho ha sido consecuencia de la equiparación del *status* jurídico del hijo extramatrimonial al del hijo concebido en matrimonio, introducida en las últimas décadas en un gran número de legislaciones. La reforma del régimen de la filiación reconoce su principal fundamento en el propósito de dar cumplida vigencia en el plano familiar al principio de igualdad ante la ley; pero lo cierto es que con ello se ha privado al matrimonio de un *favor legis*, del que carecían las convivencias extramatrimoniales. Resultado de esta equiparación ha sido la inutilidad práctica o, incluso, directa supresión de la figura de la "legitimación por subsiguiente matrimonio", que basaba su operatividad en el incentivo que representaba para los padres el obtener por medio de su matrimonio el estado de legítimos para los hijos concebidos con anterioridad.

El otorgamiento de patria potestad a los padres de hijos nacidos fuera de matrimonio, e incluso la titularidad conjunta que se les ofrece en ciertos países a condición de que convivan, no deja de prestar un nuevo reconocimiento jurídico a la unión extramarital.

Respecto de simples terceros que puedan relacionarse con la pareja de convivientes, la jurisprudencia ha ido plasmando consecuencias referidas a la posibilidad de ejecutar al concubino por los actos de la concubina realizados en beneficio de la familia, a la facultad de uno de los convivientes para reclamar perjuicios al causante de la muerte del otro, y a considerar a la concubina entre los titulares al derecho de subrogación o sucesión en el arrendamiento del inmueble que les servía de hogar común.

En especial, debe considerarse el reconocimiento que el ordenamiento jurídico prevé respecto de las prestaciones que el Estado ha de otorgar en sus funciones previsionales y de bienestar. Las leyes de seguridad social suelen contemplar de algún modo a la conviviente, sobre todo a la que ha concebido hijos, entre los beneficiarios de pensiones de asistencia social. Igualmente, para efectos tributarios y laborales el grupo familiar se entiende en un sentido lato que incluye a los integrantes de una convivencia no formalizada por el matrimonio.

8. POR EL RESCATE DE LA FAMILIA Y DE SU CONSISTENCIA

No pensamos que los reconocimientos jurídicos que hemos mencionado, muchos de ellos todavía en curso de un mejor perfilamiento, sean repudiables de por sí.

Un jurista atento al desenvolvimiento de los hechos sociales y a la realidad humana no podría desconocer las convivencias extramatrimoniales y propiciar

una total indiferencia del sistema jurídico hacia ellas. Tal actitud supondría tolerar abusos e injusticias manifiestas cometidas en contra de personas desvalidas o incluso totalmente inocentes. Piénsese que en algunos casos no es posible de buenas a primeras realizar un juicio ético categóricamente reprochable respecto de estas uniones; algunas de ellas provienen de matrimonios religiosos que por diversas razones no han sido reconocidos en sede civil.

Pero hay que distinguir claramente que se trata de proteger a personas individuales y de reconocer relaciones de un carácter netamente interpersonal. No cabe conceder, en cambio, un reconocimiento al grupo originado en una unión extramatrimonial, como si fuera una familia en todo similar o parangonable a la constituida por el matrimonio. Una cosa es reconocer que la convivencia, como otras relaciones instauradas por particulares, pueda tener consecuencias jurídicas, pero otra muy diversa es erigirla como modelo alternativo de familia, capaz de reclamar también la protección del ordenamiento jurídico en cuanto comunidad orgánica y componente fundamental del tejido social. Si queremos mantener la familia debemos rechazar estas pretensiones de igualitarismo ciego, que en definitiva significan el triunfo de lo fáctico por sobre los imperativos jurídicos; de la impulsividad, por sobre la responsabilidad.

La inmensa mayoría de los efectos jurídicos que se han reseñado se mantienen en la línea de recoger jurídicamente las relaciones interpersonales producidas por la convivencia, y no franquean el límite que llevaría a elevar a la convivencia extramarital a la altura de institución alternativa. Pero hay algunos que podrían ya entenderse como pasos hacia ese objetivo: así, por ejemplo, la cotitularidad en la patria potestad de los hijos reconocida por algunas legislaciones cuando los padres conviven (arts. 317 del Código Civil italiano, 415 del Código Civil mexicano, y 264 del Código Civil argentino), la posibilidad para la pareja extramatrimonial estable de adoptar hijos (disposición adicional 3ª de la Ley española 21/87, de 11 de noviembre), y el derecho a requerir la aplicación de técnicas de procreación artificial (arts. 6 y 8.2 de la Ley española 35/88, de 22 de noviembre).

No podemos aprobar tales reconocimientos porque tienden a convertir a la unión extramatrimonial en una institución protegida y fomentada por el ordenamiento jurídico. Con ello no sólo se causa un grave perjuicio de la organización social, sino que además se hace incurrir en una perturbadora incongruencia a todo el sistema jurídico familiar, ya que por una parte éste aparece estatuyendo el cauce apropiado para constituir una familia, para luego borrar con el codo lo que escribió con la mano y dar el mismo tratamiento favorable a quienes no han respetado esas previsiones normativas.

Por lo demás, estudios sociológicos recientes demuestran empíricamente que las uniones fácticas no constituyen un núcleo familiar idóneo para cumplir las funciones que se reconocen a la familia fundada en el matrimonio, ya que la misma ausencia de compromisos sólidos en la pareja se traduce en una mayor precariedad en los roles de paternidad y maternidad¹¹.

Resultan deplorables por estas mismas razones aquellos textos constitucionales que hemos referido más arriba, que aseguran la misma protección a las

¹¹ En el estudio recogido en *Cambios en el perfil de las familias. La experiencia regional*, CEPAL, N.U., Santiago, 1993, p. 91, se concluye lo siguiente: "Los hogares encabezados por parejas en unión libre se registran con más frecuencia en los estratos socioeconómicos bajos, y muestran, en general, un efecto negativo en el rendimiento escolar de los hijos, niños o jóvenes".

familias matrimoniales que a los grupos constituidos al margen de toda formalización jurídica.

Como ha escrito el jurista italiano TRABUCCHI: "la ley interviene, o incluso debe intervenir, con algunas de sus específicas normas para regular hipótesis de particular interés para la justicia del buen vivir social; se podrán también tomar como objeto de previsión reglamentaria las consecuencias singulares de la relación entre hombre y mujer cuando ésta tenga caracteres de fijeza y duración; pero si existe una legislación familiar, ésta debe responder al prototipo que en el desarrollo de los tiempos responda siempre a la única figura social de la familia... La familia legalmente reconocida debe permanecer como el único tipo de convivencia estable entre hombre y mujer, como centro reconocido de fundamentales derechos y deberes que son tanto de interés de los particulares como de relieve público"¹².

Para contribuir al rescate y a la auténtica valoración de la familia, hemos de acentuar su vinculación con el acto humano en que se manifiesta un cauce capaz de recoger en su más pleno sentido la vertiente de la fecunda libertad del hombre y la mujer. Este acto humano no es otro que el matrimonio, entendido como entrega radical que realiza una unión personal inescindible, que incluye la dimensión total de la naturaleza, y que por tal razón es capaz de crear una comunidad diversa que supera, sin negar, las individualidades que la integran.

Si la familia ha de merecer protección del instrumento jurídico, ella debe ser la familia fundada en el matrimonio. La familia en cuanto tal, no supuestos modelos familiares que realizados al margen o contra la experiencia vital del matrimonio, no podrán ser nunca calificados con propiedad como elementos fundamentales del orden social ni como comunidades ideales para el desarrollo completo e integral del ser humano.

¹² TRABUCCHI, ALBERTO, "Morte de la famiglia o famiglie senza famiglia?", en *Rivista di Diritto Civile*, I, 1988, p. 19.