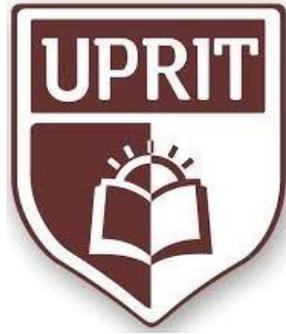


UNIVERSIDAD PRIVADA DE TRUJILLO

FACULTAD DE DERECHO

CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

**“SON DERECHOS QUE SURGEN EN EL CONCUBINATO
PROPIO FRENTE A LOS DERECHOS DE MATRIMONIO
QUE TIENEN INCIDENCIA LEGIBLE EN
EL DISTRITO DE CARAZ”.**

AUTOR:

MAMANI MURGUIA TULIO CRISOLOGO

ASESOR:

MG. WALTER RAFAEL LLAQUE SANCHEZ

TRUJILLO - PERÚ

2022

PÁGINA DEL JURADO

Presidente

Secretario

Vocal

DEDICATORIA

Dedico con gratitud mi tesis a Dios, la fuente de mi inspiración. Gracias al amor y al apoyo que tuve de mis padres a lo largo de mi vida, soy la persona que soy hoy.

AGRADECIMIENTO

Gracias a todos mis profesores, compañeros de clase y familiares por su apoyo incondicional. Sinceramente, les agradezco a todos y cada uno de ustedes.

A mi familia, núcleo en el cual forje los valores que me hicieron llegar a ser una estudiante universitaria.

RESUMEN

La unión de hecho o también denominada matrimonio aparente o concubinato es la unión extramatrimonial de un varón y una mujer, la misma que se puede ser libre de impedimento matrimonial en cuyo caso se denomina concubinato propio ó también puede ser la unión sexual de un varón y una mujer con impedimento matrimonial, en cuyo caso se denomina concubinato impropio.

Deben pasar al menos dos años antes de que la unión de hecho pueda considerarse un matrimonio; es comparable al matrimonio en el sentido de que es una relación entre dos personas que no están casadas, que conviven en un lugar único y que gozan de estabilidad o permanencia y notoriedad durante un mínimo de dos años. Para que se forme una sana unión de hecho, no deben existir barreras legales entre las partes, ya que siempre existe la posibilidad de que decidan celebrar un contrato matrimonial.

La presente investigación jurídica está dirigida a desarrollar el concubinato puro, es decir, la unión duradera de un varón y una mujer libres de impedimento matrimonial, teniendo en cuenta que en nuestro país la unión de hecho constituye un problema social, que se agrava cada vez más debido a la complejidad de la vida moderna y la difícil situación económica por la que atraviesa nuestro país, razón por la cual sólo una política legislativa desprovista de prejuicios y animada de amplio espíritu constructivo podrá resolver en la medida de lo posible el difícil problema que plantea a diario el concubinato propio otorgándoles a los no casados sin impedimento matrimonial los legítimos derechos que les corresponden.

Esa investigación pretende demostrar las razones por las cuales el Estado Peruano debería prestar mayor atención a éste importante segmento de la población que actualmente se encuentra desamparado debido a que solamente el art. 326 del Código Civil, así como el artículo 5) de la Constitución Política del Estado se refieren a la unión de hecho o concubinato propio de varón y mujer libres de impedimento matrimonial, pero solamente referido a derechos estrictamente patrimoniales, omitiendo referirse a los deberes y derechos de naturaleza personal que derivan de la unión de hecho entre un hombre y una mujer libres de impedimento matrimonial.

A través de la presente investigación jurídica se busca que los derechos de los convivientes libres de impedimento matrimonial sean homologados o equiparados a los

derechos de los casados, más no así igualados a dicha unión legal, porque para que se produzca tal igualdad quienes se encuentran viviendo en unión de hecho tendrían que casarse.

ABSTRACT

ÍNDICE

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1. REALIDAD PROBLEMÁTICA:

Las uniones de hecho en el Perú han aumentado en cuanto a su constitución como tal, se podrá apreciar en los anexos de la presente investigación, de acuerdo a los datos proporcionales por el Instituto Nacional de Estadística e Informática, según el Censo de Población y Vivienda llevado a cabo en el Perú el año 2007, en nuestro distrito de Caraz existen más de 1 millón de personas que viven en unión de hecho, por el contrario el matrimonio (civil ó religioso) ha decaído notablemente, en ese sentido, se hace de urgente necesidad regular jurídicamente el creciente fenómeno social, a fin de garantizar los derechos de los convivientes.

Debido a que sólo se menciona en el artículo 5 de la Constitución del Estado y sólo en el artículo 326 del Código Civil, que confiere consecuencias patrimoniales, la unión de hecho aún no tiene un marco jurídico completo y sistemático; sin mencionar las obligaciones y privilegios personales que surgen de la unión de hecho entre un hombre y una mujer que no están casados.

Al igual que en una familia típica, la unión de hecho se compone de una secuencia de vínculos, comenzando por los más naturales como el amor a los hijos, las relaciones de pareja, y así sucesivamente, de acuerdo a su impacto en la sociedad en general, la unión de hecho tiene deberes que la ley no puede ignorar, incluso aquellos que tienen que ver con terceros que no son parte de ese vínculo. Por ello, como familia, la unión de hecho también se proyecta en la sociedad en general, por lo que es necesaria una regulación adecuada que defina los impactos personales y patrimoniales de la institución, en particular los que tienen las características de un estado civil, uno de los cuales es la *affectio familiaris*, que la equipara a un matrimonio.

2. PROBLEMA

¿Es posible que los derechos de los concubinos libres de impedimento matrimonial sean homologados a los derechos de los casados por nuestra Legislación Nacional?.

3. **HIPÓTESIS**

Si sería posible homologar los derechos de los concubinos libres de impedimento matrimonial a los derechos de los casados, para que la familia formada por quienes viven en unión de hecho tenga similares derechos a los casados.

4. **OBJETIVOS**

4.1 Objetivos Generales

La presente investigación tiene como objetivo general lograr que se homologue o equipare en cuanto se refiere a derechos la unión de hecho al matrimonio, para así conseguir que los peruanos que viven en unión de hecho adquieran derechos que actualmente no los tienen y terminar así con la discriminación que actualmente existe entre los casados y los convivientes.

4.2 Objetivos Específicos

- a) Que los convivientes tengan derechos hereditarios igual que los casados.
- b) Que los convivientes tengan derechos a adoptar niños menores de edad igual que los casados.
- c) Que los convivientes tengan derechos a alimentos en las mismas condiciones que los casados.
- d) Que la familia formada por quienes viven en unión de hecho tenga similares derechos a los casados.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

1. LA UNIÓN DE HECHO

1.1 DENOMINACIÓN

La Constitución Política del Estado de 1979 que fue la primera en incorporar la institución del concubinato en nuestro ordenamiento jurídico, definió a la relación sexual extramatrimonial permanente entre un varón y una mujer libre de impedimento matrimonial como “unión estable” y nuestra actual Constitución vigente desde 1993 denomina a dicha relación “unión de hecho” en su artículo 5, asimismo el artículo 326 del Código Civil también le denomina “unión de hecho”.

1.2 CONCEPTO

Es posible definir el concubinato como la cohabitación habitual en el sentido más estricto de la cohabitación continua y permanente llevada a cabo de manera manifiesta con la nota de honestidad o lealtad de la mujer y sin obstáculo para el matrimonio, esto sugiere que no sólo la conexión sexual ocasional y el comercio carnal sin restricciones, sino también la cohabitación en violación de una restricción legal insuperable sobre las barreras para el matrimonio se excluye de la idea precisa de concubinato.

El uso frecuente y la praxis consuetudinaria ha hecho que éste tipo de relaciones de coexistencia de la vida del ser humano se denomine concubinato, nuestro legislador al abordar este tema considera mucho más conveniente anteponer la expresión unión de hecho, en esta virtud de lege data podemos precisar que la glosada institución se implementa y desarrolla cuando un varón y una mujer viven como marido y mujer sin estar civilmente enlazados. Luego las personas que sobrellevan esta forma de vida son reputados concubinos, concubinarios y/o convivientes.

Se define el concubinato como la unión permanente de un hombre y una mujer que, sin estar legalmente casados, viven juntos como marido y mujer en un hogar

conyugal, aunque no estén en unión marital, mantienen el mismo nivel de intimidad y cercanía que una pareja casada en su vida diaria.

2. RESEÑA HISTÓRICA DE LA UNIÓN DE HECHO

2.1 CON ANTERIORIDAD AL DERECHO ROMANO

Ya en el año 2000 a.C., el Código de Hammurabi menciona que "si uno ha repudiado a una concubina que le ha dado hijos, a esta mujer se le debe conceder la dote y parte de la zona de cultivo, así como los bienes muebles, y ella deberá criar a sus hijos", lo que demuestra que el deber asignado a una mujer que había dado a luz sin estar casada era importante.

Un fenómeno social que ha existido durante milenios y que es universalmente aceptado ha podido sobrevivir sin ninguna protección legal debido a sus fundamentos naturales. Esta comunidad es vulnerable a las decisiones arbitrarias de cada miembro. La señora y sus hijos suelen ser los más perjudicados por la disolución del matrimonio y la pérdida de su patrimonio.

2.2 EN EL DERECHO ROMANO

Durante la República romana, el concubinato estaba más aceptado y se regía por el *jus gentium*, que combinaba el rigor del derecho canónico con la flexibilidad del derecho civil. Las limitaciones del *Jus Connubii* y la corrupción de las convenciones, así como la creciente reticencia al matrimonio, propiciaron este tipo de convivencia.

Aunque la práctica del concubinato se consideraba vergonzosa para quienes la realizaban y, en particular, para la mujer que, si era honesta e inocente, perdía el respeto de su familia materna, entre los romanos no era ilegal ni se realizaba al azar. De este modo, la concubina estaba sometida al castigo del adulterio, el parentesco creaba obstáculos, regía el principio monógamo, etc. A pesar de que algunas normas han permitido calificarlo como matrimonio inferior o de segunda clase, ya que no existía relación marital entre las concubinas, no adoptaban los atributos de *VIR* y *UXOR*, no estaban casadas, el padre no tenía control sobre los hijos, la señora no tenía dote, y no entraban en la categoría de *JUSTI LIBERI*, aunque no eran *SPURII* sino *NATURALIS LIBERI*, no se requería el divorcio ni

un acto de repudio, sino la decisión de las partes o incluso de una sola de ellas para disolver la pareja concubinaria.

En el Derecho Romano primitivo el concubinato no tuvo una regulación legal, sino que era regido por las costumbres aunque resultaban ser de un rango inferior al matrimonio. La preferencia por el matrimonio tenía un claro sentido religioso por cuanto el hombre era el sacerdote del culto familiar y la procreación dentro de la familia permitía la continuidad de ese culto.

Es recién en la época del Imperio cuando claramente se puede distinguir el matrimonio del concubinato, ya que si bien en ambos casos se requería el consentimiento de las partes y el comportamiento como marido y mujer, la *affectio maritalis* que debería existir en el primer caso, no se presentaba en el segundo supuesto.

Cuando se mantenía relaciones sexuales estables con esclavas con alcahuetas y actrices, con las meretrices y con las libertas, no se trataba de uniones ilícitas, pero no existía la posibilidad de considerarlas como matrimonio, por lo que quedaban encuadrados dentro del concepto de concubinato. Por aplicación de las leyes Julia y Papía Popea no podía haber matrimonio entre un miembro de la clase senatorial y una mujer como las mancebas con lo que se ampliaba la posibilidad de la existencia de uniones concubinarias.

En la época de los Emperadores ya convertidos al cristianismo mejora la situación de los concubinos, en particular al reconocer a los hijos la condición de naturales, mantenían de la calificación de espacios para los que provenían de madre de conducta inmoral.

Justiniano en el siglo VI, establece claramente las condiciones y los efectos del concubinato. Por una parte estableció la prohibición de mantener un matrimonio y un concubinato en forma simultánea; tampoco la persona soltera podía tener más de una concubina.

Todas, excepto las clases más bajas de mujeres, podían ser tomadas como concubinas, como las actrices, las mujeres manumitidas, las mujeres libres (libertas) y las que habían cometido adulterio. En las provincias, el gobernador enviado por Roma a una dama nativa sólo podía casarse con ella en calidad de tal.

Si una dama honesta o ingenua accedía a ser tomada como concubina, el hombre se arriesgaba a ser considerado casado con su *stuprum* a menos que el acuerdo fuera reconocido por escrito, sin embargo, si la dama consentía y se formaba el concubinato, perdía su posición social y el título de *mater familiae*, que denotaba dignidad y distinción para las mujeres en la sociedad romana.

El concubinato tenía un papel importante en la determinación de la naturaleza de la relación entre padres e hijos. A diferencia de los hijos de *SPURII*, los nacidos de otras relaciones extramatrimoniales no tenían un padre legalmente reconocido, ya que su reconocimiento era inalcanzable, algo que no ocurría con los hijos nacidos de forma natural. El estatus de estos jóvenes también mejoró notablemente bajo el reinado de Justiniano. ¿Qué distingue el concubinato del matrimonio a los ojos de la ley? En ninguno de los dos casos se requerían formalidades para la formación del vínculo, y en ambos existía una notable cohabitación. Sólo el propósito de los cónyuges, a saber, el amor exclusivo del hombre y la única dignidad de la mujer, diferenciaba al concubino de la esposa, y esa intención se denominaba *affectio maritalis*. Es obvio, por tanto, que la voluntad de celebrar un contrato matrimonial ha sido un componente importante del mismo a lo largo de la historia.

2.3 EN LA EDAD MEDIA

Debido al dominio de la Iglesia católica en la doctrina matrimonial medieval, el concubinato pasó a ser visto como un nuevo estatus devaluado, aunque las enseñanzas de la Iglesia sobre el tema evolucionaron a lo largo del tiempo.

Desde el momento en que se asume que el único método moralmente permisible para sostener las conexiones sexuales en el matrimonio es a través de la figura del concubinato, incluso los hombres y mujeres solteros son puestos en una condición de pecado perpetuo y esta actividad se repite. Aunque el derecho romano de la época lo permitía, San Agustín, que murió en el 430, se opuso a la práctica del concubinato para los hombres solteros.

El Concilio de Toledo, en el año 400, elaboró una teología que excomulgaba a los varones casados que tuvieran concubinas, pero permitía a un cristiano soltero tener una esposa. Mientras se mencionó este canon en Roma en 1069, esta interpretación siguió vigente.

Lo que parecía aprobado en los textos antiguos sobre el concubinato era, según el canonista Graciano, un verdadero matrimonio sin ceremonia pública, y por ello debían prohibirse todos los concubinatos.

El gran jurista Azo fallecido en 1230 en su comentario sobre los pasajes del Digesto definió a la concubina única de un hombre soltero como “legítima concubina” lo que significaba que en teoría nadie podía prohibir su matrimonio a partir de dicho comentario mereció una especial ponderación la posibilidad de que los concubinos contrajeran matrimonio.

Posteriormente Esto condujo a una crisis de la autoridad papal, que a su vez condujo a la Reforma Protestante más tarde en la búsqueda del control temporal por parte del papado.

Las doctrinas de la Iglesia tuvieron que ser reforzadas después de esta ruptura, y tuvo lugar una reunión del CONCILIO DE TRENTO, en la que se elevó la institución del matrimonio a la categoría de Sacramento y se puso fin a la persecución del concubinato.

"Graves penas contra el concubinato" es el título del capítulo VIII de la doctrina sobre el matrimonio, que se aprobó en la XXIV sesión del 11 de noviembre de 1563.

Las concubinas podían ser excomulgadas y las damas exiliadas si no se separaban al tercer aviso por esta dureza en la valoración de su conducta. Mientras no fueran excomulgadas, no podían participar en la vida religiosa o social y ni siquiera podían ser enterradas en el cementerio cercano a las iglesias hasta que fueran castigadas por los tribunales del santo oficio, que era la Inquisición.

El concubinato persistió durante toda la Edad Media a pesar de la condena cristiana. Por ello, en España se santificó mediante prácticas seculares e incluso disposiciones legislativas.

2.4 EN LA EDAD MODERNA

El concubinato se ha convertido en una práctica común en la sociedad contemporánea y puede encontrarse en cualquier país. El Código de Napoleón no lo menciona en su texto porque considera que el concubinato es "una conducta abominable que daña las buenas costumbres, por lo que la ley debe prescindir de su presencia". Este efecto lo sintieron muchos códigos de todo el mundo, aunque el poder material de la Iglesia había empezado a decaer a finales del siglo XIV, no sólo porque el movimiento del Renacimiento indicaba una trascendencia en la estructura cultural, sino también porque la reforma empezó a desencadenar alteraciones de todo tipo. Durante el movimiento de contrarreforma, que surgió desde el interior de la iglesia como respuesta y defensa, se realizaron muchos esfuerzos para proteger y aumentar la autoridad de la iglesia.

Incluso antes de que se publicara el Código de MICHAUD en 1604 y de que se adoptaran diversas medidas legislativas para negar a los concubinos el derecho a la herencia, se puede observar el efecto del Derecho Canónico en Francia.

Sin duda, esta postura legislativa ha desempeñado un papel importante en la conformación de la postura abstencionista adoptada por la mayoría de los gobiernos occidentales en este ámbito, pero el Código de Napoleón ignoró por

completo el concubinato y se abstuvo de regular sus efectos ante determinados conflictos de intereses o negocios jurídicos.

2.5 EN LA EDAD CONTEMPORÁNEA

El concubinato es legal hoy en día en la mayoría de los países, incluida Alemania, aunque con importantes límites, según una ley aprobada en 1875. Al rechazarlo, el Código de Wilhelm de 1900 conserva los beneficios de la autonomía, pero sólo para determinadas familias.

En consecuencia, en Francia, a lo largo del siglo XIX, la jurisprudencia se vio obligada a evolucionar lenta e intrincadamente para abordar las cuestiones específicas de la relación de concubinato, a pesar del silencio de la ley.

La principal disputa legislativa sobre la materia se inició con la ley del 16 de noviembre de 1912, que reconoció el infame concubinato como fuente de paternidad natural. En el Senado y en la Asamblea Nacional francesa se produjeron notables debates sobre el significado y el alcance del concubinato de renombre, por ejemplo. Entre 1914 y 1918, diversas legislaciones pretendieron abordar los problemas singulares y acuciantes a los que se enfrentaban las concubinas de las tropas ante las agudas necesidades impuestas por la Primera Guerra Mundial.

Tras la conclusión de la Segunda Guerra Mundial, la legislación sobre este tema fue irregular, pero la labor de la Jurisprudencia siguió siendo muy importante.

El concubinato es un tema oculto en la sociedad peruana ya que se reconoce como una realidad cultural y jurídica que se remonta a la época pre y colonial. Una tradición muy arraigada en el derecho republicano, especialmente en la sierra central y sur, no incluye a las personas que viven en regiones occidentalizadas.

A partir de la década del 70 del 80 y del 90 del siglo pasado las legislaciones Europeas y Americanas han reconocido cada vez mayores efectos al concubinato al mismo tiempo que han flexibilizado la institucionalidad del matrimonio con la introducción de la separación de hecho como causal unilateral de divorcio. La distancia entre matrimonio y concubinato tiende a diluirse bajo una línea de

reflexión que defiende la libertad de elección de la pareja del régimen de sus relaciones familiares.

Por ello, y por la creciente importancia del concubinato en las naciones más industrializadas, donde el avance científico, tecnológico y económico parece ir de la mano de un deterioro moral indicativo de decadencia cultural, el concubinato sigue siendo hoy en día una cuestión social y jurídica importante. Aunque los países más avanzados tienden a tener niveles más bajos de sofisticación cultural, ha habido casos en los que hombres y mujeres de alto nivel han optado por entablar relaciones de hecho para expresar su desaprobación del orden tradicional o el deseo de una "liberación" entendida en uniones de hecho. Como es un asunto más complejo de tratar que los simples casos de concubinato, este fenómeno no es del todo nuevo en la historia de la humanidad. Los codificadores franceses, en cambio, consideran que si los concubinos rechazan intencionadamente la ley y se sitúan a sabiendas fuera de sus promesas, la ley debe despreciarlos recíprocamente. Sin embargo, no son muchas las legislaciones que se ocupan de esta situación.

3. LA UNIÓN DE HECHO EN LA DOCTRINA, LEGISLACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA

3.1 LA UNIÓN DE HECHO EN LA DOCTRINA

El problema de la unión de hecho del hombre y la mujer libres de impedimento matrimonial que no quieren casarse o también denominado por algunos autores concubinato carencial puede obedecer a diversas razones que pueden ser unas veces de carácter religioso al no estar permitido en la religión que profesan el matrimonio o en otros casos por razones de carácter, político al ser partidarios de una ideología en la cual el matrimonio, no es considerado como una institución del ordenamiento jurídico o finalmente se puede deber a razones de carácter económico al no poder solventar quienes viven en unión de hecho los gastos que ocasionan el cumplimiento de las formalidades del matrimonio. Otra de las razones por las cuales las parejas que viven en concubinato persisten en mantenerse en ese estado es debido a que dicha unión fáctica no crea cargas ni obligaciones de carácter legal, justamente por carecer de medios económicos para cumplir con dichas obligaciones, debido a que el Estado los ha marginado y solamente los cataloga como un “hogar de hecho” cuya permanencia por mas de dos años da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto le fuera aplicable (Constitución Política Art. 5) y código civil Art. 326) , lo cual como se verá esta referido a cuestiones netamente de naturaleza patrimonial, mas no así a otros derechos que derivan de la unión de hecho, es decir, a derechos de carácter personal.

La doctrina establece dos clases de concubinato a saber.

- a) **El concubinato propio** o también conocido como concubinato propio, es una relación extramatrimonial de larga duración entre un hombre y una mujer en la que no existe ningún obstáculo para convertir su condición de hecho en un matrimonio de derecho. Las personas solteras, viudas, divorciadas o cuyo matrimonio ha sido declarado legalmente nulo e inválido son ejemplos de concubinato. Los hombres solteros que conviven con mujeres solteras, viudas o divorciadas cuyos matrimonios han sido declarados nulos e inválidos son conocidos como concubinos, al igual que las mujeres solteras que conviven

con hombres solteros de la misma categoría. La cohabitación puede convertirse en un matrimonio formal hasta en 16 formas diferentes sin dificultad¹.

- b) **Concubinato impropio** denominando también concubinato impuro, cuando la unión de concubinato se representa como una conexión extramatrimonial ilegítima debido a una restricción legal. Debido a que uno o ambos concubinos ya están en una unión civil, no pueden contraer una nueva

Se considera que los hombres y mujeres solteros, casados, divorciados o separados legalmente que conviven en una situación de concubinato impropia, así como las mujeres casadas que conviven con un hombre soltero o divorciado. Combinando estas opciones se puede generar un total de 36 resultados posibles².

- **Desde el punto de vista constitucional** las uniones de hecho están referenciadas en el artículo 5 de nuestra Carta Magna, que establece: La unión estable de un hombre y una mujer, libres de impedimentos matrimoniales, que establecen un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes según la regla de la comunidad de bienes en la medida en que sea aplicable.³
- **El Tribunal constitucional** en reiterada jurisprudencia ha dicho, aunque no es necesario que exista un matrimonio civil para que las uniones de hecho estén sujetas al régimen de bienes gananciales, el Tribunal Constitucional ha declarado en decisiones anteriores "Debe establecerse claramente que el régimen de la comunidad de bienes se aplica a las uniones de hecho con independencia de que exista un matrimonio civil". La unión de hecho de un hombre y una mujer crea una comunidad de

¹ PERALTA ANDIA Javier Rolando. Derecho de familia en el código Civil, Editorial IDEMSA 2da. Edición – Lima-Perú. Pág. 98-99

² Ob. Cit. Pág. 99

³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, Editorial Berrio, Primera Edición – Lima-Perú 2005 Pág. 10

bienes sujeta al régimen de la comunidad de bienes, así lo dice la Constitución. (Exp. N° 498-1999-A-A.14/04/00 P.F.J.2)⁴.

- **La Constitucionalización del Régimen Patrimonial de uniones de hecho** les otorga a estos un plus de proyecciones frente a posibles modificaciones de la normativa civil que desarrolla el tema. Al asimilar el régimen patrimonial de las uniones de hecho y del matrimonio el Tribunal Constitucional no hace sino asegurar cualquier modificación legal al régimen de uniones de hecho en aplicación del Art. 206 de la Constitución⁵.
- **JAVIER ROLANDO PERALTA ANDIA** señala que el artículo 326 del Código Civil declara que la unión de hecho realizada y mantenida voluntariamente por dos personas que no están casadas y que colaboran en la consecución de fines y en el cumplimiento de deberes análogos a los de un matrimonio, constituye una sociedad patrimonial sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en la medida en que sea aplicable a dicha relación.⁶.
- Asimismo, la fuente referenciada coincide en que el artículo 402 párrafo 3 ordena que hay concubinato cuando un hombre y una mujer, sin estar casados, conviven como tales, añadiendo que el primero (concubinato adecuado) se adjudica las consecuencias jurídicas de una sociedad de bienes y el segundo (enriquecimiento injusto) es una acción.⁷.
- **MAX ARIAS SCHREIBER PEZET**⁸, al referirse al concubinato dice lo siguiente: "Si bien el matrimonio es la norma general, como excepción nuestro sistema constitucional y civil permite las relaciones de hecho más conocidas como concubinato" El artículo 5) de la Constitución peruana de 1993 establece que el hogar de hecho formado por un hombre y una

⁴ LA CONSTITUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Editorial Gaceta jurídica S.A. Primera Edición –Lima-Perú 2006. Pág. 221.

⁵ Ob. Cit. Pág. 221

⁶ Ob. Cit Pág. 93

⁷ Ob. Cit. Pág. 93

⁸ ARIAS SCHREIBER PEZET MAX. Derecho Familiar Editorial Gaceta Jurídica S.R.L. Tomo VII Pág. 71-72 Lima – Perú. 1997 370 pág.

mujer que mantienen una unión estable libre de obstáculos matrimoniales da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, en su caso. Además, el Código Civil estipula en su artículo 326 que la unión debe haber durado un periodo mínimo de dos años.

- **ANIBAL TORRES VASQUEZ⁹** en lo que respecta al concubinato dice: “La convivencia está regulada en el artículo 5 de la Constitución peruana, mientras que el Código Civil trata la convivencia adecuada e inadecuada en los artículos 326 y 402, párrafo 3). En nuestras leyes se enumeran las siguientes cualidades de la unión de hecho: a) unión marital en forma de unión de hecho, b) permanencia y estabilidad, c) individualidad y exposición pública, d) No existen barreras legales para concertar un contrato matrimonial. Nuestra ley acepta el reparto de bienes cuando se trata del patrimonio de los concubinos.”
- **LUIS DONGO DENEGRI¹⁰**, define el concubinato como: “La relación de hecho entre un hombre y una mujer que ambos contraen y mantienen libremente, sin restricciones matrimoniales, para alcanzar los mismos objetivos y realizar las mismas tareas que un matrimonio. Cuando una pareja lleva al menos dos años junta, forma una sociedad de bienes que está sujeta a las normas de la comunidad de bienes.”
- **ALEX PLACIDO VILCACHAGUA¹¹** al referirse a la unión de hecho dice lo siguiente: “Un planteamiento más adecuado es elevar la relación de hecho al ámbito del matrimonio cuando se dan ciertas circunstancias externas, es decir, cuando parece que está casada por su estabilidad y singularidad. Aunque las relaciones de hecho no se fomentan ni se aprueban de ninguna manera, el hecho de que existan no se nos oculta de ninguna manera.”

⁹ TORRES VASQUEZ ANIBAL, Código Civil. Quinta Edición. Editorial IDEMSA. Lima – Perú y Editorial TEMIS Bogotá – Colombia 2000 – Pág. 280-281 de 850 Pág.

¹⁰ DONGO DENEGRI LUIS. Diccionario Jurídico Agrario. MARSOL-PERÚ. Editores Pág. 76. Lima – Perú 1990, 318 Pág.

¹¹ PLACIDO VILCACHAGUA ALEX. En diez años del Código Civil Peruano. Tomo I. Universidad de Lima WG. Editorial E.I.R.L. Primera Edición Pág. 337 – Lima – Perú 443 Pág.

- **RAÚL CHANAME, ORBE**¹² al referirse al concubinato dice lo siguiente: *“Se llama así al régimen de vida de quienes no estando casados hacen vida de tales. En la doctrina se señala un sentido amplio para los efectos de la paternidad y un sentido restringido para los efectos patrimoniales. La relación entre un hombre y una mujer que sin tener impedimento matrimonial y sin estar casados se unen y hacen vida en común por lo menos dos años se llama concubinato”*.

- **ENRIQUE CHIRINOS SOTO**¹³ Al comentar la Constitución se refiere al concubinato de la siguiente manera: *“Es el concubinato figura frecuentísima entre nosotros. El concubinato es matrimonio en todo menos en el nombre, le falta la solemnidad de la ceremonia, le falta asimismo la expresa declaratoria de voluntad de los contrayentes con el artículo bajo comentario no se legaliza el concubinato, pero en cuanto al patrimonio del concubino o concubina se le sujeta al régimen de la sociedad de gananciales. En esta los bienes adquiridos durante el matrimonio pertenecen por igual a ambos cónyuges, salvo pacto en contrario. Del mismo modo los bienes adquiridos durante el concubinato pertenecen por igual a ambos concubinos”*.

- **RAMÍREZ VELA WILDER**, en su obra la Constitución comentada define al concubinato diciendo: *“En otras palabras este artículo (se refiere al Art. 5 de la Constitución) digamos que formaliza el concubinato entre un hombre y una mujer libres de impedimento matrimonial amparando de esta manera a miles de familias peruanas que precisamente viven en estado de convivencia, de tal forma que los bienes adquiridos durante el concubinato pertenecen por igual a ambos concubinos, por contribuir con el esfuerzo de la vida en común a crear ese patrimonio”*¹⁴.

¹² CHANAME ORBE Raúl. Diccionario Jurídico Moderno. Gráfica Horizonte Pág. 222-230 de 1056. Lima – Perú.

¹³ CHIRINOS SOTO ENRIQUE. Constitución de 1993. Lectura y Comentario, Derechos de Edición y Artes Gráficas reservados a NERMAN S.A., Pág. 42 de 530. Lima – Perú.

¹⁴ RAMÍREZ VELA WILDER. La Constitución comentada. Editorial Gráfica. Bernilla Pág. 45 de 200. Lima – Perú 2009.

- **OTAROLA PEÑARANDA ALBERTO** al referirse al concubinato dice: “El matrimonio civil no es la base de muchos hogares peruanos. Son tipos de convivencia aprobados por la sociedad. Independientemente de que una pareja se case de acuerdo con sus creencias religiosas o en una ceremonia civil, su unión sigue siendo social. Normalmente, la mujer queda indefensa y al cuidado de los hijos tras el divorcio, mientras que el varón se queda con las riquezas amasadas a lo largo del matrimonio¹⁵.”

3.2 LA UNIÓN DE HECHO EN LA LEGISLACIÓN

3.2.1 POSICIONES LEGISLATIVAS ACERCA DE LA UNIÓN DE HECHO.

a) Posición abstencionista

En esta situación se encuentran las leyes de dispensa o abstención, que no regulan la unión de hecho.

Por ejemplo el concubinato no estaba regulado por el Código francés, que se apoyaba en la declaración de Napoleón ante el Consejo de Estado: "Los concubinos prescinden de la ley; la ley prescinde de ellos".¹⁶

En lugar de basarse únicamente en la realidad de que los miembros de una unión de hecho son libres de comportarse como consideren oportuno, esta postura se apoya en una base intelectual. También se puede argumentar que el matrimonio es una forma adecuada de estructura social que está protegida por la ley y que se considera moral y socialmente aceptable. El matrimonio de hecho se considera una amenaza para el matrimonio porque pone en igualdad de condiciones los comportamientos que deberían ser valorados con los que no deberían serlo. Las parejas en un matrimonio han acordado asumir los deberes morales y legales de su unión, pero en una unión de hecho, han optado por no asumir las responsabilidades que exige la ley. Aunque reconocer que una unión de hecho tiene ramificaciones

¹⁵ OTAROLA PEÑARANDA ALBERTO. La Constitución de 1993. Editorial Librería Jurídica El Renacer EIRL Primera Edición Pág. 60 de 351. Lima-Perú 2009.

¹⁶ ZANNONI EDUARDO, Derecho Civil. Derecho de familia, t. 2, p.268.

legales sería moralmente aceptable en perjuicio del orden social, de la institución familiar y de nuestra fe cristiana.

Además, esta postura no implica un desconocimiento de la realidad, ya que no ignora la existencia de personas que conviven en un aparente matrimonio sin estar casadas, sino que rechaza la posibilidad de que dichas uniones tengan una regulación, aunque sea parcial, de sus efectos para no estimular este tipo de comportamientos y evitar una posible asimilación a las uniones matrimoniales. Es importante hacer esta distinción.

A primera vista, parece que no habría ninguna diferencia entre el concubinato y el matrimonio, ya que sólo es necesario el consentimiento válido para que nazca el matrimonio; por lo tanto, la forma de la unión es sólo un criterio secundario en el derecho natural. Sin embargo, en el primer caso se establece un matrimonio, mientras que en el segundo se establece una relación sin más compromiso. No importa lo largo, duradero o estable que sea el concubinato; sigue siendo lo que los juristas romanos consideraban como *res facti*. Dicho de otro modo: Una estipulación de la ley que se mantenía durante toda la duración del matrimonio *sine manu* - lo que deseaban las personas que lo realizaban-.

En opinión de BORDA resulta necesario, imperioso y urgente evitar que se expidan normas que coloquen en pie de igualdad al matrimonio con las simples uniones de hecho o concubinato, y de esa manera mantener una institución matrimonial vigorizada, valorizada, jerarquizada y por sobre todo querida¹⁷. Por estas razones se entiende que la unión de hecho no alcanza la respetabilidad que corresponde asignarle al matrimonio, ya que la valoración social es diferente debido a que sus integrantes no se comprometen a nada, todo es aleatorio y depende de un simple cambio de voluntad para poner fin a la unión sin tener que recurrir a un trámite judicial

¹⁷ BORDA GUILLERMO, ¿Cómo revalorizar el matrimonio?, LL, 1987-D-1099.

Podemos concluir diciendo que para la posición abstencionista el concubinato tiene las siguientes desventajas:

- Para proteger la moral y las tradiciones decentes, la ley no debería reconocer la existencia del concubinato.
- Del mismo modo que las uniones de hecho y las convivencias están exentas de la ley, también debería estarlo la ley.
- La cohabitación no es punible de ninguna manera, ya sea penal o civil. La ley la ignora por completo.

b) Posición sancionador

Para esta posición, la ley no sólo debe ignorar las consecuencias legales de la cohabitación, sino que debe desalentar activamente este tipo de parejas a través de su normativa.

En consecuencia, se sostiene, sancionar las relaciones de concubinato es importante para disuadir a los individuos de permanecer en este estado y contraer matrimonio.

Sin dudarlo, PLANIOL y RIVET insisten en que hay que adoptar medidas presupuestarias sin reticencias; de hecho, gravar más a las familias fraudulentas. Como resultado, las uniones de hecho serán eliminadas de la sociedad como resultado de esta nueva estructura legal.

Los motivos expuestos para explicar la sanción legal de la convivencia son similares a los mencionados en el apartado anterior, pero el objetivo del legislador es fundamentalmente diferente.

Las uniones de hecho no están incluidas en la ley en la visión abstencionista, pero en esta interpretación, se penalizan en un esfuerzo por evitar que se repitan.

La legislación comparada actual tiende a ser de naturaleza antirreglamentaria.

La postura sancionadora de las uniones de hecho, por tanto, tiene como objetivo la prohibición y sanción del concubinato. Los fundamentos de esta postura son los siguientes:

- Es imposible salvaguardar la libertad sin límites que experimentan los cohabitantes, ya que es incompatible con la familia que construyen debido a la fragilidad con la que se separan.
- El concubinato es una práctica socialmente indeseable. Para la mujer, los hijos y cualquier otra persona que pueda ser engañada por la apariencia de un falso hogar. Para la mujer, los hijos y cualquiera que pueda ser engañado por la apariencia de un falso hogar.
- En consecuencia, las uniones de hecho y el concubinato deben ser prohibidos y castigados severamente por la ley en un esfuerzo por erradicarlos por completo..
- Las antiguas leyes albanesas y rumanas que las sancionaban con cárcel y multas han seguido este camino desde Trento (que permitía la separación de una concubina por la fuerza).

c) Posición equiparadora

En el otro extremo del espectro, existe una postura que otorga a la unión de hecho, tras cumplir ciertas condiciones, los mismos derechos y beneficios que el matrimonio.

La justificación de este método es que responde a una necesidad de la sociedad sin tomarse el tiempo de examinar las razones de fondo de tales acciones.

Esta realidad debe ser tenida en cuenta por los legisladores de cualquier cultura en la que las personas decidan libremente comportarse de forma análoga al matrimonio sin estar realmente casadas.

Se necesita protección legal para las personas que actúan, se comportan y son reconocidas en la sociedad como si fueran marido y mujer como

consecuencia de la obligación legal de hacerlo. Es necesario legislar para reaccionar ante este fenómeno social, que ha cobrado importancia dentro de una determinada comunidad y que no puede dejarse al capricho de sus miembros en caso de conflicto.

Para mantener el buen orden social, las personas que se comportan como si hubieran contraído matrimonio deben enfrentarse a repercusiones legales equivalentes a las del matrimonio.

También se dice en estos casos que forzar una respuesta de la ley a las personas que se niegan a comprometerse es apropiado, ya que el Estado tiene la responsabilidad de controlar el comportamiento en la sociedad y encontrar soluciones para las disputas que puedan surgir, de modo que se eviten situaciones de injusticia o de aprovechamiento de una persona a costa del otro cónyuge.

En conclusión los fundamentos de la posición equiparadora son los siguientes:

- Un fenómeno social importante, la cohabitación, no puede crearse independientemente de la ley y la legislación.
- Para proteger a los más vulnerables en una relación de concubinato, como la mujer y sus hijos, debe ir acompañada de garantías.
- La ley, por otra parte, debe regular las consecuencias del concubinato por el peligro que supone para la estabilidad de la unidad familiar no matrimonial.

d) Posición proteccionista

Por otro lado, el tipo de regulación más común es el que se centra en determinados casos, reconociendo ciertos derechos derivados de una unión de hecho en tales circunstancias, pero dejando la cuestión sin regular.

Por un lado, se pueden descubrir leyes que son completamente inorgánicas a la hora de tratar las uniones de hecho, mientras que por otro lado, hay

leyes que tratan las implicaciones de las uniones de hecho de forma sistemática, lo cual es raro en muchos países. Las soluciones jurídicas a las dificultades más comunes que pueden surgir durante la vigencia de la unión de hecho y después de su finalización son consideradas además de forma concreta por las propias partes interesadas a través de acuerdos celebrados entre ellas.

Las razones para adoptar esta posición legislativa se encuentran en que uniones maritales de hecho, aun con posterioridad a la implantación del divorcio vincular en nuestro país, que pone en evidencia un comportamiento difundido ampliamente dentro de la sociedad actual.

Este fenómeno ha llevado a dejar de lado la descalificación social que había merecido el concubinato durante siglos, imponiéndose una consideración similar a la que merece el matrimonio.

Hasta los términos para denominarlo han dejado de tener el tinte peyorativo que mantuvieron durante largo tiempo y, si bien el vocablo concubinato todavía se encuentren algunas normas que tienen cierta antigüedad, en las más modernas se recurre a expresiones que no guardan ninguna connotación disvaliosa.

La libertad de las parejas que deciden no contraer deberes propios del matrimonio no resulta contrariada, según esta posición, por cuanto las imposiciones legales responden a un mínimo de justicia indispensable dentro de una adecuada organización social tal como las normas de orden público, las que imponen cargas públicas o bien las impositivas, que, aunque los interesados no estén de acuerdo con ellas, deben aceptarlas para el buen funcionamiento de la sociedad.

De estas breves argumentaciones surgen con claridad los verdaderos fundamentos de la posición proteccional.

Por una parte, se encuentra el respeto a la libertad individual de decidir la forma en que se desea organizar la propia vida en las relaciones con una persona del otro sexo y, eventualmente, con los hijos que puedan procrear.

La fundación de una familia sobre la base de una relación de hecho constituye así un fenómeno de alcance sumamente difundido, que, sin desmerecer la institución matrimonial, da prioridad a la voluntad de los integrantes de la relación de pareja.

La responsabilidad de la solidaridad entre los miembros de la unión marital de hecho, incluso en el escenario extremo de querer evitar todas las obligaciones legales impuestas a las parejas casadas, requiere la imposición de ciertas consecuencias legales derivadas de las relaciones que mantienen.

Es responsabilidad del legislador de cada país encontrar el equilibrio adecuado entre estos dos valores fundamentales: la libertad y la solidaridad.

Extremando la argumentación se puede llegar a sostener que reconocer efectos jurídicos a la unión marital de hecho es una manera de fomentar el matrimonio y que, por el contrario, si se niegan tales efectos se estaría auspiciando el concubinato. Si aquellas personas que conviven maritalmente conocen que, a pesar de la informalidad de la unión, resultarán responsables de sus consecuencias, estarán más dispuestas a contraer nupcias que si no existiera ninguna responsabilidad derivada de ese comportamiento.

También es posible que la respuesta a muchas cuestiones litigiosas derivadas de la unión marital de hecho surja a través de las decisiones jurisprudenciales, como ocurre en nuestro país.

Por último, este punto de vista favorece la facilidad de controlar los ingredientes del concubinato por las razones que se enumeran a continuación:

- Como fenómeno social que ha existido y seguirá existiendo en todas las épocas y civilizaciones, es necesario reconocer y autorizar las relaciones de concubinato.

- Tanto su existencia como sus repercusiones deben ser reguladas de acuerdo con las leyes vigentes.

La falta de relación conyugal no debe ser una excusa para negar a las mujeres y a sus hijos la igualdad de acceso a los derechos personales y patrimoniales.

3.3 LA UNIÓN DE HECHO EN LA JURISPRUDENCIA

En nuestro país, tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema se han pronunciado y han reconocido algunos derechos a quienes viven en unión de hecho, existiendo una vasta jurisprudencia sobre el particular, así podemos mencionar por ejemplo, la siguiente jurisprudencia:

Probado que la demandante y el demandado conformaron una unión de hecho voluntariamente sostenida por más de dos años continuos, estando libres ambos de impedimento matrimonial, es fundada la demanda de liquidación de sociedad de gananciales de los bienes adquiridos durante su vigencia (**ira. 5. C. de la C. Suprema, Exp. No. ;327-88-Piura**).

Para poder constituir una sociedad patrimonial sujeta al régimen de gananciales, la cohabitación (definida aquí como la unión de un hombre y una mujer que no están casados entre sí, que cohabitan y ejercen derechos y obligaciones equiparables a los de los cónyuges) debe cumplir las condiciones establecidas en el artículo 326°, a saber, mantener una relación durante al menos dos años libre de obstáculos matrimoniales y mantener la posesión continua del estado. El concubinato en su forma general o la cohabitación no produce derechos patrimoniales si no cumple ninguna de las características anteriores. (**J. Suprema, Exp. N° 1061-93-San Martín**).

Después de anunciar su separación, la pareja se reunió durante un año, durante el cual mantuvieron su condición de casados y compraron una propiedad que sería objeto de la división y partición de los bienes comunes. El art. 326 del Código Civil no debe interpretarse literalmente a la luz de esta inusual relación de hecho de los cónyuges, ya que están formalmente separados. Por estas razones continúa la división de los bienes referenciados, cada uno de ellos igual a la mitad del

referido bien por la idea de comunidad de bienes, que es esencial en el caso de personas que no están casadas y por lo tanto no tienen que probar que están libres de impedimento matrimonial para dar lugar a una sociedad de bienes sujeta al régimen de comunidad; este es un caso único. (**Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, CAS. N° 2732-98-LIMA, en NL., t. 285, Febrero 2000**).

EXP. N° 498-99-AA/TC-CAJAMARCA

Lo dice el artículo 5 de la Constitución: "La unión estable entre un hombre y una mujer, libres de impedimentos matrimoniales, que crean un hogar de hecho, da origen a una comunidad de bienes según el régimen de gananciales que corresponda". Según el artículo 326° del Código Civil, "la unión de hecho, celebrada y mantenida por dos personas que no están casadas entre sí, pero que tienen objetivos y obligaciones comunes, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la comunidad de bienes en el país en el que se establece, siempre que dicha unión haya durado al menos dos años continuos [...]". De acuerdo con estas disposiciones, "en consecuencia", según la Constitución, la unión de hecho de un hombre y una mujer constituye una comunidad de bienes; por lo tanto, es necesario establecer que no se requiere un matrimonio civil para que la unión de hecho esté sometida al régimen de comunidad de bienes, sino que las propias uniones de hecho están sometidas a este régimen y no simplemente en virtud del mandato de una ley, sino en virtud del propio mandato constitucional.

Por estas razones, la unión de hecho sólo existe si ha persistido durante al menos dos años de conformidad con las normas del Código Civil. (Párrafo primero del artículo 326°, infine.) Sin embargo, existe un principio de prueba textual en el apartado citado, que establece: "La posesión continuada del estado a una fecha estimada puede establecerse mediante cualquiera de las técnicas autorizadas por la legislación procesal". Según la citada normativa, la prueba de la existencia de una unión de hecho en régimen de gananciales debe presentarse "con cualquiera de las formas autorizadas por la legislación procesal, siempre que exista un principio de prueba documental" para ser reconocida. Esto indica que la unión debe existir desde hace al menos dos años.»»

Unión de hecho. Aplicación constitucional del régimen de sociedad de gananciales.

Según la Constitución, "en consecuencia", la unión de hecho entre un hombre y una mujer se crea como una comunidad de bienes sujeta al régimen de gananciales por mandato de la Constitución. Hay que demostrar que no es necesario el matrimonio legal para que la unión de hecho esté bajo el régimen, sino que las uniones de hecho están bajo el régimen, y no sólo por ley, sino por el propio mandato constitucional. (Exp. N° 0498-1999-AA, 14.04.00, P, F.J. 2)

4. CARACTERES DE LA UNIÓN DE HECHO

4.1 DISTINCIÓN ENTRE LA UNIÓN DE HECHO Y OTRO TIPO DE RELACIONES

La determinación de la existencia de una unión marital de hecho adquiere especial relevancia por las consecuencias jurídicas que de ella pueden derivar.

Por ese motivo, resulta imprescindible hacer un análisis de los elementos caracterizantes de la unión marital de hecho para diferenciarla de otro tipo de relaciones, que podrán o no producir consecuencias jurídicas, pero que apuntan a otras consideraciones ajenas al tema que nos ocupa.

La primera distinción conceptual a realizar es la que se refiere a las diferencias existentes entre la unión de hecho y el matrimonio.

En ambas circunstancias se mantiene una convivencia estable, pública y única entre el hombre y la mujer. Al comparar la unión de hecho con el matrimonio, es importante tener en cuenta que sólo la conducta en la unión de hecho puede utilizarse para crear una unión jurídicamente vinculante; mientras que en el matrimonio la propia ceremonia confiere un título y, por tanto, un lugar físico en este estado.

En la medida en que no se decida la nulidad del matrimonio, las consecuencias vendrán determinadas por la buena o mala fe de quienes lo celebraron, independientemente de que esté viciado o no y pueda ser declarado nulo por resolución judicial.

El estado civil existe objetivamente en una unión matrimonial de hecho, pero no hay una ceremonia formal que conmemore la unión, por lo que es simplemente aparente, como explica Díaz de Guijarro. En otras palabras, el estado civil existe objetivamente en una unión marital de hecho.¹⁸

Esto es lo que añade el autor: "... surge un escenario muy severo ya que el concubinato crece como un matrimonio regular y gana identidad externa con las mencionadas y comunes exteriorizaciones del matrimonio. Aun cuando tal unión no tiene elementos constitutivos del Derecho, es difícil negar su genuina característica objetiva de ser un estado de Derecho, optamos por considerarlo como un estado de Derecho de apariencia".¹⁹

Incluso en el caso de un matrimonio defectuoso, la frontera entre una pareja de hecho y un matrimonio está claramente trazada. Por supuesto, no toda unión de hecho entre un hombre y una mujer puede dar lugar a derechos legales, sino que deben cumplirse ciertas condiciones, que variarán en función de las particularidades de cada relación.

Identificar las acciones exteriores que crean la comunidad de vida de hecho es importante en este sentido porque nos permite distinguirlas de otras conductas que no tienen consecuencias jurídicas, o al menos no tienen la trascendencia que tienen en este caso.

Una cosa es un matrimonio de hecho y otra muy distinta una relación de pareja. Mientras que la primera da la apariencia de matrimonio, la segunda es más bien una conexión emocional con vistas a una posible unión futura, pero no hay indicios de convivencia.

En cuanto a las consecuencias jurídicas, el vínculo en sí mismo no otorga el derecho a exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio, pero es posible que se produzcan daños y perjuicios como consecuencia de su ruptura que deben

¹⁸ DÍAZ DE GUIJARRO, El concubinato como estado aparente de derecho y como base probatoria de la filiación, JA, 1985-1-718.

¹⁹ DÍAZ DE GUIJARRO, El concubinato como estado aparente de derecho y como base probatoria de la filiación, JA, 1985-1-718.

ser subsanados como consecuencia de la redacción revisada del art. 165 y de lo establecido tanto por la teoría como por la jurisprudencia en el caso de este último.

Cuando un hombre y una mujer viven juntos sólo unos días a la semana o más, forman otro tipo de pareja conocida como "convivencia temporal".

Pareja no cohabitante o cama fuera es un término utilizado en el lenguaje común para describir este acuerdo, aunque no es realmente legal, sino que es gráfico para transmitir la amplitud de este vínculo.

En realidad, el hecho de que declaren explícitamente que no conviven como una pareja casada hace evidente que esta conducta no puede compararse con el matrimonio.

Aunque en ciertos círculos se les considera marido y mujer, la realidad de su vida cotidiana es que cada uno tiene su propia casa y sólo pasan tiempo juntos los fines de semana o los días que están juntos.

En este último caso no hay implicaciones legales, ya que no existe una conducta comparable a la que se da en el matrimonio, por lo que no se pueden generar consecuencias legales.

Esta conexión, aunque no sea jurídicamente vinculante, demuestra que el individuo ha creado un vínculo conyugal o de hecho significativo y que el mantenimiento de esta relación viola la obligación de fidelidad necesaria en un matrimonio o una unión de hecho. Sigue siendo otro tipo de vínculo que no es legalmente vinculante.

Las ramificaciones legales de una unión de hecho no se crean aunque la conducta de la pareja parezca asemejarse al matrimonio durante un largo periodo de tiempo.

4.2 REQUISITOS QUE DEBE REUNIR LA UNION MARITAL DE HECHO PARA PRODUCIR EFECTOS JURÍDICOS

De lo expuesto precedentemente surge la ineludible necesidad de determinar, con la mayor precisión posible, cuáles son los requisitos que debe reunir una relación

para que alcance a producir los efectos jurídicos que se le reconocen a la unión marital de hecho.

A pesar de la variedad de presupuestos que puede existir, en general se ha afirmado que para configurar una unión marital de hecho es preciso que entre las personas integrantes de la misma se den las condiciones siguientes:

a) Relación de convivencia entre un hombre y una mujer

Partiendo de la definición que el diccionario brinda a la palabra concubinato surge la existencia de este requisito. En efecto, según esta fuente el concubinato es la convivencia de un hombre y una mujer como si constituyeran matrimonio.

Permite la exclusión de las uniones entre parejas del mismo sexo, que pueden tener repercusiones legales y equipararse a los matrimonios de hecho en un número restringido de casos.

Resulta incuestionable que un hombre y una mujer pueden celebrar un matrimonio legal, y si no lo hacen puede deberse a múltiples razones, pero no a una prohibición legal como la que existe para las personas del mismo sexo.

Por lo tanto, el primer requisito para que pueda ser constituida una unión marital de hecho es que los integrantes de la misma sean un hombre y una mujer.

b) Comunidad de vida, similar a la convivencia matrimonial

Es concebible eliminar de la consideración legal las uniones cuyo objetivo es mantener vínculos sexuales, aunque sean intermitentes o circunstanciales, debido a este criterio.

Un criterio similar puede utilizarse también para descalificar las relaciones entre hombres y mujeres que comparten una residencia, pero cuyo origen se basa en la economía o la hospitalidad, que no permiten inferir un compromiso comunitario comparable al matrimonio.

En consecuencia, para que se considere un matrimonio de hecho, la pareja debe convivir como marido y mujer a la manera de un matrimonio.

Es razonable suponer que este tipo de cohabitación implica la conservación de las interacciones sexuales, características de la unión en cuestión, así como la posibilidad de que los cohabitantes trabajen juntos a nivel emocional y material frente a los inevitables desafíos de la vida.

Quien afirme que la unión entre dos personas no contiene contacto sexual ni apoyo monetario y emocional para su hogar tendrá la carga de demostrar que no existe.

Por último, el objetivo de preservar una comunidad de vida idéntica a la de una pareja casada se demuestra al vivir juntos en un solo hogar.

c) Convivencia mantenida durante un lapso de tiempo fijado por la ley o apreciado judicialmente

Por ello, la relación de hecho debe ser lo suficientemente estable como para asemejarse a la conducta de una pareja casada.

En algunos supuestos, cuando resulta de normas expresas, existen plazos mínimos de convivencia para poder acceder al derecho reconocido, como por ejemplo el caso del Art. 326 del Código Civil que establece el plazo de dos años continuos para tener derecho a una sociedad de bienes que se sujeta a la sociedad de gananciales en cuanto fuera aplicable.

En estos supuestos la falta de continuidad en la convivencia durante el lapso exigido torna improcedente el reclamo del derecho pretendido.

Por el contrario, en otros casos que surgen de la ley, o bien en los derechos reconocidos jurisprudencialmente, tanto para acceder a un derecho como para perderlo, no se determinan plazos mínimos de convivencia, quedando sujeto a la apreciación judicial el comportamiento mantenido durante un tiempo para verificar si debe ser reconocido como una unión marital de hecho.

En este aspecto no hay reglas fijas, y dependerá de las circunstancias de cada caso en particular la determinación de la existencia de la relación de pareja con los alcances pretendidos.

Las normas de cohabitación temporal permiten disolver una pareja de corta duración o que sólo ha existido durante un breve periodo de tiempo para ser descartada.

El ordenamiento jurídico puede conceder o revocar derechos en función de la estabilidad de la convivencia y la apariencia de matrimonio.

d) Unión singular con apariencia moral de fidelidad

Dado que el comportamiento de los miembros de la pareja debe reflejar el de las personas casadas, está claro que sólo puede existir una unión marital de hecho cuando es entre un hombre y una mujer. Un hombre y varias mujeres, o una mujer y varios hombres, no se ajustan a este criterio.

Evidentemente, si se mantuvieran relaciones similares en domicilios separados, sería fácil excluirlas, ya que faltaría la condición de convivencia estable.

Aunque las múltiples relaciones tengan lugar en el mismo hogar, no podrán reclamar los privilegios que conlleva un matrimonio de hecho, ya que no pueden asimilarse a la unión matrimonial en su conjunto. Indiscutiblemente.

Según las mismas normas que se aplican a los matrimonios, las parejas que cohabitan deben abstenerse de mantener relaciones sexuales con cualquier otra persona, incluida su pareja de hecho.

No hay necesidad legal de que los convivientes se mantengan fieles el uno al otro, ya que la relación es de hecho. Sin embargo, si los convivientes actúan como si estuvieran casados, tienen la obligación moral de abstenerse de tener contacto sexual con cualquier otra persona que no sea el conviviente.

Aunque no cumplan plenamente este compromiso, pueden dar la impresión de fidelidad comportándose de forma que se respete el vínculo de lealtad que existe entre los miembros de su unión de hecho, al igual que en un matrimonio.

e) Notoriedad pública

Mientras la unión se mantenga en secreto, se considerará secreta y no se tratará igual que un matrimonio.

Para que se reconozca que un enlace tiene consecuencias legales, debe hacerse público o ser conocido por otras personas.

No se les puede responsabilizar de sus actos si nadie sabe que están actuando como una pareja casada.

Cuando una pareja es conocida, su conducta pública puede hacer creer a los demás que están casados. No es necesario un certificado de matrimonio para demostrar que una pareja está casada.

Muchas veces, un tercero descubre que una pareja tiene una relación de hecho años después de conocerla, y su conducta es bastante similar a la de una pareja casada.

El comportamiento público de la pareja ha hecho posible que se reconozca como fuente de un derecho en el momento en que se reclama, y para ello se pueden utilizar todas las pruebas disponibles.

Es una de las cosas que debes poder demostrar, si lo necesitas, que tú y tu pareja estáis en un matrimonio de hecho y que este matrimonio tiene las consecuencias legales que se derivan del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia..

f) Inexistencia de impedimentos matrimoniales

Cuando una persona intenta ejercer un derecho constitucional, algunas leyes necesitan criterios más estrictos si está casada, mientras que otras requieren normas menos estrictas si está soltera.

Es una manera indirecta de retomar la distinción conceptual entre unión libre y concubinaria, reservando la primera denominación para la relación y una mujer entre los que no existen impedimentos matrimoniales, en tanto que se aplica la segunda cuando o ambos se encuentran afectados por un impedimento matrimonial.

La presencia de obstáculos matrimoniales perdería toda trascendencia jurídica si los convivientes no tuvieran aptitud nupcial en virtud de la mayoría de las normas que reconocen las implicaciones jurídicas de las uniones de hecho.

Según el apartado 3 del artículo 402 del Código Civil, se presume que el cohabitante de la madre en el momento de la concepción es el padre, independientemente de la presencia de obstáculos matrimoniales. Idéntica situación se produce en el caso del artículo 415 del Código Civil que se refiere al hijo extramatrimonial habido de las relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción así como el Art. 417 referente a la acción legal que debe ser dirigida al presunto padre.

Por el contrario, no debe admitirse que una unión de hecho entre personas afectadas por los impedimentos de parentesco genere consecuencias jurídicas.

Cuando la norma no discrimina ni establece requisitos especiales podría darse el caso de que se pretendiera hacer valer la convivencia de hecho incestuosa para obtener el reconocimiento de algún derecho, pero por indudables razones de orden moral no cabe otra alternativa que negar esa pretensión.

Tal sería el caso, por ejemplo, de una hija mayor de edad y capaz que pretendiera reclamar un derecho de pensión ante el fallecimiento del padre con el que había convivido maritalmente.

De estos ejemplos que se encuentran en la legislación comparada surge de manera indudable que uno de los requisitos para que se pueda considerar una unión de hecho generadora de efectos jurídicos es la ausencia de impedimentos matrimoniales, fundamentalmente los referidos al ligamen y al parentesco prohibido.

4.3 ACREDITACIÓN DE LA CONVIVENCIA A UN FALTANDO REQUISITOS

Ahora bien, es posible que se puedan reconocer efectos a una unión marital de hecho aunque falte alguno de estos requisitos.

Como no existe una exigencia legal que predetermine la forma en que se deben comportar los convivientes, ya que, se trata de una relación de hecho, es posible que se tenga por acreditada la existencia de la relación de pareja sin que se encuentren reunidos todos y cada uno de los caracteres mencionados en el apartado anterior. Lo relevante será entonces establecer frente a cada caso concreto si se reúnen los recaudos que marca la ley para generar un derecho determinado.

5. EFECTOS JURÍDICOS DE LA UNIÓN DE HECHO

5.1 DERECHOS RECONOCIDOS A PARTIR DE UNA UNIÓN DE HECHO

A diferencia de lo expuesto en el Capítulo anterior, en el presente se abordarán los casos en que la unión marital de hecho es fuente de un derecho subjetivo. En algunos supuestos este efecto surge de una mención expresa de la ley, en otros queda comprendido dentro de referencias genéricas con un tinte de eufemismo, y también se presentan casos en los que el derecho reconocido ha surgido de una interpretación jurisprudencial extensiva de las normas vigentes.

De este breve comentario surge con claridad que no existe una regulación sistemática de los efectos jurídicos que emergen de las uniones de hecho, lo que ocasiona una importante incertidumbre acerca de las consecuencias que derivan de ese comportamiento.

Sería deseable y conveniente que se dictara una norma tendiente a determinar con precisión los efectos que produce la convivencia *more uxorio* para que existiera una mayor seguridad jurídica sobre todo para evitar las situaciones de injusticia que pueden producirse como consecuencia de la ruptura, en particular sobre cuestiones de elemental solidaridad, como la contribución a la subsistencia o la protección de la vivienda.

a) Matrimonio con propósito de heredar

Cuando se ha celebrado un matrimonio hallándose enfermo uno de los cónyuges, si éste muere de esa enfermedad dentro de los treinta días el sobreviviente no heredará, por así disponerlo el art. 826 del Cód. Civil, sin embargo si hereda el

concubino si es que el matrimonio se ha realizado para regularizar una situación de hecho.

La razón que justifica la exclusión de la vocación hereditaria del cónyuge en esta situación tan particular la explica por cuanto “Se han visto matrimonios por causa de muerte verdaderamente escandalosos con sólo el objeto de heredar inmediatamente al enfermo”.

Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia reaccionaron contra el rigor de la norma, permitiendo demostrar que, por las circunstancias del caso, el matrimonio no se había llevado a cabo con el propósito de heredar sino que existían otras razones que justificaban la celebración de las nupcias en una situación tan extrema.

La situación de hecho más importante, pero no la única, que ha considerado la doctrina es la existencia de una unión marital de hecho que permita desvirtuar la presunción de un casamiento a último momento con la intención de heredar.

Ante el pedido de exclusión que se hiciera, la prueba de la convivencia con apariencia marital queda a cargo del cónyuge supérstite, y, a fin de acreditar ese comportamiento, podrá valerse de cualquier medio probatorio, aunque adquiere especial relevancia la prueba documental que tienda a demostrar el domicilio en común. Por lo tanto, esta unión de hecho anterior permitirá al cónyuge supérstite mantenerla vocación hereditaria en el caso de matrimonio por causa de muerte.

Esta situación no debe en modo alguno, ser confundida con la que se produce a raíz del fallecimiento de uno de los convivientes, porque en ningún caso el sobreviviente tiene vocación hereditaria intestada. En el supuesto que nos ocupa hay matrimonio, y por consiguiente hay vocación hereditaria; lo que se discute es si se perdió tal derecho por el matrimonio por causa de muerte o si se conserva porque éste fue realizado para regularizar una situación de hecho. Pero siempre, en este caso esta en juego la vocación hereditaria conyugal derivada del llamamiento legal imperativo del Código Civil.

Entre convivientes no hay vocación hereditaria recíproca porque no hay vínculo legal alguno. Es importante que quede en claro este concepto porque es una noción

arraigada dentro de nuestra sociedad que luego de una cantidad de años de convivencia existiría derecho a heredarse recíprocamente.

También hay que tener en cuenta que si antes de la celebración de las nupcias por causa de muerte ya vivían en concubinato el casamiento no producirá la revocación del testamento hecho a favor del otro conviviente, por cuanto no podría deducirse un cambio de la voluntad sino, por el contrario, la ratificación de la decisión de que el ahora cónyuge sobreviviente herede; es decir, que se mantendría el doble llamamiento, uno por la ley, al conservar la vocación intestada porque el matrimonio se celebró para regularizar una unión marital de hecho anterior, y la vocación testamentaria porque el testamento anterior no quedaría revocado.

b) Presunción de paternidad

Se considera que si la madre vivía en concubinato con el padre putativo en el momento de la concepción, se infiere la paternidad de éste, mientras no se demuestre lo contrario (Art. 402, Inciso 3 del Cód. Civil).

Se aplican presunciones comparables, pero no iguales, cuando el cónyuge de la madre aparece como persona casada en el certificado de nacimiento del niño. Si se casa, puede inscribir a su hijo y dar la paternidad del niño a su marido sin que éste tenga que ayudar. Los certificados de nacimiento y de matrimonio pueden ser validados por sus certificados de nacimiento y de matrimonio, pero no por su marido.

En cambio, en el caso del concubinato la presunción cobra relevancia solamente cuando hay una acción de reclamación de la paternidad intentada contra el concubino de la madre en la época de la concepción, y será la sentencia la que lo emplazará en el estado de hijo del conviviente cuando la presunción que surge del concubinato no resulte desvirtuada por otra prueba.

Para acreditar el concubinato deberá demostrarse que los integrantes de la pareja han mantenido una vida marital de hecho, con las características de cohabitación, notoriedad, singularidad y permanencia que le exige la doctrina,

Una vinculación que no reúna estos requisitos no permite el nacimiento de la presunción, porque no se presenta el presupuesto de hecho que es la relación concubinaria.

Por lo tanto, aunque la relación afectiva tenga una larga duración y las visitas sean inclusive cotidianas, mientras no exista cohabitación, que es el elemento esencial para caracterizar la unión marital de hecho, no podrá configurarse la presunción de paternidad.

Aunque no se pueda aplicar la presunción de paternidad derivada del concubinato, ello no impide que mediando la prueba de la relación afectiva se pueda dictar una sentencia favorable al reclamo del emplazamiento como hijo del demandado.

Lo relevante del caso es que probado el concubinato durante la época de la concepción, el actor nada más tendría que demostrar ya que el Juez debería hacer lugar a la acción basado en la presunción de paternidad, y será a cargo del demandado aportar los elementos de convicción que la desvirtúen.

El concubinato debe haber existido durante la época de la concepción, o sea, durante los ciento veinte primeros días de los trescientos que precedieron al nacimiento, excluido éste, porque si se mantuvo antes o después de ese lapso carecerá del efecto jurídico que establece la norma.

Por lo tanto, en la acción de reclamación de paternidad extramatrimonial, para que nazca la presunción el actor deberá probar el concubinato y su ubicación temporal en la época de la concepción.

Si el concubinato no se mantuvo durante todo el período en que se tuvo que haber producido la concepción, hay que tomar en cuenta si al término de la convivencia se conocía el embarazo de la mujer; en caso afirmativo, regirá la presunción, pero en el supuesto contrario, si se ignoraba el embarazo al tiempo del cese de la cohabitación, no se presumirá la paternidad por cuanto no se alcanzarla cumplir los requisitos establecidos en el art. 402 inciso 3 del Cód. Civil y el vínculo biológico deberá probarse judicialmente.

Acreditados esos extremos, la presunción sólo puede ser desvirtuada por prueba en contrario, es decir que alude a la prueba en contrario sobre el nexo biológico.

Esto significa que podrá probarse que, a pesar del concubinato en la época de la concepción, no existe vínculo biológico entre el hijo y el concubino de la madre.

Pero además, podrán probarse otras circunstancias que pueden desvirtuar la presunción de paternidad, como, por ejemplo, las relaciones sexuales de la madre con otros hombres, además de con el conviviente, durante la época de la concepción.

La apreciación de la prueba en contrario quedará sujeta al criterio judicial en cada caso, pero deberá ser convincente para desvirtuar la presunción de paternidad que surge del concubinato.

c) Liquidación de sociedad de gananciales. Para dividir los bienes gananciales por la mitad entre los dos convivientes o sus respectivos herederos, se sigue este procedimiento legal. Naturalmente, esto implica operaciones y otras acciones dirigidas a crear los saldos líquidos de la sociedad de gananciales para poder dividir los bienes. Hay varias consideraciones legales y judiciales que intervienen en la elaboración de un inventario preciso de los bienes de una pareja de hecho. La devolución de los bienes propios a cada conviviente y el reparto equitativo de los bienes comunes son algunos ejemplos de estos deberes y responsabilidades.

Para interponer una demanda de este tipo, deben cumplirse las siguientes condiciones:

a.- Se permite la existencia de uniones concubinarias durante el período y las circunstancias prescritas por la ley (unión de hecho realizada y mantenida voluntariamente por un varón y una mujer libres de impedimentos matrimoniales, para alcanzar deberes similares al matrimonio, siempre que dicha unión haya durado 2 años),

b.- Es posible dividir y repartir el patrimonio o los bienes de la concubina.

c.- La muerte, la ausencia, el consentimiento mutuo o la acción unilateral dan lugar a la disolución de la relación concubinaria.

d.- Intervención de la autoridad legal

Es crucial señalar que la prueba de su existencia es fundamental. En la medida en que existe un principio de prueba escrito, la ley establece que la prueba puede establecerse demostrando que la persona en cuestión ha tenido la posesión del estado de forma continuada desde una fecha determinada. El Nomen, el Tractatus y la Fama se unieron originalmente para significar la posición de una persona como jefe de estado. Pero ahora, sólo a través de la formación de un modo de vida compartido podemos alcanzar la paz y la prosperidad. El código procesal civil establece que la declaración de parte, la inspección judicial, la prueba instrumental, la prueba testifical y el dictamen pericial son formas de prueba aceptables con el fin de confirmar los hechos revelados por las partes, proporcionar al juez confianza en los puntos controvertidos y respaldar las decisiones del juez en aquellos casos en los que las pruebas sean controvertidas. La declaración de las partes, los testimonios de los testigos y los documentos, así como la prueba pericial y la inspección judicial, son algunos de los métodos más comunes de obtención de pruebas.

La prueba del concubinato puede demostrarse mediante la presentación de materiales públicos o probados, como las licencias de matrimonio, que demuestran claramente la existencia de una relación.

d) Acción indemnizatoria o alimentaria debe hacerse hincapié que la unión de hecho termina por decisión unilateral o arbitraria de uno de los concubinos. Cuando una de las partes es abandonada, el artículo 326 del Código Civil establece que se puede conceder a la parte abandonada una cantidad de dinero o una pensión alimenticia a criterio del juez, además de los derechos que le corresponden a la parte abandonada en el régimen de bienes gananciales. Las opiniones difieren sobre si la acción de indemnización debe proceder o no. La mayoría de los autores están de acuerdo con Bellsucio cuando dice que no hay obligación natural de indemnizar porque costaría mucho dejar entrar legalmente al *pretium stupri*. La doctrina positiva, en cambio, dice que esta acción está permitida porque no sólo causa un daño moral o personal, sino también económico.

Una demanda de indemnización por daños morales debe cumplir las siguientes condiciones A.-Unión concubinaria ilícita de acuerdo con el tiempo y los criterios prescritos. B.- Que uno de ellos haya tomado la decisión de cesar su convivencia

de forma unilateral o arbitraria. C.- Existencia en el abandono de un daño personal o moral. D.- El acto que causó el daño tiene una relación directa con el acto que lo provocó.

Las opiniones de las personas sobre la actividad alimentaria están igualmente polarizadas. La teoría negativa sostiene que el cónyuge de hecho no soporta el peso del deber legal de pagar la pensión alimenticia al primero ni existe la obligación en su cabeza. La responsabilidad que existe entre los cónyuges en tal sentido no puede extenderse por analogía ya que se deriva únicamente de la legislación matrimonial.

La doctrina positiva es avalada en nuestra nación por los doctores Carlos Montoya Anguerry, Jacla Bigio Chrem y Roger Cáceres Velásquez y otros, quienes han articulado fundamentos adecuados para otorgar alimentos entre personas que llevan años de casados.

e) Declaración judicial de paternidad extramatrimonial. A efectos de establecer la paternidad adúltera, se supone que un hombre y una mujer viven juntos como pareja de hecho si no estaban casados en el momento de la concepción, según el tercer párrafo del Código Civil 402. Cuando se utiliza en este sentido amplio, se refiere tanto a las formas legales como ilegales de concubinato.

La paternidad extramatrimonial no puede ser declarada por un tribunal si la madre tenía un estilo de vida notablemente desordenado en el momento de la concepción, tenía comercio carnal con alguien distinto del padre reclamado o si el demandado no podía tener contacto carnal con la madre por razones obvias.

Así pues, estas son las condiciones: Que la madre y el padre hayan tenido una unión concubinaria legítima o impropia, pero si la madre estaba casada en el momento de la concepción, la acción sólo puede ser aceptada si el marido se opuso con éxito a su paternidad y recibió una sentencia favorable. Que el supuesto padre haya estado viviendo en concubinato en el momento de la concepción y que su

presunto padre concubino se haya negado a aceptarlo fue declarado por el órgano jurisdiccional por el sistema judicial.

f) Indemnización por la ruptura de la convivencia

La unión marital de hecho puede terminar por la muerte de uno de los convivientes o de ambos; también puede terminar por la voluntad coincidente de los dos convivientes; o puede terminar por la voluntad solitaria de uno de los convivientes.

La cuestión que se plantea es qué ocurre en este último supuesto, es decir, cuando uno de los convivientes decide poner fin a la relación porque el otro se niega a reconocerla o desconoce su existencia.

Esto significa que tiene que haber mediado un comportamiento por parte de uno de los cónyuges que implique el incumplimiento de uno de los deberes matrimoniales, configurando el obrar ilícito que da nacimiento a la responsabilidad civil y, además, tiene que haber existido y haber sido probado un daño resultante de tal conducta.

En el caso de la unión marital de hecho no existe un deber legal de convivencia, por lo que el cese de la vida en común no constituye una conducta sancionada por el ordenamiento legal.

Por lo tanto, en caso de ruptura de la convivencia de hecho no es posible establecer resarcimiento alguno, ya que no hay un obrar ilícito por parte del conviviente que abandona al otro y por consiguiente, falta el elemento esencial a partir del cual se puede generar la responsabilidad.

Pero es evidente también, que como consecuencia de la ruptura unilateral de la vida en común puede resultar un daño al otro conviviente como, por ejemplo, la disminución del nivel de vida, la posible pérdida del eventual derecho a la pensión, el daño moral derivado de las circunstancias de hecho que rodearon la interrupción

de la convivencia, y hasta un posible daño psicológico que tendría su resarcimiento en el pago del tratamiento necesario.

El conviviente abandonado ha participado conscientemente de una unión de hecho de la que no derivan deberes similares a los matrimoniales, por lo que no hay incumplimiento de un deber jurídico por parte del abandonante y, además, el otro estaría alegando su propia torpeza debido a que deliberadamente mantuvo una relación que no le generaba protección legal.

Sin embargo, a pesar de no existir un deber específicamente establecido por la ley es posible que del comportamiento de conviviente abandonante resulte para el otro un daño concreto, y como existe para toda persona el deber genérico de no dañar establecido por el art. 326 del Cód. Civil, podría llegarse a establecer la responsabilidad ' en este caso, siempre teniendo en cuenta las normas generales y no las propias de la unión marital de hecho.

Fleitas Ortiz de Rozas agrega como argumentos a favor que, de acuerdo con las circunstancias del caso podría existir un obrar ilícito y la consiguiente reparación del daño causado, estableciendo una analogía con la responsabilidad que puede llegar a existir en caso de ruptura injustificada de la promesa matrimonial, ya que la falta del consentimiento matrimonial no constituye una conducta ilegal, pero podría derivar en un perjuicio resarcible; añade también la posibilidad de invocar el ejercicio abusivo del derecho.

Aclara que no es fácil establecer a priori el límite que separa el ejercicio regular del derecho a interrumpir la relación del acto ilícito, y reitera que, como principio, esa conducta en sí no es causal de responsabilidad resarcitoria, ni de derecho a reclamo para el abandonado, aun cuando se considere perjudicado. Sin embargo, las personas abandonadas pueden tener derecho a una indemnización en casos excepcionales debido a las condiciones de la relación, como la actuación inepta o engañosa o contraria a la buena fe de quienes las abandonan, así como su implicación directa en el daño que hayan causado..²⁰

²⁰ Fleitas Qitiz de Rozas, Responsabilidad por la ruptura del concubinato, en "Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia", n° 20, ps. 41 a 57; Fleitas Ortiz de Rozas

Es claro que si el abandonante realiza un pago al otro, imputable al resarcimiento por el perjuicio derivado de la ruptura, no tendrá derecho a reclamar su repetición, por cuanto, como sostiene Bossert, se trata de una obligación natural que quedará firme.²¹

g) Enriquecimiento sin causa

Dentro de la relación marital de hecho es sumamente frecuente que uno de los convivientes colabore con el otro para que éste obtenga algún beneficio económico. Este tipo de actividades es propio de la comunidad de intereses que surge como consecuencia de la convivencia en aparente matrimonio.

Las parejas de hecho no pueden existir sin la calidad de una contribución al trabajo, y si no se cumplen los términos de un contrato de trabajo, no hay fundamento para una reclamación basada en estas circunstancias legales.

Para dar una justa solución a esos conflictos se recurre al enriquecimiento sin causa.

El enriquecimiento sin causa se produce cuando una persona se empobrece como consecuencia de un determinado comportamiento y otra se enriquece a costa de la primera, sin ninguna justificación legal.

Además de estas circunstancias, para que pueda prosperar la acción por enriquecimiento sin causa es preciso que no exista otra acción que pueda brindar una respuesta legal al reclamo.

El empobrecimiento de uno de los convivientes puede derivar de la falta de retribución de un servicio o tarea realizado, tales como la realización de arreglos o mejoras en el inmueble propiedad del otro conviviente, o el trabajo personal de uno de ellos en la actividad lucrativa del otro sin llegar a constituir aporte para una sociedad de hecho o contrato laboral, por señalar tan sólo algunos ejemplos de los casos más frecuentes, aunque la gama de posibilidades de actuaciones de

- Herrera, Efectos jurídicos de las uniones de hecho: responsabilidad por su ruptura, LL, 1999-C-365.

²¹ Bossert, Régimen jurídico del concubinato, 3a ed., p. 152.

las que pueda resultar un beneficio para el otro miembro de la unión marital de hecho son ilimitadas.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que cuando el servicio es prestado por uno de los convivientes se presume que lo hizo con la intención de beneficiar al otro, conforme surge del art. 1628 del Cód. Civil, aunque tal presunción puede ser desvirtuada.

De esta situación debe haber derivado un beneficio para el otro conviviente y la medida de la responsabilidad de éste será el monto de su beneficio, que no puede ser superior al efectivo empobrecimiento del demandante.

Será pues una cuestión de prueba la demostración de los presupuestos para que sea posible el reclamo del enriquecimiento sin causa contra el conviviente favorecido.

La unión de hecho que no cumple los requisitos del artículo 326 del Código Civil es susceptible de una acción de enriquecimiento injusto, según el último párrafo de este precepto.

Puede parecer que el precepto constitucional que sólo reconoce el concubinato propio entra en conflicto con este párrafo del citado artículo del Código Civil, pero no es así ya que la expoliación de uno de los concubinos es un hecho inevitable.

Las personas que se encuentran en esta situación no pueden ser indemnizadas ni pedir una pensión alimenticia como en un concubinato real. Sin embargo, sí pueden pedir un enriquecimiento injusto, que se recoge en los artículos 326, 1954 y 1955 del Código Civil español. Esto es lo que ocurre si se echa a una de las personas de la relación. Para considerar la posibilidad de emprender acciones legales deben cumplirse los siguientes requisitos: A.-Cuando se asigna una unión adecuada para la liquidación de los bienes concubinarios, existe una unión concubinaría inadecuada. B.-Enriquecimiento del cónyuge demandado, que incluye no sólo una ganancia o crecimiento patrimonial, sino también una reducción de gastos o una conservación del patrimonio. C.-La ruina económica de la pareja de hecho del demandante, que debe interpretarse como la pérdida de los

bienes comunes que han acumulado a lo largo de los años. D.-La relación de causalidad entre el exceso de riqueza y la pobreza.

h) Tenencia y régimen de visitas

El impacto de un matrimonio de hecho sobre la custodia y el régimen de visitas ha cambiado a lo largo del tiempo, pero los principios que rigen el caso no han cambiado fundamentalmente.

A la hora de asignar la custodia de los hijos se tendrán en cuenta las normas especiales del Código Civil relativas a la idoneidad de los padres.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han pensado durante mucho tiempo que la convivencia en la vida real era mala para el desarrollo moral de los menores y el normal desarrollo de su personalidad al introducir un factor de conflicto y perturbación en el orden natural de los afectos. En consecuencia, al progenitor que vivía en concubinato no se le permitía tener la custodia de sus hijos. Sin embargo, el cambio que se ha producido en nuestra cultura en cuanto a la valoración del amancebamiento ha supuesto un cambio importante en la valoración que debe hacerse de dicha conducta para otorgar la custodia de un hijo en caso de divorcio. La custodia de los hijos sólo debe modificarse si la conducta de uno de los progenitores ha tenido una repercusión sustancial en la salud física o moral de los hijos. Sin embargo, el otro progenitor debe estar en condiciones de dar una mayor protección para que se modifique la custodia.

Incluso si uno de ellos está ahora en un matrimonio de hecho, esto no le excluye automáticamente como padre capaz de ejercer la custodia. En este caso, será necesario demostrar que la convivencia perjudica a los hijos y que el progenitor que mantiene esta relación pierde la idoneidad que le permitió obtener la custodia de los mismos.

También es aplicable a los desplazamientos a la casa del progenitor no custodio en una relación de pareja de hecho, ya que anteriormente se consideraba que la interacción del niño con la pareja del padre era extraña, perturbadora y podía poner en peligro significativamente la estabilidad emocional del menor, además de incluir una distorsión de su relación de coparentalidad.

También en este caso, hay que señalar que será esencial demostrar concretamente que el niño ha sufrido un daño como consecuencia de su contacto con la pareja del progenitor que debe realizar las visitas, ya que dicho régimen representa un factor de riesgo para la salud física o espiritual del niño.

La carga de la prueba del perjuicio físico o espiritual de los hijos recae en el progenitor que lo alega, ya que la convivencia de hecho no representa un escenario que produzca un daño a los hijos.

i) Designación del conviviente como curador

Una situación que puede presentarse con cierta frecuencia está dada por la necesidad de designar curador a una persona mayor de edad que ha sido declarada demente, que convive en una unión marital de hecho.

La cuestión no ofrece mayores dificultades cuando el insano no tiene familiares que puedan acceder a la curatela legítima, es decir, cuando no se encuentra casado, no tiene hijos mayores de edad o no tiene padre o madre vivos.

En estos supuestos el juez debe discernir la curatela dativa y será designada la persona más idónea para ejercerla.

Sin embargo, tanto la mayoría de la doctrina como de la jurisprudencia afirman que de la unión marital de hecho no deriva una conducta inmoral que impida la designación del conviviente como curador del insano y que, en todo caso, deberá analizarse en particular el comportamiento moral y la idoneidad de quien pretende ser designado curador. Por lo tanto, es claro que si el conviviente asiste y cuida al enfermo no habrá impedimento legal para que sea nombrado curador del incapaz.

Si bien la ley da prioridad a la curatela legítima frente a la dativa, ello no impide que el conviviente pueda demostrar mejores condiciones de idoneidad para ocuparse de la salud y de la recuperación del incapaz.

Será necesario también en este caso analizar la situación de hecho en que se encuentra el enfermo y verificar cuál es la persona que reúne las condiciones de idoneidad más propicias para él, ya que, en definitiva, el criterio orientador para la designación del curador debe derivar en lo que resulte más beneficioso para el

incapaz, y ello no descarta, apriori, la posibilidad de que sea nombrado el conviviente.

j) Alimentos

Los antiguos convivientes no tienen derecho a pedir una pensión alimenticia a la otra parte tras el divorcio, al igual que no había necesidad legal de hacerlo durante la convivencia.

Los artículos 474 y 326 del Código Civil establecen que si una pareja convive en la misma casa y uno de ellos ha cubierto las necesidades del otro, no puede reclamar el dinero, ya que fue el cumplimiento voluntario de una responsabilidad natural.

Ya no es concebible una donación espontánea que responda a las necesidades del otro, y sin una prestación social impuesta por la ley, no hay, en teoría, ninguna reclamación legal que hacer.

A pesar de que uno de los antiguos convivientes se encuentra en una condición de indigencia que le impide satisfacer sus necesidades mínimas de subsistencia, esta desprotección se perpetúa.

Por lo tanto, en el estado actual de la doctrina y de la interpretación jurisprudencial, sólo sería posible un aporte voluntario del ex conviviente pero no, en principio, una demanda por alimentos.

Sin embargo, para revertir esta situación que puede ser notoriamente injusta para uno de los miembros de la pareja, es posible argumentar que ha existido un acuerdo de voluntades a fin de establecer en forma convencional la obligación alimentaria.

Puede suceder que los convivientes pacten por escrito y en forma expresa la prestación alimentaria recíproca, o de uno de ellos a favor del otro, y tal convenio será perfectamente válido en la medida en que no se encuentre sometido a una condición ilícita, como, por ejemplo, el mantenimiento obligatorio de relaciones sexuales o la imposibilidad de cesar la convivencia.

Este pacto puede incluir el mantenimiento de la prestación alimentaria aun después de la ruptura de la unión de hecho, inclusive prefijando las modalidades de su cumplimiento, cuantía, modificaciones posibles y causas del cese.

Es claro que si hubiera un convenio expreso sobre este aspecto no habría mayores dificultades interpretativas.

Por el contrario, la cuestión se torna más dificultosa cuando se ha tratado de un acuerdo verbal o implícito, ya que será imprescindible acreditar fehacientemente la existencia de tal convenio generador de la obligación alimentaria.

En tal sentido, puede depender de la prueba que se aporte la demostración del acuerdo que sirva de fundamento al reclamo de alimentos a favor de un conviviente.

Puede suceder que sea posible la prueba de ese convenio verbal o implícito y ésta logre a través de la demostración del comportamiento mantenido durante la convivencia del que surgirá la evidencia incontrastable de su existencia, como sucede cuando uno de ellos ha renunciado a su trabajo cuando comenzó la convivencia para dedicarse a las tareas del hogar o bien cuando se ha asumido el cuidado de los hijos desatendiendo actividades productoras de ingresos o, en general, cuando ha existido una clara dependencia económica de uno de ellos respecto del otro.

La cuestión crucial será entonces, verificar si fue intención de las partes ha sido mantener la vigencia de ese convenio oral o implícito luego del cese de la vida en común y ello dependere de la verosimilitud de las pruebas que se aporten.

Esto significa que el solo hecho de la vida en común no hace nacer la obligación alimentaria pero ésta puede perfectamente tener su origen en un acuerdo de voluntades instrumentado por escrito o bien efectuado en forma verbal o bien que surja de manera ineludible del comportamiento de las partes.

A ello cabe agregar que aquel conviviente que venía cubriendo las necesidades del otro sobre la base de un acuerdo escrito o implícito, no puede cesar de afrontar ese deber sin causa justificada, por lo que deberá valorarse su conducta frente a la ruptura de la convivencia para determinar si han existido motivos válidos para

hacerlo, en cuyo caso no procederán los alimentos, y por el contrario, si se ha tratado de un abandono de la vida en común intempestivo o arbitrario, tendría que mantenerse la prestación de alimentos de toda necesidad a favor de quien dependía económicamente de aquél.

GROSMAN afirma que existen fundamentos de orden constitucional para sostener igual conclusión al afirmar que la familia protegida por nuestra Constitución Política no sólo es la matrimonial sino que también comprende a la familia de hecho y que se viola el principio de igualdad jurídica al no reconocer obligación alimentaria en la unión *more uxorio* porque “no importa si uno o ambos cónyuges que cohabitan han solicitado el divorcio; la familia debe seguir siendo apoyada por el resto de los miembros que cohabitan si quiere cumplir sus objetivos.

6. DERECHOS QUE DEBEN SER RECONOCIDOS A QUIENES VIVEN EN UNIÓN DE HECHO.

6.1 DERECHO DE ADOPCIÓN DE LOS CONVIVIENTES

Al adoptar a alguien, te conviertes en hijo del padre adoptivo aunque no tengas ningún vínculo de sangre con él. Esto se denomina "institución tutorial" de la ley. Así, la ley prevé que el niño adoptado sea tratado como un miembro completo de su nueva familia, con todos los derechos que tiene un niño, como el derecho al nombre, a los alimentos, a la herencia y a los derivados. Esto establece un vínculo paterno-filial pleno entre el adoptante y el hijo adoptado.

Significa que se crean una gran variedad de vínculos jurídicos familiares cuando la ley establece que "adquiere la calidad de hijo", tales como::

- a) Derecho al nombre.
- b) Vocación hereditaria.
- c) Derecho y obligación alimentaria.
- d) Impedimentos matrimoniales

- e) La patria potestad corresponde al adoptante y si fuese adoptado por cónyuges su ejercicio corresponde a ambos.

1. Fundamentos y objetivo primordial de la adopción

La adopción se basa en muchas cosas diferentes. La ley ha tenido en cuenta estos aspectos a la hora de establecer las normas y consecuencias de los distintos tipos de adopción, por lo que hay muchas razones diferentes por las que la gente adopta. Entre ellas están:

- a) **Protección a la niñez abandonada.** La protección es la consideración más importante hoy en día, por lo que las decisiones en este ámbito se toman teniendo en cuenta "el interés superior del niño"..
- b) **Dar hijos a quienes no lo tienen.** Otro objetivo de la institución es satisfacer el deseo natural del ser humano de ser padre.
- c) **Integrar a la familia.** La legislación sobre adopción también tiene en cuenta el objetivo de integrar a las familias, por lo que se permite adoptar al hijo de un cónyuge o de un conviviente, así como adoptar al hijo de una pareja gay. Las "adopciones de integración" o "adopciones integradoras" describen este tipo de adopción.
- d) **Legitimar una situación de hecho.** Los legisladores han aceptado adopciones de adultos en las que el adoptado era tratado como un niño adoptado sin que se produjera la adopción. Se trata de legitimar la condición de hecho.
- e) **Impedir el descarte de embriones o permitir la vida de los embriones supernumerarios.** La adopción puede ayudar a evitar la muerte o la eliminación de los embriones sobrantes creados por tecnologías de reproducción asistida cuando un niño se queda huérfano o es abandonado.

"Los Estados Partes que reconozcan o aprueben el sistema de adopción garantizarán que el interés superior del niño sea una prioridad fundamental (...)", dice el artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Examinaremos la cuestión de la adopción por parte de las parejas de hecho a partir de estos principios.

Los artículos 378 y 382 del Código Civil pueden entrar en colisión con una norma de rango constitucional, por lo que proponemos el siguiente caso hipotético para ilustrar la cuestión:

A pesar de su estado civil, José y Mara han decidido vivir juntos debido a las dificultades económicas. Para ello, construyen una vivienda de hecho, comienzan a comprar sus primeros enseres domésticos, luego deciden comprar una casa y solicitan a los tribunales el reconocimiento judicial de su unión de hecho, recibiendo un veredicto positivo tras cumplir las normas señaladas en el artículo 326 del Código Civil.

Habían sido tres años de feliz convivencia cuando surgió el tema de convertirse en hijos, pero fue entonces cuando se dieron cuenta de que no podían ser padres biológicos.

Los procedimientos de fecundación asistida, como la inseminación artificial y la gestación subrogada, suelen ser legales. Por ello, la adopción se promociona como la única forma de formar una familia y abrazar el concepto de tener un hijo propio.

Si la adopción a partir de una unión de hecho no tiene una forma explícita, José, el abogado, ve que estas leyes no son razonables, ya que vulneran los derechos constitucionales. Se decide a analizar la normativa del Código Civil en materia de adopción para comprobar sus necesidades y posibilidades.

A continuación, descubriremos por qué las normas constitucionales están en desacuerdo y cómo solucionar el problema.

6.2 ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 378 Y 382 DEL CÓDIGO CIVIL DE 1984

1. Artículo 378 del Código Civil

El texto del actual artículo dice lo siguiente:

"Para la adopción se requiere:

1. Que el progenitor adoptivo tenga una sólida moral.
2. Que la edad del padre adoptivo sea al menos igual a la suma de la mayoría de edad del niño y la edad del padre adoptivo.
3. Que si los padres adoptivos están casados, sus cónyuges deben dar su consentimiento.
4. Si el adoptado es mayor de 10 años, debe prestar su consentimiento.
5. Los padres o tutores del niño deben prestar su consentimiento si el niño está bajo su control o custodia.
6. El consejo de familia y el tutor deben estar autorizados a hablar en nombre de un adoptado que sea incompetente.
7. Para que sea aceptado por un tribunal, salvo los requisitos de la legislación especial.
8. Para adoptar a un menor, el adoptante debe ratificar personalmente su voluntad ante el tribunal. Cuando un menor debe estar fuera de casa por razones médicas, esta norma se suaviza.

Para que este acto de derecho de familia sea legal, es necesario que cumpla ciertas normas esenciales estipuladas por la ley. Por el momento nos centraremos únicamente en el número 3 del artículo.

Cornejo Chávez nos informa que la adopción no siempre implica la admisión en el hogar del adoptante de una persona que no es su cónyuge. Además, supone una reducción de los derechos y expectativas hereditarias del citado esposo, lo que la ley prohíbe al no ser una relación formada por la naturaleza.

Uno de los cónyuges puede adoptar al niño, pero sólo uno de ellos puede tener cualquier tipo de contacto paterno-filial con él, ya que este artículo permite que sólo una persona sea el padre adoptivo. Dado que es posible que un niño pierda a uno o a ambos progenitores, este número también permite la adopción de personas solteras. La adopción de parejas homosexuales y de convivencia está explícitamente prohibida por esta normativa.

2. Artículo 382 del Código Civil

El texto del actual artículo dice lo siguiente:

"Nadie puede ser adoptado por más de una persona, a no ser por los cónyuges".

El objetivo de la adopción es proporcionar una familia a quien carece de ella, por lo que la familia biparental (padre y madre) debe predominar sobre la monoparental (sólo padre o madre). Esta normativa establece una semejanza entre el linaje civil y el biológico. La adopción por parte de más de un individuo, que no sea el cónyuge, está prohibida en el derecho comparado porque sería injusto para un joven que dos o más padres adoptivos que son extraños entre sí fueran considerados sus padres. La adopción pretende evitar la condición antinatural de que un niño tenga más de dos padres biológicos.

Esta normativa implica una prohibición similar de la adopción por parte de parejas homosexuales y parejas de hecho, como ya ocurría antes.

Un hermano o hermana biológico de padres casados puede ser adoptado por un hombre y una mujer que conviven sin casarse, que es lo que la ley ha intentado evitar, entre otras cosas.

Aunque el objetivo de la legislación es colocar al niño adoptado en un hogar donde pueda beneficiarse del amor, el apoyo y la orientación de una familia, la adopción de una pareja no casada no contradice el objetivo de la institución. La teleología de la adopción no puede considerarse el secreto de un matrimonio exitoso. El término "ceguera" se aplica aquí.

Los hogares de hecho pueden ser inestables, fugaces y arriesgados; otros piensan que adoptar a un niño en una familia casada sería una mejor opción. En cuanto a la "conyugalidad", Rafael Manrique tiene razón al decir que "conyugalidad" no es sinónimo de "calidad". También es posible que un niño adoptado se vea afectado por el cese del hogar conyugal.

6.3 NORMAS CONSTITUCIONALES QUE SE ENCUENTRAN VULNERADAS

Continuando con la secuencia lógica de este trabajo, determinar si existe o no uno o varios principios constitucionales que puedan ser vulnerados por los artículos 378 y 382 del Código Civil para poder avanzar.

1. Artículo 2 Inciso 1: Derecho de la persona a su libre desarrollo y bienestar.

La libertad individual en Estados Unidos está limitada por los derechos de los demás y el imperio de la ley, tal y como establece la Constitución. Hay que tener claro que el derecho al libre desarrollo y al bienestar protege la capacidad constitucionalmente reconocida de los individuos de autodeterminarse, es decir, de poder establecer sus propias normas y desarrollar objetivos personales siempre que no interfieran con los derechos de los demás o con el Estado de Derecho. Las aspiraciones y opciones que permiten a un ser humano realizarse como individuo pueden serle arrebatadas sin justificación si se le impide hacerlo. Este derecho se viola cuando no puede alcanzar o perseguir ambiciones legítimas en su vida o valorar y elegir libremente las circunstancias que dan sentido a su existencia y le permiten realizarse como ser humano.

Lo que significa estar "bien" es tener todos sus deseos satisfechos, así como un sentido de pertenencia.

Cuando una pareja (José y María) decide tener hijos como parte de su plan de vida después de haberlo meditado y haber construido su seguridad financiera a pesar de saber que María no puede concebir, están ejerciendo su derecho al libre crecimiento y al bienestar.

2. Artículo 2, inciso 2. Derecho de igualdad ante la ley.

En este contexto se puede encontrar el derecho universal a la no discriminación, que incluye la exigencia de un trato igualitario para todas las personas independientemente de sus circunstancias, pero la necesidad de un trato igualitario si se encuentran en una posición comparable y un trato desigual si no están en condiciones similares.

Según este último requisito, para que una persona reciba un trato diferente por factores subjetivos como el sexo, la raza, las opiniones políticas o religiosas o cualquier otra característica personal que no esté objetiva y razonablemente

relacionada con la cláusula de igualdad, debe ser por razones objetivas y razonables. En pocas palabras: El derecho a la igualdad es la expresión de una sustancia material objetiva que como componente axiológico de la base constitucional es vinculante para todo el ordenamiento jurídico. Reconocer un derecho subjetivo real como básico es reconocer que cada persona tiene un bien constitucional, la igualdad, que es oponible a un destinatario. Reconocer el derecho a no ser discriminado por la etnia, el color, el género, la orientación sexual u otros factores jurídicamente relevantes es un principio fundamental de la Constitución ("motivos" de cualquier tipo).

Existen dos tipos de categorías jurídicas constitucionales: la diferencia y la discriminación.

En teoría, la diferenciación es jurídicamente admisible, dado que no todo trato desigual es discriminatorio, es decir, estaremos ante una diferenciación en la que el trato diferenciado se basa en razones objetivas y justificables. Estaremos ante una discriminación y, en consecuencia, ante un trato desigual constitucionalmente inadmisibles, si dicho trato desigual no es ni racional ni proporcionado.

3. Artículo 4: Protección al niño y la familia.

En lugar de afirmar que una familia es sólo una unidad de convivencia con una estabilidad inquebrantable, cuando hablamos de familia, deberíamos considerar cómo está inextricablemente ligada a la realidad de la reproducción humana y a las relaciones paternas, maternas y ancestrales resultantes. Estas relaciones no son sólo de amor o hermandad y de ayuda mutua.

Numerosos artículos constitucionales declaran que la familia es una unidad de grupo natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el gobierno, todo lo cual relaciona esta institución con la realidad fundamental de que los seres humanos son creados. El artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 especifica específicamente que "la familia, que es un elemento natural y esencial de la sociedad, debe gozar del más amplio grado de protección y ayuda, especialmente durante su constitución y mientras tenga a su cargo el cuidado y la educación de los hijos a su cargo".

Según la costumbre local y el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), que entró en vigor el 20 de noviembre de 1989, los Estados Partes deben respetar "las responsabilidades, los derechos y los deberes" de "los padres, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirles, en consonancia con su madurez, orientación e instrucción apropiadas". Un documento del que se deduce que la familia ordinaria está formada por los padres y su descendencia, pero la familia extensa, que amplía el núcleo familiar básico mediante relaciones de consanguinidad similares, cuenta con ascendientes o descendientes adicionales al final de la generación, puede ejercer las obligaciones parentales sobre los menores si los padres están ausentes (o en otras condiciones equiparables que las legislaciones prevén, como su incapacidad)

Las uniones de hecho no se equiparan al matrimonio en nuestra Constitución, ya que no tienen que ser reconocidas formalmente como tal. Sin embargo, es evidente que se desprende de la teoría de la apariencia al estado civil, que si existen idénticos criterios externos, es decir, si la unión de hecho puede definirse como un estado aparente de matrimonio, debido a su permanencia y singularidad; esto significa que se reconoce con implicaciones personales y patrimoniales particulares y exclusivas.

La familia, al constituirse mediante una unión de hecho, tiene derecho a la protección jurídica que se otorga a la institución, sin desconocer la importancia del matrimonio como fundamento. En consecuencia, "lo que no implica que deba ser de la misma manera con el mismo alcance y derechos", ya que el matrimonio y la unión de hecho no son equivalentes.

4. Artículo 5: unión de hecho.

Ya hemos desarrollado precedentemente el análisis de este artículo.

5. Artículo 6: Protección de la filiación de los hijos.

En consecuencia, la norma constitucional que nos ocupa no menciona la filiación biológica (hecho natural resultante del acto de procreación), sino que se habla de la filiación jurídica (hecho legal), que es la que determina la ley como presunción

legal de paternidad o declaración judicial, así como la que determina el hombre, mediante el reconocimiento o la adopción, adquiriendo la calidad de padre o madre o hijo y estableciendo la paternidad. Aunque dos personas no estén emparentadas biológicamente, pueden considerarse, sin embargo, de ascendencia filial.

El estatus familiar filial se deriva del vínculo familiar que existe entre una persona y otra como hijo o hija, y del que se originan un conjunto de derechos familiares subjetivos (pensión alimenticia, herencia, educación, etc.). No tiene nada que ver con el estado civil de los padres.

Todos los derechos subjetivos de los hijos deben ser iguales en virtud de la premisa de igualdad de filiación establecida por la norma. El concepto de igualdad y el mandamiento de no discriminación prohíben la distinción entre los hijos cuyos padres están casados y los que no lo están (artículo 2, inciso 2, de nuestra Constitución).

6.4 ¿EXISTE UNA POSIBILIDAD DE CONTROL DIFUSO O DE INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN?

El párrafo 2 del artículo 2 de la Constitución, que reconoce la igualdad ante la ley de todas las personas y el disfrute de los derechos, las libertades y las oportunidades, sin discriminación por razón de sexo, etnia, raza, nacionalidad, lengua u opinión política o filosófica, debe mencionarse después de que hayamos señalado las violaciones de los derechos fundamentales por los artículos analizados.

El legislador elegido democráticamente debe ser el encargado de determinar el tipo y el grado de protección que necesitan grupos de personas similares. Al determinar si un grupo de personas está menos protegido que otro, el juez constitucional no puede anular el juicio del legislador ni imponer niveles ideales o máximos de protección. Sin embargo, debe tomar la siguiente decisión: (i) sin atenerse a las normas mínimas de seguridad exigidas por la Constitución; (ii) independientemente de que la desprotección de un grupo vaya más allá de lo legalmente admisible, (iii) sin importar el motivo, se prohíbe que los grupos legalmente protegidos tengan menos protección relativa que otros grupos.

Cuando se crean preferencias específicas en Juaneo sobre las condiciones y el proceso del régimen de adopción de menores, es factible entender el perjuicio que encuentran las uniones de hecho frente a las parejas casadas. En teoría, el modo en que se puede suministrar la protección constitucional a las personas que han acordado crear una unión de hecho como proyecto y única entra en el ámbito de la configuración legislativa, ya que la Constitución no necesita una fórmula concreta para ello, y la protección requerida puede obtenerse de diversas maneras.

¿Qué podemos preguntarnos en esta situación? ¿Por qué los sindicatos que cumplen los requisitos establecidos en la legislación, si llevan más de dos años de existencia y han sido reconocidos por los tribunales, no pueden acceder a ella?

Si queremos responder a esto y encontrar una forma de resolver el conflicto, debemos entender primero el concepto constitucional de familia, plasmado en el artículo 04, y cómo se relaciona con los demás principios constitucionales fundamentales, principalmente el principio de igualdad, y cómo, si entran en conflicto, deben prevalecer los principios fundamentales.

Una familia puede formarse de muchas maneras diferentes, como por ejemplo mediante el matrimonio, la voluntad de los miembros de una relación, o incluso por una mujer y su hijo solos. Sin embargo, la Constitución no reconoce simplemente un tipo de familia, ya que una mujer y su hijo también pueden crear una familia.

Por ello, las uniones de hecho deben tener las mismas consecuencias y capacidades legales.

La Constitución se refiere a la libre elección de un hombre y una mujer para formar una familia, mientras que la decisión responsable de dos personas de formar una familia pero sin casarse está contemplada en la Constitución. Este concepto está consagrado en el artículo 233 del Código Civil, que señala que el control legal de la familia tiene por objeto contribuir a su consolidación y fortalecimiento, de acuerdo con los ideales y normas señalados en la Constitución Política del Perú.

También cabe señalar que, para aceptar que vivimos en un Estado Constitucional de Derecho, debemos aceptar las implicancias de saber que los mismos efectos

legales se aplican a las parejas independientemente de que estén casadas o no. Esto significa que admitir que vivimos en un Estado Constitucional de Derecho exige aceptar las consecuencias de saber que los mismos efectos jurídicos se aplican a las parejas independientemente de que estén casadas o no.

El artículo 235 del Código Civil ordena que los padres se ocupen de la asistencia, protección, educación y formación de sus hijos menores en función de sus circunstancias y recursos. La función del padre o de la madre es un conjunto de compromisos con su descendencia, que puede encontrarse en un matrimonio o en una pareja de hecho.

En consecuencia, si existe un desacuerdo entre los artículos 378 y 382 del Código Civil y diferentes artículos de la Constitución que se refieren a los derechos básicos de una persona, estas normas no deberían ser inaplicables creando un control disperso, sino que este escenario debería resolverse mediante un criterio de interpretación acorde con la Constitución, ya que las uniones de hecho son un tipo de familia y deberían tener las mismas posibilidades de adoptar un hijo. Como última opción, los peticionarios podrían reivindicar sus derechos y abolir el perjuicio que les imponen las normas civiles si esto no fuera factible.

Teniendo en cuenta el caso mencionado, se puede inferir que los artículos 378 y 382 del Código Civil vulneran, de hecho, los derechos constitucionales de José y Mara (que están en unión de hecho), que incluyen su derecho a la Igualdad ante la ley, entre otros derechos.

La adopción de un menor también debe limitarse a una relación que haya sido reconocida formalmente por un tribunal como una unión de hecho, es decir, una pareja libre sin restricciones maritales.

Veamos algunos de los derechos que tienen las familias según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: (i) establecer una familia; (ii) el derecho a la vida familiar y a la seguridad, y (iii) el derecho a una vida familiar. Tanto las parejas casadas como las de hecho se enfrentan a los mismos retos.

Independientemente de si una pareja está casada o no, el concepto humanitario de la adopción dicta que ésta debe utilizarse para colocar a un niño en el mejor cuidado posible.

En última instancia, el objetivo de la adopción es ofrecer a un niño la oportunidad de crecer en una familia distinta a la biológica. Dado que todo niño necesita una figura materna y paterna, es obvio que el método ideal para lograrlo es colocar al niño en un hogar estable con dos adultos que representen los papeles de madre y padre.

Creemos que el entorno óptimo de contención y amor para que un niño crezca completamente es un hogar creado por un padre y una madre con la continuidad temporal que puede suponer un matrimonio legalmente constituido o, en su defecto, una relación de hecho con cierta estabilidad precedente.

Derecho Sucesorio

Nuestras leyes no permiten a las parejas de hecho participar en la herencia de sus cónyuges fallecidos. Una de las cuestiones más esenciales a este respecto es la sucesión entre convivientes tras el fallecimiento de uno de ellos: "Tras el fallecimiento de uno de los convivientes, no puede darse el caso de que el patrimonio del fallecido no pertenezca a su conviviente, por ser la persona con la que pasó muchos años de su vida". En honor a la verdad, es injusto ignorar a la persona que vivió y creó una vida con la pareja de hecho fallecida, ya que alguien que ha pasado por luchas con esa persona durante muchos años puede ver cómo, con su esfuerzo, pudo crear un patrimonio, pero se le negaría el acceso a él porque nuestras leyes no tienen en cuenta esta circunstancia, lo que es realmente una

injusticia. Es penoso ver cómo nuestro sistema legal, a pesar de los muchos ejemplos en los que el conviviente superviviente no obtiene una quinta parte del patrimonio del fallecido tras la muerte del otro, me niega la posibilidad de acceder a esos bienes si invierto con mi conviviente para crear una herencia en beneficio de nuestros hijos. La ley, como expresión de la justicia, no puede hacer oídos sordos a este escenario; a veces nos dejamos llevar por elementos teóricos y abstractos pero perdemos de vista las necesidades de nuestra realidad, por lo que es necesario regular los derechos sucesorios de los convivientes en caso de que uno de ellos fallezca.

"Conferir a estas uniones de hecho, el potencial de crear... "... podría llevar a la percepción errónea de que hay dos métodos de contraer matrimonio, uno completo, el matrimonio legal, y el otro, menos completo, la unión de hecho".

El matrimonio y la unión de hecho se equiparan de hecho en este pasaje, lo que resulta problemático ya que proporciona las mismas implicaciones para el matrimonio y la unión de hecho. Por otro lado, esto significaría que las actuales relaciones de hecho que pueden conducir al matrimonio se disolverían más rápidamente antes de formarse como tales, impidiendo la formación de "derechos de herencia". Las relaciones entre hombres y mujeres, especialmente las sexuales, se volverán más "inestables" como consecuencia de ello.

Cada vez hay más consenso entre los economistas en que las uniones de hecho deberían estar totalmente protegidas en algunas circunstancias, como cuando cumplen los requisitos legales.

Adopción

Este tema presenta cuatro vertientes diferentes, ya que la unión marital de hecho puede incidir de diversa manera frente a la posible adopción.

1. La primera de ellas contempla la posibilidad de que un menor pueda ser adoptado por dos personas que no se encuentren unidas en matrimonio, sino que convivan *more uxorio*.
2. Otra de las posibilidades se presenta en el caso de la adopción del hijo del concubino.

3. Otra alternativa a tener en cuenta es si, para otorgar la adopción individual, el hecho de que el adoptante viva en una unión de hecho tiene incidencia en la resolución final del caso.

4. Finalmente, es preciso verificar si resulta posible adicionar el apellido del conviviente en caso de una adopción individual.

Imposibilidad de adopción conjunta por los convivientes

El art. 382 DEL Código Civil establece: "Nadie puede ser adoptado por más de una persona, a no ser por los cónyuges"..

El art. 378 del Cód. Civil, en su inciso 3, establece una disposición casi idéntica a la anterior: "Que cuando el adoptante sea casado concorra el asentimiento de su cónyuge".

La excepción a la adopción individual se producirá cuando los adoptantes sean cónyuges, quedando de esa manera descartada la posibilidad de adopción conjunta por parte de personas que mantienen una unión marital de hecho.

Es evidente que en este aspecto no cabe la aplicación analógica de la norma a la convivencia de hecho porque el requisito de haber alcanzado el estado conyugal es incuestionable, y se trata de dos situaciones que, desde el punto de vista jurídico, resultan ser diferentes.

Por lo tanto, los convivientes no pueden adoptar en forma conjunta, porque este derecho es sólo reconocido a los cónyuges, conforme lo establece el ya citado art. 378 del Código Civil.

Esta solución de política legislativa no es, en este aspecto, inconstitucional, ya que no se afecta la igualdad ante la ley cuando se brinda una respuesta legal diferente a situaciones de hecho distintas, y es indudable que haber celebrado matrimonio no es lo mismo que convivir de hecho. Esto significa que dentro del marco de razonabilidad que debe regir en la política legislativa no se está afectando el principio de rango constitucional de igualdad ante la ley.

Sin embargo, esta disposición legal, constitucional en razón del principio de igualdad como se ha dicho, dista de ser conveniente para el interés del niño cuando un menor ha quedado bajo el cuidado de una pareja que vive en una unión marital de hecho y ha sido tratado como hijo, ya que es evidente que el beneficio para el menor —que es el objetivo que debe tener en mira el juzgador— estaría dado por su incorporación a ese grupo familiar mediante la adopción.

La inconstitucionalidad aparece ahora como una cuestión esencial, por cuanto se puede violar el interés superior del menor que ha sido reconocido por el art. 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporado al artículo IX del Título Preliminar del Código del Niño y del Adolescente y que, como resulta de esta norma, tiene un rango superior a las leyes internas.

Frente a la alternativa de considerar en cada caso particular cuál es la solución que mejor satisface el interés superior del menor, debe tenerse en cuenta que la solución actual da prevalencia a cuestiones que hacen a la situación de los adoptantes —no estar casados—, en desmedro de la mejor situación para el adoptado, que resultaría de la ventaja de contar con un padre y una madre que conviven, ya que se debe requerir que se trate de una unión marital de hecho.

A ese argumento cabe agregar que el proceso de identificación con los roles masculino y femenino necesario para una adecuada formación del menor se satisface más plenamente mediante una adopción conjunta que con la adopción individual permitida por la ley.

De la letra del art. 378 del Cód. Civil surge una suerte de sanción para los convivientes al no poder adoptar, sin tener en cuenta que el interés superior del menor puede resultar menoscabado por esa solución legal.

En este sentido, tendría que plantearse la inconstitucionalidad de la norma citada por violar el derecho del menor a ser adoptado por dos personas que mantienen una unión marital de hecho, si con tal solución se resguarda el interés superior del mismo.

Si no se realiza el planteo mencionado y se obtiene la declaración de inconstitucionalidad, frente a la prohibición legal los convivientes deberán elegir

entre casarse para poder adoptar, peticionar la adopción sólo uno de los miembros de la pareja, entregar al menor a otros guardadores para que los puedan adoptar, o bien mantener la situación de hecho sin hacer nada.

La primera alternativa significa violentar la libre convicción de los convivientes, porque se ven obligados a celebrar un matrimonio que no desean tan sólo para poder adoptar, lo que resulta disvalioso desde el punto de vista ético.

Que la adopción sea requerida sólo por uno de los convivientes también es perjudicial, pero en este caso para el menor, ya que su integración jurídica se concretará con el adoptante, quedando el otro miembro de la pareja ligado afectivamente como padre, pero sin el emplazamiento legal correlativo.

Entregar la guarda a otros posibles adoptantes resulta inconveniente, tanto para el menor como para los guardadores, debido a la desvinculación afectiva que se producirá.

Finalmente, mantener la situación de hecho sin darle el encuadre jurídico que corresponde provoca una incertidumbre incuestionable, tanto en el caso del menor como en el de los guardadores de hecho, ya que éstos no tendrán la potestad para realizar ningún acto jurídico respecto del menor.

La solución más valiosa desde todo punto de vista sería permitir la adopción por parte de los convivientes que mantengan una unión marital de hecho, con todas las características que la doctrina le impone en cuanto a convivencia estable, singularidad, permanencia y notoriedad.

Adopción del hijo del concubino

Puede suceder que una persona haya tenido un hijo matrimonial, separándose con posterioridad del otro padre, o bien, que haya tenido un hijo extramatrimonial y luego comienza una vida marital de hecho con un tercero, lo que trae aparejada una vinculación afectiva entre éste y el hijo de su pareja.

La cuestión acerca de la posible adopción por parte del conviviente del hijo del otro miembro de la pareja presenta cuestiones arduas desde el punto de vista jurídico.

Una de ellas es que será necesario tener en cuenta la situación que se daría en la relación entre el menor con su padre de sangre, ya que si este vínculo se mantiene en su plenitud, es decir, no sólo desde el punto de vista jurídico sino también afectivo, la conveniencia para el menor de ser adoptado por parte del concubino del otro padre resulta dudosa, debido a que significaría el desplazamiento del padre de sangre con el que no convive.

Por el contrario, cuando el padre de sangre no conviviente se ha desentendido del menor, resulta evidente que puede ser adoptado por la pareja del otro padre.

Otra de las cuestiones a dilucidar es el tipo de adopción que deberá otorgarse en ese supuesto, ya que si se concediera la adopción plena se lo estaría incorporando a toda la familia del adoptante, pero al mismo tiempo significaría la desvinculación del padre de sangre con el que convive y, además, implicaría un cambio en la patria potestad que pasaría a ser ejercida por el adoptante.

La solución se encuentra en conceder la adopción simple al adoptante, con lo que no se produce la desvinculación jurídica total del padre de sangre con el que el menor convive.

Subsiste, sin embargo, el problema referido al ejercicio de la patria potestad y a la modificación del apellido que no han sido resueltos en forma expresa por la reforma mencionada.

Nótese que si la unión marital de hecho terminara por alguna causa que no fuera la muerte, es decir, por la separación de los convivientes, el adoptante tendrá todos los derechos emergentes de la adopción respecto del hijo del otro cónyuge, y este último no gozará de los derechos y deberes emergentes de la patria potestad, con lo que no tendría siquiera un derecho de Visitas sobre su hijo biológico.

Tal es la errónea solución que surge de la letra de la ley, que debería ser modificada legislativamente para no dejar el problema al arbitrio judicial.

Es cierto que el fundamento para mantener el contacto y protección por parte del padre biológico, cuando la adopción limpia ha sido concedida a favor de su conviviente, se encuentra en el interés superior del niño previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño, que tiene rango constitucional en virtud de lo

establecido en el art. 4, de la Carta Magna, con lo que el problema, en la práctica, queda superado.

En cuanto al apellido, de acuerdo con el art. 377 del Cód. Civil, el adoptado simplemente adquiere el apellido del adoptante y, en el caso que se comenta, si fuera la mujer quien adopta, el menor perdería el apellido de su padre.

Adopción individual por parte de quien vive en una unión marital de hecho

La problemática que se presenta en este caso se refiere a determinar si la convivencia marital de hecho afecta las condiciones de conveniencia para que la adopción sea otorgada.

Si bien la doctrina y la jurisprudencia se han expedido con anterioridad en el sentido de descalificar la moralidad de quien vive en concubinato y, por lo tanto, sustentaron el rechazo de la adopción, actualmente se considera que el hecho de mantener una vida marital sin estar casado no constituye, por sí solo, un motivo para rechazar la adopción. Resultará necesario analizar cada caso concreto y verificar si la adopción resulta conveniente para el menor al insertarse, mediante el vínculo adoptivo, en ese núcleo familiar.

Esto significa que un conviviente que pretende adoptar a un menor no puede ser descalificado desde el punto de vista moral por la sola unión marital de hecho que mantiene, no pudiendo establecerse a priori una suerte de incapacidad para adoptar que no se encuentra expresamente contemplada en la ley.

Desde ya que sería más conveniente que estuviera permitida la adopción por parte de ambos miembros de la pareja, tal como se expresó en este mismo apartado.

Vocación hereditaria

Aunque el matrimonio de hecho se haya prolongado en el tiempo, no existe vocación hereditaria intestada entre los convivientes.

Sólo puede haber vocación hereditaria testamentaria en los casos en que sea admisible. Para ello, uno de los miembros de la pareja debe hacer un testamento

conforme a las solemnidades del Código Civil, en el que se establezca el otro heredero o se hagan legados a su favor, ya sea en partes alícuotas o específicas.

Pero este llamamiento tendrá, como es sabido, el obstáculo que se produce ante la existencia de herederos forzosos del causante, con lo que las disposiciones testamentarias pueden quedar, total o parcialmente, sin efecto.

7. RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LA UNIÓN DE HECHO

La Constitución peruana establece que la unión convivencial es un tipo de sociedad patrimonial que se somete al régimen de comunidad de bienes en lo que le es pertinente. En consecuencia, a título meramente interpretativo, la sociedad patrimonial puede definirse como el régimen patrimonial de una relación de hecho en la que cada conviviente puede ser propietario de bienes y la sociedad de convivencia puede ser propietaria de bienes compartidos.

En general, se considera que cuando se cumplen todas las condiciones requeridas para la configuración del concubinato, se crea una sociedad patrimonial automática. Esta sociedad patrimonial está sujeta a la normativa que regula la sociedad de gananciales. La separación de bienes no se aplica a las parejas de hecho, por lo que no podrán beneficiarse. Además, una pareja concubina sujeta a las normas de la sociedad de gananciales tiene las siguientes implicaciones:

- 1.- Podrá disponer de sus bienes de la forma que considere oportuna, y podrá documentarlo.
- 2.- Para la gestión de los bienes sociales, ambos convivientes son responsables, así como de cualquier acción de cualquiera de ellos para disponer de ellos o registrarlos.
- 3.- Cuando no hay bienes sociales o cuando éstos son insuficientes o inexistentes, el patrimonio personal de ambos convivientes se destina al pago de las obligaciones de la sociedad de gananciales.
- 4.- La liquidación de la sociedad de gananciales continúa después de que la sociedad de gananciales haya finalizado por fallecimiento, ausencia, consentimiento mutuo o acción unilateral.

Los actos de liquidación de la sociedad de gananciales son los siguientes

- 1.- Elaborar un inventario preciso de los bienes de la pareja de hecho.
- 2.- Los bienes sobrantes de la sociedad de gananciales serán devueltos a cada concubino para saldar todas las deudas y responsabilidades.
- 3.- El reparto de los bienes comunes entre los ex cónyuges y sus familias.

La unión de hecho genera una comunidad de bienes que está sujeta a todas las normas aplicables a las comunidades de bienes. Las uniones de hecho tienen un régimen patrimonial especial y exigido; este régimen es el de la comunidad de bienes; en tercer lugar, las normas que se aplican a las comunidades de bienes son aplicables a este colectivo en la medida en que sean relevantes para el mismo.

.

Artículo 326.- Uniones de hecho

La unión de hecho, libremente concertada y mantenida por un hombre y una mujer, libre de impedimentos matrimoniales, para la realización de fines y el desempeño de responsabilidades equiparables a las del matrimonio, da lugar a una sociedad patrimonial sujeta al régimen de gananciales, en lo que sea aplicable, si la unión ha durado al menos dos años.

Para demostrar la posesión continuada de la condición de pareja de hecho puede utilizarse cualquiera de los métodos permitidos por el derecho procesal, siempre que se presente una prueba documentada.

Las uniones de hecho terminan cuando una de las partes fallece, se marcha, acuerda su finalización o decide hacerlo unilateralmente. Se puede conceder una cantidad de dinero a la persona abandonada, además de los derechos que pueda tener en virtud de la ley de bienes gananciales, para compensar su abandono.

En consonancia con el artículo 9 de la Constitución de 1979, el artículo 326 del Código Civil estipula que la comunidad de bienes resultante de una unión de hecho debe haber existido durante al menos dos años consecutivos para que pueda aplicarse la legislación sobre la comunidad de bienes. Esto implica que, mientras no se respete este plazo, los vínculos patrimoniales de los convivientes están sujetos a las leyes de la comunidad de bienes y, en esta situación, a las normas de la copropiedad, ya que el Código Civil no prevé ninguna disposición al respecto.

Una vez transcurrido el tiempo especificado, la comunidad de bienes entre los convivientes se someterá a las leyes de la comunidad de bienes, en la medida en que sea pertinente; esto no significa una conversión de la comunidad de bienes en una comunidad de bienes. Esto es significativo si se demuestra que las normas de la comunidad de adquisiciones se aplican de forma impertinente, en cuyo caso se aplicarán las normas de la comunidad de bienes y, en su caso, el régimen de copropiedad.

Existirá una correlación directa entre los regímenes patrimoniales de las uniones de hecho y el hecho de que la comunidad de bienes de sus cohabitantes se rija o no por las leyes sobre adquisiciones comunitarias. Utilizando el artículo 296 como ejemplo, los cohabitantes no pueden cambiar su régimen de comunidad de bienes a un régimen de bienes separados durante el tiempo de la unión de hecho, ya que esto iría en contra del espíritu de la ley. El artículo 296 permite a los cónyuges pasar de un régimen patrimonial a otro. Los convivientes no pueden sustituir la comunidad de bienes por un régimen de separación de bienes debido a la naturaleza distintiva y necesaria del régimen patrimonial de la unión de hecho.

Una objeción similar puede plantearse contra la aplicación del artículo 312, que restringe el derecho de contrato entre los cónyuges a los bienes propios. Esto se debe a que, en una comunidad de bienes, es posible disponer en cualquier momento de la cuota ideal en relación con los bienes comunes. Además, aquí se utiliza la analogía, que no es adecuada cuando se trata de leyes que limitan los derechos.

También es inaplicable el artículo 324, ya que la separación de hecho supone la disolución de la unión de hecho, lo que significa que el cónyuge que la violó perdería los bienes comunes. La comunidad de bienes entre los convivientes se extingue

cuando hay una separación de hecho, lo que significa que ya no se generarán derechos de comunidad.

8. EXTINCIÓN DE LA UNIÓN DE HECHO

Una opción para poner fin a una relación de concubinato es mediante una ceremonia de matrimonio civil, en cuyo caso la unión de hecho de los concubinos se convierte en su unión de derecho, y el matrimonio se convierte en la razón principal de sus objetivos, ya que ambas partes están protegidas legalmente.

El concubinato se termina de acuerdo con el artículo 326 del Código Civil por los siguientes motivos:

- 1.- La muerte de la concubina se considera tanto una muerte física como una supuesta muerte por mí.
- 2.- Por la declaración de ausencia del tribunal. Es factible una vez transcurridos dos años desde su fallecimiento.
- 3.- Por consentimiento de ambas partes. Incluso si no hay ningún problema, se recomienda documentar la transacción por escrito para poder realizar futuras compras de artículos nuevos con confianza.
- 4.- Una decisión tomada por uno mismo. Las personas abandonadas en este escenario pueden elegir entre recibir una indemnización o una pensión de alimentos mensual, además de lo que les corresponde en la sociedad.
- 5.- A través de una unión de terceros. Es el momento de disolver la unión de hecho en esta situación.

La relación de hecho se disuelve por el fallecimiento de uno de los convivientes o por su declaración de ausencia, por consentimiento mutuo o porque uno de ellos hace una elección unilateral. Los bienes gananciales deben liquidarse de acuerdo con las disposiciones del régimen de comunidad de bienes si se extinguen por cualquiera de estos motivos.

En el caso de que una pareja de hecho se extinga por uno de los convivientes, la ley permite al ex cónyuge abandonado solicitar una indemnización o una pensión

alimenticia. La primera tiene por objeto reparar los daños que la persona abandonada pueda sufrir como consecuencia de la frustración del objetivo vital, el tormento de los sentimientos, etc. La segunda pretende paliar los problemas económicos de la persona abandonada para obtener los medios necesarios y seguir satisfaciendo sus necesidades alimentarias una vez finalizada la convivencia, a partir de un comportamiento del abandonador que revela una clara voluntad de eludir el cumplimiento de su responsabilidad natural de manutención.

En cuanto a la pensión alimenticia, se rige por el régimen legal de alimentos del Código Civil en lo que sea aplicable. Esto se debe a que el fundamento ético de la responsabilidad de pagar la pensión alimenticia es el mismo en todos los supuestos que la ley permite considerar. Desde este punto de vista, las normas sobre la determinación de la pensión alimenticia (artículo 481), los criterios de aumento o reducción de la pensión alimenticia (artículo 482), la exoneración del obligado al pago de la pensión alimenticia (artículo 493) y los supuestos de extinción de la obligación alimenticia (artículo 486) se aplican a la responsabilidad legal de prestar la pensión alimenticia a favor del ex conviviente abandonado.

A la hora de regular la pensión alimenticia, el tribunal tendrá en cuenta las circunstancias personales del acreedor y del alimentista. En determinadas situaciones, el cese de la responsabilidad de proporcionarlos podría basarse en estas circunstancias personales.

Las circunstancias personales de los antiguos convivientes que podrían desarrollarse incluyen el hecho de que uno de ellos contraiga matrimonio o mantenga una nueva pareja de hecho, en función de sus circunstancias en el momento del divorcio. En este caso, si el ex conviviente abandonado (el alimentante) contrae matrimonio o mantiene una nueva pareja de hecho, es evidente que la obligación de alimentos impuesta al ex conviviente abandonante (el acreedor) debe extinguirse, ya que la responsabilidad alimentaria corresponde ahora al cónyuge o a la nueva pareja, según el caso. Como consecuencia del deber de asistencia que establece el artículo 288 del Código Civil para los cónyuges, mientras que el primero recibe la exigencia natural de prestar alimentos a su pareja según lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 326 del Código Civil, el segundo obtiene la obligación legal de dar alimentos a su pareja.

Aunque es posible que el abandonado (el aumentador) se case o tenga otra relación con una nueva pareja de hecho, esto no cambia la obligación legal de mantener al sustentador (el ex conviviente abandonado). Esto se debe a la presunción de necesidad, que es el fundamento último de la regulación de la pensión alimenticia a través de la legislación. El ex conviviente abandonado (sostén de la familia) podrá satisfacer la pensión alimenticia impuesta por la ley con los bienes de su matrimonio si contrae matrimonio, ya que el apartado 2 del artículo 316 del Código Civil establece que "la sociedad de gananciales responde de la pensión alimenticia que uno de los cónyuges está obligado por ley a dar al otro." Según el artículo 328 del Código Civil, las obligaciones de pensión alimenticia con un ex conviviente abandonado (el pagador de la pensión alimenticia) se consideran deudas personales y deben pagarse con el patrimonio propio si se vive bajo el régimen de separación de bienes (en lugar del régimen de convivencia). Obsérvese que la obligación alimenticia se cumplirá con los bienes de la unión si el ex conviviente abandonado (el acreedor) mantiene una unión de hecho, lo cual es relevante para aplicar la disposición del régimen de comunidad de bienes antes mencionada, según el artículo 5 de la Constitución y el primer párrafo del artículo 326 del Código Civil.

Una relación de hecho que no cumple con los requisitos de variedad de sexo y monogamia y de ausencia de impedimentos matrimoniales no tiene el efecto pretendido. El interesado sólo tiene a su disposición la acción de enriquecimiento injusto en esta situación.

CAPITULO III

METODOLOGÍA

1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

1.1 DESCRIPTIVA CORRELACIONAL

Comprenderá la Homologación de los derechos de los convivientes libres de impedimento matrimonial a los derechos de los casados; como un medio idóneo que garantice la tan anhelada seguridad jurídica para las personas que viven bajo este régimen.

1.2 POBLACIÓN Y MUESTRA

Población: Comprenderá la población de las personas que viven en Unión de Hecho la cual está conformada por mas de 1 millón de personas y que no tienen impedimento legal para casarse en el Distrito de Caraz.

Muestra: De la población de más de 1 millón de personas que viven en Unión de Hecho se tomará como muestra 90 encuestados del Distrito de Caraz.

2. METODOLOGIA

2.1 METODO

Se utilizo el método de análisis.

ANALITICO; El análisis o la descomposición, es decir, el desglose de un todo en sus partes, es lo que se pretende con este enfoque.

SINTETICO; También se utilizará para llegar a conclusiones después del estudio para determinar si la información de toda la empresa puede utilizarse en la investigación actual.

INDUCTIVO; La unión de hecho de los convivientes libres de impedimento matrimonial puede obtenerse a partir de la observación de ciertos sucesos que ocurren en la realidad en gran parte porque no existe una norma jurídica especial que controle esta cuestión.

DEDUCTIVO; El método deductivo es una forma de pensar que nos permite deducir o inferir cuál es la consecuencia lógica requerida de dos o más afirmaciones dadas; lo utilizaremos en la práctica para el análisis lógico, las conclusiones y las sugerencias.

LITERAL: Al utilizar literalmente criterios de distintos turistas en la presente investigación.

ESTADÍSTICO Y MATEMÁTICO: Al momento de revisar la sumatoria y las tabulaciones.

3. TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE INFORMACION.

Se aplicó lo siguiente:

OBSERVACION: Que nos permitió lograr una variedad de conocimientos acerca del tema de estudio; pues haciendo uso de los sentidos y el fichaje se logró recolectar la información necesaria para desarrollar la presente investigación.

ANÁLISIS DE CONTENIDO: a través de la hoja de resumen, que se utilizaran para la sinterización y análisis de la información

RECOPIACION DOCUMENTAL: a través de la recolección de información obtenida en bibliotecas de las diferentes universidades de Trujillo, así como de páginas de Internet u otros folletos y revistas que puedan estar a mi alcance.

ENTREVISTA: Nos permitió realizar un análisis más profundo en el aspecto subjetivo sobre nuestro tema de investigación. Se utilizó como **INSTRUMENTO**, el cuestionario previamente elaborado.

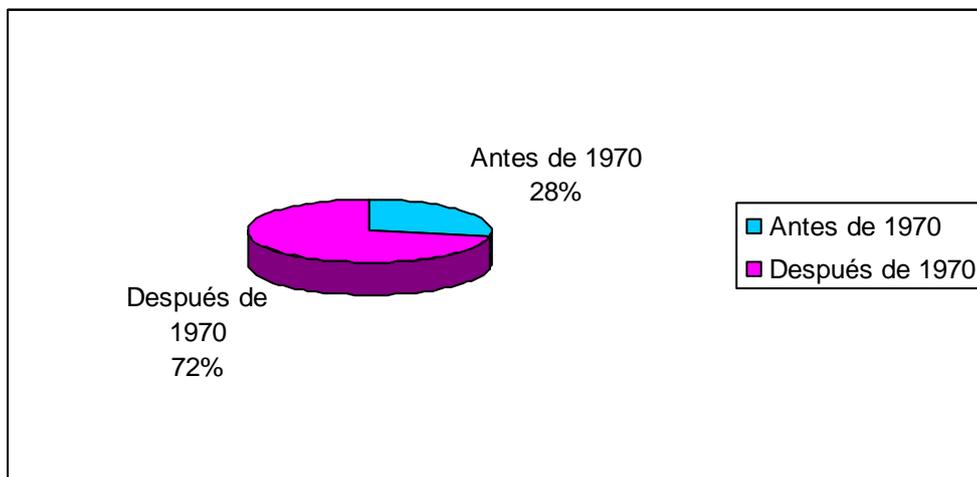
CAPÍTULO IV

RESULTADOS

ENTREVISTAS A LAS 100 PERSONAS DE LA CIUDAD DE CARAZ

1) Usted nació antes de 1970 o después de 1970?

Alternativas	Encuestados	Porcentaje
Antes de 1970	25	27.8%
Después de 1970	65	72.2%
Total muestra	90	100%

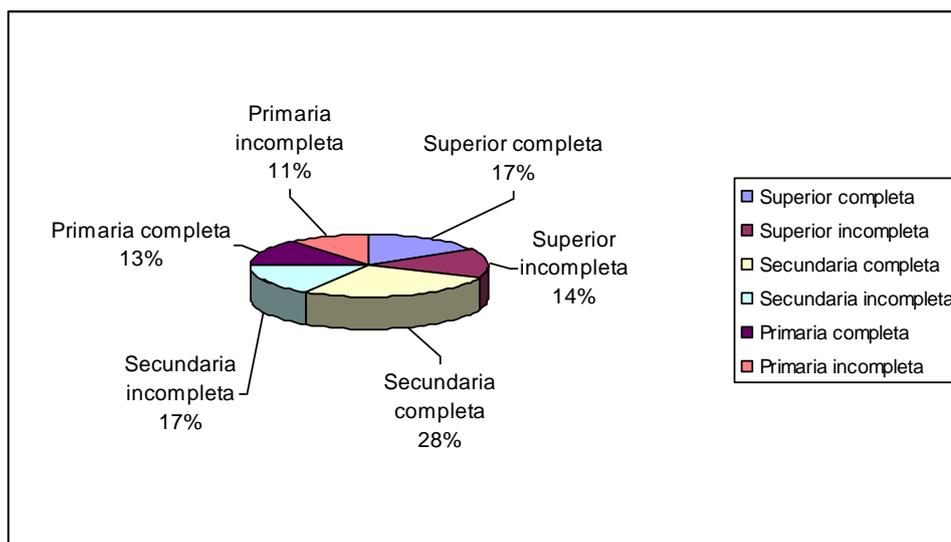


EXPLICACIÓN Y ANÁLISIS

La presente pregunta tuvo por finalidad determinar la edad de quienes viven en unión hecho. De su resultado se advierte que de 90 encuestados el 72.2%, es decir 65 tienen como edad entre 30 a 40 años y el 27.8% es decir 25 sobrepasan los 40 años lo que significa que quienes viven en unión de hecho en su mayoría son jóvenes. Se tomó como referencia el año 1970 en la eventualidad de que la edad de la mayoría de convivientes oscila entre los 20 a 39 años y así se confirmó.

2) ¿Cuál es su grado de instrucción?

Alternativas	Encuestados	Porcentaje
Superior completa	15	16.66%
Superior incompleta	13	14.44%
Secundaria completa	25	27.78%
Secundaria incompleta	15	16.66%
Primaria completa	12	13.34%
Primaria incompleta	10	11.12%
Total muestra	90	100%

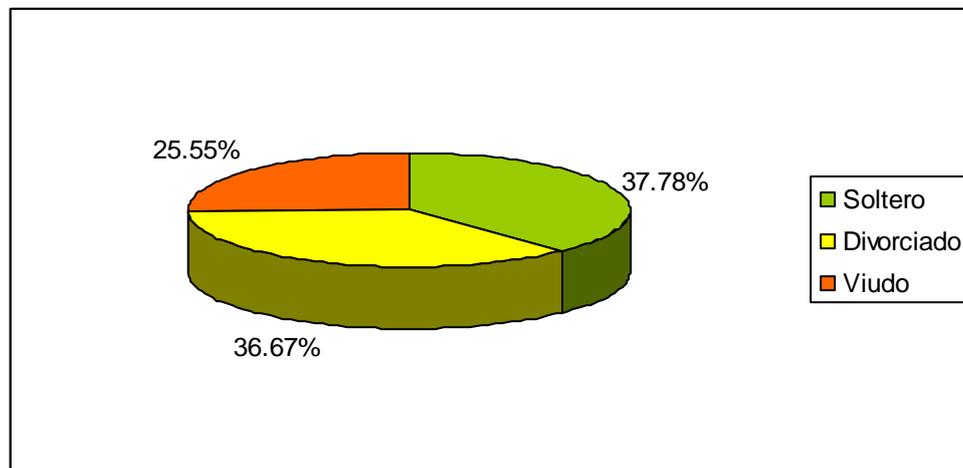


EXPLICACIÓN Y ANÁLISIS

La pregunta formulada, tuvo por finalidad determinar el nivel cultural de quienes viven en unión de hecho. El resultado que se obtuvo fue que 25 personas, es decir el 27.78% que constituye la mayoría tiene instrucción secundaria completa y el resto de porcentajes se distribuye entre los niveles superiores a la secundaria e inferiores a la misma, resaltándose que 15 encuestados es decir el 16.66% tienen educación superior completa.

3) Indique cuál es su estado civil?

Alternativas	Encuestados	Porcentaje
Soltero	34	37.78%
Divorciado	33	36.67%
Viudo	23	25.55%
Total muestra	90	100%

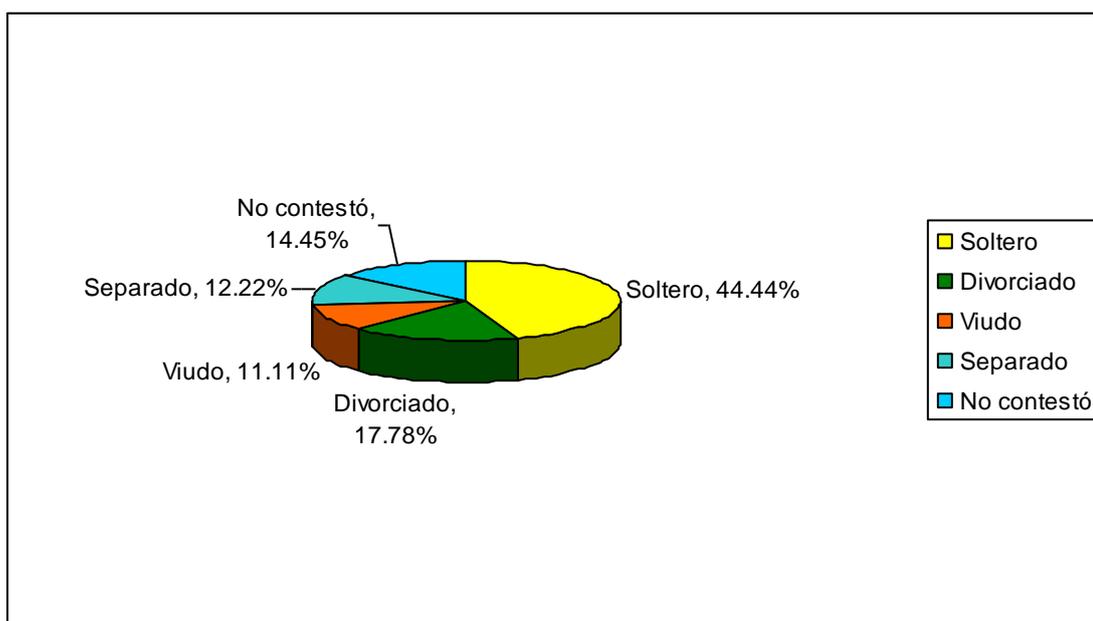


EXPLICACIÓN Y ANÁLISIS

La pregunta tiene como finalidad verificar el estado civil de quienes viven en unión de hecho para determinar si tienen o no impedimento matrimonial. De su resultado se verifica que el 37.78% de convivientes son solteros, el 36.67% divorciados y el 25.55% viudos, de lo que se desprende que la gran mayoría no tiene impedimento matrimonial.

4) Cuál es el estado civil de su pareja?

Alternativas	Encuestados	Porcentaje
Soltero	40	44.44%
Divorciado	16	17.78%
Viudo	10	11.11%
Separado	11	12.22%
No contestó	13	14.45%
Total muestra	90	100%

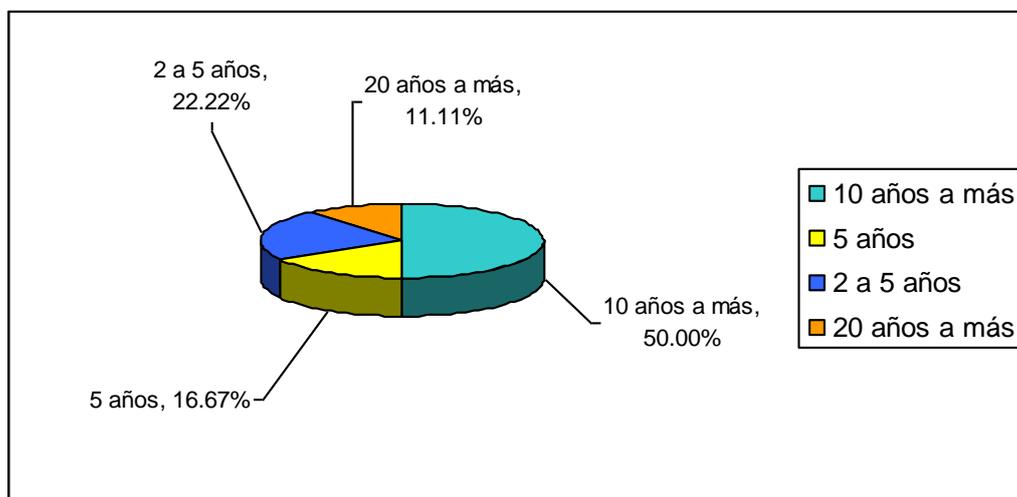


EXPLICACIÓN Y ANÁLISIS

Esta pregunta tuvo como finalidad verificar el estado civil de su pareja del conviviente, a fin de determinar si su compañero tiene o no impedimento matrimonial, habiéndose comprobado que el 44.44% no tiene impedimento matrimonial, es decir que pueden casarse o seguir viviendo en dicho estado según lo decidan.

5) ¿Cuál es el tiempo de convivencia con su pareja?

Alternativas	Encuestados	Porcentaje
10 años a más	45	50.00%
5 años	15	16.67%
2 a 5 años	20	22.22%
20 años a más	10	11.11%
Total muestra	90	100%

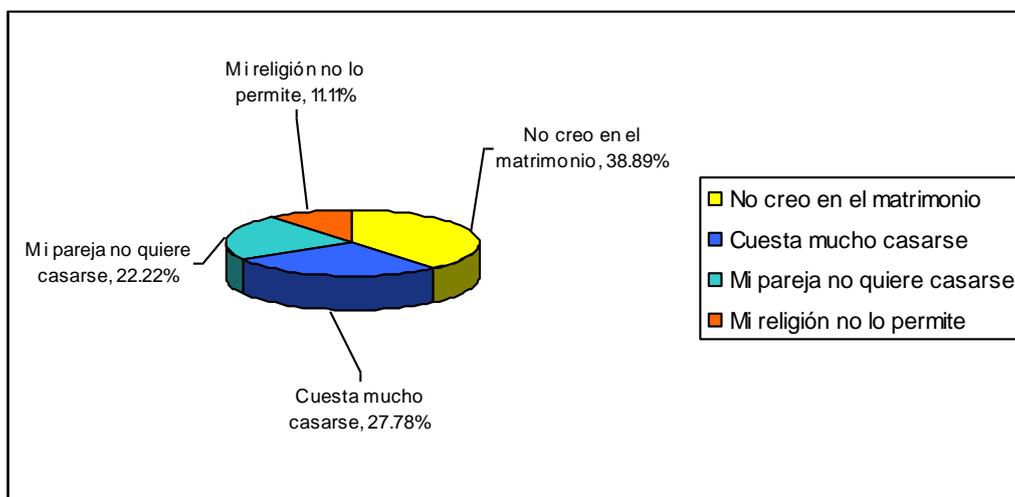


EXPLICACIÓN Y ANÁLISIS

La finalidad de la presente pregunta fue comprobar cuál es el tiempo de quienes viven en unión de hecho a fin de determinar su estabilidad y permanencia como concubinos. El resultado fue que el 50% de los encuestados viven juntos 10 años a más, de lo que se concluye que de la permanencia es lo que caracteriza a la unión de hecho entre los convivientes según la encuesta.

6) Cuáles son las razones por las que no se ha casado?

Alternativas	Encuestados	Porcentaje
No creo en el matrimonio	35	38.89%
Cuesta mucho casarse	25	27.78%
Mi pareja no quiere casarse	20	22.22%
Mi religión no lo permite	10	11.11%
Total muestra	90	100%

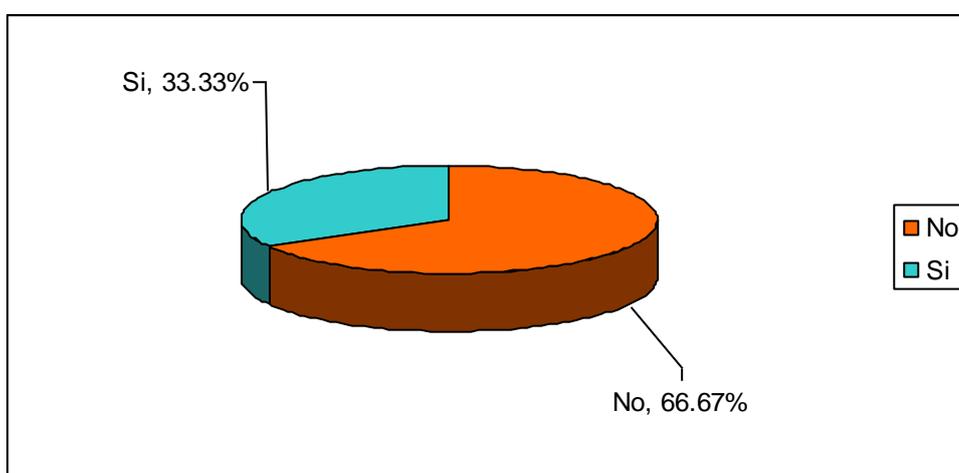


EXPLICACIÓN Y ANÁLISIS

Esta pregunta tuvo por finalidad verificar las razones por las cuales quienes viven en unión no se han casado y el resultado mayoritario es decir el 38.89% es que las parejas no casadas no creen en el matrimonio y prefieren tener una vida de convivientes.

7) Piensa casarse en el futuro?

Alternativas	Encuestados	Porcentaje
No	60	66.67%
Si	30	33.33%
Total muestra	500	100%

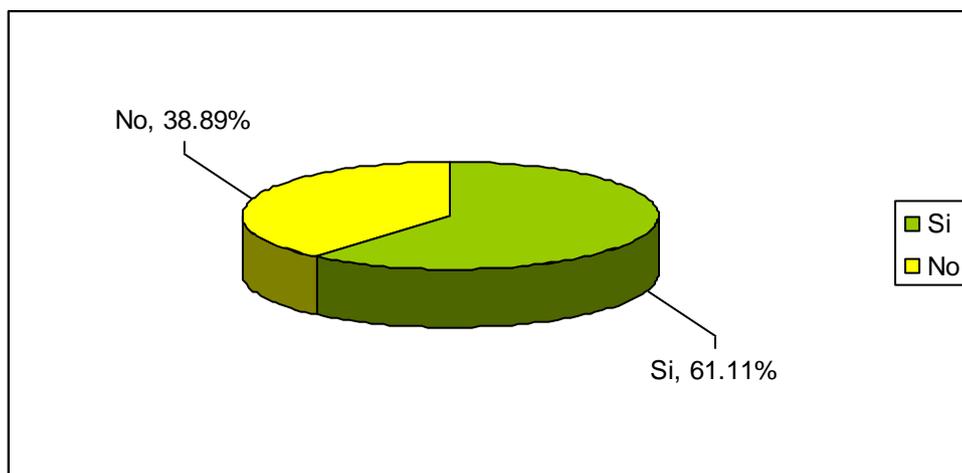


EXPLICACIÓN Y ANÁLISIS

La pregunta fue formulada con la finalidad de verificar si es que los que viven en unión de hecho piensan casarse en el futuro, ya sea a mediano o largo plazo. Sin embargo en forma mayoritaria de un 66.67% contestó que no se va a casar en el futuro.

8) Ha sido alguna vez rechazado su Préstamo Bancario por ser conviviente?

Alternativas	Encuestados	Porcentaje
Si	55	61.11%
No	35	38.89%
Total muestra	90	100%

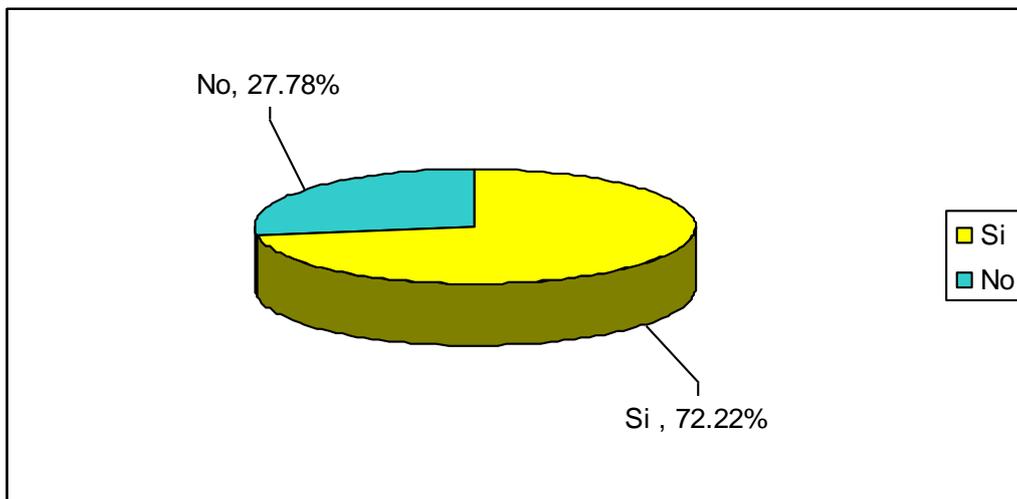


EXPLICACIÓN Y ANÁLISIS

El objetivo de la pregunta fue verificar el comportamiento de las entidades financieras para realizar un préstamo bancario a quienes viven en unión de hecho y el 61.11% de los encuestados afirmó que si había sido rechazado su préstamo por ser conviviente.

9) Ha tenido problemas en Instituciones Públicas o Privadas por ser conviviente?

Alternativas	Encuestados	Porcentaje
Si	65	72.22%
No	25	27.78%
Total muestra	90	100%

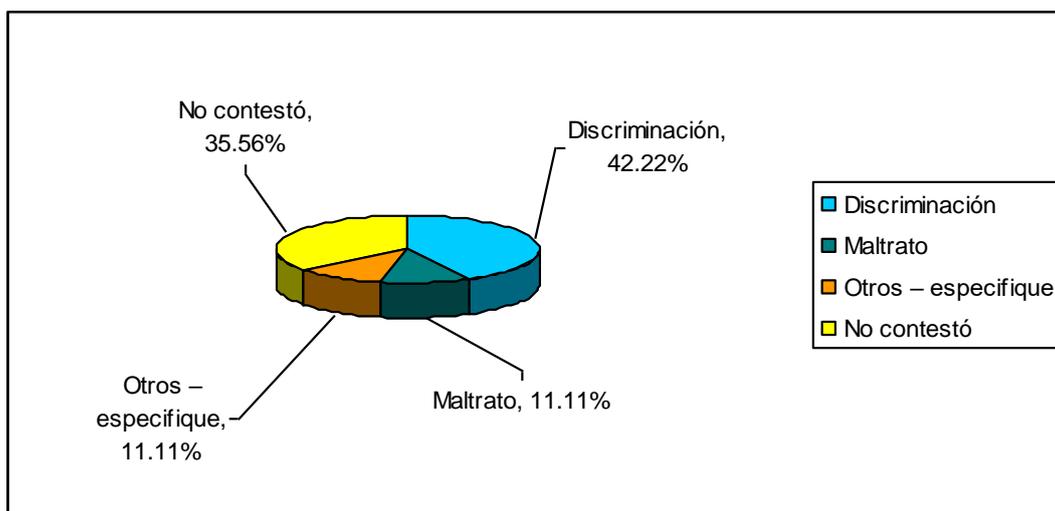


EXPLICACIÓN Y ANÁLISIS

La pregunta tuvo como finalidad determinar el tratamiento de las Instituciones Públicas o Privadas a quienes viven en unión de hecho; es decir, si son tratados de la misma manera o en forma similar a los casados. Como resultado se obtuvo que el 72.22% han sido maltratados por dichas instituciones perjudicando los derechos de los convivientes.

10) Señale qué clase de problemas ha tenido con las instituciones públicas y privadas?

Alternativas	Encuestados	Porcentaje
Discriminación	38	42.22%
Maltrato	10	11.11%
Otros – especifique	10	11.11%
No contestó	32	35.56%
Total encuesta	90	100%



EXPLICACIÓN Y ANÁLISIS

Esta pregunta guarda relación con la pregunta número 9 que está referida a los problemas que han tenido quienes viven en unión de hecho por parte de las instituciones públicas o privadas, y en esta pregunta se le indica que señale que clase de problemas ha tenido en dichas entidades y como se verá el 42.22% de convivientes contestan que han tenido problemas de discriminación.

CONCLUSIONES

- La unión de hecho involucra a seres humanos y el matrimonio también y no encontramos ninguna razón valedera para que sean discriminados y no tengan iguales o similares derechos que los casados teniendo en cuenta que ambos (matrimonio y unión de hecho) están formados por familias integradas por personas.
- El Estado a través de la Constitución y la Ley solamente reconoce derechos de carácter patrimonial a los convivientes, sin embargo no le reconoce derechos personales que son los más importantes, teniendo en cuenta que se trata de seres humanos que deben ser protegidos constitucionalmente.
- Mientras el Estado no sea sensible a los problemas que afrontan los convivientes como seres humanos al verse marginados en sus derechos, la enunciación que aparece en el Artículo 5° de la Constitución Política y en el Artículo 326° del Código Civil Peruano que se refieren a la unión de hecho o concubinato propio de varón y mujer libres de impedimento matrimonial, pero solamente referido a derechos estrictamente patrimoniales, omitiendo referirse a derechos de naturaleza personal a favor de quienes viven en unión de hecho, serán simples declaraciones que permanecerán como letra muerta que no se ha logrado efectivizar en forma individual.

RECOMENDACIONES

- Debe presentarse un Proyecto de Ley a través del Congreso de la República a fin de que se homologue los derechos de los convivientes con los derechos de los casados, terminando así con la discriminación entre ambas familias.

- Resulta necesario e indispensable incorporar al Código Civil Peruano un capítulo sobre los derechos que tienen quienes viven en unión de hecho, por cuanto actualmente solamente el artículo 326 del Código Civil que se refiere a cuestiones patrimoniales y el inciso 3 del artículo 402 del mismo Código que se refiere a la declaración judicial de paternidad extramatrimonial.

BIBLIOGRAFÍA

ARIAS SCHREIBER PEZET MAX. Derecho Familiar Editorial Gaceta Jurídica S.R.L. Tomo VII Pág. 71-72 Lima – Perú. 1997 370 pág.

BORDA GUILLERMO, ¿Cómo revalorizar el matrimonio?, LL, 1987-D-1099.

BOSSERT, Régimen jurídico del concubinato, 3a ed.,p. 152.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, Editorial Berrio, Primera Edición – Lima-Perú 2005 Pág. 10.

CHANAME ORBE Raúl. Diccionario Jurídico Moderno. Gráfica Horizonte Pág. 222-230 de 1056. Lima – Perú.

CHIRINOS SOTO ENRIQUE. Constitución de 1993. Lectura y Comentario, Derechos de Edición y Artes Gráficas reservados a NERMAN S.A., Pág. 42 de 530. Lima – Perú.

DÍAZ DE GUIJARRO, El concubinato como estado aparente de derecho y como base probatoria de la filiación, JA, 1985-1-718.

DÍAZ DE GUIJARRO, El concubinato como estado aparente de derecho y como base probatoria de la filiación, JA, 1985-1-718.

DONGO DENEGRI LUIS. Diccionario Jurídico Agrario. MARSOL-PERÚ. Editores Pág. 76. Lima – Perú 1990, 318 Pág.

FLEITAS QITIZ DE ROZAS, Responsabilidad por la ruptura del concubinato, en "Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia", n° 20, ps. 41 a 57; Fleitas Ortiz de Rozas - Herrera, Efectos jurídicos de las uniones de hecho: responsabilidad por su ruptura, LL, 1999-C-365.

LA CONSTITUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Editorial Gaceta jurídica S.A. Primera Edición –Lima-Perú 2006. Pág. 221.

OTAROLA PEÑARANDA ALBERTO. La Constitución de 1993. Editorial Librería Jurídica El Renacer EIRL Primera Edición Pág. 60 de 351. Lima-Perú 2009.

PLANIOL - RIPERT, Tratado práctico de derecho civil francés, trad. de Mario Díaz Cruz, t. 2, n° 79.

PERALTA ANDIA Javier Rolando. Derecho de familia en el código Civil, Editorial IDEMSA 2da. Edición – Lima-Perú. Pág. 98-99

PLACIDO VILCACHAGUA ALEX. En diez años del Código Civil Peruano. Tomo I. Universidad de Lima WG. Editorial E.I.R.L. Primera Edición Pág. 337 – Lima – Perú 443 Pág.

RAMÍREZ VELA WILDER. La Constitución comentada. Editorial Gráfica. Bernilla Pág. 45 de 200. Lima – Perú 2009.

TORRES VASQUEZ ANIBAL, Código Civil. Quinta Edición. Editorial IDEMSA. Lima – Perú y Editorial TEMIS Bogotá – Colombia 2000 – Pág. 280-281 de 850 Pág.

ZANNONI EDUARDO, Derecho Civil. Derecho de familia, t. 2, p.268.

INEI - Censos Nacionales 2007. XI de Población y VI de Vivienda

ANEXOS

CUADRO N° 1: POBLACIÓN DE 12 Y MÁS AÑOS DE EDAD, POR GRUPOS DE EDAD, SEGÚN DEPARTAMENTO, ÁREA URBANA Y RURAL, SEXO Y ESTADO CIVIL

Departamento, área urbana y rural, sexo y estado civil	TOTAL	GRUPOS DE EDAD					
		12 A 16 AÑOS	17 A 24 AÑOS	25 A 34 AÑOS	35 A 44 AÑOS	45 A 54 AÑOS	55 A MÁS AÑOS
Distrito de CARAZ	1224099	176142	246406	247494	200842	146864	206351
Conviviente	336486	3698	59944	112428	80999	43587	35830
Separado(a)	45422	296	4858	9989	11045	9144	10090
Casado(a)	310182	398	9277	48689	75765	71464	104589
Viudo(a)	47304	19	267	981	2506	5177	38354
Divorciado(a)	5485		171	595	1180	1407	2132
Soltero(a)	479220	171731	171889	74812	29347	16085	15356
Hombres	599779	88950	123077	121274	97250	70456	98772
Conviviente	164742	1208	22144	54928	42176	23533	20753
Separado(a)	11778	70	673	2207	2955	2683	3190
Casado(a)	151941	205	2923	20575	35442	34976	57820
Viudo(a)	11804	8	60	218	596	1119	9803
Divorciado(a)	2162		62	196	460	576	868
Soltero(a)	257352	87459	97215	43150	15621	7569	6338
Mujeres	624320	87192	123329	126220	103592	76408	107579
Conviviente	171744	2490	37800	57500	38823	20054	15077
Separado(a)	33644	226	4185	7782	8090	6461	6900
Casado(a)	158241	193	6354	28114	40323	36488	46769
Viudo(a)	35500	11	207	763	1910	4058	28551
Divorciado(a)	3323		109	399	720	831	1264
Soltero(a)	221868	84272	74674	31662	13726	8516	9018

Fuente : INEI - Censos Nacionales 2007 : XI de Población y VI de Vivienda