



FAMILIA DE HECHO

Licda. Elizabeth Odio Benito

CONTENIDO

PRESENTACION	47
I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES	48
A. Familia. Su concepto.	
B. Familia de Hecho.	
II. LA CONVIVENCIA. DISTINTOS ASPECTOS.	49
A. Breve repaso histórico del tratamiento socio-jurídico de la convivencia.	49
B. Elementos que conforman la convivencia.	50
C. Efectos derivados del no reconocimiento jurídico de la convivencia.	51
D. Esquema del ordenamiento costarricense e innovaciones en ordenamientos latinoamericanos.	54
III. SITUACION DE LA MUJER PRODUCIDA POR LA AUSENCIA DE REGULACION DE LA CONVIVENCIA.	55
IV. LOS DATOS SOCIO-JURIDICOS EN COSTA RICA.	57
V. LA FAMILIA DE HECHO ANALIZADA COMO DERECHO DE LOS PARTICULARES. DERECHO Y MORAL.	58
VI. SOLUCIONES PROPUESTAS DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO ESTATAL COSTARRICENSE.	60

P R E S E N T A C I O N

En su apreciable mayoría, los ordenamientos jurídicos positivos de la América Latina regulan la institución social de la familia, a partir de la existencia de un matrimonio formal.

La convivencia de una pareja no formalizada mediante el rito civil o eclesiástico del matrimonio, no produce efecto de ningún tipo para los convivientes, ni personal ni patrimonial.

En nuestros países, —y lo propio demuestra la historia de los otros continentes—, las uniones libres obedecen a costumbres ancestrales, razones culturales, geográficas o económicas. No obstante ello, otro tipo de influencias determinan la no regulación jurídica de esa inocultable manifestación de la vida social que es la convivencia.

Esta situación provoca en la pareja que convive, un marginamiento jurídico que conduce a graves injusticias. Particularmente para la mujer, su condición de concubina le acarrea menosprecio social y carencia total de derechos que la amparen frente al abandono o la muerte de su compañero.

En mi trabajo he intentado realizar un análisis de las consecuencias de esa no regulación de la convivencia, en lo personal, lo patrimonial y la procreación.

Utilizo como marco de referencia inmediata la legislación costarricense y las condiciones que sobre esta materia imperan en nuestra colectividad, en lo social y lo jurídico (tanto la ley positiva como su interpretación jurisprudencial).

Las soluciones que propongo podrían ser válidas para cualquier ordenamiento que se encuentre en las mismas circunstancias que el nuestro.

El trabajo no es tanto de carácter bibliográfico como el testimonio de mis inquietudes personales sobre el tema.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

A. Familia. Su concepto

B. Familia de hecho

El Derecho de Familia suele ser definido en doctrina, simple y mayoritariamente, como el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares. Para decirlo de otra manera, el objeto o núcleo fundamental de esta rama del ordenamiento jurídico estatal lo constituyen "la familia", sus elementos, relaciones y situaciones jurídicas.

En nuestro ordenamiento, a "la familia" se refieren, sin calificativos ni distinguos de ningún género, los artículos constitucionales respectivos y las normas iniciales del Código de Familia (1). Lo propio encontramos en los distintos ordenamientos positivos latinoamericanos y europeos.

No obstante ello, casi de inmediato reparamos en que el Derecho de Familia, las normas positivas que lo integran y los autores que lo estudian, aclaran y distinguen que por "familia" hemos de entender la institución que se origina en ese "acto jurídico no negocial" denominado "matrimonio" (2).

Pero dado que siempre ha existido como inculcable manifestación de la vida social el grupo familiar que no tiene como "base esencial" el matrimonio, la doctrina y los ordenamientos se ven obligados a elaborar conceptos tales como "familia de hecho", "concubinato", "filiación legítima" (matrimonial), "filiación ilegítima" (extramatrimonial), "matrimonio de hecho", "unión libre", para designar distintos aspectos o efectos del mismo fenómeno.

A. Al haber elegido como objeto de nuestro estudio el fenómeno socio-jurídico denominado "familia de hecho", conviene que empecemos por delimitar qué es "la familia", previamente a todo distingo o calificación.

Obtener un concepto unitario de "familia", comprensivo de todos sus elementos y funciones,

es tarea difícil. De lo que es la familia en cuanto a agregado o grupo humano, se ocupan las distintas ciencias sociales y cada una de ellas nos da su propia descripción del fenómeno. Pero aun vista sub specie iuris, la familia es considerada —en vaga definición de reminiscencias sociológicas—, por autores y textos positivos, como "célula elemental de la sociedad" o "elemento natural y fundamento de la sociedad". Siendo en esencia un hecho social podríamos aceptar que la familia se presenta como un "agregado de formación natural y necesaria" (3).

Para los autores que intentan un concepto comprensivo de lo social y lo jurídico de la familia, ésta es "la institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación" (4). Al propio tiempo, este concepto es ilustrativo de la posición de los autores para quienes, jurídicamente, no existe otra familia que la denominada por ellos como "legítima".

Para efectos de este trabajo y dentro de sus específicos límites, propongo que consideremos como familia una institución social integrada por distintos elementos cuya posición y función se subordinan a un interés único.

B. Debemos entender, entonces, que familia como hecho socio-jurídico es una sola. Ahora bien, admitido que para la mayoría inmensa de los ordenamientos positivos, se considera "familia" al grupo humano que tiene como base al matrimonio, no tendremos más camino que referirnos a la "familia de derecho" (con matrimonio) y a la "familia de hecho" (sin matrimonio, o dicho de otra forma, derivada de un concubinato).

De todas maneras, anticipo mi opinión de que la familia como hecho o especie fáctica es siempre

(1) Constitución Política de Costa Rica, 1949, art. 51. Código de Familia de Costa Rica, art. 1 y art. 2 ab initio.

(2) Verbi gratia, Constitución Política cit., art. 52. Código de Familia cit., arts. 2 y 11.

(3) CICU, Antonio "El Derecho de Familia"; traduc. de Santiago Sentís Melendo; Edlar, Buenos Aires, 1947, pág. 109.

(4) DIAZ DE GUJARRO Y LOPEZ DEL CARRIL, citados por BELLUSCIO (Augusto Cesar) "Manual de Derecho de Familia". Tomo I, Edic. Depalma, Buenos Aires, 1974, pág. 3.

relevante para el ordenamiento, bien sea que surja de una unión formalizada ante funcionario competente, o de una unión concertada sin ritos civiles o eclesiásticos.

En el desarrollo de este trabajo volveremos a

ocuparnos del tema, refiriéndonos con mayor detenimiento a por qué estimamos un ordenamiento jurídico en sí mismo al ente social con organización propia que se suele denominar "familia de hecho" (5).

II. LA CONVIVENCIA. DISTINTOS ASPECTOS

- A. Breve repaso histórico del tratamiento socio-jurídico de la convivencia.
- B. Elementos que conforman la convivencia.
- C. Efectos derivados del no reconocimiento jurídico de la convivencia.
- D. Esquema del ordenamiento costarricense; ordenamientos latinoamericanos e innovaciones.

A. Desde el propio instante en que el ser humano buscó la compañía de sus semejantes, aprendió a convivir, sea, a "vivir con" los otros. La convivencia es, pues, la primera y más elemental manifestación de la sociabilidad del hombre.

No es ésta la sede adecuada para extendernos en las teorías acerca del origen de la familia que tanto han ocupado a ilustres autores de distintas disciplinas. Nos basta con poner de relieve el hecho cierto de que casi no nos es dable, por mucho que profundicemos en la prehistoria, encontrar al hombre viviendo solo, totalmente aislado.

A partir de ese pretérito momento en que nace la convivencia, distintas formas de asociación y agrupación fueron conformando las estructuras mentales y por ende, culturales, del hombre, y en este proceso, a la costumbre siguió la norma.

Familia matriarcal, patriarcal, sindiásmica; poligamia, poliandria, monogamia, son conceptos, teorías y doctrinas que nos resultan conocidos. Sabemos que, de alguna manera, el hombre occidental eligió la familia monogámica y que a ello bien pueden haberlo conducido impostergables necesidades económicas.

Para un grupo importante de autores, una remota y temprana costumbre prohibió el incesto y

esta prohibición nos llega como la regla primera y elemental del Derecho de Familia (6). Y dentro de la cadena cultural, prohibido el incesto, aparece el matrimonio como forma que consagra la unión monogámica. (7).

Ahora bien, el repaso histórico de las costumbres, culturas y ordenamientos jurídicos que antecedieron a la aparición del cristianismo, nos muestra inequívocamente que la monogamia no siempre y no necesariamente, pasaba por el rito del matrimonio.

El concubinato es, sin duda, de linaje anterior al matrimonio y no desapareció con éste. Por lo demás, no es insólito que coexistan matrimonio y concubinato en la vida de un ser humano, hombre o mujer, antes como ahora (8).

De manera muy sintética, y a modo de antecedentes históricos, repasemos los siguientes datos:

El espíritu pragmático de los romanos que caracteriza sus acertadas construcciones jurídicas se manifiesta en sus regulaciones de las distintas formas de uniones.

Esto es, Roma no cierra los ojos a la realidad del hecho social y utilizando el instrumento jurídico en su correcta función, ofrece soluciones adecuadas y adaptadas a los intereses de sus gobernados.

(5) *Infra*, Capítulo V.

(6) Cfr. GUIER, Jorge E. "Incesto, Matrimonio y Derecho", *Revista de Ciencias Jurídicas*, U. de C.R., Fac. de Derecho, No. 22, set. de 1973.

(7) "La corriente principal de nuestra especie manifiesta la tendencia a constituir parejas exclusivas en su forma más extrema, es decir, en las relaciones monógamas a largo plazo". MORRIS, Desmond "El Mono Desnudo", 1a. Edición, Plaza y Janes S.A., Barcelona, 1970, pág. 71.

(8) Libros Sagrados como la Biblia y el Corán; culturas como la griega, la persa, la babilónica y la china, conocieron, aceptaron y hasta regularon las uniones concubinarias.

La aparición del cristianismo, la misoginia de San Pablo, la influencia del dogma sobre las estructuras políticas y la organización económica, van a determinar, —unas causas o todas juntas—, que a partir del Bajo Imperio, se combata, en los distintos países europeos, el concubinato, por la vía —inoperante siempre—, de proscribir civil y religiosamente a los concubinos y, lo que es aún más injusto, a su prole (9).

La posición de la Iglesia Católica, de decisiva influencia en la legislación española y por ende, en los ordenamientos coloniales e independentistas de algunos de nuestros países latinoamericanos, se puede resumir así:

"Al ennoblecer el matrimonio haciendo de él un sacramento, realidad de orden sobrenatural que santifica y obra en el alma una transformación real, aunque no perceptible, ha abierto un abismo infranqueable entre el matrimonio y el concubinato" (10).

Con el Código Napoleón de 1804, la política de guardar silencio frente a una tan evidente manifestación de la vida social, se consagró definitivamente. Al propio Emperador se le atribuyen estas expresiones frente al Consejo de Estado: "*Los concubinos se pasan sin la ley, la ley se desentien- de de ellos. . . La sociedad no tiene interés en que sean reconocidos los bastardos. . .*".

Los ordenamientos positivos del siglo XIX, liberales y burgueses, vuelven la espalda al problema del concubinato y con su fingida ignorancia pretenden abolirlo.

La crítica acerba del marxismo a la sociedad capitalista y su moral burguesa, llega, por supuesto, a la familia. Y en 1884, Federico Engels publica la primera edición de su "*Origen de la Familia, de la Propiedad y del Estado*".

Las nuevas condiciones socio-económicas de los estados europeos de fines del siglo XIX y el cataclismo mundial de la guerra de 1914, obligan a

las primeras revisiones jurídicas de los efectos de la convivencia (11). Pero aún hoy, en el tercio final del siglo XX, la política legislativa de la mayoría de los países occidentales sigue siendo poco coherente en materia tan fundamental como lo son las relaciones familiares derivadas de la unión libre. Costa Rica, desafortunadamente, no es la excepción.

B. Antes de ocuparnos sobre los efectos derivados del no reconocimiento jurídico de la convivencia como forma paralela al matrimonio, determinemos los elementos que la conforman.

Estimo que habrá consenso si convenimos en señalar que esa convivencia marital, unión libre o concubinato de una pareja de que hemos estado hablando, se tipifica por lo siguiente:

- i) la voluntad o consentimiento de convivir, libremente expresado;
- ii) libertad de estado, sea, la ausencia de un vínculo matrimonial con otra persona;
- iii) capacidad de actuar y legitimación de la pareja;
- iv) permanencia, estabilidad y singularidad de la unión;
- v) ausencia de solemnidades constitutivas de un matrimonio;
- vi) publicidad (12).

Del matrimonio —definido como "acto jurídico no negocial" que surge a la realidad del mundo jurídico por voluntad de las partes—, la convivencia se distingue únicamente por la ausencia de solemnidades civiles o religiosas. Todos los demás elementos se dan en ambas figuras y básicamente, el elemento voluntad (de convivencia y cohabitación) es idéntico.

Empero, para una cantidad mayoritaria de legislaciones, tal hecho es absolutamente irrelevante.

- (9) Acorde con esta línea de pensamiento y de acción, en el Renacimiento, el Concilio de Trento de 1563 dictó penas severísimas contra quienes vivían en unión libre; entre ellas, la excomunión.
- (10) LECLERQ, Jacques. "*La Familia*"; Ed. Herder, Barcelona, 1964, pág. 85.
- (11) En Francia, por ejemplo numerosas leyes dictadas por la circunstancia de la guerra reconocieron derechos (pensio- nes, auxilios, prohibición de desahucios) a concubinas y esposas por igual.
- (12) Las relaciones humanas, variadas y complejas como son, no admiten una cerrada tipología. De ahí que resultan también muy frecuentes, por ejemplo, uniones maritales sin estabilidad ni singularidad; o bien, uniones entre personas vinculadas por matrimonio a un tercero. De las primeras —con ser importantes—, no nos ocuparemos pues exceden el marco de nuestro estudio y porque el que es tal vez su aspecto más importante —la procreación—, por su vínculo inmediato con derechos humanos elementales, encuentra posible remedio en normas jurídicas incluidas desde hace tiempo en prácticamente todos los sistemas positivos. De las segundas, sea, de las uniones de personas ligadas por matrimonio a un tercero, hacemos una distinción que estimamos fundamental: la existencia o no de una separación de hecho entre el conviviente y su cónyuge matrimonial. Si la separación de hecho existe, asimila- mos tal situación a la de los convivientes libres para efectos de nuestra exposición. Si matrimonio y convivencia coexisten, debe entenderse que no pueden ser aplicables los razonamientos y las soluciones posibles que aquí se ofrecen. En las uniones libres donde falten la voluntad, la capacidad o la legitimación, se harán las adecuaciones del caso, según el tipo de convivencia de que se trate.

Y así, formalizada la unión por medio de la comparecencia ante el funcionario competente, surgen efectos jurídicos personales y patrimoniales que enmarcarán el futuro comportamiento de los cónyuges.

No formalizada la unión, la figura jurídica primaria que determina la convivencia con todos sus elementos carece hasta de relevancia jurídica. Por ende, también de eficacia.

De las consecuencias de esta situación, propongo que nos ocupemos de inmediato.

C. Efectos derivados del no reconocimiento jurídico de la convivencia.

1. Efectos Personales.

Celebrado un matrimonio los cónyuges se deben mutuamente respeto, fidelidad y auxilio. Deben convivir en un mismo sitio. Comparten la responsabilidad y el gobierno de la familia, así como la patria potestad sobre los hijos (13).

Estas situaciones jurídicas de poder-deber vienen a ser entonces los efectos que las normas pertinentes concretan en el comportamiento de los sujetos que se convierten en cónyuges. La violación del deber acarrea la correlativa sanción (14).

En la convivencia, todas las expuestas situaciones jurídicas son únicamente situaciones de hecho. La pareja se respetará, se guardará fidelidad y se auxiliará mutuamente obedeciendo sólo a sus personales sentimientos de afecto y lealtad.

Pero en verdad, en este terreno no preocupa tanto la ausencia de efectos jurídicos, pues lo cierto es que tratándose de lo que los romanos llamaban "affectio maritalis", éste existe o no existe. La norma jamás podrá imponer el respeto, la fidelidad, y la lealtad que sólo son producto de un sentimiento personal. Y ello en cualquier tipo de unión.

2. La Procreación.

La existencia o no de un matrimonio determina los dos tipos de filiación que hoy recogen la casi

totalidad de los ordenamientos o sea la filiación legítima (o matrimonial) y la filiación ilegítima (o extramatrimonial).

En el supuesto de la filiación legítima, el niño nace cubierto por la presunción de paternidad (15). Tiene, en tal virtud, derecho a llevar el apellido de sus padres, ser alimentado por ellos y sucederlos ab intestato.

La filiación ilegítima se rige por otros supuestos. Claro que ante el nacimiento, hecho real y concreto, de un nuevo ser humano, el ordenamiento abandona la indiferencia que le merece la convivencia de sus padres y entra a calificar su existencia y su capacidad (la del niño). Pero como no califica la convivencia ni como hecho ni menos como acto jurídico, el nuevo ser no nace protegido por ninguna presunción legal; lo que tiene ante sí son tres posibilidades:

- a. el reconocimiento voluntario que hagan sus padres de sus respectivas maternidad y paternidad (16);
- b. en ausencia del acto voluntario, la acción de declaración de paternidad y maternidad, sea, el reconocimiento judicial (17);
- c. ser un expósito (18).

La Constitución Política que nos rige, inspirada por el postulado básico de la igualdad entre todos los seres humanos, prohíbe categóricamente "toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación", y el Código de Familia repite el precepto constitucional (19). Pero es evidente que ante la existencia legal de dos tipos de filiación (legítima-matrimonial e ilegítima extramatrimonial), el principio que comentamos no pasa de ser una hermosa aspiración.

Tan arraigado está en la mente de legisladores y tratadistas de la materia, el que hay una familia legítima merecedora de toda protección y otra ilegítima que el ordenamiento debe desconocer (cuando no calificar de delito el concubinato), que ante las modernas corrientes sobre derechos huma-

(13) Así, los arts. 11 y 34 del C. Fam.

(14) Divorcio, separación judicial, suspensión de patria potestad, etc.

(15) El art. 69 del C. Fam. dispone: "Se presumen habidos en el matrimonio los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde su celebración o desde la reunión de los cónyuges separados judicialmente, y también los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges judicialmente decretada. . ." (primer párrafo).

(16) Reconocimiento voluntario: arts. 84 y 85 del C. Fam.

(17) Declaración de paternidad y maternidad: art. 91 C. Fam.

Para ambas hipótesis, los efectos previstos por el ordenamiento son los mismos: "el hijo entra jurídicamente a formar parte de las familias consanguíneas de sus progenitores, para todo efecto" (Art. 97 del C. Fam.).

(18) Esta, reconocemos, es una posibilidad remota tratándose de una pareja estable.

(19) Art. 54 de la Const. Pol. y 3 del C. Fam.

nos transigen sólo en cuanto a reconocer la existencia de hijos producto de convivencia, pero los siguen discriminando, sin lugar a dudas, al calificarles su filiación.

En nuestro criterio, debe suprimirse este tipo de calificaciones discriminatorias que entrañan reminiscencias de penas medievales que trascendían a todo el grupo familiar.

Para abolir estas diferencias, no es preciso abolir el matrimonio como alguno podría pensar. Bastaría con eliminar las normas que establecen la doble filiación y, en su lugar, establecer un adecuado procedimiento de inscripción de los hijos en los Registros del Estado Civil.

En este sentido ayudaría mucho, indudablemente, el reconocimiento de efectos legales de la convivencia, pues podría establecerse un solo procedimiento de inscripción para los hijos de uniones matrimoniales y de uniones no matrimoniales reconocidas por el ordenamiento.

Para los hijos producto de otro tipo de uniones, se establecería un procedimiento propio (20).

En punto a la procreación, los esfuerzos para mejorar las normas positivas han de encaminarse en este sentido, puesto que, según vimos, aun discriminando en la forma expuesta, las legislaciones modernas contienen instrumentos jurídicos para establecer la filiación y los derechos a ella inherentes.

Posesión de estado.

Una situación de hecho en materia familiar, que sí es relevante para el ordenamiento que establece judicialmente la filiación de los hijos, es la denominada "posesión de estado".

La legislación positiva de nuestro país, así como la de otros muchos, deriva una serie de importantes efectos de la existencia de tal situación.

Referida al hijo extramatrimonial, estar en "posesión de estado" significa, según sabemos, que el presunto padre lo haya tratado como tal. Ese tratamiento de hijo deriva de indicios que el Juez apreciará discrecionalmente (21).

Resulta importante observar que el ordenamiento jurídico atribuye efectos a una situación de hecho integrada por elementos o su conjunto, tales como el trato y la fama, independientemente de la voluntad de los sujetos que la han constituido. Sea, que el ordenamiento califica de relevante la situación creada por la relación de hecho padre-hijo y en beneficio de éste, tutela sus intereses y pone a su disposición los efectos que presumen la existencia de la filiación (22).

En esta sede, la convivencia de una pareja se constituye en indicio o en hecho relevante jurídicamente a los efectos de declarar judicialmente la paternidad.

Del examen de los textos positivos que rigen la materia y la doctrina unánime que al respecto se ha elaborado, podemos afirmar el carácter causal de la cohabitación para presumir una paternidad, sea ésta la legítima o la de hecho (23).

3. Efectos patrimoniales.

- a. La convivencia de una pareja formalizada en matrimonio determina consecuencias patrimoniales importantes para el interés familiar (24).

Las soluciones positivas ofrecen una amplia gama de opciones que van desde la comunidad

(20) En este mismo sentido, el Código de Familia cubano de 1975 elimina radicalmente las diferencias en materia de filiación y las normas pertinentes hacen realidad el principio que consagra su art. 65, de que "todos los hijos son iguales y por ello disfrutan de iguales derechos y tienen los mismos deberes con respecto a sus padres, cualquiera que sea el estado civil de éstos".

(21) El C. Fam. distingue entre la posesión notoria de estado del hijo de matrimonio y la del hijo extramatrimonial, recogiendo una elaboración jurisprudencial. Así, disponen por su orden los arts. 80 y 93. Art. 80: *La posesión notoria de estado del hijo consiste en que sus padres lo han tratado como tal, dándole sus apellidos, proveyendo sus alimentos y presentándolo con ese carácter a terceros; y éstos y el vecindario de su residencia, en general, lo hayan reputado como hijo de aquéllos.* Art. 93: *La posesión notoria de estado de hijo extramatrimonial consiste en que sus presuntos padres lo han tratado como hijo, o dado sus apellidos, o proveído sus alimentos, o presentado como hijo a terceros y éstos y el vecindario de su residencia, en general, lo hayan reputado como hijo de aquéllos, circunstancias todas que serán apreciadas discrecionalmente por el juez.*

(22) A manera de ejemplo, lo resuelto por nuestro Tribunal de Casación, en sentencia No. 26 de 1966: "...se reitera la jurisprudencia de que la posesión notoria de estado que da al juzgador el convencimiento de que un individuo es hijo de otro, ha de ser revelada por una serie de actos externos, que en el ánimo del padre existía la creencia de ser el progenitor y de que en la sociedad en que éste vivía siempre se le ha considerado en tal condición. En estos términos tal filiación debe derivar de indicios...".

(23) En este sentido, RIVERO, Francisco, "La Presunción de la Paternidad Legítima", Ed. Tecnos, Madrid, 1971, pág. 257.

(24) "Se designa con la denominación de régimen patrimonial del matrimonio o simplemente régimen matrimonial, al conjunto de reglas que delimitan los intereses pecuniarios que se derivan del matrimonio, ya en las relaciones con los cónyuges entre sí, ya en sus relaciones con terceros". CASTAN TOBEÑAS, José, "Derecho Civil Español, común y foral" 8a. Ed. Reus, Madrid, 1969, pág. 205.

total, hasta la total libertad de disposición de los bienes adquiridos durante la vigencia del matrimonio.

El ordenamiento costarricense permite a los cónyuges elegir el régimen patrimonial que estimen más adecuado por medio de capitulaciones matrimoniales. Estas pueden celebrarse antes o después del matrimonio y comprenden los bienes presentes y futuros (25).

En su defecto, las normas establecen la situación de libertad de disposición de los bienes adquiridos antes o durante la vigencia del matrimonio, por cualquier título, y de sus frutos.

La separación judicial de los cónyuges o la disolución del matrimonio imponen la comunidad de bienes y su distribución por iguales partes (26).

Algunos bienes son calificados por el texto positivo como no comunes y no se consideran parte de la masa de bienes a distribuir (27).

De la enumeración casuística conviene destacar la exclusión que se hace de los bienes adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges. Esta disposición recogió el principio sentado al respecto por la jurisprudencia.

Durante la vigencia del Código Civil en esta materia, nuestros jueces determinaron desde fechas tan remotas como 1905, que para pretender el derecho a la comunidad en los bienes, era imprescindible el esfuerzo común derivado de la convivencia (28).

Observemos que con toda precisión nuestro máximo Tribunal resolvió con base en un criterio valorativo, que distingue netamente en la norma la forma del contenido. Sea, no bastaba la mera existencia formal del matrimonio —simple entelequia—, para derivar derechos patrimoniales. Se requería la sustancia aportada por la real y verdadera convivencia, para presumir el esfuerzo común y de ahí, otorgar el derecho.

Al resolver en el sentido que comentamos, nuestros jueces tutelaron los intereses en juego de manera acertada y justa, yendo hacia el verdadero sentido de la norma y la correcta función del Derecho, desprendiéndose del mal entendido positivismo en el que muchas injusticias se han amparado, como luego veremos.

b. Acorde con su decisión de ignorar la existencia de la convivencia no formalizada en matrimonio, el legislador de 1973 de la familia costarricense no reguló ningún efecto patrimonial aplicable a ese tipo de familia.

Y en lo que se refiere a la solución ofrecida el problema por la jurisprudencia, el resultado no es menos desalentador.

Nuestros Tribunales se han pronunciado, precisos y concordantes, en el sentido de que "la mujer no tiene derecho alguno sobre los bienes adquiridos por el concubino durante esa relación" (29).

Por ser medular para efectos del análisis que

(25) C. Fam. arts. 37, 38 y 39.

(26) Arts. 40 y 41 del C. Fam.

(27) Art. 41: "Al disolverse o declararse nulo el matrimonio, al declararse la separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge adquiere el derecho a participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro. Perderá ese derecho el cónyuge declarado culpable en juicio de divorcio o de separación judicial. Podrá procederse a la liquidación anticipada de los bienes gananciales cuando el Tribunal, previa solicitud de uno de los cónyuges compruebe, de modo indubitado, que los intereses de éste corren el riesgo de ser comprometidos por la mala gestión de su consorte, o por actos que amenacen burlarlos.

Únicamente no son gananciales los siguientes bienes, sobre los cuales no existe el derecho de participación:

- 1) Los que fueren introducidos al matrimonio, o adquiridos durante él, por título gratuito o por causa aleatoria;
- 2) Los comprados con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales;
- 3) Aquéllos cuya causa o título de adquisición precedió al matrimonio;
- 4) Los muebles o inmuebles, que fueron subrogados a otros propios de alguno de los cónyuges; y
- 5) Los adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges.

Se permite renunciar, en las capitulaciones matrimoniales o en un convenio que deberá hacerse en escritura pública, a las ventajas de la distribución final".

(28) La Corte de Casación lo ha dicho así: "La cooperación y el mutuo auxilio de los cónyuges en la adquisición de dichos bienes siempre se ha de suponer en el matrimonio regular, pero no cuando falta ese esfuerzo común porque los esposos de hecho o de derecho, han estado separados, como lo ha advertido la jurisprudencia de esta Corte en invariables y repetidos fallos: 1:50 p.m. de 23 de noviembre de 1905, 3:05 p.m. de 5 de noviembre de 1931, No. 54 de 16 hrs. del 2 de junio de 1954, No. 94 de 16:30 hrs. del 23 de octubre de 1963".

(Casación No. 110 de 1965).

El texto vigente entonces era el art. 77 del Código Civil que no hacía la exclusión que vino a determinar la jurisprudencia.

(29) La resolución de los jueces es la siguiente:

"La mujer no tiene derecho alguno sobre los bienes adquiridos por el concubino durante esa relación, ni puede cobrar al mismo los gastos que demanden el embarazo y alumbramiento de un hijo, así como tampoco tiene derecho a recibir alimentos de aquél".

(Sala 2a. Civil, Sentencia No. 82 de 1974).

hacemos, transcribimos la posición de la Casación costarricense, recogida en estos conceptos:

"Sería desconocer las disposiciones legales referentes al matrimonio como base esencial de la familia y fundamento de la sociedad, el amparar sin una ley expresa lo que disponga, pretendidos derechos o situaciones jurídicas que evidentemente se vinculan a relaciones de concubinato y que se reclaman porque surgieron de esas relaciones que no existirían sin la barraganería" (30).

Quiere decir entonces que el hecho de que exista una convivencia y de que durante ésta, y con el esfuerzo común, se haya formado un patrimonio, es absolutamente irrelevante para el ordenamiento.

Esto es, no constituye una situación condicionante de ningún efecto jurídico, por pequeño o precario que sea.

Ante el problema originado por un cónyuge que pretende derechos en el patrimonio obtenido por el otro durante una separación de hecho, nuestros jueces encontraron la solución correcta en una justa apreciación de los intereses en juego. Fijaron el valor de la convivencia para extraer de ahí el esfuerzo común como base para reclamar el derecho. Y lo hicieron así, según vimos, desde mucho tiempo antes de haber norma expresa en tal sentido.

Pero cuando se exige una idéntica valoración frente al esfuerzo común de unos concubinos, los jueces escogen otro orden de valores.

Ello da como resultado el que la convivencia sea relevante si existe la fórmula matrimonial, pero que sea del todo irrelevante —exactamente para los mismos efectos—, si no existe matrimonio.

Si leemos atentamente el texto de la Casación transcrito supra nos encontramos con que para nuestro máximo Tribunal, amparar derechos o situaciones jurídicas derivadas de una convivencia significa, a fortiori, "desconocer las disposiciones legales referentes al matrimonio como base esencial de la familia y fundamento de la sociedad". Sea, no se admite que hay en la sociedad familias originadas en el matrimonio y familias surgidas de una convivencia sin fórmula, y que ambas situaciones producen efectos y representan problemas que no deben ignorarse puesto que existen y exigen solución.

Amparados en la posición positivista mal en-

tendida a que antes me referí, los jueces introducen una dicotomía que reputamos inaceptable: si reconocemos efectos patrimoniales o de cualquier índole a la convivencia, desconocemos el matrimonio como base esencial de la familia. Lo inaceptable viene de que podemos olvidar que la familia también surge sin que exista matrimonio.

Indiscutiblemente que si la posición que se asume frente al problema es la que refleja el fallo que comentamos, la solución será siempre la negativa a reconocer efectos a la convivencia de hecho. Pero si, como en el caso de la procreación, admitimos la existencia de intereses relevantes y de necesidades creadas por la convivencia de los sujetos, hemos de admitir la urgencia de que el ordenamiento positivo ofrezca solución a los problemas.

D. De manera esquemática entonces, encontramos que el panorama del ordenamiento positivo costarricense puede sintetizarse así:

1. La convivencia de una pareja no produce efectos jurídicos personales ni patrimoniales de ningún género para sus miembros, salvo que se formalice mediante el matrimonio;
2. Los hijos producto de una unión de hecho, transitoria o permanente, disponen de instrumentos jurídicos para establecer su filiación.

Nos hemos referido continuamente al ordenamiento costarricense por ser éste el objeto de nuestro diario quehacer y materia prioritaria de nuestra cotidiana preocupación.

Pero nuestro ordenamiento no es la excepción que confirma reglas. Lo cierto es que en América Latina, leyes, jurisprudencia y autores, pertenecen mayoritariamente a esta misma posición. Los argumentos utilizados para fundamentarla parten de la base de que se trata —la de los concubinos— de una situación inmoral, contraria al orden público y las buenas costumbres.

Lo propio encontramos reflejado en el derecho español, y el derecho francés que bajo la influencia del derecho canónico, no sólo negaron efectos jurídicos al concubinato, sino que adoptaron medidas tendientes a combatirlo.

Con todo, las peculiares condiciones culturales, económicas, políticas y hasta geográficas de nuestra América, han impuesto la necesidad de

legislar sobre esa manifestación de la vida social muy usual en nuestros países, que es el concubinato, la unión libre o la familia de hecho.

De esta suerte, Bolivia, Cuba, Guatemala, Honduras, México y Panamá, han legislado ya sobre la materia (31).

Ello ha motivado acres comentarios de quienes se mantienen en la posición que hemos venido anotando (32).

A nuestro juicio, quienes así razonan permanecen bajo la influencia de prejuicios religiosos hondamente arraigados (el matrimonio es un sacramento y la unión libre un pecado mortal) y de estructuras culturales propias de otros pueblos, de otras épocas, pero dentro de las cuales el machismo latinoamericano no es ajeno del todo.

De nuestra parte, creemos que hablar de familia de hecho y de familia de derecho es hacer clasificaciones artificiales de la agrupación familiar, que es una. Lo cierto e irrefutable es que tanto con matrimonio o sin él, la convivencia de una pareja funda una comunidad de bienes y de intereses, entre los cuales, muy destacado, el interés común de los hijos, si los hay.

Cerrar los ojos a esta realidad social no conduce más que a producir ordenamientos positivos incompletos que no ofrecen solución a problemas vitales de sus sujetos y que, por ende, permiten la existencia de injusticias que calificamos de atroces (y pedimos se nos disculpe si se reputa de excesiva la calificación), en ésta como en cualquier época.

III. SITUACION DE LA MUJER PRODUCIDA POR LA AUSENCIA DE REGULACION DE LA CONVIVENCIA.

A fin de orientarnos hacia la fundamentación jurídica de nuestro análisis y la solución que proponemos para el ordenamiento positivo costarricense, permítasenos insistir en los efectos reales que produce la ausencia de efectos jurídicos de la convivencia sobre la mujer, en lo personal y en lo patrimonial.

La mujer que convive con un hombre en virtud del matrimonio, dispone de los efectos personales y patrimoniales que el ordenamiento positivo asigna a su status de esposa.

Según vimos, podrá exigir de su cónyuge fidelidad, respeto, cooperación, auxilio, cohabitación;

tendrá un derecho a la mitad de los bienes gananciales; podrá obtener judicialmente una pensión alimenticia para ella; y entrar en la sucesión abintestato de su cónyuge. Sus hijos nacen cubiertos por una presunción legal que les ampara su filiación. Además, socialmente goza de la estimación colectiva que se destina a la mujer casada y religiosamente está protegida por un sacramento.

La mujer que convive con un hombre sin formalizar su unión por el matrimonio, carece de todo reconocimiento jurídico. No le es atribuido ningún efecto personal ni patrimonial. Nada puede exigir de su compañero ni afectiva ni económica-

(31) **BOLIVIA:** En la Constitución del 24 de noviembre de 1945, art. 131, 2do. párrafo, se reconocía el matrimonio de hecho en las uniones concubinarias, dadas las condiciones que el propio texto indicaba. En el Código de Familia de 1972, arts. 158 y 159, se atribuyen a las uniones de hecho efectos similares al matrimonio, tanto en las relaciones personales como patrimoniales de los convivientes.

CUBA: La Constitución de 5 de julio de 1940, art. 43, párrafo 6. Disponía la facultad de los tribunales de equiparar la unión de hecho con el matrimonio civil, "por razón de equidad". El Código de Familia de 1975, arts. 18 y 19, regula sobre la formalización o el reconocimiento judicial de la unión de hecho, equiparándolo al matrimonio formalizado.

GUATEMALA: También aduciendo razones de equidad, la Constitución de 11 de marzo de 1945 estableció la equiparación entre el matrimonio civil y la unión de hecho. El art. 89 de la Constitución de 1956 se limita a disponer que "la ley determina lo relativo a las uniones de hecho". Como consecuencia de la primera de las citadas disposiciones constitucionales, se dictó en 1947 el Estatuto de las Uniones de Hecho.

HONDURAS: La Constitución de 1957, art. 101, reconoce el matrimonio de hecho.

MEXICO: El Código Civil federal de 1928 reconoce extensos efectos al concubinato.

PANAMA: La Constitución —art. 56—, equiparaba las uniones de hecho con el matrimonio formalizado. El precepto constitucional se reglamentó por ley del 6 de diciembre de 1956 sobre la unión de hecho.

(32) "Por ello, por no comprender los verdaderos valores de la institución, en América Latina se legisla rompiendo cánones (por ejemplo, reconociéndole un valor jurídico al concubinato)... Es aberrante que el matrimonio legítimo y el concubinato sean igualados... Si la norma jurídica, en lugar de declarar o reconocer normal lo anormal, en lugar de elevar a la categoría, aún cuando con vergüenza, de matrimonio a lo que no lo es...".
LLORENS, Luis, "Evolución del Derecho de Familia en cuanto a filiación y relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges", Revista Notorial No. 828, 1976, Buenos Aires, págs. 1734 y 1735.

mente. Carece de todo derecho en el patrimonio que formen con el esfuerzo común; no tiene derecho a alimentos ni a sucesión ab intestato. Sus hijos no son amparados por ninguna presunción de paternidad y se les califica de "extramatrimoniales". Socialmente sufre la capitis diminutio que se asigna a la concubina y frente a la religión (nuestro pueblo es formal pero esencialmente católico), está en pecado mortal.

Al enumerar los elementos que tipifican a la convivencia, mencionamos que la distingue del matrimonio únicamente la ausencia de las solemnidades que son propias de éste. A simple vista, resulta difícil comprender que un grupo complejo de elementos, constitutivos de un hecho social de la mayor importancia —como es la familia— sea irrelevante para el ordenamiento. Y ello, además, sin que los argumentos que se dan para justificarlo, causen la menor convicción.

Otro dato que nos revela que la posición de los ordenamientos positivos y los juristas frente al fenómeno de la convivencia y la familia de hecho responde más a prejuicios ideológicos o religiosos que a verdaderos conceptos jurídicos, lo constituye el diferente trato que se da a situaciones similares dentro de las relaciones familiares de hecho.

Un ejemplo ilustrativo de esto es la relevancia que se otorga a la posesión de estado de hijo, frente a la falta de relevancia de la posesión de estado que constituye la convivencia. Porque no se diga que la unión de hecho pública, singular, estable, continua, de una pareja, no conlleva el trato, la fama, y en muchas ocasiones hasta el nombre, de una auténtica posesión de estado. Sin embargo, ningún efecto jurídico, ni personal ni patrimonial, le resulta atribuido.

Y la valoración negativa de esta injusticia se acentúa en este caso y le corresponde a la mujer asumirla íntegramente.

La posesión de estado de hijo permite establecer la relación paterno-filial. La posesión de estado de los concubinos no surte ningún efecto.

Creemos no incurrir en excesos al señalar la posición absolutamente desfavorable de la mujer en la convivencia, frente al ordenamiento, frente a la colectividad y frente a su compañero.

En general, la posición de la mujer en el matrimonio es de franca subordinación. Muchos factores de toda índole han producido ese resultado. Las consideraciones económicas tal vez no sean las únicas, pero sí son de importancia primordial en la actitud de la mujer al aceptar su papel tradicional de esposa comprensiva y sufrida.

Pero aunque ella no lo sepa o no haya hecho nada por obtenerlo, lo cierto es que el ordenamiento jurídico estatal la considera, como esposa, sujeto portador de intereses del sistema, y se los tutela.

La situación de la concubina es indiscutiblemente peor. A la posición subordinada que de por sí tiene la mujer, se le agregan la carencia de normas que le otorguen derechos derivados de la convivencia, de una parte, y por la otra, el menosprecio social, el cual en forma solapada o abierta, se cuela hasta en los fallos de los jueces.

Cuando nuestros Tribunales han dicho, por ejemplo, que la mujer no tiene derecho alguno sobre los bienes adquiridos por el concubino durante la relación, ni derecho a cobrarle los gastos del embarazo y alumbramiento del hijo común, ni derecho a percibir pensión; o que las relaciones de concubinato exceden la esfera del buen orden y la honestidad y que no están amparadas por las buenas costumbres, están propiciando la injusticia más evidente (33).

En nuestra América, las razones del concubinato son de variada índole. Lo económico, lo jurídico, lo social, lo antropológico y aún lo geográfico, explican y originan la convivencia. Sin ponernos peyorativos, el matrimonio-institución-sacramento de los patricios, excede y ha excedido siempre como fórmula y rito las necesidades, posibilidades y realidades de las masas latinoamericanas. Mujer y hombre se unen para

(33) Los siguientes son conceptos de nuestra Corte de Casación:
"el concubinato es contrario a las buenas costumbres y de él no pueden derivarse obligaciones civilmente válidas" (9:10 hrs. del 10 de junio de 1939). (En el juicio que originó este fallo la concubina demandó con fundamento en el entonces capítulo de arrendamiento de servicios del Código Civil y en la disposición que señala a los cuasi-conatos como fuente de obligaciones civiles. El caso era el de una mujer abandonada por su compañero luego de 28 años de unión durante los cuales formaron un patrimonio que éste se llevó íntegramente con él).
En el mismo sentido, la Casación de las 10:15 a.m. de 14 de enero de 1936 ("el concubinato... es un hecho contrario a la moral y a las buenas costumbres...").
En otro caso en el que la concubina demandó el cobro de servicios prestados contra la sucesión de su compañero, representada por la esposa de éste, dijo Casación (hubo dos votos salvados): "que no puede establecerse que los servicios prestados estuvieron en la esfera del buen orden y la honestidad y la justicia no puede declarar la existencia de una obligación cuya causa principal no está amparada en las buenas costumbres...".
(2:35 p.m. de 13 de marzo de 1929).

formar una familia, para crear un patrimonio, para procrear unos hijos. Se unen porque el ser humano instintivamente busca la convivencia. Porque tener una familia le da seguridad. Por ancestrales, son simples las razones que explican la convivencia.

Pero esquemas culturales imponen el rito y equivocando la correcta función del Derecho, los legisladores y jueces fingen la existencia de un solo grupo familiar: la familia "legítima".

Los efectos jurídicos existen en función de los problemas que solucionan. Muchos seres humanos jamás se enteran de la existencia del orden jurídico hasta que no quebrantan alguno de sus imperativos.

Por lo general, los sujetos recurren al ordenamiento coercitivo cuando la situación se ha deteriorado y requiere solución.

Dentro de este orden de ideas, una familia puede funcionar perfectamente con sus propias reglas de conducta, sin precisar el Derecho estatal.

Pero al presentarse el problema, se necesitará de la norma jurídica. Una pareja puede convivir libremente, adquirir bienes y crear hijos con pres-

cindencia de lo jurídico-estatal, pero cuando uno de sus miembros muere, o hace abandono del otro o de sus deberes para con el grupo familiar, surge imperativa la necesidad de la regulación.

Y es entonces cuando la inferioridad de la mujer se hace patente, porque tal como están nuestros ordenamientos positivos, el concubino —elemento dominante— puede impunemente abandonar a la mujer, a los hijos y, además, quedarse con el patrimonio producto del esfuerzo común ("la mujer no tiene derecho alguno sobre los bienes adquiridos por el concubino durante esa relación"). La verdad es que no se requiere apelar a lo sensiblero para calificar de inadmisibles tal situación (34).

Creemos firmemente que el Derecho debe extender su eficacia a manifestaciones de la vida social como las que con grandes limitaciones aquí hemos señalado.

Se trata de no desconocer, con actitud de avestruz, instituciones sociales que actúan, inter-actúan y funcionan, no atendiendo las formas del "deber ser" sino la forma del "ser".

IV. LOS DATOS SOCIO-JURIDICOS EN COSTA RICA.

De manera asaz sintética, podemos apuntar que en Costa Rica, de conformidad con datos preliminares del censo de 1973, había un total de 394.000 mujeres en edades entre los 15 y los 44 años. De ellas, 173.000 eran casadas y 32.000 vivían en unión libre. Cuando se publicaron los resultados definitivos del censo, se anotó que en el país 87.532 personas convivían en uniones libres. Esto es, en Costa Rica existen aproximadamente 43.000 familias cuya "base esencial" no es el matrimonio.

Del mismo censo se obtenía el dato de que de

los niños que nacen anualmente, aproximadamente el 25 por ciento es "extramatrimonial", y en regiones como las costas del Atlántico y el Pacífico, el porcentaje se eleva al 50 por ciento y aún más.

Frente a estos hechos, inescapables, de lo que es la realidad social de nuestro país, ya vimos cuál ha sido y es la actitud del cuerpo de normas destinado específicamente a regular la familia (primero el Código Civil y ahora el Código de Familia), así como el tratamiento que al problema dan los tribunales.

Empero, algunos sectores del ordenamiento

(34) Hay quienes lo han expuesto así:

"Todos los profesionales en Derecho podemos dar fe del hecho siguiente: Bajo promesa de matrimonio o sin ella seduce el hombre a la mujer, quien al conjuro y/o de los halagos de mejores días o de las imposiciones de la necesidad económica, trabaja a la par del hombre y aún más que él. Desde muy temprano está en pie moliendo y preparando el desayuno que él encuentra listo cuando se levante para su faena, ella lava, plancha, cuida de los animales domésticos y lleva el almuerzo al conuco, donde acompaña y ayuda al hombre con el machete, hasta que regresan ambos, él a descansar en el chinchorro o a la estera, ella a preparar la cena y a cumplir otros quehaceres menudos que la ocupan hasta muy entrada la noche. A fuerza de privaciones y miserias, luchando con ahínco y sin reparo, esos dos asociados del trabajo logran hacer algunas adquisiciones que les prometen un relativo bienestar en la vejez. Pero ocurre que para esta fecha la mujer que crió hijos, puercos, y que trabaja catorce horas inclusive los días de fiesta, mientras que el hombre apenas lo hacía ocho horas los días de labor, a la hora del justo reparto, el socio más abnegado, que aportó mayores aptitudes y economías a la obra común, el que en justicia tiene más derecho a aquellos miserables ahorros, por cualquier pretexto, que para el caso no faltará, es lanzado de aquél su rancho, que embarró con sus propias manos, permitiendo apenas su noble compañero que arrastre una manada de hijos, con preferencia de las hembritas, en tanto que el listo mancebo se queda con los varoncitos, que ya trabajan, además del rudimentario menaje de la choza".

(MONTIEL, M. "De la comunidad de bienes en la unión no matrimonial", cit. por MORA BRENES, Luis A., *La Familia de Hecho*", Tesis de grado, Facultad de Derecho, U. de C.R., 1976, págs. 34 y 35).

estatal comenzaron desde hace ya tiempo a regular con cierta timidez aspectos de la convivencia, creando determinados efectos de orden patrimonial en prestaciones de seguridad social.

A. CAJA COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL

1. Reglamento de Invalidez, Vejez y Muerte. Concede a la viuda o compañera del asegurado una pensión (35).

2. Reglamento del Seguro de Enfermedad y Maternidad.

La compañera tiene derecho a atención médica (36).

B. LEY DE PENSIONES E INDEMNIZACIONES DE GUERRA (37).

Esta actitud del legislador que admite efectos a la convivencia en materia de prestaciones sociales, necesariamente ha de extenderse o aplicarse también en la creación de disposiciones que regulen los aspectos patrimoniales (bienes comunes y derechos sucesorios), y el derecho de pensión alimenticia, normando la convivencia como hecho causal de una familia.

V. LA FAMILIA DE HECHO ANALIZADA COMO DERECHO DE LOS PARTICULARES. DERECHO Y MORAL.

La actitud asumida frente a la existencia de la familia de hecho tanto por el ordenamiento positivo costarricense como por sus jueces, —actitud que encontramos repetida en la mayoría de los ordenamientos y en un número importante de autores—, se fundamenta en lo siguiente:

a. un positivismo que me he atrevido a calificar como de mal entendido y para el cual no existe más que un ordenamiento jurídico (el estatal); y

b. una antigua confusión entre Derecho y Moral.

A. La doctrina italiana más reciente ha explicado la existencia de lo que se puede designar como "derecho de los particulares", expresión propuesta, como es sabido, por Cesarini Sforza (38).

Como "derecho de los particulares" se designa entonces a ordenamientos originarios constituidos

por los sujetos al margen de toda vinculación con un ordenamiento superior y, por tanto, con el ordenamiento estatal.

Para Santi Romano, "que tales ordenamientos sean posibles, no hay duda, no obstante las negaciones de quienes continúan todavía aferrados al dogma de la estabilidad del derecho" (39).

Pero para constituirlos no es suficiente la simple voluntad privada, manifestada por actos que más o menos correspondan a negocios jurídicos regulados por el derecho estatal, sino que es necesario que tales actos se concreten en organizaciones sociales, o sea, en instituciones. "No hay un verdadero y propio derecho de los particulares si no se encuadra y se sitúa en una organización o institución especial" (40).

Debemos precisar, siempre dentro de las explicaciones dadas por Santi Romano que, en nuestro criterio, la fundamental función "ordenante" o "estabilizante" del derecho no se alcanza suficien-

(35) Art. 47 del Reglamento. La compañera tiene derecho a la pensión en una situación compuesta por dos elementos: a) que no haya una viuda; y b) que hubiera convivido con el asegurado dos o cinco años; según que haya o no hijos comunes.

(36) Art. 58 del Reglamento.

(37) Ley No. 1922 de 5 de agosto de 1955, (dictada a raíz de hechos bélicos acaecidos en Costa Rica en 1955), art. 4. Concede derecho a pensión vitalicia a la "compañera o concubina" de un combatiente muerto en acción de guerra.

(38) En su magnífica obra "*Il Diritto Dei Privati*", Sforza define preliminarmente al derecho de los particulares diciendo que "es aquél que el sujeto necesita crear para regular determinados hechos de interés colectivo en ausencia o insuficiencia de la ley estatal" (op. cit. Giuffrè editore, Milano, 1963, pág. 3).

(39) ROMANO, Santi. "*Fragments de un Dictionario Jurídico*", Traduc. de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín, EJE, Buenos Aires, 1964, pág. 54.

(40) *Ibidem*.

temente dentro de la teoría normativa. En cambio, la teoría institucionalista sí nos permite conseguir dicho resultado.

Dentro de la teoría a la que nos adherimos, institución significa "una organización que fija los diversos elementos de un ente, la posición y la función de ellos, así como también la unidad que de todo ello resulta, subordinándolos al ente del cual vienen a formar parte" (41).

En síntesis, cualquier entidad o cuerpo social que tenga un asiento estable y permanente y constituya un cuerpo por sí, con una vida propia, es una institución (42).

Toda institución, así concebida, tiene una función jurídica que no se agota en lo puramente normativo.

La familia, entonces, es una institución. Un cuerpo con vida propia, cuyos diversos elementos —con su posición y función cada uno de ellos—, se subordinan al ente.

Al dividir en dos categorías a la familia (la que se funda en el matrimonio y la que no lo tiene como base), el Derecho positivo estatal crea una familia regulada por el Derecho Privado e ignora a la familia que se integra al derecho de los particulares. Pero ambas, insistimos, son ordenamientos jurídicos.

Una correcta comprensión de los anteriores conceptos ayudaría enormemente a precisar en su exacto alcance la función del Derecho de estabilizar, fijar algunos momentos y movimientos de la vida social, sea, su función conservadora.

El jurista —creemos nosotros—, está en la obligación ineludible de comprender que tal función conservadora no puede ni debe impedir que el Derecho tenga siempre la posibilidad de renovarse y dar lugar a modificaciones "incluso radicales y profundas, de su estructura y funcionamiento. Si así no fuese, no sería vital. . . las tendencias personales y políticas de los juristas no deben inducir a una

falsa concepción de la objetiva función y misión del derecho" (43).

B. En lo que atañe a las argumentaciones que en materia de familia acuden a la antigua confusión de Derecho y Moral, quisiéramos fijar nuestra posición del siguiente modo, y siempre dentro del marco de la teoría institucional o institucionalista del Derecho:

Cuando se afirma —como lo hace la Casación costarricense en sus fallos supra citados—, que el Derecho, objetivo o subjetivo, no debe plantearse o ejercitarse contra la moral, se dice algo verdadero "pero que no autoriza la consecuencia de que no se pueda considerar derecho lo que no responde a la moral. . . Que el derecho sea moral, es una exigencia (no hablemos de exigencia práctica, sino por el momento solamente de exigencia conceptual) no del derecho sino de la moral, y el derecho, por así decirlo, inmoral o injusto, no es menos derecho que el derecho moral" (44).

Entonces, para decidir si la "familia de hecho" derivada de la convivencia, puede considerarse o no como ordenamiento jurídico, hemos de prescindir —necesariamente— de que otros ordenamientos, como el del Estado o el de la Iglesia, la califiquen de inmoral o de ilícita por contraria a las buenas costumbres. Porque tal planteamiento de índole moral puede tener importancia en sede filosófica, pero no en sede de teoría general del derecho.

La familia de hecho hemos de verla desde lo intrínseco de su estructura y entonces afirmaremos su condición de ente jurídico, puesto que si tomamos el punto de vista de que no existe en las leyes estatales o, aún peor, de que éstas la reputan de ilícita, nos colocamos allende la frontera de lo jurídico.

Derecho y Moral son ordenamientos que tienen cada cual su propia esencia y no cabe la identi-

(41) ROMANO, Santi, op. cit., pág. 161.

(42) Ibídem, pág. 161.

(43) ROMANO, Santi, op. cit., págs. 166 y 167.

(44) Ibídem, págs. 181 y 182.

ficación del fenómeno jurídico con el fenómeno ético.

Y finalmente, nos permitiríamos acotar que si bien personalmente creemos en la existencia de la

"moral social", la relevancia jurídica de la moral no es intrínseca a ella, sino que proviene del ordenamiento que a ella remite y en cuanto lo hace (45).

VI. SOLUCIONES PROPUESTAS DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO ESTATAL COSTARRICENSE.

Las anteriores consideraciones nos permiten concluir en que es deleznable la posición de ordenamientos estatales y juristas de ignorar la existencia de la familia originada en la unión libre de quienes la fundan. Y ello no sólo por cuanto tal familia es una manifestación de la vida social que ocurre, que se da en todo tiempo y lugar, sino también, y muy específicamente, porque es una institución que configura un ordenamiento jurídico en sí misma.

De ahí que no resulte ninguna afrenta ni para el Derecho estatal ni para la Moral, que aquél entre a regular determinados aspectos de la convivencia, o sea, que la califique de relevante jurídicamente y le asigne efectos jurídicos.

Concretamente proponemos —sin ninguna pretensión de ser originales—, que el Derecho positivo confiera efectos a la situación de los concubinos.

Ellos, creemos, podría hacerse por dos procedimientos:

1. equiparando la unión de hecho al matrimonio formalizado, por medio del reconocimiento judicial de la posesión de estado de los concubinos;
2. asignando efectos específicos a la convivencia en materia patrimonial, alimentaria y sucesoria.

El primero de los indicados procedimientos —el reconocimiento judicial de la convivencia que la equipara a matrimonio formalizado—, es la solución que ofrecen los ordenamientos positivos latinoamericanos citados supra.

Jurídicamente, convierte en situación de derecho lo que es situación de hecho, con lo que los convivientes pasan a ser cónyuges, obviamente con todos los derechos derivados del status de tal. El reconocimiento judicial podría hacerse por peti-

ción de una o ambas partes y el ordenamiento positivo fijaría los requisitos pertinentes (singularidad, estabilidad, publicidad, capacidad, etc.).

Esta solución, con ser adecuada, podría no resultar plenamente satisfactoria. Circunstancias de diversa índole, derivadas de una eventual situación conflictiva entre los convivientes, impedirían el reconocimiento judicial que se pretende.

Por tal motivo, nos inclinamos por la segunda opción, esto es, que independientemente de que se admita en las normas positivas equiparar judicialmente concubinato con matrimonio, el ordenamiento estatal prevea efectos específicos derivados de la convivencia.

Esos efectos han de darse, fundamentalmente, en materia patrimonial.

Por todos los razonamientos que a lo largo de este trabajo hemos ido exponiendo, proponemos que se reconozcan a ambos convivientes, derechos en el patrimonio formado con el esfuerzo común. Del propio modo que la cooperación y el mutuo auxilio de los cónyuges en la adquisición de los bienes se supone en el matrimonio regular, en la unión de hecho ha de suponerse el esfuerzo común derivado de la convivencia. El derecho de cada uno de los concubinos en este patrimonio común, será, como el de los cónyuges, a la mitad del haber patrimonial.

El derecho a percibir una pensión alimenticia debe ser también un efecto que el ordenamiento positivo asigne a la convivencia, en favor de aquél que la requiera, y en proporción a las necesidades y posibilidades de cada quien.

Por último, estimamos que el derecho al haber patrimonial debe incluir derechos sucesorios del sobreviviente en dicho patrimonio común.

El ordenamiento jurídico estatal, lo sabemos,

(45) "Lo que se denomina justicia o derecho, no es a menudo, como decía el abate Galiani, más que un equilibrio de utilidades, determinado más por fuerzas sociales que por valoraciones morales". ROMANO, Santi, op. cit., pág. 187.

difícilmente podrá ofrecer soluciones adecuadas a todos los conflictos derivados de la convivencia humana. Empero, ratificamos que, ineludiblemente, debe renovarse para ser vital. Y sólo así podrá cumplir su correcta función.

* * * * *

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

- | | |
|---------------------------|---|
| BELLUSCIO, Augusto César. | <i>Manual de Derecho de Familia</i> , Depalma, Buenos Aires, 1974. |
| CASTAN TOBEÑAS, José. | <i>Derecho Civil Español</i> , Común, y Foral, Reus, Madrid, 1969. |
| CICU, Antonio. | <i>El Derecho de Familia</i> , Ediar, Buenos Aires, 1947. |
| FALZEA, Angelo. | <i>Enciclopedia del Diritto</i> , Milano, 1975. |
| | <i>Eficacia Jurídica</i> , San José, 1973. |
| GUIER, Jorge Enrique, | <i>Revista de Ciencias Jurídicas</i> , No. 22, Universidad de Costa Rica, 1973. |
| LECLERQ, Jacques. | <i>La Familia</i> , Herder, Barcelona, 1964. |
| LLORENS, Luis. | <i>Revista Notarial</i> , No. 823, Buenos Aires, 1975. |
| MORA BRENES, Luis A., | <i>La Familia de Hecho</i> , Tesis de Grado, Universidad de Costa Rica, 1976. |
| MORRIS, Desmond, | <i>El Mono Desnudo</i> , Plaza y Janes S.A., Barcelona, 1970. |
| PEREZ, Víctor y otros. | <i>La Problemática Jurídica de la Familia Costarricense</i> , Instituto de Derecho Privado, San José, 1976. |
| RIVERO, Francisco. | <i>La Presunción de Paternidad Legítima</i> , Tecnos, Madrid, 1971. |
| ROMANO, Santi. | <i>Fragments de un Dictionario Jurídico</i> , Ejea, Buenos Aires, 1964. |
| SFORZA, Cesarini. | <i>Il Diritto Dei Privati</i> , Giuffrè, Milano, 1963. |

* * * * *

CODIGOS, LEYES Y SENTENCIAS

- | | |
|---|---|
| CODIGO CIVIL DE COSTA RICA | SENTENCIAS DE LA SALA DE CASACION DE COSTA RICA |
| CODIGO CIVIL DE GUATEMALA | REGLAMENTO DE ENFERMEDAD Y MATERNIDAD Y |
| CODIGO DE FAMILIA DE BOLIVIA | REGLAMENTO DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE, ambos de la Caja Costarricense de Seguro Social de Costa Rica. |
| CODIGO DE FAMILIA DE COSTA RICA | |
| CODIGO DE FAMILIA DE CUBA | |
| CONSTITUCION POLITICA DE COSTA RICA, 1949 | |
| COLECCION DE LEYES Y DECRETOS DE COSTA RICA | |