

LA UNIÓN LIBRE O MARITAL: ¿HACIA UN VERDADERO MATRIMONIO?

Jaime Ballesteros Beltrán

“Libre, la unión, puede ser durable y estable, o efímera; puede ser la historia de una vida o de un día, e incluso de una hora; puede ser un ‘viejo hogar’ o un ‘breve encuentro’, parranda de una noche, vacaciones pasadas, ‘collage’ en episodios o aventura pasajera”. Gerard Cornu. *Droit Civil*, T. II, *La Famille*. Editions Montchrestien, Paris, 1984, p. 76.

LA PRESENTE INTERVENCIÓN, más allá de la formulación teórica de nuevas proposiciones jurídicas sobre la unión no matrimonial, persigue evaluar y cuestionar la frenética carrera en que se hallan inmersos en su mayoría los países del mundo y en particular los nuestros, los latinoamericanos, por otorgar igualdades sin lesionar preceptos morales. Igualdad formal ante principios morales no siempre bien entendidos; la menor discriminación posible solo limitada por el mito sagrado de la institución matrimonial.

Por ello es una invitación a que descendamos del pedestal de juristas; a que dejemos de lado el purismo normativo para observar brevemente nuestra propia realidad y a partir de allí verificar, ahí sí, con el lente jurídico, la real magnitud de la frontera sociocultural entre el matrimonio y las uniones que no lo son. Veamos.

I. CONCUBINATO

«UNIÓN DE UN HOMBRE y una mujer no casados entre sí, que mantienen una comunidad de vida similar a la que existe entre los cónyuges».

Unión marital de hecho: «... para todos los efectos civiles se denomina unión marital de hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados hacen una comunidad de vida permanente y singular» (art. 1º Ley 54 de 1990).

Hasta aquí, dos nociones simples y desprevenidas de concubinato, unión libre, unión marital o unión no matrimonial, que no obstante describir los elementos propios de su estructura plantean serios interrogantes frente al verdadero alcance de su regulación jurídica. Es como si frente a tan elementales enunciados surgieran múltiples obstáculos y temores tendientes a impedir su ubicación en el ámbito de la juridicidad.

No obstante, de las anteriores definiciones extraemos entonces sus elementos característicos y ello nos permite formular las siguientes precisiones.

1. La unión no matrimonial jamás será contrato o acto jurídico. Es sencillamente una situación de hecho que, de acuerdo con el medio social y político en que se presente, es susceptible o no de generar efectos jurídicos.

2. Es heterosexual, afirmación a la cual no nos atrevemos a anteponer la palabra “necesariamente”, ya que en países como Holanda, Dinamarca y Suecia, donde bajo ciertas condiciones es permitido el matrimonio entre personas del mismo sexo, se da por entendido que de tales uniones también se forma una familia y que ésta debe gozar de idéntica protección jurídica. No obstante, debe anotarse que no se trata de una situación generalizada sino de casos excepcionales a los que igualmente se aplican disposiciones excepcionales.

Si bien la homosexualidad es una realidad aún incipiente en el ámbito jurídico y constitucional latinoamericano, o mejor, no evidenciada con la misma presión que se da en los países desarrollados, no debe ser ignorada y con ello dejarse de prever sus consecuencias. Es indudable que las nuevas orientaciones filosófico políticas de los Estados le han abierto, así sea indirectamente, espacios cuya única limitante pareciera ser la interpretación del juez constitucional, muchas veces arbitraria y caprichosa: todo se le admite al hombre en aplicación del principio del “libre desarrollo de la personalidad”, en tanto no lesione el interés social general.

Lo que sí resulta claro, y sobre ello no existe duda alguna, es que la unión de hecho, a más de heterosexual, con la anotación formulada, solo podrá darse cuantitativamente entre un hombre y una mujer, es decir, no existirán uniones de hecho comunales o grupales. Ninguna constitución ha reconocido hasta hoy este tipo de relación como punto de ignición de tipo familiar alguno y no puede perderse de vista que, siendo las constituciones referentes de la producción legislativa, y las leyes a su turno de la realidad social, en el caso de las uniones grupales no ha existido jamás ni presión social, ni permisón constitucional, ni interpretación contraria, y por ende menos existirán leyes que regulen estas situaciones.

Obsérvese que no sucede lo mismo con la regulación de las uniones homosexuales donde, como decíamos, se evidencian presiones sobre el legislador; donde las nuevas constituciones, incluso las latinoamericanas, proscriben con mayor o menor énfasis cualquier forma de discriminación en razón del sexo y donde los países que han tomado posiciones no tradicionales han sido blanco de todo tipo de críticas, fundadas o no, por parte de otros Estados. Se recuerda que en 1994 Holanda solicitó al Consejo de Justicia de la Unión Europea que se recomendara a los países miembros reconocer en territorio europeo la legalidad de la unión de parejas homosexuales casadas válidamente en ese país. Y tal propuesta generó una reacción de tal magnitud que países como Italia, España y Alemania, para no mencionar la reacción vaticana, calificaron de inadmisibles la sugerencia, no obstante hallarse en pleno proceso de apertura integracionista.

Al respecto el profesor español Ferreiro Galguera¹, catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, sostiene:

«Una de las más claras manifestaciones de esta tendencia de equiparación de las uniones de hecho heterosexuales con las uniones matrimoniales ha sido la resolución 28/1994 del Parlamento Europeo sobre igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Unión Europea», aprobada el 8 de febrero de 1994.

¹ G. FERREIRO. “Uniones de hecho: perspectiva histórica y derecho vigente”, en *XI Jornades Jurídiques, unions de hecho*, Departament de Dret Privat, Facultat de Dret i Economia, Universitat de Lleida.

La resolución se pronuncia en dos sentidos, ya que por un lado recomienda a la unión europea que inste a sus miembros a acabar con la discriminación y criminalización de homosexuales y lesbianas, y por otro solicita que tal recomendación ponga fin a la prohibición de contraer matrimonio o acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas y homosexuales.

«La recomendación debería garantizar los plenos derechos y beneficios del matrimonio, permitiendo la inscripción de la convivencia. También se solicita la eliminación en los derechos nacionales de toda restricción de los derechos de las lesbianas y los homosexuales a ser padres, a adoptar o criar niños».

Por lo anterior, insistimos en que este tipo de situaciones no las podemos seguir viendo como mera ficción. Sea cual fuere nuestra particular posición, se trata de realidades y por ello se impone abrir debates sobre la específica problemática planteada. Mientras en América Latina seguimos discutiendo la naturaleza contractual o institucional del matrimonio, la sociedad nos somete a nuevos retos cuya resolución no da espera.

3. Como tercera característica se destaca el mantenimiento de una *comunidad de vida*. Y no siempre han sido afortunadas la doctrina y la legislación cuando han intentado definir este punto, ya sea para referirse a la unión matrimonial o a la extramatrimonial. En efecto, tradicionalmente se ha enseñado que la comunidad de vida, como elemento propio del matrimonio, es un concepto integrado por elementos objetivos como la convivencia, la ayuda y el socorro mutuos, las relaciones sexuales y la permanencia; y subjetivos, como el ánimo mutuo de pertenencia, de unidad y la *affectio maritalis*. No perdamos de vista que hasta aquí todas nuestras referencias se circunscriben de manera exclusiva a la pareja.

Si a los elementos objetivos agregamos la descendencia común y los deberes y obligaciones que de tal hecho se derivan, encontraremos entonces que se cierra el círculo y se concreta jurídicamente la noción de familia. Y es tan cierta e importante la descendencia, que la misma Iglesia católica, desde que comenzó a estructurar su actual forma matrimonial con Graciano en el siglo X, estableció el llamado “Consentimiento de futuro”, acto confirmatorio de la voluntad de contraer nupcias, no tanto referido a la consumación matrimonial como al advenimiento de la prole. Tampoco es otro el fundamento de la constante negativa a aceptar el uso de métodos anticonceptivos.

II. LA FAMILIA PARA EL DERECHO

ASÍ VISTO EL PANORAMA social familiar, el primer interrogante que salta a la vista al recorrer la definición de unión no matrimonial, libre, consensual o simplemente concubinato, cuando el derecho se refiere a la familia, es: ¿cuál ha de ser el orden y cuál la prioridad al brindar su protección? O en otras palabras: ¿será igual el interés estatal ante una pareja sin hijos que ante una con descendencia? Este interrogante nos conduce a plantear por fuerza un orden prioritario entre los intereses de pareja y los intereses de los hijos, máxime si éstos son menores, que fácilmente ha encontrado respuesta en modernas constituciones donde la prevalencia del interés superior del menor es evidente².

² Art. 44 C. P.

La inquietud anterior se plantea, aun eliminando de plano el odioso interrogante en torno a la igualdad de las familias matrimoniales y las de uniones libres o de hecho, con respuesta positiva, cuando no en los textos legales sí en los principios constitucionales de fines del segundo milenio. En otras palabras, partimos de la hipótesis de la superación “suficiente” de esta polémica sin confrontar ya la igualdad de las familias por su vínculo, sino la posición de los distintos individuos que la integran según su emplazamiento al interior de la misma. Esta es, por supuesto, solo una hipótesis.

Pero atreverse a ubicar el interés primario del derecho de familia en sus miembros cualitativa e individualmente considerados y no en la familia misma podría constituir para algunos herejía, o cuando menos una tentativa de volver al racionalismo puro de la post revolución. Y ello nos enfrenta a una antipática y latente realidad, cual es la de entender que la multiplicidad de facetas, y por qué no, de intereses contrapuestos al interior de esa célula, impone una priorización de valores que nos conduce a que, cuanto más queramos hablar de familia como unidad, más nos adentremos en su atomización jurídica.

Hoy ya no hablamos simplemente de derecho familiar. Hablamos de Código del Menor, de Código del Niño, de legislación autónoma para la Mujer, del ordenamiento para la tercera edad, de la ley de la juventud y de la ley para la madre soltera. Y no dudamos que vendrá seguramente el estatuto del divorciado, del soltero mayor, y quién sabe cuántos otros promovidos con altísimos y muy loables intereses garantísticos, pero generadores de fricciones al interior de una familia, a la cual en estas latitudes su lucha a duras penas le alcanza para sobrevivir. Tampoco se puede perder de vista que en Colombia no parecen ser muy afortunadas las más recientes legislaciones especiales de protección a la familia, como la ley de afectación a vivienda familiar (Ley 258/96) y la misma ley sobre uniones de hecho (Ley 54/90), precisamente por ausencia de claridad, fortaleza y decisión político legislativa en sus articulados, ante la disyuntiva de “atreverse o no” a cruzar la frontera en aras de la igualdad.

Por ello, internamente es válido el interrogante sobre cuál ha de ser hoy el interés primario de nuestro derecho familiar, porque es indudable que la familia como tal ha pasado a un segundo plano. No podemos negarlo. Es una realidad evidente. ¡Cuántas veces el juez o el funcionario estatal competente debe poner en la balanza el interés de los padres frente al de los hijos, o el de los miembros de la pareja entre sí! Lo cierto es que, sea cual fuere la decisión, el núcleo familiar saldrá siempre afectado, consideración que solo se justifica en situaciones extremas. Y todo ello teniendo en cuenta que quienes deben así proceder, ordinariamente son jueces de familia o funcionarios especialmente capacitados en ese campo.

Digamos que ante tan odiosa disyuntiva no le queda al funcionario otra opción que decidir como lo haría el capitán del buque que está naufragando: primero los niños, luego las mujeres y los ancianos y luego los demás. Y en efecto así se hace. ¿Quién duda hoy de la prevalencia de los derechos de los niños, así sea solo como enunciado teórico constitucional? Los acuerdos, tratados, convenciones y códigos del niño suscritos y adoptados en mayor o menor grado por todos nuestros países constituyen el mayor elemento de identidad o común denominador del derecho de familia y ello es un hecho plausible. Ahora bien, existiendo intereses de los padres enfrentados a los de los hijos, la protección a éstos es prevalente, llegando incluso a la figura de los “padres sustitutos”, cuando no sucede como en Estados Unidos, donde los padres pueden incluso ir a prisión por desavenencias

menores con sus hijos, y no me refiero a maltratos o violación de derechos fundamentales. Y si el enfrentamiento surge entre los miembros de la pareja, pues el juez decidirá también atendiendo primero los intereses de los hijos y luego los de los padres.

Pero, ¿han observado a un juez, un abogado, procurador o Defensor de Familia momentos antes de entrar a una audiencia de divorcio o separación de matrimonio sin hijos? Sin querer demeritar la trascendencia propia de cada situación, ni la labor de los jueces, funcionarios o abogados, no dudo que tal situación se equipara a la del cirujano experto que entra al quirófano a operar una uña. Casi le dicen a su colega de oficina: “No me tardo. Espérame que solo se trata de un divorcio sin hijos”.

Y no quiere decir que no les interese la familia. Claro que sí. Pero al faltar los hijos como elemento decisorio, el asunto pasa a convertirse en un trámite más que no requeriría siquiera su presencia.

Los hijos a su turno, provengan o no de padres casados entre sí, acceden normalmente a regímenes jurídicos similares e independientes de su tipo de filiación y de cualquier otro factor que pudiere discriminarlos. No hay duda que para el derecho de familia actual el interés superior e indiscutible es el bienestar de los hijos y creo que ello es y debe ser siempre universalmente aceptado.

¿Para qué sirve entonces el derecho de familia a una pareja sin hijos comunes?

La primera respuesta que nos viene a la mente es la palabra “divorcio”. Si hilamos un poco más delgado podemos hablar de obligaciones alimentarias o de fijación del domicilio común, pero como es lógico suponer, para ello necesitamos precedentemente un matrimonio.

Y entonces replanteamos la formulación de la pregunta: ¿para qué sirve el derecho de familia a una pareja de convivientes, solteros y sin hijos?

Acá ya no podremos hablar de divorcio, ni de alimentos, ni de fijación del domicilio común, salvo que excepcionalmente exista norma especial, que se trate de un verdadero “matrimonio de hecho”, figura que al asimilarse al de derecho sale de la órbita de la unión libre; o que, tratándose de una unión marital, previamente haya existido declaración judicial o administrativa que le reconozca tal calidad. Y todos sabemos que la gran mayoría de parejas que así conviven en nuestros países no se hallan en esta situación.

No resulta por ello temerario afirmar que la familia, y más aún la no matrimonial, adquiere importancia para el derecho únicamente en presencia de los hijos. Y esto no es una hipótesis. Es una realidad.

III. LA UNIÓN DE HECHO: DOGMAS Y CONFUSIÓN TERMINOLÓGICA

DIGAMOS QUE HASTA este punto el papel del derecho familiar es prevalente, imperativo y verdaderamente eficiente al menos en su concepción teórica. Pero si introducimos otra variación al texto de la pregunta antes formulada y nos cuestionamos por el papel del derecho frente a una pareja de convivientes sin hijos comunes, no casados entre sí y con impedimentos para hacerlo, la respuesta, salvo excepcional consideración³, es simplemente: ninguno.

³ Art. 2º Ley 54 de 1990.

¿Qué se hizo entonces el supremo interés del derecho en la familia? O en otros términos: ¿en qué punto termina la indiferencia jurídica y a partir de qué momento existe la noción de familia?

Se podrá afirmar, quizás con razón, que la casuística nos ha llevado a formular hipótesis extremas, pero, ¿acaso será poco frecuente esta realidad en el mundo actual, y particularmente en América Latina? Creemos que no.

En la gran mayoría de legislaciones conocidas se ha acogido el dogma francés según el cual en materia de unión no matrimonial solo se concibe la presencia del derecho como regulador de las relaciones de pareja si previamente se ha acreditado la singularidad, exclusividad o fidelidad de los convivientes como supuesto esencial de la figura, y en la mayoría de los casos se exige adicionalmente la pública convivencia, estabilidad y permanencia de la pareja, asimilándolos como términos sinónimos.

¿Y qué sucede con las familias y parejas que no reúnen estas condiciones?

Si a lo anterior agregamos la ausencia de identidad de términos y denominaciones entre los distintos países para llamar a sus convivientes no casados entre sí, nos encontraremos entonces ante un oscuro panorama en el que no solo no hay acuerdo para entender la figura, para darle su ubicación jurídica, sino que además si la entendemos y la ubicamos su denominación no parece ser la correcta frente a otras legislaciones.

Lo único cierto es que, aun tratándose de hombres o sistemas vanguardistas y aparentemente liberales y tolerantes, la figura del matrimonio sigue siendo, sin excepción, *intocable* en todos nuestros países.

Al respecto, el profesor Juan Ferreiro Galguera⁴, sostiene que «Una de las posibles manifestaciones de la complejidad de este fenómeno social creciente es la rica pluralidad terminológica con la que se cuenta tanto en el extranjero como en nuestro país. Por lo que se refiere a nuestro ámbito europeo, es de destacar que en Italia se habla de “familia di fatto”, “unioni di fatto” o de “convivenza fuori del matrimonio”. La doctrina francesa utiliza los términos “union libre”, “couplé libre” o “concubinage”, mientras las doctrinas eclesiástica y civilista española emplean términos como “convivencia extramatrimonial”, “unión libre”, “unión de hecho”, “concubinato”, “familia de hecho”, “matrimonio de hecho”, “unión marital de hecho”, “convivencia more uxorio” entre otras».

Sobre lo que no cabe duda alguna es sobre la identidad de las exigencias de hecho, factor que merece ser analizado ya que el cumplimiento de la totalidad de los requisitos solo parecería posible en un país de ángeles y, hasta donde se sabe, éstos son defensores a ultranza del matrimonio.

En el ámbito latinoamericano, y a través de este tipo de encuentros internacionales sobre la familia, parece haber operado una ordenación espontánea de todos estos términos, que sin ser absoluta sí podría ser fuente de identidad jurídica internacional. Así por ejemplo, nadie pone en duda la privilegiada ubicación del matrimonio, sea éste entendido como contrato o institución, tomado como modelo de núcleo familiar aunque sin profundizar mucho en este último aspecto. En un segundo orden, pero destacando que no es éste un ordenamiento vertical o cualitativo, estaría el llamado “matrimonio de hecho”, noción que nos indica una ruta distinta al matrimonio clásico pero con fines, consecuencias y aun requisitos muy similares. Es el caso de la pareja de convivientes que son declarados

⁴ “Uniones de hecho”, *cit.*

judicial o administrativamente como tales al reunir determinadas condiciones, aun en contra del consentimiento de alguno de los dos, cuando ha mediado una acción judicial. Es simplemente un matrimonio, aunque en legislaciones como la panameña subsisten todavía algunos efectos que marcan la diferencia con la figura tradicional. En tercer lugar parecieran ubicarse las “uniones de hecho” con regulación legal autónoma y principios constitucionales de impecable factura y corte social igualitario, dignos solamente de ser coleccionados y rotulados como “piezas sin uso”, porque ni legisladores ni jueces constitucionales se atreven a romper la odiosa discriminación que tanto atacan en este tipo de situaciones. Es el caso de Colombia con la Ley 54 de 1990, donde nuestros constitucionalistas predicán en las facultades de Derecho las conquistas de la nueva carta de 1991 destacando la igualdad de las familias⁵, pero en sus providencias consideran una obligación dejar a salvo el honor de la familia matrimonial, reiterando que si bien existe la libertad de escogencia, también subsisten las categorías familiares⁶.

Pero esta tercera modalidad (no categoría) de la unión de hecho se ha entendido como una vía paralela a la matrimonial en la cual se reconocen al compañero derechos de orden eminentemente patrimonial, mas no personal. Es un poco el librarse del reproche moral generado en muchos sectores de nuestra sociedad ante la unión libre y que se fundamenta en esa confusión surgida entre principios religiosos, éticos y jurídicos que reclaman, cada uno para sí, la orientación de la familia. Entendemos también que el gran clamor justificado de la concubina, al igual que el de la esposa abandonada, sigue siendo el de la estabilidad económica que le permita siquiera mantener su nivel de vida, independiente de las obligaciones con los hijos. De allí que se persiga con mayor énfasis una partición definitiva o asignación de bienes por encima de la fijación de cuotas periódicas. Pero no significa lo anterior que el conviviente abandonado no requiera otro tipo de asistencia, sea esta de orden médico, nutricional, educativo, etc., para no mencionar la psicológica o siquiátrica que cada vez tiene mayor demanda. ¿Será que este tipo de problemas solo se presentan cuando ha existido matrimonio? Creemos que no.

El cuarto eslabón de la cadena es el de los sistemas en los cuales todo aquello que no sea matrimonio es concubinato. Pero concubinato con mayúsculas sociales y sanción moral pero no jurídica. Se refiere la expresión, por supuesto, al caso de quienes, teniendo impedimento para contraer matrimonio, hacen vida marital permanente con quien no es su cónyuge. Obsérvese, sin embargo, que esta posición es mucho menos estricta que la posición que hasta 1983 tuvo la Iglesia católica. En efecto, en el Concilio de Trento se prohibió el concubinato entendido como el perfeccionamiento de cualquier tipo de unión extraconyugal. La doctrina cristiana asimiló el concubinato al adulterio al considerar ilícita toda relación sexual fuera del matrimonio. Se establecieron penas de excomunión para los clérigos y laicos que incurrieran en concubinato y se les consideró como pecadores públicos. Cabe destacar que, de acuerdo con este texto legislativo, se definió el concubinato como una “cópula carnal habitual entre dos personas no casadas válidamente, aunque no vivan en la misma casa”. El adulterio era entonces una especie de ese género llamado concubinato, pero no eran sinónimos y se entendía

⁵ Art. 42 C. P.

⁶ Corte Constitucional, sentencias C-239 de 1994 y C-114 de 1996.

como la «cópula carnal completa, perpetrada entre personas de distinto sexo, de las cuales una por lo menos está casada con distinta persona»⁷.

En exhortación de Juan Pablo II llamada *Familiaris Consortio*, la posición de la Iglesia varía y se refiere ya a las “situaciones irregulares”, y aunque desaparecen de su texto las expresiones despectivas como “concubinato”, se mantiene una valoración negativa de dicha práctica al afirmar que se trata de «tendencias disgregadoras para la sociedad y nocivas para la dignidad, seguridad y bienestar de los ciudadanos».

Mencionemos, sin embargo, que pese a que la expresión “concubinato” ha perdido su masiva utilización, por lo menos pública, bajo este supuesto se sigue clasificando a las parejas que, no siendo esposos por matrimonio de derecho o de hecho, ni siendo compañeros permanentes, fieles, estables y exclusivos, deciden convivir o sostener relaciones sexuales con algún grado de permanencia, sin que importe para nada la existencia o no de impedimentos. ¿Quién se ocupa de estas relaciones?

En cualquiera de los sistemas anteriores no es difícil encontrar todavía tendencias abiertamente opuestas a las uniones no matrimoniales, las cuales buscan proscribir tales prácticas aun a través de la ley penal. No olvidemos que en la historia de nuestros países ésta ha sido una constante y que su sombra todavía vive en muchas mentes que creen ver en la figura un ataque a la moral y las buenas costumbres. Difícil resulta encontrar hoy este tipo de prohibiciones a nivel constitucional, pero tales posiciones siguen vigentes, ya sea encubiertas por la indiferencia legislativa frente al tema, o bien refugiadas en legisladores y jueces que han aplicado aquella máxima según la cuál “se obedece pero no se cumple”.

La quinta y última categoría de uniones de hecho, cuyo estudio seguramente merecerá en el futuro inmediato más de un debate, pero que hoy hay quienes se niegan incluso a estudiar, es la que integran personas del mismo sexo, homosexuales: éstos, combatiendo la discriminación, han obtenido significativos logros, principalmente en Europa y Estados Unidos, en una lucha basada en la no discriminación.

A. LATINOAMÉRICA Y LA UNIÓN DE HECHO

VEAMOS AHORA EN concordancia con lo anterior, es decir, frente al dogma de la singularidad y sus sinónimos, cuál es el actual panorama en algunos de nuestros países.

1. Chile

En este país, donde la ausencia del divorcio vincular ha multiplicado las uniones libres dada la exigencia de obtener una declaratoria de nulidad como requisito para contraer un nuevo matrimonio, el término “concubinato” sigue siendo la fórmula rectora de su tratamiento jurídico. Y aunque la legislación sólo se refiera a él de manera indirecta al mencionar a los hijos y a la madre naturales, sí han sido doctrinalmente determinados sus elementos característicos, tales como el acuerdo de hombre y mujer para la convivencia, la estabilidad, que excluye la

⁷ T. GARCÍA BARBENA. *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, Madrid, Edit. BAC, 1964, p. 518.

idea de trato accidental; la permanencia, la aptitud y apariencia matrimoniales y la fidelidad y el carácter monogámico de la relación⁸.

Esta suma de elementos se llamaría simplemente matrimonio, de no ser por la carencia del elemento jurídico formal. Aún así y con una determinación variable de la permanencia de la pareja según el país, podría ser cuando menos un “matrimonio de hecho”, es decir, similitud absoluta en efectos y requisitos que equipara las dos figuras. También podría pensarse, en el menos optimista de los casos, y complaciendo a los defensores de la jerarquización de la unión heterosexual, que estaríamos en presencia de una “unión marital de hecho”, es decir, de aquellas que, no siendo matrimonio, tampoco nos atreveríamos a llamar concubinato o “punible ayuntamiento”; de aquellas que tanto defienden las constituciones igualitarias pero que ignoran sus legisladores y jueces. Lo que en Chile puede ser concubinato, en Panamá podrá ser “matrimonio de hecho”, en Colombia “unión marital”, y así sucesivamente.

2. Venezuela

El concubinato solamente es reconocido de manera indirecta a través del artículo 767 del Código Civil referente a la comunidad concubinaria. No obstante, doctrinalmente se exige, a más de la notoriedad y la heterosexualidad, que sea *permanente y singular*.

3. Cuba

El artículo 18 del Código de Familia se refiere al *matrimonio no formalizado* y contempla la unión entre hombre y mujer con aptitud legal para contraer matrimonio y siempre que reúna los requisitos de estabilidad y singularidad.

4. Costa Rica

Pese a no existir norma especial sobre la unión de hecho, en diversos estatutos se reconocen derechos al compañero o concubino, términos asimilados, y para que éstos puedan ser sucesores legítimos se exige no solamente la inexistencia de vínculo matrimonial vigente, sino además una relación *pública, singular y estable* que perdure por lo menos tres años.

5. Panamá

El Código de Familia expedido en 1994 trae en su artículo 53 el *matrimonio de hecho* entre las formas especiales de matrimonio civil y exige cinco años consecutivos en condiciones de *singularidad y estabilidad*. Anota sin embargo el profesor Ulises Pitti⁹ que «esa unión no se equipara al matrimonio civil sino que se reconoce como tal y surte por consiguiente los mismos efectos del matrimonio civil ordinario». Consideramos, no obstante, que la legislación panameña no introdujo más que formalmente el término “matrimonio de hecho”, ya que la

⁸ *Revista Derecho y Justicia*, T. LVII, Sección 1, Chile, p. 164.

⁹ ULISES PITTI. “Régimen Jurídico de la

Unión de Hecho”, en *Memorias del VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia*, San Salvador, 1992, p. 14.

ausencia de los efectos personales sigue marcando una gran diferencia con el concepto clásico de matrimonio.

6. *Argentina*

Opta este país por la posición *abstencionista* del código napoleónico en la cual se omite todo tratamiento legislativo del concubinato y sus consecuencias tanto personales como patrimoniales. No obstante el silencio legislativo, la fuerza de las circunstancias ha determinado la aparición de soluciones específicas, como los beneficios de orden pensional, la subrogación del contrato de arrendamiento al fallecer el compañero arrendatario y otras que han sido incorporadas a la legislación civil.

Merece destacarse cómo los profesores Bossert y Zannoni¹⁰, se refieren a lo que denominan *matrimonio consensual*, entendido éste como un acto en el que las partes se comunican entre sí su voluntad de tomarse como marido y mujer sin la presencia del funcionario competente. Lo diferencian del concubinato al definir éste como una simple situación de hecho originada en la convivencia. Podría ser, por qué no, una categoría asimilable a la del matrimonio de hecho, de no ser porque las características del matrimonio consensual y del concubinato se confunden y pueden darse en una u otra figura indistintamente; es decir, que para llegar a este tipo de matrimonio seguramente ha de preexistir una convivencia de hecho así sea oculta, y así mismo, es seguro que los concubinos han escogido su opción consensualmente sin importar la existencia o no de un acto mutuo de intercambio de consentimientos. Existe por supuesto allí una enorme dificultad probatoria para convertir en acto o negocio jurídico lo que por naturaleza no lo es.

7. *Guatemala*

Tal vez sea este el país precursor en materia de legislación sobre la unión de hecho en nuestro medio. En efecto, el artículo 173 del Código Civil la define como «La unión de un hombre y una mujer con capacidad para contraer matrimonio...», norma incorporada desde 1947 a través de un ordenamiento llamado «Estatuto de las Uniones de Hecho», que entró a regir con efectos retroactivos hasta el 15 de septiembre de 1937.

8. *Colombia*

Mediante la Ley 54 de 1990 se legisló por primera vez en materia de uniones no matrimoniales, ya que hasta ese momento solo tímidamente se regulaban aspectos de orden pensional y por vía jurisprudencial se habían reconocido derechos a la concubina, previa demostración de la existencia de una sociedad de hecho. Sin embargo, esta unión no se asimila al matrimonio y doctrinalmente se defiende la subsistencia de la figura del concubinato para señalar aquellas parejas respecto de las cuales, pese a hacer comunidad de vida, ésta no es permanente y/o singular.

¹⁰ GUSTAVO BOSSERT y EDUARDO ZANNONI. *Manual de derecho de Familia*, 2ª ed., Buenos Aires, Edit. Astrea, 1989, p. 346.

Vale la pena destacar que el artículo 2° de la citada ley permite en su numeral dos que una persona *con impedimento* para contraer matrimonio pueda ser compañero permanente y por tanto acceder a la correspondiente sociedad patrimonial, con el único requisito de haber liquidado la sociedad conyugal anterior con no menos de un año de antelación a la iniciación de su unión marital.

El término de permanencia y singularidad debe ser de dos años como mínimo, pero lo importante es que, hallándose casado uno o ambos miembros de la pareja, lo cual constituye impedimento absoluto en las demás legislaciones, es posible la conformación de la figura. Lo anterior corrobora que se trata de una ley de carácter eminentemente patrimonial y no personal, toda vez que el compañero permanente carece de vocación sucesoral y no puede tampoco reclamar alimentos para sí.

Ahora bien, pese a ser una ley de avanzada, en los primeros cinco años de vigencia se vio que sus alcances eran aún muy limitados. Fue así como en 1996 se presentó en el Senado de la República el Proyecto de Ley 91 que ampliaba sus alcances al punto de eliminar el requisito de la liquidación de la sociedad conyugal anterior, de igualar a los compañeros en derechos sucesorales y de revivir la presunción de paternidad del hijo de unión marital, en los mismos términos de la presunción de paternidad. El proyecto desapareció sin dejar rastro alguno.

La importancia de esta ley y su proyecto reformatorio radica en el rompimiento del esquema “juntos pero no revueltos” que parece refrenar los intentos de verdadera igualdad no solo entre matrimonios y uniones de hecho sino también entre los distintos tipos de uniones libres. De todas maneras debe destacarse esta disposición por ser la única que permite efectos patrimoniales a quienes mantienen uniones matrimoniales vigentes.

9. Italia

La Constitución italiana solo reconoce la familia matrimonial en su artículo 29¹¹, aunque la doctrina y la jurisprudencia han intentado explicar esta disposición en un amplio marco, tomando para ello la expresión “sociedad natural” que trae su texto, para asociarlo con el artículo 2° que se refiere a las garantías para el libre desarrollo de la personalidad.

En la reciente presentación del Proyecto de Ley 52, las senadoras Capiello y Manieri definen la familia de hecho como «La relación entre dos personas unidas por una comunidad de vida material y espiritual, que perdure por lo menos tres años y que resulte de su inscripción ante el competente registro».

Obsérvese, en primer lugar, que el proyecto no entró a considerar posiblemente uno de los aspectos más controvertidos, como es la orientación sexual de los convivientes y en segundo lugar resulta perfectamente claro que, si bien este proyecto no habla de *singularidad* propiamente dicha, sí se refiere indirectamente a ella al exigir la permanencia y estabilidad como requisito de la unión.

Se anota, además, que según estudios del ITSAT hoy las familias de hecho en Italia son cerca de 250.000 y tal fenómeno se está extendiendo sobre todo en el norte y en los grandes centros urbanos.

¹¹ «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio.

«Il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare».

Ningún país con estatuto sobre uniones de hecho mantiene regulación sobre concubinatos. Son excluyentes las dos figuras? Tomando el ejemplo de los países citados, cabe preguntarse: ¿será que en Colombia, Panamá y Cuba no existen concubinos? ¿O son estos patrimonio exclusivo de Chile, Argentina, Venezuela y Costa Rica, países que han optado por la tesis abstencionista de la regulación? ¿No será más bien que la confusión de términos nos lleva a la confusión de las figuras?

IV. LA SINGULARIDAD O EXCLUSIVIDAD

CAPÍTULO APARTE MERECE el análisis de estos factores que son tal vez los más difíciles de tratar cuanto más próximos se hallan a la crítica de nuestros comunes dictados morales. Es la defensa total y la consagración absoluta de la monogamia.

La singularidad o exclusividad parece asociarse directamente con las relaciones sexuales y la notoriedad o publicidad de la relación y por ello es tal vez el elemento más polémico de las uniones de hecho.

¿Qué sucede entonces en aquellos casos en donde la esposa conoce la existencia de una concubina, conoce a la concubina, conoce a los hijos de ésta con su marido, acepta la relación e incluso llegan a compartir conjuntamente actividades y labores del hogar? No me refiero a casos extraordinarios o a la compleja cultura musulmana que bajo ciertos parámetros permite la poligamia. Me refiero a situaciones simples que se generan espontáneamente en algunas regiones, especialmente de países del Caribe, donde su presencia es tan frecuente como inusitada su aceptación social, seguramente por la ausencia de mecanismos que integren a la familia en un proceso sólido de cultura, solidaridad y civismo, concretado en lo que se conoce como disciplina social.

Insistimos en resaltar que no se trata de una unión grupal, sino de relaciones en donde uno de los miembros es punto común de dos núcleos familiares activos, ya como esposo, ya como amante, ya como compañero. Mientras tanto sigue vigente el interrogante: ¿qué hacer con las parejas no singulares?

La respuesta ha sido unánime en el sentido de no reconocer ni jurídica ni administrativamente tales relaciones y por ende negarles los efectos jurídicos correspondientes. En efecto, no son pocos los autores que sostienen que la convivencia de hecho debe ser exclusiva, pues de otro modo no sería estable ni podría llegar a formar la verdadera comunidad de vida que la debe caracterizar. Otros sostienen que no puede reconocerse como unión libre aquella relación en la cual la persona vive con su cónyuge legítimo y con el conviviente, como tampoco la que se da cuando se tienen al mismo tiempo dos relaciones extramatrimoniales.

Pero la ley no puede conceder efectos jurídicos únicamente a las uniones reconocidas y registradas, es decir, singulares, sin vulnerar el derecho de igualdad a las que no lo están y sin crear con ello una nueva forma de discriminación.

A. ESTABILIDAD Y PERMANENCIA

A LA UNIÓN DE HECHO se le suele exigir el elemento *estabilidad* y/o duración para lograr sus efectos jurídicos, posición que trae el Código Civil francés en su artículo 340 numeral 4, cuando afirma que la convivencia de hecho implica «en defecto de comunidad de vida, relaciones estables y continuas». Y al parecer el criterio indicado para medir esa estabilidad es el de la fijación de plazos cuyo

cumplimiento pueda indicar la seriedad del compromiso y, claro está, generar los efectos jurídicos que le son propios.

En todo lo anterior se entiende que siempre se trata de preservar la unión monogámica y que jurídicamente ello está plenamente justificado. Singularidad y estabilidad parecieran entonces ser las llaves de la convivencia, pero por definición la conjunción de estos elementos no es tan simple.

Si bien es cierto que la idea de desarrollar de manera conjunta un proyecto de vida requiere cierta constancia y permanencia para lograr su fin y ser reconocido, no es menos cierto que la mera convivencia estable no implica necesariamente una convivencia marital, y como ejemplo de ello podemos citar la convivencia entre hermanos, amigos o personas que no necesariamente tienen entre sí relaciones afectivas y menos sexuales. Es perfectamente posible, a nuestro juicio, que existan uniones de hecho no estables, como en el caso de aquella que ha sido declarada y/o reconocida legalmente y cuyos miembros luego se separan, caso en el cual sigue siendo unión de hecho pero sin permanencia ni estabilidad.

La estabilidad no garantiza ni significa una duración determinada de la relación, aunque la duración sí puede hacer presumir la estabilidad de la misma. Tengamos en cuenta casos tan típicos como el de los extranjeros que en Estados Unidos celebraban matrimonios ficticios para obtener residencias o ciudadanías, uniones cuya duración y convivencia eran verificadas por las autoridades en este tipo de plazos. ¿Qué estabilidad podía haber allí? Es claro, entonces, que ni la simple duración puede ser determinante de la estabilidad, ni la permanencia, entendida como no ruptura formal, puede determinar duración o estabilidad.

¿Será que nos resistimos a reconocer que en nuestros países algunos matrimonios suelen “convivir” con uniones maritales o concubinarias, aun con sorprendente armonía y aceptación tanto interna como social?

B. LA UNIÓN REGULADA

ES CLARO HASTA AQUÍ que la unión que todas las legislaciones en mayor o menor grado tienden a proteger, incluso en aquellos países de corte abstencionista donde el concubinato es generador de ciertos y limitados efectos aisladamente considerados, será siempre la unión heterosexual, con duración determinada, estabilidad y permanencia pública, todo ello sin contar el advenimiento de los hijos.

Lo anterior significa que la convivencia entre ese hombre y esa mujer debe perdurar por un término no inferior a dos, tres o cinco años, según el país; y todo hace suponer que si se comprueba realmente que ha existido una convivencia durante ese período mínimo, que responde además al modelo conyugal, la única alternativa es reconocer que estamos en presencia de una unión estable. Si a ello le agregamos la presencia de los hijos, fácil es entender que estamos ante el modelo familiar deseado, excepto por el vínculo jurídico. Es casi un matrimonio. Pero no olvidemos que, por más padres que sean, ello no garantiza en absoluto la estabilidad de la unión, ya que puede tratarse de un hombre y una mujer que ni siquiera son convivientes.

¿Podrán acceder los miembros de esta pareja, con o sin hijos, a algún tipo de derechos u obligaciones entre sí? Creemos que para nada cuenta acá la permanencia, la estabilidad o los mínimos establecidos por las distintas leyes que regulan

la materia. Hay pareja y hay familia, con o sin el lleno de las exigencias legales, e ignorar este hecho es pretender ocultar el sol con las manos.

Si el matrimonio no se acaba por la ruptura de la singularidad ni tampoco por la carencia de estabilidad y aún así continúa vigente su protección jurídica, ¿por qué no sucede lo mismo con las restantes parejas de convivientes?

«La mayoría de la doctrina estima conveniente una intervención mínima del legislador en materia de parejas de hecho, para contribuir a aclarar los conflictos que la convivencia suscita en aras de proteger al más necesitado. Y en algunos casos puede observarse cómo se señalan para la unión de hecho efectos que no distan mucho de los que ya existen para el matrimonio, lo que demuestra que entre ambas formas de convivencia existe un denominador común»¹².

No se trata de justificar o promover esta práctica a nivel regional o subregional, pero todos sabemos que en nuestras grandes ciudades es muy frecuente encontrar, por diversas razones, cierta tolerancia frente a relaciones paralelas de los cónyuges o compañeros. Y lo que verdaderamente resulta inaudito es que el rompimiento de esta tolerancia sí conlleva el rompimiento de la escasa estabilidad de una, cuando no de las dos relaciones. Es el equilibrio imposible, pero solo se da en el realismo mágico de América Latina y tal vez por ello no lo reconocemos.

Resulta claro que las uniones de hecho, por lo pronto solamente las heterosexuales, son generadoras de relaciones familiares con total y absoluta independencia de su ubicación social o jurídica. Y mientras ello ocurra, es claro que los que hoy son requisitos esenciales mañana solo serán aspectos circunstanciales no sujetos a consideración cuando se trata de reconocer igualdad de derechos entre las personas.

V. CONCLUSIONES

1. EL CONCUBINATO o unión libre sigue generando en nuestro medio un polémico enfrentamiento entre la moral y las costumbres sociales. Legislar o no legislar, y en caso tal, prohibirlo o permitirlo; darle rango constitucional pero no legal, asimilarlo al matrimonio o crear una nueva categoría son algunos de los planteamientos que determinan en nuestros Estados las diversas políticas legislativas frente al tema, ante la permanente presencia de principios de igualdad como factor generador del debate.

2. Mientras esto sucede en Latinoamérica, en otros países esta discusión está casi superada y son hoy otros los temas que llaman su atención: el tratamiento jurídico a las parejas homosexuales ya sea mediante matrimonio o unión de hecho; los efectos del transexualismo en la relación de pareja, y tantos otros que insistimos en seguir viendo lejanos cuando su realidad es latente.

3. La carencia de unificación de criterios lleva en nuestro medio no solo a confusión de figuras sino también de denominaciones, factor que oscurece aún más el panorama de la unión libre en América Latina, donde pese a todo se le sigue considerando “reprochable” socialmente.

4. El derecho de familia es inequitativo e injusto con la pareja cuando decide no acogerse a sus dictados imperativos, en aplicación tal vez del principio

¹² SERGIO LLEBARÍA SAMPER. *Hacia la familia no matrimonial*, Barcelona, CEDECS-Derecho Civil, 1996, p. 73.

napoleónico según el cual «si la pareja no casada prescinde de la ley y vive de espaldas al derecho, que no reclame nada al derecho a que ella misma se sustrae»¹³. Pareciera que allí no existiese familia. Y si se reconoce algún derecho, será siempre en categoría diferente a la de la pareja matrimonial, o de hecho reconocida. La pareja que vive “en pecado”, que no es singular, estable o permanente, está condenada al ostracismo jurídico.

5. Toda política legislativa que pretenda llevar la pareja de hecho al cauce jurídico para convertirla en pareja de derecho, pese a la contradicción que ello implica, se encontrará con la enorme dificultad de no incluir ciertas parejas, pese a sus nobles y altruistas consideraciones de orden social.

6. Nuestro continente sigue siendo de ebullición social. No podemos pretender transplantar de manera acrítica modelos de desarrollo social familiar sin acoplarlos primero a la profunda y especial naturaleza de sus gentes. El latinoamericano no es monógamo por gracia de Dios sino por gracia de la cultura europea que en su momento lo representaba. Y no es polígamo tampoco por bárbaro o subdesarrollado. Es humano, y los hay tantos con una y otra tendencia que ya es imposible ocultar nuestra realidad. Como personas, como parejas y como familias debe abolirse la discriminación fundada en la carencia de singularidad, para que hablemos por fin de los verdaderos derechos y obligaciones de los concubinos y eliminemos así, de una vez por todas, los sofismas jurídicos que nos han creado supuestas categorías intermedias. Con vínculo o sin él, estable o no, con singularidad o sin ella, la familia siempre estará ahí, con su carga de problemas, con su dinámica y con sus necesidades, a la espera de las respuestas del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

BEROCH, NÉLIDA, FERNANDO CASTRO y CLAUDIA MENTASTI. “El Concubinato y las Sanciones Civiles en el derecho de Familia”, en *XVI Jornadas Nacionales de derecho Civil*, Comisión N° 11, Buenos Aires, Argentina, 1997.

BOSSERT, GUSTAVO y EDUARDO ZANNONI. *Manual de derecho de familia*, Buenos Aires, Edit. Astrea, 2ª ed., 1989.

Constitución Política de Colombia.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-239 de 1994 y C-114 de 1996.

Revista Derecho y Justicia, T. LVII, Sección 1, Chile.

FERREIRO, G. “Uniones de hecho: perspectiva histórica y derecho vigente”, en *XI Jornades Jurídiques, unions de hecho*, Departament de Dret Privat. Facultat de Dret i Economia, Universitat de Lleida.

FONZONE, E. *Compendio di Diritto di famiglia*, 2ª ed., Edit. Simone, 1998.

GARCÍA BARBENA, T. *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, Madrid, Edit. BAC, 1964.

LANFRANCO, MOSSINI. *Quattro Studi di Diritto di Famiglia*, Padova, Cedam, 1989.

Ley 54 de 1990 de Colombia.

Ley 3ª de mayo 17 de 1994, Código de Familia de Panamá, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 22.591 de agosto 1º de 1994.

Ley 1289 de 1975, Código de Familia de Cuba.

¹³ FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, en *matrimonial*, de SERGIO LLEBARÍA, al citar prólogo al libro *Hacia la familia no* posiciones extremas de tribunales españoles.

LLEBARÍA SAMPER, SERGIO. *Hacia la familia no matrimonial*, CEDECS-Derecho Civil, Barcelona, 1996.

MALLO JULIÁN y MARCELA RODRÍGUEZ. “Sobre la Conveniencia de Legislar las Uniones de Hecho en base a un Sistema Sancionatorio”, en *XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Comisión N° 11, Buenos Aires, Argentina, 1997.

MAZZOCCA, ANTONIO. “La famiglia di fatto”, *Realtà attuale e prospettive. Problemi immobiliari, successori e fiscali*, Roma, Buffetti Editore, 1989.

PENA BERNALDO DE QUIROS, MANUEL. *Derecho de Familia*, Madrid, Univesidad Complutense, 1989.

PITTI, ULISES. “Régimen Jurídico de la Unión de Hecho”, en *Memorias del VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia*, San Salvador, 1992.

RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, en prólogo al libro *Hacia la familia no matrimonial*, de Sergio Llebaría.

SAURA, LUIS FERNANDO. “Uniones libres y configuración del nuevo derecho de familia”, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 1995.

TREJOS, GERARDO. *Derecho de Familia Costarricense*, San José, Edit. Juricentro, T. I, 4ª ed., 1990.