

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
ESCUELA DE POSTGRADO
SECCIÓN DE POSTGRADO DE DERECHO



**“RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE LAS UNIONES DE HECHO
STRICTU SENSU CON ELEMENTO TEMPORAL MENOR DE DOS
AÑOS DE VIDA COMÚN”**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE MAESTRO
CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y EMPRESARIAL**

AUTOR: *Bach. YESENIA DEL ROCIO LINARES CRUZADO*

ASESOR: *Dr. VICTOR HUGO CHANDUVI CORNEJO*

TRUJILLO – PERU

2015

N° de Registro.....

DEDICATORIA

A MIS PADRES JUAN E ISABEL QUE ME INCULCARON DURANTE MI FORMACIÓN ACADÉMICO – PROFESIONAL, EL RESPETO A LA PERSONA DENTRO DE LOS CÁNONES DEL BUEN PROCEDER.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo principal determinar los efectos jurídicos personales y patrimoniales del reconocimiento de las uniones de hecho *strictu sensu* cuyo elemento temporal sea menor de dos años de vida común a la luz de la doctrina nacional, jurisprudencia y el derecho comparado.

Para la realización del presente trabajo de investigación hemos analizado la doctrina nacional y comparada sobre materias referentes a la familia, el concubinato, jerarquía normativa, lo cual nos ha servido de base para la elaboración de nuestros instrumentos de recolección de datos de nuestro trabajo de campo, para lo cual aplicamos una observación social, indirecta y no participante, la aplicación de una entrevista a los magistrados especialistas en el derecho de familia, así mismo todo ello lo ejecutamos en el marco del método científico, así como los métodos de análisis o síntesis, el comparativo, el hermenéutico jurídico, la estadística descriptiva lo cual ha facilitado la ejecución, procesamiento de datos para su ulterior redacción.

Entre los resultados más importantes de nuestro trabajo de investigación es que en la etapa de recolección de datos hemos encontrado expedientes(sentencias) que han otorgado el reconocimiento del estado de convivencia a aquellos concubinos que no han alcanzado los dos años de vida en común, lo cual está amparado en lo estipulado por el artículo 5º de la Constitución Política del Perú que deroga a lo prescrito en el Art. 326 del Código Civil; igualmente en la práctica judicial los efectos jurídicos que se buscan con la declaración del estado de convivencia es de naturaleza patrimonial (división y participación de un bien social y la pensión de viudez del concubino supérstite por las AFP) y en cuanto a los efectos personales ello es infrecuente y solo procedería en caso de alimentos del cónyuge supérstite que la Ley le reconoce por 3 meses, ya que la Ley no le reconoce otros efectos y mucho menos los sucesorios.

Teniendo en cuenta nuestros resultados hemos concluido que, efectivamente, a la luz de la doctrina de la jerarquía de normas y la teoría de los hechos cumplidos, la ley (Art. 5° Constitución Política del Perú) no exige elemento temporal para el reconocimiento de las uniones de hecho *strictu sensu*, en consecuencia ello queda a criterio de conciencia y valoración de la prueba del A-quo, por ende se le reconocen efectos jurídicos en especial de orden patrimonial y de manera poco frecuente las de naturaleza personal.

ABSTRACT

Presently investigation work has as main objective to determine the personal and patrimonial juridical effects of the recognition of the unions in fact strictu sensu whose temporary element is smaller than two years of common life by the light of the national doctrine and jurisprudence and the compared right.

For the realization of the present investigation work we have analyzed the national doctrine and compared on relating matters to the family, the concubinage, normative hierarchy, that which has served us as base for the elaboration of our instruments of gathering of data of our field work, for that which we apply a social, indirect observation and non participant, the application of an interview to the specialist magistrates in the right of family, likewise everything executes it to it in the mark of the scientific method, as well as the analysis methods or synthesis, the comparative one, the hermeneutic one juridical, the descriptive statistic that which has facilitated the execution, prosecution of data for their ulterior writing.

Among the most important results in our investigation work it is that the stage of gathering of data has found files, to be precise sentences that have granted the recognition from the state of coexistence to those concubinos that have not reached in common the 2 years of life, that which this aided in that specified by the art. 5º of the Political Constitution of the Perú that it repeals to that prescribed in the Art. 326 of the Civil Code; equally in the judicial practice the juridical effects that are looked for with the declaration of the state of coexistence are of patrimonial nature (division and participation of a very social one and the pension of widowhood of the concubino survivor for the AFP) and as for the belongings it is it of uncommon and alone it would proceed in the event of the spouse's survivor that the law recognizes him for 3 months foods, since the law doesn't recognize him behind effects and much less the successoral ones.

Keeping in our mind results has concluded that indeed by the light of the doctrine of the hierarchy norms and the theory of the fulfilled facts, the law (the art. 5

constitution) it doesn't demand temporary element in fact for the recognition of the unions strictu sensu, in consequence it has left to approach of conscience and valuation of the test of the one to - quo, for ende is recognized juridical effects especially of patrimonial order and in way little by little frequent those of personal nature.

TABLA DE CONTENIDOS

DEDICATORIA.....	i
AGRADECIMIENTO.....	ii
RESUMEN	iii
ABSTRACT.....	iv
TABLA DE CONTENIDOS	v

I. INTRODUCCIÓN

1.1 Realidad problemática.....	1
1.2 Antecedentes.....	3
1.3 Justificación.....	4

CAPITULO I

EL PROBLEMA

1. El problema de investigación.....	5
1.1. Planteamiento del problema.....	5
2 Hipótesis:.....	5
3 Determinación de variables	5
3.1 Variable Independiente	5
3.2 Variable Dependiente.....	5
4 Objetivos:	5
4.1 Objetivo general	5
4.2 Objetivos específicos	5

CAPITULO II

FUNDAMENTACION TEORICA

1. Unión de hecho o concubinato	7
1.1 Etimología	7
1.2 Evolución histórica	7
1.2.1 En la época antigua.....	7
1.2.1.1 Código de Hammurabi.....	7

1.2.1.2 Derecho Romano	8
1.2.1.3 Derecho Germánico	9
1.2.2 En la edad media	9
1.2.2.1. Derecho Canónico	9
1.2.2.2 Derecho Español.....	10
1.2.3 Edad Moderna	10
1.2.4 Edad Contemporánea	10
1.3 Definición	11
1.4 Naturaleza Jurídica	11
1.5 Requisitos para su Constitución	12
1.5.1 Diferencia de sexo	12
1.5.2 Declaración de voluntad	12
1.5.3 Permanencia y estabilidad	13
1.5.4 Singularidad	13
1.5.5 Notoriedad	13
1.5.6 Cohabitación	13
1.5.7 Carencia de vínculo matrimonial	14
1.6. Causas	14
1.6.1 Causas de carácter económico.....	14
1.6.2 Causas de carácter cultural	15
1.6.3 Causas de carácter social.....	15
2. El Concubinato en el Perú	16
2.1 Antecedentes	16
2.2 El Servinacuy	18
2.3. El concubinato en el Código Civil de 1984	20
2.3.1 Elementos estructurales	21
2.3.1.1 Elemento subjetivo	21
2.3.1.2 Elemento objetivo	22
2.3.1.3 Elemento temporal	22
2.4. Clases	22
2.4.1 Concubinato propio.....	22

2.4.2 Concubinato impropio	23
2.5 Fines del concubinato	25
2.5.1 La comunidad de vida	25
2.5.2 La procreación	25
2.5.3 La conformación de una familia	26
2.6 Extinción del concubinato.....	26
2.6.1 Por muerte de uno de los concubinos.....	26
2.6.2 Por ausencia judicialmente declarado de uno de los concubinos.....	26
2.6.3 Por acuerdo mutuo	26
2.6.4 Por decisión unilateral de uno de los concubinos	27
2.6.5 Por matrimonio civil con tercera persona	27
3. Concubinato en otras Legislaciones.....	27
3.1 El concubinato en Bolivia	27
3.2. El concubinato en Venezuela.....	28
3.3. El concubinato en Honduras	28
3.4. El concubinato en Panamá	29
3.5. El concubinato en Cuba	29
3.6. El concubinato en Brasil.....	30
3.7. El concubinato en Ecuador	30
3.8. El concubinato en Argentina	31
3.9. El concubinato en Colombia.....	31
3.10. El concubinato en México	32

CAPITULO III

DESARROLLO DE LA INVESTIGACION

FUNDAMENTOS PARA LA NO CONSIDERACION DEL ELEMENTO TEMPORAL EN LAS UNIONES DE HECHO

1. Teoría sobre los hechos cumplidos.....	34
2. La normatividad internacional.....	39
3. Interpretación y aplicación del Código Civil y la Constitución.....	41
4. Jerarquía de normas.....	43

**CAPITULO IV
RESULTADOS**

.....47

**CAPITULO V
DISCUSION DE RESULTADOS**

.....54

**CAPITULO VI
METODOLOGIA**

1. Material, métodos y procedimientos.....	62
1.1 Material.....	62
1.2 Métodos.....	63
1.3 Procedimientos.....	63
2. Diseño de contrastación.....	63
3. Técnicas	64
4. Instrumentos.....	65

CONCLUSIONES..... 66

RECOMENDACIONES.....67

BIBLIOGRAFIA..... 69

ANEXOS.....69

CUESTIONARIO

JURISPRUDENCIA

ACTA DE SESIÓN PLENARIA

RESOLUCIÓN NUMERO DIECISIETE

INTRODUCCIÓN

1.1 Realidad problemática

La familia es la institución más antigua de la tierra y desempeña un papel fundamental en la sociedad humana. La familia como la célula básica de la sociedad y el matrimonio como institución más importante de la vida familiar; son las entidades supremas en las cuales se realiza la persona humana; por ello existe la protección legal de la familia a través del matrimonio como la forma más civilizada de organización social. Sin embargo, por razones históricas, de tradición y nacionalidad, a la par del matrimonio como la forma civilizada, existen las llamadas uniones de hecho que son comúnmente denominadas como “concubinato”, fenómeno social que tiene vigencia ancestral, histórica y universal.

En nuestro país el concubinato es un fenómeno gravitante que existe como realidad cultural y sociológica, de tal manera que es frecuente encontrar uniones más o menos estables de hombres y mujeres no casados. Estas uniones no vienen a ser sino la cohabitación de un hombre con una mujer fuera del matrimonio, pero con fines muy parecidos a estos; es decir llevar una vida en común.

Como antecedentes legales, debo precisar que estas uniones de hecho fueron reguladas jurídicamente en: la Ley N° 8439 artículo 2º, Ley N° 8569 artículo único, Ley N° 13517 (barrios marginales) de 14.2.60, reglamento de ley 13517 D. S. N° 23 de 21.vii.61. 39º, D.L. 17716 reforma agraria artículo 88º, D. S. N° 01472 – VI o Reglamento de Ley 17729 (Empresas de Administración de Inmuebles) del 23.II.72 artículo 128º, D.L. 20589 del 30 de abril de 1974 (empresa de propiedad social) artículo 135º inc. c.) y a nivel constitucional por primera vez en la constitución política del Perú de 1979 en su artículo 9º “la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial que forman un hogar de hecho por el tiempo y 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 le sea aplicable”: el cual es concordante con el artículo 326º del código civil de 1984, que a la letra prescribe: “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 le sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos...”, de tal manera que con estas normas jurídicas se logró mejorar parcialmente esta institución, tanto en el aspecto personal, como patrimonial.

Posteriormente, nuestra actual Constitución Política del Perú de 1993, establece en su artículo 5º, reproduciendo en parte el texto el artículo 9º (Constitución de 1979) que: “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 sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”. Como podemos ver, la actual Constitución ha omitido uno de los elementos del concubinato, que es el elemento temporal, elemento que resulta imprescindible para la declaración judicial de las uniones de hecho, dejando de esta manera abierta la posibilidad para producirse declaraciones judiciales de unión de hechos menores a los dos años que establece el artículo 326º del Código Civil de 1984 (norma anterior a la Constitución de 1993), lo cual se presenta en la realidad fáctica, en donde se aprecia que los magistrados por lo general no reconocen uniones de hecho en los cuales el elemento temporal sea menor de dos años; sin embargo existen otros A-quo que se adscriben a ésta corriente y en casos en que por falta de días o meses, no cumplieran con el requisito temporal, ellos valoran los hechos y les reconocen sus derechos declarándoles fundada su demanda.

Así podemos apreciar que la problemática radica en el vacío que deja el artículo 5º de nuestra actual Constitución, con respecto al elemento temporal en las uniones de hecho puras; a diferencia del plazo establecido por el artículo 326º del código civil vigente; el cual fija un plazo que no está previsto en el texto constitucional vigente y por ende establecer si es jurídicamente posible la generación de los efectos jurídicos personales y patrimoniales en ausencia u omisión del tiempo mínimo de 2 años, a que se refiere el Código Civil.

1.2 Antecedentes

Sobre el objeto de estudio y teniendo en cuenta la bibliografía consultada cabe mencionar que el tema aún no ha sido desarrollado in extenso, ya que sólo se ha tratado como uno de los elementos estructurales del concubinato en el derecho de familia.

Así tenemos a **MALLQUI y MOMETHIANO**¹, quienes establecen que: “el elemento temporal es el tiempo aplicando a la duración concubinaria; para que el simple hecho de vivir juntos un hombre y una mujer en comunidad de vida constituye un concubinato, es necesario que esa comunidad de vida se prolongue en el tiempo por caracteres de duración continuada y permanencia, es decir, que no tenga una efímera existencia, de un simple capricho o una aventura pasajera amorosa destinada exclusivamente a la satisfacción coital; en consecuencia este elemento hace de la mujer en el concubinato, no el objeto de una pasión momentánea, sino la compañera de toda existencia”.

Por otro lado, **PERALTA ANDIA**², se refiere como: “el tiempo durante el cual se ha sostenido la vida en común, señalando que este elemento es determinante para establecer la posesión constante de estado, siempre que haya durado por lo menos dos años continuos, lo que dará origen a una sociedad de gananciales”.

Por su parte, **ETO CRUZ**³, precisa que: “todo plazo es ciertamente arbitrario, así mismo señala que en el derecho comparado se hallan ejemplos en que la duración mínima de la unión para sufrir ciertos efectos se fija en cinco años, tal es el caso del código civil mexicano para el distrito y territorio federal; **contrario sensu** el código de familia de Bolivia no señala plazo alguno para que la unión conyugal libre, sea tenida como un matrimonio legal en cuanto a los efectos que produce”.

¹ MALLQUI, Reynoso y MOMETHIANO, Eloy. 2001 Derecho de familia. P-65

² PERALTA ANDIA, Javier. 1996 Derecho de familia en el código civil. P-124

³ ETO CRUZ, Gerardo. 1989. Derecho de familia en la constitución y en el nuevo código civil. P-135

Es necesario acotar a los antecedentes del tema en desarrollo que éste fue mencionado en la tesis “El derecho de los convivientes a ordenar su régimen patrimonial mediante acuerdo de separación de patrimonios”⁴.

1.3 Justificación

La investigación que se pretende realizar tiene su justificación en la necesidad de establecer el reconocimiento de los efectos jurídicos personales y patrimoniales que se derivan de la declaración judicial de las uniones de hecho *strictu sensu*, en aplicación del artículo 5º de la Constitución Política del Perú de 1993, en cuya norma el elemento temporal ha sido omitido del conjunto de elementos que se identifican de dicha prescripción constitucional lo cual exige determinar cuál o cuáles serían los efectos jurídicos de reconocer uniones de hecho puras, con menos de dos años de duración continua.

⁴ Este comentario fue dado por la doctora Wilda Cárdenas Falcón (Juez del Segundo Juzgado de Familia del Distrito Judicial de la libertad, al conceder una entrevista a los tesisistas Víctor Pereyra y Milton Rojas de la UNT en el mes de noviembre del 2005.

CAPITULO I

EL PROBLEMA

1. El Problema de Investigación

1.1. Planteamiento del Problema

1.1.1. Enunciado

¿Cómo beneficiará a las familias, el reconocimiento judicial de efectos jurídicos patrimoniales y personales a las uniones de hecho *strictu sensu* cuya duración sea menor a los dos años de vida en común?

2. Hipótesis

- El reconocimiento judicial de efectos jurídicos patrimoniales y personales a las uniones de hecho *strictu sensu* cuyo elemento temporal es menor a los dos años de vida común, beneficiará a la consolidación de la institución de la familia, al brindarle una verdadera protección jurídica acorde con un Estado social y democrático de Derecho.

3. Variables

3.1 Variable independiente

El reconocimiento judicial de las uniones de hecho cuyo elemento temporal es menor a los dos años de vida en común.

3.2 Variable dependiente

La institución de la familia.

4. Objetivos

4.1 Objetivo General

- Encaminar políticas de índole jurídico-social al reconocimiento de uniones de hecho *strictu sensu* cuyo elemento temporal es menor de los 2 años de vida común.

4.2 Objetivos Específicos

- Fundamentar dogmática y hermenéuticamente los supuestos para reconocer las uniones de hecho *strictu sensu* cuyo elemento temporal sea menor de dos años.

- Explicar los efectos jurídicos patrimoniales y personales en las uniones de hecho ***strictu sensu***.
- Conocer los beneficios del reconocimiento judicial de las uniones de hecho menores de dos años, en la protección jurídico - social de la familia.

CAPITULO II

FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

1. Unión de Hecho o Concubinato

1.1 Etimología

Para **REYES RIOS**⁵, el término concubinato deriva del latín “concubinatus” del verbo en infinitivo “concubere” que literalmente significa dormir juntos o comunidad de lecho, se trata de una situación fáctica que consiste en la cohabitación de un varón y de una mujer para mantener relaciones sexuales estables.

De acuerdo a la **Enciclopedia Jurídica Omeba**⁶, la palabra concubinato alude etimológicamente, a la comunidad de lecho. Es así una vez que sugiere una modalidad de las relaciones sexuales mantenidas fuera del matrimonio, como una expresión de la costumbre.

1.2 Evolución histórica

1.2.1 En la Época Antigua

1.2.1.1 Código de Hammurabi

El concubinato es un fenómeno social que aparece con el hombre, lo demuestra que lo encontremos institucionalizado en el primero código que fue el promulgado por el fundador del imperio babilónico, Hammurabi, 2000 a. de C.

Para el maestro **CORNEJO CHÁVEZ**⁷, el concubinato tiene un origen muy remoto y que lo admitió ya como institución legal el Código de Hammurabi (año 2,000 a. de C.). En éste Código el Rey Hammurabi dictó Leyes que protegían fundamentalmente a la familia, el matrimonio y la propiedad, que es un fiel reflejo de la vida y costumbres de babilónicos.

⁵ REYES RIOS citado por PERALTA ANDIA, Javier. Ob. cit. p-157

⁶ OMEBA. 1992. Diccionario enciclopédico jurídico omeba. P-616

⁷ CORNEJO CHÁVEZ citado por MALLQUI y MOMETHIANO. Ob. cit. p-76

1.2.1.2 Derecho Romano

Según VASQUEZ GARCIA⁸ “el concubinato en el derecho romano estuvo regulado en el *Jus Gentium* aunque era permitido por el derecho civil en general. Se originó la unión de hecho en Roma a raíz de las Leyes de Julio y Papia Popea, y no fue una práctica ilícita ni arbitraria sino una suerte de cohabitación con afecto maritales de un varón con una mujer de inferior condición social”

El concubinato fue regulado por el *Jus Gentium*, con la tolerancia del derecho civil que alcanza su mayor difusión en el régimen imperial de Octavio Augusto, el cual con las leyes Julia de Maritandis, Ornibus, Papia Poppea, Julia de Adulteris, reconoce al concubinato una condición legal, distinguiéndolo de las restantes uniones extramatrimoniales.

Además, si bien es cierto que el matrimonio no estaba permitido, así tampoco todas las mujeres podían ser concubinas, sólo podían serlo las mujeres ajenas al *stuprum*, (relación sexual fuera del matrimonio), es decir las manumitidas, las de baja extracción social y los esclavos, por lo cual si se tomaba como concubina a una que gozaba de *ius connubium*, había de hacerlo con expresa declaración ante testigos de tomarla por tal razón, pues de lo contrario se presumía que la tomaba por su mujer legítima.

Esto no quiere decir que en el derecho romano la concubina no compartió jurídicamente el rango y la posición social de su marido, por lo cual las relaciones patrimoniales entre concubinos eran relaciones de hecho. Sin embargo bajo el Emperador Justiniano se completó la estructuración de la figura a través de la ampliación de su efecto jurídico debido a que se le concedieron a la concubina derechos en la sucesión legítima tanto como a sus hijos naturales. (Sin embargo esto resulta ser jurídicamente imposible en nuestro Código Civil vigente)

⁸ VASQUEZ GARCIA, Yolanda. 2003. Derecho de familia. P-179.

1.2.1.3 Derecho Germánico

De acuerdo a **PAVON**⁹ el concubinato en el derecho germano, siguió los criterios adoptados por el derecho romano en el sentido que consideró al matrimonio como atributo específico para las personas libres, rechazando de esta manera el matrimonio entre personas de diferente condición. En el derecho germano, también se dio la unión entre libres y siervos, a lo que se les conocía con el nombre de matrimonio ***ad morganaticum***, o matrimonio de mano izquierda en el cual, un hombre libre se casaba con una mujer de baja condición, la misma que tomaba para ser su mujer en un orden inferior, pero que a su vez, ésta no tenía el rango ni el título de su marido.

1.2.2 En la Edad Media

1.2.2.1 Derecho Canónico

Con el triunfo del cristianismo, el derecho romano se adaptó a los principios de la iglesia, y en lo que respecta al concubinato ésta no lo consideró como un matrimonio, sin embargo y a pesar de la férrea oposición de la iglesia, las uniones concubinarias se mantuvieron vigentes, es por ello que en España se consagran mediante antiguas manifestaciones y ciertas normas legales, concediéndose de esta manera al concubinato como ***barraganía***, que no es más que un acuerdo de amistad y compañía basadas en la estabilidad y fidelidad de la pareja. pese a ello, la iglesia encaminada a defender el matrimonio como la única forma válida de unión sexual, condenó al concubinato con una serie de medidas tales como la excomunión y el exilio, dichas sanciones se dieron a partir del concilio de Trento de 1573, en la que la Iglesia comenzó la integración de su doctrina rígidamente matrimonialista; más aún si los concubinos eran firmes en su decisión de seguir viviendo bajo el concubinato después de haber sido advertidos por el obispo, se les excomulgaba y si a pesar de ello permanecían en

⁹ PAVON citado por BOSSERT, Gustavo. 1995. Código civil Peruano, balance y perspectivas. P-272

concubinato, se les trataba como herejes, o como adúlteros, aplicándoseles las respectivas penas que les correspondían.

1.2.2.2 Derecho Español

En España de la misma manera que en Roma, el concubinato no era considerado como una conducta ilícita, es por ello que estaba institucionalizado debido a que en el derecho español se dieron tres modos diferentes de uniones maritales; es decir, el matrimonio consagrado por la ley y la religión, aquel que era consagrado por la ley pero con un carácter clandestino y el concubinato conocido como ***barraganía***.

En el derecho español el concubinato era de dos clases: aquellos copiados del derecho romano, tales como su carácter monogámico y los impedimentos de consanguinidad para su configuración, y en segundo término se encuentran los caracteres propios o típicos que no fueron tomados del derecho romano.

En cuanto a los efectos de la ***barraganía***, esto a su gran difusión de la que gozaba y a su posterior reconocimiento legal, pudo gozar de derechos tales como el de hereditario a la barragana y a sus hijos respecto a la sucesión del padre.

1.2.3 Edad Moderna

Durante la edad moderna la iglesia, cuya influencia se había dejado sentir ya, a través del derecho canónico y más tarde a través del concilio tridentino, logra por fin imponerse al derecho occidental, en la regulación del concubinato.

1.2.4 Edad Contemporánea

De acuerdo a **HINOSTROZA MINGUEZ**¹⁰ “el concubinato en la actualidad se encuentra inmerso dentro de la legislación comparada en general, representa un problema de carácter sociológico y jurídico, se siente su presencia no sólo en los países desarrollados sino también en los países que están en

¹⁰ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. 1997. Derecho de familia. P-56

vía de desarrollo. Así mismo se aprecia que el concubinato no es nada nuevo en la historia, y que hoy en día adquiere suma importancia ya que está en constante aumento y, además, por los efectos que puede llegar a producir; por tal razón es que la mayoría de las legislaciones trata de regular, más condenándolos, otros (como la nuestra) tolerándolo, buscando darle cierta protección y existen otras que pretenden equiparla como la institución matrimonial”.

1.3 Definición

CABANELLAS¹¹ “Es el estado en que se encuentran el hombre y la mujer cuando comparten casa y vida como si fueran esposos, pero sin haber contraído ninguna especie de matrimonio, ni religioso, ni civil”.

Según **CORNEJO CHAVEZ**¹² “el concubinato puede darse entre personas libres o atadas ya con vínculo matrimonial con distinta persona, tengan o no impedimento para legalizar su unión, sea dicha unión ostensible o no lo sea; pero siempre que exista un cierto carácter de permanencia o habitualidad en la relación”.

Así mismo **BOSSERT**¹³ “es la unión permanente de un hombre y una mujer, que sin estar unidos por matrimonio mantienen una comunidad de habitación y de vida, de modo similar a la que existe entre los cónyuges”.

1.4 Naturaleza jurídica

El maestro **LAFONT**¹⁴ señala que la unión marital de hecho es un hecho jurídico familiar, en los siguientes términos; "la naturaleza fáctica indica que la unión marital es en sí misma considerada, un hecho jurídico familiar especial; es decir, un hecho voluntario de constitución familiar reconocido por el derecho, razón por la cual se le califica "de hecho". Continúa afirmando que en efecto la unión marital

¹¹ CABANELLAS, Guillermo. 1975. Diccionario de derecho usual. P-261.

¹² CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. 1999 Derecho familiar peruano. P-63

¹³ BOSSERT, Gustavo. Ob. cit. p-262

¹⁴ LAFONT citado por PLACIDO, Alex. 2002. Regimenes patrimoniales del matrimonio y de las uniones de hecho en la doctrina y en la jurisprudencia. P-315

de hecho se manifiesta como una verdadera situación fáctica, es decir, por una serie de comportamientos humanos plurales y reiterados en el tiempo por sus compañeros, porque así nace (por los hechos), se desarrolla (la reiteración de estos hechos, con su correspondiente relación, etc.) y termina (fundamentalmente por hechos), es decir, porque así, como situación continuada fáctica, se exterioriza su existencia vital ante el derecho”.

Por su parte **AROLDO QUIROZ**¹⁵ sostiene que “la unión marital de hecho, no es un hecho, sino un acto jurídico de carácter familiar por existir un acuerdo de voluntades expreso o tácito en la celebración de la unión marital; es decir que la unión marital de hecho, se logra a través de un acto jurídico, es decir, un acto voluntario lícito, que tiene como fin inmediato establecer las relaciones jurídicas maritales”.

En conclusión, la naturaleza jurídica de la unión marital de hecho, es un acto jurídico de carácter familiar, que se puede definir como la declaración de voluntad unilateral o bilateral, que tiene por objeto crear, modificar, regular o extinguir, derechos y obligaciones de carácter familiar.

1.5 Requisitos para su constitución

1.5.1 Diferencia de sexos

Es condición natural e ineludible de la unión de hecho, pues se constituye por un varón y una mujer, es esencial en el derecho de familia el principio de dualidad (dos personas) y el principio de oposición de sexos (hombre-mujer).

Como en el caso del matrimonio, tampoco en el concubinato se puede concebir la unión de personas del mismo sexo.

1.5.2 Declaración de voluntad

Esto implica un consentimiento y aceptación de las personas que forman la unión de hecho, debido a que es un factor importante y determinante para la realización de dicha unión, puesto que no se acepta una unión mantenida bajo amenaza o

¹⁵ QUIROZ AROLDI citado por PLACIDO, Alex. Ob. cit. p-316.

violencia; es decir, se señala que el concubinato tendrá que ser: seria, honesta, estar exenta de vicios; error fuerza y dolo.

1.5.3 Permanencia y estabilidad

La permanencia en el tiempo, porque la relación de los concubinos no puede ser momentánea ni accidental, debe ser duradera. Si bien la Constitución Política del Perú no fija un tiempo determinado para considerar una unión concubinaria, ésta debe ser duradera prolongarse por un periodo de tiempo, debiendo existir continuidad en la relación sexual y en la vida en común; además la unión de hecho debe ser sólida.

1.5.4 Singularidad

La unión de hecho, exige como elemento indispensable, la singularidad, es decir ser monogámica, debiéndose los concubinos entre ellos el deber de fidelidad.

La fidelidad es una consecuencia directa del régimen monogámico que establece la ley, ya que para su desenvolvimiento normal se requiere esencialmente la exclusividad del vínculo convivencial. Ahora, éste debe ser recíproco, en el sentido de que ambos compañeros lo deben respetar mutuamente, siendo mutua también su exigencia. por lo que se prohíbe las relaciones sexuales con terceras personas.

1.5.5 Notoriedad

La pareja debe desenvolverse como verdaderos esposos en sus relaciones familiares, sociales, domésticas, laborales, etc.; es el conocimiento que asumen los parientes, vecinos y demás relacionados de este estado aparentemente conyugal.

1.5.6 Cohabitación

Viene a ser la comunidad de vida, es decir, la posibilidad de que la pareja en mayor o menor medida comparta sus vidas en todos sus aspectos. La pareja deberá tener un comportamiento matrimonial, es decir se da entre ellos la comunidad de lecho, comunidad de techo y comunidad de mesa, los concubinos

buscan y deben hacer vida en común y tratar de llevar una vida familiar juntos a sus hijos, de manera semejante al matrimonio, cumpliendo tanto deberes como derechos personales como por ejemplo las obligaciones alimentarias y educativas para con los hijos, el deber de fidelidad y asistencia, sostenimiento de la familia

1.5.7 Carencia de vínculo matrimonial

En el concubinato no existe el vínculo jurídico-matrimonial, es una unión formada de hecho. Es la gran diferencia entre el matrimonio y el concubinato, pues mientras en el primero existe el vínculo jurídico matrimonial, el segundo carece de ello, pero sin embargo en el concubinato existe un vínculo jurídico de naturaleza personal con consecuencia patrimonial.

1.6 Causas

1.6.1 Causas de carácter económico

Para **MALLQUI** y **MOMETHIANO**¹⁶ “es una de las causas que mayormente impactan en la clase asalariada y campesina que frente a las múltiples necesidades de subsistencia hacen que el hombre apenas pueda ganarse el sustento personal, por lo que numerosos noviazgos bien intencionados no pueden culminar en los registros civiles, los que deben ser aplazados reiteradamente muchas veces llegando fácilmente a las uniones de hecho llevados por las circunstancias”.

En nuestro país, las personas de escasos recursos, hacen frente al reto de satisfacer las diferentes necesidades de subsistencia, llámese alimentación, salud, vestido, etc., siendo otro así, numerosas parejas, ante la escasez económica y teniendo otras prioridades que satisfacer, deciden aplazar el matrimonio o simplemente no casarse; ya que significaría un gasto extra que no pueden solventar¹⁷.

¹⁶ MALLQUI y MOMETHIANO. Ob. cit. p-98

¹⁷ Loc cit.

1.6.2 Causas de carácter cultural

Entre los factores culturales que contribuyen al incremento de las uniones concubinarias se puede mencionar el analfabetismo, el desconocimiento de nuestras leyes, la influencia de la mala literatura, la televisión, el internet, las discotecas y las llamadas polladas; esto quiere decir que una persona analfabeta se limita a buscar el sustento biológico, más no le interesa las costumbres que trae la civilización, como lo es el matrimonio, simplemente las desconoce y sólo acepta como válidas las costumbres que le fueron legadas por sus antepasados; es decir, que no alcanza a comprender la importancia ética, social ni jurídica de la institución del matrimonio como única forma civilizada y válida de formar la familia.

1.6.3 Causas de carácter social

En nuestra sociedad es difícil poder conseguir el divorcio, ante ello el cónyuge decide empezar una nueva relación con una mujer con la cual le gustaría casarse pues inclusive ya hacen vida de pareja. sin embargo, no puede formalizar su relación por cuanto la cónyuge no le quiere dar el divorcio. Entonces, el cónyuge con su nueva pareja decidirán formar un concubinato, ya que tendrían que esperar dos años o peor aún cuatro años, si hubiese hijos menores del matrimonio, para poder lograr el divorcio por causal de separación de hecho, y así quedar el cónyuge libre para posteriormente casarse.

En otros casos tenemos que la juventud de ahora deciden a temprana edad vivir juntos, les agrada la convivencia pero no desean casarse, por cuanto no creen en el matrimonio y en otros casos por que consideran que no se han realizado profesionalmente.

2. El concubinato en el Perú

2.1 Antecedentes

El concubinato es una expresión que se refiere a una realidad que ha existido siempre, pero que en la actualidad tiene una especial importancia.

El concubinato en el Perú es un fenómeno latente ya que como realidad cultural y sociológico ha existido tanto en el derecho pre colonial como colonial. Actualmente en el mundo moderno en que vivimos, existe el concubinato como una costumbre muy arraigada.

En el período incaico, prevalecía el matrimonio obligatorio público y monogámico para la gente del pueblo; sin embargo estuvo permitida la poligamia para los de la nobleza imperial. A pesar de esta organización rígida no puede dudarse que las uniones extramatrimoniales se practicaron en este período: relaciones que se conocen con el nombre de **servinacuy, tinkunakuspa o servís hiña**, las cuales forman características de verdadera familia y se han conservado a través de nuestra historia.

Luego viene para el Perú una nueva etapa; dos corrientes culturales. En la época colonial la cultura inmigrante se impone y trata de adaptar sus instituciones a la realidad peruana, desatándose una tenaz lucha para suprimir el servinacuy duramente. En la época republicana nuestra legislación fue elaborada según modelos de legislaciones extranjeras ignorando de esta manera las relaciones concubinarias.

Hasta la promulgación de Código Civil de 1852, con relación al concubinato, sólo se dictan algunos dispositivos de carácter penal. El Código Civil de 1852, aunque ignora el concubinato, no deja de hacer mención, como sucede en el artículo 192°, que como causal de divorcio pone al concubinato, confundiendo así con otras clases de uniones.

La comisión que elaboró el Código Civil de 1936, no reguló el concubinato de modo alguno, pero se refirió a él solo en lo referente a evitar el enriquecimiento indebido en perjuicio de la mujer, tratándose

de la ruptura de la unión de hecho, que como es sabido, se puede dar inclusive por decisión unilateral.

Posterior al Código Civil de 1936 se dieron otras leyes que se referían al concubinato en lo referido a la protección de la mujer en el sentido que con el término de la unión podía verse perjudicada económicamente, entre las cuales son las siguientes.

Ley N° 13517 de fecha 14 de febrero de 1961, que en su artículo 39° reconoce expresamente al concubinato al establecer en su primer párrafo: "cuando el adquerimiento de un lote marginal con fábrica o sin ella que sin tener el estado civil de casado, esté ocupándolo en compañía de la mujer con quien hace vida marital, siempre que ésta tampoco tenga impedimento legal para contraer matrimonio, el bien que aquel adquiera será de propiedad de ambos en cuyos nombres deberá extenderse el título correspondiente".

El Decreto Ley N° 17716 de fecha 18 de agosto de 1970 el mismo que reconoce expresamente la existencia del concubinato, al referirse a la unidad agrícola familiar, ya que en su artículo N° 88° establece: "cuando falleciera el adjudicatario de una unidad agrícola familiar sin haber cancelado su precio, caducará el contrato de compra venta considerándose lo que hubiera abonado aquel como la merced conductiva por el tiempo que hubiera conducido la parcela y, en tal caso la dirección general de reforma agraria y asentamiento rural adjudicará gratuitamente a la cónyuge o compañero permanente y a los hijos menores de 18 años, quienes estarán obligados a liquidar el condominio cuando el último de los hijos cumpla 18 años de edad, o adquiera capacidad civil".

El Decreto Supremo N° 014-72-VI o Reglamento de la Ley N° 17729 sobre EMADI (Empresa de Administración de Inmuebles) de fecha 23 de febrero de 1972, reconoce en forma indubitable a las uniones concubinarias y les otorga derechos comunes, es así que el artículo 128° prescribe que, para ser adjudicatario de un inmueble construido o de un lote de terreno, se requiere: c) "ser jefe de familia, constituida de hecho o de derecho y tener a su cargo por lo menos una familia

dependiente; en caso de convivientes, deberán tener por lo menos un hijo común reconocido".

El Decreto Ley N° 20589 sobre las empresas de propiedad social, de fecha 30 de abril de 1974, en el artículo 135° señala lo siguiente: "los certificados de retiro serán transferidos al fallecimiento del trabajador titular: inciso c) a la conviviente que mantiene el estado permanente de compañera del causante y que se encuentra registrada como tal en la ficha personal de trabajador" como es de apreciarse en la citada norma, se reconoce la vigencia de la unión concubinaria y de esta forma, derechos hereditarios a la concubina.

La Constitución Política del Perú del año 1979, también abordó el tema del concubinato y por primera vez eleva a rango constitucional esta figura en su artículo 9° señalando: "la unión estable 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".

Finalmente nuestra actual carta magna vigente desde el año 1993 en su artículo 5° establece: "la unión establece 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".

2.2 El servinacuy

El término servinacuy no es quechua ni castellano, sino un híbrido surgido durante la colonia, se forma con la abreviación castellana "**serví**" alusiva a servicio, y a fijo quechua "**nakuy**"; que tiene una connotación de mancomunidad, ayuda a participación.

La denominación varía según la región: en el Cuzco se llama "**warmichakuy**", en Puno "**ujtasiña**" y "**sirvinakuy**", en Ayacucho "**uywanakuy**" "**servinaki**" o "**rinaykukuy**", en Apurímac "**phawaytinkuska**", en Huancavelica "**champtiqraqchay**", en Junín "**muchada**", "**civilsa**" o "**civilia**", en Huánuco "**la pañaca sirvinakuy**"

o "*servicia*" y en Ancash "*mushiapanaki*", "*tinkumakuspa*", "*watanakuy*" "*taatsinakuy*", "*mansiba*" o "*servinakuy*".¹⁸

No está suficientemente esclarecido si se trata sólo de diferentes nombres de un mismo fenómeno, o si aquellos esconden fenómenos diferentes en aspectos esenciales, pero el matrimonio aprueba, no es exclusiva del Perú, sino que se dio en otros lugares del mundo.

El *servinacuy* consiste precisamente en un matrimonio que tiene que pasar un período de prueba, pasado dicho período, si el varón se encuentra satisfecho de la mujer, o sea, si se comprenden en todos los aspectos, y si de este período de unión se procrea algún hijo, se formaliza en forma definitiva, produciéndose el matrimonio "*strictu sensu*".

En el *servinacuy* no se toma simplemente a prueba a la mujer para descubrir la compatibilidad de caracteres entre ésta y el varón o a precisar sus virtudes y defectos, sino que además es el hombre el que pasa también una prueba acerca de su aptitud para el matrimonio y su comportamiento ante los hechos de la vida diaria; así, si ambos son capaces para tener y desarrollar una vida en familia, pasado el período de prueba que por lo general es un año, se formaliza legalmente la unión.

Asimismo **DE TRAZEGNIES GRANDA**¹⁹ señala que "anteriormente existía la vigorosa presencia del cristianismo entre los indígenas: casi no hay uno que no haya sido bautizado, la celebración de festividades religiosas es costumbre muy arraigada y durante el *servinacuy* se realiza el *casarakuy* que es el matrimonio católico".

Finalmente se puede apreciar que el concubinato se asemeja también al *servinacuy*, porque éste es una forma de aquél. El concubinato es una costumbre que está muy arraigada en la sociedad y en cuanto a sus efectos se rige por la ley, mientras que el *servinacuy* es una relación intersubjetiva que se practica entre los habitantes del ande y oriundas de él, y en cuanto a sus efectos éste se halla fuera de

¹⁸ MALLQUI y MOMETHIANO. Ob. cit. p-43

¹⁹ DE TRAZEGNIES GRANDA citado por PERALTA ANDIA. Ob. cit. p-170

ordenamiento jurídico oficial, pero tiene las connotaciones de un verdadero matrimonio.

2.3 El concubinato en el Código Civil de 1984

La conciencia colectiva de la sociedad peruana de hace unos años, impregnada de tintes morales y religiosos muy íntimos, fue reacia a aceptar al concubinato como hecho digno de protección; siendo calificado éste de ilícito; porque enervaba la institución matrimonial.

Por ello el vigente Código Civil de 1984 reconoce la unión de hecho en su artículo 326°; siendo así la primera legislación peruana que regula dicho fenómeno. Además el artículo 402° inciso 3, del mismo código por primera vez consigna la definición jurídica del concubinato cuando dice: "hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales".

De tal manera que el artículo 326° del código civil prescribe lo siguiente: "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 abandono, 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 indebido".

Para **HINOSTROZA MINGUEZ**²⁰ “en lo que respecta a la expresión "sociedad de gananciales" hubiera sido preferible que fuera "comunidad de gananciales", denominación que se utiliza en la doctrina y en la legislación comparada y que alude a dos regímenes de gananciales: el de participación y el de comunidad de gananciales”.

Si bien la expresión "sociedad de gananciales" se ha impuesto en el común de la gente, no deja de ser errado, tal como se puede observar que nuestra legislación civil ha optado por la tesis de la apariencia al estado matrimonial, además la forma como está consagrado el concubinato en nuestro Código Civil, no lo convierte en matrimonio, sino que simplemente para efectos patrimoniales, lo sujeta a las normas de la comunidad de gananciales.

2.3.1 Elementos estructurales

2.3.1.1 Elemento subjetivo

PERALTA ANDIA²¹ establece que "este elemento está constituido por dos componentes; por un lado el elemento personal que está formado por los sujetos que intervienen en la relación fáctica: varón y mujer tengan o no impedimentos y por otro, el evolutivo que no es otra cosa que la libre y espontánea decisión de mantener una vida en común fuera del matrimonio que conlleva al cumplimiento de sus fines y sus deberes”.

Sin embargo nosotros consideramos que para que la unión de facto entre un hombre y una mujer constituya elemento de hecho sobre el que ha de erigirse el concubinato es necesario que reúna ciertos requisitos que puedan ser: la vida en común bajo un mismo techo, la posesión de estado de casados, la publicidad o notoriedad.

²⁰ HINOSTROZA MINGUEZ. Ob. cit. P-58

²¹ PERALTA ANDIA. Ob. cit. p-124

2.3.1.2 Elemento objetivo

Está constituido por vínculos de hecho que ligan al varón y a la mujer que han formado una unión marital fuera del matrimonio y que manifiesta precisamente en la ostensibilidad de las relaciones y en la existencia a veces a un patrimonio concubinario. Pero la unión marital de hecho, se revela principalmente en la cohabitación que implica vivir bajo un mismo techo, compartir la mesa y también el lecho, en otros términos en el establecimiento de una plena comunicación de vida.

2.3.1.3 Elemento temporal

Se refiere al tiempo durante el cual se ha sostenido la vida en común. Este elemento es determinante para establecer la posesión, siempre que haya durado por lo menos dos años continuos, lo que dará origen a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales.

Es decir que el simple hecho de vivir juntos un hombre y una mujer en comunidad de vida constituya un concubinato, es necesario que esa comunidad de vida se prolongue en el tiempo con caracteres de duración, continuidad y permanencia, lo que quiere decir que no tenga una efímera existencia.

2.4 Clases

2.4.1 Concubinato propio

De acuerdo a **ETO CRUZ**²², el concubinato propio es llamado también "*strictu sensu*" o restringido, es la unión de un varón y una mujer que no son casados, pero que se presentan ante terceros como tales, pudiendo transformar dicha unión de hecho en una unión matrimonial, toda vez que no tienen impedimento alguno; así mismo nos señala que las relaciones concubinarias *strictu sensu* pueden ser de 9 variables:

²² ETO CRUZ, Gerardo. Ob. cit. p-85

1. Hombre soltero con mujer soltera
2. Hombre soltero con mujer divorciada
3. Hombre soltero con mujer viuda
4. Hombre divorciado con mujer soltera
5. Hombre divorciado con mujer divorciada
6. Hombre divorciado con mujer viuda
7. Hombre viudo con mujer soltera
8. Hombre viudo con mujer divorciada
9. Hombre viudo con mujer viuda.

Según **PERALTA ANDIA**²³, viven en concubinato propio los solteros, los viudos, los divorciados y aquellos cuyo matrimonio ha sido declarado nulo judicialmente, además para que se configure como tal debe cumplir los siguientes requisitos:

- a. Que, se trate de una unión de hecho voluntariamente realizada y mantenida entre un varón y una mujer.
- b. Que, los integrantes de esa unión estén libres de impedimento matrimonial.
- c. Que, la unión de hecho tenga por objeto alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio.
- d. Que, la unión concubinaria tenga una duración mínima de dos años continuos.

2.4.2 Concubinato impropio

Llamado también "*latu sensu*", es la unión de un varón y una mujer, que sin estar casados sostienen una convivencia marital, existiendo impedimentos legales.

Este tipo de unión concubinaria se presenta como una unión extramatrimonial ilegítima por existir un impedimento legal que obstaculiza la realización del matrimonio. En este caso, los concubinos no pueden contraerlo porque uno de ellos o ambos a la vez se hallan unidos a un enlace civil.

²³ PERALTA ANDIA. Ob. cit. p-125

PERALTA ANDIA²⁴, advierte que en el concubinato impropio, no sólo no pueden contraer matrimonio civil en razón de que uno o ambos están ligados anteriormente a otro enlace de igual naturaleza, sino además porque median otras causas expresamente determinados en la Ley. Las cuales son la impubertad salvo la dispensa correspondiente; la enfermedad crónica, contagiosa o transmisible por herencia o vicio que constituya peligro para la prole, la enfermedad mental crónica, la sordomudez, cegordez y ciegomudez, cuando los afectados no supieran expresar su voluntad de modo indubitable; la consanguinidad en línea recta, etc.

Al igual que en el concubinato propio nos dice este autor que para que se configure esta unión concubinaria se dé los siguientes requisitos.

- a. Se trate de una unión de hecho voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer.
- b. Que, uno de ellos o ambos tengan un obstáculo legal que les impida contraer matrimonio.
- c. Que, los concubinos lleven vida de casados sin estarlo realmente.
- d. Que, se forme el patrimonio concubinario.

El citado **ETO CRUZ**²⁵ establece que a su vez existen 16 variables para el concubinato en *latu sensu*, pues están impedidos de casarse civilmente:

1. Hombre casado con mujer soltera.
2. Hombre casado con mujer casada.
3. Hombre casado con mujer divorciada.
4. Hombre casado con mujer viuda.
5. Hombre casado con mujer separada.
6. Hombre separado con mujer soltera.
7. Hombre separado con mujer casada.

²⁴ *Ibíd.* idem. P-126.

²⁵ ETO RUZ, Gerardo. Ob. cit. p-86

8. Hombre separado con mujer divorciada.
9. Hombre separado con mujer viuda.
10. Hombre separado con mujer separada.
11. Hombre soltero con mujer casada.
12. Hombre soltero con mujer separada.
13. Hombre divorciado con mujer casada.
14. Hombre divorciado con mujer separada.
15. Hombre viudo con mujer casada
16. Hombre viudo con mujer separada.

2.5 Fines del concubinato

2.5.1 La comunidad de vida

Es la realización de la unión de hecho, comprendiendo la total y especial comunidad de vida, haciendo vida en común en el domicilio convivencial, derivándose de dicha unión los diferentes derechos y deberes.

2.5.2 La procreación

Es consecuencia natural de la unión de un varón y una mujer. Esta unión permite la satisfacción del instituto genésico y la perpetuación de la especie humana, constituyendo así uno de los fines principales de la convivencia, quizás el más importante de todos.

2.5.3 La conformación de una familia

Para felicidad de los convivientes y de sus propios hijos, puesto que la pareja no se aísla sino que junto con sus descendientes forman parte de la colectividad, asumiendo sus deberes sociales correspondientes. La unión de hecho permite, pues la constitución de la familia, célula básica de la sociedad y del estado.

2.6 Extinción del concubinato

La unión concubinaria puede terminar de 2 maneras: la primera por la celebración del matrimonio civil, (la unión concubinaria de hecho se transforma en una de derecho) y la segunda de acuerdo con las

causales establecidas en el artículo 326° del código civil, concluyendo por las siguientes causas:

A. Por muerte de uno de los concubinos

Esta causa se refiere a la muerte física de la persona que da lugar a la extinción de la misma (artículo 61° del Código Civil de 1984). Cabe indicar que esta causa comprende no sólo la muerte física, sino también la muerte presunta de la persona (artículo 63° del Código Civil).

B. Por ausencia judicialmente declarado de uno de los concubinos

Se requiere que se desconozcan noticias de su paradero durante dos años de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49° del actual Código Civil.

C. Por mutuo acuerdo

Puede producirse en cualquier forma, aún verbalmente, siendo preferible que se haga por escrito de fecha cierta, a fin de que haya certeza en la titularidad de los nuevos bienes que puedan adquirir en el futuro los integrantes de la unión de hecho, pudiendo señalar en dicho documento la forma de liquidación de la sociedad de bienes.

D. Por decisión unilateral de uno de los concubinos

Si uno de los concubinos por causa injustificada se retira del hogar convivencial dejando en total abandono al otro, la ley determina que el abandonado pueda optar entre una indemnización o una pensión de alimentos, sin perjuicio de los derechos que les correspondan dentro del régimen de la sociedad de bienes.

E. Por matrimonio civil con tercera persona

En este caso, la unión de hecho se extingue cuando cualquiera de los concubinos contrae matrimonio con persona distinta a aquella con la que convive y consecuentemente, se extingue el régimen de bienes concubinarios.

Esta situación destruye totalmente la comunidad de vida que implica el concubinato; y por tanto la unión de hecho deja de tener existencia.

3. El Concubinato en otras legislaciones

Existen países como Bolivia, Cuba, Brasil y Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras y Panamá que sustentan una regulación legal integral y hasta constitucional, produciendo una virtual equiparación con los efectos del matrimonio.

Estos países desde su norma constitucional reconocen las uniones de hecho, siendo unánimes en que debe tratarse de una unión libre y voluntaria entre un varón y una mujer, libres de impedimentos matrimoniales, con la finalidad de hacer vida en común y que reúnan condiciones de estabilidad y singularidad, y no solo le son reconocidos efectos patrimoniales, sino también efectos personales.

3.1 El concubinato en Bolivia

La Constitución Política de 1961 reconoce a las uniones de hecho efectos patrimoniales como también efectos personales; esto implica un derecho de alimentos a favor del concubino abandonado; es decir que la legislación boliviana ha adoptado una posición radical frente a otras legislaciones quienes tienen una política abstencionista. El artículo 194° establece en su segundo párrafo "la uniones libres de hecho, que reúnan condiciones de estabilidad y singularidad y sean mantenidas entre personas con capacidad legal para contraer enlace, producen efectos similares a los del matrimonio en las relaciones personales y matrimoniales de los convivientes y en lo que respecta a los hijos nacidos de ella".

Así como también el Código de Familia Boliviano establece que la unión conyugal y libre "se entiende haber unión libre o de hecho cuando el varón y la mujer, voluntariamente constituyen hogar y hacen vida en común en forma estable y singular", de tal manera que la familia en derecho boliviano se presenta en dos modalidades: el matrimonio de derecho, el cual está constituido por un acto público solemne celebrado con todas las formalidades de ley; y el matrimonio de hecho el mismo que está exento de las mencionadas formalidades

y que cobra vigencia por la razón de que mantiene la pareja relaciones conyugales en determinadas condiciones²⁶.

3.2 El concubinato en Venezuela

El Código Civil venezolano en su artículo 767^o establece: "se presume la comunidad, salvo prueba en contrario en aquellos casos de unión no matrimonial, cuando la mujer o el hombre en su caso, demuestre que ha vivido permanentemente en tal estado aunque los bienes cuya comunidad se quiere establecer aparezcan a nombre de uno solo de ellos. Tal presunción sólo surte efectos legales entre los dos y entre sus respectivos herederos y también entre uno de ellos y los herederos del otro. Lo dispuesto en este artículo no se aplica si uno de ellos está casado". Asimismo, este dispositivo no se encuentra dentro de libro de familia sino en el libro segundo relativo a los bienes, la propiedad y sus modificaciones, disponiendo para el efecto la presunción de la existencia de un condominio *ius tantum* en los bienes habido en la unión²⁷.

Finalmente ésta legislación, sin haber considerado en su integridad el problema del concubinato, ha dado solución a su aspecto más urgido de protección liberal, pues de todos sus efectos es el económico el que causa impacto más doloroso en la concubina y en sus hijos.

3.3 El concubinato en Honduras

La Constitución hondureña reconoce en su artículo 101^o al concubinato denominándolo matrimonio de hecho, el mismo que se sujetará a las normas establecidas para el matrimonio civil; dicho artículo señala: "se reconoce el matrimonio de hecho entre las personas legalmente capacitadas para contraerlo. La Ley señalará las condiciones para que surta efectos del matrimonio civil". Con lo antes señalado se puede apreciar que el concubinato equipara al

²⁶ <http://www.leyesbolivianas.com/cc.html>

²⁷ <http://www.leyesvenezolanas.com/cc.html>

matrimonio, cosa que también tendría los mismos efectos, esto es los personales y los patrimoniales²⁸.

3.4 El concubinato en Panamá

Esta constitución reconoce al concubinato efectos patrimoniales y personales. Asimismo merece destacar que es la única que establece una plazo de diez años para que la unión de hecho surta todos los efectos de un matrimonio civil; así lo establece su artículo 56° que a la letra dice: "la unión de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio mantenida durante diez años consecutivos, en condiciones de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos del matrimonio civil"²⁹.

Para este fin bastará que las partes interesadas soliciten conjuntamente al registro civil la inscripción del matrimonio de hecho, cuando no se haya efectuado esta solicitud, el matrimonio podrá comprobarse para los efectos de la reclamación de sus derechos por cualquier interesado mediante los trámites que determine la ley judicial; pero podrá oponerse a que se haga la inscripción o promulgarla después de hecha, el ministerio público en interés de la moral y de la ley, o los terceros que aleguen derechos susceptibles de ser afectados por la inscripción, si la declaración fuere contraria a la realidad de los hechos.

3.5 El concubinato en Cuba

El Código de Familia de Cuba denomina a las uniones de hecho "matrimonios no formalizados" y por tanto para que surta efectos propios de un matrimonio legal, es preciso que previamente se formalicen mediante reconocimiento judicial.

Este Código dedica su sección tercera denominada "del matrimonio no formalizado" artículos del 18° al 20°, de tal manera haciendo un breve comentario podemos ver que según el artículo 18 la unión matrimonial entre un hombre y una mujer con aptitud legal para contraerlo y que reúna los requisitos de singularidad y estabilidad,

²⁸ <http://www.derechocivil/honduras/html>.

²⁹ <http://www.derechocivil/panama/html>.

surtirá los efectos propio del matrimonio formalizado legalmente siempre que fuere reconocido por el tribunal competente, y que esto puede ocurrir en los siguientes casos: a) cuando uno de los cónyuges falleciera sin haberse producido la formalización, caso en el que la solicitud del reconocimiento será promovida por el cónyuge sobreviviente o por los herederos del fallecido; b) cuando uno de los cónyuges se niega a la formalización, sin romper la unión o habiéndola dado por perdida. En estos casos el reconocimiento deberá ser promovido por el otro cónyuge³⁰.

3.6 El concubinato en Brasil

La Legislación brasileña equipara la familia natural a la legítima de conformidad al decreto Ley N° 24637 del 10 de julio de 1934, el cual está referido a los accidentes de trabajo, el mismo que prescribe: "para los efectos de esta Ley equipárese a los legítimos los hijos naturales, y a la esposa la compañera mantenida por la víctima". Así mismo, el artículo 1723^a del Código Civil Brasileño del 2002 regula esta figura y el citado artículo prescribiendo: "el reconocimiento como entidad familiar de una unión estable entre un hombre y una mujer, configura una convivencia pública, continua y duradera, establecida como objetivo de constitución de familia"³¹.

3.7 El concubinato en Ecuador

La Constitución ecuatoriana al igual que nuestra actual Carta Magna reconoce a las uniones de hecho efectos patrimoniales, es decir no reconoce derecho alimenticio a favor del concubino abandonado, o este estaría fuera del ámbito de protección constitucional.

El artículo 23° refiere "la unión de hecho estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley; dará lugar a una sociedad de bienes, que se sujetarán a las regulaciones de la sociedad conyugal,

³⁰ <http://www.leyescubanas.com/cc.html>

³¹ <http://www.derecho de familia/legislación/brasil.com/cc.html>

en cuanto fueren aplicables, salvo que hubieran estipulado otro régimen económico o constituido en beneficio de sus hijos comunes, patrimonio familiar"³².

De este modo se puede apreciar que, en aras del interés de los concubinos, se crea la sociedad de bienes como lo hace que nuestra constitución, la misma que se sujeta a las normas de la sociedad conyugal, en cuanto le sea aplicable.

3.8 El concubinato en Argentina

La Legislación argentina no reconoce efectos legales al concubinato, independientemente que esta figura jurídica tiene amplia difusión en el mencionado país. La jurisprudencia argentina ha concedido a la concubina el hacer valer una sociedad de hecho al fenecimiento de la unión concubinaria con respecto a los bienes adquiridos en común para lo cual le permite probar esta, mediante testigos, quedando de esta forma suprimido el principio de prueba escrita. por otro lado, se ha admitido a su vez la acción de locación de servicios prestados por la concubina al concubino, al respecto se puede afirmar que no corresponde deducir de esta remuneración lo que la concubina abonó por los gastos de asistencia médica ya que le era una obligación dada por la vida en común. Finalmente, en lo referente a la obligación alimentaria, la jurisprudencia argentina no ha admitido la existencia de dicha obligación entre concubinos, se ha manifestado en sentido contrario ya que manifiesta que el concubinato no origina obligaciones³³.

3.9 El concubinato en Colombia

El concubinato en el derecho colombiano se encuentra regulado por la Ley N° 45 de 1936 que consideró a este en su sentido amplio, no exigiendo que los concubinos puedan casarse entre sí, de donde se infiere también un concepto de hijo natural, según el cual este sería el

³² <http://www.derecho> de familia/legislación/abogados/ecudorl.com/cc.html

³³ <http://www.legislacionargentina/derechocivil/html>

concebido en las uniones extramatrimoniales sin diferenciación alguna. en lo que se refiere a los efectos jurídicos sólo se concedieron en cuanto a la declaración de paternidad prescribiendo en su artículo 4º hay lugar a declarar jurídicamente la paternidad en el caso en que el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables aunque no hayan tenido comunidad de habitación y siempre que el hijo hubiere nacido después de 180 días contados desde que empezaron tales relaciones o dentro de los 300 días siguientes a aquel en que cesaron.

Actualmente la constitución colombiana de 1991 ha consagrado un concepto amplio de familia que comprende la legítima, la natural o consensual, y la adoptiva. En efecto, establece: "la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla". El estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia, sin tener en cuenta la forma como se ha constituido. Asimismo la Ley N° 54 de 1990 regula la unión marital de hecho y en su artículo primero establece "... para todos los efectos civiles, se denomina unión marital de hecho, la formada entre un hombre y una mujer que sin estar casados hacen una comunidad de vida permanente y singular; igualmente y para todos los efectos civiles, se denomina compañero o compañera permanente, al hombre y la mujer que forma parte de la unión marital de hecho"³⁴.

3.10 El Concubinato en México

La Legislación mexicana establece que el concubinato en el Código Civil de Morelos está previsto en el capítulo IV al mismo que lo denomina "del reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio", asimismo, el Código Civil del Distrito Federal en el artículo N° 382º Inc II, establece que la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio, está permitida cuando el

³⁴ <http://www.leyescolombianas/derechocivil/html>

hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente". Así también la legislación de México reconoce al concubinato ciertos derechos, los cuales se producen cuando ninguno de los que viven en concubinato es casado, con lo cual se pretende rendir homenaje al matrimonio. De tal manera reconoce a la concubina derecho alimenticio a la muerte del concubinario si vivió con él durante los cinco años que precedieron a su muerte o si tuvo hijos con él³⁵. Finalmente en México los concubinos aun siendo extranjeros, cuando adquieran la residencia adquirirán los derechos que les otorga el sistema jurídico mexicano (seguridad social, pensión alimenticia, presunción de la legitimidad de los hijos, entre otra).

³⁵ <http://www.legislacionmexicana/distritofederal/normasjuridicas/html>

CAPITULO III

DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

FUNDAMENTOS PARA LA NO CONSIDERACIÓN DEL ELEMENTO TEMPORAL EN LAS UNIONES DE HECHO *STRICTU SENSU*

1. Teoría sobre los hechos cumplidos:

La presencia de este presupuesto obedece a que, en el caso materia de estudio, existió un conflicto respecto a la aplicación de normas en el tiempo, y aunque no en todos los casos existiría este conflicto, creemos de suma importancia que la presencia de este presupuesto jugaría en otros casos un papel fundamental.

Así entonces, decimos que la doctrina ha establecido dos teorías para resolver el problema de la aplicación de las normas en el tiempo, que son: la teoría de los derechos adquiridos, y la teoría de los hechos cumplidos.

Según esta tesis lo que interesa averiguar no es, si un derecho ha sido adquirido, sino si un hecho ha realizado en vigencia de la ley anterior, porque las leyes operan directamente sobre los hechos o los actos para asignarlas consecuencias jurídicas. El fundamento de esta teoría reside en que un hecho, cumplido de conformidad al ordenamiento imperante, es jurídicamente válido y debe ser retroactivo, alterar hechos ya cumplidos ni modificar las consecuencias ya realizadas de esos mismos hechos.

RUBIO CORREA³⁶ busca resolver el problema de la aplicación de las normas en el tiempo, recurriendo a los conceptos de retroactividad, irretroactividad y ultractividad, ubicándolos en su connotación de aplicación temporal: aplicación inmediata, retroactiva y ultractiva. Los derechos adquiridos son aquellos que han entrado en nuestro dominio, que hacen parte de él, y de los cuales ya no pueden privarnos aquel de quien lo tenemos; mientras que para los hechos cumplidos, recoge la definición de Mario Alzamora; por la que se afirma que los hechos cumplidos durante la vigencia de la antigua norma se rige por ésta; los cumplidos después de su vigencia por la nueva.

³⁶ RUBIO CORREA, Marcial. 1990. Para leer el código civil. P-28

Por su parte **NIEVES MUJICA**³⁷ define el escenario en el que se mueve cada una de las teorías, a partir de los conceptos de retroactividad e irretroactividad; así, para los derechos adquiridos, si las relaciones existentes a la fecha en la que se produce la sucesión normativa se rigen por la nueva norma, habrá retroactividad de ésta y si se rige por la antigua, entonces habrá irretroactividad. En cambio por la teoría de los hechos cumplidos, si la nueva norma recae sobre los hechos no cumplidos de las relaciones existentes habrá irretroactividad de ésta y si recae sobre los hechos ya cumplidos, entonces habrá retroactividad.

Como se puede apreciar, ambas teorías deben ser tratadas de forma conjunta, relacionándolas a través de los conceptos de irretroactividad, retroactividad y ultractividad, en correlato con los hechos, situaciones y relaciones jurídicas, a partir de los cuales se distingue la aplicación de las normas.

Para efectuar un análisis adecuado de la irretroactividad de la norma, en cuya orbita se encuentran las teorías mencionadas, conviene definir e identificar si los hechos, situaciones y relaciones jurídicas tiene un momento único de configuración o si por el contrario su configuración es progresiva, a fin de justificar la aplicación retroactiva o ultractiva de la nueva norma. Sobre el particular marcial rubio, opina que el hecho jurídico es un suceso de la realidad que produce efectos para el derecho en su forma de hechos involuntarios (hechos jurídicos) y voluntarios (actos jurídicos). Por situación jurídica, se entiende el haz de atribuciones, derechos, deberes, obligaciones y calificaciones jurídicas que recibe una persona al adoptar un estatus determinado frente al derecho, y por relación jurídica las diversas vinculaciones jurídicas que existen entre dos o más situaciones jurídicas interrelacionadas.

El hecho jurídico tienen un solo momento de configuración; así, cuando se produce por hecho voluntario o no, el supuesto de hecho normativo que origina un derecho, éste se configura y es ahí, cuando se produce la aplicación de la norma vigente (aplicación inmediata); distinto es, que una vez producida la sucesión normativa se requiera su reconocimiento formal

³⁷ NIEVES MUJICA, Javier. Citado por RUBIO CORREA, Marcial. Ob. cit. p-29.

en los términos de aplicación inmediata de la norma vigente a la fecha de configurado el supuesto normativo lo que no es aplicación ultractiva. Mientras no se cumpla el supuesto de hecho normativo, esos derechos serán meras expectativas; ejemplo de esto sería el caso de un heredero al que se le aplica la proporción de los derechos hereditarios; en la forma a prevista por la norma vigente a la fecha en la que se produjo el fallecimiento del causante y no la proporción establecida por la nueva norma; o el caso de un cónyuge, que para el divorcio invoca la causal de separación de hecho ocurrida durante su vigencia, aunque la nueva norma ya no la prevea, o cuando a un trabajador se le aplica las normas provisionales bajo las cuales cumplió los requisitos exigidos por el supuesto normativo para la pensión, con la precisión que la formula de cálculo a aplicar, será la vigente a la fecha del cese.

Sin embargo, las cosas no resultan tan nítidas cuando hablamos de las relaciones y situaciones jurídicas; para la primera, debe distinguirse en su configuración, que las relaciones jurídicas están sujetas a un acto por el cual se constituyen, pero una vez constituidas, están sujetas a nuevos hechos o situaciones que son derivadas. Esto es lo que en doctrina se llama consecuencias de las situaciones jurídicas.

En la línea del razonamiento planteado, las vinculaciones jurídicas pueden tener dos fuentes: normativas y convencionales; si es la segunda, el artículo 62° de la Constitución política del estado, privilegiando la autonomía de la voluntad, les concede prevalencia frente a la nueva norma: lo que no necesariamente significa ultractividad de la norma anterior; sino simplemente respeto a la autonomía de la voluntad cuya protección, al igual que el principio de irretroactividad, es de rango constitucional.

Si la fuente es normativa, entonces cabe efectuar la distinción que para su configuración realizamos precedentemente; tal es el caso de las consecuencias que se generan de la relación entre padres e hijos o entre marido y mujer; en cuyo caso, será aplicable la norma vigente en el momento en que se constituyó; no obstante, las consecuencias futuras de ésta, en la medida que no se configuren en particular en cada caso, no podrá aplicarse la norma vigente a esa fecha, sino aquella que sea exigible

al momento en el que se configure. por ejemplo, la relación jurídica entre el marido y la mujer se constituye por el acto de matrimonio; empero el derecho del cónyuge a concurrir como heredero legítimo de primer orden, es sólo una expectativa, la misma que puede ser modificada por una nueva norma y es entonces que se aplicará la norma vigente a la fecha del fallecimiento del cónyuge y no la vigente a la fecha de la celebración del matrimonio.

En todo caso, se sigue buscando y aplicando dentro de la relación jurídica el momento específico en el cual se cumplió del supuesto de hecho en particular para su configuración (progresiva) y aplicación inmediata de la ley vigente. Este sería el caso de la pensión de orfandad, pues para acceder a ella se requiere el fallecimiento del causante, sea que ésta ya haya cesado o no, en cuyo último caso se entiende que éste es otro supuesto normativo.

Para el caso de las situaciones jurídicas, también se distingue un momento en particular, en el cual se adoptó el estatus jurídico y a partir del cual se generan un conjunto de atribuciones, aplicándose la norma vigente al momento en el que se atribuye el estatus; pero las atribuciones son meras facultades expectativas de cuyo origen está en la situación jurídica y que pueden ser modificadas sin que esto signifique retroactividad de la nueva norma; pues, mientras no fueron ejercidas, no se encuentran regidas por la norma que las preveía en el sentido de aplicación inmediata de la misma.

Ahora bien, cabe señalar que aquellos atributos ejercidos al amparo de una norma, producto de su aplicación inmediata, deben ser conservados en su contenido, efecto y consecuencias, al amparo del principio de seguridad jurídica y por respeto al mismo individuo y posiblemente terceros, quienes obraron de acuerdo a ley; tal es el caso de una mayoría de edad adquirida a los 18 años, que luego fue variada a los 21 años y que antes de la nueva norma estableció relaciones jurídicas: aunque claro está, que a partir de la nueva norma, el individuo perdería los atributos que le concede la mayoría de edad, hasta alcanzar la nueva edad.

El análisis efectuado ha partido del presupuesto de que en toda situación y relación jurídica; así como de sus consecuencias, existe siempre un momento estático, en el que se configura el supuesto de hecho normativo y

en cuyo momento se aplica la ley vigente; la configuración progresiva, se va dando sucesivamente en supuestos de hecho diferentes; esto es, sin considerar las nociones de ambas teorías, simplemente buscando aplicar la norma de manera inmediata. sin embargo, debemos reconocer que nuestra posición es muy cercana a la teoría de los hechos cumplidos desarrollada por la doctrina pero que modestamente creemos hemos la ha definido en estricto, a partir de los hechos, situaciones y relaciones jurídicas.

Se ha establecido una correlación entre la norma constitucional y el código civil recogiendo la teoría de la aplicación inmediata de la norma y de los hechos cumplidos. Aplicación inmediata de la norma es aquella que se hace a los hechos, relaciones y situaciones jurídicas que ocurren mientras tiene vigencia, es decir, entre el momento en que entra en vigor y aquél en que es derogada o modificada. por su parte, la teoría de los hechos cumplidos afirma que los hechos cumplidos durante la vigencia de la antigua ley se rigen por ésta y los cumplidos después de su promulgación, por la nueva.

Por su parte **ALZAMORA VALDEZ**³⁸ define a la situación jurídica como el haz de atribuciones, derechos, deberes, obligaciones y calificaciones jurídicas que recibe una persona al adoptar un status determinado frente al derecho. así, señala el mismo autor que constituyen situaciones jurídicas la condición de padre, marido, profesor, ministro, abogado, entre otras convirtiendo a la persona involucrada en el eje al que se le asignan y a partir del cual emanan todo ese conjunto de imputaciones jurídicas. el mismo autor define a la relación jurídica como las diversas vinculaciones jurídicas que existen entre dos o más .situaciones jurídicas interrelacionadas.

Las relaciones y situaciones jurídicas serán existentes cuando la fecha en que entra en vigor una norma se encuentra consolidada, es decir, son reales y actuales. así por ejemplo, la relación surgida del matrimonio será existente si el hombre y la mujer están efectivamente casados, y por tanto, en caso de modificación legislativa, la nueva ley se aplicará a sus consecuencias

Lo contrario a lo existente, actual y real, son las llamadas expectativas, que son las aspiraciones de una persona a obtener una imputación, pero en potencia, pues no se ha verificado el hecho o acto que permite hacerla

³⁸ ALZAMORA VALDEZ citado por RUBIO CORREA, Marcial. Ob. cit. p-26

actual. se trata pues de situaciones o relaciones no consolidadas, no actuales ni reales, sino tan solo potenciales, pues aún no se ha verificado el hecho o acto que permite hacerlas actuales

En el caso materia de análisis, la teoría de los hechos cumplidos sirvió como tesis para tutelar la existencia de un grupo familiar que, dada su origen antes del Código Civil de 1984 no estaba protegida ni reglada (nos referimos al concubinato), pero dado que la teoría en mención refiere que la ley desde su entrada en vigencia se aplicaran inclusive a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, y dado que, la institución del concubinato no existía en ese momento, no por ello se dejaría de tutelar dicha situación, pues como ya lo dijimos lo que realmente protege el estado es la familia, ya sea tanto de manera formal (el matrimonio), como de manera informal (el concubinato).

2. La Normatividad Internacional: Auto aplicatividad

Al existir reconocimiento jurídico a formar una familia, así también existen diversas formas que puede adoptar; una familia, y que gozan de protección jurídica. El derecho de fundar una familia tiene reconocimiento internacional en La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 16 inciso 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" y que, además proclama a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad y señala que debe gozar de la protección de la sociedad y del estado. Asimismo, en los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos que han sido ratificados por el estado peruano también enuncian el reconocimiento del derecho a fundar una familia en el pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 17 inciso 2. "se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las Leyes Internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta convención". Asimismo, ya en la declaración americana de los derechos y

deberes del hombre de 1948, consagraba el derecho a la constitución de una familia, en su artículo VI "**Derecho a la Constitución y a la Protección de la Familia**. Toda persona tiene derecho a constituir familia; elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella".

La apreciación general con relación a la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en las resoluciones judiciales en el Perú, dista en la realidad de lo que corresponde en resguardo del principio de autoejecutabilidad o autoaplicabilidad (norma jurídica de aplicación directa e inmediata -self executing) de la normativa internacional en las resoluciones judiciales, existiendo muy poca jurisprudencia que se pronuncie por la aplicación del derecho internacional y permita, por lo tanto, la inaplicación de normativa nacional que colisione con ésta a fin de dar cumplimiento a lo indicado por los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), según los cuales, una parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. De esta manera, los tratados internacionales generan el compromiso de su obligatorio cumplimiento de buena fe.

El rango Constitucional de la Normativa Internacional (artículo 57 de la Constitución Política del Estado Peruano) es poco considerado al evaluar la escasa consideración de la Institución de Control Difuso, siendo el principal motivo el temor al prevaricato de los jueces y la no independencia plena del Poder Judicial, la cual continuamente es cuestionada. Asimismo, las resoluciones judiciales contienen escasa aplicación (y la mayoría de los casos, nula aplicación) de la normativa internacional que permita fundamentar mejor el fallo de las autoridades judiciales.

Pero, paralelamente a la función del Juez de respetar y garantizar el contenido de la Normativa Internacional, el Tribunal Constitucional, tiene como función expedir sentencias acordes a los tratados y sentencias internacionales de derechos humanos, debiendo generarse un efecto vinculante para la justicia ordinaria y especializada. Como un caso excepcional que amerita traer a colación, se encuentra el resguardo del derecho a la identidad en la convención sobre los derechos del niño en relación a la temática, recientemente se viene dando impulso en los

juzgados nacionales a la vigencia del derecho a la identidad de los hijos(as) en el ámbito familiar, promoviéndose modificaciones a las instituciones familiares. Éste es un caso que está generando todo un movimiento a favor de la modificación de las instituciones familiares en la legislación especializada peruana, que normativamente han permanecido incólumes en el tiempo y que tienen un rasgo desfasado con la orientación doctrinal en materia de derechos humanos referida a los niños(as) y adolescentes. Sin embargo, en relación a la aplicación de la convención americana y otros instrumentos del sistema regional, no hemos tenido oportunidad de verlos citados en resoluciones judiciales en el ámbito familiar, dejándose asimismo de lado las sentencias internacionales y/o constitucionales, quedando la interpretación de los derechos fundamentales contenidos en la constitución y en instrumentos internacionales a cargo del Juez Nacional.

3. Interpretación y aplicación de los artículos 326 del Código Civil y artículo 5 de la Constitución de 1993

De conformidad con el artículo 5 de la Constitución de 1993 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 el artículo 326 del Código Civil, que constituye dentro del sistema jurídico nacional la norma de desarrollo y que hace operativa la constitución vigente, que contiene la misma disposición constitucional vigente, determina que la unión de hecho debe estar destinada a cumplir deberes semejantes a los del matrimonio es decir, de varón y mujer como pareja teniendo entre ellos consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales obligados al sostenimiento del hogar que han formado con la obligación mutua a la alimentación, la fidelidad, la asistencia y que haya durado cuando menos dos años.

Existen pues otros casos de unión de hecho no amparados en la carta fundamental, aquel en que hallándose los interesados en aptitud legal de casarse mantienen una unión de hecho que no ha alcanzado aun la duración mínima de dos años y aquel otro que aunque la duración mencionada haya sido superada quizá con creces, los interesados no pueden contraer matrimonio por obstarles algún impedimento.

Además, la disposición deja abierta la posibilidad de que la situación del concubinato se vea regulada más a fondo en un futuro en leyes especiales o en alguna modificación del Código Civil, pues la idea que propone el texto constitucional resulta vaga, al no concretar de manera exacta cuáles serán los efectos del matrimonio que serán aplicados correlativamente a la unión concubinaria, evitando que se desmedre el hogar surgido de ella, así como los valores familiares de sus miembros.

Por tanto, en efecto pareciera favorable esta determinación, pues así aquellos sujetos (los mismos concubinos por ejemplo) que, bajo cualquier circunstancia, resultaran perjudicados, ya sea económica o incluso moralmente, debido a que la Ley no ampare la situación en la cual se ven envueltos, pueden recurrir a la analogía que les está brindando la constitución, simulando los efectos de la unión matrimonial dentro de ese nexo natural.

Siendo el concubinato una unión semejante al matrimonio, este goza de los mismos derechos y obligaciones que la Ley señala para la persona de los cónyuges como derechos y obligaciones recíprocas, como son la ayuda mutua el débito conyugal, fidelidad y alimentos, siempre que sin impedimento legal hayan vivido en común en forma constante y permanece por un periodo mayor a dos años que sigan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones, señalándose que cuando exista un hijo de ambos no será necesario este requisito, pero si la convivencia bajo un mismo hogar y la intención de permanencia, por lo que se regula en nuestro Código Civil la comunidad de gananciales en el concubinato, la cual, tiene una connotación constitucional y en concordancia con el art. 326 del Código Civil, se origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales en cuanto le fuera aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos 2 años continuos. Son de aplicación a estas uniones las normas referentes a los bienes propios de cada concubino, las facultades de administración, gravamen y disposición a título gratuito u oneroso que cada uno tiene sobre sus bienes propios. Incluso la prohibición de renunciar a una herencia o legado o de dejar de aceptar una donación sin asentimiento del otro a las deudas propias de cada concubino

a los bienes de la sociedad de hecho, a la prohibición a los concubinos de contratar sobre los bienes de la sociedad de hecho y las cargas a que están sujetos los bienes sociales.

La tesis de la apariencia al estado matrimonial no trata de amparar directamente a la unión de hecho, sino de elevarla a la categoría matrimonial cuando asume similares condiciones exteriores, esto es, cuando puede hablarse de un estado aparente de matrimonio por su estabilidad y singularidad. La tesis de la apariencia al estado matrimonial está admitida en el artículo 326 del Código Civil cuando señala que con la unión de hecho se persigue "alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio".

Sobre la permanencia o elemento temporal que constituye elemento de la unión de hecho, si bien es cierto la Ley regula un plazo mínimo para que la relación concubinaria se confiera de efectos jurídicos, adaptado a los diversos conflictos de tiempo que a la unión de hecho se pueden vincular, corresponde efectuar al legislador de acuerdo a cada circunstancia la exigencia *estrictu sensu* de este "requisito", teniendo en cuenta que no se puede menoscabar derechos emergentes a un grupo familiar cuyo origen no obedece al modelo de protección.

4. **Jerarquía de Normas**

En un país puede haber una inmensa pluralidad de normas pero solamente se puede hablar de que ellas conforman o integran una unidad, sistema u orden cuando su validez reposa sobre una norma única, que es la constitución, la cual es la base de todo orden jurídico, pues la validez de toda norma que lo integra depende de la primera. Ahora la idea de orden no implica que las normas estén yuxtapuestas y coordinadas, más bien existe una estructura jerárquica (resulta claro que es bajo esta afirmación que se está reconociendo el principio de jerarquía normativa, el cual lo veremos, más adelante) y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. En este razonamiento Kelseniano³⁹ una norma es creada por otra que pertenece a un nivel superior, lo que origina su validez, y ésta a su

³⁹ KELSEN, Hans. 1985 Teoría pura del derecho. P-147.

vez por otra de mayor jerarquía y así sucesivamente hasta llegar a la base del ordenamiento jurídico la constitución.

La perspectiva teórica, de génesis alemana, que hemos expuesto ha tenido un reconocimiento expreso por el tribunal constitucional de nuestro país en reiteradas sentencias. Así pues dicho tribunal ha definido jurisprudencialmente al ordenamiento jurídico como "un sistema orgánico, coherente e integrado jerárquicamente por normas de distinto nivel que se encuentran interconectadas por su origen, es decir, que unas normas se funda en otras o son consecuencias de ellas. En puridad, una norma jurídica solo adquiere valor de tal, por su adscripción a un orden, por tal consideración, cada norma esta condicionada sistemáticamente por otras. Ellos debido a que el orden es la consecuencia de una previa construcción teórico-instrumental". Seguidamente, dentro de la misma sentencia, el Tribunal Constitucional afirma que "toda norma encuentra su fundamento de validez en otra superior, y así sucesivamente, hasta llegar a la norma fundamental. Tal concepto de validez no solo alude a la necesidad de que una norma se adecue a otra superior, sino también a su compatibilidad material"

Como se puede apreciar de los párrafos de aquella sentencia, el ordenamiento jurídico estatal mantiene una sistemática, siendo necesario seguidamente precisar cuáles son las reglas que permiten observar la sistemática dentro del mismo. En razón a esto último, **RUBIO CORREA**⁴⁰, analizando la misma sentencia del tribunal constitucional, señala que para las fuentes formales de primer orden - normas legislativas- existen dos reglas: jerarquía normativa y coherencia normativa. por la primera, se entiende que existen normas superiores e inferiores en rango, de tal manera que las primeras condicionar tanto la forma de emisión de las normas (pues dicen quién las debe dictar y cómo) como su contenido (dado que hay jerarquía, las normas inferiores deben respetar los mandatos de las superiores) así, rubio correa llega a esa conclusión en base a la parte de la sentencia antes aludida en la que indica: "*en consonancia con todos lo*

⁴⁰ RUBIO CORREA, Marcial. 2005 La interpretación de la constitución según el tribunal constitucional. P-16

*expuesto, puede señalarse que la normatividad sistémica del orden jurídico descansa en los siguientes principios: la coherencia normativa y el principio de la jerarquía de las normas". Aunque el mismo autor prefiere por razones expositivas hacer el tratamiento de estos principios de forma inversa, lo que a nuestro juicio resulta mas que conveniente. Por la segunda se presentan dos consecuencias, de las cuales para no extendernos demasiado, sólo resulta pertinente referirnos a la segunda: **las normas inferiores no deben contradecir a las superiores** de manera que resulten incompatibles con ellas.*

Si tal cosa sucediese, entonces la norma superior primará sobre la inferior y esta será, o bien no aplicada mediante el control difuso, o bien declarada inválida mediante el control concentrado de la jerarquía del orden jurídico. De esta forma tenemos que las normas de nivel o rango superior determinan la forma y el contenido de las que son sus subordinadas, lo que determina la validez de estas últimas; asimismo, una norma de jerarquía, nivel o rango inferior no puede contradecir a las superiores, lo que traería como consecuencia su inaplicación o si invalidez, dependiendo de la sede de control que tenga conocimiento dicha contradicción.

Ahora, en nuestro orden jurídico nacional se ha reconocido que el segundo nivel o rango dentro de la Jerarquía Normativa es el rango de Ley. Donde encontramos a la Ley, decretos legislativos, ordenanzas regionales y municipales, etc; pero hay que tener presente que este rango solamente puede ser otorgado por la Constitución a determinadas normas. Así, en el Exp. 0005-2003-AL, se expone que las fuentes formales del estado constitucional de derecho, y el rango que pudieran tener, son aquellas a las que el propio Ordenamiento Constitucional les atribuye dicha condición y rango" ⁴¹ en atención a esto, cuando se aprecia la estructura jerárquica normativa estatal, a los decretos supremos no se les da el rango de ley, incluso ni en la Constitución de 1979 se le concedió tal calidad.

Juntamente con la idea de coherencia normativa, no pueden desatenderse los alcances del término validez de una norma. La validez de una norma implica que, además de su vigencia, sea coherente en contenido con las

⁴¹ GACETA JURIDICA. 2003 Diálogo con la jurisprudencia. Año 9. numero 54. p-234.

normas superiores, es decir que no hayan incompatibilidad con ellas, citando al tribunal constitucional en el siguiente sentido *“si bien por definición, toda norma valida se considera vigente, no necesariamente toda norma vigente es una norma válida”*⁴². Obviamente la atención a la validez de una norma se observa cuando analizamos dos normas de diferente jerarquía, si la de menor rango guarda respeto del contenido de la de rango o nivel superior, es decir sin que la transgreda no desnaturalice, entonces resulta ser válida; empero, caso contrario, se considerará como no válida.

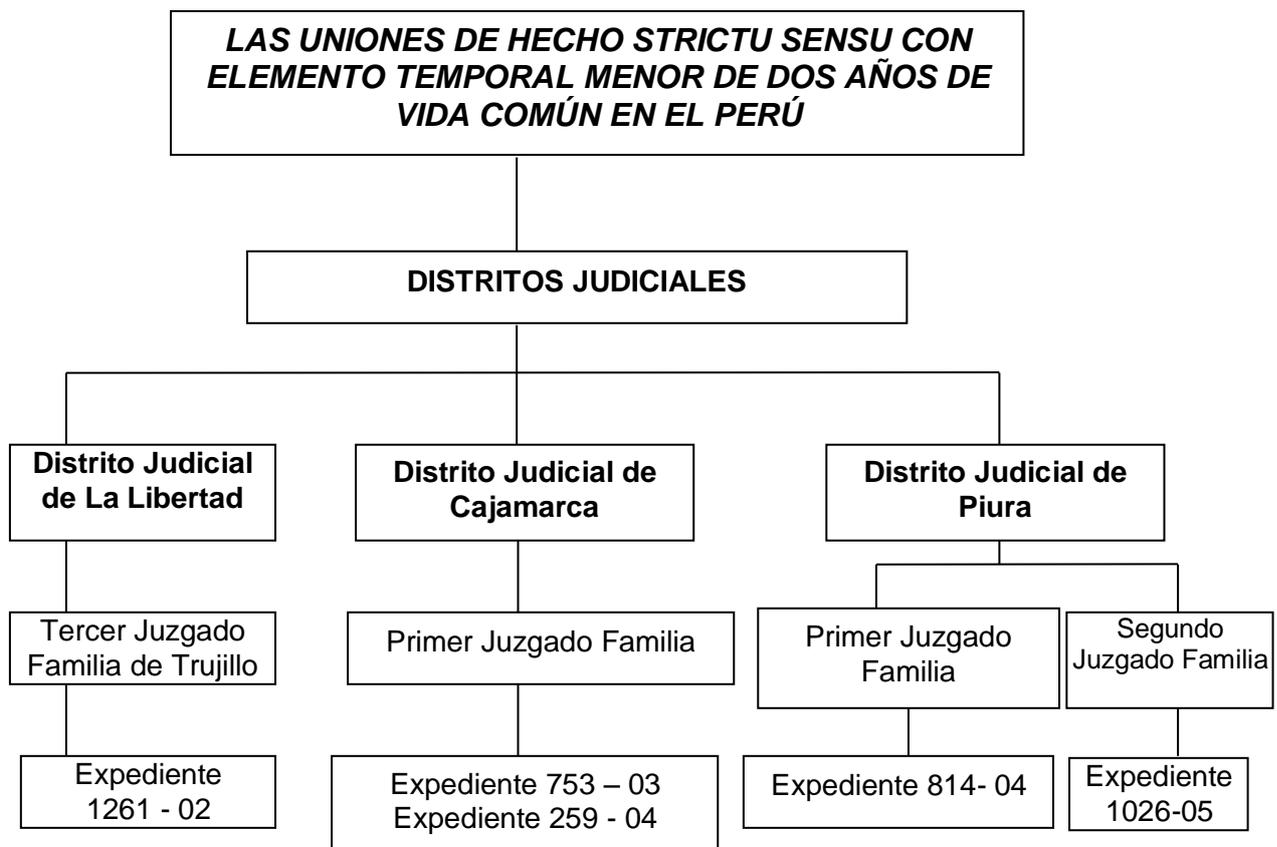
⁴² GACETA JURIDICA. 2003 Diálogo con la jurisprudencia. Año 9. numero 60. p-144.

CAPITULO IV

RESULTADOS

Gráfico

Ubicación sistemática de las resoluciones que declaran judicialmente el estado de convivencia con elemento temporal menos de dos años de vida en común.



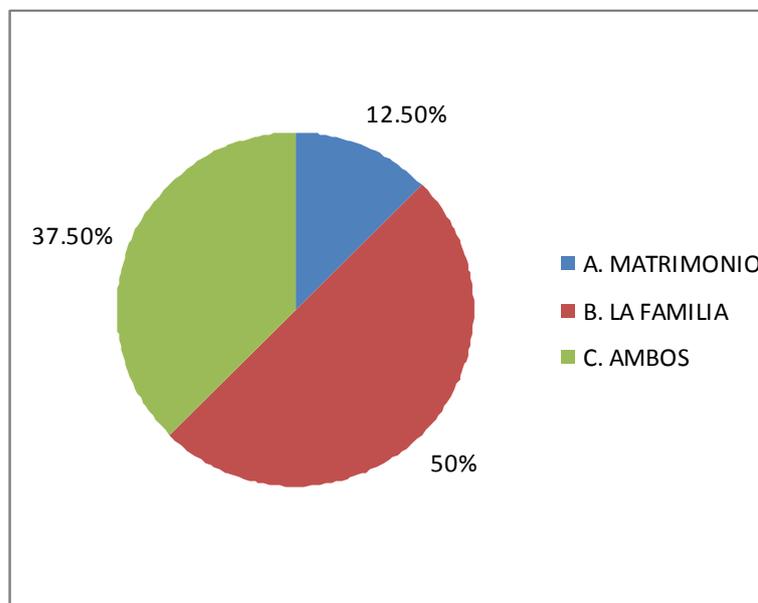
CUADRO N° 1

DISTRIBUCIÓN DE LOS DATOS CON RESPECTO A LA PREGUNTA N° 1 DEL CUESTIONARIO ¿CUÁL DE LAS INSTITUCIONES DEL DERECHO DE FAMILIA SE BUSCA PROTEGER CON LA DECLARACION JUDICIAL DE LA UNION DE HECHO?

MAGISTRADOS FAMILIA RESPUESTAS	Nº	%
A. MATRIMONIO	1	12.50%
B. LA FAMILIA	4	50%
C. AMBOS	3	37.50%
TOTAL	8	100%

Fuente: Cuestionario aplicada a los jueces de Familia de los distritos judiciales de La Libertad, Chiclayo, Cajamarca y Piura.

GRÁFICO N° 1



Fuente: Cuadro N° 1

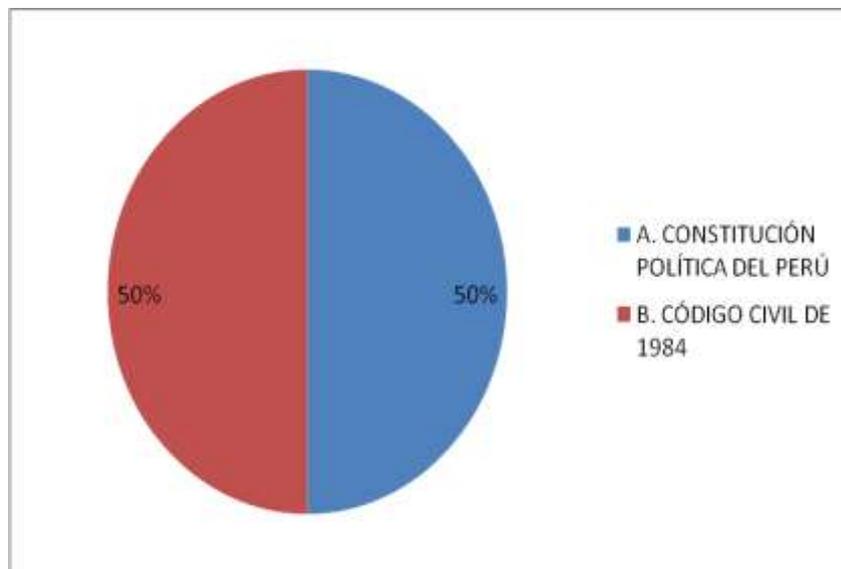
CUADRO N° 2

DISTRIBUCIÓN DE LOS DATOS CON RESPECTO A LA PREGUNTA N° 2 DEL CUESTIONARIO ¿CUÁL ES EL MARCO LEGAL QUE REGULA Y PROTEGE LAS UNIONES DE HECHO STRICTU SENSU EN EL PERÚ?

MAGISTRADOS FAMILIA	Nº	%
RESPUESTAS		
A. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ	4	50%
B. CÓDIGO CIVIL DE 1984	4	50%
C. OTRAS NORMAS	0	0%
TOTAL	8	100%

Fuente: Entrevista aplicada a los jueces de Familia de los distritos judiciales de La Libertad Chiclayo, Cajamarca y Piura

GRÁFICO N° 3



Fuente: Cuadro N° 3

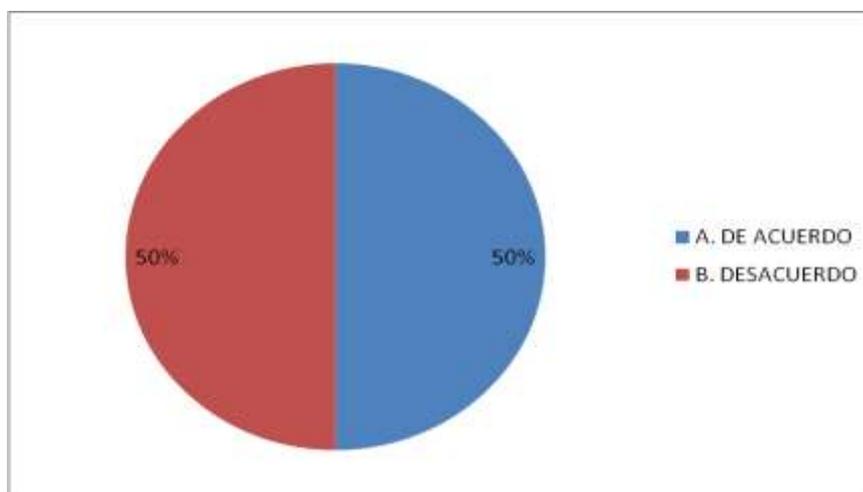
CUADRO N° 3

DISTRIBUCIÓN DE LOS DATOS CON RESPECTO A LA PREGUNTA N° 3 DEL CUESTIONARIO ¿ESTA DE ACUERDO CON QUE SE EXIJA COMO ELEMENTO TEMPORAL DE DOS AÑOS DE VIDA EN COMUN PARA LA DECLARACIÓN DE UNIONES DE HECHO?

MAGISTRADOS FAMILIA	Nº	%
RESPUESTAS		
A. DE ACUERDO	4	50%
B. DESACUERDO	4	50%
TOTAL	8	100%

Fuente: Entrevista aplicada a los jueces de Familia de los distritos judiciales de La Libertad Chiclayo, Cajamarca y Piura

GRÁFICO N° 3



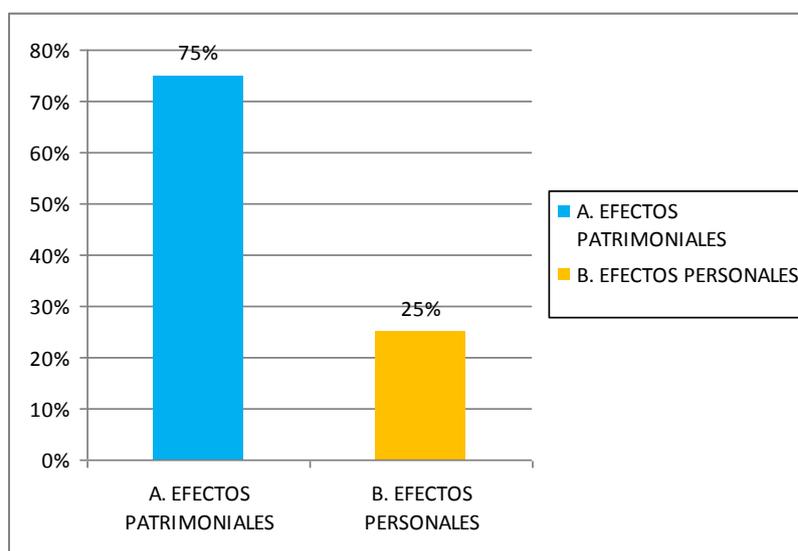
Fuente: Cuadro N° 2

CUADRO N° 4

DISTRIBUCIÓN DE LOS DATOS CON RESPECTO A LA PREGUNTA N° 4 DEL CUESTIONARIO ¿CUÁLES SON LOS EFECTOS JURÍDICOS QUE PRODUCE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE ESTADO DE CONVIVENCIA STRICTU SENSU CON ELEMENTO TEMPORAL MENOR DE DOS AÑOS DE VIDA EN COMÚN?

MAGISTRADOS FAMILIA	Nº	%
RESPUESTAS		
A. EFECTOS PATRIMONIALES	6	75%
B. EFECTOS PERSONALES	2	25%
TOTAL	8	100%

Fuente: Entrevista aplicada a los jueces de Familia de los distritos judiciales de La Libertad Chiclayo, Cajamarca y Piura



Fuente: Cuadro N° 4

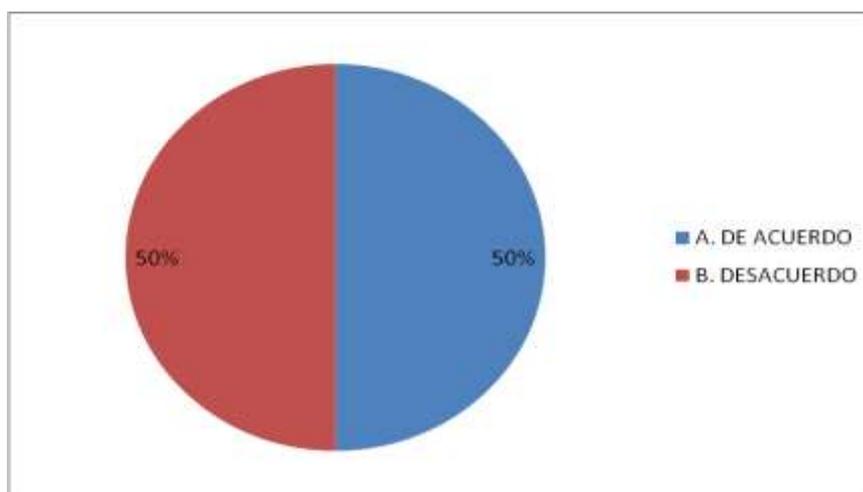
CUADRO Nº 5

DISTRIBUCIÓN DE LOS DATOS CON RESPECTO A LA PREGUNTA Nº 5 DEL CUESTIONARIO ¿TIENE CONOCIMIENTO DE QUE EN ALGUNOS PAISES PARA EL RECONOCIMIENTO DE LAS UNIONES DE HECHO NO ES NECESARIO EL ELEMENTO TEMPORAL?

MAGISTRADOS FAMILIA	Nº	%
RESPUESTAS		
A. CONOCE	4	50%
B. NO CONOCE	4	50%
TOTAL	8	100%

Fuente: Entrevista aplicada a los jueces de Familia de los distritos judiciales de La Libertad Chiclayo, Cajamarca y Piura

GRÁFICO Nº 5



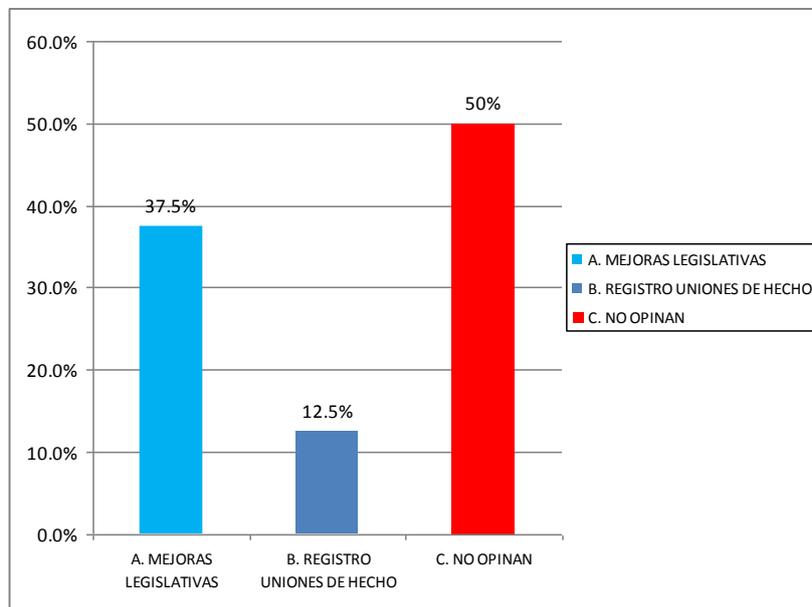
Fuente: Cuadro Nº 2

CUADRO N° 6

DISTRIBUCIÓN DE LOS DATOS CON RESPECTO A LA PREGUNTA N° 6 DEL CUESTIONARIO ¿QUÉ ENMIENDAS LEGISLATIVAS Y/O SUGERENCIAS PROPONEN EN TORNO A LAS UNIONES DE HECHO STRICTU SENSU CON ELEMENTO TEMPORAL MENOR DE DOS AÑOS DE VIDA EN COMÚN?

MAGISTRADOS FAMILIA	Nº	%
RESPUESTAS		
A. MEJORAS LEGISLATIVAS	3	37.5%
B. REGISTRO UNIONES DE HECHO	1	12.5%
C. NO OPINAN	4	50%
TOTAL	8	100%

Fuente: Entrevista aplicada a los jueces de Familia de los distritos judiciales de La Libertad Chiclayo, Cajamarca y Piura



Fuente: Cuadro N° 6

CAPITULO V

DISCUSIÓN

Gráfico

Realizando un acopio documental de los legajos de sentencias de los Juzgados de Familia de los Distritos Judiciales de La Libertad, Cajamarca y Piura sobre declaración judicial de estado de convivencia con elemento temporal menor de dos años de vida en común, hemos encontrado 5 resoluciones judiciales que se enmarcan dentro de nuestro trabajo de investigación, los cuales son:

Distrito Judicial de La Libertad ⇒ Tercer Juzgado de Familia ⇒ Expediente 1261-02

Distrito Judicial de Cajamarca ⇒ Primer Juzgado de Familia ⇒ Expediente 753 - 03

Expediente 259 - 04

Distrito Judicial de Piura ⇒ Primer Juzgado de Familia ⇒ Expediente 814 -04

Segundo Juzgado de Familia ⇒ Expediente 1026-05

Haciendo un análisis general de las resoluciones acotadas, todas ellas fallan declarando fundada su demanda de declaración judicial de estado de convivencia y declaran que se ordene el reconocimiento de la unión de hecho ***strictu sensu***, en todos estos casos el elemento temporal oscila entre el año ocho meses y el año once meses, es decir no se cumplen los dos años establecidos por el artículo 326 del Código Civil.

En todos los casos en estudio la pareja que cohabitaba habían procreado un hijo, realizando labores comunes y adquiriendo propiedades durante la convivencia, por lo que se buscaba con el reconocimiento que se le otorgue un ***status quo*** parecido a la sociedad de gananciales y no se cause perjuicio económico a alguna de las partes involucradas.

En cuanto al argumento jurídico existen dos esferas, la primera se refiere a uniones de hecho antes de la vigencia del Código Civil de 1984, en donde como es el caso del Exp. 1261-02 (Distrito Judicial de La Libertad) se otorgó la declaración judicial de estado de convivencia por cuanto en el tiempo es que se llevó a cabo la unión de hecho (1979-1980) no se encontraba en vigencia el artículo 326 del Código Civil de 1984, sólo se regulaba por la Constitución de 1979 en su artículo 9 que normaba por primera vez esta figura de la unión de

hecho y que no señalaba en plazo específico, por cuanto éste plazo se especificaba recién en el Código Civil de 1984.

En cuanto al segundo argumento jurídico se refiere a declaraciones judiciales de estado de convivencia con posterioridad a la vigencia de la constitución de 1993, en donde se señala que no debe exigirse el plazo de dos años habida cuenta que la constitución como norma de mayor jerarquía y posterior, deroga o abroga a las de inferior jerarquía y de data anterior.

Con mayor ahondamiento analizaremos en los siguientes cuadros a la luz de la doctrina y legislación tanto nacional como comparada para sustentar la tesis de nuestro trabajo de investigación.

Cuadro Nº 1

En el Cuadro Nº 1 podemos observar que según los datos procesados de la entrevista aplicado a los magistrados especializados en derecho de familia, obtenemos que el 50% de los a. quo señalaron que el verdadero rol que busca la declaración judicial del estado de convivencia es la familia por cuanto es efectivamente, por naturaleza y antes de todo ordenamiento legal, el primer medio social en que el surge el hombre, la influencia que ejerce cotidianamente en sus miembros imprime en ellos una orientación que después resulta muy difícil o imposible extirpar o modificar. La manera como la familia se organiza y desenvuelve gravita sobre la vida entera de la comunidad social y sus cambios trascienden el desarrollo de ésta, la familia, es verdadera célula primera y vital de la sociedad civil, origen y fundamento de ella, más que una comunidad de individuos, la sociedad civil es una comunidad de familias; en ese sentido es que el que estado a través del derecho norma las relaciones familiares para velar por su organización, funcionamiento y relación entre sus miembros independientemente si sus integrantes cohabitan en virtud del matrimonio o de una unión de hecho; pero claro está que el estado les brinda tratamiento legal semejante pero no igualitario ya que de ser así no tendría razón de ser la existencia del matrimonio, y no olvidemos que la institución del matrimonio se encuentra consagrada y es fomentado por la Constitución Política del Perú.

De otro lado tenemos que el 12,5% de los a. quo consideran que de alguna manera la que se protege de manera indirecta es el matrimonio por cuanto es la institución familiar por excelencia que alberga la familia protegida y promovida por

el estado peruano, para que puedan evitarse las uniones de hecho informal, es decir las parejas si quieren ser reconocidas como tal deben contraer matrimonio ya que las uniones de hecho les reconocen ciertos derechos pero jamás les van a equiparar en regulación y trascendencia al matrimonio; aunque en la realidad se puede apreciar que la inmensa mayoría de la población peruana sigue considerándose al matrimonio religioso como el verdadero matrimonio y dejan de lado el matrimonio civil, ya que en muchos casos ambos matrimonios, generan muchos gastos, por ello que las parejas y en especial la mujer el vestirse de blanco y casarse religioso es lo que le importa, originado en la práctica de que matrimonios que son verdaderamente tales en intención y convicción de los contrayentes, resultan de concubinatos para la ley, con todos los inconvenientes y perjuicios que ello representa especialmente para la mujer y también para los hijos.

Finalmente el 37,5% de los magistrados consideran que lo que busca la declaración judicial del estado de convivencia *strictu sensu* en un primer momento proteger y valorar la institución de la familia y de manera indirecta protege al matrimonio ya que solo le otorga ciertas prerrogativas que lo asemejan, más no lo equiparan al matrimonio y por ende si las parejas desean tener las mismas prerrogativas deben casarse, tal como lo promueve la Constitución Política del Perú.

Cuadro N° 2

Con respecto al Marco Legal que debe tenerse en cuenta sobre el estado de convivencia *strictu sensu*, podemos advertir dos posiciones bien marcadas, las primeras optan que el 50% de los magistrados debe o está regulado por el Código Civil de 1984, se debe tomar en cuenta lo estipulado en el art. 326 del C.C. teniendo en cuenta que se trata de una norma específica, la constitución solo contiene el marco pero no trata de manera específica y puntual cada una de las instituciones del derecho de familia, por lo que éstas se regulan por la norma especial que corresponde a cada uno de ellos. la unión de hecho propia debe necesariamente estar sujeta a un plazo mínimo y en este caso el de dos años que establece el art. 326 del Código Civil, en razón a que la convivencia que tiene una pareja de varón y mujer requiere un tiempo mínimo para acreditar su estabilidad y voluntariedad de consolidar una relación con deberes y derechos semejantes al

matrimonio; en consecuencia la constitución vigente por ser una norma de primera jerarquía no tiene por qué referirse a plazos puesto que éstos se fijan en la Ley de Desarrollo Constitucional como es el caso de la unión de hecho, cuyo plazo esta fijado por el Código Civil.

Contrario sensu el restante 50% de los **a-quo** precisan que la norma aplicable en las uniones de hecho es la Constitución Política del Perú, por cuanto las uniones de hecho legalmente fueron reconocidas por primera vez en el artículo 9 de la constitución de 1979, fijando como condiciones el plazo de dos años y dentro de este marco constitucional es que se dio el art. 326 del Código Civil de 1984 recogiendo entre otros requisitos el acotado plazo de dos años; sin embargo con la dación del artículo 5 de la constitución de 1993 se eliminó el plazo como requisito de las uniones de hecho con lo cual el artículo 326 del Código Civil incurre en un supuesto de inconstitucionalidad sobreviniente y en consecuencia el acotado artículo queda abrogado y solo es de aplicación a las uniones de hecho iniciadas antes de la constitución de 1993 y no a los iniciados con posterioridad a su vigencia, los criterios de aplicación para esta última posición que compartimos se encontrarían en la aplicación de los artículos VII de los títulos preliminares tanto del Código Civil como del Código Procesal Civil, artículos III y VIII del Código Procesal Civil y el art. 51 y 138 de la constitución de 1993. Paralelamente existen Normas Supranacionales que regulen y protegen la familia así tenemos: el art. 16 inciso 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 23 inciso 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 7 inciso 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Cuadro Nº 3

Con respecto al Cuadro Nº 3 podemos observar que el 50% de los magistrados especializados en familia que fueron entrevistados están de acuerdo con la fijación del elemento temporal de mínimo de 2 años de vida en común, ello obedece a la idiosincrasia de nuestra población que por lo general se forman familias en base a uniones de hecho, en ese sentido es que debe buscarse su protección a fin de evitar que se distorsione, de allí que el considerar el plazo de 2 años de vida en común constituye un plazo razonable para analizar si la unión de hecho es estable y continua.

Por el contrario el restante 50% de los a. quo no están de acuerdo con la fijación del elemento temporal de 2 años de vida en común ya que lo que debe importarle al estado representado en estos casos por los operadores jurisdiccionales es que el grupo familiar tenga una sede física en la cual se reúnan sus integrantes para compartir sus vidas, es necesario aclarar que no puede exigirse más de lo que se considera normal en una familia de derecho (matrimonio); así mismo se considera que los dos requisitos que debe reunir para considerársele una familia como tal, es en primer lugar es que la relación de sus integrantes debe tener una cierta permanencia en el tiempo y no amparar relaciones fugaces o discontinuas, para ello ante la imposibilidad de fijar criterios rígidos como el señalamiento de plazos concretos, habrá que requerir una convivencia que se despliegue en el tiempo de manera que pueda desecharse la idea de una relación pasajera u ocasional, lo que en definitiva quedará al criterio y valoración de los magistrados ya que la práctica judicial nos ha demostrado que la familia no se determina por el tiempo sino por el *modus vivendi* de sus integrantes. Y la segunda exigencia de la convivencia es la notoriedad, es decir que su convivencia debe desarrollarse a la luz de la sociedad, desarrollando sus actividades ante el círculo social como grupo o comunidad familiar; aunque el problema para el magistrado es en cuanto a la probanza por cuanto la norma sólo hace alusión al principio de prueba escrita, por ende debe modificarse y permitirse todo tipo de medios probatorios para demostrar la unión de hecho.

Cuadro Nº 4

En cuanto a los efectos jurídicos que produce la declaración judicial de estado de convivencia strictu sensu con elemento temporal menor de dos años de vida común, el 75% de los a. quo consideran que son índole patrimonial las consecuencias jurídicas del reconocimiento de una unión de hecho, tales como la liquidación de las ganancias y adquisiciones que constituye el tema que con mayor frecuencia se reclama a través de la declaración judicial de estado de convivencia que tiene por objeto que los gananciales se dividan en un 50% cada una tal como lo establece el art. 5 de la Actual Constitución que señala que el concubinato da lugar a una comunidad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto le sea aplicable, por ende se puede inferir que la comunidad de bienes es el régimen patrimonial de la sociedad de hecho en el

que pueden existir bienes propios de cada concubino y bienes comunes de la sociedad concubinaria; otro de los efectos patrimoniales es el reconocido por el tribunal constitucional a través del cual reconoce la pensión de viudez en el caso de las uniones de hecho o convivencia la cual solo corresponde al régimen público, pues dicha prerrogativa para las uniones de hecho fue recogida oportunamente por el sistema privado de pensiones, en cuya legislación se precisa que el cónyuge o concubino tiene derecho a pensión de sobrevivencia, Expediente N° 97708-2006-PA/TC.

En lo que respecta a los efectos personales el 25% de los magistrados manifestaron que en la práctica judicial no se han encontrado casos en que soliciten efectos personales al amparo de la declaración judicial del estado de convivencia pero que en todo caso esos efectos personales estarían determinados por los alimentos y los derechos sucesorios; en cuanto a los alimentos estos pueden ser solicitados en el caso del **concubino post mortem** el cual se le otorga una pensión por 3 meses al conviviente supérstite, también procede en el caso del causante o testador o fallecido y vivía en común con su concubino o cuando hay devengados; en cuanto a los sucesorios al art. 818 del código civil no considera al concubino en el orden de prelación, no se le reconoce derecho hereditario alguno.

Cuadro N° 5

Con respecto a la legislación comparada que no señalan o han omitido el requisito del elemento temporal para el reconocimiento de las uniones de hecho **strictu sensu** el 50% de los magistrados entrevistados señalaron que tenían cierto conocimiento, pero se mostraban en desacuerdo alegando que con ello se le quita rigurosidad a las uniones de hecho quedando al libre albedrío o criterio de los magistrados el otorgamiento o no del reconocimiento del estado de convivencia por cuanto además considera que los dos años como requisito temporal constituye un elemento o periodo razonable para valorar si efectivamente la pareja tiene todas las intenciones de formar una verdadera familia; finalmente el 50% restante de los operadores jurisdiccionales, si bien no tenían conocimiento de su regulación, muestran una actitud favorable a la omisión del elemento temporal en las uniones de hecho tal es el caso de la legislación boliviana que otorga en su art. 194 de la constitución de 1961 “las uniones libres o de hecho

que reúnan condiciones de estabilidad y singularidad y sean mantenidas entre personas con capacidad legal para contraer enlace producen efectos similares a los del matrimonio en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes y en lo que respecta a los hijos nacidos de ella”, todo ello en concordancia con el art. 158 del código de familia boliviano “se entiende haber unión de hecho cuando el varón y la mujer voluntariamente constituyen hogar y hacen vida en común en forma estable y singular”; igualmente el Código Civil Brasileño del 2002 en su artículo 1723 “el reconocimiento como entidad familiar de una unión estable entre un hombre y una mujer, configura una convivencia pública, continua y duradera, establecida como objetivo de constitución de familia”; en Colombia el artículo 2 de la Ley 54 de 1990 señala que la permanencia de las uniones de hecho no debe ser menor de 2 años, sin embargo años después a través de una sentencia de la corte constitucional de Colombia declaró inconstitucional el requisito o exigencia de los dos años de convivencia (jurisprudencia del tribunal constitucional-ver anexos).

Cuadro Nº 6

Con respecto a las enmiendas legislativas o sugerencias entorno a la eliminación del elemento temporal en las uniones de hecho *strictu sensu*, el 50% de los magistrados no respondieron nada por cuanto la regulación esta acorde a la realidad y consideran que no hay que modificar nada pero si sugirieron que sería factible la dación de un código de familia tal como existe en otros países como Brasil; el 37,5% de los magistrados opinaron que deberían derogarse el artículo 326 del Código Civil en forma expresa y ya que se tácitamente consideran que la constitución por ser ley de leyes lo a abrogado con lo señalado en su artículo 5º en lo que atañe a la exigencia del elemento temporal de 2 años de vida en común para el reconocimiento de las uniones de hecho, igualmente son de la opinión de que debería darse un código de familia que regula en forma específica todas las instituciones del derecho de familia en especial en lo que se refiere a las uniones de hecho, finalmente el 12,5% propuso la creación del registro de uniones de hecho, para ello debería modificarse el artículo 2030 inciso 9 del Código Civil. en lo que se refiere al registro personal, estableciendo que la declaración de voluntad de constituir una unión de hecho es un acto que debe ser inscrito en el registro personal de los registros públicos mediante escritura pública, ello ya ocurre en

otros países, y su creación permitirá proporcionar seguridad jurídica a sus miembros y evitaría situaciones injustas de enriquecimiento indebido, dada la dificultad de su probanza.

1.2 Métodos.

En la ejecución del trabajo de investigación se utilizará como método directriz el método científico aplicado al derecho y dentro de este contexto se usaron métodos específicos y funcionales que facilitaron el desarrollo de la investigación, así podemos señalar.

- **Método Descriptivo – Explicativo:** Método genérico en que se sustenta nuestro trabajo de investigación, el cual consistió en describir la realidad problemática de las uniones de hecho *strictu sensu* con elemento temporal menor de dos años de vida en común y explicar como dentro del órgano jurisdiccional obtienen su declaración judicial de estado de convivencia y por ende se les reconoce efectos jurídicos personales y patrimoniales.
- **Método Comparativo:** Este método específico se empleó en la etapa de ejecución para establecer una comparación entre la regulación que se le da al concubinato o uniones de hecho *strictu sensu* en especial en lo que atañe al requisito del elemento temporal tanto en nuestra legislación nacional y como en la legislación comparada.
- **Método Hermenéutico Jurídico:** Este método propio de la ciencia del derecho nos permitió conocer, analizar, interpretar y relacionar a través de la concordancia e integración normativa sobre las uniones de hecho *strictu sensu* cuyo elemento temporal es menor de dos años en común, para su correcta aplicación por cuanto en la realidad judicial no existe uniformidad de criterios sobre un mismo hecho.

1.3 Procedimientos

Los datos recopilados de nuestro trabajo de campo constituido por la entrevista estructurada aplicado a los jueces de familia de los distritos judiciales, serán presentados en cuadros estadísticos y gráficos de barras y pastel.

2. Diseño de Contrastación

2.1 Diseño de Contrastación

Teniendo en cuenta que nuestra investigación es básica y descriptiva, se empleó el diseño de una sola casilla, el cual consiste en descubrir características de una realidad en el presente caso lo constituye las

uniones de hecho ***strictu sensu*** con elemento temporal menor de dos años de vida en común y cuya representación gráfica es lo siguiente:

a -----> x

Donde:

A = Representa la totalidad de la información documental y de campo recopilada en nuestra etapa de ejecución tales como: doctrina, legislación, plenos jurisdiccionales, resoluciones, jurisprudencia y las entrevistas realizadas a los magistrados.

x = representa los resultados y conclusiones de la investigación.

3. Técnicas:

Para la recolección de datos en nuestra etapa de ejecución, utilizamos como instrumentos de recolección de datos los siguientes:

- **Observación Social, Indirecta, No Participante:** La investigadora realizó una observación no participante por cuanto no se involucro con el objeto de estudio ya sea como abogada defensora, secretaria de juzgado o Juez de Familia; a la vez fue indirecta por cuanto se obtuvo la información a través de los expedientes y de los legajos de sentencias y finalmente fue una observación social por cuanto se estudió a los distintos actores que intervienen en el proceso por declaración judicial de estado de convivencia (demandante, demandado, el magistrado, etc).
- **Acopio y análisis documental:** La investigadora se apersonó a los distintos Juzgados de Familia para realizar el acopio de las resoluciones judiciales sobre declaración judicial de estado de convivencia de los respectivos legajos de sentencias que se encuentran en la oficina de archivos de los distintos distritos judiciales, posteriormente se realizó un análisis documental anotando los datos más resaltantes de los casos materia de investigación estableciendo criterios normativos, tiempo de vida en común, etc.

- **Técnica del fichaje:** Para la realización de nuestro marco teórico y sustentación de la discusión de resultados realizamos un estudio doctrinario, legislativo y jurisprudencial, empleando para ello fichas de registro tales como las bibliográficas para los libros y tratados de doctrina nacional y comparada, las fichas hemerográficas para registrar datos de leyes, revistas y jurisprudencia; así mismo en cuanto a contenido de información empleamos fichas de investigación tales como las textuales, resumen, comentario y de campo.
- **Entrevista estructurada con preguntas abiertas:** La investigadora realizó una entrevista a los Magistrados que desempeñan la labor de Jueces en los Juzgados de Familia de los Distritos Judiciales de La Libertad (2 magistrados), Distrito Judicial de Chiclayo (2 magistrados), Distrito Judicial de Cajamarca (2 magistrados) y el Distrito Judicial de Piura (2 magistrados); la cual se desarrolló de acuerdo a la estructura elaborada que consta de 6 preguntas abiertas para que puedan exponer sus criterios y sugerencias entorno a las uniones de hecho *strictu sensu* con elemento temporal menor de dos años de vida en común.

2. Instrumentos

4.1 Guía de fichaje

Se analizó la bibliografía con la que se contó con la que se obtuvo las fichas de investigación bibliográfica (Registro y de investigación).

4.2 Encuesta de opinión

Aplicamos a los operadores del Derecho en la especialidad del Derecho de Familia para contrastar sus opiniones y posturas frente al tema materia de investigación.

CONCLUSIONES

PRIMERA: El requisito de la no aplicación del elemento temporal en el concubinato debería considerarse para amparar a las uniones de hecho **en strictu sensu**, en razón a que existen elementos y presupuestos suficientes para tutelar este tipo de relaciones, pues lo que protege el estado no es el matrimonio sino la familia.

SEGUNDA: Acorde con los instrumentos jurídicos con que se cuenta, la jerarquía de normas, la teoría de los hechos cumplidos, la normatividad internacional y la correcta interpretación de la norma nos permite aceptar la tesis de que dichos supuestos fácilmente pueden ser considerados como uniones de hecho propias, sin tener en cuenta el elemento temporal.

TERCERA: El resultado de esta propuesta es que al considerar a estas relaciones como uniones de hecho propias, su status patrimonial se rige como una sociedad de gananciales, tutelando de mejor manera al grupo familiar formado.

CUARTA: En cuanto a los efectos jurídicos de las uniones de hecho *strictu sensu* los que se presentan en la práctica judicial son los de naturaleza patrimonial como es la división y partición de un bien social, la pensión de viudez de las AFP; en cuanto a los efectos personales solo se considera lo de alimentos de la concubina supérstite y en cuanto a los de derechos sucesorios tanto la Constitución y el Código Civil no lo reconocen.

RECOMENDACIONES

1. Mayor difusión y discusión académica sobre el tema propuesto, por especialistas en diferentes congresos o convenciones académicas para así crear debate sobre el mismo y llegar a conclusiones importantes.
2. La jurisprudencia a este respecto debe ser uniforme, pues como hemos señalado la investigación se ha basado en sentencias judiciales, las cuales consideramos como innovadora respecto a este tema.
3. La creación de un registro de uniones de hecho que permita no llegar quizá a sede judicial para ventilar reclamar derechos patrimoniales surgidos en una relación de convivencia propia.
4. La derogatoria de la única norma existente sobre unión de hecho y crear un capítulo especial para el mismo en el Código Civil, el cual abarcaría todos los tipos de supuestos a ser regulados por este instituto.

BIBLIOGRAFÍA

➤ **Libros:**

1. BOSSERT, Gustavo A. (1995) En: Código Civil Peruano (10 años), balance y perspectivas, Lima-Perú: Grijley.
2. CORNEJO CHAVEZ, Héctor. (1999) "Derecho familiar peruano". 10ava edición. Lima-Perú: Gaceta jurídica.
3. DIEZ DE PICAZO, Luis y GUILLÉN, Antonio. (1997) "Sistema de Derecho Civil". 7ma edición. España: Technos.
4. ETO CRUZ, Gerardo. (1989) "derecho de familia en la constitución y en el nuevo código Civil". Trujillo-Perú: Marsol.
5. HANS, Kelsen. (1985) "Teoría pura del derecho" Buenos aires: Eudeba.
6. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. (1997) "Derecho de Familia". 3ra. edición. Lima-Perú: San marcos.
7. MALLQUI REYNOSO, Max y MOHEMETHIANO ZUMAETA Eloy. (2001) "Derecho de Familia". Lima-Perú: San marcos.
8. PERALTA ANDIA, Javier rolando. (1996) "derecho de familia en el código civil" 2da. Edición. Lima – PERÚ: Idemsa.
9. PLACIDO V., Alex. (2002) "Regimenes patrimoniales del matrimonio y de las uniones de hecho en la doctrina y la jurisprudencia". Lima – PERÚ: Gaceta jurídica.
10. RUBIO CORREA, Marcial. (1990) "Para leer el código civil" Lima – PERÚ: Fondo PUCP.
11. RUBIO CORREA, Marcial. (2005) "La interpretación de la constitución según el tribunal constitucional" Lima – PERÚ: Fondo PUCP.
12. VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda. (2003) "derecho de familia" 2da. edición. Trujillo-Perú: Normas legales.

➤ **Revistas:**

13. CÓDIGO CIVIL COMENTADO t. II: "Derecho de Familia" (primera parte), editora GACETA JURIDICA, Lima - Perú, 2003.
14. OMEBA "Enciclopedia jurídica omeba". tomo iii, editorial driskill s.a., Buenos aires, 1992.
15. NORMAS LEGALES "Dialogo con la jurisprudencia", año 9, número 54, febrero del 2003, editorial gaceta jurídica.

16. NORMAS LEGALES “Dialogo con la jurisprudencia”, año 9, número 60, setiembre del 2003, editorial gaceta jurídica.

➤ **Enlaces web:**

1. www.amag.edu.pe/webestafeta2/lindex.asp2warproom=articles&actionread&idart=647.
2. html.rincondelvago.com/parejas_de_hecho_1.html
3. <http://www.leyescolombianas/derechocivil/html>
4. <http://www.legislacionmexicana/distritofederal/normasjuridicas/html>
5. <http://www.derecho> de familia/legislación/brasil.com/cc.html
6. <http://www.derecho> de familia/legislación/abogados/ecudorl.com/cc.html
7. <http://www.leyesbolivianas.com/cc.html>
8. <http://www.derechocivil/honduras/html>.
9. <http://www.derechocivil/panama/html>.

ANEXOS

GUIA DE PREGUNTAS DEL CUESTIONARIO

- 1.- ¿Cuál de las instituciones del Derecho de familia se busca proteger con la declaración judicial de las uniones de hecho?
- 2.- ¿Cuál es el marco legal que regula y protege el estado de convivencia *strictu sensu*?
- 3.- ¿Está de acuerdo con que se exija como elemento temporal dos años de vida en común, para la declaración de uniones de hecho?
- 4.- ¿Cuáles son los efectos jurídicos que produce la declaración judicial de estado de convivencia *strictu sensu* con elemento temporal menor de dos años de vida en común?
- 5.- ¿tiene conocimiento de que en algunos países para el reconocimiento de las uniones de hecho no es necesario el elemento temporal?
- 6.- ¿Qué enmiendas legislativas y/o sugerencias proponen en torno a las uniones de hecho *strictu sensu* con elemento temporal menor de dos años de vida en común?

GUIA DE PREGUNTAS DEL CUESTIONARIO

1.-¿Cuál de las instituciones del Derecho de familia se busca proteger con la declaración judicial de las uniones de hecho?

La protección jurídico-social de la familia, aunque en nuestro ordenamiento legal no hemos adoptado la teoría de la equiparación del Estado Matrimonial, según el cual la unión de hecho produce *IPSO JURE*, los mismos efectos que el matrimonio.

2.-¿Cuál es el marco legal que regula y protege el estado de convivencia *strictu sensu*?

Las instituciones familiares se encuentran protegidas por la Constitución y hoy son desarrolladas por otros cuerpos normativos como son El Código Civil, el Código del Niño y del Adolescente, Ley de Violencia Familiar, etc.

3.-¿Está de acuerdo con que se exija como elemento temporal dos años de vida en común, para la declaración de uniones de hecho?

En las uniones de hecho muchas veces radica el éxito de una relación, ya que existen matrimonios que fracasan constantemente, lo importante no es el plazo de convivencia, si no la forma como se ha llevado esa convivencia, el tiempo es facultativo, el juez debe valorar el modo de vivir de la pareja y después lo referente al tiempo.

4.-¿Cuáles son los efectos jurídicos que produce la declaración judicial de estado de convivencia *strictu sensu* con elemento temporal menor de dos años de vida en común?

Efectos patrimoniales como la sociedad de gananciales, caso contrario ello constituiría un enriquecimiento ilícito de la otra parte, así mismo existe derechos personales como es el caso de la ley de pensiones en donde se le reconoce derecho de alimentos por tres meses a la cónyuge del difunto.

5.-¿tiene conocimiento de que en algunos países para el reconocimiento de las uniones de hecho no es necesario el elemento temporal?

Si, por ejemplo Bolivia ha modificado su código civil y con respecto a las uniones de hecho solo se exige la habitualidad, notoriedad y estable. Se ha suprimido el elemento temporal, lo cual queda a criterio del Magistrado valorar los hechos o medios probatorios para otorgarle el reconocimiento.

6.-¿Qué enmiendas legislativas y/o sugerencias proponen en torno a las uniones de hecho *strictu sensu* con elemento temporal menor de dos años de vida en común?

Debería existir un registro de uniones de hecho, en donde se consignaran todos los datos así evitarse tantas molestias en procesos judiciales, esta propuesta la presento un congresista, pero se fue solo quedó como anteproyecto, no fue aceptado.

GUIA DE PREGUNTAS DEL CUESTIONARIO

1.-¿Cuál de las instituciones del Derecho de familia se busca proteger con la declaración judicial de las uniones de hecho?

En primera instancia se busca proteger la parentela, al grupo familiar para darle seguridad y protección, pero así mismo se protege indirectamente al matrimonio ya que sólo se reconocen ciertos derechos pero no se le equipara al matrimonio, en consecuencia se promueve que las personas deseen contraer matrimonio para ser capaces de un reconocimiento total de sus derechos.

2.-¿Cuál es el marco legal que regula y protege el estado de convivencia strictu sensu?

El marco legal lo constituyen tanto la constitución como Norma general y el Código civil como norma específica, en la cual se establecen sus requisitos.

3.-¿Está de acuerdo con que se exija como elemento temporal dos años de vida en común, para la declaración de uniones de hecho?

de acuerdo, ello es necesario por la idiosincrasia del pueblo que muchas veces por creencias, costumbres culturales, económicas, estéticas, manifiestan relaciones de convivencia, las cuales se les debe exigir el plazo legal para brindarles protección.

4.-¿Cuáles son los efectos jurídicos que produce la declaración judicial de estado de convivencia strictu sensu con elemento temporal menor de dos años de vida en común?

los efectos jurídicos a general la sociedad de gananciales de la familia, los bienes adquiridos durante la convivencia.

5.-¿tiene conocimiento de que en algunos países para el reconocimiento de las uniones de hecho no es necesario el elemento temporal?

No, cada ordenamiento legal es reflejo de la sociedad que merece, no importa lo que es bueno o existe en otros países, es lo más idóneo y conveniente para otro.

6.-¿Qué enmiendas legislativas y/o sugerencias proponen en torno a las uniones de hecho strictu sensu con elemento temporal menor de dos años de vida en común?

GUIA DE PREGUNTAS DEL CUESTIONARIO

1.-¿Cuál de las instituciones del Derecho de familia se busca proteger con la declaración judicial de las uniones de hecho?

Las uniones de hecho busca la protección de la familia, el derecho norma las relaciones familiares, su organización, funcionamiento y relación entre sus miembros, independiente del Estado civil de las personas.

2.-¿Cuál es el marco legal que regula y protege el estado de convivencia strictu sensu?

Nuestra constitución vigente reconoce, garantiza y promueve la constitución de la familia vía uniones de hecho propia o matrimonio, como norma general, y luego son simplificados en leyes específicas como el Código civil.

3.-¿Está de acuerdo con que se exija como elemento temporal dos años de vida en común, para la declaración de uniones de hecho?

Es lo correcto dentro del marco normativo vigente, la ley establece 2 años para su reconocimiento.

4.-¿Cuáles son los efectos jurídicos que produce la declaración judicial de estado de convivencia strictu sensu con elemento temporal menor de dos años de vida en común?

La sociedad de gananciales, para las uniones de hecho propias, no se le reconoce para las uniones impuras.

5.-¿tiene conocimiento de que en algunos países para el reconocimiento de las uniones de hecho no es necesario el elemento temporal?

No, se conoce por capacitaciones y por internet que existen propuestas para mejorar el código civil en lo que atañe al Derecho de Familia.

6.-¿Qué enmiendas legislativas y/o sugerencias proponen en torno a las uniones de hecho strictu sensu con elemento temporal menor de dos años de vida en común?

Modificación y actualización del Código Civil en general.

GUIA DE PREGUNTAS DEL CUESTIONARIO

1.-¿Cuál de las instituciones del Derecho de familia se busca proteger con la declaración judicial de las uniones de hecho?

El reconocimiento de las uniones de hecho strictu sensu, busca proteger la familia al reconocerles existencia jurídica, pero jamás sus derechos serán equiparados al matrimonio, que es la institución que la constitución promueve como núcleo de familia.

2.-¿Cuál es el marco legal que regula y protege el estado de convivencia strictu sensu?

Teniendo en cuenta una plenaria que se llevó a cabo en la corte superior de justicia de la libertad, se llegó a la conclusión de que la Norma adecuada para regularlo era el Código civil, como norma específica.

3.-¿Está de acuerdo con que se exija como elemento temporal dos años de vida en común, para la declaración de uniones de hecho?

Considero que en la doctrina y legislación actual las uniones de hecho de sus bases en el modo de vida que llevan los parejas, si la vida es estable, continua, ordenada y no tienen impedimento alguno, se les debe reconocer su existencia así no hayan cumplido los 2 años, ello debe ser materia de valoración del magistrado.

4.-¿Cuáles son los efectos jurídicos que produce la declaración judicial de estado de convivencia strictu sensu con elemento temporal menor de dos años de vida en común?

La ley debe reconocer los mismos efectos de las uniones de hecho que en el del matrimonio, no se trata que hacer diferencias, en la actualidad este tipo de familias es la más aplicada, sociedad de gananciales; por otra parte la convivencia no se le reconoce derechos sucesorios, lo que si sucede con la esposa.

5.-¿tiene conocimiento de que en algunos países para el reconocimiento de las uniones de hecho no es necesario el elemento temporal?

Actualmente la legislación a terno al derecho de familia en la legislación internacional este estado objeto de reformar, entre ellos el no considerar el elemento temporal de 2 años, particularmente soy de la opinión que debe tenerse en cuenta este movimiento, la sociedad ha cambiado y nuestro código es obsoleto.

6.-¿Qué enmiendas legislativas y/o sugerencias proponen en torno a las uniones de hecho strictu sensu con elemento temporal menor de dos años de vida en común?

Un nuevo código de Familia, tal como se da en la legislación comparada con muchos resultados positivos, es un conjunto de todas las normas despus y equitativa para el especializado.

GUIA DE PREGUNTAS DEL CUESTIONARIO

1.-¿Cuál de las instituciones del Derecho de familia se busca proteger con la declaración judicial de las uniones de hecho?

La familia, que es el medio social en que se desarrolla el ser humano, y por ende es merecedora de reconocimiento y protección por el Estado.
Por eso.

2.-¿Cuál es el marco legal que regula y protege el estado de convivencia strictu sensu?

Por la jerarquía normativa, la constitución política es la que define las políticas generales, en consecuencia si alguna ley, decreto, lo contradice en su esencia constituye un supuesto de inconstitucionalidad.

3.-¿Está de acuerdo con que se exija como elemento temporal dos años de vida en común, para la declaración de uniones de hecho?

La ley establece para su procedencia, lo que interesa es si no es el plazo, sino la naturaleza de la convivencia, es decir el modo de vivir de los integrantes de la familia y eso es lo que se valora en sentido estricto.

4.-¿Cuáles son los efectos jurídicos que produce la declaración judicial de estado de convivencia strictu sensu con elemento temporal menor de dos años de vida en común?

En toda declaración judicial de estado de convivencia, el efecto material es la ligazón de la sociedad de gananciales, teniendo en cuenta los bienes propios, los bienes sociales y el manejo de la casa.

5.-¿tiene conocimiento de que en algunos países para el reconocimiento de las uniones de hecho no es necesario el elemento temporal?

No cuenta, pero en todo caso no estoy de acuerdo porque ello daría lugar a una informalidad y desestabilización de la familia, la ley es clara en ese sentido y debe respetarse.

6.-¿Qué enmiendas legislativas y/o sugerencias proponen en torno a las uniones de hecho strictu sensu con elemento temporal menor de dos años de vida en común?

Ninguna consideran que no se le debe reconocer, los plazos son razonables.

GUIA DE PREGUNTAS DEL CUESTIONARIO

1.-¿Cuál de las instituciones del Derecho de familia se busca proteger con la declaración judicial de las uniones de hecho?

La familia constituye la primera célula vital de la sociedad civil, es decir su constitución gravita sobre la vida entera de la comunidad social, en ese sentido se debe proteger al grupo familiar y cada uno de sus integrantes, quedando al lado el estado civil, la religión, el idioma, etc.

2.-¿Cuál es el marco legal que regula y protege el estado de convivencia strictu sensu?

El estado planifica sus políticas y se plasma en la Constitución, que es la norma máxima, en ella se señalan de manera general los alcances que deben tener las instituciones familiares, las cuales son detalladas específicamente en normas específicas.

3.-¿Está de acuerdo con que se exija como elemento temporal dos años de vida en común, para la declaración de uniones de hecho?

No estoy de acuerdo, las exigencias de ser sobre el punto de la relación es decir su heterosexualidad, la vida en sociedad (notoria), y que se establece en el tiempo, el lapso legal debe ser para valerse todos estos hechos y no fijarse en el tiempo como requisito. Existen casos judiciales que no se han reconocido uniones de hecho por solo faltarles días para cumplir los 2 años.

4.-¿Cuáles son los efectos jurídicos que produce la declaración judicial de estado de convivencia strictu sensu con elemento temporal menor de dos años de vida en común?

El reconocimiento de las uniones de hecho, implica los efectos que la ley reconoce para ello como en las sucesiones de sucesiones, cuando muere que no presente sucesores sucesivos por cuanto la conviviente no figura en el orden de prelación de sucesión, según nuestro Código Civil.

5.-¿tiene conocimiento de que en algunos países para el reconocimiento de las uniones de hecho no es necesario el elemento temporal?

El Dr. eto. con menciona en una charla que en Colombia se exigía al igual que en el Perú los 2 años de vida en común, pero que después el Tribunal Constitucional lo declaró inconstitucional, y en la actualidad soneto una convivencia en un periodo de tiempo es un acto claro, lo que debe primar es la forma de vida.

6.-¿Qué enmiendas legislativas y/o sugerencias proponen en torno a las uniones de hecho strictu sensu con elemento temporal menor de dos años de vida en común?

Es necesario la derogación del Art 326 C.C. por ser inconstitucional, la constitución no exige plazo legal para el reconocimiento de las uniones de hecho, y la ley específica no puede ir por encima de la norma de mayor jerarquía.

Debe darse un Nuevo Código Civil acorde con las exigencias actuales, hace más de 10 años de vigencia.

GUIA DE PREGUNTAS DEL CUESTIONARIO

1.-¿Cuál de las instituciones del Derecho de familia se busca proteger con la declaración judicial de las uniones de hecho?

EL MATRIMONIO QUE VIENE A CONSTITUIR LA INSTITUCION FAMILIAR POR EXCELENCIA, QUE ALBERGA A SUS INTEGRANTES DEBIDAMENTE PROTEGIDO POR EL ESTADO, ATRAVES DE LA CONSTITUCION Y DEMAS LEYES.

2.-¿Cuál es el marco legal que regula y protege el estado de convivencia strictu sensu?

EL MARCO LEGAL PARA RECONOCER LA EXISTENCIA DE LAS UNIONES DE HECHO ES EL CODIGO CIVIL, QUE EN EL ART. 326, PRESCRIBE QUE DEBE SER CONTINUA, ESTABLE Y DEBE SER NOTORIA, PARA QUE UN MAGISTRADO PUEDA RECONOCERLE SU EXISTENCIA, Y SIN IMPEDIMENTO LEGAL PARA CASARSE.

3.-¿Está de acuerdo con que se exija como elemento temporal dos años de vida en común, para la declaración de uniones de hecho?

CONSIDERO QUE LA EXIGENCIA DEL PLAZO ES IMPRESCINDIBLE PARA EL JUEGO PARA PODER VALORAR DENTRO DE ESE PLAZO COTIZABLE SI LA CONVIVENCIA FUE ESTABLE, NOTORIA, CONTINUA.

4.-¿Cuáles son los efectos jurídicos que produce la declaración judicial de estado de convivencia strictu sensu con elemento temporal menor de dos años de vida en común?

PARTICULARMENTE NO LE RECONOZCO EFECTOS YA QUE NO SE LE RECONOCE CUANDO TIENE MENOS DE DOS AÑOS, LA LEY SEÑALA QUE SON DOS AÑOS DE VIDA EN COMUN COMO MINIMO.

5.-¿tiene conocimiento de que en algunos países para el reconocimiento de las uniones de hecho no es necesario el elemento temporal?

EN ALGUNAS JURISDICCIONES DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA TENIA CONOCIMIENTO DESU NO EXIGIBILIDAD, PERO AL RESPECTO PIENSO QUE DE TODAS MANERAS ES IMPRESCINDIBLE EL PLAZO LEGAL, PARA PODER VALORAR SI DURANTE ESE PERIODO SE LLEVO UNA RELACION ESTABLE Y CONTINUA.

6.-¿Qué enmiendas legislativas y/o sugerencias proponen en torno a las uniones de hecho strictu sensu con elemento temporal menor de dos años de vida en común?

PLANTEARIA LA DACION DE LA CODIGO DE FAMILIA, TAL COMO EXISTE EN BRASIL, NUESTRO CODIGO TIENE 25 AÑOS DE EXISTENCIA Y MERECE SER MODIFICADO EN SU INSTITUCION DE FAMILIA.

JURISPRUDENCIA. TC CONSOLIDA DERECHO EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

Reconocen pensiones entre los convivientes

Para caso del régimen previsional público, dijo magistrado Eto Cruz.
Decisión es un acto de justicia y se ajusta a la Constitución Política.

El Tribunal Constitucional (TC) reconoció la pensión de viudez en el caso de las uniones de hecho o convivencia, decisión que constituye un avance importante para la consolidación de la doctrina jurisprudencial respecto al derecho de las personas a la seguridad social pública en materia de pensiones entre concubinos.

La decisión del colegiado se ajusta a la Constitución Política de 1993, que otorga reconocimiento constitucional y legal a las uniones de hecho, explicó el magistrado del TC Gerardo Eto Cruz.

"El Decreto Ley N° 19990 del Sistema Nacional de Pensiones (SNP) es una norma desarrollada al amparo de la Constitución de 1933, que no recoge el reconocimiento legal que posteriormente otorgan las Cartas Magnas de 1979 y 1993, dejando al conviviente sobreviviente en una situación de desprotección y desamparo. Lo que hace el TC hoy es subsanar este vacío y, en consecuencia, desarrolla a nivel jurisprudencial una suerte de creación de normas, que es reconocer a las uniones de hecho o convivencia el derecho que tendría la viuda o cónyuge del asegurado", explicó.

Este reconocimiento de la pensión de viudez entre convivientes solo corresponde al régimen público, pues dicha prerrogativa para las uniones de hecho fue recogida oportunamente por el Sistema Privado de Pensiones, en cuya legislación se precisa que el cónyuge o concubino tiene derecho a pensión de sobrevivencia, dijo Eto Cruz, quien además preside el Centro de Estudios Constitucionales del TC.

Así, la sentencia desarrolla ampliamente un anterior criterio jurisprudencial dictado por los ex magistrados Magdiel Gonzales Ojeda, Víctor García Toma y Juan Francisco Vergara Gotelli, quienes al resolver el Expediente N° 97708-2006-PA/TC reconocieron también el derecho a percibir una pensión de viudez a una "esposa conviviente", cuya unión de hecho fue reconocida judicialmente. (María Ávalos Cisneros)

Algo más

El congresista Daniel Robles presentó un proyecto para ampliar la pensión de viudez del SNP a las uniones de hecho.

Gerardo Eto Cruz, Magistrado

Al analizar este caso, el colegiado recibió la referencia de una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, que declaró inconstitucional el requisito o exigencia de dos años de convivencia. Sin duda, los colombianos son más audaces, nosotros aún somos prudentes."

Precedente

- El TC ampara su decisión en el contenido del artículo 5 de la Constitución Política, el cual regula el derecho de toda unión estable entre varón y mujer, libres de impedimento matrimonial, que forma un hogar de hecho, a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

- Además, cita el artículo 326 del Código Civil respecto a las consecuencias jurídicas de estas uniones.

- Para el colegiado, el reconocimiento de la unión de hecho da lugar a la comunidad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, pero además la pareja se comporta como cónyuges asumiendo finalidades, obligaciones y deberes semejantes a los del matrimonio.

- La declaración jurisdiccional de unión de hecho, anota, sustituye la partida de matrimonio. Con ello, se adquiere todos los derechos que como cónyuge le corresponde, entre ellas, la pensión de viudez, la cual tiene la calidad de bienes que integran la sociedad de gananciales porque sirven de sustento de la familia.

ACTA DE LA SEGUNDA SESIÓN PLENARIA

En la ciudad de Trujillo, siendo las ocho de la mañana del día uno de Diciembre del dos mil siete, en el local de la Segunda Sala Penal Liquidadora de La Libertad, se dio inicio a la sesión plenaria correspondiente al día de la fecha, con la asistencia de los señores magistrados doctores: Alicia Iris Tejeda Zavala, Alcántara Ramírez María Elena, Sabina Salazar Díaz, Ciro Sánchez Cueva, Guillermo Alarco Gil, Wilda Mercedes Cárdenas Falcón, Yvonne del Pilar Lúcar Vargas, Javier Waldimiro Lara Ortiz, Segundo Salvador Bustamante Rojas, Justa Jacqueline Riega Rondón, Miriam Patricia Zevallos Echeverría, Marco Antonio Celis Vásquez, Angulo de Pina Pedro Pablo, Ramírez Abanto Rosario, Pedro Osorio Montoya, Noé Pedro Navarro Chávez, Ary Hendrick Terrones Meléndez, Emilia Navarrete Obando dándose inicio con la exposición del tema 4.

TEMA 4: Aplicación o no del plazo mínimo de dos años para el reconocimiento de la unión de hecho, a cargo de la doctora Wilda Mercedes Cárdenas Falcón.

La Unión de hecho fue reconocida por primera vez en el artículo 9 de la Constitución Política de 1979, fijando como condiciones el plazo de dos años y los requisitos que establezca la ley. Dentro de ese marco, el artículo 326 del Código Civil de 1984, estableció que la Unión de Hecho para ser reconocida debe tener además de los requisitos de toda unión de hecho pura, deberá tener una duración mínima de dos años, y así se ha venido resolviendo. Posteriormente, el artículo 5 de la Constitución de 1993, eliminó la mención al plazo, con lo cual se consideraría que el artículo 326 en el extremo del plazo incurre en un supuesto de inconstitucionalidad sobrevenida y por lo tanto no podría aplicarse; por lo que surge la siguiente discusión:

- a) Debe aplicarse el plazo mínimo de dos años previsto en el artículo 326
- b) Debe aplicarse el plazo de dos años a las uniones de hecho iniciadas hasta antes de la Constitución de 1993,
- c) No debe aplicarse el plazo de dos años en ningún caso, habida cuenta que la Constitución como norma de mayor jerarquía y posterior, deroga o abroga a las de inferior jerarquía y de data anterior.

Así, los criterios de aplicación para esta última posición se encontrarían en la aplicación de los artículos VII de los títulos preliminares tanto del Código Civil como del Código Procesal Civil, artículos III y VIII del CPC, y 51 de la Constitución de 1993.

Conclusiones del Grupo 1:

Se debe tomar en cuenta lo estipulado en el artículo 326° del Código Civil de 1984, atendiendo a que se trata de una norma específica. La Constitución sólo contiene el marco, pero no trata de manera específica y puntual cada una de las instituciones, por lo que éstas se regulan por la norma especial que corresponde a cada uno de ellos.

Dada la idiosincrasia de nuestra población, la ley ha institucionalizado la unión de hecho, por lo que debe buscarse su protección a fin de evitar que se distorsione, de allí que se debe considerar un plazo razonable el plazo de dos años en el análisis de la unión de hecho estable y continua.

Conclusiones del Grupo 2

La unión de hecho propia debe necesariamente estar sujeta a un plazo mínimo, y en este caso, al de dos años que establece el artículo 326 del Código Civil, en razón a que la vivencia que tiene una pareja de varón y mujer requiere un tiempo mínimo para acreditar su estabilidad y voluntariedad de consolidar una relación con deberes y derechos semejantes al matrimonio.

La Constitución vigente por ser una norma de primera jerarquía no tiene por qué referirse a plazos, puesto que éstos se fijan en la ley, de desarrollo constitucional, como es el caso de la unión de hecho, cuyo plazo está fijado por el Código Civil.

Este problema ya ha sido aclarado y precisado en los cursos de la Academia de la Magistratura, y sólo hace falta profundizar acerca de la probanza, ya que ésta se encuentra limitada, pues la norma hace alusión al principio de prueba escrita.

Conclusiones del Grupo 3

Se debe aplicar el plazo mínimo de dos años de duración a las uniones de hecho iniciadas antes de la Constitución de 1993, no siendo aplicable dicho plazo a aquellas iniciadas con posterioridad. El fundamento reside en que las leyes se aplican a las relaciones jurídicas existentes al momento de su vigencia.

ACUERDO PLENARIO:

a) Por mayoría

EN EL ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS SOBRE ESTABILIDAD Y CONTINUIDAD DE LA UNIÓN DE HECHO, SE DEBE APLICAR EL PLAZO DE DOS AÑOS. EN ATENCIÓN A QUE ESTE PLAZO DE CONVIVENCIA QUE TIENE UNA PAREJA VARÓN Y MUJER, ACREDITA SU ESTABILIDAD Y VOLUNTARIEDAD DE

CONSOLIDAR UNA RELACIÓN CON DEBERES Y DERECHOS SEMEJANTES AL MATRIMONIO.

a) Por minoría:

EL ARTÍCULO 5 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993 HA ELIMINADO LA EXIGENCIA DEL PLAZO DE VIGENCIA DE LA UNIÓN DE HECHO PARA SU RECONOCIMIENTO. POR LO TANTO, EL ARTÍCULO 326 DEL CC ES UNA NORMA DE INFERIOR JERARQUÍA Y ESTÁ AFECTADA DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVINIENTE, POR LO QUE EL PLAZO DE 2 AÑOS SÓLO ES DE APLICACIÓN A LAS UNIONES DE HECHO INICIADAS ANTES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993, Y NO A LAS INICIADAS CON POSTERIORIDAD A SU VIGENCIA



EXPEDIENTE : No. 1261 - 02

DEMANDANTE : ROXANA PEREZ JULCA

DEMANDADO : OLMEDO FILIBERTO CORTIJO NARVAEZ

MATERIA : DECLARACION JUDICIAL DE ESTADO DE CONVIVENCIA

JUEZ : Dra. YVONNE LÚCAR VARGAS

SECRETARIA : Dra. SILVIA OBESO LAZARO

Resolución Número: DIECISIETE
Trujillo, catorce de Agosto de dos mil siete.

VISTOS;

Los actuados, con motivo de los seguidos por doña ROXANA PEREZ JULCA contra don OLMEDO FILIBERTO CORTIJO NARVAEZ sobre DECLARACION JUDICIAL DE ESTADO DE CONVIVENCIA desde mil novecientos setentitres hasta el veintiocho de Junio de mil novecientos ochenta.

EXPOSICION DE ARGUMENTOS EXPUESTOS POR LAS PARTES y TRÁMITE DEL PROCESO:

Resulta de autos que mediante escrito de fojas veinticuatro a treintitres, doña ROXANA PEREZ JULCA acude al órgano jurisdiccional a fin que se declare Judicialmente la Unión de Hecho que ha mantenido con el demandado don OLMEDO FILIBERTO CORTIJO NARVAEZ, desde mil novecientos setenta y tres hasta el veintiocho de Junio de mil novecientos ochenta.

Fundamenta su pretensión alegando que con el demandado se conocieron en el mes de septiembre del año de mil novecientos setentidós en una fiesta de cachimbo en la Universidad Nacional de Trujillo, enamorándose desde ese momento, luego de algunos meses iniciaron una relación sentimental, y al cabo de un año empezaron a mantener relaciones sexuales, fruto de ellas concibieron su primer hijo, ante lo cual habló con sus padres y el demandado se vino a vivir a su casa empezando así a hacer voluntariamente vida de casados libres de impedimento, esta relación fue habitual y notoria ante sus familiares, amigos y entorno social. Agrega que, en esas circunstancias el demandado consigue trabajo el Banco de la Nación en la ciudad de Lima, quedándose la actora en esta ciudad debido a que estaba en estado de gestación, sin embargo el demandado venía todos los fines de semana en forma puntual, pero a los cuatro meses de gestación perdió a su hijo, continuando con su vida de pareja en convivencia, luego el treinta de Junio del año mil novecientos setentinueve nació su segunda hija de nombre Roxana Marián Cortijo Pérez, pidiéndole el demandado que formalizaran su convivencia, llegando a contraer matrimonio civil el mismo día que cumplió su primer año su citada hija, luego se fueron a vivir a Lima y a raíz que el demandado gana una beca al extranjero y al haberse enfermado su hija deciden que ella regrese a esta ciudad a la casa de sus padres, luego que regresó del extranjero el demandado continuó laborando en Lima, pero cuando la actora le manifestó su deseo de viajar a Lima, el demandado siempre le ponía pretexto para no hacerlo. Refiere que por el año mil novecientos ochenticinco aproximadamente, cuando ya estaban casados, tomó conocimiento que el demandado tenía otra pareja sentimental con quien había procreado dos hijas, motivo por la que decide irse con su hija a la casa de su hermano a la ciudad de Huaraz; sin embargo él se enteró de su paradero y le remitía dinero para su hijo, pues por el sentimiento de traición que generó en ella nunca le pidió nada, no perdiendo contacto nunca con ambas, especialmente con su hija, tan es así que incluso vino a verla a la fiesta de sus quince años. Argumenta asimismo que el demandado siempre ha negado la existencia de un bien susceptible de partición por la sociedad conyugal, pero

Silvia Obeso Lazaro
 Silvia Obeso Lazaro
 Jueza Titular
 Tercer Juzgado Especializado de Familia
 Distrito Judicial de Trujillo
 La Libertad

Yvonne Lucar Vargas
 Yvonne Lucar Vargas
 Jueza Titular
 Tercer Juzgado Especializado de Familia
 Distrito Judicial de Trujillo
 La Libertad

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA
 DE LA LIBERTAD

YVONNE DEL PILAR LUCAR VARGAS
 JUEZA TITULAR
 TERCER JUZGADO ESPECIALIZADO DE FAMILIA
 DISTRITO JUDICIAL DE TRUJILLO
 LA LIBERTAD

ella ha llegado a acreditar la existencia de un inmueble adquirido durante la vigencia de la unión matrimonial, contraponiéndose a ello, el emplazado aduce que dicho bien lo adquirió cuando aún era soltero allá por el año de mil novecientos setentinueve; si esto es así, alega la Actora, el referido inmueble constituye parte de la sociedad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales; pues alega que ha vivido en convivencia desde el año mil novecientos setentitrés. Fundamenta su pretensión en los demás hechos y dispositivos legales que invoca.

Admitida la demanda en Proceso de Conocimiento, por resolución número uno de fojas treinta y cuatro, se corre traslado al demandado, quien por escrito de fojas ciento cuarenta y ocho a ciento setenta y seis contestó la demanda, manifestando que es falso que haya convivido con la actora ya que siempre ha trabajado y estudiado en la ciudad de Lima, y es hasta el año mil novecientos setentiocho que conoce a la actora, manifestando que en ese año visitó Trujillo en tres ocasiones manteniendo con la demandante una relación sentimental pasajera y furtiva. Sostiene luego, que es en el año mil novecientos setentinueve que toma conocimiento que la actora estaba embarazada, siendo verdad que contrajo matrimonio civil en el año mil novecientos ochenta, pero lo hizo para enmendar su error y brindar protección a su hija. Por resolución número tres, que corre a fojas ciento setenta y siete, se tiene por contestada la demanda, luego se sana el proceso y se señala fecha para audiencia conciliatoria, la misma que se lleva a cabo conforme se aprecia del acta de fojas doscientos ocho a doscientos nueve, en la que se frustra la conciliación, se fija el único punto controvertido y se admiten los medios probatorios de las partes, llevándose a cabo la audiencia de pruebas conforme es de verse del acta de fojas doscientos dieciséis a doscientos veinte, luego mediante escrito de fojas doscientos veintidós la actora presenta alegatos que se mandan agregar a los autos, de fojas doscientos setentiocho a cuatrocientos quince aparecen las copias certificadas de los actuados en el proceso de divorcio que siguen ambas partes ante el Segundo Juzgado de Familia de esta ciudad que se mandan agregar a los autos mediante resolución número dieciséis, en la misma que se dispone que pasen los autos a Despacho para emitir sentencia, por lo que siendo su estado se pasa a expedir la que corresponde:

CONSIDERANDOS:

PRIMERO.- Que, la Unión de Hecho es un estado aparente de unión matrimonial, donde dos personas de distinto sexo constituyen un grupo familiar junto con sus hijos, sin ostentar el título de esposos, cuya unión está basada en la estabilidad, permanencia, publicidad y además quienes la celebran deben estar libres de impedimentos para contraer matrimonio, que trae como consecuencia efectos personales y patrimoniales;

SEGUNDO.- Que, la demandante mediante la presente acción pretende que judicialmente se declare la Unión de Hecho, libremente mantenida con don Olmedo Filiberto Cortijo Narváez desde el año mil novecientos setentitrés hasta el veintiocho de Junio de mil novecientos ochenta, bajo cuyo corolario se ha fijado el único punto controvertido en la audiencia conciliatoria;

TERCERO.- Que, la tesis de la apariencia al estado matrimonial no ampara directamente las uniones de hecho, sino la eleva a la categoría matrimonial cuando asume similares condiciones superiores que son la estabilidad y singularidad (PLACIDO V., Alex: "Manual de Derecho de Familia" edit. Gaceta Jurídica, 2º ed, año 2002, p.249), en este sentido para que esta acción prospere debe sujetarse a los requisitos que se encuentran establecidos en el artículo 326º del Código Civil, según el cual *la unión de hecho voluntariamente realizada y mantenida por un hombre y una mujer, libres de impedimento matrimonial, y que busque alcanzar fines y cumplir*

[Handwritten signature]
Corte Superior de Justicia de la Libertad
Yvonne del Pilar Lucar Vargas
Juez Titular
Tercer Juzgado de Familia



caracteres semejantes a los del matrimonio, que origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, siempre que haya durado cuando menos dos años continuos,

CUARTO.- Que, de la pretensión postulada por la actora se establece con claridad que el eje de la controversia se circunscribe a determinar si la relación concubinar habida entre las partes que comenzó en el año mil novecientos setentitrés hasta el veintiocho Junio de mil novecientos ochenta, debe ser reconocida y declarada judicialmente, teniendo en cuenta que con fecha en la que ambos contrajeron matrimonio civil ante la Municipalidad Distrital de Laredo según el acta de matrimonio que corre a fojas seis, es decir, estamos frente a una situación jurídica que se ha iniciado y aparentemente culminado cuando estaba en vigencia la Constitución Política del Perú de mil novecientos treintitrés y el Código Civil de mil novecientos treintiséis, cuerpos normativos que no regulaban la institución jurídica de la Unión de Hecho;

QUINTO.- Que, sin embargo la Décima Sexta Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979 ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, cuya característica esencial es la autoaplicabilidad, es decir la posibilidad de aplicar sus disposiciones directamente en nuestro derecho interno, pues su fin es siempre preservar la dignidad humana, es decir en su aplicación debe preferirse a favor de individuo que es el destinatario de la protección internacional;

SEXTO.- Que, si bien con la Constitución Política del Estado del año mil novecientos setentinueve, vigente desde el veintiocho de Julio de mil novecientos ochenta con arreglo a su Primera Disposición General y Transitoria, se regula por primera vez la institución jurídica de la Unión de Hecho tal y como fluye en su artículo 9º que establece que: "La unión estable 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", esto es produce determinados efectos, personales y patrimoniales, que son semejantes a los del matrimonio, por otro lado no se puede desconocer una de las premisas que plantea el caso sub litis, esto es que la convivencia nacida antes de la vigencia de esta Constitución no fue motivo de suspensión o interrupción del plazo, puesto que en la fecha que propone como término de la convivencia contrajo matrimonio civil con el demandado, es decir la convivencia no reconocida legalmente se convirtió en matrimonio civil con todos los efectos que nuestra legislación reconoce;

SETIMO - Que, para llegar a dilucidar el derecho reclamado en esta litis que involucra el estado civil de las personas, requiere de probanza que como lo señala el artículo 326º del Código Civil vigente, puede hacerse con cualquier medio probatorio que permita nuestro ley procesal, siempre que exista la concurrencia de un principio de prueba escrita, norma que resulta aplicable en la hipótesis planteada pues el artículo 2121º de este cuerpo normativo que recoge la Teoría de los Hechos Cumplidos establece que la ley desde su entrada en vigencia se aplicarán inclusive a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, toca entonces establecer en esta litis si cabe amparar o no el derecho invocado en tales supuestos; por lo que corresponde el deber de la carga probatoria a quien afirma hechos que configuran su pretensión y a quien los contradice alegando hechos nuevos conforme lo establece el artículo 196º del Código Procesal Civil, para lo cual deberán ser valorados en forma conjunta y razonada todos los medios probatorios aportados por las partes al proceso;

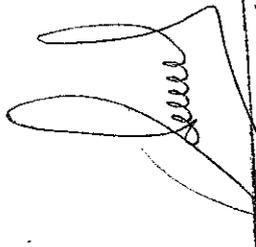
[Handwritten signature]
Elyvia Ojeda
Abogada
Calle 12 de Octubre
No. 1234
Trujillo, Libertad

TRIBUNAL DE JUSTICIA
LIBERTAD
JULIO ALVARO VARGAS
ABOGADO DE LA AMBRO

OCTAVO.- La familia más que una institución fundamental de la sociedad, es una realidad que surge de propia la naturaleza del ser humano, de allí que la finalidad de su regulación jurídica es protegerla y garantizar su estructura, y como tal ya era objeto de protección en el artículo 51º de la Constitución de 1933 y más ampliamente en la Constitución vigente de 1979 que en su artículo 4º deja zanjado que la familia matrimonial no es su única fuente de constitución, pues la familia que se protege es una sola, sin discriminar su origen que puede ser matrimonial o extramatrimonial, en este sentido siendo la pretensión que busca amparo legal está basada en la constitución de una familia extramatrimonial que en la época que se suscitaron los hechos no era reconocida como tal, debemos tener en cuenta que los Tratados y demás instrumentos internacionales han sido ratificados por nuestro país en la Constitución de mil novecientos setentinueve que se detallan en el quinto considerado, y actualmente por mandato del artículo 55º de la Constitución vigente se incorporan a nuestra legislación como fuentes normativas y sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidas en nuestra Carta Magna, y para el efecto la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada y proclamada por la ONU en mil novecientos cuarenta y nueve, fue ratificada por nuestro país el diecinueve de Diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve en su artículo 16º apartado 3 reconoce a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado, por eso no se puede menoscabar derechos emergentes a un grupo familiar cuyo origen no obedece al modelo de protección, ello no significa que las uniones de hecho como tales no hayan existido antes de la vigencia de la Constitución de 1979, sino más bien que con ella recién se les reconoce como familia sujeto a protección, con lo cual se dignifica a la persona humana;

NOVENO.- Que, en este orden de ideas corresponde a la juzgadora atender la finalidad concreta del proceso que es justamente resolver la incertidumbre jurídica generada haciendo efectivo los derechos sustanciales como lo prevé el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil; siendo así la actora debe acreditar la existencia de la convivencia con los requisitos que exige la ley durante el tiempo en que solicita le sea reconocido dicho estado; esto es, desde el año mil novecientos setentitres hasta el veintiocho de Junio de mil novecientos ochenta, no obstante debe destacarse que la fecha de término propuesta por la accionante y que será motivo de valoración probatoria, no es tal, sino hasta el día anterior (*veintisiete de Junio del indicado año*), desde que el mismo es de verse del Acta de matrimonio de fojas seis la actora contrajo matrimonio civil con el demandado don Olmedo Filiberto Cortijo Narváez ante la Municipalidad Distrital de Laredo el día veintiocho de Junio de mil novecientos ochenta, matrimonio que según es de verse de la copias exhibidas del proceso de Divorcio que obra de fojas doscientos ochentisiete a trescientos doce aún en vigencia, ello implica que en la hipótesis que se plantea las partes han transitado del estado convivencial al estado civil de casados sin ninguna interrupción o suspensión;

DECIMO.- Que, de la valoración conjunta de los medios probatorios, es fácil advertir un hecho aceptado por ambas partes respecto a que el demandado ha sido un funcionario destacado que siempre ha trabajado en la ciudad de Lima que lo corrobora la abundante prueba documental que obra de fojas ochentidós a noventicinco, inclusive como sostiene la actora en su demanda (séptimo fundamento de hecho a fojas veintiséis) y confirma el demandado al absolver la demanda (acápites de sus fundamentos de la contestación a fojas ciento sesentiuno) se fue al extranjero gariando una beca, específicamente a Bélgica, donde nació su hija Ruby Marie Louise Cortijo Yance el día de Marzo de mil novecientos ochentitres, según es de verse de la copia de la Ficha de Registro de Peruanos nacidos en el extranjero que aparece a fojas ciento cuarentidós, hecho totalmente aislado


CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA LIBERTAD
WONNE DEL PILAR LUCAR VARGAS
JUEZ TITULAR
TERCER JUZGADO DE FAMILIA

228
cub
Luz Topa



a la materia que se ventila, pues la convivencia que se reclama es de época anterior al acontecimiento; sin embargo este mismo hecho enerva válidamente lo argumentado por el demandado cuando sostiene que la madre de dicha menor doña Lucinda Yance Tueros ha sido conviviente en la década del setenta, pues si bien obran a fojas ochentinueve dos fotografías las que aparece tanto el demandado como la indicada Yance Tueros, no menos verdad es que según la misma sumilla rotulada por el demandado datan del año mil novecientos setentisiete y mil novecientos setentiocho en lugares distintos, sin que en ninguna de ellas haya señalado (menos demostrado) que en aquella época hayan procreado hijos;

DECIMO PRIMERO .- De otro lado dado estando al tipo de actividad laboral que realizaba el demandado en la ciudad de Lima, ello no constituye impedimento para que exista una convivencia pública y estable, que sea conocida por terceros, pues para ello basta que ambos convivientes se obliguen en forma voluntaria a educar y alimentar a su prole, así como a prestarse asistencia, buscando el desarrollo personal y económico del grupo, conformando así una familia a la que nuestro ordenamiento jurídico está obligado a proteger, de allí que la declaración testimonial de doña Noemí Plasencia de Alfaro vertida en la audiencia de pruebas de fojas doscientos diecisiete cobra eficacia dado que con la nota a manuscrito de fecha veinticinco de Setiembre de mil novecientos setentitres de fojas ciento ochentuno, la cual no ha sido objeto de tacha por el demandado, pese a haber ingresado al proceso en calidad de medio probatorio extemporáneo mediante resolución número cuatro, se establece que esta testigo tenía vínculo amical muy cercano con el demandado en esa época, razón por la cual la versión dada acerca de la relación concubinaría desarrollada entre las partes de la manera descrita por la actora cobra validez, más no resulta contundente en cuanto a la época en que esta relación tuvo comienzo, más bien de las copias certificadas del proceso de Divorcio que siguen ambas partes ante el Segundo Juzgado de Familia de esta ciudad que obran de fojas doscientos ochentisiete a trescientos doce, se establece que el demandado siempre cumplió a cabalidad con su obligación alimentaria para con su familia, ordenando a su favor también la versión de la testigo doña María Ofelia Valverde de Rojas al prestar declaración en la referida audiencia, con lo cual se cumple con el requisito de la habitualidad y continuidad de la convivencia;

DECIMO SEGUNDO.- Ahora, toca analizar cuando se produjo el inicio de la convivencia entre las partes, que en atención a lo antes expuesto se ha llegado a establecer que la relación concubinaría iniciada entre las partes no se inició en el año mil novecientos setentitres como alega la actora, al no existir ningún elemento de prueba que nos lleve a esa conclusión, sobretudo porque la actora no ha acreditado que haya estado embarazada en ese año como sostiene en su postulatorio; sin embargo resulta incongruente y contradictoria las versiones del demandado cuando sostiene: uno) que contrajo matrimonio civil con la demandante "...con la finalidad de *"enmendar un error" de haber tenido una hija sin antes casarnos...*", cuando de la misma Acta de matrimonio de fojas seis se desprende que dicho acto jurídico se celebró cuando su hija Roxana Marilin cumplió justamente un año de edad, dos) que como él mismo sostiene en aquella época ya mantenía una relación concubinaría de muchos años con doña Lucinda Yance Tueros a quien describe como el amor de su vida, no resulta lógico entonces que contraiga matrimonio con otra persona, concluyéndose que tales argumentaciones sólo son medios de defensa del demandado, más bien de lo actuado en el proceso se colige que su relación concubinaría con la mencionada doña Yance Tueros empezó cuando el demandado viajó al extranjero, esto es luego de celebrado el matrimonio civil entre las partes, ello porque su primera hija Johanna Cristina Cortijo Yance nació el

Silvia Obeso Lázara
Secretaría del Juzgado de Familia
JUZGADO ESPECIALIZADO DE FAMILIA
TRUJILLO

TE SUPERIOR DE JUSTITIA
DE LA LIBERTAD

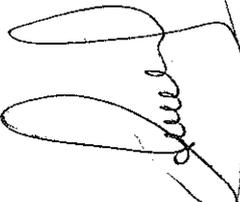
WONNE DEL PILAR LUCAS VARGAS
JUEZ TITULAR DE FAMILIA
TERCER JUZGADO DE FAMILIA

trece de Diciembre de mil novecientos ochentuno, no obstante recién fue inscrita por mandato judicial el diecisiete de Abril de mil novecientos ochentiséis según es de verse de fojas doscientos ochenticinco, (cuando según el propio demandado ya había retornado al país), así también en Bélgica nació su segunda hija Rubie Marie Louise Cortijo Yance en el año mil novecientos ochenta y tres, queda claro entonces que la relación concubinaria del demandado con la demandante empezó en la época de la concepción de su única hija Roxana Marilin Cortijo Pérez, quien según es de verse de su Acta de Nacimiento de fojas siete nació el treinta de Junio de mil novecientos setentinueve en esta ciudad, ello significa que la época probable de su concepción fue en el mes de Agosto de mil novecientos setentiocho, que corresponde al inicio de la convivencia, la cual ha continuado hasta la fecha que contrajo matrimonio civil con el demandado, entendiéndose que su decisión fue para regularizar la convivencia, destacándose sobretodo que no haya mediado ningún lapso de interrupción o suspensión del plazo del paso de un estado al otro, pues cuando contrajeron matrimonio civil su hija cumplía un año de edad;

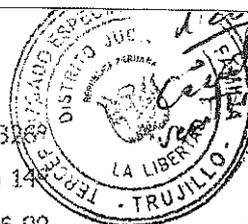
DECIMO TERCERO.- Que, de otro lado si bien el artículo 326º del Código Civil vigente exige el lapso de dos años de la convivencia a efecto de ser reconocida, que para el caso concreto el periodo de convivencia demostrado sólo alcanza a un año diez meses, sin embargo no menos verdad es que tal requisito no estaba previsto en la Constitución de 1979 que reconoció (entendiéndose que no la creó) por primera vez esta institución jurídica como la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, dando lugar a una sociedad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto fuere aplicable, plazo que recién fue regulado luego de cuatro años con la vigencia del Código Civil de mil novecientos ochenticuatro, razón por la cual la Juzgadora apartándose de la citada norma especial considera que debe aplicarse el artículo 9º de la Constitución Política del Perú de 1979, ello porque la convivencia habida entre las partes (entendida como una relación irregular en aquella época) pasó al día siguiente de su término (el veintiseis de Junio de mil novecientos ochenta) a la constitución del estado matrimonial entre las partes, a su vez implica que de no haber contraído matrimonio civil dicha convivencia hubiese sido amparada por la normatividad vigente, no pudiendo dejar sin tutela jurisdiccional el periodo comprendido entre la vigencia de la Constitución de mil novecientos setentinueve y el Código Civil de mil novecientos ochenticuatro, ya que se atentaría contra la proclamada protección que su pureza exige;

DECIMO CUARTO.- Además la exigencia del citado artículo 326º también es con respecto a la ausencia de impedimento matrimonial que deben gozar y acreditar ambas partes, que en el caso sub litis este extremo tiene sustento en el antiguo documento de identidad de la actora que obra a fojas uno donde aparece que ostentaba el estado civil de soltera, así también el demandado tenía similar estado civil como se aprecia en su Acta de matrimonio de fojas seis, hecho evidente que tampoco admite discusión a tenor de lo que dispone el artículo 190º del Código Procesal civil, pues como quedó anotado luego de culminado este periodo convivencial al día siguiente ambas partes contrajeron matrimonio civil, esto es el veintiocho de Junio de mil novecientos ochenta, cumpliendo para ese efecto con todos los requisitos que exige la ley;

DECIMO QUINTO.- Que, de lo anteriormente expuesto se concluye que le asiste el derecho reconocido a la actora por el periodo que se ha determinado en esta litis, ello en aplicación del control difuso que regula el artículo 138º de nuestra Constitución Política vigente que señala que cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA LIBERTAD
WYONNE DEL PILAR LUCAR VARELA
JUEZ TITULAR
TERCER JUZGADO DE FAMILIA



preferen la primera, tal como se sucede en el caso concreto que se ha inaplicado el artículo 326 del Código Civil sólo en cuanto al plazo que se exige, por ello conforme lo dispone el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial en caso que los justiciables no impugnari esta resolución, deberá ser elevada en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia;

POR LAS CONSIDERACIONES ANOTADAS, y de conformidad con el artículo 16º apartado 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada y ratificada por el Perú el diecinueve de Diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve, los artículos 9º, 51º de la Constitución Política del Estado de 1979, artículos 5º, 138º, Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado vigente, artículo VI y VIII del Título Preliminar, 3º del Código Procesal Constitucional, artículos 326º, 2030º, 2031º, 2033º del Código Civil vigente, artículos 191º, 408º inciso tercero del Código Procesal Civil, artículo 14º del Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y demás normas ya glosadas y en uso de las facultades conferidas por la Ley Orgánica del Poder Judicial, Administrando Justicia a Nombre de la Nación:

FALLO:

Declarando **FUNDADA** en parte la demanda de fojas veinticuatro a treinta y tres, interpuesta por doña **ROXANA PEREZ JULCA** contra don **OLMEDO FILIBERTO CORTDO NARVAEZ**, sobre **DECLARACION JUDICIAL DE ESTADO DE CONVIVENCIA**, en consecuencia **DECLARASE** el Reconocimiento de la Unión de Hecho habida entre doña **ROXANA PEREZ JULCA** y don **OLMEDO FILIBERTO CORTDO NARVAEZ**, voluntariamente realizada desde el mes de **AGOSTO DE MIL NOVECIENTOS SETENTIOCHO HASTA EL VEINTISIETE DE JUNIO DE MIL NOVECIENTOS OCHENTA**, asimismo **DECLARASE** la existencia de una comunidad de bienes sujeta el régimen de sociedad de gananciales durante dicho período en lo que fuera aplicable, con costas y costos del proceso.- Y de no ser apelada la presente resolución: **ELEVESE EN CONSULTA** a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.- Consentida o ejecutoriada que sea la presente resolución: **CURSESE** los partes respectivos al Registro Personal de los registros Públicos de esta ciudad para la que proceda a la anotación correspondiente.- Se expide en la fecha la presente resolución debido a la excesiva carga procesal que soporta este Juzgado.- **REASUMIENDO** funciones la señora Juez que suscribe al término de su período vacacional.- Notifíquese por cédula.-

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA LIBERTAD**

.....
YVONNE DEL PILAR LUCAR VARGAS
JUEZ TITULAR
TERCER JUZGADO DE FAMILIA

Silvia Obeso Lizaso
Secretaria Tercer Juzgado de Familia
MONTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD