

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



“SEPARACIÓN DE PATRIMONIO EN LA UNIÓN DE HECHO”

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Autor (a):

Bach. Laura Valencia Carranza

Asesor (a):

Mg. Nora Alicia Ibañez Huamán

**Trujillo - Perú
2018**

DEDICATORIA

A mi mamá por apoyarme en todo momento, por su motivación constante que me ha permitido ser una persona de bien.

A mi papá por siempre aconsejarme y orientarme en cada etapa de mi vida.

A mi abuelita Rosita porque desde el cielo sé que cuida de mí.

AGRADECIMIENTOS

A Dios, por guiar mi camino en cada momento de mi vida y haberme dado salud para lograr mis objetivos.

A mis padres, por su apoyo incondicional, por sus consejos y por todo el amor que me brindan.

A mi abuelita Rosita por todas sus enseñanzas y amor que siempre me brindó.

PRESENTACIÓN

Señores miembros del jurado.-

De mi mayor consideración:

Laura Valencia Carranza, Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas de esta superior casa de estudios, cumpliendo con las directrices fijadas para la presentación, aprobación y sustentación de Tesis de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego, tengo el grato honor de presentar ante ustedes el presente trabajo de investigación denominado: **“Separación de patrimonio en la unión de hecho”**, el cual ha sido elaborado siguiendo las pautas metodológicas aplicables a la naturaleza propia de esta investigación.

Por tanto, dejo a su acertado criterio la correspondiente evaluación de esta tesis, esperando que reúna los méritos suficientes para su oportuna aprobación y sustentación.

Asimismo, aprovecho la oportunidad para expresarles las muestras de mi especial consideración y estima.

Atentamente.

Bach. Laura Valencia Carranza

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo general determinar los fundamentos jurídicos por los cuales debe incorporarse el régimen de separación de patrimonio en la unión de hecho.

La investigación es básica y descriptiva, dentro de ese marco se recopiló información doctrinaria, legislativa y jurisprudencial para la elaboración de los capítulos del marco teórico, los métodos generales que se aplicaron fueron el inductivo-deductivo y el analítico-sintético, y dentro de los métodos específicos se emplearon el método dogmático y el exegético, en cuanto a los instrumentos de recolección de datos fueron de utilidad las fichas de registro y de investigación.

En lo que atañe a los resultados más importantes se obtuvo que la familia es un grupo social organizado y una institución social con funciones de formación, socialización y de control social, la constitución vigente regula un pluralismo familiar ya que se reconoce tanto al matrimonio como a la unión de hecho estable como instituciones familiares, sus elementos objetivos son la convivencia, singularidad, publicidad, estabilidad y como elemento subjetivo la manifestación de voluntad, en la legislación nacional solo la sociedad de gananciales en cuanto le sea aplicable existe como régimen único, legal y forzoso para la unión de hecho.

La conclusión principal es que legalmente es posible la incorporación del régimen de separación de patrimonio en la unión de hecho.

Palabras claves: Sociedad de gananciales, separación de patrimonio, unión de hecho.

ABSTRACT

The general objective of this research work is determine the legal bases by which the regime of separation of assets in the de facto union should be incorporated.

The research is basic and descriptive, within that framework doctrinal, legislative and jurisprudential information was compiled for the elaboration of the chapters of the theoretical framework, the general methods that were applied were the inductive-deductive and the analytic-synthetic, and within the Specific methods were used the dogmatic and the exegetical method, in terms of data collection instruments were useful record and research files.

Regarding the most important results, it was found that the family is an organized social group and a social institution with functions of training, socialization and social control, the current constitution regulates a family pluralism since both marriage and marriage are recognized. the union of stable fact as family institutions, its objective elements are the coexistence, uniqueness, publicity, stability and as a subjective element the manifestation of will, in the national legislation only the community of acquisitions as it is applicable exists as a single, legal regime and forced for the de facto union.

The main conclusion is that legally it is possible to incorporate the regime of separation of assets in the de facto union.

Key words: Partnership society, separation of assets, de facto union.

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTOS.....	iii
PRESENTACIÓN.....	iv
RESUMEN.....	v
ABSTRACT.....	vi
TABLA DE CONTENIDO.....	vii
CAPÍTULO I.- Introducción.....	01
1.1.- Planteamiento del problema.....	01
1.2.- Enunciado.....	08
1.3.- Hipótesis.....	08
1.4.- Objetivos.....	09
1.4.1.- General.....	09
1.4.2.- Específicos.....	09
1.5.- Material y procedimientos.....	09
1.5.1.- Material.....	09
1.5.2.- Métodos, técnicas e instrumentos.....	10
1.5.3.- Procedimiento.....	12
1.5.4.- Presentación de los datos.....	12
CAPÍTULO II.- La Institución de la familia como célula básica de La sociedad.....	13
2.1.- Introducción.....	13
2.2.- Regulación normativa.....	14
2.3.- Teorías.....	22
2.4.- Definición.....	24
2.5.- Funciones.....	25
2.6.- Formas de organización familiar.....	26
2.7.- El reconocimiento constitucional de la familia.....	28
CAPÍTULO III.- La unión de hecho a la luz de la doctrina y legislación nacional.....	34
3.1.- Antecedentes.....	34
3.2.- Conceptualización.....	43
3.3.- Clasificación.....	49
3.4.- Principios que lo rigen.....	52
3.5.- Elementos que lo componen.....	54
3.6.- Extinción.....	63
CAPÍTULO IV.- El régimen patrimonial en las uniones de hecho	67
4.1.- El régimen de bienes, patrimonial o económico.....	67
4.1.1.- Aspectos generales.....	67
4.1.2.- Clasificación.....	70
4.2.- El régimen patrimonial en la unión de hecho.....	80
4.2.1.- El régimen vigente de sociedad de gananciales.....	80

4.2.2.- Hacia un régimen de separación de patrimonio.....	83
CONCLUSIONES.....	94
RECOMENDACIONES.....	96
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	97

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1.1.- Planteamiento del problema

La vigente Constitución de 1993 en su artículo 4 referido a los derechos sociales y económicos, establece que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono, así como protegen a la familia y promueven el matrimonio. Pero las familias como señala el artículo 5 de la Carta Magna puede nacer no solo del matrimonio sino también de la unión de hecho de un varón y una mujer que están libres de impedimento matrimonial y que forman un hogar de hecho; dando lugar a lo que se conoce como la existencia de un pluralismo familiar que tiene pleno reconocimiento constitucional; en consecuencia, a las familias que nacen tanto del matrimonio como del concubinato se les debe reconocer efectos personales y patrimoniales, que respondan al mandato de protección constitucional.

En esa línea Plácido, Alex (2017) señala:

“...De acuerdo con lo expuesto, con la Constitución de 1993 la familia puede nacer tanto de un matrimonio como de una unión estable, extendiéndose el mandato de protección constitucional a la familia nacida de ellas. La unión estable por reconocimiento constitucional es productora tanto de efectos personales como patrimoniales, por ello, es la otra fuente de la que surge una familia...”

En el seno familiar, constituye una idea tradicional, que cuando dos personas se juntan para formar una familia (matrimonio o concubinato), lo hacen no solo con la finalidad de unir sus vidas por un sentimiento de afinidad, sino también para compartir aspectos extrapatrimoniales y también aquellos de orden patrimonial. Al respecto la Constitución en su artículo 5 señala que la unión de hecho da lugar a una comunidad de bienes que se conoce con el nombre de sociedad de gananciales, al señalar:

“Artículo 5.- Concubinato

La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”.

Igualmente, esta protección de que en la familia vía unión estable propia opera, ipso iure, una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, lo encontramos normado en el artículo 326 del código civil al señalar:

“Artículo 326.- Efectos de uniones de hecho

La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable,

siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos...”

Ello implica que, en la sociedad de gananciales, los bienes adquirieran ya sea los cónyuges o concubinos en el futuro, sean considerados como bienes comunes o de la sociedad de gananciales, situación que constituye la regla para el caso de los cónyuges, de manera tal que, si los futuros cónyuges no establecen un régimen diferente como es de la separación de patrimonio prescrito en el artículo 327 del Código Civil antes de contraer matrimonio, será el de la sociedad de gananciales aquel que rija su futura vida patrimonial.

Sin embargo, en la unión de hecho esta facultad de elección no se le reconoce u otorga a los convivientes ya que el artículo 326 en su parte in fine del primer párrafo señala de manera imperativa que origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, por lo que se les resta su autonomía privada a los convivientes para expresar su voluntad sobre qué régimen económico seguir.

Al respecto Castillo Freyre, Mario (2017) se pronuncia en favor de otorgar a los concubinos la facultad de optar por el régimen de separación de patrimonios si esta es acordada en documento privado entre las partes por cuanto son los convivientes quienes deben decidir el destino de sus bienes, a pesar de existir un silencio normativo, al señalar:

“...Si de acuerdo con el artículo 326 la unión de hecho genera a partir del segundo año de convivencia los efectos de la sociedad de gananciales, la pregunta que corresponde formular es si resultaría

válido que los concubinos antes de cumplir esos dos años de convivencia otorguen una escritura pública de separación de patrimonio, a efectos de que una vez cumplidos esos dos años su régimen patrimonial no sea el de sociedad de gananciales sino el de separación de patrimonios. A pesar del silencio de la norma, ello es perfectamente posible, ya que la disposición del artículo 326 en torno al régimen patrimonial no constituye un precepto de orden público, siendo impensable que se sostenga que los concubinos carezcan del derecho a escoger el régimen patrimonial que prefieran...”

Varsi, Enrique (2017) en esa misma línea de comentario, acota que la imposibilidad de optar por un determinado régimen económico es una clara desventaja que tiene el concubinato frente al matrimonio al señalar:

“...Se dice, con argumento de iure, que una de las principales desventajas de la convivencia es la imposibilidad de poder optar por un régimen económico pues opera por ley, la sociedad de gananciales y no cabe posibilidad optar por el régimen de la separación de patrimonios o de bienes al ser el artículo 326 del código civil una norma imperativa que no cabe pacto en contra...”

Por su parte Plácido, Alex (2017) resalta que el régimen patrimonial de las uniones de hecho es único y forzoso, al establecer:

“...conforme con el artículo 5 de la Constitución de 1993, la unión estable origina una comunidad de bienes que se sujeta a las

disposiciones del régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable. De ello se deduce, en primer lugar, que el régimen patrimonial de las uniones de hecho es único y forzoso; en segundo término, que ese régimen es el de comunidad de bienes; y, por último, que a esa comunidad de bienes se aplican las reglas del régimen de sociedad de gananciales en lo que fuere pertinente. Esta interpretación del artículo 326 del Código Civil de 1984 se ajusta al principio protector de la unión estable como familia a que se refiere la Constitución de 1993; apreciándose, conforme a dicho mandato de protección, un tratamiento idéntico al del matrimonio en el que los efectos patrimoniales se producen desde la celebración de las nupcias. La comunidad de bienes de los convivientes es un elemento diferenciador que surge de la concordancia de los principios de promoción del matrimonio y de reconocimiento integral de la unión estable; determinándose así que durante la vigencia de esta última aquel régimen patrimonial sea único y forzoso...”

Asimismo, existen otros autores como Aguilar Llanos, Benjamín (2016), Simón Regalado, Patricia y Lastarria Ramos, Edgard (2016) que también se han pronunciado a favor de facultar a los convivientes la opción de poder elegir el régimen económico siempre y cuando se inscriba con las formalidades de ley en el registro correspondiente; y autores como Beltrán Pacheco, Patricia (2016)

sostiene que la viabilidad de facultar a los convivientes la opción de poder elegir el régimen económico se sustenta en razones de tutela jurisdiccional efectiva. En ese contexto compartimos la idea de que es necesario legislar en el sentido de modificar la norma para facultar a los convivientes que cumplen con los requisitos de una unión de hecho, el poder optar libremente haciendo uso de autonomía privada, del régimen que más lo crean conveniente para sus intereses personales, ya que, al ser reconocidos por la Constitución, pero no tener la misma protección que el matrimonio, el optar por la separación de patrimonios puede como señala Castillo Freyre, Mario (2017) garantizar de antemano un seguro de vida, de que todo lo que adquiriera en propiedad cada uno de ellos, sería exclusivamente de él y todos los ingresos que adquiriera fruto de su trabajo o negocios, también le pertenecerán a él, al prescribir:

“...Además, considero que el régimen de separación de patrimonio se convertiría en una suma de previsiones, en donde si bien ambos concubinos llevarían adelante con entusiasmo la empresa del concubinato en strictu sensu, irían constituyendo una especie de seguro, en el caso de que llegue a fracasar el concubinato, de modo tal que si esta situación indeseable se presenta en el futuro, cada uno de ellos habría hecho un patrimonio propio interesante que resultaría, valga la redundancia, exclusivamente propio...”

En la legislación comparada existen países que han equiparado en las uniones de hecho el régimen económico aplicable al matrimonio, así lo resalta Corral Gijón, María (2011) al señalar:

“En el Derecho comparado hay legislaciones hispanoamericanas que permiten, expresa o por asimilación, la aplicabilidad del régimen económico matrimonial existente en el país a la unión de hecho, con remisión genérica a sus normas. Así ocurre en Bolivia, Guatemala, Estados de Hidalgo y Tamaulipas de México, y Panamá. En Paraguay, según su Código Civil de 1987, se considera constituida una sociedad de hecho entre los convivientes. En Venezuela se presume la existencia de una comunidad de bienes, según el artículo 767 de su Código de 1942. Otras legislaciones especifican que los convivientes no tienen derecho alguno sobre el patrimonio del otro integrante de la pareja, tal como se establece en el Estado mexicano de Zacatecas. En otros países se deja al arbitrio judicial resolver las cuestiones que se presenten. El artículo 43 de la Constitución de Cuba establece la posible aplicación por los jueces del régimen económico matrimonial a las uniones de hecho por razones de equidad. En Nueva Gales del Sur (Australia), la De Facto Relationship Act de 1984, otorga a los jueces un gran poder de decisión para distribuir los bienes de los convivientes, según lo estimen justo y en equidad. Asimismo, hay países donde se admiten, a veces con limitaciones, las convenciones previas de las uniones de hecho, siguiendo el patrón de los pactos matrimoniales. Así, el artículo 52 de la Family Law Reform Act de 1978, de Canadá, permite a las parejas heterosexuales, no casadas, pactar su régimen

de vida de modo bastante análogo al de las parejas casadas, regulando las mismas cuestiones que concurren en un contrato matrimonial. En Alemania hay incluso modelos impresos de contratos privados que se pueden adquirir para rellenarlos, en Holanda y Suecia estos pactos pre-unión de hecho son considerados legales y se orientan a través de un contrato atípico de sociedad civil un tanto análogo a las capitulaciones matrimoniales”

Por tanto, lo que se busca con la investigación es plantear la necesidad de modificar el artículo 326 del Código Civil con la finalidad que los convivientes puedan elegir o variar el régimen patrimonial de su unión de hecho, lo que implica la posibilidad de optar por la separación de patrimonio o por la sociedad de gananciales al inscribir voluntariamente su unión convivencial o sustituirla con las mismas formalidades para su inscripción en el momento que crean necesario mediante escritura pública e inscripción en el registro personal, ya que la trascendencia económica debe mantenerse con base en la decisión de las partes (autonomía privada), no debe ser impuesta por ley.

1.2.- Enunciado

¿Debe incorporarse el régimen de separación de patrimonio en la unión de hecho?

1.3.- Hipótesis

Legalmente es posible la incorporación del régimen de separación de patrimonio en la unión de hecho.

1.4.- Objetivos

1.4.1.- General

- Determinar los fundamentos jurídicos por los cuales debe incorporarse el régimen de separación de patrimonio en la unión de hecho.

1.4.2.- Específicos

- Explicar la institución de la familia como célula básica de la sociedad
- Analizar la institución familiar de la unión de hecho en la doctrina y la legislación nacional.
- Estudiar los regímenes patrimoniales y proponer la modificación del artículo 326 del Código Civil para incorporar en la unión de hecho el régimen de separación patrimonial.

1.5.- Material y procedimientos

1.5.1.- Material

A.- Fuentes de consulta

- Doctrina nacional y comparada en materia de familia.
- Legislación comparada en materia civil.
- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- Constitución Política de 1993.
- Código civil de 1984.
- Páginas de internet.

1.5.2.- Métodos, técnicas e instrumentos

A.- Métodos

A.1.- Métodos generales

- **Inductivo-deductivo**

Este método general se aplicó en dos fases; en cuanto a la parte inductiva que va de lo particular a lo general se avocara al estudio de el régimen económico único y forzoso de sociedad de gananciales establecida por el artículo 326 del código civil; para que en su parte deductiva que va de lo general a lo particular se tome los aportes doctrinarios para la modificación del artículo 326 del Código Civil.

- **Analítico-sintético**

Este método se aplicó al estudio de los aportes de la doctrina, legislación y jurisprudencia sobre el régimen económico único y forzoso de sociedad de gananciales establecida por el artículo 326 del Código Civil a la unión de hecho; para ver si es viable proponer la modificación normativa del acotado artículo.

A.2.- Métodos específicos

- **Dogmático**

Este método se aplicó en el desarrollo de los capítulos del marco teórico sobre la familia, la unión de hecho o estable

de los convivientes y el régimen patrimonial, partiendo de los aportes teóricos de juristas, legislación y jurisprudencia.

- **Exegético**

Este método se aplicó para al estudio de la doctrina y la exposición de motivos de las leyes (nacional y comparada) para explicar el régimen patrimonial aplicable en la unión de hecho.

B.- Técnicas

- **Fichaje**

Técnica cualitativa de acopio de datos que se aplicó en las fuentes de información materializadas o desmaterializadas (doctrina y legislación nacional y comparada) sobre el régimen económico único y forzoso de sociedad de gananciales establecida por el artículo 326 del Código Civil a la unión de hecho.

C.- Instrumentos

- **Fichas**

Para el acopio de la información teórica, se emplearon las fichas textuales, de paráfrasis y de comentario redactadas con el estilo APA sobre el régimen económico único y forzoso de sociedad de gananciales establecida por el artículo 326 del Código Civil a la unión de hecho.

1.5.3.- Procedimiento

En la etapa de ejecución del proyecto de investigación se realizaron las siguientes actividades:

- Se elaborarán los formatos de fichas textuales, paráfrasis y comentario en el estilo APA para la ulterior extracción de información de las fuentes bibliográficas.
- Se recopilará información de las fuentes bibliográficas en las fichas textuales, paráfrasis y comentario en el estilo APA.
- Se realizará el análisis y síntesis de toda la información doctrinaria y legislativa recopilada.
- Se elaborará la dispersión temática del contenido de los capítulos del marco teórico respecto de las variables de estudio.
- Se redactarán los capítulos del marco teórico en función de los objetivos específicos.
- Se redactarán las conclusiones y recomendaciones en función de los objetivos específicos.

1.5.4.- Presentación de los datos

El diseño de investigación es cualitativo, donde la investigadora se enfocó en contrastar la hipótesis planteada en base al desarrollo de los objetivos específicos de la investigación.

CAPÍTULO II

LA INSTITUCIÓN DE LA FAMILIA COMO CÉLULA BÁSICA DE LA SOCIEDAD

2.1.- Introducción

Desde la década de los noventa, específicamente a partir de la pacificación interna con el gobierno fujimorista, nuestro país ha transitado acorde con lo reseñado por el PLAN NACIONAL DE FORTALECIMIENTO A LAS FAMILIAS (2013-2021) por varias fases o etapas al explicar que constituyen:

“Una serie de transformaciones demográficas, sociales, económicas y culturales, como el incremento de la urbanización, el descenso de la tasa de fecundidad y mortalidad, postergación del matrimonio y aumento de la convivencia, disminución del número de miembros por hogar, incremento de la incorporación de la mujer en el mercado laboral, mejora de indicadores macroeconómicos, y sobre todo con las técnicas de reproducción humana asistida; los cuales han impactado en las estructuras familiares, ocasionando el surgimiento y aumento de familias monoparentales, ensambladas, etc.”.

Por su parte la jurista chilena Arriagada, Irma et al (2004) en esa misma línea señala:

“La región latinoamericana presenta una diversidad de situaciones en relación con los tipos de hogares y familias existentes: ha crecido el número de hogares en que ambos cónyuges trabajan y se ha producido un incremento en las relaciones prematrimoniales.

Asimismo, ha aumentado el número de uniones consensuales, así como de los casos de dos o más uniones sucesivas que se traducen en distintos arreglos legales y económicos para la crianza de los hijos. Todos estos procesos muestran el fin de un modelo tradicional de familia con un padre como único proveedor económico, una madre ama de casa e hijos dependientes”.

Estos nuevos escenarios sobre la organización y composición de las familias requieren que las políticas de Estado asumido por los gobiernos de turno, reconozcan por un lado la diversidad de formas de organización familiar y sus miembros, así como las diferentes relaciones paterno-filiales que se pueden presentar, con el propósito de asegurar el respeto, protección y exigibilidad de la libertad, la igualdad y la justicia social distributiva.

En este sentido, la tarea del Estado peruano acorde con el PLAN NACIONAL DE FORTALECIMIENTO A LAS FAMILIAS (2013-2021) es el de:

“Proteger y generar condiciones para asegurar el reconocimiento, respeto y ejercicio pleno de los derechos de sus integrantes, en este marco, el Estado considera que se debe potenciar las capacidades de las familias para asumir funciones de formación, socialización, cuidado y protección económica de sus miembros”.

2.2.- Regulación normativa

2.2.1.- En el plano internacional

a.- Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 16:

“1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

Artículo 25:

“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”

b.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 23, incisos 1 y 2:

“1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.”

c.- Convención Americana de Derechos Humanos

Artículo 17, inciso 1:

“1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.”

d.- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Artículo Sexto.

“Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”.

e.- Protocolo de San Salvador

Artículo 15:

“1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien

deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material.

2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna.

3. Los Estados Partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a:

a. Conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y después del parto;

b. Garantizar a los niños una adecuada alimentación;

c. Adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral;

d. Ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.”

f.- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Artículo 10:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.”

g.- Convención sobre los Derechos del Niño

Quinto y sexto considerandos del preámbulo:

“Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad; Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.”

Artículo 5º:

“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada de la

comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.”

h.- Convenio Nº 156 de la OIT

Artículo 3, inciso 1:

“1. Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, cada Miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales.”

Artículo 5:

“Deberán adoptarse además todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para:

- a) Tener en cuenta las necesidades de los trabajadores con responsabilidades familiares en la planificación de las comunidades locales o regionales;
- b) Desarrollar o promover servicios comunitarios, públicos o privados tales como los servicios y medios de asistencia a la infancia y de asistencia familiar.”

2.2.2.- En el plano nacional

a.- Constitución Política del Perú

Artículo 4.

“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.”

b.- Código Civil

Artículo 233.

“La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú.”

c.- Código de los Niños y Adolescentes

Artículo 8.

“El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia.

El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado.

El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos.

Los padres deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral.”

d.- D. Leg. Nº 346, Ley de Política Nacional de Población

Artículo 2.

“El Estado fortalece la familia como unidad básica de la sociedad promoviendo y apoyando su estabilidad y constitución formal. Ejecuta para ese efecto acciones que faciliten a las parejas la toma de conciencia sobre el valor y derechos de los hijos sobre su crianza y socialización como responsabilidad tanto del varón como de la mujer, sobre el trato igualitario de ambos sexos como garantía de una mayor armonía y

estabilidad en el desarrollo de la pareja, para fomentar los lazos de solidaridad entre todos los miembros de la familia.”

e.- Ley Nº 26260, Ley de Protección frente a la Violencia familiar

Artículo 3.

"Es política permanente del Estado la lucha contra toda forma de violencia familiar, debiendo desarrollarse con este propósito las siguientes acciones:

a) Fortalecer en todos los niveles educativos la enseñanza de valores éticos, el irrestricto respeto a la dignidad de la persona y de los derechos de la mujer, del niño, adolescente y de la familia, de conformidad con la Constitución Política del Estado y los instrumentos internacionales ratificados por el Perú.”

2.3.- Teorías

2.3.1.- La familia como unidad natural

Esta teoría a decir de Mesa Castillo, Olga (2004) lo define como:

“La familia como unidad o célula básica y fundamental de la sociedad orientada hacia la reproducción y la asunción de los derechos y deberes que devienen por encargo de la ley, por ende, goza de reconocimiento y protección por la sociedad y el Estado”.

De ello se desprende que la connotación de familia como unidad natural es aquella que surgió antes de las instituciones hoy reconocidas, ya que fue la primera organización social unidos por lazos familiares, de ahí el deber de los Estados de protegerlas y promoverlas.

2.3.2.- La familia como unidad demográfica

La familia como unidad demográfica comunica en donde acontecen los cambios poblacionales y permite que se tomen decisiones políticas que afectan la fecundidad, mortalidad y migración; por lo cual en la práctica se convierte en una unidad de medida para análisis de los hechos demográficos. Sin embargo, nuestra posición es que más que una teoría se le debería tomar como una variable referencial porque gracias a la información que proporcionan en los censos, campañas de salud y otras formas de comunicación se pueden implementar lineamientos y programas estatales.

2.3.3.- La familia como grupo social

Las familias constituyen grupos sociales organizados por personas relacionadas por lazos de consanguinidad y afinidad en donde cada uno de sus integrantes respetando el principio de autoridad asumen funciones que repercuten en el grupo social. En consecuencia, las familias como grupos sociales desarrollan una serie de actividades de orden social, económico, intelectual, consuetudinario, moral y religioso, que deben ser tomados en consideración en la política estatal del gobierno en aras del fortalecimiento de las familias.

2.3.4.- La familia como institución social

Esta teoría a decir de Garrido Gómez, María (2000) expresa que:

“La familia son instituciones sociales que han surgido por el desarrollo histórico para satisfacer de manera organizada las necesidades básicas de las personas, mediante la adopción de normas objetivas y subjetivas que se van transmitiendo de generación en generación, y que ha devenido en la formación de la sociedad actual”.

2.3.5.- La familia como unidad económica

Para esta teoría las familias son unidades económicas donde sus integrantes al cumplir determinada edad, profesión, oficio u ocupación adquieren de manera individualizada, una capacidad adquisitiva para poder solventar sus necesidades básicas; por ello, es menester del Estado velar por sus derechos laborales y que exista un libre mercado con cierto intervencionismo para controlar los precios de los bienes y servicios.

2.4.- Definición

Para este caso tomamos como referencia la definición elaborada por el PLAN NACIONAL DE FORTALECIMIENTO A LAS FAMILIAS (2013-2021) que señala que:

“La familia es por un lado, *un grupo social organizado*, por cuanto está constituido por personas relacionadas por vínculos de consanguinidad, afinidad y/o afecto, donde se da un conjunto de relaciones e interacciones entre sus integrantes en el ámbito de lo

doméstico, organizando la vida cotidiana y la reproducción económica, social y generacional; y por otro lado *es una institución social*, en tanto constituye una red de interrelaciones donde se forman las identidades sociales que interactúa con el universo de lo social en todas sus dimensiones: social, económica, política, ofertando ciudadanos que ejercen esos roles (trabajadores/as, consumidores/as, ciudadanos/as, etc.), y que por lo tanto, también está afectada por factores exógenos a ella”.

2.5.- Funciones

La familia, al margen de los enfoques que se tengan, cumple diversas funciones sociales, cuya valoración pública determina la tutela jurídica de sus integrantes tanto en la constitución como en el Código Civil; en ese sentido, explicaremos aquellas que la doctrina ha estimado principales según Navarro viñuales, José et al (2006):

“La familia cumple varias funciones siendo las más destacadas, la función de equidad generacional que se basa en que los integrantes de la familia se desenvuelven bajo principios de corresponsabilidad intergeneracional y de reciprocidad entre todos los ascendientes y descendientes de un grupo familiar, con la finalidad de mantener la estirpe o linaje que les caracteriza; la función socializadora y formadora, en donde la familia como organización social vela por la educación de todos sus integrantes en igualdad de condiciones sin ninguna discriminación por sexo o edad, para que puedan

integrarse a la sociedad en las mejores condiciones y puedan contar con las herramientas necesarias para alcanzar el éxito profesional o personal; y la función de control social en donde la familia ejerce esta función desde el primer momento en que se constituye como tal imponiendo sus reglas para todos los integrantes con la finalidad de mantener un orden y el respeto de la autoridad a nivel interno, pero igualmente les orientan sobre las conductas que deben adoptar al insertarse en la sociedad acorde con las leyes imperantes, ya que las sanciones por las faltas cometidas no son las mismas que las que impone la familia a sus integrantes”.

2.6.- Formas de organización familiar

2.6.1.- Familias monoparentales

Esta familia es producto de la evolución de la sociedad, en ese sentido

Grossman, Cecilia. (2008) señala:

“Son aquellas familias que han surgido en las últimas décadas y hoy por hoy constituyen un gran porcentaje en los países de América Latina, como expresiones de esta forma familiar se puede señalar a las familias con un solo padre o madre, ello debido al aumento de las separaciones de hecho y divorcios, las migraciones y en especial al movimiento de liberalización femenina, donde la mujer se considera capaz de desarrollar cualquier actividad en igualdad que los hombres, ello incluye, la manutención de un hogar.

2.6.2.- Familias ensambladas

También este grupo familiar es consecuencia de la evolución de la interrelación de las personas en la sociedad, al respecto Navarro Viñuales, José et al. (2006) expresa:

“La familia ensamblada es una expresión de las nuevas formas de organización familiar, en la cual las parejas que deciden vivir juntos traen al nuevo hogar su descendencia propiciada por relaciones o uniones anteriores formales o informales con la finalidad que vivan en armonía dentro del nuevo grupo familiar, en esta nueva forma familiar reestructurada abarca a los viudos, divorciados, separados de hecho”.

2.6.3.- Familias adoptivas

Son aquellas familias en donde sus integrantes (padres-hijos) se encuentran unidos por un vínculo de afectividad, y en donde asumen su rol por el cariño que le tienen al niño, en el caso de estar ya nacido, o porque ellos lo desearon desde un principio (formación del embrión) como sucede con el caso de la maternidad sustituta.

2.6.4.- Uniones tempranas o familias precoces

Se encuadran en este bloque a las familias que se forman como consecuencia de las uniones de hecho o convivencia reconocida en la constitución o el matrimonio entre personas adolescentes de corta

edad, se presenta con mayor frecuencia en las regiones de la sierra y selva y en algunas zonas rurales de la costa peruana.

2.7.- El reconocimiento constitucional de la familia

2.7.1.- El pluralismo familiar

A tenor de lo prescrito por los artículos 4 y 6 de la Constitución que prescriben:

“Artículo 4.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”.

“Artículo 6.- Política Nacional de población. Paternidad y maternidad responsables. Igualdad de los hijos

La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación, la información adecuada y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. Es

deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad”.

Se puede colegir, realizando una interpretación sistemática de las normas, que la familia está intrínseca y esencialmente determinada por el cumplimiento de fines familiares como es el hecho de la afectividad y las consiguientes relaciones de paternidad, maternidad y filiación, para lograr el bienestar de todos sus integrantes, especialmente de los niños y adolescentes, la madre y el anciano. Igualmente, se deduce que el artículo 4 de la Carta Magna se sustenta en ciertos perfiles básicos suficientemente determinados, y no cualquier género de asociación, reunión o convivencia, ya que al promover el matrimonio busca la estabilidad, en consecuencia, cualquier unión no puede ser catalogada como familia y merecedora de protección como tal, en ese mismo sentido Plácido, Alex (2017) acota:

“La noción constitucional de familia no alude pues, esencialmente, a una simple unidad de convivencia más o menos estable, por muy basada en el compromiso de mutua ayuda que pueda estarlo. No se refiere a simples relaciones

de afecto o amistad y apoyo mutuo, aunque ciertamente las implique derivadamente, como consecuencia natural de los vínculos de parentesco que le son propios y exclusivos. Todo intento de "ensanchar" lo familiar a vínculos no relacionados con el cumplimiento de fines familiares debe considerarse inconstitucional, incompatible con el deber de protección jurídica de la familia que impone el artículo 4, sin perjuicio de las extensiones analógicas que siempre habrán de mantener esta relación esencial. Todo ello excluye obviamente la legitimidad de cualquier tratamiento legal o jurídico de la familia en nuestro ordenamiento que lo desconecte completamente de su presupuesto constitucional básico. Podrán darse como se han dado tradicionalmente y se dan en el derecho civil vigente, algunas ampliaciones analógicas de las instituciones tendientes a proporcionar una familia a quien, por causas naturales o por irregular práctica de la generación, carece en rigor de ella o la que tiene no puede cumplir sus funciones esenciales adecuadamente, lo que obviamente será de particular aplicación a los menores, como sería el caso de la adopción. Pero tales ampliaciones solo podrán justificarse sobre la base precisamente del mantenimiento de la estructura esencial de toda la familia, que deriva

precisamente de las condiciones en que se produce la afectividad y el consiguiente proceso de crianza, atención y educación de la nueva persona humana”.

El deber constitucional que impone el artículo 4 al Estado a través de sus instituciones es el de proteger a la familia, evitando precisamente el desamparo de cualquiera de sus integrantes; y al ordenar que, en este campo y el que le rodea, solo la familia goce de la adecuada y suficiente protección y que ello guarda relación con el matrimonio, prohíbe en contrario sensu, que se brinde similar protección a estructuras sociales distintas que traten de realizar más o menos total o parcialmente sus mismas o análogas funciones.

2.7.2.- La unión de hecho como institución familiar

El reconocimiento constitucional de la unión estable o concubinato se encuentra prescrito en el artículo 5 que señala:

“Artículo 5.- Concubinato

La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”.

Acorde con ello, la familia puede nacer tanto de un matrimonio como de una unión estable o concubinato, extendiéndose el mandato de protección constitucional a la familia nacida de ellas.

Esta inclusión en la Constitución de 1993 obedece a que el artículo 15 del protocolo de San Salvador del 17 de noviembre de 1988 atendiendo a la nueva coyuntura de la evolución de los derechos humanos, precisó que toda persona tiene derecho a constituir familia, el que se ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna; con lo cual el Perú al haber suscrito la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales, estaba obligado a adecuar su constitución en ese sentido, con lo cual se desvincula por completo el concepto de familia a la del matrimonio, lo cual obliga a todo operador jurídico que las disposiciones del Código Civil de 1984 deben ser releídas conforme a la constitución de 1993; en esa línea de comentario Plácido, Alex (2017) expresa:

“La familia que la Constitución ordena proteger es la que nace tanto del matrimonio como de la unión estable. Existe, pues, pluralismo familiar. En ese sentido, a la familia que nace de ambos institutos se le debe reconocer los efectos personales como patrimoniales que respondan al mandato de protección constitucional. El matrimonio como institución debe ser promovido por mandato constitucional, a partir de ello debe considerarse al matrimonio como la principal fuente de la que surge una familia, pero no significa que sea la única fuente. La unión estable por reconocimiento constitucional es productora de efectos

personales como patrimoniales, y, por ello, es la otra fuente de la que surge una familia. Sin embargo, desde que el matrimonio debe ser promovido, se advierte que se encuentra en un lugar de mayor consideración respecto de la unión estable, dentro de la jerarquía de valores constitucionales. A partir de ello, es claro, que, desde la perspectiva constitucional, el matrimonio y la unión estable no se encuentran en un mismo plano de igualdad; siendo una manifestación de esa diferencia el referido a los mecanismos que se prevean en la ley para acceder a los efectos personales como patrimoniales que respondan al mandato de protección constitucional de la familia”.

CAPÍTULO III

LA UNION DE HECHO A LA LUZ DE LA DOCTRINA Y LEGISLACION NACIONAL

3.1.- Antecedentes

3.1.1.- Históricos

En el Derecho antiguo, la unión de hecho o concubinato; había sido reconocido como una institución legal; es así como se encuentra expresamente plasmado en el Código de Hammurabi, sabiendo que este Código es uno de los más antiguos y mejores conservados.

Es por ello que Bossert, Gustavo (2011) señala que:

“En el Derecho romano el concubinato fue regulado por Octavio Augusto. En la Era cristiana se aprobaron las leyes de Iulia de maritandis, papia poppaea y con la ley Iulia de adulteris se distinguió el concubinato de las diferentes uniones extramatrimoniales”.

Es decir, comentando lo esbozado por el jurista, Augusto otorgó la condición de estado legal al concubinato. Estableciéndose ello con ciertos requisitos para que encuadre en la figura llamada concubinato o unión de hecho, para ser considerados como tales; las personas debían ser púberes es decir sin vínculo de parentesco, afín o consanguíneo, además de ello debían tener la condición de solteros, viudos o divorciados es decir sin impedimento para formar un concubinato. Cabe mencionar que en aquel entonces la mujer tenía que pertenecer a la clase social baja para formar parte de esta figura.

De otro lado, en el Derecho Germano, las uniones de hecho o concubinato estaban permitidas solo en cuanto las personas eran libres, es decir que a pesar de las oposiciones presentadas por parte del cristianismo (iglesia católica); las uniones de hecho subsistieron de una manera creciente en la sociedad, sin repercusiones a la inmoralidad que esto representaba para la mayoría cristiana; en ese sentido Cornejo, Héctor (1985), refiere:

“En España había tres clases de enlaces de varón y mujer autorizados o tolerados por la ley: el matrimonio de bendiciones, celebrado con las solemnidades de derecho y consagrado por la religión; el matrimonio a juras o juramentado, que era legítimo pero clandestino; y la barraganía, que era propiamente un contrato de amistad y compañía, cuyas principales condiciones eran la permanencia y la fidelidad”

Sin embargo, para el Derecho canónico; el concubinato requería de cierto reconocimiento y regulación para que de cierta manera exista seguridad y estabilidad en la relación de vivencia extramatrimonial, aunque Bossert, Gustavo (2011) expresa que:

“El Derecho canónico aceptó el matrimonio presunto que era el acuerdo entre hombre y mujer para unirse. Posteriormente, con el Concilio de Trento, se prohíbe este matrimonio y se establece la obligatoriedad de contraer

matrimonio ante el párroco y en ceremonia pública, creándose los registros parroquiales y, en concordancia con esta nueva política, se prohibió el concubinato adoptándose penas severas como la excomunión y señalización de herejía”

Es así que el Código de Napoleón de ningún modo acepto la regulación del concubinato porque consideraba que este netamente constituía un acto inmoral.

3.1.2.- En el derecho nacional

El ordenamiento peruano, contempla esta figura de unión de hecho puesto que son prácticas que han existido desde tiempos muy remotos como lo es desde el incanato, puesto que las diferentes culturas preincaicas como Chavín, Tiahuanaco, Mochica, Chimú, Nazca y Paracas estuvieron regidas por normas consuetudinarias, es decir se regían por la costumbre que consistía en las acciones repetidas y que se cumplían o respetaban a cabalidad. Como bien se sabe la organización familiar fue el ayllu, pues consistía en el conjunto de familias que se encontraban unidades por tradiciones, costumbres e intereses económicos en común, es así que Peralta, Rolando (2002) describe que:

“Esta situación se producía porque descendían de antepasados comunes, hablaban el mismo dialecto, adoraban a los mismos dioses, estaban atados a la tierra y al trabajo colectivo y descendían de un mismo tronco: el

tótem. La organización familiar pre inca no solo se basaba en el ayllu, sino, también, en el patriarcado con rezagos de matriarcado, con formas matrimoniales exogámicas y endogámicas; inclusive, existían modos de relación de pareja como el servinakuy”.

3.1.2.1.- En el incanato

Por cultura general se sabe que el inca practicaba la poligamia que se traducía en la facultad que tenía para poder estar con varias mujeres incluyendo a su propia hermana; en ese sentido Castro, Evelia (2014) señala:

“El inca practicaba la poligamia e, incluso, podía contraer matrimonio con su hermana a fin de conservar la pureza de sangre. A la nobleza inca también le era permitido contraer matrimonio poligámico. Cada cierto tiempo, el inca casaba a los nobles en la ciudad del Cuzco. El soberano se colocaba en medio de los contrayentes, los llamaba y los tomaba de la mano para juntarlos. Este matrimonio se denominaba entregados por las manos del inca y sus esposas eran mujeres legítimas. El matrimonio del pueblo era monogámica y tenía como finalidad la asistencia recíproca. Su característica era la indisolubilidad.

Para algunos autores, la finalidad del matrimonio respondía a intereses económicos como la extensión de la propiedad o la conservación del usufructo de tierras de la comunidad. El interés del Estado incaico en dichas uniones maritales era formalizarlas a través del gobernador con el afán de recibir tributos y contribuciones”.

3.1.2.2.- En la colonia

En esta etapa de la conquista española se resalta las uniones que se originaron entre los españoles y los indígenas a pesar de los castigos y sanciones que se establecían, al respecto Díaz Valdivia, Héctor (1993). Señala que:

“Las uniones de hecho en la época de la Colonia tuvieron su origen en la desigualdad social debido a que los españoles no podían casarse con las mujeres de la cultura incaica. Sin embargo, no había nada que les impidiera amancebarse con ellas, ni siquiera el temor a la Santa Inquisición”.

Asimismo, en la colonia se establece la religión católica la cual establecía la monogamia, para lo cual al tener presente que los incas venían de una costumbre poligámica, se busca solucionar los conflictos de esta costumbre, reconociendo plena validez al

primer matrimonio, en esa línea Valverde, Enrique (1942) acota que:

“En la época de la Colonia, los conquistadores se encontraron frente a una realidad social incaica que había que conciliar con el cumplimiento de las prescripciones de la Iglesia católica incorporadas al Derecho. El primer problema fue la convalidación, dentro de las normas canónicas, de los matrimonios ya contraídos por los indios, teniendo en cuenta que en la casi totalidad de aquellas regiones existía la poligamia. Cuando se convertían al catolicismo, el problema que se planteaba era determinar cuál de las esposas tenía más derecho. El pontífice Paulo III trató de resolver este conflicto declarando que en estos casos debía considerarse como legítima a la mujer con la que inicialmente se hubiera contraído enlace matrimonial”.

3.1.2.3.- En la república

En esta etapa se resalta los aportes Reinoso de Solari, Martha (1987) quien señala puntualmente antecedentes normativos que hacen referencia a la unión de hecho o concubinato como son la ley 13517 de 1961 y la ley 17716 de 1969 y el decreto ley 29598 de 1974, al expresar que:

“La Ley 13517 (1961), Ley de Barrios Marginales o Barriadas, indica que cuando el adquiriente de un lote marginal, que, sin estar casado, esté ocupándola con una mujer con la cual hace vida marital y que no tenga impedimento de casarse, el bien será de ambos, para lo cual se expedirá el título a nombre de los dos (art. 39). La Ley 17716 (1969), Ley de Reforma Agraria, se refería a la compañera permanente como beneficiaria de la adjudicación gratuita de la unidad agrícola familiar en caso muriera el adjudicatario sin haberla cancelado. El Decreto Ley 29598 (1974), Empresas de Propiedad Social, indicaba que los certificados de retiro serán transferidos a la conviviente que mantiene estado de permanente compañera del causante y siempre que se encuentre registrada en la ficha del trabajador.

Por su parte Valverde, Enrique (1942) desde una perspectiva histórica resalta que en esta etapa las uniones de hecho estaban sancionadas penalmente, pero ello no fue óbice para que desaparezcan, al expresar:

“Las fuentes de derecho familiar después de la independencia fueron principalmente la legislación

castellana, el Derecho canónico y el Concilio de Trento. La unión de hecho subsistió como una situación efectiva y con innegable difusión, sin que tuvieran eficacia para hacerla desaparecer, las sanciones de carácter penal dictadas en la época republicana, que en su norma disponían que «el marido que incurra en adulterio, teniendo manceba en la casa conyugal, será castigado con reclusión en segundo grado; y, con la misma pena en tercer grado, si la tuviese fuera». En cambio, no se consideraba como delito la unión de hecho de las personas libres”.

A la luz de los antecedentes se puede constatar que la unión de hecho ha estado presente siempre, pero su reconocimiento se da recién con la constitución de 1979 y el artículo 326 del Código Civil vigente, y alcanza su plenitud como familia que merece protección constitucional con la Carta Magna de 1993. Actualmente la regulación de la unión de hecho ha sido materia de modificaciones con la ley 30007 “Ley que modifica los artículos 326, 724, 816 y 2030 del código civil, el inciso 4 del artículo 425 y el artículo 831 del código procesal civil y los artículos 35, 38 y el inciso 4 del artículo 39 de la ley 26662, a fin de reconocer derechos sucesorios entre los miembros de

uniones de hecho”, en ella se describe de manera clara y concisa los deberes y derechos que estos se deben de manera mutua obviamente siempre y cuando cumplan con ciertos requisitos taxativamente prescritos, además de reconocerles derechos sucesorios en sus artículos 3 y 4 que prescriben:

“Artículo 3. Reconocimiento de derechos sucesorios

Para los efectos de la presente Ley, se reconocen derechos sucesorios a favor de los miembros de uniones de hecho inscritas en el Registro Personal, de conformidad con lo establecido en el artículo 49 de la Ley 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, o reconocidas por la vía judicial.

Sin perjuicio de antes establecido, el integrante sobreviviente puede solicitar el reconocimiento judicial de la unión de hecho si antes del fallecimiento del causante no se hubiera realizado la inscripción registral indicada en el párrafo anterior.

Artículo 4. Incorporación de texto en el artículo 326 del Código Civil

Incorporase al artículo 326 del Código Civil, como último párrafo, el texto siguiente: "Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el presente artículo producen, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios, similares a los del matrimonio, por lo que las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge."

3.2.- Conceptualización

El concubinato desde tiempos muy remotos en algunos territorios no ha sido aceptado; puesto que la iglesia católica funda la familia en el matrimonio, ante ello el cristianismo consideraba al concubinato o unión de hecho como la práctica que atenta contra la moral y las buenas costumbres, mientras que otros señalan que lo inmoral es pasar por alto una situación que desde ya resulta innegable; puesto que las cifras de convivencia en nuestra sociedad a la luz de las estadísticas, son bastante elevadas.

En ese sentido, la existencia de la unión de hecho o concubinato es innegable, a nivel normativo se puede constatar alguna definición referencial en el artículo 9 de la Constitución de 1979 que por primera vez lo regula al prescribir:

“Artículo 9

La unión establece de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable”.

Este concepto básico es ampliado con lo regulado por el código civil de 1984 que prescribe:

“Artículo 326.- La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.

La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos

que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales.

Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indevido”.

Posteriormente la Constitución de 1993 en su artículo 5 también lo define en términos casi similares a la constitución anterior al señalar:

“Artículo 5.- Concubinato

La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”.

Pero se resalta que la constitución vigente no se hace mención al plazo o término de la comunidad de vida; sin embargo, el hecho de que no se haya pronunciado no significa que esta convivencia no deba tener un mínimo de vida en común; además, el Código Civil sí se pronuncia, fijándola en dos años como mínimo, además señala las causales de término del concubinato, así lo refiere al mutuo acuerdo, muerte, ausencia, y decisión unilateral de uno de ellos, la misma que debemos entender como el abandono injustificado, y en este último caso concede al abandonado un derecho opcional de alimentos o en su defecto la indemnización; por último, se pronuncia por el concubinato amplio a quien sólo le concede como derecho, la acción de enriquecimiento indevido, si es que uno de ellos se enriqueció a costa del otro.

En la doctrina se hace referencia primero con respecto a su origen etimológico, quien, a decir de Reyes, Nelson (2002) implica:

“Etimológicamente el término concubinato deriva del latín concubinatus, del verbo infinitivo concubere, que literalmente significa dormir juntos o comunidad de lecho”.

Su origen etimológico en el plano nacional como bien lo refiere Cornejo, Héctor (1999) al señalar:

“El concubinato o unión de hecho adopta diferentes nombres, como warmichakuy en el Cusco; ujtasiña y sirvinakuy en parte de Puno; uywanakuy, servinaki o rimaykukuy en Ayacucho; phaway tinkuska en Apurímac; champatiqraqchay en Huancavelica; muchada, civilsa o civilia en Junín; la pañaca sirvinakuy o sirvicia en Huánuco; mushiapanaki, tinkunakuspa, watanacuy, taatsinakuy, mansiba o sirvinakuy en Áncash, entre otros”.

Entrando a la conceptualización de la unión de hecho se tiene a juristas como Bittencourt, Edgard de Moura (1975) quien no distingue la unión estricta de la amplia al señalar:

“El concubinato es la unión estable, en el mismo o diferente techo, entre el hombre y la mujer que no están conectados por el matrimonio”.

Para Zannoni, Eduardo (1990) ya distingue las clases de uniones de hecho al establecer que es aquella que tiene potencial para casarse al expresar:

“El concubinato es la unión estable de un hombre y una mujer en estado conyugal aparente o, de hecho, esto es sin atribución de legitimidad, pero con aptitud potencial a ella”.

Por su parte Pereira, Áurea (2008) al definir la unión de hecho da un concepto general al abarcar tanto la unión estricta como la amplia al acotar que:

“La unión de hecho es la unión libre establecida entre personas de distinto sexo, no vinculados por lazos de matrimonio, y que están juntas sin ningún tipo de sumisión a las normas legales”.

Nader, Paulo (2008) distingue la unión de hecho del concubinato al señalar claramente que:

“La unión estable y el concubinato se diferencian en un punto fundamental: hombre y mujer son libres, pueden casarse entre sí o, por lo menos uno de ellos, mientras que en el concubinato existen impedimentos matrimoniales”.

Varsi Rospigliosi, Enrique (2011) también lo define en un sentido amplio al expresar:

“La unión estable es aquella entre varón y mujer que, sin haber seguido las formalidades que supone el acto matrimonial, sostienen entre sí una convivencia semejante a la marital, con impedimentos legales o sin ellos, manteniendo una comunidad de vida”.

De manera más explícita Amado Ramírez, Elizabeth (2013) lo define:

“Es una unión de hecho o fáctica, por la cual un hombre y una mujer conviven sin estar casados legalmente, o sea sin constituir una

unión legal o de derecho, como sí lo es el matrimonio, aunque actualmente produce algunos efectos legales, debido a la gran cantidad de parejas que optan por no casarse y prefieren vivir juntos, pero sin atadura legal, tal vez por el costoso trámite de divorcio si la pareja no llegara a funcionar, o simplemente por no creer en la institución matrimonial”.

En esa misma línea Aguilar Llanos, Benjamín (2014) lo conceptualiza según la Constitución al señalar:

“La unión de hecho implica, vida en común, cohabitación entre un hombre y una mujer, asumiendo las responsabilidades propias del matrimonio, y en donde las características de la comunidad de vida, permanencia, estabilidad, singularidad, notoriedad se dan; ahora bien, en doctrina a esta unión de hecho se le denomina concubinato, término éste que deriva de concubena, que etimológicamente significa dormir juntos. El concubinato que reúne todas las características que exige la Constitución en su artículo 4 y el Código Civil en su artículo 326, gozan de los beneficios que otorga la ley, y que se circunscriben a la equiparidad de la sociedad de bienes que se genera en el concubinato y el régimen de sociedad de gananciales”

En la jurisprudencia nacional también el Tribunal Constitucional ha definido en su expediente N° 06572-2006-PA/TC del 6 de noviembre del 2007, lo que se

entiende por una unión de hecho, haciendo referencia al hogar de hecho, al señalar en sus considerandos lo siguiente:

“La unión de hecho es aquel que comprende compartir habitación, lecho y techo; es decir, que las parejas de hecho lleven su vida tal como si fuesen cónyuges, compartiendo intimidad y vida sexual en un contexto de un fuerte lazo afectivo. Sostiene que las implicancias de ello se verán reflejadas en el desarrollo de la convivencia, que deberá basarse en un clima de fidelidad y exclusividad; excluyendo de la definición a los convivientes casados o que tengan otra unión de hecho”.

En conclusión, la unión estable o concubinato es aquella entre varón y mujer que, sin haber seguido las formalidades que supone el acto matrimonial, sostienen entre sí una convivencia semejante a la marital, con impedimentos legales o sin ellos, manteniendo una comunidad de vida.

3.3.- Clasificación

En la doctrina se establece diferentes posiciones, para unos existen dos clases respecto a la unión de hecho amplia y la otra restringida, en ese sentido Cornejo Chávez, Héctor (1999) señala:

“Existen dos acepciones de la palabra concubinato; una amplia y otra restringida. En el primer sentido, el concubinato (unión de hecho) puede darse entre personas libres o atadas por vínculo matrimonial con distinta persona, tengan impedimento para legalizar su unión o no lo tengan, sea dicha unión ostensible o no lo

sea, pero siempre que exista un cierto carácter de permanencia o habitualidad en la relación. Quedan, en consecuencia, excluidos del concubinato la unión sexual esporádica y el libre comercio carnal. En sentido restringido, el concubinato puede definirse como «la convivencia habitual, esto es, continua y permanente, desenvuelta de modo ostensible, con la nota de honestidad o fidelidad de la mujer y sin impedimento para transformarse en matrimonio», de donde se infiere que no se considera incluida la relación sexual esporádica y el libre comercio carnal y la convivencia violatoria de alguna insalvable disposición legal relativa a los impedimentos para contraer matrimonio”

Para Vásquez García, Yolanda (1998) la normatividad civil define dos clases de concubinato:

“a. Concubinato propio. El artículo 326 dice que: «la unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libre de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio origina una sociedad de gananciales, en cuanto le fuera aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos (...)». b. Concubinato impropio. El artículo 402, inciso 3, prescribe que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales. Vásquez sostiene que el primero tiene los

efectos jurídicos de una sociedad de bienes; y el segundo, la acción de enriquecimiento indebido”.

Otros autores como Cornejo Fava, María (2000) identifica cuatro clases de uniones de hecho o concubinatos al expresar:

“(a) los casos de concubinato strictu sensu, es decir, aquellos en que un varón y una mujer que no son casados, pero que legalmente podrían casarse, hacen vida de tales; (b) los casos de convivencia marital entre personas que están impedidas legalmente de contraer matrimonio que, sin embargo, son de concubinato lato sensu; (c) los casos de matrimonio exclusivamente católico que, a partir de 1930, son considerados como concubinatos; (d) los casos del llamado servinakuy u otras denominaciones, practicados por los campesinos indígenas de la sierra central y meridional del país”.

En la jurisprudencia nacional también se ha diferenciado dos clases de uniones de hecho, así tenemos que el Tribunal Constitucional en su expediente N° 06572-2006-PA/TC del 6 de noviembre de 2007, entre sus fundamentos hace la distinción entre concubinato en sentido estricto y amplio, al señalar:

“El primero de ellos supone que los individuos que conforman las uniones de hecho no tienen impedimento alguno para contraer matrimonio. Es decir, se encuentran aptos para asumir el matrimonio. En cambio, el segundo caso abarca a aquellas parejas que no podrían contraer nupcias debido a que uno de ellos o los dos

tienen ya un vínculo matrimonial con tercera persona o se encuentran impedidos de casarse por cualquier otra causal”.

A manera de conclusión se puede expresar que la unión de hecho propia o pura es la relación entre un hombre y una mujer, que siendo libres de impedimentos ya sea porque son solteros, viudos o divorciados deciden hacer vida en común sin formalizar legalmente dicha unión de hecho o comúnmente conocida como concubinato; mientras que la unión de hecho impropia hace referencia cuando uno o ambas personas que conforman la unión de hecho o concubinato tienen algún impedimento para contraer matrimonio, pero deciden vivir juntos.

3.4.- Principios que lo rigen

La constitución en su artículo 5 y el Código Civil en su artículo 326 establecen que para ser reconocida una unión de hecho se requiere que deba alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, esto en la doctrina se conoce la teoría de la apariencia matrimonial, ello implica que la pareja extramatrimonial debe cumplir finalidades y deberes semejantes a los del matrimonio, para que su unión realizada voluntariamente por ambos, sea equiparable con la institución del matrimonio; de alcanzar ese reconocimiento constitucional como una forma del pluralismo familiar, le asiste los principios del derecho de familia, que en palabras de Varsi, Enrique (2011) los clasifica de la siguiente manera:

“a) Reconocimiento de la unión estable: Estas uniones, dada su trascendencia fáctica, deben ser reconocidas por los ordenamientos jurídicos, regulando las relaciones personales,

patrimoniales y lo relativo a la filiación. En virtud de este principio se logra no la promoción de las uniones estables, sino la tutela y el amparo de estas, recogiendo jurídicamente estas instituciones dada su trascendencia en la práctica. b) Limitación a la autonomía de la voluntad: No es de aplicación este principio, en cuanto la duración de la convivencia está sujeta a la libre determinación de las partes; siendo, por el contrario, la manifestación más excelsa de la irrestricta autonomía de la voluntad de las partes. c) Protección de la familia: La Constitución y el Código Civil al reconocer que el matrimonio y la unión de hecho son fuentes generadoras de familia, otorgan plena protección a ambas figuras jurídicas. La familia que surge a partir de las uniones estables debe ser protegida y tutelada. d) Promoción del matrimonio: Este es un principio que es constitucionalmente reconocido. Desde esta perspectiva, considerando la promoción como un incentivo, a las uniones de hecho no le es aplicable. Sin embargo, es de reconocer que la conducta pasiva del Estado y los altos costos del matrimonio civil, constituyen barreras que, de manera indirecta y no querida, propician la proliferación de uniones libres. Dentro de este contexto, la creación de Registros de Convivientes en algunos gobiernos locales, si bien es un avance, no constituye más que una prueba sin efectos, si no ha sido legalmente declarada dicha unión a través de la sentencia judicial o su reconocimiento notarial. e)

Principio de igualdad: El artículo 6 de la Constitución de 1979 consagró por primera vez la igualdad de los hijos al señalar "Todos los hijos tienen iguales derechos. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad". Situación que se hizo extensible a los hijos nacidos de las uniones estables y que acabó con la estigmatización de consignar en la partida de nacimiento si eran o no legítimos por provenir de uniones matrimoniales o convivenciales. f) Protección a los menores e incapaces: Todas las relaciones parentales y de amparo como son los alimentos, patria potestad, curatela y consejo de familia le son aplicables a los hijos nacidos de uniones de hecho, independientemente que dichas relaciones tengan o no impedimento matrimonial. Situación que consagra el principio de igualdad de derechos de todos los hijos".

3.5.- Elementos que lo componen

3.5.1.- Elementos objetivos

a.- Convivencia

Este elemento es un requisito factico que implica la cohabitación de una pareja para cumplir con fines semejantes a los del matrimonio, al respecto Plácido Vilcachagua, Alex (2002) sostiene:

“Este elemento hace referencia a la comunidad de vida, a la vida conyugal estable, que distingue una unión de

hecho de una mera relación circunstancial, momentánea, accidental, esporádica, por cuanto se basa en compartir la realización de actividades en la vida cotidiana. Un gran sector de la doctrina es de la opinión, que si los convivientes carecen de un domicilio común no es posible sostener la existencia de una unión de hecho para los diversos efectos que pueden invocarse en el ámbito jurídico”.

Por su parte Medina, Graciela (2001) señala que el requisito de la cohabitación si bien es indispensable tampoco es determinante por cuanto pueden existir como en toda relación conyugal, razones laborales, de salud, u otras que impidan de manera temporal esa cohabitación, al expresar:

“La cohabitación en una relación de pareja implica tener a priori un mismo domicilio, ello permite descartar como unión de hecho a aquellas parejas que se comparten solamente los fines de semana o las vacaciones, o encuentros casuales. El estatuto económico que rige la pareja de hecho es naturalmente variable por ser esta una situación fáctica, pero necesariamente debe existir. La cohabitación no implica solamente compartir una misma habitación, sino que supone una vida de pareja; de otro modo no se justificarían las incapacidades para

celebrar la unión que las legislaciones imponen a las personas casadas o a quienes tienen impedimentos de incesto.

La convivencia no se debe entender como cohabitación a ultranza. Puede ocurrir que por razones de trabajo uno de los convivientes deba vivir en otra residencia; en este caso, la unión continuará, salvo que la separación vaya acompañada de una voluntad real de disolución. La convivencia no siempre habrá de darse bajo el mismo techo, como ocurre cuando uno de los convivientes tenga que desplazarse con regularidad de un lugar o país a otro, por razones de trabajo, de salud, inclusive cuando se pierde la libertad. En todos estos supuestos, siempre se caracteriza por la eventualidad de los hechos, salvo que devenga en permanente por voluntad personal”.

b.- Singularidad

Este elemento hace referencia a la relación entre dos personas, en donde para algunos autores es permisible la intervención de un tercero de manera esporádica, Medina, Graciela (2001) expresa:

“En la primera mitad del siglo XX, entre los requisitos de la unión de hecho se enumeraban la honestidad y la fidelidad. En los estudios de la segunda mitad del siglo XX, en lugar de la fidelidad se enumeraba la singularidad. La

singularidad implica la totalidad de los elementos que constituyen la unión de hecho, los cuales deben darse solamente entre los dos sujetos; pero no se destruye la singularidad por el hecho de que alguno de esos elementos se dé entre uno de los convivientes y otro sujeto, en la medida en que ello resulte posible. Por ejemplo: la singularidad no se destruye si el conviviente mantiene una momentánea relación sexual con otra mujer, o si la conviviente le es infiel en un momento dado al conviviente”.

Otros autores como Varsi, Enrique (2011) considera que la infidelidad pone en riesgo el reconocimiento de la unión estable al señalar:

“Implica que la totalidad de elementos que constituyen la unión de hecho debe darse entre dos sujetos: un hombre y una mujer, configurándose una relación heterosexual y monogámica. En virtud de la singularidad surge el deber natural de fidelidad que de no observarse podría provocar la terminación por decisión del conviviente ofendido. Somos de la opinión de no considerar como uniones estables propias a uniones poligámicas en las que, dicho sea de paso, su grado de estabilidad y permanencia, sería de difícil probanza”.

En esa misma línea de comentario Zannoni, citado por Castro Avilés, Evelia (2014) expresa:

“En cuanto a la singularidad, se tiene en cuenta que la posesión constante de estado de la unión de hecho se traduce en el hecho de la unión estable y monogámica, remedo del matrimonio mismo. En lo relativo a la fidelidad recíproca, la doctrina suele calificarla de aparente. Se trata de una condición «moral»: las relaciones de los convivientes deberán caracterizarse a menudo por una cierta conducta en la mujer que manifieste el afecto hacia su amante o una aparente fidelidad. Claro que, si cualquiera de estos no ha guardado la apariencia de fidelidad y sus diversas relaciones sexuales son públicamente conocidas, se estaría afectando la singularidad de la unión, que es un elemento característico del concubinato”

c.- Publicidad

Este elemento es conocido también como notoriedad, implica que la pareja no se limita para demostrar ante la sociedad que forman una familia, al respecto Medina, Graciela (2001) señala:

“La unión de hecho debe tener fama, reconocimiento público o demostración externa de su existencia; ello desecha las uniones de hecho clandestinas u ocultas. Lo

importante es que los convivientes sean conocidos como pareja, en razón que para tener la posesión de estado de convivientes deben tener trato y fama. El trato deviene de la cohabitación y de las normas internas que regulan la convivencia, y la fama del conocimiento público de la relación. Solo cuando esos caracteres aparezcan, podremos reconocer relevancia jurídica a la unión de hecho”.

Por su parte Castro Avilés, Evelia (2014) lo explica como notoriedad y resalta que el ocultar su relación puede afectar los derechos de terceros, al señalar:

“La notoriedad es un elemento esencial manifestado en el público conocimiento de la unión de hecho ante parientes, amigos, compañeros de trabajo, vecinos y cualquier persona relacionada a los convivientes. En caso contrario, los convivientes que ocultan su unión de hecho ante los demás manifiestan su desinterés en ser reconocidos u ocultan algún impedimento matrimonial. Ese ocultamiento puede afectar los derechos de terceros en materia personal y patrimonial”.

d.- Estabilidad

Este elemento es conocido también como permanencia, continuidad, y hace referencia al tiempo de duración que tiene la pareja para alcanzar su reconocimiento, al respecto Varsi, Enrique (2011) acota:

“La unión de hecho está revestida de permanencia, duración, continuidad, habitualidad, por tal motivo se entiende que es una unión estable. Este elemento implica el establecimiento de un plazo de tiempo mínimo. Nuestra Constitución no hace referencia alguna a la fijación de un tiempo; lo que corresponde efectuar al legislador de acuerdo a cada circunstancia”.

Por su parte Castro Avilés, Evelia (2014) hace referencia que el plazo para que se declare su permanencia es dos años al señalar:

“Cuando se hace referencia a la estabilidad o permanencia, se entiende que la pareja debe tener una comunidad de vida estable y duradera. En el caso de la ley peruana, es claro que se exige un plazo mínimo de dos años. Pero debe tratarse de un lapso de dos años ininterrumpidos; la unión no puede ser sostenida, se ha dicho, de forma interrumpida, ni los dos años pueden ser producto de la acumulación de períodos discontinuos”

Se resalta lo expresado por Medina, Graciela (2001) quien considera que el juez debe ser quien determine la permanencia en cada caso

particular y no atenderse necesariamente en base a un plazo fijo, al señalar:

“Es muy difícil determinar cuándo una unión es permanente y cuándo es esporádica o transitoria si no existe una regulación legal que determine el plazo exacto, pero lo cierto es que la duración de la relación es una condición sine qua non para producir efectos jurídicos. Esta determinación deberá hacerse en cada caso por los jueces, especificando las circunstancias propias y teniendo en cuenta las pruebas aportadas”.

Esta postura de no determinar su reconocimiento en base a un plazo fijo es la que desde nuestra posición se comparte y es la que está tomando fuerza en la doctrina nacional, al respecto Varsi, Enrique (2011) expresa:

“La primera postura sigue el criterio de jerarquía de las normas. En tal sentido, busca resaltar la primacía de nuestra Constitución Política, respecto de las normas de inferior jerarquía; es decir, en la medida en que la Constitución no establece un plazo de duración de la unión de hecho, tal elemento concreto no es exigible para el reconocimiento jurídico de estas uniones estables, por lo que no se considera necesaria la observancia del plazo determinado de dos años

establecido en nuestro Código Civil. Esta es la postura que va cobrando fuerza en la práctica. La segunda postura sigue un criterio de especialidad o especificidad de las normas. En tal virtud, busca conjugar el texto constitucional con el Código Civil. Se alega que las disposiciones genéricas del reconocimiento, amparo y protección de las uniones de hecho las encontramos en nuestra Carta Magna, mientras que las disposiciones específicas las encontramos en la normativa especial; es decir, en nuestro Código Civil. En este sentido, se toma en cuenta el plazo determinado de dos años continuos de duración de la relación convivencial, como elemento legalmente exigible para el reconocimiento jurídico de dicha unión estable”.

3.5.2.- Elementos subjetivos

a.- Manifestación de voluntad

Este elemento se expresa en la voluntad de la pareja de tener una vida en común libre de impedimentos, en ese sentido Varsi, Enrique (2011) expresa:

“Es la voluntad de los convivientes, la que es esencial pues de ella depende no solo la constitución de la unión de hecho, sino también su continuidad. Si cesa el acuerdo voluntario, la unión desaparece. De ahí su carácter

precario, puesto que la unión puede quedar sin efecto por voluntad unilateral de cualquiera de las partes”.

Otros autores como Castro Avilés, Evelia (2014) prefiere llamarlo a este elemento como ausencia de formalidad ya que solo basta la voluntad de las partes para cohabitar, al expresar:

“Las uniones libres, por ser tales, carecen de las formalidades que se requieren para la celebración del matrimonio. Los concubinos asumen una relación de manera voluntaria, y así la sostienen, sin recurrir a autoridad alguna, especialmente en nuestro medio en el que, a diferencia de las legislaciones escandinavas o de las que se inspiran en ellas (como las de Francia, Alemania y algunas autonómicas de España), no existen registros para la convivencia.

Por nuestra parte consideramos que es mejor considerarlo como manifestación de voluntad, ya que no es del todo cierto que no se requiera formalidad, por cuanto ahora pueden inscribir su unión de hecho en el registro de personas naturales de la SUNARP para que tenga reconocimiento en cuanto al plazo de inicio y de término si los hubiere tal como lo establece la ley 30007.

3.6.- Extinción

La extinción es la forma como se pone término a la unión de hecho que ha sido plenamente reconocida, al respecto Varsi, Enrique (2011) considera que la ley

regula cinco causales ya que pone de relieve que el matrimonio también es una causal que pone fin a la unión estable, al expresar:

“Las uniones estables se extinguen por las siguientes causas: a.

Muerte: Sea natural o legal, caso de la muerte presunta, dado que involucra la extinción de la persona física de uno de los convivientes. b. Ausencia: El artículo 49 del Código Civil prescribe que transcurridos dos años desde que se tuvo la última noticia del desaparecido se puede solicitar declaración judicial de ausencia. La desaparición de uno de los convivientes trae aparejada la extinción del elemento básico de la unión de hecho, la convivencia. La ausencia implica el estado por el cual no se localiza al concubino en su domicilio por el plazo de dos años, siempre y cuando antes haya sido declarada la desaparición del mismo. c. Mutuo acuerdo: Decisión libre y voluntaria de ambos convivientes de poner punto final a la unión de hecho.

d. Matrimonio: La unión de hecho también se extingue en virtud de la formalización y legitimación de dicha unión intersexual a partir del matrimonio. En ese sentido, los convivientes pasan a ser cónyuges. Implica una situación jurídica decidida de mutuo acuerdo. e. Decisión unilateral: Determinación de uno de los convivientes de poner fin a la relación convivencial”.

Por su parte Castro Avilés, Evelia (2014) ciñéndose estrictamente al artículo 326 del código civil manifiesta que son cuatro las causales que extinguen la unión

de hecho y resalta que la causal de decisión unilateral es la más frecuente al señalar:

“La unión de hecho puede terminar de cuatro maneras y por las siguientes causas: a. Muerte de uno de los convivientes. El fallecimiento comprende no solo la muerte física sino también la muerte presunta. b. La ausencia judicialmente declarada. Lo que solo es posible después de dos años de su desaparición. c. Mutuo acuerdo. Generalmente se da este tipo de fenecimiento de manera verbal y no consta por escrito. En los tres casos citados, si la unión de hecho cumple con los requisitos del artículo 326 del Código Civil, los convivientes tienen derecho a que el juez les reconozca el régimen de sociedad de gananciales establecido por la ley. Para que sea viable este reconocimiento de los efectos patrimoniales, el juez previamente debe haber declarado la existencia de la unión de hecho. El reconocimiento del régimen de sociedad de gananciales tendrá como propósito la disolución y liquidación para el reparto de gananciales entre los convivientes. d. Decisión unilateral. La presentación de esta causal es la más frecuente en la jurisprudencia nacional y la ley le confiere mayores derechos por la situación del abandono injustificado. El trámite es similar para las demás causales, con la diferencia de que las pretensiones serán tres: declaración judicial de la existencia de la unión de hecho, reconocimiento judicial del régimen de sociedad de gananciales e

indemnización o pensión de alimentos, según elección del conviviente abandonado”.

CAPÍTULO IV

EL RÉGIMEN PATRIMONIAL EN LAS UNIONES DE HECHO

4.1.- El régimen de bienes, patrimonial o económico

4.1.1.- Aspectos generales

Partiendo que la constitución reconoce un pluralismo familiar en donde tanto el matrimonio como la unión de hecho o estable al tener una comunidad de vida van a generar la adquisición de bienes, la ley crea un mecanismo legal para proteger los intereses, al cual se le conoce como régimen económico o de bienes con respecto al patrimonio adquirido, en ese sentido Varsi, Enrique (2011) sostiene:

“El propósito de los bienes materiales es satisfacer las necesidades de la pareja y de hijos. Para que esta situación se uniformice se crearon los regímenes económicos que buscan regular las relaciones patrimoniales.

En otras palabras, con el fin de regular las relaciones económicas derivadas del matrimonio, se impusieron algunas formas jurídicas que se ocupan del patrimonio existente antes del matrimonio, y lo que surja durante su duración. La elección de los regímenes económicos, que van a regir el matrimonio pueden constituirse previamente a la celebración del acto nupcial. Los regímenes económicos en el matrimonio son de vital importancia, pues la familia que se va a conformar generará un patrimonio que deberá estar

sujeto a un régimen que los novios pueden optar. En Perú, a diferencia de otros países, solo se tiene la opción del régimen de separación de patrimonios, esto de conformidad con el artículo 295 del Código Civil, que establece, entre otros supuestos, una presunción legal que determina que a falta de elección se entenderá que los novios han optado por el régimen de sociedad de gananciales”.

En esa línea de comentario Aguilar Llanos, Benjamín (2016) resalta que el régimen económico o de bienes es necesario para cautelar los bienes que adquiere los cónyuges, al señalar:

“El matrimonio da lugar a una sociedad conyugal, generadora de deberes y derechos recíprocos entre ambos cónyuges, y de los dos para con la prole que sobreviene. Los deberes y derechos que nacen a propósito del matrimonio son de orden personal y económico, destaca entre los primeros, los deberes de fidelidad, cohabitación y asistencia, y su regulación responde a lograr el fin del matrimonio, esto es, la plena comunidad de vida. Sin embargo, no podemos quedarnos solo en el plano de las relaciones personales y dejar de ver un tema fundamental, consistente en el soporte económico que garantice la estabilidad y permanencia de la familia, en donde también se dan relaciones de orden económico, pues cada uno de los

cónyuges tiene la posibilidad de llevar al matrimonio el patrimonio que tenía cuando era soltero, e incluso la misma sociedad, ya dentro del matrimonio, adquirirá bienes y contraerá obligaciones. Entonces, resulta necesario y conveniente regular estas relaciones con contenido patrimonial, que no solo interesan a los cónyuges, sino también a los terceros que contraten con la sociedad a través de uno de los socios, pues la sociedad conyugal como tal no tiene personería, no existe como sociedad independiente de los que lo integran; a la regulación de las relaciones económicas que se dan en la sociedad conyugal se le denomina régimen patrimonial o régimen económico”.

En lo que atañe a su conceptualización Rizzardo, Amaldo (2007) lo explica como régimen de bienes y señala que:

“Régimen de bienes es la disciplina de las relaciones económicas entre los cónyuges, involucrando propiamente los efectos originarios de esa disciplina en relación con los bienes conyugales”.

Varsi Rospigliosi, Enrique (2011) define al régimen económico o de bienes como:

“En términos generales, el régimen de bienes es el conjunto de normas jurídicas aplicables al matrimonio para regular las cosas o bienes de los cónyuges, o también se puede

denominar simplemente como estatuto patrimonial de los cónyuges”.

En conclusión, por régimen económico o de bienes debe entenderse el conjunto normativo que estipula a quien corresponde y en qué grado los bienes que tienen o se adquieren durante el matrimonio o unión estable; pero, sin embargo, la elección no corresponde exclusivamente a la autonomía de la voluntad de las partes, ya que la ley establece que régimen constituye la regla y cual la excepción, no dejándolo a la plena libertad de los cónyuges, en ese sentido Aguilar Llanos, Benjamín (2016) acota que estamos frente a un régimen legal al expresar:

“Ahora bien, nuestro régimen no responde exclusivamente a la voluntad de los contrayentes o cónyuges, sino que está supeditado a la ley, constituyéndose por lo tanto un régimen legal, pues las relaciones económicas de los cónyuges están sujetas a un ordenamiento jurídico determinado; en el caso peruano, la existencia de dos regímenes, el de la sociedad de gananciales y el de separación de patrimonios, pero ambos vienen delimitados por la ley, la voluntad de los contrayentes y casados debe sujetarse a lo preestablecido con reglas claras”.

4.1.2.- Clasificación

Para Varsi Rospigliosi, Enrique (2011) hace referencia a la clasificación comparándola con la brasileña señalando que:

“Según la legislación peruana, los futuros cónyuges tienen la opción de elegir el régimen de separación de patrimonios y a falta de esta opción se entenderá que han decidido regirse bajo el régimen de sociedad de gananciales. La legislación brasileña ofrece cuatro tipos de regímenes económicos: régimen de comunidad absoluta, régimen de comunidad parcial, régimen de participación y, régimen de separación de bienes. Este último se divide en el régimen de separación convencional y en el régimen de separación obligatoria del patrimonio”.

Aguilar Llanos, Benjamín (2016) también hace referencia a la existencia de otros regímenes al expresar:

“Existen dos regímenes extremos y contrapuestos entre sí: el de la comunidad universal de bienes y deudas y el de la separación de patrimonios. Además, existen otros regímenes a los que podríamos calificar de mixtos”.

4.1.2.1.- Sociedad de gananciales

En palabras de Aguilar Llanos, Benjamín (2016) este régimen encuentra su fundamento en que la comunidad de vida debe implicar unión en todos los aspectos desde lo afectivo hasta lo económico, al señalar:

“Este régimen halla su fundamento en la idea de que la comunidad de vida que entraña el

matrimonio no puede ser circunscrita a la esfera afectiva o moral, sino que debe abarcar la totalidad de los cónyuges. Se señala que la existencia de patrimonios separados implica intereses independientes y aun eventualmente opuestos, lo que daría lugar a un resquebrajamiento de esta unidad de vida, resultando en cuanto a los intereses económicos, que cada cónyuge fuera un extraño para el otro. Refieren que el matrimonio exige una plena comunidad de vida en todo orden de cosas, en tanto que se está ante un proyecto de vida en común, en donde no debería existir lo tuyo y lo mío pues se trata de dos personas que unen sus vidas para compartir todo, lo bueno y lo malo, y piensan que la existencia de patrimonios separados puede introducir un elemento de desavenencia y por qué no de confrontación”.

En lo que respecta su contenido, para Varsi, Enrique (2011) la sociedad de gananciales constituye un régimen mixto porque comprende tanto los bienes propios y los bienes de la sociedad, al expresar:

“La sociedad de gananciales es la comunidad entre el marido y mujer sobre los bienes adquiridos a

título oneroso durante el matrimonio y sobre las rentas y productos de los bienes personales. Este régimen es mixto, porque no es un régimen exclusivo de comunidad de bienes y deudas en el cual ambos cónyuges son cotitulares. La sociedad de gananciales da lugar a dos patrimonios: los propios de cada cónyuge y el social. Así también, deudas privadas y sociales. En la sociedad de gananciales existirán tanto bienes propios como bienes de sociedad. Para determinar a qué clase pertenecen debe analizarse los artículos 302 y 310 del Código Civil”.

Prosiguiendo con Varsi, Enrique (2011) resalta que otro criterio que asume la sociedad de gananciales es de la responsabilidad por deudas y hace hincapié que este régimen es aplicable a la unión de hecho al señalar:

“Otro de los criterios que adopta el sistema de comunidad de bienes viene a ser el de la responsabilidad por deudas. En el caso de que las deudas sean personales, los bienes sociales no responderán por estas; la excepción a esta regla va ser que estos sí responderán cuando la deuda fuera contraída en beneficio de la familia. Si se trata de

deudas generadas por la sociedad conyugal, los bienes sociales responderán por estas; sin embargo, a falta de estos bienes, los propios responden por las deudas sociales. Es importante resaltar que este régimen puede ser adoptado por las uniones de hechos conformadas por varón y mujer, libres de impedimento matrimonial y que demuestren el estado de familia. Su acreditación dependerá del reconocimiento judicial o notarial. Este régimen fenecerá por invalidación del matrimonio, separación de cuerpos, divorcio, declaración de ausencia, muerte de uno de los cónyuges o por cambio de régimen patrimonial”.

Para Aguilar Ilanos, Benjamín (2016) al comentar esta clase de régimen señala que los bienes llevados al matrimonio como los adquiridos tienen el carácter de comunes, al expresar:

“La sociedad conyugal se convierte en el titular único de un solo patrimonio. No existen patrimonios de los cónyuges, pues el patrimonio del hombre y la mujer antes de casados, y por lo tanto independientes hasta el momento de contraer matrimonio, se fusionan a raíz de este en uno solo, no importando la causa o la época en que

los bienes fueron adquiridos o contraídas las deudas. En este régimen todos los bienes, tanto los llevados al matrimonio como los adquiridos por ambos durante la vigencia del matrimonio, tienen el carácter de comunes, responden por las deudas contraídas tanto por el marido como por la mujer, y los bienes existentes al término del régimen después de cubierto el pasivo, se dividen por igual entre los dos cónyuges”.

Para Dantas, Santiago (1991) asemeja esta clase de régimen con el brasileño al señalar:

“Este régimen se caracteriza por tres masas: la masa de los bienes privados de la mujer, la masa de los bienes privados del marido y la masa de los bienes comunes. Al adoptarse la comunión parcial de bienes, son formadas como en el sistema peruano, dos clases de bienes: los particulares del marido y de la mujer y los de la pareja”.

4.1.2.2.- Separación de patrimonios

Este régimen se fundamenta en el mismo argumento que la comunidad de bienes, pero bajo otro enfoque, Aguilar Llanos, Benjamín (2016) al respecto señala:

“El fundamento de esta tesis, curiosamente descansa en el mismo argumento de la comunidad de vida, pero con otro enfoque. Así, refieren que la separación de patrimonios es una garantía de concordia entre los cónyuges, al mantener a cada uno de ellos apartado de la esfera de los intereses económicos del otro; elimina la ambición del pretendiente pobre y despeja la suspicacia del pretendiente afortunado: es decir impide matrimonios por interés. Los partidarios de esta tesis señalan que el vínculo matrimonial no debería afectar necesariamente a la actividad económica de los cónyuges, la que puede desarrollarse independientemente, sin perjuicio de las obligaciones por cumplir respecto a las necesidades de los hijos y en general del hogar. Con respecto a terceros no habría mayor problema, pues estos garantizan sus relaciones económicas al celebrar actos jurídicos con el cónyuge titular de su patrimonio, no existiendo confusión pues no existiría para nada la sociedad conyugal como tal, con relevancia económica”.

En lo que respecta a este régimen se resalta que en la ley es la única opción que tienen las partes para apartarse de la regla, lo atañe a su contenido Varsi, Enrique (2011) señala:

“En virtud de la separación de patrimonios, cada cónyuge conserva la titularidad de sus bienes y es responsable de las deudas que contraigan a nivel personal. Por lo tanto, solo se da la existencia de bienes y deudas privadas. Los novios tendrán la facultad de elegir este régimen, el cual les permitirá administrar libremente sus bienes, disponer de ellos sin limitación alguna, distinto a lo que sucede en el régimen de sociedad de gananciales donde se requiere la autorización del otro cónyuge para disponer de los bienes sociales. Antes de la celebración del matrimonio, si se ha elegido este régimen, el acto jurídico suscrito y celebrado por los futuros contrayentes tendrá que constar por escritura pública, la cual deberá ser inscrita. A falta de este documento, se entenderá que han optado por el régimen de sociedad de gananciales. La adopción de este régimen no solo puede darse previamente al matrimonio, sino que también podrá ser optado por los propios cónyuges durante

el matrimonio, para lo cual se necesitará escritura pública debidamente inscrita. Al ser un acto ad solemnitatem se requerirá dicho documento bajo sanción de nulidad”.

Para Aguilar Ilanos, Benjamín (2016) este régimen implica que cada cónyuge es el titular de los bienes que lleva como de los que adquiere en el matrimonio, al señalar:

“Este régimen consiste en que cada cónyuge hace suyo tanto los bienes que lleva al matrimonio como los que adquiriera durante la vigencia de este por cualquier título, así como los frutos de uno u otro, y en ese mismo sentido asume sus propias deudas, y no tiene derecho cuando fenecce el régimen matrimonial, a ninguna participación en los bienes del otro cónyuge, sin perjuicio de las normas de sucesión cuando la sociedad ha terminado por muerte de uno de los cónyuges”.

4.1.2.3.- Regímenes mixtos

En la doctrina se habla de una infinidad de variantes sobre los regímenes económicos o bienes como el de participación en gananciales; el de comunidad de muebles y gananciales; el de comunidad de gananciales sociales; el de comunidad con gestión separada; el de comunidad con bienes reservados, pero

citamos la clasificación propuesta por Aguilar llanos, Benjamín (2016) por ser más didáctica y porque considera a los de mayor relevancia en el derecho comparado, al expresar:

“a. Comunidad parcial de muebles y gananciales, comunidad de bienes solo respecto de los bienes muebles que los cónyuges llevan al matrimonio o adquieren durante él, los frutos de los bienes propios de cada cónyuge y los comunes y de los inmuebles obtenidos a título oneroso. En cuanto a los demás bienes, tienen el carácter de propios del marido o la mujer. En este régimen las facultades de administración y disposición corresponden al marido. b. Separación con participación de gananciales, llamado comunidad diferida o comunidad de administración separada, aquí los bienes adquiridos por los cónyuges durante el matrimonio, quedan sujetos a la administración y disposición de cada uno de ellos como si se tratara de un régimen de separación, pero una vez disuelto el matrimonio, cada cónyuge tiene derecho a participar por mitad, en las ganancias obtenidas por el patrimonio del otro, mediante la doble estimación del patrimonio originario y el

patrimonio final. En pocas palabras, funciona como la separación de bienes y se liquida como la comunidad de bienes”.

4.2.- El régimen patrimonial en la unión de hecho

4.2.1.- El régimen vigente de sociedad de gananciales

Comentando este régimen en las uniones estables Varsi, Enrique (2011) refiere que es un régimen forzoso por cuanto la ley le impone al señalar:

“En el aspecto patrimonial la unión de hecho origina una comunidad de bienes que se sujeta a las disposiciones del régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable. Se trata de un régimen patrimonial forzoso; es decir, que no puede pactarse en contra de él y que la ley lo impone. El artículo 326 del Código Civil condiciona la aplicación de las normas del régimen de sociedad de gananciales a la comunidad de bienes originada de una unión de hecho, siempre que la unión haya durado, por lo menos, 2 años continuos. Antes de los dos años de convivencia no existirá sociedad de gananciales, por lo que se debe situar a los bienes adquiridos en dos categorías. Si el bien fue adquirido por uno solo de los convivientes debe operar las reglas de los bienes propios, en otras palabras, el bien pertenece al adquirente. Si el bien determinado fue

adquirido por ambos convivientes, entonces, deberán operar las reglas de la copropiedad. Una vez cumplido el plazo señalado, a la comunidad de bienes existente entre los convivientes se le aplicará las reglas del régimen patrimonial de sociedad de gananciales”.

Aguilar Ilanos, Benjamín (2016) explica cómo se aplica la sociedad de gananciales a la unión de hecho al señalar:

“En este caso, esa sociedad de bienes es equivalente o igual a la sociedad de gananciales, lo que implica que la normatividad que regula esta última, debe ser aplicada a la sociedad de bienes generada en la unión de hecho, no solo en cuanto a la calificación de bienes sino también en cuanto a las deudas, y lo que es más importante, en cuanto a la liquidación de la sociedad. Pero hay que tener en cuenta que no son aplicables a este régimen, por obvias razones, las reglas referentes al fenecimiento de la sociedad de gananciales producido por el divorcio, la separación legal y el cambio de régimen. Las demás disposiciones sí le serán aplicables. Esta equiparidad solo se da cuando el concubinato tiene no menos de dos años de vida en común y cuando entre los concubinos no existen impedimentos matrimoniales. En este supuesto cabe demandar liquidación de la sociedad de bienes, pero previamente debe haber sido

acreditado el concubinato en sede judicial, o a través del registro de personas donde se inscribió el concubinato”.

En lo que atañe a la probanza de la unión de hecho para determinar el carácter común o propio de los bienes, Plácido Vilcachagua, Alex (2002) refiere que:

“La sujeción a la verificación de un plazo para determinar cuándo son o no aplicables las normas del régimen de sociedad de gananciales a la comunidad de bienes originada de una unión de hecho, produce que, antes del cumplimiento del plazo, los convivientes deban probar su participación en la comunidad de bienes, por cuanto el carácter común de los bienes no se presume; mientras que, una vez alcanzado el plazo, se presume el carácter común de los mismos, correspondiendo la probanza a aquel que alega la calidad de bien propio”.

Aunque para determinar con mayor precisión el carácter de los bienes en el concubinato, consideramos viable acorde con Castro Avilés, Evelia (2014) realizarlo acorde a determinados principios rectores, al señalar:

“Se requiere la determinación precisa de cada adquisición para saber a qué tipo de bien se adscribe. Para ello, debe tenerse presente estos tres principios rectores: a. La época de adquisición, los bienes adquiridos por los convivientes antes del reconocimiento de la unión de hecho deben ser

considerados bienes propios, así como los bienes adquiridos durante la convivencia que tienen como origen una causa o título anterior. Los bienes adquiridos a título oneroso durante la unión de hecho o después de su disolución por causa anterior son bienes sociales. b. El carácter oneroso o gratuito de las adquisiciones durante la unión de hecho, las adquisiciones de bienes realizadas a título gratuito por cualquiera de los convivientes durante la unión de hecho, tales como herencia, legado y donación a su favor, deben ser considerados bienes propios. c. El origen de los fondos empleados en las adquisiciones, aun tratándose de adquisiciones onerosas durante la unión de hecho, si ellas tienen su origen en el empleo de dinero o fondos propios, lo adquirido será propio por subrogación real”.

4.2.2.- Hacia un régimen de separación de patrimonio

4.2.2.1.- Fundamentos doctrinarios

La sociedad de gananciales constituye la regla para el caso de los cónyuges, de manera tal que, si los futuros cónyuges no establecen un régimen diferente como es de la separación de patrimonio prescrito en el artículo 327 del Código Civil antes de contraer matrimonio, será el de la sociedad de gananciales aquel que rijan su futura vida patrimonial. Sin embargo, en la unión estable esta facultad de elección no se le reconoce u

otorga a los concubinos ya que el artículo 326 en su parte in fine del primer párrafo señala de manera imperativa que origina una comunidad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable.

Al respecto Castillo Freyre, Mario (2017) se pronuncia en favor de otorgar a los concubinos la facultad de optar por el régimen de separación de patrimonios si esta es acordada en documento privado entre las partes por cuanto son los convivientes quienes deben decidir el destino de sus bienes, a pesar de existir un silencio normativo, al señalar:

“...Si de acuerdo con el artículo 326 la unión de hecho genera a partir del segundo año de convivencia los efectos de la sociedad de gananciales, la pregunta que corresponde formular es si resultaría válido que los concubinos antes de cumplir esos dos años de convivencia otorguen una escritura pública de separación de patrimonio, a efectos de que una vez cumplidos esos dos años su régimen patrimonial no sea el de sociedad de gananciales sino el de separación de patrimonios. A pesar del silencio de la norma, ello es perfectamente posible, ya que la disposición del artículo 326 en torno al régimen patrimonial no

constituye un precepto de orden público, siendo impensable que sostenga que los concubinos carezcan del derecho a escoger el régimen patrimonial que prefieran. Además, considero que el régimen de separación de patrimonio se convertiría en una suma de previsiones, en donde si bien ambos concubinos llevarían adelante con entusiasmo la empresa del concubinato en strictu sensu, irían constituyendo una especie de seguro, en el caso de que llegue a fracasar el concubinato, de modo tal que si esta situación indeseable se presenta en el futuro, cada uno de ellos habría hecho un patrimonio propio interesante que resultaría, valga la redundancia, exclusivamente propio...”

Varsi, Enrique (2017) en esa misma línea de comentario, acota que la imposibilidad de optar por un determinado régimen económico es una clara desventaja que tiene el concubinato frente al matrimonio al señalar:

“En la unión estable propia opera, ipso iure, una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, en la línea de lo que manda el artículo 326

del Código Civil y el artículo 5 de la Constitución Política. Se dice, con argumento de iure, que una de las principales desventajas de la convivencia es la imposibilidad de poder optar por un régimen económico pues opera por ley, la sociedad de gananciales y no cabe posibilidad optar por el régimen de la separación de patrimonios o de bienes al ser el artículo 326 del código civil una norma imperativa que no cabe pacto en contra. Pero este criterio restrictivo no es unánime, tomando en cuenta el carácter inclusivo y democrático del moderno derecho de familia. En esta línea de pensamiento, a Mario Castillo Freyre lo he escuchado en varios congresos de derecho civil aceptar la viabilidad de la separación de bienes en la convivencia si esta es acordada en documento privado entre las partes, siendo los convivientes quienes deben decidir el destino de sus bienes, lo cual siempre me pareció razonable y justo. En una futura reforma del Código Civil debería plantearse una modificación a los artículos 296, 326 y 327 permitiendo la elección o sustitución del régimen a los convivientes”.

Asimismo, existen otros autores como Aguilar Ilanos, Benjamín (2016), Simón Regalado, Patricia y Lastarria Ramos, Edgardo (2016) que también se han pronunciado a favor de facultar a los convivientes la opción de poder elegir el régimen económico siempre y cuando se inscriba con las formalidades de ley en el registro correspondiente; y autores como Beltrán Pacheco, Patricia (2016) sostiene que la viabilidad de facultar a los convivientes la opción de poder elegir el régimen económico se sustenta en razones de tutela jurisdiccional efectiva.

4.2.2.2.- Fundamentos en la legislación

a.- En el derecho nacional

Existen dos proyectos de ley que constituyen antecedentes sobre la necesidad de que los convivientes puedan optar por un régimen patrimonial, así tenemos el proyecto de Ley N^º 5025/2015-CR, presentado ante el Congreso de la República que propone que los convivientes puedan optar por un régimen patrimonial, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 326. [...]

En la escritura pública de declaración de reconocimiento unión de hecho, los convivientes pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de

separación de patrimonios. A falta de precisión en la escritura pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales.

Durante la unión de hecho, los convivientes pueden sustituir un régimen patrimonial por otro. Mediante el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el registro personal”.

Años después se tiene el proyecto de ley N^º 2077/2017-CR, presentado ante el Congreso de la República el cual busca modificar el artículo 326 del Código Civil para permitir que los convivientes elijan o varíen el régimen patrimonial de su unión estable, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 326. [...]

Mediante escritura pública inscrita en el registro personal, los convivientes pueden optar por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, así como pueden sustituir libremente durante la unión de hecho un régimen patrimonial por el otro. El régimen al que se adhieren tiene vigencia desde la fecha de su inscripción”.

b.- En el derecho comparado

En el Derecho comparado hay legislaciones que permiten de manera expresa la aplicabilidad del régimen económico matrimonial existente en el caso de las uniones de hecho así podemos señalar:

El artículo 159 del código de familia de Bolivia que prescribe:

“Art. 159.- (REGLA GENERAL).

Las uniones conyugales libres o de hecho que sean estables y singulares producen efectos similares al matrimonio, tanto en las relaciones personales como patrimoniales de los convivientes. Pueden aplicarse a dichas uniones las normas que regulan los efectos del matrimonio, en la medida compatible con la naturaleza, sin perjuicio de las reglas particulares que se dan a continuación”.

El artículo 182 del Código Civil de Guatemala que señala:

“ARTÍCULO 182. (EFECTOS DE LA INSCRIPCION)

La unión de hecho inscrita en el Registro Civil, produce los efectos siguientes:

1. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días de la fecha fijada como principio de la unión de hecho, y los nacidos dentro de los trescientos

días siguientes al día en que la unión cesó, se reputan hijos del varón con quien la madre estuvo unida, presunción contra la cual se admite prueba en contrario;

2. Si no hubiere escritura de separación de bienes, los adquiridos durante la unión de hecho se reputan bienes de ambos, salvo prueba en contrario que demuestre que el bien fue adquirido por uno solo de ellos, a título gratuito, o con el valor o por permuta de otro bien de su exclusiva propiedad;

3. Derecho de una de las partes a solicitar la declaratoria de ausencia de la otra y, una vez declarada, pedir la cesación de su unión con el ausente, liquidación del haber común y adjudicación de los bienes que le correspondan.

4. En caso de fallecimiento de alguno de ellos, el sobreviviente puede pedir la liquidación del haber común y adjudicación de bienes, al igual que en el caso del inciso anterior; y 5º. Sujeción del hombre y la mujer a los derechos y obligaciones de los cónyuges durante el matrimonio”.

El artículo 168 del Código familiar para el Estado de Hidalgo-México que prescribe:

“ARTÍCULO 168

El concubinato se equipará al matrimonio civil, surtiendo todos los efectos legales de éste, cuando se satisfagan los requisitos siguientes:

I.- Que la unión concubinaria tenga las características que dispone el Artículo 164 de este Ordenamiento.

II.- Solicitar los concubinos conjunta o separadamente la inscripción del concubinato, en el libro respectivo que sobre esta materia y por separado del matrimonio, debe llevarse en la Oficialía del Registro del Estado Familiar, siempre que llenen los requisitos del Artículo 164 de este Ordenamiento.

III.- Los bienes habidos durante el concubinato se rigen por las reglas de la sociedad legal.

La solicitud a que se refiere este artículo, podrá pedirse por los concubinos, conjunta o separadamente; los hijos por sí mismos o a través de su representante legal; o por el Ministerio Público.

Hecha la solicitud mencionada, se procederá a la expedición y anotación del acta respectiva en el Libro de concubinatos, surtiendo sus efectos retroactivamente, al día cierto y determinado de iniciación del concubinato. Si la petición se hace por uno de los concubinos, los hijos o el Ministerio Público, se concederá al otro o a ambos, según sea el caso, un plazo de 30 días hábiles para contradecirla. Si surge controversia, se remitirán las actuaciones al Juez Familiar, para que resuelva conforme a lo dispuesto en el Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Hidalgo”.

El artículo 53 del Código de familia de Panamá que señala:

“Artículo 53. (MATRIMONIO DE HECHO)

La unión de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio, mantenida durante cinco (5) años consecutivos en condiciones de singularidad y estabilidad surtirá todos los efectos del matrimonio civil”.

4.2.2.3.- Propuesta normativa

En ese contexto comparto la idea de que es necesario legislar en el sentido de modificar el artículo 326 del Código Civil para

facultar a los convivientes que cumplen con los requisitos de una unión de hecho, el poder optar libremente haciendo uso de su autonomía privada, del régimen económico que más lo crean conveniente para sus intereses personales, para lo cual se propone la adición de un párrafo al acotado artículo cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 326

(...)

Mediante escritura pública inscrita debidamente en el registro personal, los convivientes pueden optar por el régimen de separación de patrimonios, así como pueden sustituir libremente durante la unión de hecho un régimen patrimonial por el otro. El régimen al que se adhieren tiene vigencia desde la fecha de su inscripción”.

CONCLUSIONES

- La constitución vigente regula un pluralismo familiar ya que se reconoce tanto al matrimonio como a la unión de hecho como instituciones familiares, la cual tiene su origen en el artículo 15 del protocolo de San Salvador del 17 de noviembre de 1988 adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y culturales, que atendiendo a la nueva coyuntura de la evolución de los derechos humanos, precisó que toda persona tiene derecho a constituir familia.
- La unión de hecho a la luz de la doctrina se evidencia que ha existido desde las épocas preincaicas con el nombre de servinakuy hasta la actualidad, y constituye la unión estable entre varón y mujer que sin haber seguido las formalidades del acto matrimonial tienen una convivencia semejante a la marital manteniendo una comunidad de vida sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable, en la legislación, su regulación lo encontramos en el artículo 5 de la Constitución y el artículo 326 del Código Civil de la cual se desprende sus elementos objetivos como convivencia, singularidad, publicidad, estabilidad y como elemento subjetivo la manifestación de voluntad.
- El régimen patrimonial es el conjunto de normas jurídicas que regulan los bienes que se adquieren o traen al matrimonio o unión de hecho, en la legislación nacional solo existen la sociedad de gananciales y la separación de patrimonio, de las cuales solo la sociedad de gananciales en cuanto le sea aplicable existe como régimen único y legal para la unión de hecho, razón por la cual en la doctrina

nacional existen opiniones en el mismo sentido como Mario Castillo Freyre, Enrique Varsi, Alex Plácido quienes están a favor de incorporar el régimen de separación de patrimonio en la unión de hecho.

RECOMENDACIONES

- Se recomienda la modificación del artículo 326 del Código Civil para facultar a los convivientes que cumplen con los requisitos de la unión de hecho, el poder optar libremente haciendo uso de su autonomía privada, del régimen económico que más lo crean conveniente para sus intereses personales, para lo cual se propone la adición de un párrafo al acotado artículo cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 326

(...)

Mediante escritura pública inscrita debidamente en el registro personal, los convivientes pueden optar por el régimen de separación de patrimonios, así como pueden sustituir libremente durante la unión de hecho un régimen patrimonial por el otro. El régimen al que se adhieren tiene vigencia desde la fecha de su inscripción”.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILAR LLANOS, Benjamín. (2016) Régimen patrimonial de las uniones de hecho. En Gaceta civil y procesal civil N° 38. Lima: Gaceta jurídica.
- AGUILAR LLANOS, Benjamín. (2016). Tratado de derecho de familia. Lima: Lex & Iuris.
- ARRIAGADA, Irma et al. (2004). Cambios de las familias en el marco de las transformaciones globales: necesidad de políticas públicas eficaces. Santiago: Cepal
- BELTRÁN PACHECO, Patricia. (2016). El régimen patrimonial en las uniones estables. Cuando lo que establece la ley no es suficiente. En Gaceta civil y procesal civil N° 38. Lima: Gaceta jurídica.
- BOSSERT, Gustavo (2011). Unión extraconyugal y matrimonio homosexual. Buenos Aires: Astrea.
- CASTILLO FREYRE, Mario. (2017). Repensando los efectos de la separación de patrimonios y la sucesión del cónyuge. En Revista Actualidad civil N° 41. Lima: Instituto pacífico.
- CASTRO AVILÉS, Evelia. (2014). Análisis legal y Jurisprudencial de la unión de Hecho. Lima: Academia de la magistratura.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor (1985). Derecho Familiar Peruano. Lima: Studium.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor (1999). Derecho Familiar Peruano. Lima: Gaceta Jurídica.
- CORNEJO FAVA, María (2000). Matrimonio y Familia: su tratamiento en el derecho. Lima: Tercer Milenio.
- CORRAL GIJÓN, María (2011). Las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales Parte 2ª: Efectos patrimoniales. En Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Nª 664, marzo-abril. Consultado el 20 de febrero del 2018 a las 13: 22 minutos en:

www.unav.edu/matrimonioyfamilia/observatorio/.../Corral_664_Uniones-hecho.pdf.

-DANTAS, Santiago (1991). Direito de Familia e das sucessões. Rio de Janeiro: Forense.

-DÍAZ VALDIVIA, Héctor. (1993). Derecho de Familia. Arequipa: Jurídicas del Sur.

-GARRIDO GÓMEZ, María. (2000). La política Social de la Familia en la Unión Europea. Madrid: Dykinson.

-GROSMAN, Cecilia. (2008). Familia Monoparental. Buenos Aires: Universidad.

-MEDINA, Graciela (2001). Uniones de hecho homosexuales., Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.

-MESA CASTILLO, Olga. (2004). Derecho de Familia. La Habana: Félix Varela.

-NAVARRO VIÑUALES, José et al. (2006). El nuevo Derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales. Navarra: Civitas.

-PERALTA ANDÍA, Rolando (2002). Derecho de familia en el código civil. Lima: Idemsa.

-PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex (2002). Manual de derecho de familia. Un nuevo enfoque de estudio del derecho de familia. Lima: gaceta jurídica.

-PLÁCIDO, Alex. (2017). La comunidad de bienes de los convivientes, elemento diferenciador de la concordancia de los principios de promoción del matrimonio y de reconocimiento integral de la unión estable. En Revista Actualidad civil N° 41. Lima: Instituto pacífico.

-REINOSO DE SOLARI, Martha (1987). La unión de hecho. Análisis y perspectivas. Lima: Huallaga.

-RIZZARDO, Amaldo (2007). Direito de Familia. Rio de Janeiro: Forense.

- SIMÓN REGALADO, Patricia y LASTARRIA RAMOS, Edgard. (2016). La unión de hecho y los problemas en la aplicación de la ley N° 30007. En Gaceta civil y procesal civil N° 38. Lima: Gaceta jurídica.
- VALVERDE, Enrique (1942). El Derecho de Familia en el Código Civil Peruano. Lima: Ministerio de Guerra.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. (2011). Tratado de derecho de familia, matrimonio y uniones de hecho. Lima: Gaceta jurídica.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. (2017). El régimen de separación de bienes en la unión estable. En Revista Actualidad civil N° 41. Lima: Instituto pacífico.
- VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda. (1998). Derecho de la Familia. Lima: Huallaga.