

LA FAMILIA DE HECHO ANTE EL DERECHO CANÓNICO Y EL DERECHO ECLESIAÍSTICO

SUMARIO.—I. La familia de hecho: concepto, historia, fundamento y protección. 1. Introducción: Matrimonio y familia entre naturaleza, Derecho y religión. 2. Las situaciones parafamiliares. Del concubinato a la familia de hecho. 3. La familia de hecho. Fundamento social y jurídico. 4. La familia de hecho. Su protección y modalidades. Límites.— II. Las uniones extramatrimoniales ante el derecho canónico. 1. ¿Por qué falta un Derecho de Familia en el Derecho Canónico? 2. Inescindibilidad entre matrimonio y familia. 3. Las uniones extramatrimoniales como concubinato antes del Concilio Vaticano II. 4. Las uniones extramatrimoniales como «situación irregular» después del Concilio Vaticano II. a) Matrimonio y Concilio: la vocación natural del matrimonio. b) Motivos para una nueva visión de las uniones extramatrimoniales: «justicia, caridad cristiana y equidad». c) La nueva conceptualización de «situaciones irregulares» y su diversidad (la condición jurídica de las partes). 5. Condición jurídica de los hijos extramatrimoniales en el nuevo Código. 6. Eficacia jurídica de la familia de hecho en su conjunto (obligaciones procedentes de una unión precedente).— III. La familia de hecho en la Constitución española de 1978. 1. Ambigüedad e indefinición del texto constitucional. 2. Protección de las relaciones paternofiliares, parte de la familia. 3. Concepto jurídico de familia en la Constitución española. 4. Concepto sociológico y ético de familia. 5. Conclusión.

I. LA FAMILIA DE HECHO: CONCEPTO, HISTORIA, FUNDAMENTO Y PROTECCIÓN

1. INTRODUCCIÓN: MATRIMONIO Y FAMILIA ENTRE NATURALEZA, DERECHO Y RELIGIÓN

Estrechamente unidas en el concepto y en la realidad, matrimonio y familia son dos instituciones claramente diferenciadas. El matrimonio aparece como institución fuertemente regulada —formalizada— por el Derecho y sacralizada por la religión, y como la causa más frecuente de la globalidad de las relaciones conyugales, paternofiliales y fraternales. La familia no siempre aparece legalmente (ejemplo, familia adoptiva) o extralegalmente (ejemplo, familia «de hecho») como originada por el matrimonio y la procreación dentro del mismo.

Matrimonio y familia tienen una base natural en el sentido de que responden en su constitución a una ordenación de la naturaleza humana, y por lo tanto no son una invención del Estado o de la Iglesia y en la naturaleza encuentra su límite todo ordenamiento jurídico, sea estatal o eclesial. Hay en el hombre una dimensión sexual y afectiva que tiende a integrar a hombre y mujer en una unión estable para su mutuo complemento en el amor y en el sexo —«consortium omnis vitae»— con efectos naturales de procreación¹. A través de la unión y de la convivencia en familia hombre y mujer, fundantes de la familia, y sus hijos se realizan como personas. Por ello hay en todo hombre un derecho natural a contraer matrimonio y fundar una familia («*ius connubii*»).

1 La dimensión de justicia del matrimonio es inherente a la propia estructura óptica de la naturaleza humana, y constituye un «*prius*» respecto a cualquier sistema legal concreto. La legislación positiva no da origen al matrimonio, ni de ella recibe la fuerza de su matrimonio ni su juridicidad (HERVADA, Javier: Reflexiones en torno al matrimonio a la luz del Derecho natural, *Persona y Derecho*, 1 (1974) 132-134). Sobre el matrimonio como institución natural ver: DEL GIUDICE, Vincenzo: *Nozioni di Diritto Canonico*, 12.^a ed. (Milano, 1970) 298-302; HERVADA, Javier y LOMBARDIA, Pedro: *El Derecho el Pueblo de Dios*, 3; *Derecho matrimonial* (1), (Pamplona, 1973) 115-121; REINA, Víctor: *Lecciones de Derecho matrimonial* 1 (Barcelona, 1983) 11, 21 y 35 ss.; JIMÉNEZ URRESTI, Teodoro: Las cuatro dimensiones del «matrimonio in fieri» *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, 6 (Salamanca, 1989) 29 y ss.

Sobre esa realidad natural operó desde siempre el Derecho con sus funciones organizativas, de constatación o certidumbre y de solución de conflictos², en normas consuetudinarias o escritas, para «racionalizar aquellos impulsos naturales porque el comportamiento sexual del hombre —a diferencia de los animales—, exige una estructura socio-cultural en que poder desarrollarse³, y por la trascendencia social y política del matrimonio y de la familia.

Esta misma realidad natural y jurídica fue sacralizada por todos los pueblos por su trascendencia para la vida del hombre y de los grupos sociales⁴. Particularmente significativa ha sido la actuación de la Iglesia católica que elaboró a partir del Derecho romano, pero con fuertes correcciones, todo un Derecho matrimonial —que no Derecho de la familia—, base de los modernos Derechos matrimoniales civiles occidentales, fuertemente influido por su Teología acerca del mismo, que parte de la elevación de la misma institución natural a la categoría teológica de «sacramento», de tal forma que «entre bautizados no puede darse contrato matrimonial válido que no sea por eso mismo sacramento» (c. 1.055, 2), y con la consecuencia de que no puede darse entre bautizados un matrimonio meramente natural.

Sin embargo los procesos de juridificación y de sacralización del matrimonio y de la familia a través de los siglos no debe hacernos olvidar la

2 Las funciones del Derecho en relación con la familia son, para LUIS DÍEZ PICAZO, una función prevalente, la organizativa, otra de constatación o certidumbre, y menos una función de solución de conflictos. «Es verdad que la necesaria presencia de formas jurídicas en el momento constitutivo de las relaciones familiares da lugar a situaciones de puro hecho en los casos en que las formas no se han cumplido... como la convivencia «more uxorio». Sin embargo, en ninguno de estos casos nos encontramos en situaciones totalmente ajenas al Derecho de familia, sino con situaciones desviadas, de las cuales es imposible no extraer consecuencias jurídicas». (DÍEZ PICAZO, L.: *Familia y Derecho* (Madrid, 1984) 32-33).

3 El comportamiento sexual tiene que tener una estructura socio-cultural en la que poder desarrollarse. Existe una gran diferencia entre el comportamiento sexual de los animales y el comportamiento sexual del hombre. Los datos positivos que nos ofrece la sociología y la etnología atestiguan la presencia de ciertas pautas reguladoras de la sexualidad (VIDAL, Mariano: El matrimonio ¿única institución para la sexualidad?, en BÖCKLE, F.-VIDAL, M.-KÖHNE, J.: *Sexualidad prematrimonial* (Salamanca, 1974) 64-65).

4 THIEL, J. F.: La antropología cultural y la institución matrimonial *Concilium*, 56 (1970) 182.

realidad natural. En cuanto a su aspecto sagrado, la inseparabilidad de contrato y sacramento ha sido objetivo de debate y polémica a lo largo de la historia de la Iglesia, primero por razones apologéticas y extraeclesiales, es decir, frente a quienes negaban la competencia exclusiva de la Iglesia en materia matrimonial, y después del Concilio Vaticano II por razones pastorales intraeclesiales por la existencia de bautizados que se declaran no creyentes y a los que sin fe no es posible admitir al matrimonio sacramental canónico⁵, pero a los que se niega al mismo tiempo el derecho natural a contraer un matrimonio natural, al que sin duda tienen derecho también como ciudadanos en uso de su libertad religiosa. Nos referiremos a este problema a propósito de las uniones extramatrimoniales ante el Derecho canónico.

En cuanto a su dimensión jurídica, hay que recordar que el matrimonio es una realidad compleja que no puede ser totalmente comprendida si destacamos sólo la estructura jurídica con perjuicio de su realidad natural, antropológica y social, a la que debe servir el Derecho. Aún en su estructura jurídica actual, que no puede ir en contra de la naturaleza, el elemento fundante del matrimonio es el consentimiento de las partes, y el elemento fuertemente formalista actual con origen en determinadas circunstancias históricas, Concilio de Trento, no puede desvirtuar ésta su esencia personal.

Por otra parte esta estructura jurídica del matrimonio como origen de la familia, y esta misma, no siempre fueron entendidas del mismo modo a lo largo del tiempo por los diversos pueblos. Por lo que se refiere al mundo occidental cristiano hay que partir del matrimonio romano que en la época clásica surge de una situación de hecho, la convivencia con «*afettio maritalis*», que duraba mientras duraba ésta y por lo tanto sin un acto inicial constitutivo del mismo.

Avatares históricos posteriores, conversión del Imperio romano al cristianismo y la invasión de los pueblos germánicos con el consiguiente vacío de poder, hicieron surgir una competencia exclusiva de la Iglesia en materia matrimonial que orientó, no sin conocidas y profundas polémicas doctrinales, el Derecho matrimonial del occidente cristiano hacia dos principios bási-

5 Un planteamiento histórico y actual de la cuestión de la identidad e inseparabilidad entre contrato y sacramento puede verse en AZNAR GIL, Federico R.: *El nuevo Derecho Matrimonial Canónico*, 2.ª ed. (Salamanca, 1985) 87-97.

cos: 1) Uno deducido del concepto de matrimonio como indisoluble. Tal fue el principio de la consensualidad del matrimonio, como superador de la situación de hecho del Derecho romano, «nuptias non concubitus sed consensus facit», que quedó asentado definitivamente durante la Edad Media. 2) Otro, el de formalización del matrimonio, derivado de razones de seguridad y certeza ante la proliferación de los matrimonios clandestinos. Esto será obra del Concilio de Trento.

El matrimonio será en adelante para la Iglesia una institución fuertemente regulada en sus requisitos de capacidad, consentimiento y forma, una institución a la vez consensual y formal. Posteriormente la reforma luterana, las doctrinas regalistas, la Ilustración y la Revolución francesa iniciarán el camino de la secularización del matrimonio, surgiendo un matrimonio meramente civil, que avocará en los siglos XIX y XX a la introducción del divorcio no sólo para este matrimonio civil sino para el canónico. Todo ello es necesario recordarlo por el valor relativizante que tiene la historia, pues no siempre la evolución jurídica del matrimonio fue un puro desenvolvimiento de su ingrediente natural sino consecuencia contingente de circunstancias históricas⁶.

Así las cosas el matrimonio en el actual estado de su evolución en occidente además de realidad natural y social tiene una fuerte estructura jurídica sin la que no se da el mismo. Hoy no puede postularse un matrimonio como mera situación de hecho, volviendo a la situación del Derecho romano, que es etapa superada por muchos siglos de progreso cultural y jurídico. Esencial es hoy para el matrimonio el vínculo jurídico nacido del consentimiento inicial, que da lugar a relaciones de justicia, aunque no toda su regulación actual es igualmente esencial en el sentido de que no pueda ser de otro modo.

En cambio sí es un hecho frecuente en nuestros días la existencia de una familia «de hecho», constituida al margen del Derecho, es decir, de relaciones sexuales permanentes originadas al margen del matrimonio, uniones

6 Puede verse: RITZEK, R.: El derecho profano y la concepción eclesiástica del matrimonio en occidente, *Concilium* 55 (1970) 226 y ss.; DELHAYE, Ph.: Fijación dogmática de la teología medieval (sacramentum, vinculum, ratum et consumatum), *Ibidem*, p. 243. Con relación al mundo no occidental no se produjo la simbiosis evangélico-cultural que se produjo en los primeros contactos misioneros entre la Iglesia y los pueblos europeos (HILLMAN, E.: El desarrollo de las estructuras matrimoniales cristianas, *Ib.*, p. 184).

extramatrimoniales, que dan lugar a unas relaciones pseudo-conyugales y a unas relaciones paternofiliales naturales, que no son objeto de una consideración global por el Derecho a modo de un matrimonio de segundo grado, pero cuyas situaciones singulares vienen dando lugar en los países del mundo occidental a determinados efectos jurídicos por obra de leyes sectoriales o de la jurisprudencia.

En resumen que hay una realidad natural matrimonial y familiar anterior a todo Derecho, que no puede ser olvidada por la estructura jurídica ni sofocada por ésta⁷. Realidad que ha de ser continuamente redescubierta para extraer de ella todas sus virtualidades. Y esta perspectiva no puede ser olvidada, me parece, cuando se aborda desde el Derecho civil o desde el Derecho canónico el hecho social de las uniones extramatrimoniales que bordean el límite de la legalidad tradicionalmente establecida.

2. LAS SITUACIONES PARAFAMILIARES. DEL CONCUBINATO A LA FAMILIA DE HECHO

Podríamos preguntarnos ahora si históricamente sólo el matrimonio ha sido origen de la familia y de consecuencias jurídicas o si se han dado otras situaciones parafamiliares causantes de tales consecuencias. Y habremos de contestar por lo que al mundo occidental se refiere que situaciones parafamiliares siempre las ha habido con una u otra conceptualización y valoración, unas veces positiva, otras negativa, en un vaivén pendular tan característico de los fenómenos históricos: desde el concubinato romano, especie de matrimonio de segundo grado, al concubinato como delito característico de la elaboración canónica, la «barragania» medieval, la absolutización de la forma matrimonial en el Concilio de Trento, hasta las «familias de hecho» o parejas no casadas de nuestros días.

7 El matrimonio no puede reducirse a una «formalidad legal y social convencional» con olvido de su realidad natural, que es su realidad primaria y previa a la legal (VILADRICH, Pedro Juan: *Agonía del matrimonio legal* (Pamplona, 1984) 124-125). Ahora bien esa prevalencia de lo natural ha de entenderse no sólo en el sentido de límite que el Derecho positivo encuentra en la naturaleza, sino en el respeto por parte de todo ordenamiento jurídico de la realidad natural. Lo difícil es precisar las notas exactas de la realidad natural. Por ejemplo, ¿no hay una realidad natural en todo matrimonio tendencialmente permanente aún en el matrimonio civil de los bautizados?

En el Derecho romano se produjo una evolución en materia de concubinato. En el último siglo de la República los desórdenes morales y las restricciones arbitrarias aportadas por la ley a la libertad de las nupcias —señala E. JOMBART— tienen como resultado multiplicar las uniones ilegítimas. Ante esta situación reacciona el emperador Augusto con la «Lex Julia de adulteriis» que distingue dos situaciones: las relaciones fuera del matrimonio de un hombre con una joven hija o una viuda honesta constituye el delito de estupro, pero la unión con una mujer de condición inferior o de moralidad dudosa se tolera; a esta última situación es a la que se reserva el nombre de concubinato, que primero no produce efectos jurídicos, luego los produce desfavorables con Constantino, y finalmente con Justiniano se considera el concubinato como una institución jurídica, una suerte de matrimonio inferior, concluido por el simple consentimiento mutuo que no comporta solemnidad ni dote pero cuyas condiciones y efectos están legalmente determinados⁸.

La Iglesia por influencia del Derecho romano emplea en los primeros siglos la denominación de concubinato en el sentido de matrimonio concluido sin formalidades legales con persona de condición inferior. Así en el Concilio de Toledo (a. 400). Cuando el Derecho romano pierde gran parte de su influencia esta denominación designa en los documentos eclesiásticos no una situación legal sino un estado delictivo condenado por las leyes, especialmente el concubinato de los clérigos y el concubinato cualificado: adulterio incestuoso o sacrílego⁹.

En el Derecho histórico español la doctrina ha señalado que España tuvo un conjunto importante de regulaciones jurídicas de las uniones extramatrimoniales¹⁰. La legislación visigoda, el Derecho musulmán y la interpre-

8 JOMBART, E.: *Concubinage, Dictionnaire de Droit Canonique*, 3 (París, 1943) 1514. Sólo se admite el concubinato entre personas púberes, no parientes hasta donde se produce el matrimonio y sin una relación de matrimonio o de concubinato anterior. Los hijos tienen derecho a alimentos y pueden ser herederos.

9 *Ibidem*.

10 La posición digna de la mujer en la llamada «barragania», los contratos de amistad y compañía que se pactaban en la España medieval entre personas solteras y la equiparación personal y matrimonial de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, cuando éstos hubiesen sido concebidos en una relación estable y notoria semejante a la del marido con la «mujer de bendición» o «velada», son precedentes importantes para las modernas preocu-

tación talmúdica del Derecho mosaico, los Fueros medievales y las Siete Partidas admitieron el concubinato como uniones no matrimoniales con ciertos requisitos de capacidad y con efectos jurídicos. Tal era la institución jurídica de la «barragania» en fueros y Partidas que «no era un enlace vago, indeterminado y arbitrario, se fundaba en un contrato de amistad y compañía, cuyas principales coordenadas eran la permanencia y la fidelidad» (GACTO FERNÁNDEZ) y con importantes efectos jurídicos. Por otra parte los límites entre una barragania, de mayor dignidad para la mujer, y el matrimonio clandestino eran confusos¹¹.

La gran reforma en esta materia vino de manos del Concilio de Trento que al exigir la forma como requisito sustancial del matrimonio niega toda posibilidad futura al matrimonio clandestino o presunto, y por otra parte prohíbe formalmente el concubinato bajo penas de excomunión no sólo a los clérigos sino a los laicos. Sus cánones en esta materia fueron admitidos como leyes del reino por Real Cédula de Felipe II de 1564, al par que la práctica del concubinato definido por el Derecho canónico era perseguida por la Inquisición. El delito de adulterio de seglares, de clérigos minoristas y de clérigos «in sacris» llega hasta el código de Derecho canónico de 1917 (cc. 2.357, 2.358 y 2.359) y el del clérigo hasta el Código de 1983 (c. 1.395).

Modernamente, sin embargo, las uniones no matrimoniales, ahora sin el signo peyorativo del «concubinato» como delito o costumbre social totalmente rechazable, vuelve a florecer con ciertos efectos jurídicos bajo nombres diversos de «familia de hecho», parejas no casadas o familia natural.

Así la constata la Sociología. Si pudo afirmarse, dice ANDREE MICHEL, para el pasado reciente que el principio de legitimidad es universal, y que el matrimonio ante todo debe asegurar un padre legítimo al hijo (MALINOWSKI), hoy el desarrollo del uso de las técnicas contraceptivas no ha impedido el incremento de los nacimientos ilegítimos, y el estigma de

paciones de los autores y legisladores extranjeros y creo que algunos nacionales (FONSAR BENLLOCH, Enrique: *Estudios de Derecho de Familia*, 3, *Las uniones libres* (Barcelona, 1985) 4. Ver GACTO FERNÁNDEZ: La filiación no legítima en el Derecho Histórico Español, *Anales de la Universidad Hispalense* (Sevilla, 1969).

11 FONSAR BENLLOCH, E.: *Estudios de Derecho de Familia...* ct. en nota 10, pp. 15-17.

la maternidad fuera del matrimonio según la sociología está en vías de desaparición¹².

Sin que por otra parte se constate que la familia esté en peligro de desaparición. La familia, entendida en sentido amplio y sociológico —que constata la disociación entre la reproducción biológica y el papel institucionalizador del matrimonio— goza por otra parte de buena salud, afirma, SALUSTIANO DEL CAMPO. «Tampoco es inminente el fin de una institución que a lo largo de la historia ha demostrado satisfacer necesidades básicas, tanto individuales como sociales, y además se caracteriza por su capacidad para adaptarse a las condiciones más cambiantes, aunque «la familia que va a sobrevivir no es la eterna»¹³.

3. LA FAMILIA DE HECHO. FUNDAMENTO SOCIAL Y JURÍDICO

Lo característico de la familia de hecho es desarrollar un modo de convivencia conyugal y familiar sin la presencia de formalidades legales. Se trata de dos personas de distinto sexo, con capacidad natural y frecuentemente también legal para el matrimonio, que deciden compartir sus vidas «more uxorio» con carácter de estabilidad, pero que por diversos motivos deciden también prescindir de las formalidades matrimoniales, religiosa y civil¹⁴.

Se dan en tal supuesto una serie de *requisitos* subjetivos y objetivos: una convivencia «more uxorio» estable y duradera; heterosexualidad; relación monogámica; «affectio maritalis» con cumplimiento voluntario de los debe-

12 MICHEL, ANDREE: *Sociología de la familia y del matrimonio* 12 y 145. La postura de MALINOWSKI se encuentra en *La sexualité et sa répression dans les sociétés primitives*, 1.ª ed. (París, 1927) 177-178, ct. por MICHEL, ANDREE: ob. cit. p. 125, nota 2.

13 DEL CAMPO, Salustiano: El rostro saludable de una institución, Diario *El País*, 20 enero 1980, Suplemento «Temas de nuestra época», p. 5.

14 ESTRADA ALONSO la ha definido como «unión duradera, exclusiva y estable de dos personas de sexo diferente y capacidad suficiente, que con ausencia de toda formalidad y desarrollando un modelo de vida en comunidad como cónyuges, cumplen espontánea y voluntariamente los deberes de responsabilidad y solidaridad recíprocas». Excluye las uniones que contrarían la naturaleza y obligaciones del hombre (ESTRADA ALONSO, Eduardo: *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español* (Madrid, 1986) 76 y nota 111.

res matrimoniales, entre ellos la relación sexual, la mutua ayuda y sostenimiento en sus necesidades, lo que supone normalmente convivencia o comunidad de vida. La nota negativa es la ausencia de un momento solemne y fundante del matrimonio legalmente establecido, al que quepa referir el inicio de una familia tal como ha sido configurada por los ordenamientos jurídicos¹⁵. Como en toda relación heterosexual es normal la secuencia de una filiación que el Derecho en nuestros días equipara a la nacida de matrimonio y para la que sus padres tienen los deberes morales y jurídicos derivados de toda procreación (Cf. art. 110 Código civil). Alguna doctrina habla de «familia natural» en el caso de existir hijos nacidos de la denominada con sentido más restringido «familia de hecho» o parejas sin hijos.

Este fenómeno social, tan frecuente en la actualidad, puede obedecer a *causas* de la más diversa índole¹⁶. Puede tratarse de motivos económicos como la escasez de medios materiales o el temor a la pérdida de una prestación económica o social. De motivos legales como en el caso de separación de parejas casadas en espera de divorcio. De motivos ideológicos como el rechazo a las instituciones o a las formalidades, o la pérdida de los valores morales tradicionales o religiosos. O incluso puede tratarse de motivos prácticos como el deseo de someterse a prueba de modo temporal antes de iniciar una relación definitiva, etc.

En el *fundamento* jurídico último de la familia de hecho late el problema de la relación persona e institución, del Derecho público con el Derecho privado. En el fondo de todo este fenómeno social hay un desplazamiento de la concepción iuspublicista de la familia hacia orientaciones privatísticas y personalistas. La familia tiene indudablemente unas funciones sociales y públicas, y de su estabilidad depende en gran medida el adecuado desarrollo de la cosa pública en muchos aspectos. Se hecha ello de ver cuando ante

15 Sobre presupuestos subjetivos, objetivos y formales de las «parejas no casadas» puede verse: CERDÁ GIMENO, José: La situación actual de las parejas no casadas ante el Derecho, *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 1482, pp. 115-123; ESTRADA ALONSO, E.: *Las uniones extramatrimoniales...* ct. en nota 14, pp. 51 y ss.; GAZZONI, Francesco: *Del concubinato alla famiglia di fatto* (Milano, 1983), 49 ss.; RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline: Analyse introductive, *Les concubinages. Approche socio juridique* sous la dir. de J. RUBELLIN-DEVICHI (París, 1986) 23 ss.

16 ESTRADA ALONSO, E.: *Las uniones extramatrimoniales...* ct. en nota 14, pp. 35 ss.

los graves problemas sociales de nuestros días, educación para la convivencia, delincuencia juvenil, drogadicción, reinserción de marginados, tercera edad, etc., se llama angustiosamente a la familia en ayuda de la sociedad y de las Administraciones públicas. En el ámbito religioso la familia es la «Iglesia doméstica» con principalísima misión educativa de los hijos. Pero también la familia y el matrimonio es sector del Derecho privado y esfera de libertad de todo hombre para auconstruir su entorno más vital y desarrollar con cierta autonomía su personalidad. Lo deseable es un equilibrio entre persona y sociedad, entre naturaleza y Derecho, entre Derecho público y Derecho privado¹⁷. El mismo Concilio Vaticano II ha conjugado sabiamente el aspecto personalista e institucional del matrimonio¹⁸.

4. LA FAMILIA DE HECHO. SU PROTECCIÓN Y MODALIDADES. LÍMITES

Si el hecho social es fácilmente constatable, más difícil resulta la cuestión de si esta familia de hecho deba merecer en concreto la protección del Derecho y en qué medida y orientación.

Parece ya superaba en la doctrina civilista y en el Derecho comparado aquella postura negativa de *ignorar a la familia de hecho*, aquel arrojar a los «concubinos» a las tinieblas exteriores al Derecho, por cuanto ellos se han desinteresado a su vez del Derecho: «Des concubins se passent de la loi, la loi se desinteresse d'eux». En la premisa de este raciocinio hay una falsedad y en consecuencia sólo hay una lógica formal. La premisa de este raciocinio es falsa, porque si la familia de hecho ha pasado de las formalidades que abren el camino de los derechos y deberes derivados del matrimonio legal y de la «familia legítima», no se han situado sus fundadores al margen de todo Derecho. Ni pretenden tampoco los convivientes un estatu-

17 Luis LEGAZ Y LACAMBRA se ha referido a las dos concepciones antitéticas de la familia: contractualismo e institucionalismo, individualismo y objetivismo, primacía óptica de lo individual e integración de la persona individual en un orden ético y comunitario trascendente. Para concluir que la familia es ámbito necesario de integración de la libertad del hombre (*Filosofía del Derecho*, 5.ª ed. (Barcelona, 1979) 757-758).

18 «Del acto humano, por el cual los esposos se dan y se reciben mutuamente nace aún ante la sociedad, una institución confirmada por ley divina» («Gaudium et Spes», n.º 48, 1.º).

to jurídico igual o similar al matrimonial. Sólo en el caso de que la familia de hecho pidiera un tal estatuto, podría afirmarse que hay un sarcasmo en situarse fuera del matrimonio legal para pedir a continuación sus beneficiosos efectos. Ni por otra parte el Derecho puede jurídica y éticamente desentenderse de quien prescinde de él: sobraría, por ejemplo, todo el Derecho sancionador o consuetudinario.

Inmediatamente surge la dificultad derivada de una cultura jurídica fuertemente influenciada por la construcción canónica del matrimonio: ¿No supondrá el reconocimiento de la familia de hecho un *ataque a la familia legítima* nacida del matrimonio? Parece que no hay tal ataque si lo que se pretende es tan sólo, y nada menos, que proteger a la parte más débil de tal unión. Por lo que hace a los hijos nacidos en la familia de hecho ya son protegidos por el Derecho cuando no hace distinción entre los hijos por razón de su origen matrimonial o extramatrimonial. Pero es que hay también otras relaciones, ya entre los convivientes, ya con terceros.

El *fundamento jurídico inmediato* de la protección de las diversas situaciones que se derivan de la familia de hecho es diverso y está en función de la peculiar naturaleza de cada una de estas situaciones. Así entre los convivientes ¿habrá que negar toda posibilidad de convenios con efectos jurídicos al amparo de la libertad contractual para regular sus relaciones personales o patrimoniales, porque se pretenda que existe una «causa torpe» que invalidaría tal convenio (art. 1.275 Código civil)? Además ¿no sería justo y «equitativo» reconocer una comunidad de bienes sometida a las normas del Código civil (arts. 392 y ss.) para los adquiridos con el esfuerzo común durante la convivencia?

Frente a terceros ¿sería procedente el reconocimiento de una acción resarcitoria contra el tercero responsable de la muerte de unos de los convivientes (Cf. art. 1.902 C. c. y arts. 104 y 105 del Código Penal)? Podría haber una razón de equidad en reconocer al conviviente el derecho a la prórroga en el arrendamiento de la vivienda disfrutada en común?

Mucho tienen que decir aquí el sentido de equidad en las relaciones sociales y jurídicas, el concepto de familia como institución natural previo a toda estructuración jurídica de la misma, y la noción y realidad de las obligaciones naturales o morales. La equidad no permite el enriquecimiento de uno a costa de otro o la carencia de indemnización a quien sufre un daño ilegítimo, etc. El matrimonio como institución natural abarca toda «coniunctio

maris et feminae et consortium omnis vitae», que preste su base a la «divini et humani juris comunicatio». La obligación natural es la obligación moral que clama por su protección; y tales serían las derivadas de la familia de hecho no sólo entre padres e hijos «naturales» sino entre los mismos cónyuges. A esas obligaciones naturales han atribuido importantes efectos jurídicos el Código de Derecho canónico de 1983 (Cf. c. 1.071, 1, 3.^o)¹⁹.

En una apreciación de conjunto «negando jurídicamente la existencia de la unión libre, lo único que se consigue es favorecer la irresponsabilidad de los que pretendiendo gozar de las atribuciones del matrimonio, escapan de

19 Según GARCÍA CANTERO en la jurisprudencia francesa se encuentra apoyo suficiente para mantener una opinión favorable a la existencia de obligaciones naturales entre «concubinos», y la doctrina actual se inclina a su favor en Francia. Entre los argumentos de signo negativo para esta existencia de obligaciones naturales se cita que el temor al pago de una pensión puede frenar en la práctica los propósitos de «rehabilitación» de algunos «concubinos» (GARCÍA CANTERO, Gabriel: *El concubinato en el Derecho civil francés* (Roma-Madrid, 1965) 194-195 y 202).

La cuestión ha sido resumida perfectamente por FIORELLA D'ANGELI: antes de propiciar una intervención legislativa, parece por el contrario más correcto intentar la recuperación de una disciplina de la libre unión a través de la aplicación de los principios generales deducibles del sistema y la utilización de modelos y esquemas de derecho común presentes en el ordenamiento. A esta necesidad bien pueden concurrir la categoría de la obligación natural: irrepetibilidad de las prestaciones destinadas al sostenimiento de la vida en común; la valoración de las ventajas económicas conseguidas a través de la colaboración del conviviente con la posibilidad de recurrir al remedio general del enriquecimiento injusto; el principio de la onerosidad de las prestaciones laborales hechas a la comunidad familiar, que se consideran suficientes para garantizar el respeto a la libertad de los convivientes, al mismo tiempo que tal libertad no resulta sin límites, para evitar que ella se transforme en el arbitrio de la parte más fuerte... En este punto es central el papel del juez, único que puede encontrar entre los dos extremos libertad-responsabilidad la justa medida en correlación con el único criterio digno: las circunstancias concretas (D'ANGELI, Fiorella: *La famiglia di fatto* (Milano) 358).

Pero en ocasiones es la propia ley la que equipara a efectos concretos y determinados el «vínculo matrimonial» a la «situación de hecho asimilable» (art. 219 Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 julio 1985, sobre causas de abstención de Jueces y magistrados); el «cónyuge» a «persona que se halle ligada de forma permanente por análoga relación de afectividad» (art. 11 del Código Penal sobre circunstancias modificativas de la capacidad penal); el «matrimonio» a «vivir maritalmente con otra persona» (art. 101,1 Código civil sobre extinción de la pensión concedida en caso de nulidad, separación o divorcio); y «contraer nupcias» a «convivir maritalmente con otra persona» (art. 320,1, sobre concesión de la emancipación de los hijos).

sus obligaciones en perjuicio de la parte más débil de la relación, lo cual no beneficia en nada la institución natural»²⁰.

Por supuesto que este tener en cuenta a la familia de hecho no supone otorgarle la aplicación de las normas de la familia legítima, entre otras razones porque esta institución ha sido rechazada por los convivientes²¹. Ni siquiera se pretende que se cree por el legislador un estatuto jurídico completo e independiente de la misma, lo que también parece pugnar con la situación de hecho en que los convivientes se han situado. De lo que se trata es de reconocer efectos jurídicos a las concretas situaciones de hecho en que alguna de las partes puede resultar menoscabada o perjudicada con arreglo al Derecho común aplicado con equidad natural. Por lo tanto no se trata de un reconocimiento o protección de la familia de hecho en sí, sino en cuanto originadora de situaciones de hecho que deben ser relevantes para el Derecho.

En todo caso esta eficacia jurídica de la familia de hecho tiene sus *límites* en la propia naturaleza, que rechaza toda unión incestuosa, así como en el «favor matrimonii» o favor de que goza el matrimonio y la familia legal que del mismo se deriva en la estructuración que de uno y otra ha realizado el Derecho occidental cristiano como forma la más adecuada para sus fines de lograr el desarrollo de la persona, el bien de los cónyuges y los fines de procreación y educación de la prole.

Es cierto que el matrimonio y la familia no son invención del Estado o de la Iglesia, sino inclinación natural antes que estructura jurídica. Pero no cabe la menor duda también de que el hombre no es sólo instinto sino racionalidad y que ésta ha juridificado durante siglos la relación natural y espontánea hasta configurar, por obra principalmente de la Iglesia y su Derecho, esa institución tan perfilada y acabada, cúmulo de la sabiduría de

20 ESTRADA ALONSO, E.: *Las uniones extramatrimoniales...* ct. en nota 14, p. 117.

21 Para FRANCESCO GAZZONI no es posible extender a la familia de hecho el estatuto de la familia legítima por la dificultad de valorar en concreto el nacimiento de una estructura familiar prescindiendo de un acto formal de cualquier naturaleza que sea, que atestigüe esta existencia. El acto matrimonial es el presupuesto de un complejo unitario de derechos y obligaciones que forman un «ens unicum» inescindible, un «status» que no puede ser modificado en sus aspectos esenciales por la autonomía privada, cuyo nacimiento pueden determinar los contrayentes pero no modificar (GAZZONI, Francesco: *Del concubinato alla famiglia di fatto*, ct. en nota 15, pp. 14 y 20).

siglos en la garantía de los derechos e intereses de todos los implicados en su instauración, cual es el matrimonio. También la racionalidad ha configurado la regulación civil de la familia, que complementa a efectos principalmente patrimoniales y económicos la institución canónica.

Por todo ello debe quedar asegurada la salvaguarda del matrimonio y de la familia que de él se deriva. Si el Derecho es necesario para la vida social, en el caso de la familia, primera célula social, el Derecho cumple unas funciones de organización, de constatación y certidumbre y aún de solución de conflictos que sólo bien puede acarrear a los individuos afectados y a la entera sociedad.

II. LAS UNIONES EXTRAMATRIMONIALES ANTE EL DERECHO CANÓNICO

La llamada «familia de hecho» no puede decirse que sea hoy totalmente extraña al Derecho Canónico. Con paralelismo respecto a las modernas legislaciones civiles, algunas de las relaciones que la familia de hecho cobija tienen hoy eficacia jurídica positiva —negativa la tuvo siempre— en el ordenamiento de la Iglesia, que ha experimentado en ésta, como en otras cuestiones del Derecho matrimonial, un sensible cambio de sentido a partir del Concilio Vaticano II.

I. ¿POR QUÉ FALTA UN DERECHO DE FAMILIA EN EL DERECHO CANÓNICO?

Antes de abordar la postura del Derecho Canónico ante las que hoy llamamos uniones extramatrimoniales o familia de hecho podría hacerse una pregunta previa: ¿Por qué falta en el ordenamiento de la Iglesia un Derecho de Familia? Responderemos con ERNESTO CAPELLINI que sobre los diversos modelos de familia que la Iglesia encontró a lo largo de los siglos aquella ejerció más una influencia moral que jurídica²².

22 La Iglesia se ha encontrado a lo largo de veinte siglos con modelos diversos y sucesivos de familia, como fueron la familia judaica, helenística, romana, germánica, medieval y cristiana hasta la familia celular de hoy, ya que si la familia es una realidad natural que

El Código de Derecho Canónico no hace a la familia objeto directo de su atención, ni la menciona apenas (Cf. c. 226,1), y cuando regula suscitadamente las relaciones conyugales o paternofiliales lo hace bajo el epígrafe de «efectos del matrimonio» (cc. 1.134, ss.), como una consecuencia de lo que verdaderamente le importa que es el matrimonio²³. Efectivamente desde el punto de vista jurídico de control de requisitos, de permanencia del vínculo y de formalidades en orden a la constitución de una familia fundada exclusivamente sobre el matrimonio, lo decisivo es el momento de la celebración de éste, sobre todo después de la sublimación de la forma por obra del Concilio de Trento.

A estas consecuencias del matrimonio que son las relaciones conyugales y paternofiliales, la doctrina las denominó también matrimonio con el adi-

asegura esencialmente una función de protección y desarrollo de la persona, de socialización de la misma y a veces una función política, se presenta con caracteres específicos en cada pueblo y en cada tradición cultural, y la Iglesia ha encontrado esos diversos modelos de familia que las diversas culturas les ofrecen. La Iglesia incidió sobre esa diversa realidad en diversos aspectos. Sobre todo valoró el matrimonio como fundamento de la familia legítima, y de ahí la elaboración de un verdadero Derecho matrimonial canónico; potenció la voluntad de las partes en el momento constitutivo y la indisolubilidad del vínculo; redujo el valor moral del acto sexual al ámbito del matrimonio y condenó toda relación de comercio carnal fuera del mismo. En resumen se trató de una influencia más moral que jurídica (CAPELLINI, Ernesto: *Prospettive nel Diritto dei Famiglia nella revisione del Codice di Diritto Canónico, La famiglia nella normativa canonica e civile*. Atti del XII Congresso Canonistico-pastorale (15-18 settembre 1980) (Chieti, 1981) 41 ss.; publicado también bajo el título «Per un diritto della famiglia nell'ordinamento canonico, *Diritto, persona e vita sociale*, Scritti in memoria de ORIO GIACCHI, 1 (Milano, 1984) 365, ss.

23 Falta en el Código un tratado «orgánico» de la familia (FRANCESCO BERSINI). Así, dice F. JOSÉ CASTAÑO, en el Código de Derecho canónico se encuentran no pocos elementos que juntos podrían constituir un verdadero Derecho de Familia, por lo que puede hablarse de un Derecho de Familia «esencial», aunque desde el punto de vista «formal» no exista en el ordenamiento canónico un verdadero Derecho de Familia (CASTAÑO, F. José: *Famiglia e rapporti familiari nel Diritto della Chiesa, La famiglia e i suoi diritti nella comunità civile e religiosa*. Atti del VI Colloquio Giuridico (24-26 aprile 1986) (Roma, 1987) 91. La cuestión se planteó en el Sínodo de los Obispos de 1980: la respuesta negativa del Cardenal FELICI a incluir en el Esquema del nuevo Código un Derecho de Familia se fundó en la «índole del Código» (*Communicationes XII* (1980) 225-226), cuya respuesta no pareció clara a la doctrina, aunque concuerda con la explicación que aquí se mantiene de que las relaciones personales de la familia pertenecen al ámbito moral, antes que al jurídico, que es el propio del Código.

tivo de «in factum esse», por contraposición al momento constitutivo del mismo o matrimonio «in fieri». Realmente si el matrimonio es una cuestión eminentemente jurídica, al par que teológica y pastoral, la familia por el contrario encuentra dentro del ámbito eclesial su lugar adecuado en la Teología, en la Pastoral, y en la Doctrina social de la Iglesia que no en el Derecho Canónico. Porque las relaciones personales en la familia pertenecen al mundo ético, cuyo mundo los ordenamientos jurídicos apenas se atreven a invadir en su normal funcionamiento, y sólo intervienen con fuerza en sus situaciones patológicas²⁴. En cuanto a las relaciones patrimoniales entre las partes implicadas, cónyuges e hijos, e incluso en cuanto a importantes relaciones personales paternofiliales (adopción, emancipación, tutela, etc.), encuentran su lugar adecuado en el Derecho civil de cada país, sin que en estas materias tenga hoy sentido alguno una función de suplencia por parte del Derecho de la Iglesia.

2. INESCINDIBILIDAD ENTRE MATRIMONIO Y FAMILIA

A través de la historia se produjo un esfuerzo y una lucha por parte de la Iglesia para reducir las relaciones sexuales al ámbito del matrimonio, sancionando fuertemente el «concubinato» como pecado y como delito, pues si las relaciones sexuales fueron miradas en general con recelo por la Iglesia, es precisamente el ámbito del matrimonio donde aquéllas se legalizaban y

²⁴ Es la propia naturaleza íntima y personal de estas relaciones familiares las que impide la intervención del Derecho. Y su propio carácter «amoroso» el que obstaculiza esta intervención. Siendo la familia comunidad fundada en el amor, el Derecho no puede imponer este amor, sino tan sólo prever las consecuencias más graves, de trascendencia social, de su falta o deterioro (MARTÍNEZ BLANCO, A.: Dimensión jurídica del matrimonio con especial referencia a la Constitución española, *Derecho y Proceso*, Estudios en honor del Prof. MARTÍNEZ BERNAL (Murcia, 1980) 433.

Por contraste con la parquedad de la regulación codicial sobre la familia, la doctrina del magisterio pontificio es abundante. Ver últimamente la Exhortación Apostólica «Familiaris consortio» de JUAN PABLO II (*Ecclesia*, n.º 2.060 (1982) 17 y ss.) y «Carta sobre los Derechos de la Familia», (22 octubre 1983), *Ecclesia* (1983) 1512, (Ver MARTIN, Diarmuid: La carta dei dirirri della famiglia: Le sue origini e la sua originalità, *La famiglia e i suoi diritti...*, ct. en nota 23, pp. 99 y ss.

moralizaban cuando concurren los «bienes» de prole, fidelidad e indisolubilidad²⁵.

Para el Derecho de la Iglesia hay una inescindibilidad absoluta entre matrimonio y familia²⁶. No es pensable para él una familia, unas relaciones entre hombre y mujer lícitas o paternofiliales legítimas sino con origen en el matrimonio válido. Se llega a decir que «toda familia de hecho, *no respondiendo a las exigencias naturales de la naturaleza humana*, contrasta con el Derecho divino y natural», y con toda claridad se pone el fundamento de absoluta inescindibilidad entre familia y matrimonio en que «además de natural, biológica y psicológica, es también de orden sobrenatural»²⁷, y

25 Los Padres de la Iglesia se propusieron desde los inicios del cristianismo el tema del valor y justificación moral del matrimonio en su relación sobre todo con el estado superior de la virginidad más conforme de por sí al ideal de vida cristiana. Los Padres con una tendencia intermedia entre la de los rigoristas y los más laxistas, exaltan el estado de virginidad frente al conyugal como el más elevado, pero al mismo tiempo rechazan con energía la condena del matrimonio y reclaman su plena legitimidad y perfecta licitud moral. La justificación del matrimonio se encontró en la idea del «*remedium concupiscentiae*». SAN AGUSTÍN fijó definitivamente la doctrina moral del matrimonio: el acto conyugal es de por sí un acto malo, aun dentro del matrimonio, porque está mezclado de concupiscencia, pero puede transformarse en moralmente lícito si se hace de él buen uso. Y los medios que lo logran son los tres grandes bienes de esta institución: el bien de la prole, el de la fidelidad y el del sacramento (indisolubilidad), que hacen del matrimonio un «*concubitus utilis*» porque se dirige al objeto natural de la generación de la prole, un «*concubitus singularis*», solamente posible con el propio cónyuge, y un «*concubitus inseparabilis*» porque se efectúa siempre y solamente con el cónyuge. (Cf. AGOSTINO D'AVACK, Pietro: *Corso de Diritto Canonico. Il Matrimonio*, I (Milano, 1981) 17-24).

Y cuando los decretistas y decretalistas elaboraron la doctrina jurídica del matrimonio, será la consumación la que dará una especial firmeza al matrimonio, hasta constituir el inicio de su total indisolubilidad.

26 La conexión entre matrimonio y familia puede apreciarse implícita en el Código de 1917: Cf. cánones 1.081, 2; 1.086, 2; y 1.111; así como en toda su regulación del matrimonio. Explícitamente no se afirma en el Código la dependencia matrimonio y familia, pero es evidente que la Iglesia sólo reconoce en su ordenamiento la familia legal o fundada sobre el matrimonio, como se deduce de la regulación codicial del concubinato. La Carta de los Derechos de la Familia afirma expresamente esta relación: «la familia está fundada sobre el matrimonio» (Preámbulo, B).

27 TONDI DELLA MORA, Giovanni: Considerazioni sulla condizione giuridica dei figli illegittimi nel Diritto canonico, *La famiglia nella normativa canonica e civile*, ct. nota 22, p. 176.

entre dos bautizados *no existe matrimonio natural* separado del sacramento, sino sólo matrimonio natural elevado a la dignidad de sacramento²⁸.

La inseparabilidad matrimonio familia trae su origen de la idea de inseparabilidad entre matrimonio y sacramento: entre los fieles no puede haber matrimonio que no sea al mismo tiempo sacramento y entre los fieles cualquier otra unión que no sea la sacramental, incluso la realizada según la ley civil, no es otra cosa que un «torpe y execrable concubinato condenado por la Iglesia» (PÍO IX)²⁹.

Pero la realidad se muestra tozuda y entre los fieles se dieron en todas las épocas y se siguen dando de hecho uniones extramatrimoniales de todas

28 Comisión Teológica Internacional, «Proposiciones sobre algunas cuestiones doctrinales referentes al matrimonio cristiano»; Proposición 3, 5 (Revista Española de Derecho Canónico 35.100 (1979) 130).

La doctrina católica de la Iglesia reafirma así la tesis de la identidad entre sacramento y contrato. La proposición 12, n.º 4 del Sínodo de 1980 («Que se examine más seriamente si la afirmación según la cual un matrimonio válido entre bautizados es siempre un sacramento se aplica también a los que han perdido la fe») no ha sido tenido en cuenta por la Exhortación Apostólica Familiaris consortio (n.ºs 13 y 18) ni por el Código de 1983, cuyo canon 1.055, 2 reproduce literalmente el canon 1.012 del Código de 1917 a pesar de las peticiones formuladas a la Comisión revisora del Código por diversas Conferencias y Universidades. («Las 43 proposiciones del Sínodo de los Obispos sobre la Familia» pueden verse en *Ecclesia*, n.º 1.039, 18 y 25 julio de 1981, pp. 890-905). La solución para el derecho natural a contraer matrimonio de los bautizados que han perdido la fe no la encuentra la doctrina canónica en el ámbito canónico sino en el civil: «cuando los no creyentes rehusan contraer ante la Iglesia, rehusan contraer verdadero matrimonio, tienen ante el ordenamiento civil su propio ámbito suficiente para cubrir las exigencias derivadas de la vida en sociedad, lo cual sirve para satisfacer subjetivamente, en ese ámbito social, las exigencias del «ius connubii», RINCÓN PÉREZ, Tomás: Preparación para el matrimonio-sacramento y «ius connubii». *El matrimonio. Cuestiones de Derecho Administrativo-Canónico*. IX Jornadas a la Asociación Española de Canonistas, Madrid 29-31 marzo 1989 (Salamanca 1990) 72. En este sentido la Comisión Teológica Internacional reconoce que «en estas circunstancias son capaces de entregarse y de recibirse mutuamente como cónyuges con intención de instaurar una alianza irrevocable. En virtud de esta mutua e irrevocable entrega se crea entre ellos una relación psicológica que por su estructura interna difiere de una relación meramente transitoria» («Proposiciones sobre algunas cuestiones doctrinales»... ct. Proposición 3, 5).

29 PÍO IX: Allocutio «Acerbissimum», 7 settembris 1852 (Fontes CIC, 2.515). Pueden verse otros documentos de BENEDICTO XIV (1746), PÍO VI (1791), PÍO VII (1808), PÍO IX (1851, 1852, 1860 (Syllabus n.º 65-74), LEÓN XIII (1878) y PÍO XI (Casti connubii), ct. por AZNAR, F. R.: *Cohabitación, matrimonio civil, divorciados casados de nuevo* (Salamanca, 1984) 34-40, nota 44.

clases, que dieron lugar en el ámbito canónico a determinados efectos jurídicos con relación a las partes, concubinos o parejas y a sus hijos, efectos que casi siempre fueron de signo negativo. Efectos que es preciso analizar con referencia a las épocas anterior y posterior al Concilio Vaticano II por el notable cambio que también en esta materia supuso evento tan extraordinario para la vida toda de la Iglesia.

3. LAS UNIONES EXTRAMATRIMONIALES COMO CONCUBINATO ANTES DEL CONCILIO VATICANO II

A partir del Concilio de Trento, que pone fin a toda clase de matrimonios clandestinos y prohíbe formalmente el concubinato bajo pena de excomunión sin ulterior distinción, toda unión extramatrimonial es considerada concubinaria, y los concubinos son considerados como pecadores públicos, incurso en pecado grave y jurídicamente sancionados con penas que llegan hasta el Código de 1917.

Según el canon 2.357,2 de dicho Código los que viven públicamente en concubinato, lo mismo que los adúlteros, incurren en «delito contra las buenas costumbres», son sancionados con pena de exclusión de los actos legítimos eclesiásticos y considerados como «infames», es decir, «personas sin fama u honrra»³⁰.

En concreto los concubinos o adúlteros no pueden ser padrinos del bautismo o confirmación (c. 766,2; c. 796,2, C. 17), no se les admite a los sacramentos del matrimonio o absolución penitencial sin ciertos requisitos (c. 1.066; cc. 870 y 886, C. 17); se les excluye de la sepultura eclesiástica (c. 1.240,1, 6.º, C. 17); de este concubinato, si es público o notorio, surge un impedimento denominado de pública honestidad que dirime el matrimonio en primero y segundo grado de línea recta entre el varón y los consanguíneos de la mujer y viceversa (c. 1.078, C. 17); y no pueden pertenecer a las asociaciones de fieles (c. 693,1, C. 17).

El único efecto positivo de la unión extramatrimonial en cuanto a las

³⁰ El concubinato se define por la doctrina como «cópula natural *habitual* entre dos personas no casadas válidamente, aunque no vivan en la misma casa». El adulterio resulta de la «cópula natural completa perpetrada entre personas de distinto sexo, de las cuales una por lo menos está casada con tercera persona» (Cf. GARCÍA BARBENA, Tomás: *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, 4 (Madrid, 1964) ed. BAC, p. 518).

partes es la posibilidad de una sanación en la raíz, pues «si en principio la convivencia conyugal de mero hecho se deberá considerar como unión concubinaria, puede encontrarse en ella un sincero deseo de vivir en matrimonio»; y en cuanto al matrimonio en forma civil también es posible la sanación en la raíz que «no excluye la prestación de un auténtico consentimiento de contenido matrimonial»³¹.

Desde esta perspectiva en ninguna unión extramatrimonial hay una realidad natural, ni valor alguno humano, aunque haya mediado una prestación de consentimiento según la ley civil, ni es pensable obligación alguna de índole natural, ni tal unión es obstáculo para la posterior celebración de matrimonio canónico con tercera persona. Y sólo encuentra amparo en el Derecho canónico esa relación extramatrimonial en aplicación del «favor matrimonii» cuando pretendiera transformarse en matrimonio canónico a través de la sanación en la raíz.

Esta consideración condenatoria y peyorativa alcanza su máxima extensión en cuanto a todas las situaciones pensables y en cuanto al otro haz de relaciones que se derivan de la familia además de las conyugales. Es decir, afecta incluso al matrimonio civil y a los hijos llamados «ilegítimos».

La situación, pues, de los católicos casados civilmente no se distingue

31 BERNÁRDEZ CANTÓN, Alberto: *Curso de Derecho Matrimonial Canónico* (Madrid, 1966) 355-356.

Si para la convalidación simple del matrimonio es necesaria la apariencia de un matrimonio canónico anterior que resultó nulo por causa de impedimento dirimente (c. 1.133, C. 17) o por defecto de consentimiento (c. 1.136, C. 17), no bastando un «concubinato» o un matrimonio civil (Cf. BERNÁRDEZ CANTÓN, A.: Ob. cit. pp. 342-343), en cambio para la sanación en la raíz el Código de 1917 exigió primordialmente un «consentimiento *naturalmente* suficiente», aunque jurídicamente ineficaz que persevere (Cf. c. 1.139, C. 17), para el que es suficiente la existencia de un hombre y una mujer concordantes claramente en instaurar una relación matrimonial, que de por sí exige cierta permanencia y que normalmente se dirige a los fines de la satisfacción sexual, mutuo complemento en el amor y procreación (MARTÍNEZ BLANCO, A.: Una configuración nueva de la sanación simple del matrimonio canónico, *Revista Española de Derecho Canónico*, 32. 92-93 (1976) 263). La razón de que sea posible la sanación en la raíz de un concubinato en que hay un consentimiento dado y no renovado, estriba en que la sanación en la raíz no es operación que hace válido un matrimonio inválido, sino operación por la cual el estado de varón y mujer, que ya dieron consentimiento y no lo revocaron, por fuerza del consentimiento se hace matrimonio válido (BENDER, L.: Concubinatus in iure canonico, *Monitur Ecclesiasticus*, 87 (1962) n^{os} 3-4, p. 555).

de la simplemente concubinaria: el matrimonio civil es también considerado como un concubinato y por lo tanto las partes son consideradas como pecadores públicos e incurso en las penas de los infames, de privación de los actos legítimos eclesiásticos y de la vida sacramental. El matrimonio civil es inexistente para la Iglesia, pues ni siquiera lo menciona directamente, sino con un circunloquio: «el matrimonio que llaman civil» (Cf. c. 188,5 y c. 646,3, C. 17)³², es inválido sin necesidad de una previa declaración de nulidad; no constituye impedimento para un posterior matrimonio canónico con tercera persona (c. 1.096, C. 17); no se le considera como apariencia de matrimonio a efectos de matrimonio putativo (Cf. c. 1.015,4, C. 17); ni es considerado como matrimonio inválido a efectos del impedimento de pública honestidad por este concepto, sino como concubinato público y notorio (c. 1.078, C. 17); y si puede ser objeto de sanación en la raíz no lo es en cuanto matrimonio civil sino el consentimiento naturalmente suficiente que subyace a la ceremonia civil (Cf. c. 1.139,1, C. 17).

Con relación a los hijos el Código de 1917 parte básicamente de la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos (c. 1.114, C. 17) y la doctrina puntualiza la clasificación de éstos en *naturales* (nacidos de padres hábiles para contraer matrimonio) y espúreos, y éstos a su vez, en adulterinos, incestuosos y sacrílegos (cf. c. 1.114, «in fine», C. 17), que han de inscribirse como ilegítimos (c. 777,2, C. 17)³³. Para los hijos ilegítimos se dibuja un estatuto de inferioridad jurídica respecto de los legítimos pues los aparta expresamente de los cargos de mayor dignidad en la Iglesia³⁴ e incluso del

32 «La doctrina canónica afirma que el matrimonio civil de los católicos se define por la Iglesia como concubinato, porque es concubinato. Y ello es así porque tal acto no se ha celebrado ante la sociedad en que debe hacerse legítimamente» (BENDER, L.: *Concubinitus...* ct. en nota 11, pp. 547-548).

33 La doctrina canónica ha matizado que la legislación canónica se muestra más abierta y progresiva que los Códigos que siguieron al patrón napoleónico en cuanto al régimen jurídico calificador de la filiación, aunque no así en sus efectos (LÓPEZ ALARCÓN, Mariano: La filiación en el Derecho Canónico. Su correspondencia en el Derecho civil, *Pretor*, 15.97 (1977) 10-11).

34 Según el Código de 1917 los hijos ilegítimos no podrían ser cardenales (c. 320, 2, 1.º, C. 17), obispos (c. 331,1,1.º, C. 17), abades o prelados «nullius» (c. 320, 2, C. 17), ni siquiera en ciertos casos los que habían sido legitimados por subsiguiente matrimonio de los padres o por rescripto de la Santa Sede; ni podrían ser Superiores Mayores en las Religiones (c. 504, C. 17).

sacramento del orden³⁵, llave para el acceso a cualquier oficio en la Iglesia.

Conviene recordar que la argumentación aportada por la doctrina para esta situación de inferioridad de los hijos ilegítimos era, por un lado, la defensa de la familia legítima, que se considera realidad eclesial divina (sagrada) y humana: si se atribuyera valor jurídico a una relación de hecho, se sacrificaría y humillaría a la familia legítima. Y, por otro lado, se trata de sancionar el pecado de los padres, en el que los hijos, ciertamente inocentes, resultan «coimplicados» en la reprobación moral y en la sanción³⁶.

La única consecuencia positiva en relación con los hijos ilegítimos (aunque sólo los naturales, no los espúreos) es la posibilidad de regularizar su situación, es decir, devenir legítimos ya por el subsiguiente matrimonio de los padres o mediante la sanación en la raíz (Cf. c. 1.116, C. 17), quedando equiparados a los legítimos (Cf. c. 1.117, C. 17).

La iglesia no cerró los ojos a la realidad de los hijos naturales en orden a su legitimación. El Romano Pontífice sintió la necesidad de legitimar mediante la «dispensa ex post facto» de impedimento a tales hijos, pues tal dispensa concede directamente la legitimidad de la prole con independencia de la sanación del matrimonio (DECRETAL PER VENERABLEM de GREGORIO IX). La necesidad social subyacente era la necesidad de legitimar hijos naturales, sobre todo durante la Edad Media, en que por el complejo y riguroso sistema de impedimentos matrimoniales eran numerosos los matrimonios nulos. El Derecho Canónico posterior transformó tal dispensa en una sanación «in radice» del mismo matrimonio nulo mediante concesión de la Santa Sede, cuya principal finalidad son ahora los mismos esposos cuyo matrimonio se sana y como consecuencia los mismos hijos en cuanto a su legitimación³⁷. No regulada en el Código de 1917, la legitimación de los hijos ilegítimos por concesión de la Santa Sede, aunque era

35 Los hijos ilegítimos no podían ser admitidos al Seminario (C. 1.363, 1, C. 1.917), ni podían ser ordenados pues la filiación ilegítima constituía una ilegitimidad por defecto (cc. 984,1 y 991,3, C. 17).

36 TONDI DELLA MORA, G.: Considerazioni sulla condizione giuridica... ct. en nota 27, pp. 176-178. Otra razón aducida, de tipo histórico, para explicar las prohibiciones e irregularidades de los hijos ilegítimos es el decoro del clero, su consideración en medida superior a la de todo fiel (*Ibidem*, p. 178).

37 MARTÍNEZ BLANCO, A.: Una configuración nueva... ct. en nota 31, pp. 243-245.

admitida por la doctrina y constituía práctica habitual, ha sido regulada por el nuevo Código de 1983 (c. 1.139).

4. LAS UNIONES EXTRAMATRIMONIALES COMO «SITUACIÓN IRREGULAR» DESPUÉS DEL CONCILIO VATICANO II

a) *Matrimonio y Concilio: la vocación natural del matrimonio*

El Concilio Vaticano II puso las bases para un cambio de perspectiva en cuanto a la consideración eclesial y canónica de las uniones extramatrimoniales. El Concilio, dice DEL GIUDICE, reafirma principios consolidados sobre el matrimonio pero ha sido sensible a las exigencias del hombre de nuestro tiempo y ha procedido a una revalorización del elemento personal³⁸.

Entre las líneas de influencia del Concilio sobre el Código de 1983 destacan, pues, la dimensión personal, el diálogo con el mundo contemporáneo y la vocación natural del matrimonio o revalorización del matrimonio como institución natural. La dimensión personal del matrimonio se manifiesta en la comprensión del matrimonio como comunidad de vida y amor y en la acentuación del fin de bien de los cónyuges. El diálogo con el mundo contemporáneo se manifiesta en la prohibición de asistir al matrimonio que no puede ser celebrado según el derecho civil (c. 1.071,1,2.^o). La vocación natural del matrimonio o revalorización del matrimonio como institución natural se expresa en la consumación de modo humano, en la prevalencia del Derecho divino, natural o positivo (Cf. c. 1.059), y en la prohibición de asistir al matrimonio de quien está vinculado por «obligaciones naturales» procedentes de una unión precedente (c. 1.071,1,3.^o)³⁹.

38 DEL GIUDICE, Vincenzo: *Nozioni di Diritto Canonico*, 12.^a ed. (Milano, 1970) 324-325.

39 Cf. FUMAGALLI, Ombretta: La disciplina del matrimonio e il magistero conciliare, *La normativa del nuovo Codice*, a cura di E. CAPELLINI (Brescia, 1983) 201, ss.; ARDITO, Sabino: La normativa del matrimonio. Spirito conciliare e precipue novità, *Ibidem*, pp. 223, ss. En la interpretación de DIARMUID MARTIN la Carta de los Derechos de la Familia ha reiterado esta revalorización del matrimonio como institución natural. La Iglesia, dice este autor, no quiere con la Carta imponer su sistema a la sociedad. En un espíritu de servicio y en el ejercicio de su mandato divino, trata de suscitar en la sociedad un mayor

En este contexto el «llamado amor libre» es para el Concilio, al ocuparse de la dignidad de la persona y de la familia⁴⁰, una «deformación» que, junto a la poligamia o la «epidemia del divorcio», oscurecen la dignidad de la comunidad conyugal y familiar (GS. 47). Pero el Concilio cuando examina la situación del hombre en el marco de la comunidad humana quiere sacar las máximas consecuencias posibles del respeto al hombre: cada uno debe considerar al prójimo «como otro yo», y por esto afirma:

«En nuestra época principalmente, urge la obligación de acercarnos a todos y de servirlos con eficacia cuando llegue el caso, ya se trate de ese anciano abandonado de todos, o de este trabajador extranjero despreciado injustamente, o de ese desterrado, o de ese *hijo ilegítimo que debe aguantar sin razón el pecado que él no ha cometido*, o de ese hambriento que recrimina nuestra conciencia...» (GS, 27,2.^o).

En conclusión, el Concilio nos enseña a conjugar la dignidad del matrimonio y de la familia con la obligación de acercarse y servir al hombre en cualquier situación de desamparo, injusticia o discriminación en que se encuentre. Cabalmente ésta es para el Concilio la situación de los hijos extramatrimoniales. Y ello es extensible en su misma razón de persona humana discriminada a las personas de dichas uniones extramatrimoniales como nos dirá el propio canon 1.071,1,3.^o, que hace derivar obligaciones naturales de «uniones precedentes» no sólo para los hijos sino para las partes de tales uniones.

Si recordamos lo dicho por la prevalente doctrina, jurisprudencia y Derecho comparado sobre la familia de hecho, observamos un gran paralelismo con esta doctrina conciliar: no se trata de dar a tal familia el mismo o similar estatuto que a la familia legítima, sino de aplicar a cada situación de las partes o de los hijos extramatrimoniales aquella norma de Derecho

respeto por la ley del Creador que está inscrita en los corazones de todos los seres humanos... Según las orientaciones recibidas de personas consultadas la Carta debería ser, con sentido profético, un documento abierto al diálogo entre la Iglesia, experta en humanidad, y las exigencias naturales en el ámbito familiar percibidas por la humanidad de hoy (MARTIN, Diarmuid: La Carta dei Diritti della Famiglia... ct. en nota 24, pp. 10 y 103).

40 Entre los problemas más urgentes que afectan profundamente al género humano están la dignidad de la persona y de la familia, el progreso cultural y la vida económico-social, la comunidad política, y la comunidad de los pueblos y la paz (GS 46, ss.).

común o aquel principio de equidad que proteja sus legítimos derechos e intereses como personas.

Y ha sido el propio Código de 1983 el que ha sacado las oportunas consecuencias de esta nueva versión personalista, humana y natural del matrimonio al reconocer que de una «unión» precedente de cualquier índole (lógicamente extramatrimonial) pueden derivarse obligaciones naturales que el Derecho canónico se compromete a respetar y a exigir.

b) *Motivos para una nueva visión de las uniones extramatrimoniales: «justicia, caridad cristiana y equidad»*

Se han aducido para justificar las obligaciones naturales que el nuevo Código hace derivar de «uniones precedentes» motivos de evitación de escándalo que se producen en la comunidad cristiana por el cumplimiento de una legalidad canónica con desprecio y olvido de obligaciones naturales de la misma índole que las que se van a contraer⁴¹. Pero junto a esa razón tradicional, de signo negativo, me parece han de tenerse en cuenta otras más de fondo, de signo positivo, que derivan de esa nueva conceptualización del matrimonio y de la familia por parte del Concilio Vaticano II, más personalista, natural y humana.

El mandato evangélico de amor al prójimo y el del Concilio de «salvar a la persona» (Cf. GS. 3) no pueden padecer situaciones concretas de injusticia o discriminación de personas, a veces totalmente inocentes como los hijos de las uniones extramatrimoniales o la parte que deviene abandonada o ve rota sin causa que lo justifique la unión proyectada para durar en el tiempo o ser indefinida, como son las situaciones que la doctrina, la jurisprudencia y el Derecho comparado han tratado de remediar en el campo del Derecho civil. El Derecho canónico no podría ser en este ámbito menos humano y equitativo que los Derechos seculares, cuando por otra parte no padece la dignidad del matrimonio y de la familia legal, cuyo estatuto no se trata de trasvasar a las uniones de hecho. Nunca el Derecho canónico, instrumento eclesial al servicio de un fin último de salvación,

41 AZNAR GIL, Federico R.: *El nuevo Derecho matrimonial canónico*, 2.ª ed. (Salamanca, 1985) 168.

podría decir lo que decía Napoleón de tales uniones: «No quiere el Derecho nada con quienes no han querido nada con él». ¿Podría decir la Iglesia: No quiero nada con las personas que en su unión no han querido nada con mi Derecho matrimonial?

Estas ideas aparecen plasmadas en el mismo Código de 1983, cuando a propósito de una situación muy parecida, la del privilegio petrino, como ha señalado con acierto CALVO TOJO, establece que cuando el no bautizado que tuviere simultáneamente varias esposas o maridos, se convierte a la fe católica y usa del privilegio de quedarse con una de ellas, el Obispo debe procurar que se provea a las necesidades de las otras esposas alejadas «según las *normas de la justicia, caridad cristiana y de la equidad natural*», que son conceptos distintos y bien diferenciados⁴². La justicia puede derivar de la aplicación de la misma norma civil, como la del artículo 89 del Código civil⁴³. La caridad es la nueva ley evangélica que debe impregnar toda la actividad de la Iglesia, incluida la potestad de régimen o jurisdiccional (Cf. cc. 129, ss.). La equidad natural es no sólo aplicación benigna de la ley, sino adecuación del caso al Derecho natural⁴⁴, en nuestro caso respeto a la dignidad de toda persona humana en cualquier situación en que se encuentre.

42 CALVO TOJO, Manuel: El matrimonio sujeto a obligaciones naturales nacidas de unión precedente (c. 1.071,1,3.^o), *El matrimonio. Cuestiones de Derecho Administrativo Canónico*, IX Jornadas de la Asociación Española de Canonistas, marzo 1989 (Salamanca, 1990) 134-135 y 142-143.

43 Artículo 98 del Código civil español: «El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias del artículo 97».

44 *La equidad canónica* asume la equidad natural al ser no sólo adecuación de la ley al caso concreto con un sentido de «pietas» o «benignitas», sino búsqueda de la norma aplicable al caso concreto en el Derecho Divino, natural y positivo (Ver MARTÍNEZ BLANCO, A.: La interpretación de la Ley en Derecho Canónico. Posibilidad de una interpretación evolutiva, *Carthaginensia*, 5. 7-8 (1979) 159-184). En este sentido el canon 1.148,3 hubiera podido mencionar junto a la «equidad natural», también la «equidad canónica».

c) *La nueva concepción de «situaciones irregulares» y su diversidad (La condición jurídica de las partes)*

Este nuevo espíritu de comprensión humana se encuentra en la nueva visión pastoral de las que la Exhortación Apostólica «Familiaris consortio» de JUAN PABLO II llama, innovando la terminología, «situaciones irregulares»⁴⁵. La iglesia se acerca con «discreción y respeto» (n.º 81,4) a una pluralidad de «situaciones irregulares» con ánimo de proteger a la familia en toda su dimensión y «no sólo en la dimensión religiosa» (n.º 79) aunque no deja de reconocer que estas tendencias son «disgregadoras» para la sociedad y «nocivas para la dignidad, seguridad y bienestar de los *ciudadanos*» (n.º 81,5) y recomienda a las autoridades públicas que no se lleven por la tendencia de menospreciar la importancia institucional del matrimonio y de la familia (n.º 81,5).

Lo característico, pues, de este documento, siguiendo la tónica del Concilio, es la ausencia de toda condena o término despectivo (no se menciona para nada el término «concubinato», de consideración social negativa) como corresponde a un documento pastoral. Y sobre todo se evidencia su afán analítico de discernimiento de las diversas situaciones (matrimonio a prueba, uniones libres de hecho, católicos unidos con mero matrimonio civil y divorciados casados de nuevo)⁴⁶, y de las diversas circunstancias y causas que se dan en cada caso.

La Iglesia no puede admitir todos estos tipos de unión —sin verdadero vínculo matrimonial canónico— por motivos derivados de la fe (n.º 80,2) pues entre bautizados no puede haber más que un matrimonio indisoluble; por motivos de menosprecio por parte de tales uniones de la dignidad del matrimonio y de la familia (n.º 81,2 y 5); y para no inducir a confusión a los fieles sobre la indisolubilidad del matrimonio (n.º 81,4). Pero la actitud de la Iglesia es de «iluminación, corrección caritativa y testimonio familiar» (n.º 81,4).

45 Ver los números 79 a 89 de la Exhortación Apostólica «Familiaris consortio», ct. en nota 3. Recordemos el interesante interrogante inicial de por qué no existe un Derecho canónico de la familia: ésta encuentra su sede en el campo ético y moral y también para la Iglesia en el campo teológico y pastoral antes que en el jurídico.

46 Hay otras situaciones pastorales que no tienen especial relevancia jurídica y son los «separados y divorciados no casados» (n.º 83) y los «privados de familia» (n.º 85).

Conceptualmente la *unión libre de hecho* (familia de hecho) es para la Exhortación Apostólica la «unión sin algún vínculo institucional públicamente reconocido, ni civil ni religioso» (n.º 81,1). Y la situación de los «católicos unidos con mero *matrimonio civil*» no puede equipararse sin más a la de los que conviven sin *vínculo* alguno, ya que hay en ellos al menos un cierto compromiso a un estatuto de vida concreto y quizás *estable* y una disposición a asumir, junto con las ventajas, también las *obligaciones* (n.º 82).

Pero estas mismas características son las propias de la familia de hecho tal como se configura por la doctrina civilista, según vimos, pues no es tal cualquier unión, sino la que supone convivencia «*more uxorio*» con ánimo de permanencia y por lo tanto constituyendo una comunidad de vida y amor que comparte las ventajas y las responsabilidades. Porque no todas las uniones libres de hecho son iguales, y por ello la Exhortación Apostólica se ha quedado corta, pues en éste su intento de distinción, aunque sí distingue ya el matrimonio civil (de los católicos) por encontrar en él ciertos valores humanos (existencia de un compromiso, afán de estabilidad, asunción de deberes) respecto del genérico e indiferenciado concepto de unión libre⁴⁷, no tiene en cuenta que tal unión libre puede ser ocasional, o permanente sin «ánimo uxorio», o, en fin, permanente y con tal ánimo (familia de hecho). Es decir que en la unión permanente con ánimo uxorio pero con ausencia de toda formalidad, civil o eclesiástica, pueden encontrarse, como con frecuencia atestigua la experiencia, similares valores a los que la Exhortación encuentra en el mero matrimonio civil, y respecto del cual no falta sino la ceremonia civil.

Las consecuencias jurídicas y pastorales de tales uniones irregulares siguen siendo las de no admitir al uso de los sacramentos (n.º 82), de la Eucaristía en concreto (n.º 84,4) o de ceremonias paramatrimoniales (n.º 84,6).

Para el Código de 1983 la situación jurídica de las partes de la unión

47 Ahora la Iglesia se atreve a mencionar al matrimonio civil por su nombre, lejos de aquella mención indirecta del «*ut aiunt matrimonium civile*», utilizada por el Código de 1917. Ver nota 32. Como ha señalado Enrico CHIAVACI, el rechazo de modelos impuestos, no es necesariamente rechazo de valores, hay una diferencia radical entre libertad y permisividad (CHIAVACI, Enrico: La famiglia como problema ético, nei processi in atto di approfondimento dell'anunzio evangelico e di mutazione culturale, *La famiglia di fatto*. Atti del Convegno Nazionale. Pontremoli 27-30 maggio 1976 (1977) 123.

extramatrimonial ha variado sensiblemente: la actitud ahora no es despectiva o de penalización o de exclusión de la actividad jurídica de la Iglesia. Lo más relevante es la desaparición de los delitos de concubinato o de adulterio⁴⁸ y de sus consecuencias de infamia y exclusión de los actos legítimos eclesiásticos: ni se les menciona expresamente para la exclusión de la función de padrino del bautismo (cf. c. 874) o confirmación (Cf. c. 893); ni expresamente son excluidos de la sepultura eclesiástica (Cf. c. 1.184); ni se les prohíbe expresamente pertenecer a una asociación canónica (Cf. c. 315).

Subsiste el impedimento de pública honestidad derivado del «concubinato» notorio o público (equiparado a estos efectos al matrimonio canónico inválido después de instaurada la vida en común), que se reduce al primer grado de línea recta entre el varón y los consanguíneos de la mujer y viceversa. Pero si bien se observa, aunque se trate de un efecto negativo, deriva de una consideración positiva del concubinato, que se asimila al matrimonio del que nace impedimento de afinidad (Cf. c. 1.092), pues no en valde este impedimento se viene denominando de «cuasi-afinidad».

Y subsiste el efecto positivo de la posibilidad de una sanación en la raíz (Cf. c. 1.163), pues aunque se ha prescindido de la expresión «consentimiento naturalmente suficiente aunque jurídicamente ineficaz que perseverare» del canon 1.139 del Código de 1917, se exige en todo caso que «perseverare el consentimiento de ambas partes» aunque falte la forma legítima (c. 1.131, 1,1), consentimiento que ha de ser matrimonial, es decir, ha de tratarse de un sincero deseo de vivir como matrimonio y no con voluntad fornicaria o concubinaria⁴⁹, deseo que se da en la unión «more uxorio» con ánimo de permanencia, característica de la familia de hecho.

Y sobre todo se derivan para las partes de esa unión obligaciones naturales, al igual que para los hijos, hasta el extremo de que no es posible

48 El adulterio sigue siendo causa de separación matrimonial como justa consecuencia del incumplimiento de una obligación de fidelidad. Y del concubinato público o notorio sigue surgiendo un impedimento de pública honestidad para el matrimonio. El concubinato sigue siendo delito para el clérigo (c. 1.395), pero ello es más bien consecuencia del estado asumido por éste.

49 Cf. HERVADA, Javier: La revocación del consentimiento matrimonial, *El consentimiento matrimonial*. Trabajos de la XV Semana de Derecho Canónico (Barcelona, 1976) 278, nota 18.

lícitamente un posterior matrimonio canónico con tercera persona sin haber asegurado dichas obligaciones.

5. CONDICIÓN JURÍDICA DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES EN EL NUEVO CÓDIGO

El cambio más notable en la valoración del Código de 1983 respecto de las uniones extramatrimoniales, calificadas ahora por la pastoral de la Iglesia como «situaciones irregulares», se produce ciertamente con relación a los hijos habidos de tales uniones.

Difícilmente podía mantenerse la situación jurídica discriminatoria regulada por el Código de 1917 respecto de los hijos ilegítimos ante el movimiento internacional a favor de la equiparación jurídica de todos los hijos, e incluso ante las iniciativas surgidas en el seno de la misma Iglesia en este sentido⁵⁰. Pero sobre todo resultaban difícilmente compatibles con el nuevo espíritu personalista, humano y pastoral del Concilio Vaticano II argumentos tales como el de la coimplicación de los hijos en el pecado de los padres o la superior condición social del «status» clerical. Por el contrario al Concilio le merece, como vimos, el máximo respeto el hombre, todo hombre, y siente como suyas las angustias de «ese hijo ilegítimo que debe aguantar sin razón el pecado que no cometió».

El Código no se ha atrevido a prescindir de la denominación peyorativa de hijos «ilegítimos» por contraposición a legítimos, por la razón de que esta distinción «resalta a su manera la santidad del matrimonio»⁵¹, pero no presta base alguna para la más despectiva todavía distinción entre hijos naturales y espúreos y la de éstos en adulterinos, incestuosos y sacrílegos, del Código anterior (cf. c. 1.139, C. 17). Además los hijos de tales uniones se inscriben ahora como hijos de madres solteras (c. 877,2) y no como ilegítimos como en el Código anterior. Y pueden ser legitimados no sólo por el subsiguiente matrimonio de los padres, como en el Código de 1917, sino por concesión pontificia, y no sólo los naturales sino todos los hijos, incluidos los espúreos (c. 1.139).

⁵⁰ AZNAR GIL, F. R.: *El nuevo Derecho matrimonial canónico*, ct. en nota 41, p. 458 y notas 16 y 17.

⁵¹ *Communicationes* 10 (1978) 106.

Es muy significativo que no se dibuje ahora para los hijos ilegítimos un estatuto de inferioridad jurídica, pues no son excluidos de los cargos de mayor dignidad en la Iglesia⁵², ni del sacramento del orden⁵³.

Y sobre todo se atribuyen a los hijos de tales uniones extramatrimoniales el derecho a que los padres cumplan con ellos las obligaciones naturales que se derivan de la filiación natural.

6. EFICACIA JURÍDICA DE LA FAMILIA DE HECHO EN SU CONJUNTO (OBLIGACIONES PROCEDENTES DE UNA UNIÓN PRECEDENTE)

Con independencia de las concretas consecuencias que pueden derivarse de una unión extramatrimonial o situación irregular hay unos efectos jurídicos que el nuevo Código acuña como el más claro ejemplo de su línea de influencia por el Concilio Vaticano II en el sentido de vocación natural del matrimonio, y que son comunes a todos los implicados en tal unión, sea en la relación de pareja, sea en la relación paternofilial. Tales efectos son las *obligaciones naturales* que de aquellas uniones se derivan con tal fuerza que es preciso asegurarlas antes de pasar a un matrimonio canónico con tercera persona.

Nos referimos al canon 1.071,1,3.^o:

«Excepto en caso de necesidad, nadie debe asistir sin licencia del Ordinario del lugar, al matrimonio de quien está sujeto a obligaciones naturales nacidas de una unión precedente, hacia la otra parte o hacia los hijos de esta unión».

Precepto que sin duda tiene una extensión superior a la que en la doctrina civil se entiende por matrimonio de hecho, pero que también la incluye. ¿Qué significado y extensión tiene aquí el término «unión». Como ha puesto de relieve la doctrina⁵⁴ la palabra «unión» no puede circunscribirse aquí a los supuestos de declaración de nulidad de matrimonio canónico o de divorcio civil

52 No son excluidos de la condición de cardenales (c. 351,1), obispos (c. 378) o Superiores Mayores (c. 623).

53 No se excluye de la admisión al seminario (c. 241) o del noviciado (c. 643 y 645) ni de la ordenación sacerdotal (cc. 1.041-1.042).

54 CALVO TOJO, M.: El matrimonio sujeto a obligaciones naturales... ob. cit. en nota 42, p. 137.

(como postula J. DOYLE), sino que significa cualquier «tipo de adhesión psicológico-afectiva de dos seres heterosexuados» o cualquier intercambio sexual sea estable o meramente transitorio, medie o no matrimonio civil.

Partiendo, pues, de la distinción entre «unión» y «vínculo institucional públicamente reconocido», y dentro de este último entre el vínculo civil y el religioso, como autoriza el número 81 de la Exhortación Apostólica «Familiaris consortio, entiendo que el término «unión» del canon 1.071,1, 3.º abarca las siguientes situaciones:

1.º El vínculo del matrimonio canónico que ha resultado nulo⁵⁵.

2.º El vínculo del matrimonio civil entre bautizados, que es jurídicamente inexistente para la Iglesia. Se incluye aquí el matrimonio civil de divorciados de un matrimonio canónico⁵⁶.

3.º La unión de hecho con «animo uxorio» e intención de permanencia, a la que hemos denominado «familia de hecho».

4.º Unión psico-sexual de hecho estable pero con ánimo fornicario o concubinario. Sería propiamente la denominada «unión libre».

5.º La unión sexual ocasional, incluso con violencia por una de las partes (violación).

Circunscribiéndonos a la familia de hecho en sentido estricto resultaría extraño por contrario a la caridad y equidad natural y canónica que quien ha convivido «more uxorio» y ánimo de permanencia pudiera frívolamente dar por terminada esa unión y que la Iglesia le admitiera sin más a un matrimonio canónico sin hacer frente a eventuales responsabilidades derivadas de esa unión precedente. No sin razón se ha pedido para el matrimonio civil y para la unión precedente de la que derivan obligaciones naturales la calificación canónica de impedimento (dirimente)⁵⁷.

55 En este caso las obligaciones surgidas del matrimonio canónico declarado nulo se califican por el Código de «obligaciones naturales e incluso civiles». El canon 1.689 manda amonestar a las partes sobre estas obligaciones respecto a la otra parte y a la prole por lo que se refiere al sustento y a la educación.

56 En el caso de precedente matrimonio civil se añadirá también la prohibición del canon 1.071,1,2.º sobre matrimonio canónico que no puede ser reconocido o celebrado según la ley civil.

57 Aunque ello sería excesivo para todo tipo de unión tal como las hemos enumerado. El impedimento como tal parece que tendría razón de ser sólo para el caso de matrimonio civil precedente o de familia de hecho constituida, aunque esta situación pueda tener en ocasiones alguna dificultad de prueba.

Obligaciones naturales son las que derivan de la naturaleza. Y aquí tales obligaciones se refieren no sólo a los hijos, en los que la relación de naturaleza biológica es más visible, sino con relación a la otra parte, pues esa «unión» precedente, que constituye la familia de hecho, también se basa en la natural inclinación de hombre y mujer en orden al amor, al mutuo complemento y a la generación, y son conforme a la naturaleza ciertas obligaciones mínimas entre las partes en orden a cubrir en todo caso sus necesidades básicas.

Con esta genérica denominación de obligaciones naturales entiendo que el Código de 1983 ampara todas las parciales consecuencias jurídicas que la legislación comparada, la doctrina y la jurisprudencia atribuyen racional y ponderadamente a la familia de hecho.

Lo que no supone extensión del estatuto matrimonial canónico a tales situaciones irregulares⁵⁸, ni descrédito o desdoro para la dignidad del matrimonio y de la familia, cuya conveniencia para la «dignidad, seguridad y bienestar de los ciudadanos» alaba la doctrina pastoral de la Iglesia. Sí hay una acentuación de la perspectiva del matrimonio como institución natural, un tanto olvidada en la regulación codicial anterior con perjuicio para la «justicia, la caridad y la equidad natural».

Podríamos ahora deducir de cuanto antecede una descripción de la familia de hecho en la medida en que el Derecho canónico le atribuye efectos jurídicos, tomándola de los caracteres que la Exhortación Apostólica «Familiaris consortio» atribuye los *uniones libres* y al *matrimonio sine de los católicos*. Se trataría de una «unión sin algún vínculo institucional públicamente reconocido, ni civil ni religioso (Cf. n.º 81), con compromiso de asumir un estado de vida concreto y quizás estable y las obligaciones que conlleva (n.º 82) y que produce obligaciones naturales que es preciso asegurar antes de pasar lícitamente a un matrimonio canónico (Cf. c. 1.071, 1,3.º).

58 La Carta de los Derechos de la Familia reafirma el valor institucional del matrimonio y la no equiparación del matrimonio a las parejas no casadas. «El valor institucional del matrimonio debe ser sostenido por la autoridad pública; la situación de las parejas no casadas no debe ser puesta sobre el mismo plano del matrimonio debidamente celebrado» (Art. 1. C.). Se refiere a las situaciones extramatrimoniales globalmente consideradas.

III. LA FAMILIA DE HECHO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

I. AMBIGÜEDAD E INDEFINICIÓN DEL TEXTO CONSTITUCIONAL

Los textos constitucionales por su propia naturaleza de ley básica son necesariamente concisos. A veces el legislador constituyente es intencionalmente conciso bien por la dificultad política de lograr un consenso sobre una regulación más comprensiva, bien con la finalidad práctica de no limitar «a priori» la propia institución regulada sino dejarla abierta a diversas interpretaciones jurídicas y políticas que faciliten su aplicación alternativa.

Viene este preámbulo a cuento de la huérfana de definición o descripción con que aparece la institución familiar en sí en la Constitución española de 1978, al referirse a la protección de la familia a secas aunque haga referencias más concretas a otras instituciones o relaciones jurídicas íntimamente legadas a la misma como el matrimonio, la filiación o la maternidad.

Entre los «principios rectores de la política social y económica» la Constitución española coloca en primer lugar la protección social, económica y jurídica de la familia en el capítulo III del Título I⁵⁹. Dice el artículo 39:

59 Estos «principios deben informar la actuación de los poderes públicos —legislativo, ejecutivo y judicial—, pero sólo limitadamente pueden ser alegados ante los tribunales por los particulares: con sujeción a lo dispuesto en las leyes de desarrollo (Cf. art. 53,3 CE). Hay en la norma un mandato de protección, que aunque primero y fundamentalmente tiene una orientación social, tiene también una traducción económica o en prestaciones materiales, y una traducción jurídica a través de los instrumentos jurídicos necesarios para lograr los aspectos anteriores. Siendo norma programática exige un posterior desarrollo a través de preceptos concretos en que plasme el detalle de aquella protección (Ver MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis: La familia española en la Constitución española, *Revista de Derecho Privado*, noviembre 1981, pp. 966-971).

El matrimonio, por el contrario, se regula entre los «derechos de los ciudadanos» (Sección 2.^a del Capítulo 2.^o) en el artículo 32, y, sin que alcance la protección máxima de los «derechos fundamentales» de la sección 1.^a del capítulo 2.^o (art. 53,2), tiene una protección singular: vinculación para los poderes públicos, reserva de ley respecto a su núcleo esencial, recurso de inconstitucionalidad (cf. art. 53,1).

Y es que la Constitución española distingue entre normas creativas de derecho (Capítulo 2.^o del Título 1.^o) y meros principios rectores (Capítulo 3.^o del mismo Título), regulándose de modo diferente su respectiva eficacia y la tutela judicial que corresponde a unos y otros. La razón del trato privilegiado de la subcategoría de derechos de la Sección 2.^a del Capítulo

«1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, así mismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley *con independencia de su filiación*, y de las madres, *cualquiera que sea su estado civil*. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos *habidos dentro o fuera del matrimonio*, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velen por sus derechos».

Precisamente la familia, institución la más conocida y connatural al hombre, tiene sin embargo unos contornos no muy definidos en cuanto a su extensión personal y contenido jurídico —íntimamente relacionado con su contenido moral—, y que además se presenta, salvando su núcleo esencial, en constante evolución en el tiempo y con una rica variedad de formulaciones en su proyección en el territorio de los diversos países y regiones del globo. Todo ello hace que se haga extremadamente difícil formular una definición de la misma, válida para todos los tiempos y lugares.

Surge así inmediatamente la dificultad de precisar la extensión que tenga la familia en el ordenamiento español en su texto constitucional de 1978, y más concretamente a nuestros efectos precisar si cabe incluir en ella un supuesto de familia extramatrimonial o de hecho.

II es su estrecha conexión con la dignidad de la persona, dice SILVIO BASILE, quien encuentra la razón de que no se adapte esta tutela para las viejas instituciones como la propiedad, la empresa, el *matrimonio* o la *familia*, a pesar de ser instituciones que constituyen el esqueleto tradicional del sistema social, en que no tienen mucho que ver con los principios del artículo 10 (dignidad de la persona), pero en cuanto estas instituciones puedan oponerse a dichos principios la Constitución adopta algunas garantías mínimas como la igualdad de los cónyuges o el divorcio del artículo 32 (BASILE, Silvio: Los «valores superiores» los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas, *La Constitución española de 1978*, dir. por E. PREDIERI y E. GARCÍA ENTERRÍA (Madrid, 1980) 275 ss., en especial 278).

2. PROTECCIÓN DE LAS RELACIONES PATERNOFILIARES, PARTE DE LA FAMILIA

Y lo primero que cabe decir es que si la familia está integrada por relaciones conyugales y paternofiliales, es decir por el vínculo establecido personalmente por sus dos fundadores, hombre y mujer, con una ordenación normal hacia la procreación, y por las relaciones que se derivan de la procreación, cuando ésta se da, entre progenitores y sus hijos, es claro que las relaciones paternofiliares son como la segunda parte de la familia y como su derivación natural y normal, aunque puedan éstas faltar sin menoscabo de la existencia de una familia.

Y siendo ello así es claro también que la familia de hecho o extramatrimonial o natural está expresa, directa y claramente admitida y protegida por la Constitución en cuanto a esa segunda parte de la familia que son los hijos, pues éstos como sus madres gozan de idéntica protección ante la ley con independencia de su filiación matrimonial o extramatrimonial para los primeros o de su estado civil, de casada o soltera, para las segundas (Cf. art. 39,2)⁶⁰, y los deberes de los padres para con los hijos no difieren por razón del origen matrimonial o extramatrimonial de los mismos (Cf. art. 39,3)⁶¹.

Por esta razón algunos distinguen entre familia natural y de hecho, como derivada la primera de la sangre —relaciones paternofiliales— y la segunda de la sola convivencia «*more uxorio*» —relaciones conyugales— para concluir sin matización alguna que la familia de hecho está proscrita por el Derecho y la Ética. Pero la familia en su integridad de pareja y filiación, tiene su fundamento en la naturaleza, en la tendencia natural de hombre y mujer a complementarse y perpetuarse en los hijos, aunque este fundamen-

60 Alguna doctrina canónica, aunque alaba la humanidad de la protección de la madre soltera, se muestra disconforme con la equiparación de la madre soltera a la «maternidad en el matrimonio legítimamente contraído» (Cf. MARTÍN, Isidoro: La familia en la Constitución española de 1978, *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, 1 (Madrid, 1978) 21.

61 Tales son los deberes de alimentos (art. 143, 2 Código civil) educación e instrucción (art. 27, 3.º y 5.º Constitución española) y sucesorios (arts. 807 y 931 C. c.). Ver ESPÍN CÁNOVAS, Diego: Artículo 39. Protección de la familia, *Comentarios a las Leyes Políticas*, dir. por ÓSCAR ALZAGA VILLAMIL 4 (Madrid, 1984) 25 y 31. El principio de igualdad imprime un sentido condicionante o moralizador a las normas que lo aplican al matrimonio (art. 32), a la filiación dentro o fuera del matrimonio y a la maternidad, cualquiera que sea el estado civil de la madre (art. 39,2 y 3) (Ibídem, p. 22).

to natural se refuerce en la relación paternofiliar por razones biológicas y afectivas peculiares. Y aún la familia moderna, reducida su mínima expresión por su carácter nuclear, fruto de la moderna evolución histórica, no se agota en modo alguno en los cónyuges sino que abarca a los hijos, aunque no avance más de este grado primero de parentesco⁶². Cuestión distinta es la de jerarquización o equilibrio entre fin de «bien de los conyuges» y «bien de los hijos»: pues tampoco una concepción exclusiva o preponderantemente biologicista y sexual que acentúa como «fin primario» la procreación puede hacernos olvidar el bien de los propios cónyuges, la «íntima comunión de vida y amor» en que consiste la familia en su fase primera de relación hombre y mujer.

3. CONCEPTO JURÍDICO DE FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

¿A qué familia se refiere el artículo 39 de la Constitución? No es pacífica la doctrina a estos efectos⁶³ ante la dificultad de la indefinición expresa por parte de la Constitución. Desde luego la Constitución no menciona la familia de hecho al no haber recogido el «derecho a las relaciones estables de familia» que figuraba, junto al derecho a contraer matrimonio, en el anteproyecto de Constitución. Ello habría supuesto institucionalizar esas relaciones estables de familia que traen su origen fuera del matrimonio y como un segundo matrimonio.

Al referirse a la familia a secas, sin otra connotación o descripción parece que se trata de un concepto abierto a las diversas clases de familia: la familia legítima, la adoptiva, la natural o de hecho, y por supuesto tanto

62 Con criterio más retringido GARCÍA CANTERO estima que la Constitución en su artículo 39,1 sólo tiene en cuenta la familia basada en el matrimonio, y que no hay en consecuencia una protección constitucional de la familia de hecho «aunque sí una protección del mismo rango para los miembros que aparecen nominativamente en el artículo 39 (madres solteras e hijos nacidos al margen del matrimonio)». Admite que la procreación origina deberes y derechos basados en la naturaleza de las cosas y en último término en el Derecho natural (GARCÍA CANTERO, Gabriel: *Principios generales sobre el matrimonio y la familia, Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dir. por MANUEL ALBALADEJO, 2, 2.ª ed. (Madrid, 1982) 18-19.

63 Ver CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, común y foral 5, Derecho de Familia*, vol. 1.º, Relaciones conyugales, 11.ª ed. (Madrid, 1987) 98-99.

a su primera parte o relación hombre-mujer como en su segunda parte de relación padres-hijos. Puesto que donde la ley no distingue no debemos distinguir. Veamos si es posible deducir de la Constitución un concepto jurídico de la familia y después nos referiremos a un concepto sociológico de la misma.

En el aspecto jurídico si el artículo 39 lo ponemos en relación con el resto de la Constitución, la conclusión ha de ser a favor de la protección de la familia de hecho. Al matrimonio se refiere el artículo 32 de la Constitución, donde queda constitucionalizado como un derecho subjetivo de los ciudadanos partiendo de una realidad natural, la de «hombre» y «mujer»; el precepto resalta la plena igualdad jurídica entre uno y otro, y encomienda y manda al legislador regular sus trazos esenciales en cuanto a formas de matrimonio, edad, capacidad, derechos y deberes de los cónyuges, causas de separación y disolución y sus efectos⁶⁴. A la familia se refiere el artículo 39 en un capítulo distinto, el que lleva por título «principios rectores de la política social y económica», lo que supone un distinto trato constitucional en cuanto a la extensión de su respectiva protección⁶⁵, para asegurar en primer lugar su protección social y luego económica y jurídica⁶⁶.

No se aprecia en la Constitución la relación directa entre uno y otro precepto, entre una y otra institución, pero sí en la consideración tradicional y social, y en la regulación a nivel de ley ordinaria que hace derivar los

64 Conocida es la polémica surgida en el Derecho eclesiástico español a propósito del sistema matrimonial español construible en torno a este artículo en cuanto a si las «formas» de matrimonio se refiere a las meras formalidades de celebración, civil o religiosa en su diversidad, o incluye también el respeto al estatuto propio y sustantivo de cada confesión sobre el matrimonio. La segunda solución (sistema latino) parece ser la del Acuerdo del Estado español con la Santa Sede, pero la Ley 30/1981 de 7 de julio que modifica el Título IV del Código civil parece referirse a una única disciplina sustantiva, la civil, con respeto para la pluralidad de formas religiosas (sistema anglosajón).

65 Véase la nota 59.

66 No ha pasado desapercibida a la doctrina esta desvinculación entre el tratamiento constitucional del matrimonio del artículo 32 y el que el mismo texto fundamental lleva a cabo de la familia. Critican esta desvinculación: ALZAGA, Óscar: (*Comentarios a la Constitución española de 1978* (Madrid, 1978) 285-286) que cita a su favor al canonista DÍAZ MORENO, José María; MARTÍN MARTÍNEZ, I.: (*La familia en la Constitución de 1978*, ct. en nota 60, p. 21) y PORTERO SÁNCHEZ, Luis: (*Constitución y política familiar, El hecho religioso en la nueva Constitución española* (Salamanca, 1979) 294.

«derechos y deberes de los cónyuges» del matrimonio. Es preciso acudir al concepto sociológico de la familia. Nos pone en la pista de ello la misma protección que se presta a la familia por la Constitución que es una protección «social».

Pero antes veamos cómo si nada se deduce en contra de la familia de hecho de los artículos 39 y 32 de la Constitución, su positiva protección puede resultar de otros preceptos constitucionales, como los artículos 1,1.º; 10,1.º; 9,2.º y 16,1.º: conforme al artículo 1,1.º son valores superiores del ordenamiento entre otros la *libertad*, la *igualdad* y el *pluralismo político*, y España se define como Estado *social*. Para el artículo 10,1.º, el fundamento del orden político y la paz social se coloca en la *dignidad de la persona* y el libre *desarrollo de la personalidad*. Según el artículo 9,2.º los poderes públicos deben promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los *grupos* sean reales y efectivos; y el artículo 16,1.º garantiza la libertad ideológica.

La familia de hecho es expresión de la libertad de los individuos, constituye un grupo social⁶⁷ en cuyo seno encuentra desarrollo la personalidad de sus fundadores y de sus hijos, constituye una esfera de libertad concreta que puede contribuir a hacer efectiva la proclamada libertad teórica, y puede ser la plasmación de la libertad ideológica, del sistema de ideas y creencias que con frecuencia informarán la decisión de situarse al margen de la institución matrimonial.

Por último una referencia al proceso de elaboración constitucional. En la

67 En el Derecho italiano, aunque la familia se reconoce como «institución natural y fundada en el matrimonio» según el artículo 29 de la Constitución de 1947, la doctrina encuentra el fundamento de la familia de hecho en su artículo 2, por el que se reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya como individuo, ya en las *formaciones sociales* en las que desenvuelve su personalidad. Según E. FOSAR BENLLOCH los ordenamientos jurídicos occidentales han adoptado una posición tradicionalmente hostil ante la unión libre, pero en la actualidad se va abriendo camino una concepción entre los operadores del Derecho de los países más desarrollados del Consejo de Europa, tendente no a ignorar ni mucho menos a penalizar la unión libre, sino a disciplinarla de algún modo: sea regular aquellos problemas más preocupantes de la unión misma, pero rechazando la fórmula romana de crear una suerte de matrimonio de segundo orden, sea admitir los contratos que entre sí establezcan los concubinos al regular el régimen y las consecuencias de la disolución de la vida en común (*Estudios de Derecho de familia*, 3, *Las uniones libres* (Barcelona, 1985) 114).

elaboración de los dos artículos mencionados relativos al matrimonio (art. 32) y la familia (art. 39) encontramos referencias a la conexión familia matrimonio que no han llegado a los textos definitivos. Aunque adelanto mi opinión de que de estas referencias no pueden extraerse consecuencias definitivas ya en contra de la familia de hecho ya en contra de la familia con origen en el matrimonio.

En la elaboración del artículo 32,1, sobre matrimonio, su precedente el artículo 27 del Anteproyecto de Constitución (BOE de enero 1978) decía:

«A partir de la edad nubil, el hombre y la mujer, tienen derecho a contraer matrimonio y a crear y mantener, en igualdad de condiciones, *relaciones estables de familia*».

En cuyo texto se reconocían dos derechos: el derecho a contraer matrimonio y el derecho a mantener relaciones estables de familia no fundadas en el matrimonio. Pero en el Informe de la Ponencia (BOC 17 abril 1978) se reducen a un sólo derecho, pues ahora el matrimonio es el medio para crear unas relaciones estables de familia; decía su artículo 27:

«A partir de la edad nubil, el hombre y la mujer, en plena igualdad de derechos y deberes, podrán contraer *matrimonio para crear una relación estable de familia*».

Y finalmente para evitar toda confusión con el tema de la indisolubilidad se eliminaron las últimas palabras de la frase en el artículo 31,1 del Dictamen de la Comisión Constitucional del Senado (BOC 6 octubre 1978)⁶⁸.

De este precedente no puede deducirse argumento válido en contra de la familia de hecho, pues la mención explícita a unas relaciones familiares permanentes era lógico que chocara con la mentalidad de otras fuerzas parlamentarias y dificultara el consenso que en general caracteriza a la Constitución en este punto.

Tampoco, por el contrario, me parece que pueda deducirse argumento contrario al matrimonio de la evolución de la elaboración parlamentaria del artículo 39 de la Constitución relativo a la familia. En el Anteproyecto constitucional, artículo 34, se decía a estos efectos.

«Los padres tienen para con los hijos habidos fuera de matrimonio los

68 Ver PRIETO SANCHÍS, Luis: Las relaciones Iglesia-Estado a la luz de la nueva Constitución: problemas fundamentales, *La Constitución española de 1978*, dir. por PRE-DIERI, E. y GARCÍA DE ENTERRÍA, E. ct. en nota 59, pp. 337-338.

mismos deberes que respecto a los habidos en él *sin perjuicio del respeto a la institución familiar*».

La equiparación, pues, de los hijos legítimos e ilegítimos tenía el límite del respeto prevalente al matrimonio. Y esta frase, que dejaba a salvo el respeto debido al matrimonio, desaparece del artículo 35 del Informe de la Ponencia (BOC 17 de abril 1978), lo que alguna doctrina ha interpretado como argumento a favor de la ampliación del término familia⁶⁹, pero no me parece que éste sea argumento válido, pues la supresión de dicho inciso en aras de la misma razón de lograr un consenso en la materia, no significa que la familia de hecho no tenga el límite en nuestro ordenamiento de la familia legítima.

Y lo único que a mi juicio evidencia toda esta polémica parlamentaria es que la cuestión de la familia de hecho y su relación con la familia legítima estuvo en la mente de nuestros legisladores al abordar los temas de la familia y del matrimonio y que optaron por no hacer expresa referencia a la misma, dejando el texto constitucional en una aséptica expresión muy reducida de protección a la familia y de reconocimiento del matrimonio como derecho del ciudadano.

Queda por hacer alusión a una referencia indirecta de otro precepto constitucional a la *familia* como elemento natural y fundamental de la sociedad. Es la referencia del artículo 10.2 de la Constitución a los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos fundamentales suscritos por España, a cuya luz deben ser interpretados los derechos reconocidos por la Constitución. Pues efectivamente el artículo 23,1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1960, ratificado por España el 27 de abril de 1977 reconoce que la familia con aquella caracterización de «*elemento natural y fundamental de la sociedad*», «tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado». Pero de esta fundamentación de la familia en general no se deduce consideración negativa para la familia de hecho con la caracterización y límites con que aquí la concebimos.

69 GÁLVEZ, Javier: Comentario al artículo 39, *Comentarios a la Constitución* dir. por F. GARRIDO FALLA (Madrid, 1980) 478 y nota 7. En el mismo sentido FOSAR BENLLOCH, E.: *Estudios de Derecho de familia*, 3, *Las uniones libres*, ct. en nota 67, p. 139.

4. CONCEPTO SOCIOLOGICO Y ÉTICO DE FAMILIA

En defecto de un concepto jurídico de familia en la Constitución es preciso acudir a un concepto sociológico. Nos invita a ello las mismas normas del Código civil para la interpretación de las normas jurídicas. Cuando fallan el sentido de las palabras en relación con el contexto y los antecedentes históricos y legislativos es preciso acudir a la «realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas», dice el artículo 3,1.º del Código civil español, en su nueva redacción del Título preliminar por Decreto de 31 de mayo de 1974.

Aquí la dificultad vuelve a aparecer porque la referencia al dato sociológico puede venir referido a lo que se considera familia normal prevalente en nuestra sociedad, surgida del matrimonio de los cónyuges con independencia de la procreación⁷⁰ en cuyo caso quedaría excluida la familia de hecho del concepto constitucional de familia; o por el contrario entender que hoy la realidad social abarca no sólo esa familia formal que continúa siendo desde luego la prevalente, sino también la familia de hecho, ante el hecho cada vez más frecuente de tales uniones, y lo que es más importante, la exclusión en la consideración social de notas de condena de la misma como «concubinato contra las buenas costumbres». La conciencia social actual con su sentido igualitario y de justicia me parece que estará de parte del reconocimiento de parciales y peculiares efectos jurídicos a determinadas situaciones que en torno a la misma se plantean como adecuadas a la equidad, como la validez del contrato sobre bienes, reparto de los mismos en caso de separación, indemnización en caso de fallecimiento por accidente culpable provocado por tercero, etc.

En este sentido la Constitución española, según GÁLVEZ, no pretende conformar dicha institución sino formular la cambiante realidad social de la familia para protegerla en función de las funciones sociales que cumple, que son cambiantes y que son hoy las de satisfacción de necesidades comunitarias más elementales del individuo (entre ellas desde luego las efectivas) y las de asistencia y educación de los hijos⁷¹.

⁷⁰ Cf. MARTÍNEZ-CALCERRADA, L.: ob. cit. en nota 59, p. 972.

⁷¹ Cf. GÁLVEZ, J.: Comentario al artículo 39, ct. en nota 9, p. 477. La familia existirá donde quiera que exista un pleno vínculo conyugal o de filiación, aún cuando éste no tenga relación con el estado matrimonial o tenga origen en un hecho ilícito (*Ibidem*, p. 478).

De todas formas es un dato que habría que constatar en la realidad con trabajos de campo, y el autor no puede constatar sino su propia percepción del tema en los diversos ambientes en que se desenvuelve. De hecho conozco familias «de facto» con caracteres de permanencia y «afectio», modélicas en su trato interno y en la educación de los hijos que viven y se comportan como si hubiera contraído matrimonio la pareja, y que se desenvuelven con toda normalidad y consideración en su medio social, aunque es de sobra conocida su peculiar situación.

En relación con esta consideración sociológica de la familia está su aspecto ético, de referencia a las buenas costumbres. Hoy no puede decirse que escandaliza a la conciencia social las situaciones de familia de hecho especialmente si las partes son libres para contraer matrimonio, es decir, si no media impedimento de precedente matrimonio y por lo tanto no sale perjudicado el matrimonio «legítimo». La doctrina civilista, aún la más moderada así lo ha reconocido en España:

«Actualmente, la convivencia duradera entre hombre y mujer fuera del matrimonio no se considera en círculos sociales muy amplios como una infracción de las buenas costumbres», dicen LA CRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA⁷², a no ser que choquen con la moral comúnmente aceptada, que pone como límite el respeto al matrimonio por lo que éste supone de compromiso jurídico y moral de fidelidad⁷³.

Tradicionalmente, por la influencia de la doctrina de la Iglesia y de los cánones del Concilio de Trento que fueron recibidos como leyes del Reino, la jurisprudencia española del Tribunal Supremo valoró negativamente la unión extramatrimonial, calificándola de «concubinato» con el tono peyorativo que tiene entre nosotros tal expresión, y encontró una causa torpe en los contratos celebrados entre «concubinos» por lo que habían de tenerse por nulos conforme al artículo 1.255 del Código civil. Doctrina explicable

72 LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco: *Derecho de familia* (Barcelona, 1984) 683).

73 El límite sin embargo del matrimonio legítimo hay ocasiones en que también debe ser superado: es el supuesto del cónyuge abandonado que toma un nuevo compañero. «En ciertos casos, notoriamente cuando un hombre sin hijos toma a su cargo a una mujer y sus criaturas abandonadas, su decisión es un acto de heroísmo al mismo tiempo que de amor» (TUNC) (LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F.: *Derecho de familia*, ct. en nota 72, p. 583.

en el contexto de la tradicional confesionalidad del Estado español, pero que a partir de 1960 queda esclerotizada en relación con otros países europeos y a partir de 1978, con la nueva Constitución, totalmente desautorizada⁷⁴.

5. CONCLUSIÓN

De las consideraciones que anteceden es clara la conclusión de que la familia de hecho, extramatrimonial o natural, tal como hoy la concibe la doctrina civilista (convivencia «more uxorio» entre un hombre y una mujer con ánimo de permanencia), está expresa, directa y claramente protegida por la Constitución española en cuanto a la segunda parte de la familia que son los hijos y el hecho de la maternidad. Y por lo que se refiere a las partes que originan esa familia de hecho es claro también que quedan incluidas en el ámbito de protección que la Constitución asegura a toda familia sin distinción en cuanto aquélla no formula un concepto jurídico de la familia, en cuyo caso y de acuerdo con las normas de interpretación de las leyes hemos de acudir a la «realidad social» que hoy presta cierto reconocimiento a la familia de hecho, así como a los principios generales del Derecho de justicia y equidad.

A la misma conclusión se llega partiendo de los preceptos constitucionales que garantizan la efectividad de la dignidad y libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, la pluralidad social y la libertad ideológica.

Si bien tanto la protección constitucional como el reconocimiento social tienen su límite en la familia con origen en el matrimonio, de la que se derivan «ventajas para la seguridad y el bienestar de los ciudadanos». Esta familia matrimonial tiene un estatuto delineado básicamente por la Constitución que se remite a la legislación ordinaria para su desarrollo, legislación que tradicionalmente ha regulado con extensión tal familia y matrimonio con normas que son poso de la sabiduría de siglos y fruto en gran parte de la aportación del Derecho matrimonial canónico.

Este límite impediría la aplicación a la familia de hecho del estatuto

⁷⁴ Ver FOSAR BENLLOCH, E.: *Estudios de Derecho de familia*, 3, *Las uniones libres*, ct. en nota 67, pp. 36-39.

matrimonial u otro análogo y de conjunto. Lo que por otra parte iría contra la propia naturaleza de las cosas, porque la familia de hecho es por definición «informal», y también iría contra las pretensiones de las partes que no quieren tal estatuto formal.

La familia de hecho tal como la describe la doctrina civilista tiene sus indudables valores: comunidad de vida y amor, ánimo de permanencia, asunción, junto a las ventajas, de las responsabilidades... Por lo que es preciso acercarse a ella con respeto y no con desprecio, ligereza o ironía.

Salvado el límite de la familia matrimonial la Constitución española de 1978 no es obstáculo alguno, antes bien exigiría aquella protección que la justicia y la equidad demandan para cada situación concreta en que las partes de la familia de hecho o terceras personas se hallan implicadas en sus derechos e intereses, singularmente los de carácter patrimonial. No podría ser de otra manera vistas las conclusiones positivas, aunque matizadas, que con relación a la familia de hecho, llegan la Filosofía y la Ética por un lado y el Derecho civil comparado por otro, y que a su manera acepta también el Derecho de la Iglesia a partir del Concilio Vaticano II para esta «situación irregular» a través de la teoría de las «obligaciones naturales», por razones ahora no sólo de «equidad y justicia» sino de «caridad».

ANTONIO MARTÍNEZ BLANCO
Catedrático de Derecho Eclesiástico