

CONCEPTO Y RECONOCIMIENTO LEGAL DE LA "FAMILIA DE HECHO"

Hernán Corral Talciani

Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Civil

I. INTRODUCCIÓN

El tema de la familia es, sin duda, uno de los que acaparan la atención en nuestro tiempo. Son múltiples los estudios que cada año se publican y muchos los congresos, seminarios y conferencias que se ofrecen sobre la problemática de las relaciones familiares ante el Derecho.

Las sustanciales reformas llevadas a cabo en numerosos ordenamientos jurídicos, por impulso de movimientos sociológicos de diverso cariz, han ocasionado una auténtica conmoción en la estructura jurídica de la institución familiar, obligando a los juristas a reformular sus planteamientos en una materia sobre la cual ya parecía estar todo dicho.

En efecto, al instaurarse novedades de tanta envergadura como la introducción del divorcio, la supresión de la autoridad marital y de la incapacidad de la mujer casada, la relajación de las atribuciones de la patria potestad y la equiparación de la situación jurídica de los hijos concebidos fuera de matrimonio con la de los hijos matrimoniales, se ha configurado un tratamiento distinto de la regulación normativa de la familia, que incluye como uno de sus elementos sobresalientes el debilitamiento del matrimonio, en cuanto institución creadora de vínculos jurídicamente obligatorios.

No puede extrañar, después de observar el desarrollo de este proceso, que, cada vez con mayor fuerza, se dejen oír voces que propugnan que el mismo concepto de familia debe ser definitivamente desligado del acto matrimonial y que, por lógica consecuencia, el orden jurídico necesita reconocer como grupo familiar digno de protección y amparo al fundado en la mera convivencia no formalizada por el vínculo conyugal. Frente a la familia de derecho (constituida de acuerdo a los requerimientos de las normas legales, esto es, mediante matrimonio) existiría a la par, y con idénticos efectos, una "familia de hecho", que, aunque no solemnizada jurídicamente, cumpliría en la práctica igual rol social, en tanto núcleo de afectos, comunidad de vida y ente educador de la prole.

Muchos de estos esfuerzos por extender el concepto de familia tienen la comprensible finalidad de buscar un remedio a situaciones dolorosas que se presentan en la realidad social y a las que no siempre es posible dirigir un juicio ético categóricamente reprobable. Sin embargo, parece de urgente necesidad delimitar previamente los conceptos en el terreno teórico, para así determinar luego la mejor manera de ir en ayuda de esas situaciones desgraciadas, que, por supuesto, no pueden ser ignoradas sin más por un derecho atento al desenvolvimiento de los fenómenos sociales.

Se hace, pues, indispensable precisar, primero, si es correcto, y en qué medida puede serlo, el hablar de familia respecto de convivencias basadas en lazos

meramente afectivos; segundo, cuáles serían las características y la estructura que distinguirían este fenómeno y, finalmente, qué efectos de derecho corresponde reconocerle.

El presente trabajo, necesariamente limitado, no tiene por objeto tratar exhaustivamente esta compleja problemática. Nuestra finalidad es más modesta: sólo deseamos efectuar algunas consideraciones muy generales en torno a lo que debe entenderse por familia en sentido jurídico, para luego analizar de qué forma pueda tener cabida en esa noción lo que se ha dado en llamar "familia de hecho", y terminar con la exposición de los efectos más destacados que los sistemas legales modernos tienden a reconocer al fenómeno parafamiliar.

Pensamos que, a pesar de la precariedad del objeto del estudio, estas páginas pueden tener utilidad si se las mira como una invitación a reflexionar sobre una materia que urge clarificar y que constituye, creemos, uno de los puntos claves en los que se centrará el debate y la lucha intelectual por reafirmar el sentido de la familia como institución básica de la sociedad.

II. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA FAMILIA

1. *Concepto de familia*

1.1 Etimología

Lamentablemente, el estudio etimológico no nos brinda una ayuda considerable para precisar el concepto de familia, pues existen las explicaciones más variadas sobre el origen y desarrollo del vocablo, resultando difícil, si no imposible, el conceder preeminencia a una teoría por sobre otras. La palabra "familia" ha expresado una mayor o menor extensión de relaciones, adquiriendo matices diversos en cada lengua y en cada pueblo, hasta el extremo de llevar a Valverde a decir que frente a ella resulta casi inútil la labor del filólogo¹.

De todas maneras, es interesante pasar revista a las orientaciones principales sobre este particular.

Según una primera teoría, la palabra "familia" provendría del sánscrito: de los vocablos *dhá* (asentar) y *dhaman* (asiento, morada, casa). De acuerdo a esta posición, "familia", en un principio, designaba la casa doméstica y en un sentido más restringido, los bienes pertenecientes a esa casa, vale decir, el patrimonio².

Una segunda postura señala que el término tendría su cuna en la lengua osca. Pero aquí las opiniones se dividen: para unos, familia vendría del vocablo *famel* o *fames*, que quiere decir "hambre"; la conexión entre ambas palabras residiría en que en el seno de la familia se satisface esa primera necesidad³. Para

¹ VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de Derecho Civil Español*, Talleres Tipográficos Cuesta, 4ª. edic., Valladolid, 1938, t. IV, p. 10.

² Es lo que sostienen VALVERDE, C., ob. cit., t. IV, p. 10; PUIG PEÑA, Federico, *Tratado de Derecho Civil Español*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, t. II, v. I, p. 3, nota 2, y GRASSETTI, Cesare, voz "Famiglia", en *Novissimo Digesto Italiano*, t. VII, p. 43.

³ CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Instituciones de Derecho Civil Español*, Madrid, t. II, p. 434.

otros, en cambio, el origen se encontraría en el término *famulus*, con el cual se designaba a los que moraban con el señor de la casa y particularmente a los esclavos.

Algunos autores, además, vinculan el vocablo *famulus* con el verbo osco *faamat*, que significaba “habitar”, y sostienen que éste, a su vez, provendría del sánscrito *Vama* (hogar, habitación). Familia significaría, pues, en sus orígenes, el hogar, comprendido por la mujer, los hijos y los esclavos domésticos (por oposición a los rurales)⁴.

Ante estas explicaciones etimológicas tan poco determinantes, sólo podemos concluir de forma precaria que el vocablo familia, al parecer, fue forjado tomando como base la casa o sede física donde residían ciertas personas, ampliándose luego su significado para comprender elementos esencialmente ligados a la casa, como los bienes patrimoniales y los esclavos y, finalmente, llegar a abarcar el conglomerado de personas que la habitaban.

1.2 Evolución histórica del concepto

Una vez precisado, en la medida de lo posible, el proceso de formación del término, intentaremos esbozar el recorrido que el concepto de familia ha tenido a lo largo de la historia del derecho. Advertimos que se trata de una exposición de la evolución del concepto y no de un análisis de las formas históricas en las que se ha presentado la familia como realidad social. Nos interesa aquí cómo se ha entendido la institución familiar, más que cómo se la ha llevado a la práctica.

En la antigua Grecia, para hablar de familia existían dos vocablos diferentes. El primero, *oikos*, quería decir, en estricto sentido, “casa” y, por extensión, “patrimonio”. El segundo, más preciso, *oiketat*, hacía alusión directa al conjunto de personas sujetas al señor de la casa: mujer, hijos y esclavos⁵.

Aristóteles en *La Política* define la familia como “la comunidad constituida naturalmente para la satisfacción de las necesidades cotidianas”⁶, y escribe, además, que para que esta comunidad natural sea completa deben estimarse integrantes de ella los esclavos de la casa⁷.

Para los romanos, la palabra familia, en una primera etapa, alude más que a las personas al caudal de bienes pertenecientes a la comunidad, considerando el patrimonio en su totalidad o al menos en lo que se refiere a las *res mancipi*. Más adelante se entenderán incluidas esencialmente en el concepto, junto a los bienes, las personas integrantes del grupo familiar: Ulpiano dirá, entonces, que “la palabra familia se entiende con variedad y en ella se comprenden las personas y las cosas” (D. 50. 16. 195).

⁴ VALVERDE, C., ob. cit., t. IV, p. 10.

⁵ VALVERDE, C., ibídem.

⁶ ARISTÓTELES, *La Política*, 1252 b, trad. J. Marías y M. Araujo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1970, pp. 2 y 3.

⁷ Dice ARISTÓTELES: “las partes primeras y mínimas de la casa son el amo, el esclavo, el marido y la mujer, el padre y los hijos” (*La Política* cit., 1253 b, p. 5). No obstante, se ha sostenido que en el pensamiento aristotélico los esclavos sólo formaban parte de la familia mirada como unidad económica y no como entidad moral (cfr. DESPOTOPOULOS, Constantin, “Sur la Famille d’après Aristote”, en *Archives de Philosophie du Droit*, t. XX, 1975, p. 72).

Se discute cuál fue el elemento esencial que constituía a la familia romana. Algún romanista (Sohm) ha creído ver éste en los bienes patrimoniales: la familia se organiza en torno al patrimonio del grupo. Otros, piensan que es el vínculo de sangre o parentesco el que da vida al grupo familiar romano. No obstante, desde Von Savigny en adelante, la romanística se inclina mayoritariamente hacia la consideración de la relación familiar fundamentada en un vínculo de autoridad y subordinación: la *postestas*. Es el poder del jefe de la familia sobre el resto de los integrantes (*manus* sobre la mujer, *patria potestas* sobre los hijos, *potestas* sobre los esclavos y *mancipium* sobre los ciudadanos romanos reducidos a condición servil), lo que constituye la comunidad que se denomina familia⁸. Enseña Ulpiano que por derecho propio se llama familia “a muchas personas que están bajo la potestad de uno...” (D. 50. 16. 195)⁹.

Por otra parte, el conjunto de grupos familiares con un apellido común forma una “gran familia” que los romanos denominan *gens*, pero esta agrupación pronto pierde relevancia jurídica¹⁰.

Entre los pueblos germánicos, la palabra familia tiene una significación variada, al igual que en Roma. La base de la familia se reconoce en el parentesco, y al matrimonio se atribuye exclusivamente la posibilidad de dar origen a relaciones propiamente familiares. Es cierto, no obstante, que si bien la *haus* (casa) se compone de un grupo restringido: padre, madre e hijos¹¹, la familia en su más amplio sentido (*sibbe*, *sippschaft*) se forma por la reunión de varias casas procedentes de dos troncos, cuyos miembros vivos se hallan entre sí en determinadas relaciones por la posición de sus respectivos jefes con referencia a un antepasado común¹².

En la época medieval no se observan mayores modificaciones respecto de la noción de familia. La institución familiar experimenta, en cambio, cierta evolución propiciada por la influencia de la filosofía cristiana y el derecho canónico. La familia en el medievo se nos presenta como un organismo de ética muy estricta y como uno de los núcleos sociales más fuertemente constituidos. La potestad marital y la autoridad paterna se suavizan transformándose en poderes de tutela y protección¹³.

⁸ Cfr. VALVERDE, C., ob. cit., t. IV, p. 11; LACRUZ, José Luis y SANCHO, Francisco, *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Bosch, Barcelona, 1982, p. 22.

⁹ ULPIANO: “...por derecho propio llamamos familia a muchas personas que están bajo la potestad de uno, o sujetos por naturaleza o por derecho; vg.: el padre de familias, el hijo de familias, la madre de familias, la hija de familias y los que suceden a éstos; vg. los nietos y las nietas y demás sucesores” (D. 50. 16. 195).

¹⁰ D’ORS, Alvaro señala que la consistencia de esta institución, más propia de las estirpes de abolengo, decae a fines de la República y no cuenta ya para el derecho en la época del Principado (*Derecho Privado Romano*, Eunsa, Pamplona, 1986, § 206, p. 269).

¹¹ Al igual que en Roma esta casa se constituye sobre la base del poder del jefe de la familia sobre los demás integrantes. Dice Planitz que “La casa no se apoya en la idea del vínculo de la sangre sino que descansa en la del *mant*, o potestad del señor de la misma” (PLANITZ, Hans, *Principios de Derecho Privado Germánico*, trad. C. Melón Infante, Bosch, Barcelona, 1957, p. 280).

¹² LEHR, E., *Tratado de Derecho Civil Germano*, p. 462, citado por VALVERDE, C., ob. cit., t. IV, p. 11.

¹³ Cfr. LACRUZ y SANCHO, ob. cit., pp. 22-23.

La Baja Edad Media marca el inicio de un proceso que terminará por desembocar en nuestros días: la reducción de la familia a los parientes más próximos¹⁴. Sin embargo, todavía en las Siete Partidas, que en esto como en tantas otras materias siguen los criterios establecidos por los romanos, es posible encontrar una definición de familia en sentido amplio: "Familia —leemos en la Séptima Partida— se entiende el señor della, e su muger, e todos los que biven so el, sobre quien ha mandamiento, assi como los fijos, e los sirvientes, e los otros criados" (P. 7. 31. 6).

Posteriormente, los iusfilósofos racionalistas insistirán en la idea de circunscribir el grupo familiar a padres e hijos, y tratarán de fundamentar la existencia de la sociedad doméstica en una especie de relación convencional¹⁵.

Estos criterios influirían en el ánimo de los forjadores del proceso codificador, induciéndolos a excluir de los nuevos cuerpos legales el concepto de familia como tal. Ni el Código Napoleónico ni los que le sucedieron incluyen un tratamiento orgánico de la institución familiar, pareciéndoles suficiente el considerar en forma separada los hechos fundamentalmente ligados a la constitución de la familia: el matrimonio y la filiación.

1.3 Concepto moderno de familia

A pesar del tiempo transcurrido no puede decirse en la actualidad que esté claro lo que debe entenderse por familia desde un punto de vista jurídico. Resulta curioso comprobar cómo tratadistas de renombre soslayan, de una u otra manera, el problema de la definición para pasar rápidamente al examen de las diversas acepciones que suelen atribuirse al vocablo; hablan así de familia en sentido amplio, en sentido estricto, en sentido intermedio, etc., pero no se detienen a determinar qué es lo que sustancialmente debe entenderse por familia¹⁶.

Por otro lado, quienes intentan delimitar un concepto esencial tampoco coinciden en sus planteamientos, y se aprecian divergencias no desdeñables. En forma muy general pueden agruparse las principales opiniones sostenidas, en tres grandes corrientes:

a) Conceptos basados en las relaciones conyugales y de parentesco.

Es esta, tal vez, la orientación más difundida: la familia se forma básicamente en torno a los vínculos que nacen o de la relación conyugal o del parentesco. Carbonier, por ejemplo, define la familia como "el conjunto de personas unidas por el matrimonio o por la filiación, por el parentesco y la afinidad, resultantes éstos del matrimonio y de la filiación"¹⁷. En igual sentido, Enrique Rossel plantea

¹⁴ Cfr. LACRUZ y SANCHO, ob. cit., p. 23.

¹⁵ Cfr. DUFOUR, Alfred, "Autorité Maritale et Autorité Paternelle dans l'école du Droit Naturel Moderne", en *Archives de Philosophie du Droit*, t. XX, 1975, pp. 89 y ss.

¹⁶ COLOMBET, Claude llega a sostener que resulta vano querer determinar los contornos de una institución demasiado evolutiva como la familia (*La Famille*, Presses Universitaires de France, Paris, 1985, p. 14).

¹⁷ CARBONIER, Jean, *Droit Civil*, Presses Universitaires de France, Paris, 1955, t. I, Nº 801, p. 281.

que la familia es un conjunto de individuos unidos por vínculos de matrimonio o parentesco¹⁸.

b) Conceptos basados en la autoridad familiar.

Esta posición no niega la anterior, pero destaca, como factor aglutinante del grupo constituido por el matrimonio y el parentesco, la existencia de una autoridad: la del jefe de la familia.

Son también numerosos los autores que siguen este derrotero. Citemos, en primer lugar, la noción de familia que nos proporciona la última edición de la obra de los hermanos Mazeaud: "el grupo formado por las personas que, en razón de sus vínculos de parentesco o de su calidad de esposos, están sometidas a la misma comunidad de vida y en la cual los esposos aseguran en conjunto la *dirección moral y material*"¹⁹. Clemente de Diego nos dice, por su parte, que "a ese organismo ético-natural que, fundado sobre el matrimonio, comprende a varios ligados por la ley del amor, respeto, *autoridad y obediencia*, medio necesario de la continuidad de la especie humana, llamamos familia..."²⁰. Aún más claramente observamos este criterio en la definición de Valverde: "la institución natural y social que, fundada en la unión conyugal, liga a los individuos que la integran para el cumplimiento en común de los fines de la vida espiritual y material bajo la *autoridad* del ascendiente originario que preside las relaciones existentes"²¹.

Los conceptos ofrecidos por Puig Peña y por Fueyo Laneri pueden también enmarcarse dentro de esta posición²².

c) Conceptos basados en los vínculos de afecto y solidaridad familiares.

En los últimos años, seguramente influidos por las reformas legislativas que gradualmente han ido disminuyendo la importancia jurídica de la autoridad familiar, los autores tienden a prescindir de dicho elemento en la conformación de la noción de familia y dirigen su atención a las relaciones de mutuo afecto y solidaridad que se aprecian en la comunidad humana reconocida como familiar. Expresa Lacruz: "En nuestro tiempo la familia, perdida la fórmula de institución patriarcal para pasar a la de una asociación igualitaria de varón y mujer para la crianza de los hijos si los hay y la convivencia en todo caso, es un grupo unido por vínculos de sangre y afecto que procrea, educa, prepara los alimentos, vive en común y cuyos miembros útiles contribuyen al sostenimiento de todos con el

¹⁸ ROSSEL, Enrique, *Manual de Derecho de Familia*, Edit. Jurídica de Chile, 5ª. edic. actualizada por F. Mujica, Santiago, 1986, p. 9.

¹⁹ MAZEAUD, Henri, Jean y Léon, *Leçons de Droit Civil*, Ediciones Montchrestien, 6ª. edic., Paris, 1976, t. I, v. III, N° 686, p. 10. El subrayado es nuestro.

²⁰ CLEMENTE DE DIEGO, F., ob. cit., t. II, pp. 436-437. El subrayado es nuestro.

²¹ VALVERDE, C., ob. cit., t. IV, pp. 8 - 9. El subrayado es nuestro.

²² PUIG PEÑA, Federico habla de una institución presidida por los lazos de la autoridad (*Tratado de Derecho Civil Español. Derecho de Familia*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, t. II, v. I, p. 4); FUEYO LANERI, Fernando define la familia como institución que vincula a cónyuges y descendientes bajo fórmulas de autoridad, afecto y respeto (*Derecho Civil*, Universo, Santiago de Chile, 1959, t. VI, v. I, p. 17).

producto de su actividad”²³. En parecido sentido se pronuncia Adriano de Cupis: “La familia —nos dice— es un grupo social basado en la voluntaria unión sexual entre individuos de sexo diverso y con un fin de humana solidaridad”²⁴.

Si en nuestra búsqueda por encontrar un concepto único de familia prescindimos de las elaboraciones doctrinales para fijar los ojos en las disposiciones del derecho positivo, tampoco alcanzamos resultados útiles.

Por lo general, puede observarse que las legislaciones no entran a precisar lo que debe entenderse por familia y prefieren extender o restringir el ámbito de las relaciones familiares tomando en consideración el efecto jurídico que se pretende atribuir a ellas. De esta manera, tratándose de la herencia intestada, se suele considerar familiares del causante a los parientes hasta el cuarto o incluso sexto grado de la línea colateral; para las legítimas, en cambio, la relación familiar es restringida al cónyuge, descendientes y ascendientes; respecto de los alimentos se amplía para dar cabida también a los hermanos, etc.²⁵. Existe, por último, un caso en el que la ley civil suele consagrar un concepto amplísimo de familia: es lo que sucede tratándose de los derechos reales de uso y habitación, para los que varias legislaciones establecen que en la familia del beneficiario o titular debe incluirse no sólo a la cónyuge e hijos matrimoniales, sino además a los hijos naturales, adoptivos, a los alimentarios y también a quienes conforman el servicio doméstico de la casa²⁶.

Frente a la indeterminación tanto de la doctrina como de la ley positiva, el camino más seguro para intentar conceptualizar la familia parece ser el de partir por reconocer que no es posible englobar en una sola noción todas las múltiples figuras y relaciones que son alcanzadas por el fenómeno familiar. Será menester, por tanto, establecer, previamente, cuál puede ser un concepto esencial que reproduzca las características que deben estimarse inescindibles de aquella sociedad que en el más estricto sentido debe denominarse familia, para, posteriormente,

²³ LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Manual de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1979, p. 214.

²⁴ DE CUPIS, Adriano, “Famiglia e Diritto”, en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, año XII, 1983, p. 1111.

²⁵ Cfr. LACRUZ y SANCHO, ob. cit., p. 9.

²⁶ El Código Civil italiano, en su art. 1023, establece respecto del derecho de habitación que la familia comprende incluso los hijos naturales y adoptivos y los domésticos con tal que convivan. El Código Civil chileno, por su parte, dispone, en el art. 815, que para los efectos de los derechos reales de uso y habitación en la familia del beneficiario se comprende al cónyuge, los hijos legítimos o naturales, los sirvientes y todos aquellos que viven con el usuario o habitador o a los que éste deba alimentos. Similares son las disposiciones contenidas en el art. 2953 del Código Civil argentino y en el art. 1381 del Código de Guatemala. El Código Civil español no contiene una norma como éstas: su art. 524 habla de familia sin mencionar la composición. Pero los autores sostienen que allí familia debe entenderse en un sentido amplio (Cfr. MARRASA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil Español*. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1910, t. IV, art. 524, p. 542; LACRUZ, J.L., ob. cit., p. 402).

Para efectos de la seguridad social, la legislación chilena trata como familiar la relación entre el causante de una pensión de sobrevivencia y la madre de sus hijos naturales. Dice el D.L. 3.500, sobre nuevo sistema de pensiones, “serán beneficiarios de pensión de sobrevivencia los componentes del grupo familiar del causante, entendiéndose por tal el o la cónyuge sobreviviente, los hijos legítimos, naturales o adoptivos, los padres y la madre de los hijos naturales del causante” (art. 5).

analizar en qué forma y en qué medida las diferentes variaciones o derivaciones de esa realidad participan o no de la naturaleza familiar.

En esta labor por ubicar un concepto tipo de familia nos puede ayudar el atender a las finalidades generalmente reconocidas a la institución familiar. Especialmente fructífera nos parece, al respecto, la enseñanza de Lacruz, por lo que la utilizaremos como base para iniciar nuestra búsqueda: "Desde los primeros tiempos hasta nuestros días —expone el civilista español— la familia cumple tres misiones y persigue tres finalidades: una natural, la de vincular al hombre y la mujer y conservar así el género humano; otra económica, consistente en la obtención de alimentos para todos los familiares y techo para los que convivan; una tercera, moral y espiritual, es decir, el mutuo socorro de los familiares, la comunidad de vida entre ellos y el cuidado y educación de la prole"²⁷.

Considerando estas tres finalidades básicas: natural, económica y espiritual, observando lo que sucede en la realidad social y teniendo en cuenta los diversos aspectos destacados por los autores en sus definiciones, podemos obtener aquellas características o condiciones que deben estimarse esenciales en la constitución normal de una familia propiamente tal. A continuación las exponemos clasificándolas de acuerdo a las finalidades familiares de las cuales se desprenden.

a) Finalidad natural.

Si la familia pretende, primordialmente, permitir la reproducción del género humano de la forma más acorde con la propia naturaleza, deberá contener, al menos, las siguientes características:

1º Es una comunidad de personas, en la medida en que supone la presencia organizada de, a lo menos, dos individuos humanos²⁸.

2º Esta comunidad tiene su base o su origen en una unión entre hombre y mujer destinada a la realización de los actos propios de la generación²⁹.

Decimos que la familia tendrá su base en la unión de hombre y mujer para los casos en los que la pareja forma parte actual del grupo familiar. En cambio, pensamos que será más adecuado hablar de que la familia ha tenido su origen en dicha unión, si ésta ya se ha disuelto y no integra la comunidad.

b) Finalidad espiritual.

De esta finalidad podemos extraer otras tres características que nos ayudan en nuestra tarea de determinar la noción esencial de familia.

3º Las personas que integran la comunidad familiar se sienten formando parte de un grupo al cual vinculan su propio desarrollo personal. Existe entre ellas un afecto que las induce a colaborar entre sí, a prestarse auxilio y ayuda y a aceptar la ofrecida por los demás. Este especial ánimo, que tiñe toda participación en un grupo familiar, es denominado generalmente *affectio familiaris*.

²⁷ LACRUZ, J.L., ob. cit., p. 213.

²⁸ Dice RECASENS SICHES, que "la familia ya constituida es una comunidad, precisamente uno de los ejemplos típicos de comunidad, sobre todo para los hijos, pues éstos despiertan a la conciencia dentro del seno de la familia e impregnados por el ambiente de ésta (*Tratado General de Sociología*, Edit. Porrúa, 9ª. edic., México, 1968, p. 471).

²⁹ RECASENS SICHES, L. sostiene que se requiere una relación sexual continuada (ob. cit., p. 470).

4º El afecto familiar surge naturalmente o por la relación de pareja o por el parentesco de sangre.

Es esta una característica que se ve confirmada con la observación de la realidad. El grupo de personas que puede calificarse de familia está constituido por individuos ligados, sea por una relación de pareja, sea por vinculaciones de sangre.

5º Para que esta comunidad de vida, afecto y solidaridad sea posible, se requiere que sus miembros, como situación permanente, compartan sus vidas en un mismo lugar físico: esto es, vivan juntos en una sede determinada.

Por el estudio etimológico al que hicimos mención al comienzo, sabemos que el concepto de familia desde sus orígenes está entroncado con un lugar en el cual se realiza la vida familiar: la casa, que, estando habitada por la familia, se transforma en un hogar. No puede haber verdadera familia sin esta referencia física a la sede doméstica.

c) Finalidad económica

Teniendo en cuenta esta finalidad económica, podemos deducir una característica más.

6º El grupo familiar se constituye para la satisfacción de las necesidades de vida de sus integrantes y por ello éstos destinan esfuerzos para obtener los bienes materiales que lo permiten. Como señalaran Lacruz y Albaladejo, "la intimidad familiar se traduce en una organización económica, que puede abarcar a la producción (como en otros tiempos)... pero que, al menos, atiende, como hoy, a la satisfacción en común de las necesidades individuales, con recursos obtenidos por los diversos miembros de la familia"³⁰.

Finalmente, de los tres fines que se reconocen a la sociedad doméstica, así como de las mismas características recién mencionadas, debe, a nuestro juicio, deducirse una séptima propiedad que es precisamente la que hace posible el cumplimiento de dichos objetivos y la plena realización de aquellos caracteres:

7º La existencia de una autoridad directiva o, si se quiere, de un orden que establezca en forma clara las cuotas de poder o las atribuciones que corresponde ejercer a ciertos integrantes para encauzar o dirigir la vida familiar³¹.

³⁰ LACRUZ, J.L. y ALBALADEJO, M., *Derecho de Familia. El Matrimonio y su Economía*, Bosch, Barcelona, 1963, p. 8.

³¹ Debe recordarse que aunque en gran cantidad de legislaciones la autoridad marital ha sido suprimida, ello no ha implicado la abolición absoluta de la autoridad en la familia, dado que aún subsiste la autoridad paterna (sobre los hijos) y sobre todo porque todavía es posible hablar de un orden jurídico que establece diversas competencias y atribuciones que permiten determinar, a veces con intervención judicial, la dirección del desenvolvimiento de las actividades familiares.

Concretamente en Chile, la ley N° 18.802 derogó el art. 132 del Código Civil que definía la potestad marital y concedió capacidad a la mujer casada. Pero es claro que con ello no se pretendió abolir toda autoridad en la familia, ni siquiera el poder directivo del marido como jefe del hogar. Prueba de ello es que se conservan los derechos del marido sobre los bienes de la mujer, en cuanto administrador de la sociedad conyugal. Además, la reforma mantuvo el art. 219 CC que establece que los hijos legítimos deben respeto y obediencia a su padre y a su madre, pero estarán especialmente sometidos al padre. Sobre la falta de intención de abrogar

Creemos que el reconocimiento de una autoridad, aunque sea compartida, colegiada o incluso vigilada y controlada mediante la intervención de organismos estatales (tribunales de justicia), es lo único que permite explicarse que la familia constituya una comunidad organizada en función de un bien que se considera común a todos sus miembros y no en atención a los particulares intereses de éstos.

Es, además, una característica cuyo cumplimiento fácilmente puede apreciarse en cualquier grupo familiar, con prescindencia de los esquemas jurídicos que pretenden estructurarlo: en efecto, siempre es posible identificar a uno o más de los integrantes que, en un clima de consenso, cariño y respeto mutuos, ejercen la dirección de la familia, y al cual o a los cuales, los restantes miembros se sujetan.

Aunando todas estas características o elementos fundamentales, nos atrevemos a proponer como concepto esencial de familia, el siguiente:

Familia es aquella comunidad que, iniciada o basada en la asociación permanente de un hombre y una mujer destinada a la realización de los actos humanos propios de la generación, está integrada por personas que conviven bajo la autoridad directiva o las atribuciones de poder concedidas a una o más de ellas, adjuntan sus esfuerzos para lograr el sustento propio y el desarrollo económico del grupo y se hallan unidas por un afecto natural derivado de la relación de pareja o del parentesco de sangre, el que las induce a ayudarse y auxiliarse mutuamente.

Una vez determinado lo que debe entenderse esencialmente por familia, podemos pasar a exponer las diversas acepciones o tipos en los que puede presentarse el fenómeno familiar.

2. Tipos de familia

2.1 Según la extensión que se dé al concepto

Hemos visto ya lo que puede entenderse por familia propiamente tal. No obstante es indudable que el fenómeno familiar no se agota en aquella noción y que como expresiones o derivaciones de ese concepto fundamental surgen realidades que, en la medida en que contienen ciertas características esenciales de la familia, participan de su naturaleza y son comprendidas en la denominación. Y así se suele hablar de familia en tres sentidos: amplio, restringido e intermedio.

a) En sentido amplio

La familia acá pasa a designar un conjunto extenso de personas, en el que se incluyen hasta individuos que no conviven en el núcleo familiar o que no cuentan con una vinculación de parentesco con la pareja fundadora. Considerando esto, podemos subdividir la acepción en dos hipótesis:

1º Sentido amplio limitado al parentesco: Desde este punto de vista todos quienes descienden de un antepasado común, cualesquiera que sean las generaciones existentes entre ellos, pertenecen a una misma familia. De esta forma, escribe Cossío que: "en un sentido más amplio, se considera pertenecientes a la misma familia todos aquellos que reconocen una ascendencia común; y, dando

totalmente la autoridad marital por parte de los redactores de la ley, puede verse a ROZAS VIAL, Fernando, *Análisis de las reformas que introdujo la ley N° 18.802*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, pp. 30 - 31.

un paso más, a aquellas personas que se encuentran emparentadas con cualquiera de los dos cónyuges en relación con el otro³². También hablan de familia en este sentido Ruggiero³³ y Castán Tobeñas³⁴.

2º Sentido amplio no limitado al parentesco: algunos autores, por lo general pensadores que tratan de actualizar las doctrinas filosóficas de la antigüedad clásica, sostienen que debe incluirse como miembros de la familia a quienes constituyen el servicio doméstico de la casa.

“Este ideal cristiano de la comunidad familiar —expone Johanés Mesner— continúa siendo una exigencia, aun cuando en el último siglo las relaciones entre los empleados de la casa y la familia se han convertido de hecho, en gran escala, en meras relaciones de contrato de trabajo. Ciertamente las relaciones del servicio dentro de la familia tienen su fundamento en un libre contrato, pero el contrato de servicios de este tipo comprende mucho más que las contraprestaciones de dinero y trabajo perfectamente mensurables, según se desprende de toda su naturaleza. Las relaciones entre la familia y sus criados son, por ambas partes, relaciones de confianza”³⁵.

De igual forma, siguiendo a Aristóteles, Lino Rodríguez Arias nos dice que la familia se compone también de la llamada sociedad heril constituida por “aquellas personas extrañas a los vínculos de sangre de la familia, pero que viven dentro de ella a cambio de una prestación de servicio por emolumentos”³⁶.

Sin embargo, resulta necesario advertir que se trata de opiniones manifiestamente aisladas y que el criterio ampliamente predominante en la actualidad excluye de la sociedad familiar a los criados³⁷.

b) En sentido estricto

Cuando se restringe al máximo el concepto de familia, se llega a la noción de la denominada “familia nuclear”, “familia conyugal” o también “pequeña familia”. Según esta acepción sólo forman parte de la familia la pareja conyugal y los hijos resultantes de su relación, siempre que éstos vivan con sus padres o, a lo menos, se encuentren sometidos a su potestad³⁸.

De la noción de familia nuclear surgen, a su vez, otras variaciones: se habla de “familia polinuclear” (varias familias nucleares con unidad residencial), “fami-

³² DE COSSIO, Alfonso, *Instituciones de Derecho Civil*, Alianza Universitaria, Madrid, 1975, t. II, p. 713.

³³ DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil*, trad. de R. Serrano y S. Santa Cruz, Reus, Madrid, 1931, t. II, p. 699.

³⁴ CASTÁN TOBEÑAS, José María, *Derecho Civil Español Común y Foral*, Reus, 10ª. edic., Madrid, 1983, t. V, p. 33.

³⁵ MESSNER, Johanés, *Ética Social, Política y Económica a la Luz del Derecho Natural*, Rialp, Madrid, 1967, p. 631.

³⁶ RODRÍGUEZ ARIAS, Lino, “Filosofía de la Familia”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 208, 1960, p. 351.

³⁷ Cfr. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, Bosch, 2ª. edic., Barcelona, 1961, p. 752.

³⁸ BELLUSCIO, A., *Derecho de Familia*, Depalma, B. Aires, 1974, t. I, p. 5.

lia nuclear ampliada" (núcleo familiar con parientes allegados) y "familia nuclear incompleta" (si falta alguno de los integrantes: por ejemplo viuda con hijos)³⁹.

c) En sentido intermedio o técnico-jurídico

Combinando las orientaciones de familia amplia y restringida, los autores suelen mencionar también un concepto de familia que ocupa una posición intermedia entre esos dos extremos: la familia constituida por el conjunto de parientes que conviven en una casa bajo la autoridad del jefe del hogar⁴⁰. En palabras de Planiol: "los miembros de la familia que viven bajo el mismo techo, bajo la dirección y con los recursos del jefe de la casa"⁴¹.

Otros juristas, por ejemplo, Castán⁴² y Royo Marín⁴³, hablan también de familia en un sentido técnico-jurídico. Comprenden en esta noción todas aquellas relaciones de familia a las que las leyes atribuyen algún efecto jurídico. Mas, no parece que este esfuerzo represente un avance en esta materia, dada la imposibilidad que existe, como ya vimos, de unificar un concepto en torno a criterios legislativos, necesariamente oscilantes en cuanto a la determinación de los vínculos familiares.

2.2 Según la naturaleza de la relación que le da origen

Considerando la relación de la cual puede surgir un grupo familiar, los autores distinguen entre familia legítima o matrimonial y familia ilegítima o no matrimonial.

a) Familia legítima o matrimonial

La familia legítima, ahora llamada matrimonial, es aquella que "se halla constituida con arreglo a las condiciones del Derecho y tiene la protección completa de éste"⁴⁴. Como el cauce normal que el derecho establece para la formación de un grupo familiar es el matrimonio, familia legítima será aquella que tiene su origen en el vínculo conyugal que une a la pareja fundadora.

b) Familia no matrimonial

Es la familia constituida al margen de las condiciones establecidas por el ordenamiento jurídico⁴⁵. Se trataría, en consecuencia, de un grupo familiar formado fuera del derecho, razón por la que modernamente se la conoce como "familia de hecho", remarcando así su carácter de situación meramente fáctica no

³⁹ Cfr. LACRUZ y SANCHO, ob. cit., p. 10.

⁴⁰ Cfr. BELLUSCIO, A., ob. cit., t. I, p. 6.

⁴¹ PLANIOL, Marcel, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 7^a edic., Paris, 1915, t. I, Nº 638, p. 225.

⁴² CASTÁN, J.M., ob. cit., t. V, p. 34.

⁴³ ROYO MARTÍNEZ, Miguel, *Derecho de Familia*, Imprenta Suárez Sevilla, 1949, p. 4.

⁴⁴ CASTÁN, J.M., ob. cit., t. V, p. 34.

⁴⁵ Cfr. CASTÁN, J.M., ob. cit., t. V, p. 34.

recogida por las normas jurídicas. Según Lacruz, como "familia de hecho" se designa a "aquellos grupos compuestos por padre, madre y acaso hijos, que viven en familia sin que el padre y la madre estén válidamente casados"⁴⁶.

Otros autores, poniendo su atención en la filiación natural generalmente existente en estos grupos, prefieren hablar de "familia natural"⁴⁷.

En todo caso, se trata siempre de comunidades familiares originadas por una relación no sancionada por la ley con el matrimonio.

Sobre si pueden denominarse familia volveremos más adelante. Bástenos por ahora apuntar que los juristas suelen acogerlas dentro de los tipos en los que se presenta el fenómeno familiar⁴⁸.

3. Naturaleza jurídica de la familia

3.1 Personalidad jurídica de la familia

Es ya una vieja cuestión la de si debe considerarse la familia como una persona jurídica con independencia de sus integrantes. Famosa sobre este particular fue la controversia sostenida entre dos grandes juristas franceses: Savatier, por un lado, y Dabin, por el otro.

Sostuvo Savatier que la familia goza de una personalidad moral (jurídica), por cuanto existirían diversos derechos patrimoniales y extrapatrimoniales que, tendiendo como objetivo directo a la protección del grupo familiar, le pertenecen a la misma familia considerada en su naturaleza de ente colectivo y no a uno o más de los individuos que la componen. Y así señala como propios de la familia el derecho al nombre patronímico, el derecho a defender la memoria de los antepasados ya muertos, el derecho de propiedad de ciertos bienes considerados familiares, el derecho sobre la sepultura familiar, las reservas hereditarias, etc.⁴⁹.

Jean Dabin salió al paso de esta pretensión de Savatier manifestando la inconveniencia y la falta de rigor lógico de estimar que la familia constituye una persona distinta de sus miembros. Los derechos y efectos jurídicos mencionados por Savatier, dice Dabin, no son derechos atribuibles como sujeto a la familia, sino que se trata de facultades que, aunque miran a la protección de bienes fami-

⁴⁶ LACRUZ, J.L., ob. cit., p. 214.

⁴⁷ MARTY, G. y RAYNAUD, P., *Droit Civil*, Sirey, 3ª. edic., Paris, 1976, p. 469.

⁴⁸ Algunos autores suelen también hablar de una tercera clase de familia: la familia civil o adoptiva, que sería aquella cuyo origen se encuentra en el vínculo de adopción sancionado por la ley. Mas, al mismo tiempo se reconoce que en este supuesto las relaciones que surgen no provocan el nacimiento de ese vínculo colectivo, característico de la familia en sentido propio" (ESPIN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil Español*, edit. Revista de Derecho Privado, 2ª. edic., Madrid, 1963, t. IV, p. 4). Niega también que se trate de una verdadera familia, TRABUCCHI ("Natura Legge Famiglia" en *Rivista di Diritto Civile*, t. XXIII, 1977, I, p. 4). En verdad, la adopción puede dar pie a una relación cuasifamiliar, análoga a la surgida naturalmente en la familia, pero no tiene la virtud de originar un nuevo grupo familiar: cuando más se considerará que el hijo adoptado entra a formar parte de la familia del adoptante que preexiste con independencia de la adopción.

⁴⁹ SAVATIER, "Une Personne Morale Né Connue: La Famille en Tant que Sujet de Droit", D. 1939, chronique p. 49, referido y citado por H., J. y L. MAZEAUD, ob. cit., t. I, v. III, p. 19.

liars, son concedidas siempre a uno o más de los miembros de la comunidad familiar, esto es, a personas individuales⁵⁰.

En la actualidad puede decirse que la tesis de Savatier no ha prosperado y que, por el contrario, es rechazada por la mayoría de los autores. La familia no cuenta con personalidad propia en el derecho moderno. Pero debe tenerse en cuenta que juristas prestigiosos han sostenido que de *lege ferenda* podría ser beneficioso conceder esta personalidad al grupo familiar: así lo mantienen, por ejemplo, los hermanos Mazeaud en Francia⁵¹.

En España, Valverde parece inclinarse por la tesis de la personalidad, pues escribe que "la familia tiene su origen en el matrimonio que crea una personalidad distinta de los miembros que la forman"⁵². Castán, por su parte, opina que "desde el punto de vista de los ideales jurídicos, merece ser bien acogida la tesis de la personalidad de la familia"⁵³. Empero, la posición mayoritaria estima que incluso de *lege ferenda* no cabe propiciar esta concesión de personalidad. Se sostiene que no existe real necesidad de considerar persona a la familia para garantizar su protección y normal desarrollo y que, a la inversa, tal pretensión podría conducir a nuevas dificultades y confusiones, sobre todo llegado el momento de determinar la estructura e integración del grupo familiar. Dice Puig Brutau: "Ante todo, lejos de ser el reconocimiento de tal personalidad un recurso infalible a la claridad, en muchos casos no es más que un medio de encubrir las dificultades reales con la unidad ideal de un concepto"⁵⁴.

La idea, pues, de que la familia no constituye ni tiene por qué constituir una persona jurídica se impone actualmente en la doctrina⁵⁵. Y, en verdad, es lo que parece más acertado, pues, como expresa Legaz y Lacambra, el reconocimiento de la familia como sujeto de derecho no es necesario para valorar su significación en el orden social ni tiene nada que ver con su esencia ética y comunitaria^{56, 57}.

⁵⁰ DABIN, Jean, "Le Problème de la Personnalité Morale de la Famille", en Revue du Bulletin de l'Académie Royale de Belgique, 5^a serie, t. XXXV, 1949, p. 329, citado por H., L. y J. MAZEAUD, ob. cit., t. I, v. III, p. 19.

⁵¹ MAZEAUD, H., L. y J., ob. cit., t. I, v. III, N^o 688, pp. 13-14.

⁵² VALVERDE, C., ob. cit., t. IV, p. 13.

⁵³ CASTÁN T., J.M., ob. cit., t. IV, p. 37.

⁵⁴ PUIG BRUTAU, Federico, ob. cit., t. IV, v. I, p. 10.

⁵⁵ Ver por ejemplo LACRUZ y ALBALADEJO, ob. cit., p. 9; COLOMBET, C., ob. cit., p. 14; RODRÍGUEZ ARIAS, L., ob. cit., p. 362; ROSSEL, E., ob. cit., p. 10.

⁵⁶ LEGAZ Y LACAMBRA, L., ob. cit., p. 757.

⁵⁷ Aunque no se trata directamente de la familia, resulta de extraordinario interés traer a colación acá la institución de la Casa contenida en los derechos forales de Aragón y Navarra. En estas regiones de España, la Casa adquiere el carácter de una estructura protectora de la comunidad familiar, que se prolonga a lo largo del tiempo alcanzando a varias generaciones. Es una institución puesta al servicio de la unidad y supervivencia de la familia en su más amplio sentido. La Casa que, generalmente, ostenta un nombre propio vinculado a remotos habitantes, tiene una autoridad unipersonal, función que se transmite de padres a hijos y bajo la cual conviven el grupo familiar del jefe en conjunto con los demás parientes, incluidos los colaterales (a los que se denomina "tiones"). BALLESTERO, Luis, que ha escrito una monografía sobre esta institución, la define como "la unidad familiar y patrimonial formada por el conjunto de individuos que viven bajo la jefatura de un señor, generalmente el padre, en un espacio delimi-

3.2 La familia como institución

Así como la tesis de la personalidad jurídica no ha sido acogida por la doctrina, se admite sin dificultades, en cambio, que la familia constituye una institución. Los problemas surgen, sin embargo, a la hora de precisar qué debe entenderse por institución.

En realidad, la mayoría de los autores que destacan la naturaleza institucional de la familia lo hacen para remarcar su carácter de entidad superior no sujeta a la voluntad de los individuos que la conforman. En este sentido, señala Puig Peña que: "La familia es, ante todo, una institución. No es 'algo' cualquiera que se volatiliza al más pequeño de los soplos; tiene unas raíces naturales de firme consistencia, como asentada en los lazos de la sangre forma una entidad que vive con autonomía, y cuyas líneas directrices fundamentales no pueden ser alteradas sensiblemente por el capricho de la voluntad privada"⁵⁸. Asimismo, Fernando Fueyo observa que la familia es una institución porque está enraizada en la organización de la sociedad y no es ni transitoria ni excepcional ni susceptible de desaparecer al efecto de una circunstancia⁵⁹.

Puig Brutau, con sutileza aclara que si bien *una* familia en particular es sólo una asociación, *la* familia, en cuanto concepto abstracto, es una institución; la institución por medio de la cual la sociedad provee a la procreación, la educación de los hijos y la transmisión hereditaria de la propiedad⁶⁰.

Cierto autor ha querido negar el carácter de institución jurídica a la familia, fundándose en la imposibilidad de encontrar una definición para ella establecida legalmente, a diferencia de lo que ocurre con figuras tales como la filiación, la patria potestad, el matrimonio, etc.⁶¹. Sin embargo, es obvio que, a pesar de no encontrarse en los textos legales una consagración expresa del concepto de familia, existen innumerables normas que dan vida a una reglamentación propia de la entidad familiar; y tanto es así, que universalmente se estudia y enseña como parte del derecho civil una rama que lleva justamente el nombre de "derecho de familia".

tado por una unidad económica de explotación y cultivo, aunque no sea continua territorialmente, sustentándose de unos mismos bienes, que han sido recibidos por tradición de generaciones anteriores con las que el jefe estaba generalmente unido por vínculos de sangre (*La Casa en el Derecho Aragonés*), Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Zaragoza, 1944, p. 107).

A pesar de la importancia que se le atribuye a la Casa en el derecho consuetudinario, aceptándose incluso que ciertos bienes forman parte de un patrimonio especial vinculado a ésta, no se llega a reconocerle personalidad jurídica: se trataría —dice Ballester— en el mejor de los casos de una persona social pero no jurídica, puesto que adolecería de una voluntad distinta de sus miembros o de un fin preestablecido por un fundador; a lo que se agrega que, en ocasiones, presenta también el carácter de objeto de derechos, lo cual es incompatible con el concepto de persona (ob. cit., pp. 113 y ss.). CASTÁN TOBEÑAS sostiene que se advierten "gérmenes de organización cooperativa, y, conjuntamente, de personalidad" en la Casa, que "sin embargo, no llegan a desarrollarse plenamente" (ob. cit., t. V, p. 674).

⁵⁸ PUIG PEÑA, F., ob. cit., t. II, v. I, pp. 4-5.

⁵⁹ FUEYO, F., ob. cit., t. VI, v. I, pp. 17-18.

⁶⁰ PUIG BRUTAU, F., ob. cit., t. IV, v. I, p. 6.

⁶¹ FASSI, *La Familia*, p. 28, citado por BELLUSCIO, A., ob. cit., p. 16.

Con razón dicen, pues, Díez-Picazo y Gullón que la familia no sólo es una institución social sino también jurídica, dado que “se organiza jurídicamente y es objeto de una reglamentación legal”⁶².

Pero al afirmar que la familia es una institución jurídica no se postula que sea un ente abstracto, creado artificialmente por el derecho. No. Se trata, primeramente, de un organismo de carácter social, pero que al ser regulado por normas jurídicas, de acuerdo con sus propias y particulares características, adquiere la calidad de institución.

3.3 La familia como organismo jurídico

Es la posición sostenida por el profesor italiano Antonio Cicu. En opinión de este ilustre jurista, la familia si bien no alcanza personalidad, constituye un organismo jurídico, puesto que sus miembros no tienen propiamente derechos individuales, sino que existe entre ellos una vinculación recíproca de interdependencia, una subordinación a un fin superior y una asignación de funciones dispuesta por la ley. En síntesis, la familia sería un organismo muy similar al Estado⁶³.

La doctrina de Cicu no ha suscitado la adhesión de la generalidad de los autores. Provoca muchos reparos, principalmente porque la asimilación que hace de la familia al organismo estatal conduce a una abstracción del grupo doméstico, donde los poderes y atribuciones de sus miembros se deshumanizan⁶⁴.

De todas maneras, las ideas de Cicu han tenido gran influencia. En España, la referencia a la organicidad jurídica de la familia la encontramos, aunque matizada, en la obra de Lacruz y Albaladejo: “la familia es un organismo —nos dicen—, un conjunto orgánico, en el cual se atribuye a cada miembro una situación distinta y especial, y en el cual todos se pertenecen recíprocamente, sin formación de un núcleo jurídico distinto”⁶⁵.

A nuestro modo de ver, prescindiendo de la asimilación (a todas luces impropia) de la familia al organismo estatal, no existen obstáculos para considerar que se trata de un organismo o estructura de carácter jurídico, en tanto grupo organizado y regulado por reglas de derecho que consagran relaciones de interdependencia orientadas hacia la consecución de un objetivo común. Pero pensamos que esto no excluye la idea de que la familia sea también una institución, puesto que, como hemos visto, esta última concepción tiende a examinar la familia en su desempeño como entidad universal, más que a observar cada grupo familiar en concreto. Podría decirse, entonces, que la familia como tal es una institución y que, al mismo tiempo, cada familia en particular constituye un especial organismo jurídico.

En todo caso, estas tesis sobre la naturaleza jurídica de la familia (persona, institución, organismo) no logran más que descubrir el cascarón o ropaje externo de esta realidad social. Si en verdad queremos penetrar en su esencia íntima, re-

⁶² DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 1978, t. IV, p. 40.

⁶³ CICU, Antonio, *El Derecho de Familia*, trad. S. Sentís Melendo, Ediar, B. Aires, 1947, pp. 117 y ss.

⁶⁴ Cfr. BELLUSCIO, A., ob. cit., p. 14.

⁶⁵ LACRUZ y ALBALADEJO, ob. cit., p. 10.

sulta imprescindible considerar la relación de la institución familiar con la misma naturaleza del ser humano.

4. *Familia, derecho natural y ley positiva*

4.1 La familia como sociedad natural

Durante siglos se ha afirmado que la familia, en cuanto institución, no fue creada por la voluntad del hombre como una alternativa conveniente, entre otras posibles, para organizar la convivencia y la perpetuación de la especie, sino que se trata de algo que viene ya exigido por la misma manera de ser del hombre: por su propia naturaleza. La familia es una sociedad que surge de la misma naturaleza humana. Es la enseñanza contenida ya en Aristóteles, quien pensaba que la sociedad doméstica es anterior ontológicamente a la sociedad política: “La amistad entre marido y mujer parece fundada en la naturaleza, pues, el hombre, por naturaleza, tiende antes a vivir en parejas que en comunidades políticas, en la medida en que es anterior, y más necesaria la casa que la ciudad y en que la procreación es más común entre los animales. Ahora bien —agrega el filósofo—, los demás animales se asocian sólo en la medida en que ésta lo requiere; el hombre y la mujer cohabitan, no sólo por causa de la procreación, sino también para los demás fines de la vida; en efecto, desde un principio están divididas sus funciones, y son diferentes las del hombre y las de la mujer, de modo que se complementan el uno al otro poniendo a contribución cada uno lo que le es propio”⁶⁶.

Es esta, pues, una institución que ha acompañado al hombre desde sus orígenes y no un descubrimiento gradual resultado de ensayos y tentativas más o menos afortunadas⁶⁷. Las teorías que sostenían la ausencia de la familia en los primeros tiempos de la humanidad y su conformación por una especie de evolución progresiva de las costumbres, vinculada a la estructura de las relaciones económicas de producción⁶⁸, parecen ya totalmente superadas. “Hoy —escriben Lacruz y Sancho— vuelven los autores a la tesis clásica según la cual es la familia la célula elemental de la sociedad, de la que por expansión natural nacen la tribu y las formaciones sociales superiores, existiendo primero una organización patriarcal y gentilicia, fundada en el vínculo de sangre, que, después por causas externas,

⁶⁶ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, trad. M. Araujo y J. Marías, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970, 1162 a, p. 136.

⁶⁷ Dice UGARTE GODOY, José Joaquín, “La familia como sociedad natural”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. VII, Nº 1-6, 1980, p. 172, que la familia “es una sociedad natural, pues si bien el matrimonio es un acto voluntario, su fin primero: la generación, y su fin secundario: la mutua ayuda y vida común de los cónyuges, son impuestos por la naturaleza, no a cada hombre como individuo necesariamente, pero sí a la humanidad como conjunto”.

⁶⁸ Se postula que, en una primera etapa de la humanidad, habría existido un comercio sexual incontrolado para pasar luego a la familia consanguínea con promiscuidad sexual entre hermanos y hermanas. Más tarde, se excluirían de las relaciones carnales a los hermanos, pasándose así a la familia denominada punalúena. Finalmente, se habría llegado a establecer la familia sindiásmica fundada en la unión de un hombre y una mujer. Cfr. ENGELS, Federico, *El origen de la Familia, de la Propiedad Privada y del Estado*, trad. J.A. de Mendoza, Claridad, B. Aires, 1964.

a veces se pervierte y degenera en aquello que se ha querido presentar modernamente como la situación originaria del hombre y la sociedad”⁶⁹.

Quienes niegan el carácter natural a la familia, pretenden con ello atribuir al legislador un poder omnímodo para establecer los modelos familiares que estime de mejor conveniencia política⁷⁰. Sin embargo, los modernos estudios étnicos, históricos y hasta meramente biológicos, parecen desmentir esta hipótesis de modo cada vez más tajante. Y lo propio puede sostenerse respecto de las reflexiones sociológicas y filosóficas. “La motivación radical de la familia en todas las varias formas que ésta presenta en la historia —dice Recasens Siches— consiste en la necesidad de cuidar, alimentar y educar a la prole. Es característico del ser humano el hecho de la lentitud con que llega a ser capaz de valerse por sí mismo, tanto en lo que atañe al aprendizaje de dónde y cómo obtener alimento y subvenir a las otras necesidades perentorias (habitación, vestido, etc.), como en lo que respecta al aprendizaje de abstenerse de actos peligrosos para sí mismo y para los demás. Para colmar necesidades de los hijos se ha creado la institución de la familia. Las formas de ésta son muy variadas a lo largo de la historia y en las diversas civilizaciones. Pero en todas ellas hay de común un esquema de institución que implica la unión estable entre los progenitores, y entre éstos y los hijos hasta la madurez física e intelectual de los segundos”⁷¹.

Johannes Messner sostiene, por otra parte, que “los lazos de sangre que unen a los padres y a los hijos fundan las inclinaciones y los impulsos dentro de la comunidad familiar que no dejan auténtica duda sobre las leyes fundamentales de su constitución por derecho natural”⁷². En igual sentido, Lino Rodríguez señala que la familia es una institución de derecho natural porque es necesaria para el desenvolvimiento físico y espiritual del hombre que es un ser sociológicamente imperfecto⁷³.

Citemos, finalmente, las palabras de Leclercq: “La familia es una institución ‘de nature’, nace espontáneamente en tanto que hay hombres. No espera, para aparecer, que el Estado le asigne un estatuto jurídico. En la mayor parte de las sociedades la familia existe sin intervención del Estado, y es regida por costumbres tradicionales”⁷⁴.

Ahora bien, de la afirmación de que la familia es una sociedad natural y que, por tanto, está regida por principios que emanan de la naturaleza del hombre, no puede concluirse que la procreación y la unión de los sexos por forzoso automatismo se dará siempre de acuerdo con las normas del derecho natural. La misma naturaleza del ser humano incluye como elemento fundamental la consideración de la libertad, por la cual la creatura racional puede optar por vías que no se corresponden con lo establecido en su, digamos, “código natural”. De allí que, según afirma el mismo Leclercq, es posible que la generación tenga lugar

⁶⁹ LACRUZ y SANCHO, ob. cit., p. 21.

⁷⁰ FURGUIECE, ALAGNA, DURKHEIM, etc. Cfr. LACRUZ y SANCHO, ob. cit., p. 11.

⁷¹ RECASENS SICHES, L., ob. cit., p. 466.

⁷² MESSNER, J., ob. cit., p. 598.

⁷³ RODRÍGUEZ, L., artículo cit., p. 353.

⁷⁴ LECLERCQ, Jacques, *Leçons de Droit Naturel*, Maison d'édition ad. Wesmaes-Charlier, 3ª. edic., 1950, t. III, p. 33.

en condiciones no apropiadas a la naturaleza humana, como sería si se diera sin la previa formación de esa comunidad de vida, estable y permanente, que denominamos matrimonio⁷⁵.

4.2 Competencia de la ley positiva para regular la familia

El reconocimiento de la familia como realidad exigida por la misma naturaleza del hombre, no puede conducir a la negación de toda competencia a la ley positiva para reglamentar esta institución.

El mismo derecho natural impele al legislador humano a organizar y regular jurídicamente la sociedad doméstica, para proteger y garantizar su estructura fundamental y determinar todos aquellos aspectos concretos que no vienen definidos por los principios naturales⁷⁶.

“En el seno de la familia —dice Clemente de Diego— se dan una porción de relaciones, ora entre los miembros de la familia, ora con otras entidades de fuera..., que escapan a toda reglamentación exterior por parte del Estado y la misión de éste es reconocer toda esa esfera autárquica en que se mueve la familia. Pero, en cambio, en esas mismas relaciones habrá de cuidar y garantizar y proteger en las transgresiones y, por otra parte, tendrá que condicionar su efectividad en el exterior para que no sean negadas por nadie”⁷⁷.

La ley positiva, además, se encargará de regular aquellas relaciones de carácter familiar, como lo son las adoptivas y las originadas fuera del matrimonio, dado que la adopción no parece estar exigida por la naturaleza del hombre y, en lo que respecta a las segundas, puesto que tales relaciones contrastan con los principios naturales sobre la generación y crianza de la prole.

III. EL MATRIMONIO COMO BASE DE LA FAMILIA

En el matrimonio, entendido como aquella unión estable entre un hombre y una mujer que está dirigida y ordenada al establecimiento de una plena comunidad de vida⁷⁸, coloca la inmensa mayoría de los autores la base o fundamento de la institución familiar⁷⁹. E, incluso, quienes propician un cierto reconocimiento legal para las uniones de hecho, se ven forzados a admitir que sólo el matrimonio

⁷⁵ Cfr. LECLERCQ, J., ob. cit., t. III, p. 34.

⁷⁶ Dice UGARTE, J.J. que “la familia al no ser sociedad perfecta o autobastante se subordina accidentalmente a éste, al igual que los individuos, para la consecución del bien común; en este sentido tiene prioridad la sociedad civil sobre la doméstica y por ello es que el Estado puede regir las relaciones extrínsecas de la sociedad doméstica con él mismo y los llamados ‘efectos civiles del matrimonio’, en aquello que la naturaleza no ha dejado suficientemente determinado” (ob. cit., p. 176).

⁷⁷ CLEMENTE DE DIEGO, F., ob. cit., t. II, p. 440.

⁷⁸ Cfr. LACRUZ y SANCHO, ob. cit., p. 129.

⁷⁹ Cfr. PUIG PEÑA, F., ob. cit., v. I, p. 5; LACRUZ y ALBALADEJO, ob. cit., p. 7; CLEMENTE DE DIEGO, F., ob. cit., t. II, p. 436; MAZEAUD, H. L. y J., ob. cit., N° 687, p. 11.

puede asegurar la publicidad del vínculo y atribuir certeza y cognoscibilidad a la decisión de los interesados de vivir juntos⁸⁰.

Pero la necesidad del acto y estado matrimonial deriva de algo más profundo que de una mera utilidad práctica. La familia como sociedad natural requiere la existencia de matrimonio entre sus fundadores, puesto que sólo cuando éste existe, con sus atributos naturales de unidad e indisolubilidad, pueden cumplirse plenamente los fines familiares. Estando la ley natural encaminada a obtener la máxima perfección de la creatura humana, es lógico que incluya el matrimonio como elemento esencial de la familia, en razón de que el grupo formado por el acto matrimonial tenderá en mejor forma a la perfección de los cónyuges, de los hijos y demás integrantes de la relación, al posibilitar la constitución de una comunidad indisoluble e inescindible de afectos y deberes, que redundará en el bien de todos ellos.

Es esta la enseñanza de Santo Tomás de Aquino: el matrimonio es una institución exigida por la misma naturaleza: "Se dice que es natural —explica el Aquinate— aquello hacia lo que inclina la naturaleza, pero cuya realización exige intervenga el libre albedrío, como son naturales los actos de las virtudes. Y bajo este aspecto el matrimonio es natural, en cuanto que la razón natural inclina al mismo doblemente. Primero, en orden a su fin principal, o sea el bien de la prole. En efecto, la naturaleza no pretende únicamente el bien de la prole, sino también su progreso y desarrollo hasta conseguir su estado perfecto en cuanto hombre, o sea, el estado de virtud... Ahora bien, los hijos no podrían ser educados e instruidos por los padres si no se sabe con certeza quiénes son éstos en concreto, lo cual no se conseguiría de no existir algún vínculo entre un varón y una mujer determinada, lo que produce el matrimonio"⁸¹.

En lo tocante al fin secundario del matrimonio: la mutua complementación de los cónyuges; también, sostiene Santo Tomás, debe afirmarse la naturalidad: en efecto, "respecto de aquellas cosas que hacen falta para la vida humana, unas competen a los varones y otras a las mujeres. Por lo cual, la misma naturaleza impele a que se establezca cierta sociedad entre el varón y la mujer y en eso consiste el matrimonio"⁸².

Con una explicación más moderna, pero coincidente con la anterior, Leclercq afirma el origen natural del matrimonio: "El hombre y la mujer —nos dice— tienen necesidad el uno del otro en todo el desarrollo de su vida, y la vida es un todo continuo. El desarrollo de la personalidad masculina llama la unión a una personalidad femenina correspondiente, y la de la personalidad femenina a la inversa. Como la vida forma un todo continuo, como la personalidad humana se desarrolla toda a lo largo de la vida, el orden moral es que el hombre y la mujer tengan una vida común que, de una cierta manera, la unidad humana sea la unidad de pareja, continua como la vida misma, que el hombre y la mujer lleguen a la edad adulta unidos por parejas y que esta unidad tenga la duración misma de la vida"⁸³. Similares razones arguye también Javier Hervada: "Por ser personas, va-

⁸⁰ Así lo sostiene, por ejemplo, SANTILLI, Marina, "Note Critiche in Tema di Famiglia di Fatto", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, t. XXXIV, 1980, p. 775.

⁸¹ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, BAC, Madrid, 1961, Supl. q. 41, a; 1, t. V, p. 76.

⁸² SANTO TOMÁS DE AQUINO, *ibídem*.

⁸³ LECLERCQ, J., *ob. cit.*, t. III, p. 20.

rón y mujer no pueden relacionarse como tales, sino de acuerdo con aquellas exigencias de comportamiento y de trato que dimanar de la naturaleza misma del hombre en cuanto en ella se da la distinción virilidad-feminidad. Siendo virilidad y feminidad dos estructuras naturales de la persona humana tienen en sí mismas la regla o norma de su mutua relación. Esa norma o regla natural es lo que llamamos matrimonio⁸⁴.

Pues bien, siendo la familia una institución exigida por la misma naturaleza del ser humano para la mejor perpetuación de la especie y realización personal de sus componentes, al reconocerse que la forma de unión entre hombre y mujer para los actos propios de la generación, que conviene a esa misma naturaleza es aquella que llamamos matrimonial, no queda más que concluir que, según el derecho natural, el matrimonio es la única puerta de entrada para formar una familia. Familia y matrimonio se presentan, así, como dos instituciones que se vinculan necesariamente y que en cierta forma se confunden y asimilan: el matrimonio origina una familia, y, en ocasiones, constituye la familia misma (como, por ejemplo, cuando el matrimonio carece de descendencia)⁸⁵.

En suma, la familia es una institución cuya fundación se realiza por medio del matrimonio, acto que estando regulado por leyes naturales, si bien es celebrado libremente por los contrayentes, se rige por normas que no son determinadas por éstos, sino que trascienden su voluntad⁸⁶.

Es también el matrimonio el presupuesto normal de la familia desde el punto de vista de la legislación positiva.

En efecto, hasta los sistemas jurídicos más liberales continúan manteniendo al matrimonio como institución preferencial (aunque ciertamente muy debilitada) por la que puede darse origen a la familia. Hasta se ha llegado a plasmar esta consideración en normas de rango constitucional, como sucede en Italia: el artículo 29 de la Constitución Política de este país declara solemnemente que se reconocen "los derechos de la familia como *sociedad natural fundada en el matrimonio*"⁸⁷.

En otros ordenamientos, como el español y el chileno, a pesar de no existir una disposición explícita de la Constitución en tal sentido, de la manera en que es tratado el matrimonio por la legislación civil, que se encarga de reglamentar minuciosamente la forma de su celebración, efectos, clases, ineficacia, etc., se deduce que se considera el matrimonio como el acto por excelencia por el cual puede fundarse una familia.

⁸⁴ HERVADA, Javier, "La Identidad del Matrimonio", en *Revista Chilena de Derecho*, v. VII, 1980, p. 109.

⁸⁵ Según UGARTE, J.J., "La familia es una sociedad natural... Otro tanto cabe decir del matrimonio o sociedad conyugal, que es parte constitutiva de la familia y su principio, al menos en la intención de la naturaleza" (ob. cit., p. 177).

⁸⁶ Cfr. RECASENS SICHES, L., ob. cit., pp. 472 - 473.

⁸⁷ Algunos autores italianos, para fundamentar el reconocimiento de la familia no matrimonial, pretenden que si bien no cabe aplicar a ésta el art. 29, su protección queda asegurada en virtud del art. 2 de la Constitución que garantiza los derechos del hombre en el seno de las "Formaciones sociales donde aquél desarrolla su personalidad".

IV. RELACIONES FAMILIARES NO FUNDADAS EN EL MATRIMONIO

1. Relaciones afectivas no matrimoniales

Sin perjuicio de lo que acabamos de exponer en el párrafo anterior, sabemos que en todas las épocas han surgido relaciones de afectividad que no tienen su formalización ni su origen en el vínculo permanente y exclusivo generado por el matrimonio.

Tales relaciones afectivas pueden presentarse de muy variadas maneras. Una clasificación que englobe las principales y nos ayude en nuestro estudio, puede ser la siguiente:

1.1 Relaciones de pareja

Las relaciones de pareja (entre un hombre y una mujer), no sancionadas por el matrimonio, constituyen, por supuesto, relaciones de carácter afectivo que se producen al margen de la institución matrimonial. A su vez, éstas pueden ser subclasificadas, de acuerdo al grado de estabilidad e intensidad, en:

a) Simple unión libre: Comprendemos bajo esta denominación, por cierto bastante equívoca, todas aquellas relaciones entre hombre y mujer de carácter sexual que presentan la particularidad de ser ocasionales o pasajeras. Se las suele calificar también de *stuprum*⁸⁸.

b) Concubinato: En este caso, la unión entre hombre y mujer incluye una cohabitación con caracteres de permanencia, estabilidad y notoriedad. Los autores acostumbra a reconocer aquí tres posibles tipos de concubinato:

– Simple: aquel que existe entre dos personas libres de vínculo matrimonial y de lazos de parentesco que pudieran impedir el matrimonio entre ellas.

– Adulterino: concubinato que se da cuando alguno de los concubinos o ambos simultáneamente están ligados por vínculo matrimonial con un tercero.

– Incentuoso: es aquel concubinato que existe entre dos personas entre las cuales se da una relación de parentesco que dirimiría el matrimonio entre ellas⁸⁹.

c) Convivencia *more uxorio*: Se designan con este nombre aquellas uniones de hombre y mujer que tienen tales notas de estabilidad, permanencia y notoriedad que, en la práctica, no se diferencian sustancialmente de un matrimonio formal. Acá, los convivientes se consideran y viven como si verdaderamente fueran marido y mujer, y son tenidos por tales por el círculo social que los rodea. Modernamente se alude a esta situación con la expresión “matrimonio de hecho”.

1.2 Otras relaciones afectivas

a) Filiación ilegítima: Como consecuencia de las relaciones sexuales, sea por simple unión libre, concubinato o convivencia *more uxorio*, puede producirse la procreación de un niño. Se producirá, así, un nuevo vínculo que no reconocerá

⁸⁸ Cfr. JEANMART, Nicole, *Les Effects Civils de la Vie Commune en dehors du Mariage*, Bruxelles, 1975, p. 12.

⁸⁹ La clasificación la trae GARCÍA CANTERO, Gabriel, *El Concubinato en el Derecho Civil Francés*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Roma, Madrid, 1965, p. 89.

su origen ni su fundamento en el matrimonio: la llamada filiación ilegítima o también filiación extramatrimonial.

b) Parentesco ilegítimo: Con ocasión de las relaciones de pareja o de las de filiación, pueden surgir otros vínculos de parentesco que, aunque afectivo-familiares, no tendrán por causa, ni aun remota, el matrimonio: se trata del parentesco ilegítimo, hoy también denominado extramatrimonial. Existirá, de este modo, una relación de familia entre dos hijos cuyos padres no están casados o entre el hijo extramatrimonial de una persona y el padre de ésta, etc.⁹⁰.

2. *Vida familiar al margen del derecho*

2.1 Caracteres fácticos de la familia matrimonial

Ya hemos visto que, al ser la familia una institución jurídica, se encuentra regulada no solamente por el derecho natural, sino también y en abundancia por la legislación positiva.

Pero, esencialmente, la familia es un hecho social, reconocible como realidad subyacente a la norma. Por eso podemos intelectualmente prescindir de los aspectos normativos para fijarnos en aquellos relieves de carácter fáctico que configuran la familia matrimonial.

Partiendo del concepto que hemos determinado en páginas anteriores, pensamos que pueden estimarse como características fácticas de esta familia propiamente tal, las que a continuación apuntamos:

1º Pluralidad de personas: siempre en una familia hay por lo menos dos individuos.

2º Convivencia: los miembros de la familia comparten sus vidas en el mismo hogar.

3º Asistencia económica: los integrantes del grupo familiar despliegan esfuerzos comunes para lograr su sustento y el progreso económico del grupo.

4º Lazos de afecto: existe entre todos ellos un afecto común que les induce a prestarse mutua ayuda y ofrecerse solidaridad.

5º Este afecto puede provenir de una relación de pareja, del parentesco, o de ambos simultáneamente.

6º Autoridad: el grupo es organizado en torno a diversas funciones de autoridad atribuidas a uno o más de sus integrantes.

Evidentemente, podrían agregarse más aspectos fácticos de interés, pero estimamos que los mencionados son los fundamentales; aquellos que, en principio, se darán siempre en cualquier familia matrimonial de desarrollo común o normal.

2.2 Posibilidad de encontrar tales características en comunidades formadas al margen del matrimonio

En verdad, no necesita comprobación (la realidad social lo pone en evidencia) la posibilidad de que los caracteres fácticos recién mencionados pueden

⁹⁰ Interesante en este sentido resulta ser la disposición del inciso 2º del art. 41 del Código Civil chileno, según la cual "son entre sí hermanos naturales los hijos naturales de un mismo padre o madre y tendrán igual relación los hijos legítimos con los naturales del mismo padre o madre".

presentarse —y de hecho así sucede— en grupos humanos conformados fuera de la órbita del matrimonio. Más aún en los tiempos que vivimos en los que la institución matrimonial sufre tan duros embates en el plano jurídico.

A modo de ejemplo, citemos la información que nos proporciona Michel de Juglart: en Francia el concubinato se había triplicado en 10 años según un estudio publicado en 1980⁹¹. Sabemos también que en los Estados Unidos de América se comercializan en el mercado “guías” o “manuales prácticos” destinados a orientar a las parejas de convivientes sobre sus eventuales derechos y deberes legales⁹².

Evidentemente, no todos los casos de uniones de hecho o concubinatos reúnen en su plenitud las características fácticas propias de una familia, pero muchos de ellos sí lo hacen. Describe Enzo Roppo la manera más usual en la que este tipo de convivencias parafamiliares se está presentando en la sociedad: “Los ejemplos del fenómeno pertenecen a la experiencia común: un hombre y una mujer pueden vivir como cónyuges, amándose y asistiéndose recíprocamente sin ser —para la ley— marido y mujer, y pueden, sin estar unidos en matrimonio entre sí, procrear (y se entiende amar, educar, mantener) hijos a los cuales la falta de este signo-instrumento de formalización jurídica del vínculo entre los progenitores, impide, sin embargo, el *status* de ‘hijos legítimos’ ”⁹³.

Ahora bien, es necesario afirmar en seguida que únicamente las comunidades que cumplen con los señalados caracteres podrían pretender que se les reconozca, en cierta medida, una cualidad jurídico-familiar, en razón de que por su organicidad y estabilidad se asemejan al modelo conceptual de la familia.

Aquellas asociaciones, en cambio, en las que no se dan tales requisitos y las características que más detalladamente veremos luego, se alejan tanto del concepto tipo de familia, que resulta difícil, si no imposible, el incluirlas en éste aun de manera analógica, sea porque se desvinculan sustancialmente de lo que en el pensamiento occidental se ha entendido por familia (por ejemplo, uniones polígamas, homosexuales, relaciones de mera amistad), o porque faltan elementos que le den a la entidad una apariencia de grupo autónomamente organizado (por ejemplo, relaciones de cohabitación sin real convivencia).

2.3 ¿Es familia la familia de hecho?

Ya hemos hablado sobre lo impreciso que resulta ser el término “familia”, aun tratándolo desde el punto de vista estrictamente jurídico. De allí que para decidir si la denominada “familia de hecho” es propiamente familia, resulte necesario previamente encontrar un concepto con el cual confrontar esta estructura fáctica.

Nosotros hemos intentado en páginas anteriores establecer lo que debe entenderse esencialmente por familia. Más tarde hemos añadido que se trata de

⁹¹ DE JUGLART, Michel, *Cours de Droit Civil*, Edit. Montchrestien, 10^a. edic., Paris, 1980, t. I, p. 547.

⁹² Así, HIRSCH, B., *Living Together: A Guide to the Law for Unmarried Couples*, 1976; KING, *Cohabitation Handbook. Living Together and the Law*, 1975.

⁹³ ROPPO, Enzo, “La Famiglia senza Matrimonio. Diritto e Non Diritto nella Fenomenologia delle Liberi Unioni” en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, t. XXXIV, 1980, p. 698.

una institución y de un organismo jurídico, para concluir, finalmente, que tanto para la ley positiva como para el derecho natural, es elemento propio de la sociedad familiar, ora en su base, ora en su origen, el vínculo matrimonial.

La familia, por tanto, como muchas realidades jurídicas, es hecho y derecho al mismo tiempo. Es una estructura fáctica y simultáneamente jurídica. Sólo conceptualmente pueden separarse el aspecto fáctico del estatuto normativo, pues, en verdad, en el grupo familiar no sólo existen emocionalidad y sentimientos, sino también voluntad y compromisos; derechos y deberes de justicia: relaciones jurídicas, por tanto. Esto no quiere decir, por supuesto, que se trate de una entelequia inventada por el legislador: "Es claro —dice Trabucchi— que insistiendo sobre el reconocimiento del derecho no queremos decir que la familia sea una creación del derecho mismo. Si también la familia, como conquista de civilidad, se impone al legislador, se impone para un reconocimiento y una tutela y esto no para atribuir privilegios, sino para asegurar un orden"⁹⁴.

Asentada esta dimensión jurídica esencial de la institución familiar, vemos que no resulta lógico reconocer en la llamada "familia de hecho" una verdadera y propia familia, pues carece de todo estatuto jurídico (ni siquiera puede decirse que posea uno natural) que la regule en cuanto grupo o comunidad orgánica, y puesto que se funda sólo en una espontaneidad no comprometida. Los ligámenes jurídicos a que puede dar lugar una situación parafamiliar no son atribuibles al grupo, sino que corresponden a las personas que lo integran en cuanto individuos relacionados interpersonalmente. Por esta razón, sostiene Albaladejo, al hablar de familia natural respecto de los hijos naturales se hace uso de una licencia del lenguaje, ya que no es una expresión rigurosamente exacta: "tales hijos son parientes de sus padres, pero no familiares de ellos"⁹⁵.

Pero, por otra parte, no puede ocultársenos que también en otros aspectos el concepto de familia propiamente tal suele ampliarse, calificándose de familiares supuestos que en rigor no encajan en la noción tipo. Así sucede con el sentido amplio que identifica la familia con el parentesco generacional y que, en ocasiones, incluye hasta el servicio doméstico; y también con la, por algunos llamada, familia civil o adoptiva⁹⁶.

En el primer caso, al faltar el elemento de convivencia organizada, debería descartarse, en *estricto sensu*, la aplicación del apelativo de familia. En efecto, se trata más bien de núcleos familiares particulares que se relacionan por el parentesco de uno o más de sus miembros⁹⁷.

Tratándose de la familia civil, resulta manifiesto que es la ley positiva la que, por un mecanismo técnico, permite la creación de una vinculación que se asemeja a la familiar, entre adoptante y adoptado; lo que nos comprueba que no hay aquí una relación familiar *per se*.

No obstante, los autores no niegan el nombre de familia a ambas situaciones porque, aunque no llenan del todo el concepto de familia propiamente tal, reali-

⁹⁴ TRABUCCHI, A., "Natura Legge Famiglia" cit., p. 17.

⁹⁵ ALBALADEJO, Manuel, *Manual de Derecho de Familia y Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1974, p. 12.

⁹⁶ Cfr. ESPIN, D., ob. cit., t. IV, p. 4.

⁹⁷ Cfr. RECASENS SICHES, L., ob. cit., p. 471; sostiene que "cuando se habla de una familia a lo largo de siglos, en realidad se refiere a una sucesión de familias que llevan el mismo nombre y que están en relación de descendencia unas de otras".

zan algunas de sus principales características. De igual forma, pensamos, es posible hablar de familia respecto de convivencias constituidas al margen del derecho, en el bien entendido de que no integran la noción esencial de familia y que son llamadas así sólo por la analogía o semejanza que presentan con la familia propiamente tal. Dice Carbonier: “no es más que por imagen y por imitación que puede hablarse de una familia natural”⁹⁸.

Niega Espin el carácter familiar a la familia ilegítima, pues en su opinión en ésta “las relaciones que surgen no provocan el nacimiento de ese vínculo colectivo e indivisible, característico de la familia en sentido propio, sino que dan lugar tan sólo a vínculos individuales y personales entre padres e hijos naturales...”⁹⁹. Suscribimos esta posición, pero a nuestro juicio debe precisarse que en el grupo familiar reunido al margen de la ley puede darse una vinculación afectiva que involucre a todos sus integrantes; lo que sucede es que este vínculo, de naturaleza meramente fáctica y por tanto circunstancial y de duración incierta, no llega a ser suficiente para otorgar a dicha comunidad la organicidad jurídica propia de toda familia matrimonial.

Queda claro, pues, que, aunque es posible hablar de familia no matrimonial o de hecho, el término sólo conviene estrictamente a las comunidades formalizadas por el matrimonio. Como bien señala Trabucchi: “Cuando hablamos de familia y de único concepto de familia, no hacemos cuestión de terminología; se puede hablar de univocidad (*unum nomen unum nominatum*) sin excluir, pues, que la palabra, la expresión, también en el mismo campo jurídico, puede ser usada con más significados particulares. Los significados de la misma expresión verbal pueden ser muchos, pero la familia es una”¹⁰⁰.

Por estas razones, tal vez fuera útil abstenerse de emplear la palabra familia respecto de situaciones de hecho, al menos en lo que se refiere a estudios técnico-jurídicos, y sustituirla por la expresión “relaciones familiares de hecho” u otras equivalentes. Se aludiría así al carácter analógicamente familiar de la situación, sin calificarla indebidamente como verdadera familia¹⁰¹.

3. Relaciones familiares de hecho

3.1 Características de los grupos familiares de hecho

Las relaciones familiares de hecho pueden surgir de un grupo constituido al margen del derecho que, sin embargo, presenta tales características que se acerca a la familia propiamente tal.

Los caracteres de los grupos familiares de hecho pueden dividirse en: generales, si se refieren a todos sus integrantes, y particulares, si convienen sólo a quienes forman la pareja de convivientes que los originan. Asimismo, tanto generales como particulares, pueden dividirse en subjetivos, relativos a la interioridad de las personas, y objetivos, apreciables en el fuero externo.

⁹⁸ CARBONIER, J., ob. cit., t. I, N° 89, p. 282.

⁹⁹ ESPIN, D., ob. cit., t. IV, pp. 3-4.

¹⁰⁰ TRABUCCHI, A, “Natura Legge Famiglia” cit., p. 20.

¹⁰¹ Véase el 3.6 del apartado IV de este trabajo.

a) Generales

a.1 Carácter subjetivo. La *affectio familiaris*

El gran requisito de la familia de hecho es el ánimo de formar familia, ánimo que es denominado por los autores *affectio familiaris*. Los integrantes del grupo deben sentirse formando parte de una familia y querer participar en ella.

En la familia de derecho este ánimo o afecto es presumido por la sola existencia del vínculo jurídico. No sucede lo propio, en cambio, en los grupos familiares no matrimoniales, en los que se necesita que tal afecto se compruebe. Como sostiene Trabucchi, "la convivencia... no basta... No basta porque la convivencia puede encontrarse también en otras situaciones humanas, la caracterización de la convivencia será dada por el *animus* de quienes viven juntos. Será un elemento subjetivo de *affectio* el que calificará el fenómeno más que la materialidad de una convivencia estable"¹⁰². En igual sentido, señala Gazzoni que "la *affectio* constituye el verdadero eje en torno al cual gira el instituto de la familia de hecho"¹⁰³.

Es este, pues, el requisito fundamental. Los que veremos a continuación no son más que particularizaciones o formas de comprobación de la existencia de esta intención subjetiva de formar familia.

a.2 Objetivos

1º Ausencia de formalización matrimonial.

Se trata de un requisito de carácter negativo y que resulta más que obvio. Para que pueda hablarse de grupo familiar de hecho es necesario que la comunidad de personas que lo conforma no tenga su base ni su origen en el matrimonio¹⁰⁴.

Hasta el vínculo matrimonial inválido es suficiente para excluir la aplicación del concepto de familia de hecho, pues en tal caso el grupo familiar resulta alcanzado en forma plena por la regulación jurídica que se preocupa de considerar la comunidad establecida mientras se reputó válida la relación matrimonial¹⁰⁵.

2º Pluralidad de personas.

La familia es siempre una sociedad, un grupo. No cabe, entonces, hablar, ni siquiera analógicamente, de familia si no existen dos o más personas relacionadas entre sí.

¹⁰² TRABUCCHI, A., "Pas par Cette Voie s'Il Vous Plait!", en *Revista de Diritto Civile*, 1981, I, p. 345.

¹⁰³ GAZZONI, Francesco, *Dal Concubinato alla Famiglia di Fatto*, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1983, p. 69.

¹⁰⁴ Cfr. GAZZONI, Francesco, ob. cit., p. 57; PINTO ROGERS, Humberto, *El Concubinato y sus Efectos Jurídicos*, Nascimento, Santiago, 1942, p. 25; MEZA BARROS, Ramón, *Manual de Derecho de la Familia*, Edit. Jurídica de Chile, 2ª edic., Santiago, 1979, t. I, p. 425.

¹⁰⁵ Por cierto, podría darse un grupo familiar de hecho si una vez declarada la nulidad del vínculo los ex cónyuges consintieran en convivir sin pasar a nuevas nupcias entre ellos.

3º Convivencia.

El grupo familiar debe tener una sede física en la cual se reúnan sus integrantes para compartir sus vidas. Los miembros de la familia de hecho deben vivir juntos, esto es, convivir.

Es necesario admitir, empero, que en este particular no puede pedirse más de lo que se considera normal en una familia de derecho, por lo que una ausencia ocasional o transitoria de alguno de los miembros del grupo familiar de hecho, no autorizaría para estimarle excluido de la relación, si dicho alejamiento no denota, por las circunstancias que lo rodean, una ruptura de la *affectio*.

Ahora bien, para que sea posible una semejanza efectiva con la familia propiamente tal es necesario que esta convivencia cuente al menos con dos notas fundamentales:

— Estabilidad: Para que pueda formarse un grupo familiar es de toda evidencia que las relaciones de sus integrantes deben tener una cierta permanencia en el tiempo. Si las relaciones son fugaces o discontinuas no puede decirse que exista una analogía con la familia. En la imposibilidad de fijar criterios rígidos sobre este aspecto (por ejemplo, señalando plazos concretos), habrá que contentarse con requerir una convivencia que se despliegue en el tiempo de manera que pueda desecharse la idea de una relación pasajera u ocasional¹⁰⁶, lo que, en definitiva, quedará entregado a la apreciación judicial.

— Notoriedad: La convivencia debe manifestarse exteriormente. La familia es un grupo que actúa de cara a la sociedad. La llamada "familia de hecho" no puede ser tampoco clandestina; por consecuencia, deberá también enfrentar el círculo social y desarrollar sus actividades apareciendo ante los terceros como grupo o comunidad familiar¹⁰⁷.

Tratándose del concubinato, los juristas desde antiguo han exigido tres requisitos que se refieren a este carácter público de la relación: el *tractatus*, el *nomen* y la *fama*, a saber, que los concubinos se traten recíprocamente como marido y mujer (*tractatus*), que la concubina ostente el nombre del marido (*nomen*) y, por último, que sean generalmente conocidos como pareja conyugal (*fama*). En la actualidad se ve una tendencia a relajar estas exigencias, y muchos autores manifiestan que bastan el *tractatus* y la *fama*¹⁰⁸, o incluso sólo el *tractatus*¹⁰⁹.

4º Lazos derivados del parentesco o de la relación de pareja.

Es esta una característica básica de la institución familiar, la que, según sabemos, tiene como finalidad el permitir la reproducción humana en las condicio-

¹⁰⁶ Cfr. ROPPO, E., ob. cit., p. 707; MALAURIE, Philippe, "Mariage et Concubinage en Droit Français Contemporaine", en *Archives de Philosophie du Droit*, t. XX, 1975, p. 22. En esta materia, es interesante ver que el art. 34 del C.C. francés, que menciona el concubinato como supuesto para determinar la paternidad natural, exige que hayan existido relaciones estables y continuas.

¹⁰⁷ Cfr. MALAURIE, P., ob. cit., p. 22; habla de que exista "una habitación pública".

El art. 280.3º del Código Civil chileno autoriza la investigación de la paternidad ilegítima si, encontrándose comprobada la filiación del hijo respecto de la madre, se acredita que ella y el presunto padre han vivido en "concubinato notorio" y durante él ha podido producirse legalmente la concepción.

¹⁰⁸ SANTILLI, M., artículo cit., pp. 847-848.

¹⁰⁹ JEANMART, N., ob. cit., p. 15.

nes más favorables. La familia, por tanto, siempre estará vinculada a la unión de los sexos y a las relaciones resultantes de la procreación.

Este requisito será también el que nos permita distinguir un grupo de simples amigos o compañeros de trabajo de una auténtica comunidad familiar.

5º Despliegue de esfuerzos comunes para conseguir el sustento.

Esta exigencia se traducirá en que, al igual que en la familia matrimonial, los miembros activos pondrán a disposición lo obtenido mediante su trabajo, en provecho de la sociedad doméstica, y los pasivos colaborarán, en la medida de sus posibilidades, desde el interior del hogar, para así lograr el sustento de todos y la mantención y crecimiento económico del grupo.

6º Orden de autoridad.

Para que exista un grupo organizado resulta imprescindible la existencia de una autoridad identificable, la que, no obstante, puede encontrarse diluida en una red de funciones y potestades que son atribuidas a distintos miembros.

b) Particulares para la pareja conviviente

b.1 Subjetivos

1º *Affectio*.

Acá la *affectio*, de la que ya hemos hablado, se particulariza en una *affectio conyugalis*. Hombre y mujer comparten sus vidas y sus afectos como si estuvieran casados; se consideran marido y mujer, a pesar de la falta de formalización matrimonial de su relación.

2º Fidelidad.

La existencia de una *affectio conyugalis* conduce a exigir que se dé, al menos como intención general, la voluntad de guardar fidelidad al compañero o compañera.

Algunos autores son especialmente rigurosos en este aspecto. Así, Lipari y Gandolfi, por ejemplo, sostienen que la familia de hecho no podría prescindir de la observancia de un comportamiento estrictamente fiel¹¹⁰. Trabucchi manifiesta, por su parte, que la relación “debe estar caracterizada al menos en uno de los dos *partenaires* de un elemento de declarada fidelidad exclusiva”¹¹¹.

Gazzoni matiza esta exigencia, a nuestro entender con razón, diciendo que más que estarse al principio de la exclusividad del *ius in corpus*, habrá que observar de qué manera la infidelidad puede ser el reflejo de una relación falsa y, por tanto, de una carencia o pérdida de la *affectio*¹¹².

¹¹⁰ Referido por GAZZONI, F., ob. cit., p. 66.

¹¹¹ TRABUCCHI, A., “Pas par Cette Voie...” cit., p. 345.

¹¹² GAZZONI, F., ob. cit., p. 67.

b.2 Objetivos

1º Relación heterosexual.

Es unánimemente afirmado que para considerar un grupo humano como familiar, es necesario que la convivencia de pareja se dé entre individuos de sexo diferente. Como señala Martínez Calcerrada "todo lo que suponga apartar de la realidad familiar su origen biológico o el emparejamiento heterosexual y, en su caso, o a sus resultas los efectos parentales de la filiación, provoca el desmoronamiento integral de la familia"¹¹³.

En términos similares se pronuncian Gazzoni¹¹⁴, Trabucchi¹¹⁵ y Santilli¹¹⁶.

2º Relación monógama.

La relación de convivencia debe establecerse entre un hombre y una mujer. Se excluye, por tanto, la pluralidad de relaciones. Así lo afirma Gazzoni, movido por los conflictos que supondría reconocer la coexistencia simultánea de más de una familia de hecho¹¹⁷.

En realidad, la relación debe ser exclusiva, porque, si no lo es, no se entiende que pueda existir una verdadera intención de formar familia y, por tanto, que pueda darse la imprescindible *affectio familiaris*.

3º Cohabitación.

Se discute si debe exigirse la existencia de relaciones sexuales habituales entre los convivientes, esto es, que no sólo convivan, sino que también cohabiten.

Según García Cantero, "para caracterizar el concubinato en el derecho francés basta la existencia de relaciones sexuales con carácter habitual entre un hombre y una mujer no unidos en matrimonio"¹¹⁸. Y, en efecto, es frecuente encontrar entre los juristas galos la afirmación de que "*il y a des mariages blancs, il n'y a pas de concubinats blancs*"¹¹⁹.

La habitualidad de las relaciones sexuales es también requerida por Roppo¹²⁰ y Malaurie¹²¹.

Parece que esto será lo normal. No obstante, creemos con Gazzoni que lo verdaderamente importante es el elemento de la *affectio* y que si este ánimo de formar familia subsiste y puede comprobarse por otros medios, podría prescindirse de la exigencia de la cohabitación. Por cierto, como el mismo Gazzoni se

¹¹³ MARTÍNEZ CALCERRADA, *El Nuevo Derecho de Familia*, 3ª edic., Madrid, 1983, t. I, p. 35, nota 15.

¹¹⁴ GAZZONI, F., ob. cit., p. 58.

¹¹⁵ TRABUCCHI, A., "Pas par Cette Voie...", cit., p. 345.

¹¹⁶ SANTILLI, M., ob. cit., p. 777.

¹¹⁷ GAZZONI, F., ob. cit., p. 57.

¹¹⁸ GARCÍA CANTERO, G., ob. cit., p. 88.

¹¹⁹ RODIERE, R., "Le Ménage de fait devant la Loi Française", en *Travaux de l'Association H. Capitant*, XI, Paris, 1960, p. 61, citado por ROPPO, E., ob. cit., p. 706, nota 24.

¹²⁰ ROPPO, E., ob. cit., p. 706.

¹²¹ MALAURIE, P., ob. cit., p. 22.

encarga de recordar, la existencia de relaciones sexuales habituales constituirá, sí, una fuerte presunción de la existencia de dicho *animus*¹²².

4º Capacidad.

Hay controversia sobre qué requisitos mínimos de capacidad deben exigirse a los convivientes para estimar configurado un grupo familiar de hecho.

En lo que se refiere a la edad, algunos estiman que deben ser aplicadas las normas civiles dispuestas para el matrimonio; es lo que sostiene Prospero¹²³. Gazzoni, en cambio, postula que debe juzgarse caso por caso para determinar en concreto si la persona contaba con la madurez psicológica y física suficiente para iniciar la relación¹²⁴.

Por otro lado, se niega que pueda darse una familia de hecho si uno de los convivientes está interdicto por demencia, puesto que "la comprobación acerca de la capacidad de entender y querer es estado ya concluido con todos los efectos, no sólo formales, sino también sustanciales"¹²⁵.

Pero en lo que atañe a la capacidad, parece más coherente lo que sostiene García Cantero: "siendo, en principio, una mera situación de hecho, no sometida en su formación a ninguna formalidad, carece de sentido hablar por analogía con el matrimonio de requisitos de capacidad o impedimentos para la válida constitución de una relación concubinaría"; agregando el mismo autor que sólo en forma genérica puede decirse que no cabe concubinato entre personas del mismo sexo o entre individuos que por su edad o a su falta de voluntad están protegidos penalmente (supuestos de violación, rapto, sustracción de menores, etc.)¹²⁶.

Parece que la incapacidad de las partes para conformar la relación familiar de hecho sólo puede ser determinada en función del *animus* de formar familia. Cuando la corta edad, la demencia, inmadurez, etc., impidan que dicho ánimo se dé en la realidad, deberemos deducir, en consecuencia, que la convivencia instaurada no alcanza los requisitos para ser considerada familiar.

Es manifiesto, empero, que cuando exista algún negocio jurídico entre los convivientes deberán aplicarse en su integridad las reglas de derecho positivo concernientes a la capacidad y a los vicios de la voluntad¹²⁷.

3.2 Estructura de los grupos familiares de hecho

Al hablar de estructura de los grupos familiares de hecho queremos referirnos a las formas que éstos adoptan en la práctica, considerando las personas que los integren y las relaciones que los unifican. Estas formas son las siguientes:

¹²² GAZZONI, F., ob. cit., pp. 58-59.

¹²³ PROSPERI, Francesco, *La Famiglia non Fondata nel Matrimonio*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1980, p. 251.

¹²⁴ GAZZONI, F., ob. cit., p. 59.

¹²⁵ GAZZONI, F., ob. cit., p. 60.

¹²⁶ GARCÍA CANTERO, G., ob. cit., pp. 88-89.

¹²⁷ Cfr. GAZZONI, F., ob. cit., p. 60.

a) Convivientes

La convivencia entre hombre y mujer, aun sin hijos, puede bastar para tener por existente un grupo familiar de hecho. En efecto, tal asociación puede cumplir perfectamente todas las características fácticas que corresponden a una familia propiamente tal, así como los requisitos que acabamos de exponer.

Algunos juristas italianos afirman que es con la procreación que el concepto de familia de hecho se realiza y define, por lo que no cabría hablar de ningún modo de "familia" en la hipótesis de simple convivencia de pareja, puesto que la familia presupone por naturaleza una solidez del vínculo que la unión de hecho sólo conseguiría al engendrar hijos¹²⁸.

Pero no se ve cómo puede reconocerse ese vínculo, de carácter fáctico, entre los convivientes cuando tienen hijos y negárselo cuando no los han engendrado. De allí que la mayoría de la doctrina sostenga el criterio contrario, a saber, que también las simples parejas no casadas pueden integrar el concepto de grupo familiar de hecho¹²⁹.

Algunos llegan a sostener que la verdadera familia de hecho se da sólo en este evento, esto es, cuando existen convivientes sin hijos. Estiman que si hay prole, la comunidad se convierte en una familia natural, que, como tal, se encuentra reconocida y amparada por el derecho y que, por tanto, deja de ser una situación fáctica¹³⁰.

En España, Lacruz comprende en la denominación de familia de hecho a "aquellos grupos compuestos por padre, madre y acaso hijos, que viven en familia sin que el padre y la madre estén válidamente casados"¹³¹. La expresión utilizada de "y acaso hijos" nos da a entender que, en su opinión, puede calificarse como familia de hecho una convivencia sin descendencia.

b) Convivientes con hijos

Parece ser éste el caso más típico de grupo familiar de hecho, puesto que acá es donde se da con la mayor intensidad la aproximación a la familia formada por el matrimonio.

Sin embargo, para algunos juristas italianos este tipo de agrupación no debe quedar comprendida dentro del concepto de familia de hecho por tratarse de una familia reconocida por el ordenamiento jurídico: la familia natural¹³².

Pensamos, en contra, que el hecho de que la ley reconozca la filiación natural y le otorgue similares o idénticos efectos que a la filiación matrimonial, no quiere decir, de por sí, que exista un reconocimiento de la comunidad formada entre progenitores convivientes e hijos como grupo familiar, pues las relaciones paterno-filiales establecidas en la ley son fundamentalmente interpersonales.

Es cierto que, por lo general, los autores que incursionan en estos temas tratan más de las relaciones entre la pareja conviviente y omiten referirse a la si-

¹²⁸ Así FARENGA, "In Tema di Rapporto 'More Uxorior', Famiglia di Fatto e Impresa Familiare", en *Dir. Fall.* 1980, II, p. 613, citado por GAZZONI, F., ob. cit., p. 60.

¹²⁹ GAZZONI, F., ob. cit., p. 60; LACRUZ y SANCHO, ob. cit., p. 576.

¹³⁰ PROSPERI, F., ob. cit., pp. 202-203; GAZZONI, F., ob. cit., p. 26.

¹³¹ LACRUZ, J. L., ob. cit., p. 214.

¹³² PROSPERI, F., ob. cit., pp. 202-203; GAZZONI, F., ob. cit., p. 26.

tuación de la prole; pero esto sucede porque los problemas jurídicos de mayor envergadura tienen lugar precisamente respecto de los convivientes y no en relación con los hijos, que cuentan ya con una abundante legislación protectora.

Frente a esta tendencia es necesario destacar que no es posible confundir la calidad de hijo natural con la de integrante de un grupo familiar conformado al margen del derecho. Un hijo natural puede verse afectado por consecuencias jurídicas que provienen de su situación dentro de la comunidad familiar que integra, más que de la naturaleza de su filiación¹³³.

c) Padres e hijos

Lacruz nos decía que integran la familia de hecho el padre, la madre y acaso los hijos¹³⁴. Entonces, deducimos nosotros, al igual que sucede en la familia reconocida jurídicamente, pueden existir grupos familiares de hecho conformados por uno de los progenitores que convive con uno o más hijos. En tal caso, la familia no tendrá su base en la unión entre hombre y mujer destinada a la procreación, pero sí tendrá su origen en ella, por muy fugaz que haya sido la relación.

d) Convivencias entre o con parientes ilegítimos

Siendo los anteriormente descritos los casos más frecuentes de comunidades familiares de hecho, pueden incluirse también dentro de ese concepto otro tipo de convivencias que, no por su poca ocurrencia, poseen un carácter menos familiar. Es lo que sucede, en primer lugar, con las agrupaciones formadas por personas ligadas por un parentesco extramatrimonial, distinto de la filiación.

Así, por ejemplo, no parece coherente negar el carácter cuasifamiliar a grupos conformados por hermanos, hijos de padres no casados, o por abuelos y nietos con filiación ilegítima, tíos con sobrinos, etc., siempre que se den todas las características que permiten hablar de agrupación familiar de hecho.

Por igual razón, pensamos, si junto a los convivientes y sus hijos conviven otros parientes, éstos también pasarán a formar parte de la relación familiar de hecho.

Niega lo anterior Gazzoni, para el cual "teniendo la familia de hecho su origen propio no en un acto, sino en una relación, sólo quienes viven activamente tal relación pueden considerarse partes", por lo que "ni aun la cohabitación permitiría a los parientes o afines de los convivientes convertirse en miembros de la familia de hecho"¹³⁵.

Pero no se entiende por qué *a priori* debe excluirse a los demás parientes de la familia fáctica, cuando es obvio que ellos, de hecho, pueden también participar activamente de la relación familiar.

Estimamos que si se da realmente la *affectio familiaris*, y los demás requisitos objetivos respecto de otros parientes, la agrupación configurada debe ser reconocida como grupo familiar de hecho, so pena de incurrir en una incongruencia difícilmente justificable.

¹³³ ROPPO, E., ob. cit., p. 701, y DE CUPIS, A., ob. cit., pp. 1115-1116, incluyen la familia natural dentro de los tipos de familia de hecho.

¹³⁴ LACRUZ, J.L., ob. cit., p. 214.

¹³⁵ GAZZONI, F., ob. cit., p. 82.

Discutible nos parece, en cambio, el caso que se presenta cuando conviven dos concubinos con hijos que sólo pertenecen a uno de ellos. La inexistencia de parentesco de sangre debería llevar, en principio, a excluir al tercero no progenitor, de la comunidad familiar de hecho formada por el padre o madre y los hijos¹³⁶.

3.3 Grupos que no entran en el concepto de comunidad familiar de hecho

a) Agrupaciones fundadas en la amistad

Estas agrupaciones de personas no pueden dar lugar a una familia, ni siquiera de manera analógica, en razón de que no existe aquí el ánimo de conformar un grupo familiar. Aunque hayan estrechos lazos de afecto, ellos provienen de la simple amistad y del compañerismo, no de la necesaria *affectio familiaris*.

Nos indica Martínez Calcerrada que si alterando sustancialmente las estructuras de su mismo concepto, se piensa que la simple convivencia entre amigos también corresponde encuadrarla en la noción de familia, “debe pensarse en que ya no sirve ni a esta institución ni que la sociedad funciona al socaire de su fuente natural por excelencia”¹³⁷.

b) Convivencias entre personas del mismo sexo

Como ya hemos establecido al tratar de los caracteres de la familia de hecho, existe unánime consenso entre los autores en que no pueden incluirse en el concepto de familia las uniones homosexuales, pues se trata de convivencias que contrastan frontalmente con la noción de familia que permanece en la sociedad occidental y puesto que, además, contravienen uno de los aspectos esenciales de la institución familiar, cual es el de servir de medio eficaz para la perpetuación de la especie.

c) Convivencias polígamas

Por similares razones a las expuestas en el caso anterior, tampoco cabe considerar grupos familiares de hecho las convivencias fundadas en relaciones polígamas. Si un hombre frecuenta a varias concubinas no es posible entender que tenga la intención de compartir su vida con ninguna de ellas de la manera en que

¹³⁶ Una sentencia del Tribunal de Menores de Génova, de 4 de diciembre de 1975, rechazó la petición del padre natural para reconocer al hijo, fundándose en el interés del menor ya establemente inserto en la “familia de hecho” constituida por su madre con un tercero, el cual, dijo la sentencia, “es advertido por el menor como una auténtica figura paterna” (Cfr. ROPPO, E., ob. cit., p. 809). Este efecto de privar al padre biológico de su derecho a reconocer como propio un hijo, fundándose en la primacía de una familia fáctica constituida por un tercero con el que no se dan relaciones de sangre, nos parece francamente inaceptable. En efecto, no se ve por qué razón un extraño que no ha adquirido ni con la madre ni con el hijo ningún tipo de compromiso jurídico puede ser preferido, en su calidad de integrante de una situación de hecho, por sobre aquel progenitor que desea justamente regularizar jurídicamente las relaciones con su descendiente.

¹³⁷ MARTÍNEZ CALCERRADA, ob. cit., p. 35, nota 14.

esto sucede en la familia propiamente tal. La relación de pareja, en lo que se refiere a la cohabitación, ha de ser necesariamente singular y exclusiva¹³⁸.

d) Convivencias incestuosas

Como vimos, se llama concubinatos incestuosos a aquellos formados por parientes en grado prohibido, de acuerdo a las reglas sobre impedimentos matrimoniales.

García Cantero sostiene que estos concubinatos producen los mismos efectos que un concubinato simple¹³⁹. Pero esto parece dudoso en lo que se refiere a la estimación de un grupo con carácter familiar derivado de esa relación concubiniaria. Pensamos que, tratándose de grados de parentesco que, por la misma razón natural o por la conciencia social que existe sobre ellos, hacen evidente la ilicitud de la relación, no podrá hablarse en rigor de familia en lo que toca a la convivencia de pareja; con la sola excepción, que rara vez sucederá, de que haya existido buena fe en alguna de las partes y sólo mientras esta buena fe subsista.

Al igual que en el caso de las convivencias homosexuales, tales uniones parecen chocar demasiado frontalmente con el concepto de familia socialmente admitido, por lo que difícilmente podremos encontrar entre sus integrantes la *affectio* imprescindible para estimar configurada una relación familiar de hecho.

Distinto es el caso de los concubinatos adulterinos, esto es, de aquellos en los cuales una de las partes, o ambas, permanece unida a un tercero por vínculo matrimonial. Acá sí podremos coincidir con García Cantero en que, para los efectos de estimar constituida una familia de hecho, debe reconocérseles igual virtualidad que al concubinato simple¹⁴⁰.

Es esta la posición que predomina, sobre todo después de la legislación del divorcio en casi todos los países del mundo: Dice Tunc: "si una persona se divorcia y vuelve a casarse, el juez personalmente puede rechazar este reconocimiento. Pues bien: la diferencia entre este caso y aquel en el cual la mujer abandonada toma un nuevo compañero, es que aquí una separación amistosa o unilateral por parte del otro cónyuge reemplaza al divorcio. La diferencia no es evidentemente tan grande, en el plano moral, como para que el magistrado pueda indignarse"¹⁴¹.

En verdad, habiéndose quebrado la regulación jurídica de la familia matrimonial en forma tan grave mediante la introducción del divorcio vincular, no puede sino admitirse la no reprobación social del concubinato adulterino y su idoneidad para dar pie a la constitución de un grupo familiar de hecho.

Pero debe tenerse en cuenta que no podrá hablarse de comunidad familiar respecto del concubinato, si el sujeto en cuestión continúa haciendo vida marital

¹³⁸ Asimismo, estimamos que debe excluirse del concepto de grupo familiar de hecho aquellas comunidades de personas que, rechazando todos los esquemas sociales, conviven en condiciones de vida, a veces bastante promiscuas (por ej. hippies, o las vulgarmente denominadas "comunas"). No parece que la intención que anima a sus integrantes sea la de constituir una familia, y más bien es legítimo suponer que lo que pretenden es justamente lo contrario: convivir sin formar familia.

¹³⁹ GARCÍA CANTERO, G., ob. cit., p. 89.

¹⁴⁰ GARCÍA CANTERO, G., *ibidem*.

¹⁴¹ TUNC., nota a S. Crim. 17 junio de 1975, en Dalloz-Sirey, 1975, citado por LACRUZ y SANCHO, ob. cit., p. 580, nota 1.

con el o la cónyuge legítimos, porque, en tal evento, la relación concubinaria no tendría la característica exclusividad que resulta necesaria para la constitución de un grupo familiar de hecho.

e) Matrimonios nulos

Aunque en estricto rigor un matrimonio que es declarado nulo debería considerarse como no contraído y sus efectos como no producidos, sabemos que esto no siempre es así y que la ley ha proveído con el instituto del matrimonio putativo a los probables perjuicios que podría ocasionar el hacer tabla rasa en esta materia.

No podrá, en consecuencia, cuando se declara la nulidad de un matrimonio sostenerse la existencia de un grupo familiar de hecho mientras se estimó válida la relación, puesto que acá es el mismo derecho el que toma en cuenta la situación de convivencia y la hace producir efectos similares a los del matrimonio válido. Además, existe una sustancial diferencia en la intención de las partes que, en este caso, manifestaron una clara voluntad de formalizar jurídicamente su relación, lo que no sucede en los supuestos de familia irregular¹⁴².

3.4 Coexistencia entre grupo familiar de hecho y familia matrimonial

Una cuestión que necesita precisarse es si un miembro de una familia legítima puede al mismo tiempo formar parte de un grupo familiar no constituido jurídicamente.

Creemos, en general, con Gazzoni, que si se da la *affectio* necesaria para estructurar la familia de hecho, no existen inconvenientes para considerar coexistentes familia regular e irregular¹⁴³. Se trata de fenómenos que funcionan en dimensiones diferentes: uno en el plano jurídico-fáctico, otro, en el plano meramente fáctico.

Y esto no debe reducirse a las hipótesis de concubinatos adulterinos. Dos abuelos casados, por ejemplo, entre sí, formarán una familia matrimonial, reconocida plenamente por el ordenamiento jurídico. En cambio, si con ellos conviven unos nietos que son hijos ilegítimos de alguno de sus descendientes, en conjunto con estos nietos configurarán un grupo familiar de hecho.

Lo anterior no significa que se pretenda nivelar la protección jurídica de ambos grupos, de hecho y de derecho. El reconocimiento de su existencia es cosa bien distinta a la consideración de los efectos jurídicos que deba admitírseles.

¹⁴² GAZZONI, F. estima que no debe incluirse la hipótesis de matrimonio putativo en el concepto de familia de hecho, porque en tal caso las partes han exteriorizado una voluntad de formalización del vínculo, y que ello es así aun cuando haya existido mala fe en los contrayentes "en cuanto la mala fe atiende al conocimiento del vicio y no ya a la asunción del vínculo que es conscientemente querido" (pp. 55-56).

No obstante, habría relación cuasifamiliar si el matrimonio nulo no es considerado putativo: Cfr. PINTO ROGERS, H., ob. cit., p. 31; SOMARRIVA, Manuel, *Derecho de Familia*, Nascimento, Santiago, 1963, p. 170.

¹⁴³ GAZZONI, F., ob. cit., p. 84.

3.5 Concepto de grupo familiar de hecho

Después de todo lo expuesto, con el objeto de fijar ideas, podemos intentar delimitar, en la medida en que nos es posible, un concepto descriptivo de lo que, pensamos, debe estimarse “grupo familiar de hecho”.

Entendemos por tal *aquella comunidad que, teniendo su origen o su base en la unión no matrimonial de un hombre y una mujer con miras a la realización de los actos propios de la generación, está integrada por personas que se hallan vinculadas por un afecto natural que proviene de su relación de pareja o del parentesco existente entre ellas, y que conviven y comparten sus vidas de un modo similar o análogo a como sucede en un grupo familiar constituido por el matrimonio.*

3.6 La cuestión de la denominación

El nombre de “familia de hecho” proviene de la doctrina italiana. De aquí lo han tomado algunos autores españoles, como Lacruz. Sin embargo, no es todavía comúnmente aceptado. En Francia se habla más de “familia natural”, y para las relaciones concubinarias de “*couples non mariés*” o “*faux ménage*”.

Los ingleses y norteamericanos prefieren las expresiones de “*informal marriages*”, “*extra-marital cohabitation*” y “*unmarried partners*”.

En la obra de Lacruz y Sancho se utiliza preferentemente la denominación de “parejas no casadas”¹⁴⁴. Castán, por su parte, nos habla de “familia impropia”¹⁴⁵.

La expresión “familia de hecho” es más comprensiva que la mayoría de estos términos que sólo convienen a las relaciones de pareja y dejan fuera otros supuestos posibles de la convivencia familiar. Sin embargo, tampoco ésta está exenta de reparos: en efecto, parece sugerir que la familia matrimonial es sólo una entidad jurídica, cuando se trata también y por sobre todo de una realidad social concreta.

El nombre de “familia natural” resalta, a nuestro juicio, aún menos adecuado, pues da a entender que la familia legítima, por simétrica oposición, sería menos natural o incluso antinatural. Además, presenta el inconveniente de que en muchas legislaciones el calificativo de filiación natural ha sido sustituido por el de extramatrimonial.

“Familia impropia” es una denominación demasiado vaga e imprecisa para propiciarla como expresión preferente.

Descartando el nombre tradicional de familia ilegítima por la carga de reprobación moral que se le atribuye modernamente al término ilegítimo, tal vez fuera mejor hablar simplemente de familia no matrimonial o de familia irregular: habría una especie de familia constituida fuera del matrimonio y, por tanto, irregular, no conformada de acuerdo a las “reglas” jurídicas.

Empero, todavía puede visualizarse un defecto común a todas estas expresiones, cual es, el que al conceptualizar de partida a la comunidad de hecho como familia, sugieren erróneamente la idea de que tiene una plena identidad con la familia matrimonial.

¹⁴⁴ LACRUZ y SANCHO, ob. cit., pp. 575 y ss.

¹⁴⁵ CASTÁN TOBEÑAS, J. M., ob. cit., t. V, p. 34.

Para evitar esta confusión sería preferible referirse, al menos en los estudios técnicos-jurídicos, a “relaciones familiares de hecho” o cuando más a “grupos familiares no matrimoniales” o “grupos familiares de hecho”, haciéndose así una mejor distinción con la familia propiamente tal.

3.7 Orientaciones sobre el reconocimiento jurídico de las relaciones familiares de hecho

Es posible identificar tres grandes orientaciones en lo que se refiere al reconocimiento legal que debe otorgarse a las relaciones familiares de hecho.

a) La indiferencia legal

Es la posición adoptada por el Código Civil francés y los demás que siguieron su huella. Se atribuye a Napoleón una frase que resume esta orientación en forma estupenda: “*Le concubins se passent de la loi; la loi se désintéresse d’eux*”¹⁴⁶. Quien se sustrae a la ley, debe ser ignorado por ella.

Pero incluso muchas veces la jurisprudencia fue más allá de la simple indiferencia y estimó que las relaciones concubinarias adolecían de una causa ilícita por ser contrarias a las buenas costumbres. Con esto, la convivencia extramatrimonial no fue ya un hecho meramente ignorado por el ordenamiento jurídico, sino una situación reprobada y castigada¹⁴⁷.

b) La equiparación a la familia de derecho

Es la tesis de vanguardia entre los autores italianos¹⁴⁸ y que se postula con gran fuerza también en otros ámbitos.

Ha sido también asumida por algunas legislaciones con mayor o menor amplitud. En Suecia, por ejemplo, se reconoce a las parejas no casadas las mismas ventajas fiscales que a las casadas¹⁴⁹; en la República Cabo Verde la pareja unida de hecho durante más de tres años puede requerir el reconocimiento judicial de su situación¹⁵⁰; en Panamá la convivencia produce todos los efectos propios del matrimonio si se inscribe en el Registro General del Estado Civil¹⁵¹; en Guatemala se

¹⁴⁶ Cfr. ROPPO, R., ob. cit., p. 711.

¹⁴⁷ Cfr. MARTY y RAYNAUD, ob. cit., p. 471.

¹⁴⁸ Las opiniones más representativas de esta tendencia pueden verse en Atti del Congresso Nazionale del Centro Lunigianese di Studi Giuridici, “La Famiglia di Fatto”, Pontremoli, 27-30 de mayo de 1976, Parma, 1977. Una reseña de las comunicaciones presentadas puede verse en DOGLIOTTI, Massimo, “Famiglia di Fatto: Condizione di ‘Peccato’ o Formazione Sociale Meritevole de Tutela?” en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1978, p. 1462 y ss.

¹⁴⁹ Cfr. LACRUZ y SANCHO, ob. cit., p. 578.

¹⁵⁰ El art. 11 del D.L. 69/76, de 3 de julio, señala textualmente: “Un hombre y una mujer unidos de hecho, más de tres años, pueden, en cuanto permanezcan unidos y estando de acuerdo, requerir el reconocimiento judicial de la misma” (Cfr. FRANCESCHELLI, Vincenzo, “La Famiglia di Fatto da Deviant Phenomenon a Instituzione Sociale”, en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, año IX, 1980, p. 1272).

¹⁵¹ El art. 1 de la ley de 12 de diciembre de 1956 declara que “La unión de hecho entre dos personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio, mantenida durante diez años

exige una declaración de las partes ante el alcalde o un notario¹⁵²; en Ecuador la misma Constitución establece un reconocimiento de la unión de hecho para efectos patrimoniales¹⁵³.

Singular es en esta materia la experiencia soviética. El legislador de 1926 transformó en situación amparada por la ley, en cuanto a sus efectos, la relación heterosexual de convivencia no matrimonial. Se trataba pues de un reconocimiento jurídico pleno. Sin embargo, las consecuencias sociales de este reconocimiento al parecer no fueron las esperadas y en 1944, por medio de un Decreto del Praesidium del Soviet Supremo, se retomó el criterio original, diferenciándose claramente el matrimonio registrado y la unión libre no registrada, con un tratamiento de claro desfavor para esta última¹⁵⁴.

c) Posición intermedia

Finalmente, existe una gama muy variada de opiniones que oscila entre los dos extremos representados por las posiciones anteriores, y que, en general, postulan que debe realizarse un reconocimiento parcial de ciertas relaciones familiares de hecho a fin de no menoscabar la naturaleza y estructura jurídica de la familia matrimonial.

A nuestro juicio, dentro de esta orientación debe buscarse la solución más adecuada a los problemas suscitados por la llamada "familia de hecho". Una equiparación total con la familia matrimonial vendría a significar la renuncia del Derecho a regular la institución familiar por los cauces que son estimados social y éticamente deseables. Por otro lado, sin embargo, tampoco puede hacerse abstracción de realidades que desgraciadamente se dan en la sociedad y que reclaman la intervención del legislador para evitar que se produzcan abusos o injusticias notorias.

El *quid* del asunto estriba en reconocer a los grupos familiares de hecho los efectos que exijan las necesidades de la justicia, sin que ese reconocimiento implique elevarlos a la condición de familias constituidas regularmente. En suma, tratar jurídicamente a la familia de hecho como lo que es: como una situación de hecho que carece de organicidad y estructura fija y delimitada y que sólo eventualmente podrá producir consecuencias de derecho. No es posible convertirla en una institución con un estatuto normativo comparable al de la familia matrimonial, dado que

consecutivos en condiciones de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos del matrimonio civil" (Cfr. Apéndice del *Código Civil de la República de Panamá*, Universidad de Panamá, Panamá, 1960, pp. 527 y ss.).

¹⁵² El art. 173 del Código Civil dispone: "La unión de hecho de un hombre y de una mujer con capacidad para contraer matrimonio, puede ser declarada por ellos mismos ante el alcalde de su vecindad o un notario, para que produzca efectos legales, siempre que exista hogar y la vida en común se haya mantenido constantemente por más de tres años ante sus familiares y relaciones sociales, cumpliendo los fines de procreación, alimentación y educación de los hijos y de auxilio recíproco".

¹⁵³ El art. 25 de la Constitución ecuatoriana declara: "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, da lugar a una sociedad de bienes, que se sujeta 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 patrimonio familiar".

¹⁵⁴ Cfr. ROPPO, E., ob. cit., pp. 713-714.

ésta es una entidad sustancialmente diferente que, de por sí, presenta una organicidad y una estructura clara y delimitable.

Como señala Trabucchi, “negar, como hacemos, la existencia de una situación jurídica que pueda calificarse de familia natural, no implica del todo negar consecuencias de hecho y relaciones que se puedan valorar aunque independientemente de la existencia de un vínculo legal correspondiente”¹⁵⁵. En efecto, “si el legislador al tener presente estas situaciones de hecho les reconoce algunas de las consecuencias que el ordenamiento prevé como conectadas al instituto de la familia legítima, se trata de particulares reconocimientos que no indican enteramente la extensión de esta figura reconocida como base del ordenamiento social”¹⁵⁶.

V. EFECTOS JURÍDICOS ATRIBUIDOS A LAS RELACIONES FAMILIARES DE HECHO EN EL DERECHO ACTUAL

En este apartado examinaremos los principales efectos jurídicos que de alguna manera implican un reconocimiento a relaciones familiares de hecho y que son aceptados, con restricciones a veces, por la doctrina, jurisprudencia y ocasionalmente por el mismo derecho positivo.

Tales efectos podemos agruparlos atendiendo a las personas a quienes afectan. Así, tenemos, 1) aquellos que conciernen a los hijos, 2) aquellos que atañen a la pareja conviviente, y 3) los que interesan a terceros ajenos al grupo familiar.

1. *Relaciones paterno-filiales*

1.1 La equiparación jurídica del hijo extramatrimonial con el matrimonial

En el campo de las relaciones paterno-filiales nos encontramos primeramente con la tendencia que propugna la igualdad de derechos entre hijos matrimoniales e hijos procreados fuera de matrimonio; idea que ha sido plasmada ya en numerosas legislaciones¹⁵⁷.

No puede mirarse estrictamente esta equiparación como un otorgamiento de efectos jurídicos a situaciones familiares de hecho, puesto que se trata de igualdad de relaciones entre personas individuales, no de vínculos colectivos. “Podrá la ley positiva llamar al hijo extramatrimonial a la herencia de sus padres en igualdad de condiciones que a los hijos matrimoniales —señalaba hace ya tiempo Royo Mar-

¹⁵⁵ TRABUCCHI, A., “E così, la Famiglia Conserva Ancora un suo Valore nell’Ordine Civile!”, en *Rivista di Diritto Civile*, t. XXVI, 1980, II, p. 240.

¹⁵⁶ TRABUCCHI, A., “Natura Legge Famiglia”, cit., p. 26.

¹⁵⁷ En Francia, la ley de 3 de enero de 1972 reformó el art. 334 del Código Civil, el que ahora dispone que “el hijo natural tiene, en general, los mismos derechos y los mismos deberes que el hijo legítimo en sus relaciones con su padre y con su madre...”. La ley italiana de 19 de mayo de 1975 modificó el art. 261 del Código Civil para disponer que “el reconocimiento comporta de parte del progenitor la asunción de todos los derechos y de todos los deberes que tendría respecto de los hijos legítimos”. En España, la ley 11/1981, de 13 de mayo, hizo lo propio con el art. 108 del Código Civil, que reformado dispone hoy que “la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”.

tínez—, asignarles igual derecho de alimentos, etc., pero sus derechos tendrán siempre una nota de inconexa duplicidad: derechos respecto del padre, derechos respecto de la madre, y nunca el sentido unitario de los que el hijo matrimonial tiene respecto de los cónyuges que le engendraron”¹⁵⁸.

Pero citamos esta situación acá porque creemos ver bajo esta tendencia la idea subyacente de considerar este el primer paso para la plena equiparación, no ya entre derechos de personas, sino entre los estatutos normativos de las relaciones no matrimoniales con el del matrimonio. Hecha la igualación de los efectos interpersonales, el camino está libre de obstáculos para pretender ahora la institucionalización de un hogar jurídico para el hijo natural equivalente a aquél del que goza el legítimo o matrimonial.

1.2 La patria potestad sobre el hijo ilegítimo

Una cierta relevancia jurídica al grupo familiar de hecho parecen conceder algunos ordenamientos que atribuyen la patria potestad del hijo natural a ambos progenitores cuando conviven; caso en el cual disponen la aplicación de las mismas reglas que regulan el ejercicio de la patria potestad de los hijos concebidos en matrimonio.

Es lo que sucede con el art. 317 bis del Código Civil italiano. Según este precepto, si el hijo ha sido reconocido por ambos progenitores, “el ejercicio de la potestad corresponde conjuntamente a ambos cuando sean convivientes”, aplicándose en tal evento las normas dadas para el hijo matrimonial.

Un tanto distinta es la norma equivalente del Código Civil francés: según ella, si ambos progenitores han reconocido al hijo natural, la “*autorité parentale*” corresponde a la madre, pero el tribunal puede decidir que sea ejercida por padre y madre conjuntamente, caso en el cual se aplicarán los preceptos relativos a los progenitores legítimos (art. 374). Aunque el Código no lo exige expresamente, los tribunales están concediendo la patria potestad conjunta solamente cuando los padres no casados viven juntos o han continuado sus relaciones maritales¹⁵⁹.

El Código Civil español, a diferencia de los anteriores, establece de manera general que la patria potestad de un hijo, sea matrimonial o no, se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro, agrega, sí, que si los progenitores viven separados, el ejercicio de la patria potestad recaerá en aquel con el cual el hijo conviva (art. 156). Por tanto, también en España, tratándose de un hijo extramatrimonial, la patria potestad podrá ser ejercida, como regla general, por ambos progenitores siempre y cuando convivan.

En Chile no se da esta situación, puesto que el Código Civil no admite la patria potestad respecto de los hijos no legítimos. Sin embargo, cabe recordar que, al tratar de la tuición del hijo natural que ha sido reconocido voluntariamente por ambos padres, estima aplicables las normas consignadas para el cuidado personal del hijo legítimo (art. 277)¹⁶⁰.

¹⁵⁸ ROYO MARTÍNEZ, M., ob. cit., p. 23.

¹⁵⁹ Cfr. HUET-WEILLER, LABRUSSE y VAN CAMELBEKE, *La Filiation*, Librairies Techniques, 1981, p. 107.

¹⁶⁰ Dice la norma: “Es obligado a cuidar personalmente de los hijos naturales el padre o madre que los haya reconocido, en los mismos términos que lo sería el padre o madre legíti-

No escapará a la observación del lector que al reconocerse ciertos derechos a los progenitores de un hijo extramatrimonial cuando existe convivencia entre ellos, vale decir, si hacen vida marital, la ley toma en cuenta la configuración de carácter familiar de un grupo humano constituido al margen del matrimonio¹⁶¹.

1.3 Relaciones entre el hijo extramatrimonial y la familia de su progenitor

Durante largo tiempo imperó en el derecho la máxima que reza: el hijo natural no tiene familia", con la que se hacía alusión a la relatividad de las relaciones jurídicas procedentes de la filiación ilegítima reconocida; los efectos de ésta sólo se producían entre padre o madre e hijo y en ningún caso entre hijo y demás familiares legítimos del progenitor.

En la actualidad, al consagrarse legalmente la equiparación de derechos entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, la antigua fórmula ha perdido vigencia, pues gana terreno la idea de que el hijo extramatrimonial debe tener iguales relaciones con la familia de su progenitor que las que corresponden al hijo matrimonial.

El actual art. 334 del Código Civil francés dispone expresamente que el hijo natural debe ser contado sin más en la familia de su padre o madre: "*Il entre dans la famille de son auter*". El Código Civil italiano, aunque mantiene la tradicional norma general de que "el reconocimiento no produce efectos más que respecto del progenitor que lo ha hecho" (art. 258), contiene excepciones que la relajan notablemente: el art. 148-1 impone el deber de ayudar a mantener, instruir y educar a los hijos, a los ascendientes legítimos o naturales en defecto de los padres; el art. 433 N° 2 y 3 establece que se debe alimentos a los descendientes y ascendientes próximos aunque naturales¹⁶².

En España, la relación jurídica del hijo extramatrimonial con los parientes de su progenitor parece deducirse de los términos categóricos empleados por el art. 108-2 del C.C. al establecer que la filiación matrimonial y la no matrimonial surten los mismos efectos; idea que se ve confirmada con la disposición del art. 143 C.C. que consagra la obligación de alimentos entre ascendientes, descendientes y hermanos, sin distinguir la naturaleza del parentesco¹⁶³.

1.4 Integración del hijo ilegítimo en el núcleo familiar de su progenitor

Además de la extensión de los vínculos legales respecto de los parientes legítimos del progenitor, surge la cuestión de si tienen el padre o la madre de un hijo no matrimonial el derecho de insertarlo en el seno de su propia familia matrimonial.

El actual art. 334-7 (reformado en 1972) del Código Civil francés indica que el hijo natural puede ser admitido en el domicilio conyugal si media el consen-

mos, según el art. 222" (art. 277). El art. 222 CC, por su parte, establece que "Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos legítimos". Señala Rossel que esta regla es aplicable sólo al caso en que ambos padres naturales vivan juntos (ob. cit., p. 360).

¹⁶¹ Cfr. FRANCESCHELLI, V., ob. cit., p. 1272.

¹⁶² Cfr. ROPPO, E., ob. cit., pp. 703-704.

¹⁶³ Cfr. LACRUZ y SANCHO, ob. cit., pp. 604-605.

timiento del cónyuge del progenitor. Por su parte, el Código Civil italiano dispone que el eventual *inserimento* del hijo natural en la familia legítima de uno de los progenitores puede ser autorizado por el juez, cuando no sea contrario a los intereses del menor y lo consienta el cónyuge y los hijos legítimos mayores de 16 años que convivan con sus padres.

En la ley española de reforma del Código Civil, 11/1981, de 13 de mayo, no se contempló la posibilidad de incluir al hijo extramatrimonial en la familia de uno de sus progenitores. Una disposición al respecto se encontraba en el proyecto primitivo, pero fue suprimida en el Senado¹⁶⁴. La normativa actual del Código Civil español, pues, guarda silencio sobre este particular.

Es digno de destacar que el Código Civil chileno, desde su misma entrada en vigencia en 1857, contempla sin mayores dificultades la posibilidad que hoy se consagra en las modernas legislaciones como una novedad en la protección de los hijos extramatrimoniales. Dice el art. 178-2 de este cuerpo legal: "la persona casada no podrá tener a un hijo natural en su casa sin el consentimiento de su mujer o marido", con lo cual, a *contrario sensu*, se dispone que para integrar al hijo natural en la casa del progenitor basta con el consentimiento del cónyuge.

1.5 La patria potestad de hecho

Aun cuando no haya reconocimiento y por tanto no pueda funcionar el instituto de la patria potestad en favor del hijo extramatrimonial, se ha sostenido que es posible identificar una nueva situación meramente fáctica susceptible de ser considerada por el sistema jurídico: la llamada "patria potestad de hecho".

Habría un ejercicio de hecho de la patria potestad cuando ésta no se ostenta en virtud de las normas legales, pero se reproducen en la práctica sus características fácticas. Por ejemplo, si un progenitor que no ha reconocido al hijo aparece como representante y administrador de sus bienes.

En estos casos, en verdad, no es adecuado hablar de una patria potestad propiamente tal; pero un autor español ha sostenido que pueden reconocerse ciertos efectos jurídicos a la actuación del seudo representante, y que convendría aplicar para ello la figura de la agencia oficiosa¹⁶⁵.

2. Efectos entre la pareja de convivientes

2.1 Liberalidades

Durante cierta época, la jurisprudencia, sobre todo en Francia, estimó contrarias a las buenas costumbres y, por consecuencia, inválidas todas las donaciones o asignaciones por causa de muerte entre concubinos.

En nuestro tiempo, en cambio, no se considera que toda relación concubina, y menos la que puede calificarse de convivencia *more uxorio*, sea una situa-

¹⁶⁴ Cfr. LACRUZ y SANCHO, ob. cit., p. 723, nota 6. La norma en comento permitía que el hijo de un casado habido fuera de matrimonio, se integrase en el hogar conyugal del progenitor, exigiéndose para ello el consentimiento del otro cónyuge y de los hijos mayores de 14 años.

¹⁶⁵ Así lo sostiene CASTÁN VÁZQUEZ, José María, "La llamada patria potestad de hecho", en *Revista de Derecho Privado*, t. LXII, 1978, pp. 641-847.

ción socialmente reprobable. Por ello, prevalece la idea de que el hecho de hacer vida marital sin mediar matrimonio, no tiene influencia sobre la capacidad civil de las personas: los concubinos, como cualquier otro ciudadano, pueden disponer de sus bienes con entera libertad¹⁶⁶.

Lo anterior es sin perjuicio de que se siga manteniendo la calificación de *contra bone mora* de aquellas liberalidades que manifiestamente tienen por objeto el conseguir la continuación de la relación extramatrimonial, o sea, en palabras de Jeanmart, cuando se evidencia que, so capa de una liberalidad, el negocio consiste en un verdadero mercado de la persona humana¹⁶⁷.

2.2 Alimentos

La doctrina actual, aun la más avanzada, tiende a rechazar la posibilidad de que el o la concubina puedan gozar de un derecho legal de alimentos similar al que se atribuye a los cónyuges¹⁶⁸.

Sin embargo, se agrega que es posible aceptar que los concubinos se obliguen convencionalmente a pagarse alimentos¹⁶⁹. Además, se sostiene, si uno de ellos voluntariamente paga una pensión alimenticia al otro, éste posteriormente podrá retener lo pagado, pues se trataría del cumplimiento de una obligación natural¹⁷⁰.

2.3 Obligación de indemnizar por la ruptura de la relación

En principio, se piensa que no existe un derecho del concubino que resulta afectado económica o moralmente por la decisión de su compañero de terminar la convivencia, para reclamar se le indemnicen los perjuicios causados por este hecho¹⁷¹.

Pero se considera, no obstante, que debe hacerse excepción a esta regla y reconocerse el derecho a reclamar indemnización de perjuicios, cuando uno de los convivientes, al romper intempestivamente la relación, deja al otro en un estado de necesidad urgente¹⁷².

¹⁶⁶ Cfr. COLOMBET, C., ob. cit., pp. 94 y ss.; BENABENT, Alain, *Droit Civil. La Famille*, Librairies Techniques, Paris, 1982, p. 30.

¹⁶⁷ JEANMART, N., ob. cit., p. 57. Cfr. LACRUZ y SANCHO, ob. cit., p. 591; COLOMBET, C., ob. cit., p. 94.

¹⁶⁸ Cfr. ROPPO, E., ob. cit., pp. 734-735; LACRUZ y SANCHO, ob. cit., p. 583.

¹⁶⁹ LACRUZ y SANCHO, ob. cit., p. 583.

¹⁷⁰ ROPPO, E., ob. cit., p. 735, nota 110; DE CUPIS, A., ob. cit., p. 1116.

¹⁷¹ Cfr. COLOMBET, C., ob. cit., p. 95. JEANMART señala que "es la consecuencia de una unión que las partes han querido libre y cuya mantención los concubinos no pueden en consecuencia pretender" (ob. cit., p. 296). En el mismo sentido, PINTO ROGERS, H., ob. cit., p. 126.

¹⁷² JEANMART, N., ob. cit., p. 297. Según LACRUZ y SANCHO, "dejar a la conviviente, por el hecho de la ruptura, de la noche a la mañana, sin recursos y sin que pueda hacer frente a la nueva situación, supone un daño de cuya causación es responsable quien abandona el hogar común" (ob. cit., p. 592). BENABENT señala que, generalmente, la culpa en la ruptura se encontrará en un hecho del hombre que dio origen al concubinato, como por ejemplo una promesa falsa de matrimonio o un abuso de autoridad que hayan determinado a la mujer a aceptar una vida en común sin matrimonio (ob. cit., pp. 31-32).

2.4 Convenciones

Por regla general, la doctrina y la jurisprudencia aceptan la validez y eficacia de los contratos y convenciones que celebran los concubinos para regular algún aspecto de su relación, pues “actualmente —nos dicen Lacruz y Sancho— la convivencia duradera entre hombre y mujer fuera de matrimonio no se considera, en círculos sociales muy amplios, como una infracción a las buenas costumbres, y por tanto tampoco hay razón para que lo sean las correspondientes convenciones”¹⁷³.

Sólo se pone como limitación que tales pactos no pueden referirse a aquellas relaciones de carácter personal que son propias y exclusivas del matrimonio¹⁷⁴.

Se señala, por otra parte, que si el objeto perseguido por la convención es el otorgamiento de una especie de remuneración por las relaciones sexuales, el juez puede decidir que no se trata de venta, sociedad o arrendamiento de servicios como pretenden las partes, sino de una convención *sui generis* que no puede tener efectos porque al recaer sobre la misma persona humana adolecería de objeto intransferible¹⁷⁵.

2.5 Liquidación de las ganancias y adquisiciones

Tal vez sea éste el efecto sobre el que más se ha debatido y el problema que con mayor frecuencia se presenta en la práctica en relación con las convivencias extramatrimoniales. ¿A quién deben ser atribuidos los bienes adquiridos por los concubinos mientras compartieron sus vidas, llegada la hora de la ruptura de la relación?

Para solucionar esta cuestión, se han construido diversas figuras. La que parece predominar es una propiciada por la doctrina francesa: la convivencia debe considerarse una *sociedad de hecho*, y su liquidación debe realizarse conforme a las reglas establecidas para esa especie de contrato. La solución presenta, sin embargo, serias limitantes, pues sólo puede aplicarse cuando se comprueba que los convivientes tenían intención de asociarse, que hicieron aportes y que participaban en las ganancias y las pérdidas¹⁷⁶.

A falta de prueba de la intención de formar sociedad, se pretende, entonces, acordar a la concubina una remuneración por el trabajo realizado durante la convivencia dentro del hogar común, pues se supone que habría un *contrato de prestación de servicios*^{177, 178}.

Cuando no es posible considerar ninguna de las soluciones anteriores, se acu-

¹⁷³ LACRUZ y SANCHO, ob. cit., p. 583.

¹⁷⁴ Cfr. LACRUZ y SANCHO, ob. cit., p. 583.

¹⁷⁵ JEANMART, N., ob. cit., p. 299.

¹⁷⁶ Cfr. COLOMBET, C., ob. cit., p. 96; LACRUZ y SANCHO, ob. cit., p. 587; BENABENT, A., ob. cit., p. 30.

¹⁷⁷ Cfr. LACRUZ y SANCHO, ob. cit., p. 587.

¹⁷⁸ En Italia, los autores para aplicar esta figura tratan de desvirtuar, por el examen de las circunstancias anímicas que se dan en el caso, la presunción de gratuidad que se atribuye al trabajo desarrollado en el seno de la familia; cfr. FRANCESCHELLI, V., ob. cit., p. 1283 y ss.

de a la figura de la *comunidad de bienes o copropiedad de hecho*¹⁷⁹ y, finalmente, al principio jurídico del enriquecimiento injusto¹⁸⁰.

En Chile, los tribunales han resuelto los casos que se les han presentado, aplicando algunas veces la tesis de la sociedad de hecho¹⁸¹, y en otras la de la comunidad de bienes¹⁸².

En lo que se refiere a España, Lacruz y Sancho sostienen que a falta de intención de formar sociedad, de cualquier modo "cuando la situación es típicamente familiar, la cooperación de los convivientes puede traducirse (a menos que se aprecie la voluntad concorde de mantener separadas sus economías) en una suerte de asociación, que desde luego no entra en el marco de la sociedad, pero que, típica o atípica, determina un reparto de los bienes conseguidos con el esfuerzo común y no la mera retribución al concubino que permanece en el hogar"¹⁸³.

3. EFECTOS CON RELACIÓN A TERCEROS

3.1 Indemnización por muerte causada culpablemente

La muerte repentina de uno de los concubinos ocasionada en forma culpable por un tercero, puede producir una situación de menoscabo económico y también moral del conviviente que le sobrevive. ¿Se justificará, en tal evento, una reclamación de este último para que el acusado sea obligado a repararle el daño sufrido?

En Francia, este supuesto motivó una fuerte divergencia a nivel judicial; mientras la *Chambre Civile* de la Corte de Casación no concedía indemnización a la concubina, la *Chambre Criminale* aplicaba el criterio opuesto. En 1970, la *Chambre Mixte* resolvió esta discrepancia estableciendo que la existencia de una unión libre, pero estable y no adulterina, podía servir de fundamento para condenar al resarcimiento del daño del concubino sobreviviente¹⁸⁴. Posteriormente, la jurisprudencia ha ido ampliando esta posibilidad y ha relajado la exigencia de que el concubinato no sea adulterino¹⁸⁵.

¹⁷⁹ Cfr. JEANMART, N., ob. cit., p. 300; FRANCESCHELLI, V., artículo cit., p. 1283.

¹⁸⁰ PARADISO, Massimo, *La Comunità Familiare*, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, p. 110; BENABENT, A., ob. cit., p. 30.

¹⁸¹ Así, C. Stgo., 2 noviembre 1892, G. 1892, p. 390; C. Stgo., 17 octubre 1900, G. 1900, N° 6035, p. 511; C. Sup., 26 sept. 1907, RDJ, 2ª parte, sec. I, p. 1; C. Talca, 26 julio 1909, G. 1909, N° 540, p. 887. Cfr. PINTO ROGERS, H., ob. cit., p. 54 y ss.

¹⁸² En este sentido, C. Stgo., 1916, RDJ, t. XV, sec. 2ª, p. 1; C. Sup., 1964, RDJ, t. XLI, sec. 1ª, p. 89; C. Sup., 1953, RDJ, t. L, sec. 1ª, p. 470; C. Stgo., 1955, RDJ t. LIII, sec. 2ª, p. 38. Cfr. FUEYO, F., ob. cit., t. VI, v. II, p. 288 y ss.

¹⁸³ LACRUZ y SANCHO, ob. cit., p. 588.

¹⁸⁴ Cass. Mixte, 27 febrero 1970, Daloz, 1970, Jur., p. 201. También, en *Il Foro Italiano*, XCIII, 1970, 4º, c. 140. Cfr. ROPPO, E., ob. cit., p. 719.

¹⁸⁵ Cfr. ROPPO, E., ob. cit., p. 719; JEANMART, N., ob. cit., pp. 298-299. COLOMBET, C. refiere que incluso algunos fallos de reciente data prefieren otorgar el resarcimiento a la concubina posponiendo los derechos de la cónyuge legítima y que, en ocasiones, se reparte la indemnización entre ambas, lo que supone una suerte de reconocimiento de la poligamia (ob. cit., p. 102).

En España, el problema sólo se ha presentado a la consideración de los tribunales criminales. En 1969, una sentencia penal concedió indemnización en favor de la conviviente a causa del accidente sufrido por su compañero¹⁸⁶.

Por su parte, la Corte de Casación italiana se ha pronunciado negativamente respecto de este supuesto derecho de los concubinos. La opinión contraria, empero, es defendida en la doctrina¹⁸⁷.

3.2 Posibilidad de reclamar el pago por suministros domésticos

Según algunos, cuando la concubina contrata con un tercero para la adquisición de alimentos y suministros necesarios para el hogar, el tercero puede dirigirse en contra del concubino, a fin de obtener el pago de las cantidades adeudadas, para lo cual hará valer la teoría de la apariencia y solicitará se apliquen las reglas correspondientes al matrimonio¹⁸⁸.

Otros autores, en cambio, indican que no resulta necesario recurrir a la aplicación analógica de las normas matrimoniales (lo que no resulta apropiado de acuerdo a los principios que informan el derecho familiar), y que basta, para dar solución a este caso, considerar que la formación de un hogar entre los convivientes refleja la existencia de un mandato tácito o al menos aparente de uno de ellos en favor del otro, para contratar la adquisición de los bienes necesarios a la familia¹⁸⁹.

3.3 Subrogación y transmisión en el contrato de arrendamiento

La legislación francesa (ley de 22 de junio de 1982) señala expresamente que, en caso de abandono del domicilio por el locatario o de muerte de éste, el contrato de arrendamiento no se extingue, sino que subsiste en favor, entre otras personas, del o de la concubina que vivía con el arrendatario por lo menos con un año de anterioridad¹⁹⁰.

En Inglaterra, la *Rent Act* de 1977 dispone la transmisión de los derechos arrendaticios a los miembros de la familia que residen con el arrendatario, y los tribunales han dado al término de familia una interpretación abierta que incluye la convivencia *more uxorio*¹⁹¹.

Distinto es lo que sucede en España. Aquí, al otorgar la ley de 11 de junio de 1964, la subrogación o sucesión en los derechos derivados del arrendamiento, sólo al cónyuge y otros parientes, sin nombrar a la concubina¹⁹², se entiende que

¹⁸⁶ Cfr. LACRUZ y SANCHO, ob. cit., p. 594.

¹⁸⁷ Cfr. ROPPO, E., ob. cit., p. 719.

¹⁸⁸ COLOMBET, C., ob. cit., p. 100; BENABENT, A., ob. cit., p. 34.

¹⁸⁹ LACRUZ y SANCHO, ob. cit., p. 584; JEANMART, N., ob. cit., p. 300.

¹⁹⁰ Cfr. COLOMBET, C., ob. cit., p. 101.

¹⁹¹ Cfr. LACRUZ y SANCHO, ob. cit., p. 590.

¹⁹² Así, por ejemplo, respecto de la subrogación dispone el art. 59: "Al fallecimiento del subrogado en la vivienda por acto intervivos o mortis causa, sólo podrán continuar ocupándola con el mismo carácter su cónyuge o descendientes legítimos, naturales o adoptivos, sin que se autoricen ulteriores subrogaciones".

no cabe incluir a ésta en dicho beneficio, puesto que la norma debe interpretarse restrictivamente¹⁹³.

El derecho italiano sigue un criterio parecido al español. La ley de 27 de julio de 1978 sólo menciona entre los favorecidos con esta posibilidad al cónyuge. Y no obstante que algunos tribunales en ocasiones se han creído autorizados para incluir en forma analógica a la conviviente¹⁹⁴, la Corte Constitucional ha determinado que la norma es aplicable sólo al cónyuge y que la exclusión legal de la concubina no infringe la Constitución¹⁹⁵.

3.4 Efecto jurídico de seguridad social y de derecho fiscal

A partir de la Primera Guerra Mundial, con ocasión de las situaciones familiares irregulares a que dio lugar el conflicto armado, se comenzó a hacer extensivo los beneficios de la seguridad social a quienes no conformaban una familia de derecho pero convivían como si fueran cónyuges, exigiéndose, por lo general, que se probara la estabilidad y la honestidad de la relación¹⁹⁶.

Esta tendencia se ha afirmado con el paso del tiempo, y hoy es común encontrar en las legislaciones sociales muchos beneficios que dicen relación, de una u otra manera, con convivencias constituidas al margen del matrimonio. En estos casos, la llamada "familia de hecho" se enfrenta a un tercero cualificado: el Estado.

Así, por ejemplo, la ley francesa de 2 de enero de 1978 protege al o a la conviviente, beneficiándola con prestaciones de seguro de salud y maternidad¹⁹⁷. Suele tener cabida la concubina en las prestaciones de seguridad social, además, dentro del concepto general que suele utilizar la legislación francesa de "persona a cargo".

En España, las leyes de seguridad social no hacen derivar de la unión extramarital el derecho a una pensión de viudedad, salvo en un caso especialísimo de efectos transitorios¹⁹⁸; sin embargo, alguna vez los tribunales han concedido este beneficio a la conviviente, por las circunstancias extraordinarias que concurrían en el hecho¹⁹⁹.

¹⁹³ Cfr. LACRUZ y SANCHO, ob. cit., p. 590.

¹⁹⁴ Cfr. ROPPO, E., ob. cit., p. 721.

¹⁹⁵ Sentencia de la Corte Constitucional de 14 de abril de 1980. Cfr. TRABUCCHI, A., "E Così, la Famiglia..." cit., p. 234 y ss.

¹⁹⁶ DOYHARCABAL, Solange, "Concubinato y Cristianismo", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. VII, N° 1-6, 1980, p. 476.

¹⁹⁷ El art. 13 de la ley extiende expresamente el derecho "*aux prestations en nature des assurances maladie et maternité*" también a la persona "*qui vit maritalement*" con un asegurado social. Cfr. ROPPO, E., ob. cit., p. 724.

¹⁹⁸ La disposición adicional 10.2 de la ley 30/1981, de 8 de agosto, da derecho a pensión de viudedad respecto de las uniones de hecho constituidas por personas a las que la legislación anterior hubiera impedido contraer matrimonio. Véase GARCÍA ABELLÓN, J., "Las situaciones familiares anómalas y el derecho de la seguridad social", en *Revista de Política Social*, N° 136, 1982, pp. 17-23.

¹⁹⁹ S.C.T. 29 de marzo de 1982. Consideró el tribunal la posesión constante del estado de casado y la inscripción de los hijos como legítimos. Cfr. ALONSO OLEA, Manuel, *Instituciones de Seguridad Social*, Edit. Civitas, 10ª edic., Madrid, 1985, p. 105, nota 13.

En Chile se ha reconocido ya desde la ley 15.386 (art. 24) el derecho de la madre de los hijos naturales del imponente, soltera o viuda, que estuviere viviendo a expensas de éste, a una pensión de viudez, de monto menor a la que corresponde percibir a la cónyuge legítima. Este derecho se encuentra ahora recogido en el art. 9 del Decreto Ley 3.500, que estableció el nuevo sistema de pensiones²⁰⁰.

Pero también es cierto que, sobre todo en materia de impuestos y derecho fiscal, la relación de convivencia es a veces considerada frente al Estado con efectos que no favorecen a sus partícipes. Así tenemos que en Inglaterra, para el término de ciertas garantías ofrecidas a la mujer viuda, se establece que se considerará segundo matrimonio que conlleva la extinción del beneficio el hecho de que la viuda inicie una convivencia "*with a man as his wife*" (*Social Security Act*, 1975, s. 31)²⁰¹. En Alemania, el § 122 de la B.S.H.G. de 13 de febrero de 1976 estatuye que "los sujetos que viven en una situación comunitaria análoga a la de la familia legal no pueden, sea en cuanto concierne a los presupuestos como a la medida de los subsidios de carácter social, recibir un tratamiento más favorable respecto a la familia legal"²⁰². En Italia, el art. 4 del D.P.R. de 29 de septiembre de 1973 prevé la imputación a las rentas del sujeto del impuesto jefe de familia, de las provenientes de los hijos naturales que con él conviven²⁰³. Por su parte, la ley francesa de 30 de diciembre de 1981 sobre impuesto a la fortuna (patrimonio), dispone que, en caso de concubinato notorio, la base del impuesto estará constituida por el valor acumulado de los bienes de cada concubino y de los hijos menores (art. 3-2)²⁰⁴.

Hasta aquí la exposición necesariamente sucinta de los principales relieves jurídicos que pueden darse en torno a las relaciones familiares de hecho.

Como podrá observarse, aún las leyes, jurisprudencia y doctrina se resisten a tratar a la "familia de hecho" como un grupo organizado y con estatuto jurídico similar o análogo al de la familia matrimonial. Por el contrario, lo que se valora jurídicamente son determinadas relaciones que, si bien surgen de la convivencia con caracteres similares a la familiar, tienen una fisonomía marcadamente interindividual. Incluso en aquellos casos en los que la ley parece enfocar más directamente la relación de grupo (como sucede, por ejemplo, en la atribución de la patria potestad sobre el hijo extramatrimonial, en la concesión de beneficios previsionales a la concubina o en la acumulación de las rentas para el cálculo del impuesto), lo hace, no para configurar jurídicamente esa formación social, sino sólo para establecer vinculaciones también de carácter personal (entre padres e hijos,

²⁰⁰ Según esta norma, las madres de los hijos naturales del causante tienen derecho a pensión de sobrevivencia si, a la fecha del fallecimiento, eran solteras o viudas y vivían a expensas del causante (art. 9, D.L. 3.500). Una norma similar se encuentra también respecto de las pensiones causadas por muerte en accidente del trabajo o enfermedad profesional: art. 45 de la ley 16.744. A consecuencia de esto, se reconoce a la madre de los hijos naturales como beneficiaria del sistema de prestaciones familiares: véase el art. 2º, letra e), del D.F.L. 150, de 1981, Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que establece el sistema único de prestaciones familiares.

²⁰¹ Cfr. ROPPO, E., ob. cit., p. 725.

²⁰² Cfr. GAZZONI, F., ob. cit., p. 28, nota 78.

²⁰³ Cfr. GAZZONI, F., ob. cit., p. 31.

²⁰⁴ Cfr. BENABENT, A., ob. cit., p. 35.

en la patria potestad; entre concubina y Administración, en materia de seguridad social; entre imponente y Estado, en el caso de los impuestos).

Todavía no puede considerarse institucionalizado el grupo familiar de hecho como una alternativa jurídicamente equiparable a la familia de derecho²⁰⁵.

VI. CONCLUSIÓN

Según hemos visto, sólo puede considerarse propiamente familia aquella comunidad de afectos que se funda en el vínculo permanente, estable y obligatorio que deriva del acto matrimonial. Las asociaciones o agrupaciones configuradas al margen de este vínculo legal, cuando reúnen todas las características fácticas de la familia de derecho, alcanzan una participación analógica de ese concepto, pero en verdad no pueden ser consideradas familias en estricto sentido, por cuanto, al basarse en la mera espontaneidad no comprometida, carecen de la organicidad y de las vinculaciones de justicia que distinguen a la familia propiamente tal.

Por cierto, en dichos grupos conformados fuera de los cánones normativos se generan relaciones entre personas (convivientes, hijos, terceros) que resultaría sumamente peligroso ignorar jurídicamente, puesto que muchas veces se trata de situaciones socialmente relevantes en las que están en juego criterios de justicia y de protección de intereses de inocentes o más débiles.

²⁰⁵ Sin embargo, la idea de conceder también a los meros convivientes el derecho de adoptar de forma análoga a las uniones matrimoniales constituye ya el reconocimiento, aunque para ese determinado efecto, de una equiparación jurídica entre familia de hecho y familia matrimonial. Esta tendencia se ha consagrado recientemente en la legislación española: a propuesta del grupo socialista se introdujo en el proyecto de nueva ley de adopción, la capacidad de adoptar además de los cónyuges, de quienes "se hallen ligados de forma permanente por análoga relación de afectividad" (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 13 de mayo de 1987, Serie A, Nº 22-4, p. 29). La proposición, pese a las críticas recibidas, fue acogida y formó parte de la ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. Resulta curioso, sin embargo, que esta variante no se incluyera en la regulación que se incorporó al Código Civil, como era de esperar; al parecer, un cierto sentimiento de pudor llevó a ubicar la norma dentro de las disposiciones adicionales de la ley aprobada. Su texto dice así: "Las referencias de esta ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal" (disp. adicional segunda).

Pero no se ve que sea esta una opción que vaya a predominar. Sobre la materia existe un importante instrumento internacional: la Convención de Straburgo, que los estados miembros del Consejo de Europa firmaron el 24 de abril de 1967. Esta convención determina claramente que: "La legislación no puede permitir la adopción de un niño si no por dos personas unidas en matrimonio, que adoptan simultánea o sucesivamente, o por un solo adoptante" (art. 6.1). La convención ha sido ratificada por Malta, Gran Bretaña, Irlanda, Noruega, Suiza e Italia.

En este último país, mientras se discutían en el Parlamento las nuevas disposiciones de adopción, también se propuso, esta vez por el Partido Comunista, la consideración de las convivencias extramaritales, mas la propuesta fue rechazada y, así, la ley de 4 de mayo de 1983 sólo autoriza para adoptar a las personas individuales y a los cónyuges (art. 6). La doctrina ha elogiado esta solución: cfr. MANERA, Giovanni, *L'Adozione e L'Affidamento Familiare*, Joveno editore, Napoli, 1983, p. 36; FINOCCHIARIO, Alfio y FINOCCHIARIO, Mario, *Disciplina dell'Adozione e dell'Affidamento dei Menori*, Milano, 1983, pp. 72 y ss.

Pero el reconocimiento de ciertas consecuencias jurídicas derivadas de esas relaciones cuasifamiliares no puede justificar el establecimiento de una especie de reglamentación globalizante sobre una realidad que, conformada al margen del sistema jurídico, no pretende como tal una regulación normativa.

En efecto, intentar institucionalizar legalmente una familia ilegal, estructurándola con una fisonomía, características, efectos y estatuto jurídico similar al que se atribuye a la familia matrimonial, conduciría inevitablemente a la destrucción del mismo concepto de familia y significaría, en la práctica, la renuncia del legislador a la función de dirigir de alguna manera el fenómeno familiar hacia ideales éticos o axiológicos socialmente deseables.

Se desnaturalizaría, además, la misma situación fáctica, pues la experiencia nos demuestra que en la gran parte de los casos ella se ha originado para evitar la existencia de ligámenes de carácter jurídico-obligatorio, cuando no en un franco afán de sustraerse e ir en contra del sistema normativo imperante.

En consecuencia, en nuestra opinión, la solución de los arduos problemas que plantea la consideración de la llamada "familia de hecho", no radica en la transformación artificial, y por lo mismo nociva, de lo ajurídico en jurídico, sino que podría encontrarse siguiendo ciertos criterios generales que combinen la comprensión del real significado del fenómeno parafamiliar y la protección de las personas injustamente perjudicadas. Tales criterios, nos parece, podrían ser los siguientes: primero, determinar qué grupos pueden ser considerados de carácter fáctico-familiar; segundo, rechazar la pretensión de otorgar a éstos una normativa jurídica equiparable a la matrimonial, y tercero, dar cobertura legal a aquellas relaciones interpersonales originadas en esas agrupaciones, previamente calificadas de cuasifamiliares, en las que se aprecie la necesidad de intervenir jurídicamente para evitar situaciones de injusticia o abusos manifiestos.

Adoptando este camino, junto con proteger a los individuos que se ven involucrados en situaciones familiares surgidas al margen del derecho contra perjuicios que no sería justo permitir, se amparará y conservará el papel que la familia propiamente tal (matrimonial) debe desempeñar como base del orden jurídico en beneficio de la sociedad.