

LAS DESVENTAJAS JURIDICAS PARA LAS MUJERES EN EL ORDEN PATRIMONIAL ESTABLECIDO EN EL REGIMEN LEGAL NACIONAL DE LA UNION DE HECHO

Ana Maria Anciburo Silva*

Introducción.

El presente trabajo, que trata sobre “**LAS DESVENTAJAS JURIDICAS PARA LAS MUJERES EN EL ORDEN PATRIMONIAL ESTABLECIDO EN EL REGIMEN LEGAL NACIONAL DE LA UNION DE HECHO**”, es el resultado del estudio e investigación desarrollado con mucho esfuerzo enmarcado dentro de un contexto mas amplio que busca dar respuesta a la interrogante: ¿El actual régimen legal nacional garantiza o no la igualdad de derechos de los convivientes en el patrimonio adquirido dentro de las uniones de hecho?. En base a dicha propuesta se formularon asimismo las respuestas provisionales o hipótesis. El presente tema es el resultado de esa indagación efectuada que resume, dentro de las limitaciones que se encontró en el camino.

En efecto, no obstante las deficiencias bibliográficas, la falta de recursos para desarrollar trabajos de campo, el poco tiempo de que se dispone para la investigación, se ha podido visualizar aspectos importantes que pueden ser tomados a futuro por otros estudiosos del derecho en la especialidad de Familia. Se entiende que no es una obra insuperable, pero sí refleja el esfuerzo y la buena intención de aportar en el esclarecimiento y determinación de vacíos que deben ser regulados

1. Concepto de la unión de hecho como instituto jurídico familiar.

1.1 El concubinato.

El término concubinato deriva del latín “concubere” que literalmente significa dormir juntos, es decir que se trata de una situación fáctica entre un varón y una mujer que cohabitan para mantener relaciones sexuales estables.

Se debe notar también que el término concubinato puede tener dos diferentes significados:

- a) socialmente es la pareja que no ha perfeccionado ninguna formalidad

* Abogada - Licenciada en Sociología. Juez supernumerario del 2do Juzgado de Paz Letrado de Puente Piedra- Santa Rosa y Ancón.

matrimonial, ni civil, ni religiosa, ni consuetudinaria; y

- b) desde un punto de vista jurídico, se denomina concubinato a todo aquel que convive sin haber perfeccionado su matrimonio civil.

Según el Diccionario Enciclopédico de Derecho de Guillermo Cabanellas, concubinato viene a ser la relación o trato de un hombre con su concubina (v.). A La vida marital de ésta con aquél. **Estado en que se encuentran el hombre y la mujer cuando comparten casa y vida como si fueran esposos, pero sin haber contraído ninguna especie de matrimonio (v.), ni canónico ni civil.**

Como en todos los países del mundo, en el Perú se registra también y con guarismos masivos, el fenómeno concubinario.

La realidad reflejada en los censos de población permite distinguir, al menos, las cuatro situaciones siguientes:

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

En Roma se entendía el concubinato por una unión de inferior naturaleza a las justas nupcias, que producía efectos jurídicos. De acuerdo a ello era la “unión estable entre un hombre y una mujer sin affectio maritalis.”

En República Dominicana, etimológicamente la palabra concubino proviene del latin Concubinatus, que significa vida marital del hombre y la mujer.

El concepto de concubinato, en sentido amplio, es la cohabitación de un hombre y una mujer sin la ratificación del matrimonio. En su sentido restringido, el concubinato es una forma de poligamia en la cual la relación matrimonial principal se complementa con una o más relaciones sexuales.

El concubinato es la situación de hecho derivada de la convivencia de dos personas, hombre y mujer no unidas por matrimonio, que comparten un proyecto de vida común basado en relaciones afectivas de carácter singular y dotadas de estabilidad y permanencia.

Características del Concubinato: Cohabitación, notoriedad, singularidad y permanencia.

1.2. La unión de hecho

En cuanto a la unión de hecho, suele darse diferentes denominaciones, convivencia more uxorio, pareja de hecho, matrimonio de hecho, unión libre, concubinato, pareja no casada, unión extramatrimonial.

Las uniones de hecho deben reunir las características exigidas, esto es una situación de hecho derivada de la convivencia de un hombre y una mujer no unidas por matrimonio, que comparten un proyecto de vida común basada en relaciones afectivas de carácter singular y dotadas de estabilidad y permanencia.

La unión de hecho consiste en una comunidad de lecho, de habitación y de vida; la que debe ser susceptible de público conocimiento. Si no fuera notoria, mal podría hablarse de una apariencia al estado matrimonial y la carencia de este requisito incidirá en el plano de los efectos que interesan a terceros. Debe ser, además, singular. Este concepto implica que la totalidad de los elementos que constituyen la unión de hecho debe darse solamente entre dos sujetos: un hombre y una mujer; singularidad que no se destruye, si uno de los convivientes mantiene una relación sexual esporádica.

Sobre la permanencia, es necesario establecer un plazo mínimo; adaptado a los diversos conflictos de tiempo que a la unión de hecho se pueden vincular. Por eso en el texto constitucional actual, a diferencia del derogado, no se hace referencia alguna a la fijación de un tiempo; lo que corresponde efectuar al legislador de acuerdo a cada circunstancia.

La ausencia de impedimentos matrimoniales en los sujetos que componen la unión de hecho, determina que se distinga entre unión de hecho propia (aquella en la que no media impedimento matrimonial entre la pareja) y unión de hecho impropia (aquella en la que existe impedimento matrimonial).

2.- Derechos que emergen para los concubinos de la regulación jurídica nacional de la unión de hecho en relación al patrimonio.

El Artículo 5 de la Constitución Política del Perú de 1993 reconoce el concubinato como la unión estable entre un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, dando lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable. Merece recalcar que un rasgo distintivo de la unión concubinaria es la vida en común notoria y a la vista de las comunidades nativas y campesinas.

Este modo de actuar social ha sido definido como una unión monogámica entre un

hombre y una mujer que, aunque posean la capacidad requerida para celebrar un matrimonio, mantiene una sociedad de hecho (siendo aquélla que, a pesar de ser lícita, no ha cumplido con todos los requisitos legales para la constitución del matrimonio) permanente y responsable, cuyo fin sea edificar una familia, cumpliendo con los deberes recíprocos de cohabitación, socorro y respeto, todo esto bajo la apariencia de un matrimonio. Si bien es una institución que ha ido creciendo en los últimos cincuenta años, la tradición de nuestro país impidió este cambio en la legislación durante mucho tiempo.

Muchos reconocen y reivindican que el quid que sujeta tal unión no son ya lazos jurídicos o religiosos indelebles, sino que sólo existe un único aglutinante: el amor. Cabe tener presente que se trata de la de marras de una situación de hecho, que hasta ahora no produce efecto jurídico alguno per se.

El concubinato o unión de hecho, en estos lares australes desde un primer momento recibió la más calurosa de las oposiciones, basadas fundamentalmente en nuestras creencias religiosas. Fue recién en la década del sesenta en que la conciencia social fue un poco más flexible e indulgente con tales situaciones.

En esta segunda mitad del siglo se pensó que el concubinato era un mal tolerable, pues al no poder acceder al divorcio vincular, se despojaba a quien se equivocara de la posibilidad de rehacer su vida formando una nueva familia, todo en aras de un ideal de libertad

Por ejemplo en Argentina cuando, al advenimiento de la democracia, el Gobierno Alfonsinista legó la nueva ley de matrimonio civil, se introdujo la posibilidad del divorcio y con ella la expectativa firme que el concubinato desapareciera. No fue así.

Muchas y muy diversas son seguramente las razones para que un hombre y una mujer formen una familia en apariencia de matrimonio, y sólo así, sin llegar al Registro Civil. Nos faltan acaso las técnicas necesarias para evaluar ese comportamiento social.

De todos modos, creemos prudente analizar ciertos elementos meta jurídicos, y diferenciar aquellos casos en que se vive en unión "sin papeles" por comodidad, o porque sus condiciones socioculturales les impide acceder y atisbar la importancia del matrimonio pudiendo hacerlo, de aquellas otras situaciones en que se vive en concubinato por existir una prohibición de la ley para realizar un matrimonio válido.

Ahora bien, ¿cualquier unión es concubinato? De ninguna manera. Sólo cuando un hombre y una mujer se dispensan mutuamente el tratamiento público de cónyuges correspectivos, o lo que es lo mismo ambos poseen estado de cónyuge, sin haber celebrado matrimonio estamos ante un concubinato. Es decir, ha de tratarse de un matrimonio aparente. O lo que es lo mismo, participar de sus

caracteres. Esto es, debe ser heterosexual (entre personas de distinto sexo por lo que no se considera concubinato si se tratara de unión homosexual), singular (sólo un hombre con una mujer, con lo que se descarta uniones poligámicas), estable, notorio, y con la voluntad de los participantes de ser continuo (de ahí su precariedad, pues está sujeto sólo a su voluntad).

El concubinato en nuestra sociedad aparece como una realidad latente que se halla al margen de la legislación y que requiere ser tomada en cuenta de manera inminente, debido a su veloz incremento actual, pudiéndose apreciar que cada día son más y más las parejas que deciden formar una unión extramatrimonial como solución a su situación.

Este fenómeno social se produce por gran diversidad de factores de índole tanto económico como cultural. En cuanto a los económicos, se garantiza que constituyen la razón casi primordial, ya que en los bajos niveles que integran nuestra sociedad resulta mucho más arduo imponer la figura jurídica del matrimonio, optando por una vía más fácil, representada por las uniones extraconyugales, que no llevan consigo obligación legal alguna. En relación con las causas de carácter cultural, se encuentra la falta de desarrollo en la educación, pues esto ocasiona que el venezolano de escasos recursos no comprenda cabalmente la importancia de un vínculo familiar sistematizadamente organizado.

Parece imperioso delimitar la frontera que cubre el concepto de la relación concubitaria en sí, es decir, su aspecto personal. Para ello es indispensable aclarar dentro de cuál o cuáles conceptos jurídico-institucionales se ubica la situación en cuestión.

Resulta sin duda incuestionable que el concubinato representa un estado meramente familiar, ya que cumple básicamente con las funciones del mismo. Pese a ello, únicamente representa dicha circunstancia y no la constituye como tal, debido a que no posee un lazo biológico entre la pareja ni una sentencia de matrimonio firmes que lleguen a sustentarla; así se da en este caso la existencia de un estado aparente de familia, basado en los hechos y no en el Derecho. De modo que los concubinos desarrollan ante la comunidad en la cual se desenvuelven una aparente vida conyugal de marido y mujer (cuando la unión es pública y no oculta, claro está), sin estar unidos por el vínculo matrimonial que otorga la ley.

Esta situación tiene escena en nuestro mundo jurídico debido a que la relación extramatrimonial implica un valor intrínseco en sí misma al cual el Derecho no puede dar la espalda, pues si lo hiciera estaría yendo en contra de su misma esencia, como es la de organizador de las formalidades requeridas por los supuestos jurídicos que surgen día tras día en la sociedad.

Se presume, salvo prueba en contrario, que el hombre que vivía con la mujer en

concubinato notorio para la fecha en que tuvo lugar el nacimiento del hijo, ha cohabitado con ella durante el período de la concepción.

En consecuencia, se observa una vez más que nuestra normativa busca salvaguardar el fenómeno extramatrimonial como cimiento real de la manifestación de la familia, al expresar que bajo presunción iuris tantum se facilita la prueba de la filiación del niño nacido de pareja de concubinos.

Diversos estatutos como la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la nueva Ley de Protección al Niño y al Adolescente, además de la reforma de nuestro Código Civil en 1984, entre otros, han ratificado la libertad probatoria para el establecimiento de la filiación, han eliminado la diferenciación entre hijos naturales y legítimos, todo ello en aras de promover el desarrollo pleno y estable de la personalidad de todo niño, protegiéndolo de cualquier clase de maltrato o menosprecio que pudiese sufrir; pues resguardar su situación es velar a la vez por el futuro crecimiento de la sociedad, con ciudadanos considerados con su propia persona y con quienes que les rodean.

Por otra parte, cuando el acto de reconocimiento del hijo nacido fuera del matrimonio no se hiciera de manera voluntaria, la madre del niño (o incluso éste personalmente, según se dé la situación) podrá acudir a todo género de pruebas; incluyendo exámenes hematológicos y heredobiológicos, constancia de la posesión de estado de hijo, etcétera. Una vez establecida la filiación, el padre queda en la obligación de prestar a su hijo pensión alimentaria (entendida como el suministro de todos los medios que requiera para su manutención). De igual modo, comenzará a desempeñar el ejercicio de la patria potestad (la cual consistirá en la protección integral del sujeto confiada a sus padres) y de la guarda (referida a la debida satisfacción que debe darse a las exigencias del menor, vigilándolo y educándolo) de su descendiente, pero de manera conjunta con la madre, pues así lo establece la ley; siempre y cuando alguno de ellos no incurra en los impedimentos previstos por la ley para practicar estos deberes de padre. Todos estos supuestos de responsabilidad paterna serán llevados a cabo mientras el hijo sea menor de edad no emancipado, o en caso de que se trate de un mayor de edad inhabilitado.

Gracias a estos aspectos previstos en el C.C.P. para la adecuada regulación del concubinato, es posible afirmar que éste, al igual que el matrimonio, origina determinados efectos pecuniarios que involucran a ambos miembros de la unión de hecho, así como a terceros que se vean relacionados a ella.

La existencia del estado aparente de familia que genera el concubinato da cabida al surgimiento de un Derecho aparente, según autores como Bossert, llegando a la situación de que se originen negociaciones y relaciones jurídicas de la pareja (o uno de sus miembros) con terceros, tal como si fuesen un verdadero matrimonio, gozando de sus aparentes efectos pertinentes; siempre y cuando esta unión

resulte notoria y estable (procurando respaldar de igual modo los intereses ajenos involucrados con motivo de buena fe); circunscribiendo elementalmente dentro de dichas relaciones jurídicas los deberes que tendrán los concubinos con sus hijos, en caso de que los tengan, analizados arriba. Así, esta simulación de un matrimonio en una unión estable de hecho debe ser debidamente probada a través de presunciones, demostración por excelencia en estos casos según la doctrina venezolana, bien sean iuris tantum (que admiten prueba en contrario) o bien iuris et de iure (que no admiten prueba en contrario); señalando la certeza del parentesco que relaciona a la pareja envuelta en la negociación.

La principal presunción que considera nuestro Código en cuanto al carácter patrimonial de toda unión extramatrimonial, se encuentra en el artículo 767 y se refiere a la Comunidad Concubinaria:

Se presume la comunidad, salvo prueba en contrario, en aquellos casos de unión no matrimonial, cuando la mujer, o el hombre, en su caso demuestren, que han vivido permanentemente en tal estado aunque los bienes cuya comunidad se quiere establecer aparezcan a nombre de uno solo de ellos. Tal presunción sólo surte efectos legales entre ellos dos y entre sus respectivos herederos y también entre uno de ellos y los herederos del otro. Lo dispuesto en este artículo no se aplica si uno de ellos está casado.

Se presume la comunidad, salvo prueba en contrario, en aquellos casos de unión no matrimonial, cuando la mujer demuestra que ha vivido permanentemente en tal estado y ha contribuido con su trabajo a la formación o aumento del patrimonio del hombre, aunque los bienes cuya comunidad se quiera establecer aparezcan documentados a nombre de uno solo de ellos.

“Cuando aludimos neciamente a una «ley de parejas de hecho» estamos formulando una paradoja irresoluble, pues la misión de la ley consiste en regular situaciones de derecho, y la expresión «parejas de hecho» nace, precisamente, por oposición a «parejas de derecho».”

Esto sentado, hay que advertir que la expresión unión de hecho o unión extramarital en realidad no abarca una única modalidad con caracteres comunes, sino una pluralidad de manifestaciones con rasgos distintos. Junto al concubinato que tiende a ser estable, normalmente no destinado a concluir en matrimonio y que suele ser resultado de una seria deliberación, existe toda una gama de situaciones con las características del concubinato a tiempo parcial: jóvenes que cohabitan antes de casarse; parejas que se plantean una relación transitoria y sin vistas al matrimonio; uniones fecundas y otras deliberadamente estériles; unas diseñadas como maternidades solitarias voluntariamente programadas, etc. Esto, sin olvidar que, junto a las de carácter heterosexual, existen las establecidas entre homosexuales, en las cuales también se dan situaciones distintas

3.- Desventajas jurídicas que fija el actual ordenamiento nacional de la unión de hecho especialmente para con las mujeres

Actualmente, la Unión de Hecho no cuenta con una regulación sistemática e integral, pues únicamente es recogido por el artículo 5º de la Constitución del Estado, y concordante con el principio de amparo de la unión de hecho, es regulado en el único artículo 326º del Código Civil, confiriéndole efectos patrimoniales. No obstante no cumple con proteger a la mujer parte integrante de la relación y con un alto porcentaje por ejemplo de quedar embarazadas con el correspondiente nacimiento de hijos que requieren protección legal.

Se dice que “En el Perú el 60% de familias están formadas en base a uniones concubinarias que el derecho no puede ignorar, ni marginar, porque crea una situación de incertidumbre jurídica para estas parejas, sobre todo después que se produce el deceso de ellos”.

El matrimonio y las uniones de hecho, tienen una regulación jurídica distinta, y la elección entre una de ellas recae en las personas, y dicha elección libre y voluntaria obedece a opciones y planteamientos personales dentro de su perspectiva de vida, las que requieren un tratamiento adecuado en los diversos aspectos.

El derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio o formar una Unión de Hecho, y a fundar una familia está inmerso en el derecho a la libertad personal, y de desarrollar sus proyectos de vida.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente No. 2868-2004-AA/TC) en el Décimo Cuarto, este supremo intérprete señaló:

“El Tribunal considera que el derecho de contraer libremente matrimonio, si bien no tiene la autonomía propia de un derecho constitucional específico, como lo tienen la libertad contractual, de empresa, tránsito, religión o cualquier otra que se reconozca en la Norma Fundamental, sí se encuentra en el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la persona, reconocido en el artículo 2, inciso 1), de la Constitución”.

Al existir reconocimiento jurídico a formar una familia, así también existen diversas formas que puede adoptar una familia, y que gozan de protección jurídica. El derecho de fundar una familia tiene reconocimiento internacional, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que además proclama a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad y señala que debe gozar de la protección de la sociedad y del Estado. Asimismo, en los convenios internacionales sobre derechos humanos que han sido ratificados por el Estado Peruano también enuncian el reconocimiento del derecho a fundar una familia; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana

sobre Derechos Humanos.

Asimismo, teniendo en cuenta la diversidad de formas familiares, sea familia matrimonial, unión de hecho, monoparental, extendida o reconstituida, etc., que se pueda adoptar, a nivel internacional también se ha resaltado la importancia que los Estados partes en sus informes establezcan con precisión, la diversidad de familias en cuanto a su protección.

Así, en la Observación General No. 19, se precisa en el Numeral 2:

“El Comité observa que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Sin embargo, el Comité destaca que, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, éste debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23º. Por consiguiente, en sus informes, los Estados Partes deberían exponer la interpretación o la definición que se da del concepto de familia y de su alcance en sus sociedades y en sus ordenamientos jurídicos. Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, "nuclear" y "extendida", debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros”.

En cuanto a la unión de hecho, suele darse diferentes denominaciones, convivencia more uxorio, pareja de hecho, matrimonio de hecho, unión libre, concubinato, pareja no casada, unión extramatrimonial, etc. Concubinato o unión de hecho, la que reúne las características exigidas, es una situación de hecho derivada de la convivencia de un hombre y una mujer no unidas por matrimonio, que comparten un proyecto de vida común basada en relaciones afectivas de carácter singular y dotadas de estabilidad y permanencia. Empero, de esta definición, faltan otras notas distintivas para caracterizarla de otras uniones.

En la unión de hecho propia, que se asemeja a un matrimonio, presenta las características de ser una unión de hombre y mujer, libres de impedimento matrimonial, bajo un lugar donde existe cohabitación de carácter singular, y que goza de estabilidad o permanencia y notoriedad, por un período mínimo de dos años.

Así, precisando brevemente, en cuanto a la **Cohabitación**, implica la unión de un hombre y mujer en un determinado domicilio común. Esta es una característica que lo hace distinguir de las relaciones esporádicas o circunstanciales. En la

Singularidad, significa que la pareja de hecho deben hacer su vida en común únicamente entre ellos. Y esta característica guarda relación con el deber de fidelidad que deben tener los concubinos. La **Notoriedad** consiste en que la pareja debe llevar su vida en común en su domicilio susceptible de ser de público conocimiento, es decir debe tener manifestación externa hacia la sociedad, desarrollando sus actividades como grupo familiar ante ella. La **Estabilidad** implica que la relación de pareja debe ser estable, permanente, duradera en el tiempo. No podría considerarse familia a las relaciones fugaces o esporádicas, es así la ley fija plazo mínimo de dos años para que la unión de hecho surta sus efectos pretendidos por el derecho. La **Ausencia de impedimentos** es un requisito indispensable para configurar la unión de hecho propia, pues hombre y mujer no deben tener impedimento legal para contraer matrimonio, estando latente la posibilidad que en cualquier momento puedan contraerlo.

La unión de hecho conlleva una serie de relaciones en su interior, al igual que sucede en la familia originada en el matrimonio, ciertamente desde las más naturales como el afecto a los hijos, las relaciones de pareja, las obligaciones naturales para la conservación de dicha unión, hasta las que tienen que ver con terceros ajenos a dicha relación, pues, como familia, la unión de hecho también se proyecta a la sociedad donde se encuentra inmersa, porque conlleva relaciones y situaciones con relevancia jurídica que el derecho no puede estar al margen de esa realidad, de ahí que haría necesario una regulación adecuada, que precise en cuanto a los efectos personales y patrimoniales que se derivan de la indicada institución sobre todo las que revisten características de un estado matrimonial, siendo una de ellas, la *affectio familiaris* que le hacen asemejar a un matrimonio.

En la unión de hecho, además de las características descritas anteriormente, debe reunir otra nota distintiva que le va permitir asemejarse con las mismas características de un matrimonio, la llamada “*Affectio Familiaris*” (aquí la mujer no tiene precisamente la mejor situación jurídica).

El doctor Hernán Corral Talciani, precisa al respecto:

“El gran requisito de la familia de hecho es el ánimo de formar familia, ánimo que es denominado por los autores *affectio familiaris*. En la Familia de derecho este ánimo o afecto es presumido por la sola existencia del vínculo jurídico. No sucede lo propio, en cambio, en los grupos familiares no matrimoniales, en los que se necesita que tal efecto se compruebe”.

Precisando esta característica peculiar del ánimo de formar una familia, se encuentra implícita en el artículo 326 del Código Civil, que tiene su base Constitucional en el artículo 5, en cuanto se exige a esa unión “...para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio,...”. En la unión de hecho propia bajo estas notas caracterizadoras, los deberes legales que se derivan del matrimonio, como los de asistencia, ayuda mutua, fidelidad, o de

cohabitación, no son exigibles legalmente en esa relación concubinaria, pues no hay un régimen alimentario entre ellos por lo menos durante la convivencia, tampoco obligación de cohabitar en el domicilio convivencial, si a eso se agrega que cualquiera de los concubinos puede dar término a esa relación por decisión unilateral; dado que en la convivencia esos deberes legales son obligaciones naturales que subyacen de la misma relación concubinaria como consecuencia de ese ánimo para constituir una familia, -de ese ánimo de alcanzar las finalidades del matrimonio- entre ellas, las de procreación, asistencia y ayuda mutua, la satisfacción sexual, la educación de la prole, etc., como exigencia natural de preservar esa unión por sus integrantes y cumplir su proyecto de vida en común.

Sin embargo, creemos que en la realidad se presentan situaciones que deberían ser tomadas en cuenta por el legislador, cuando se ha de regular y proteger determinadas efectos personales, patrimoniales o sucesorios en la unión de hecho, que son tan naturales como las que se derivan del matrimonio, sobre todo las que cumplen esas finalidades semejantes a ésta última, pues hay hijos que se han procreado dentro de esa unión producto de esa llamada *affectio familiaris*, entre la pareja, y también hay bienes que tienen su sustento en esa misma finalidad.

Respecto a los deberes, siendo naturales en la convivencia, no son exigibles legalmente, -al menos en las relaciones personales entre los concubinos- en tanto las relaciones en su interior se desenvuelven con naturalidad; de lo que podemos afirmar que la existencia y consolidación como familia, en la unión de hecho dependerá, en gran medida, de sus integrantes.

Por ello, dicho marco legal en cuanto a la regulación de sus efectos, en las relaciones personales o en las patrimoniales, debe tener en cuenta estas notas caracterizadoras, dado que lo hacen asemejar a un matrimonio, sobre todo para evitar situaciones de abuso como se afirma en la doctrina.

4. Desprotección legal de los concubinos en relación al patrimonio de los que tienen impedimento para contraer matrimonio civil.

La desprotección Legal de los concubinos en relación al patrimonio de lo que tienen impedimento para contraer matrimonio civil va desde diferentes ámbitos.

Así, analizando el artículo sustentado por Alfonso Cardenal López Trujillo -Presidente S. E. Mons.-, y Francisco Gil Hellín -Secretario-, quienes indican una realidad mucho más agravada si se aprecia el matiz que la Iglesia le da, las llamadas «uniones de hecho» están adquiriendo en la sociedad en estos últimos años un especial relieve. Ciertas iniciativas insisten en su reconocimiento institucional e incluso su equiparación con las familias nacidas del compromiso matrimonial. Ante una cuestión de tanta importancia y de tantas repercusiones futuras para la entera comunidad humana, este Pontificio Consejo para la Familia

propone, mediante las siguientes reflexiones, llamar la atención sobre el peligro que representaría un tal reconocimiento y equiparación para la identidad de la unión matrimonial y el grave deterioro que ello implicaría para la familia y para el bien común de la sociedad.

En el presente documento, tras considerar el aspecto social de las uniones de hecho, sus elementos constitutivos y motivaciones existenciales, se aborda el problema de su reconocimiento y equiparación jurídica, primero respecto a la familia fundada en el matrimonio y después respecto al conjunto de la sociedad.

Se atiende posteriormente a la familia como bien social, a los valores objetivos a fomentar y al deber en justicia por parte de la sociedad de proteger y promover la familia, cuya raíz es el matrimonio.

4.1. Elementos constitutivos de las uniones de hecho.

No todas las uniones de hecho tienen el mismo alcance social ni las mismas motivaciones. A la hora de describir sus características positivas, más allá de su rasgo común negativo, que consiste en postergar, ignorar o rechazar la unión matrimonial, sobresalen ciertos elementos.

Primero, el carácter puramente fáctico de la relación. Conviene poner de manifiesto que supone una cohabitación acompañada de relación sexual (lo que las distingue de otros tipos de convivencia) y de una relativa tendencia a la estabilidad (que las distingue de las uniones de cohabitación esporádicas u ocasionales). Las uniones de hecho no comportan derechos y deberes matrimoniales, ni pretenden una estabilidad basada en el vínculo matrimonial. Es característica la firme reivindicación de no haber asumido vínculo alguno. La inestabilidad constante debida a la posibilidad de interrupción de la convivencia en común es, en consecuencia, característica de las uniones de hecho. Hay también un cierto «compromiso», más o menos explícito, de «fidelidad» recíproca, por así llamarla, mientras dure la relación.

Algunas uniones de hecho son clara consecuencia de una decidida elección. La unión de hecho «a prueba» es frecuente entre quienes tienen el proyecto de casarse en el futuro, pero lo condicionan a la experiencia de una unión sin vínculo matrimonial. Es una especie de «etapa condicionada» al matrimonio, semejante al matrimonio «a prueba», pero, a diferencia de éste, pretenden un cierto reconocimiento social.

Otras veces, las personas que conviven justifican esta elección por razones económicas o para soslayar dificultades legales. Muchas veces, los verdaderos motivos son más profundos. Frecuentemente, bajo esta clase de pretextos, subyace una mentalidad que valora poco la sexualidad. Está influida, más o menos, por el pragmatismo y el hedonismo, así como por una concepción del

amor desligada de la responsabilidad. Se rehuye el compromiso de estabilidad, las responsabilidades, los derechos y deberes, que el verdadero amor conyugal lleva consigo.

En otras ocasiones, las uniones de hecho se establecen entre personas divorciadas anteriormente. Son entonces una alternativa al matrimonio.

Con la legislación divorcista el matrimonio tiende, a menudo, a perder su identidad en la conciencia personal. En este sentido hay que resaltar la desconfianza hacia la institución matrimonial que nace a veces de la experiencia negativa de las personas traumatizadas por un divorcio anterior, o por el divorcio de sus padres. Este preocupante fenómeno comienza a ser socialmente relevante en los países más desarrollados económicamente.

No es raro que las personas que conviven en una unión de hecho manifiesten rechazar explícitamente el matrimonio por motivos ideológicos. Se trata entonces de la elección de una alternativa, un modo determinado de vivir la propia sexualidad. El matrimonio es visto por estas personas como algo rechazable para ellas, algo que se opone a la propia ideología, una «forma inaceptable de violentar el bienestar personal» o incluso como «tumba del amor salvaje», expresiones que denotan desconocimiento de la verdadera naturaleza del amor humano, de la oblatividad, nobleza y belleza en la constancia y fidelidad de las relaciones humanas.

No siempre las uniones de hecho son el resultado de una clara elección positiva; a veces las personas que conviven en estas uniones manifiestan tolerar o soportar esta situación. En ciertos países, el mayor número de uniones de hecho se debe a una desafección al matrimonio, no por razones ideológicas, sino por falta de una formación adecuada de la responsabilidad, que es producto de la situación de pobreza y marginación del ambiente en el que se encuentran.

La falta de confianza en el matrimonio, sin embargo, puede deberse también a condicionamientos familiares, especialmente en el Tercer Mundo. Un factor de relieve, a tener en consideración, son las situaciones de injusticia, y las estructuras de pecado. El predominio cultural de actitudes machistas o racistas, confluye agravando estas situaciones de dificultad.

En estos casos no es raro encontrar uniones de hecho que contienen, incluso desde su inicio, una voluntad de convivencia, en principio, auténtica, en la que los convivientes se consideran unidos como si fueran marido y mujer, esforzándose por cumplir obligaciones similares a las del matrimonio. La pobreza, resultado a menudo de desequilibrios en el orden económico mundial, y las deficiencias educativas estructurales, representan para ellos graves obstáculos en la formación de una verdadera familia.

En otros lugares, es más frecuente la cohabitación (durante periodos más o menos prolongados de tiempo) hasta la concepción o nacimiento del primer hijo. Estas costumbres corresponden a prácticas ancestrales y tradicionales, especialmente fuertes en ciertas regiones de Africa y Asia, ligadas al llamado «matrimonio por etapas». Son prácticas en contraste con la dignidad humana, difíciles de desarraigar, y que configuran una situación moral negativa, con una problemática social característica y bien definida. Este tipo de uniones no deben ser, sin más, identificadas con las uniones de hecho de las que aquí nos ocupamos (que se configuran al margen de una antropología cultural de tipo tradicional), y suponen todo un desafío para la inculturación de la fe en el Tercer Milenio de la era cristiana.

La complejidad y diversidad de la problemática de las uniones de hecho, se pone de manifiesto al considerar, por ejemplo, que, en ocasiones su causa más inmediata puede corresponder a motivos asistenciales. Es el caso, por ejemplo, en los sistemas más desarrollados, de personas de edad avanzada que establecen relaciones solo de hecho por el miedo a que acceder al matrimonio les infiera perjuicios fiscales, o la pérdida de las pensiones.

5.- Desprotección legal de los concubinos en relación al patrimonio de los que no tienen el tiempo de duración que señala la ley.

Este modo de actuar social ha sido definido como una unión monogámica entre un hombre y una mujer que, aunque posean la capacidad requerida para celebrar un matrimonio, mantiene una sociedad de hecho (siendo aquélla que, a pesar de ser lícita, no ha cumplido con todos los requisitos legales para la constitución del matrimonio) permanente y responsable, cuyo fin sea edificar una familia, cumpliendo con los deberes recíprocos de cohabitación, socorro y respeto, todo esto bajo la apariencia de un matrimonio.

Si bien es una institución que ha ido creciendo en los últimos cincuenta años, la tradición de nuestro país impidió este cambio en la legislación durante mucho tiempo. Nuestro ordenamiento legal se muestra incólume al determinar que para que surtan efectos esta relación deberá ser con un mínimo de 2 años, lo cual contraviene los derechos que pudiera haber adquirido sobre bienes patrimoniales en un plazo menor del señalado por ley, lo cual debe ser evaluado por nuestros legisladores.

5.1. Propuestas para una legislación que nivele los derechos de los concubinos en el patrimonio común

5.5.1 Efectos patrimoniales de la unión de hecho- problemática

La unión de hecho origina una comunidad de bienes que se sujeta a las disposiciones del régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere

aplicable.

En primer lugar, que el régimen patrimonial de las uniones de hecho es único y forzoso.

En segundo término, que ese régimen es uno de comunidad de bienes. A esa comunidad de bienes se le aplican las reglas del régimen de sociedad de gananciales en lo que fuera pertinente. El artículo 326 del Código Civil condiciona la aplicación de las normas del régimen de sociedad de gananciales a la comunidad de bienes ocasionada de una unión de hecho, e que ésta haya durado por lo menos dos años continuos. De no cumplirse con este plazo, los convivientes sometan sus relaciones patrimoniales a las reglas de la comunidad de bienes y, en su caso, las de copropiedad. Cumplido el plazo señalado, a la comunidad de bienes existente entre los convivientes se le aplicarán las reglas de la sociedad de gananciales en cuanto fuere pertinente. Ello no importa una conversión de la comunidad de bienes en sociedad de gananciales: la determinación de la pertinencia o no de las reglas de sociedad de gananciales a la comunidad de bienes formada por convivientes se realiza considerando la naturaleza del régimen patrimonial de las uniones de hecho.

5.5.2. Las relaciones patrimoniales: la posibilidad de acuerdos privados entre los concubinos

A partir de la Constitución de 1979 se reconoce que la unión de hecho genera una sociedad de bienes (así la calificó el artículo 9 de dicha Constitución) entre los convivientes, que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable. La misma previsión proviene del artículo 326 del Código Civil. La actual Constitución, en cambio, se refiere a una comunidad de bienes (calificación más adecuada según CORNEJO).

A raíz de esta disposición, quienes se han ocupado del tema consideran que, cumplidos los requisitos que la ley exige al concubinato, se entiende configurada ipso iure esa sociedad (comunidad) de bienes. Además, se señala que los convivientes no pueden acogerse al régimen de separación de patrimonios, por cuanto el artículo 326 no dejaría opción para ello, por lo que el régimen patrimonial aplicable y obligatorio es el de la sociedad de gananciales. Solo los cónyuges pueden optar por uno u otro régimen (M. y A. ARIAS-SCHREIBER, A. PLACIDO). Pero para ello es necesario que transcurran los dos años exigidos por la ley, pues si no serán aplicables las normas sobre copropiedad (PLACIDO). Además, se sostiene que, una vez que surja tal comunidad de bienes, a la cual sean aplicables las reglas de la sociedad de gananciales (sin que se convierta en sociedad de gananciales, los concubinos no pueden variar de régimen patrimonial (PLACIDO).

Los pactos patrimoniales entre concubinos, que tienen como fin garantizar recíprocamente los aspectos económicos de la convivencia, resultan ser válidos.

Nada nos indica que ellos sean nulos o inválidos.

Si descendemos a aquello que podría ser el contenido de tales convenios podríamos incluir los acuerdos sobre la obligación recíproca de contribuir a la necesidad del menaje familiar, la puesta a disposición de los bienes que sean de uno o de ambos, la puesta a disposición de la propia capacidad laboral y los réditos que genere o la contribución que derive del trabajo doméstico, la adquisición conjunta de bienes o la adquisición separada, sin desatender las necesidades del hogar. Inclusive, no se ve inconveniente para que se pacte la asistencia económica en caso de estado de necesidad por encontrarse la pareja imposibilitada de generar ingresos, aun después de la conclusión de la unión. También pueden estipularse reglas para la administración de los bienes o sobre el uso de la casa común cuando no exista más comunidad de techo (DEL DOTTO).

A estos acuerdos se pueden añadir estipulaciones sobre los bienes que se adquirirán como comunes y que así serán publicitados ante terceros. El problema, en todo caso, es que tal acuerdo tendría que ser incluido en cualquier contrato que se celebre con terceros para que pueda ser eficaz, dado que, como es obvio, las convivencias no se inscriben en ningún registro, o bien se podría convenir que si uno transfiere su cuota el otro queda obligado a hacerlo con la propia (DEL DOTTO), siempre que no se derive de ello un abuso.

Por lo demás, aun cuando se adquiera de manera conjunta y se publicite así en un registro específico (en a medida que el bien accede a un registro claro está), dado que la cohabitación no genere estado civil oponible (e inscrito), es claro que cualquiera de los miembros de a pareja podría vender su cuota, con lo cual se hace inútil predicar que, cumplidos los requisitos del concubinato, se protegerá a los Concubinos aplicando el régimen de la sociedad de gananciales y el artículo 315 del Código. ¿Cómo puede saber un tercero que los propietarios son consortes si su título de adquisición (ni tampoco en la información registral) aparecen como casados? Todo parece indicar una de dos cosas: o bien el artículo 315º no tendrá efectividad y, por ende, el conviviente afectado tendrá que reclamar una indemnización, o bien se hace necesario modificar el sistema legal y registral para dar adecuada publicidad. Hasta la fecha el numeral citado resulta, a todas luces, inoperante, inútil. Es claro que un adquirente de buena fe se verá protegido por el artículo 948º en el caso de bienes muebles o por el numeral 2014º en el caso de inmuebles. ¿De qué sirvió pregonar la aplicación del régimen de la sociedad de gananciales si nada garantiza a los propios convivientes sus derechos patrimoniales?

Por tal razón, mientras no se encuentra acreditada (o publicitada) la convivencia, serán improductivas las acciones que pueda seguir uno de los convivientes cuando un tercero agreda los bienes que figuran solo a nombre de uno de ellos y el otro pretende ejercer una acción de tercería o de nulidad de disposición de los bienes comunes. Baste ver lo resuelto por la Corte Suprema mediante fallos de 12

de septiembre del 1996 de junio de 1998 y 10 de marzo del 1998, en los que el Tribunal exigió que los demandantes debieron hacer reconocer en un proceso previo la existencia de la unión para poder ejercer sus reclamos ante terceros. Es notorio que urge una reforma legislativa para eliminarla desprotección que se advierte, inclusive, en la jurisprudencia.

Los pactos (acompañados de una complementada reforma del sistema de publicidad, cuando ello sea posible si se quieren hacer oponibles a terceros) se presentan como una mejor solución a la aplicación de un régimen legislativo que pretende ser asfixiante (ASTONE). Se trataría, sin duda, de contratos atípicos que posiblemente resolverían mejor las controversias patrimoniales entre los interesados por permitirles organizarse de manera adecuada y anticipada. Y que no se diga que no es conveniente ampararse en la doctrina italiana bajo el argumento de que, en Italia, al no existir normas para el concubinato, ha tenido que ser la Corte de Casación la que admita los pactos, mientras que en el Perú sí hay legislación al respecto. También son admitidos por el Supremo Tribunal en España.

Lo que sostengo es que no veo impedimento, ni ilicitud ni inmoralidad, para dar cabida a estos acuerdos. ¿Qué lo prohíbe? ¿Una interpretación excesivamente literal del artículo 326º del Código? La sociedad de gananciales como régimen debería ser supletorio (FERRANDO). Es la tendencia; así ocurre en Francia con el PACS, en las algunas legislaciones autonómicas de España o en Bélgica.

En esta misma línea, consideramos admisible que los concubinos puedan sustituir o apartar la aplicación, en cuanto sea posible, del régimen de la comunidad de bienes, para lo cual podrían otorgar un documento en el cual den cuenta de aquellos bienes que adquirieron y estipular la forma en que liquidarán tal comunidad, los bienes que se atribuyen a cada cual, la manera en que se atenderán las deudas contraídas en interés común, etc.

5.5.3. Prueba del concubinato. La necesaria eficacia retroactiva. Efectos entre los convivientes y ante terceros.

Un tema que suscita ciertas perplejidades el de la prueba del concubinato. De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 328, la posesión constante de estado (de convivientes) a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.

Explica CORNEJO CHÁVEZ que la fórmula adoptada por el Código, aunque de alguna manera es posible que haya tenido en cuenta los intereses de terceros, resulta obligando a los concubinos, en todo caso y para todos los efectos, a probar dentro de, un juicio su condición de tales. Pero la ley exige un principio de prueba escrita.

La necesidad de un principio de prueba escrita resulta, como bien dice PLACIDO, excesiva, debido a que, como precisa este autor, la posesión constante es una relación familiar que se caracteriza por la oralidad o por la simple concurrencia de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia, siendo la prueba testimonial la que asume mayor relevancia. Por ello, considera que tal requerimiento debería eliminarse.

BIGIO enumera supuestos de aquello que podría considerarse como un indicio y no una prueba plena: correspondencia, instrumentos privados, escritura pública, recibos de pago de materiales para la construcción de una casa edificada por ambos, cheques, recibos de servicios profesionales prestados al otro concubino, etc.

Como fuere, se conviene con PLÁCIDO en que el principio de prueba escrita resulta excesivo y hasta contrario al hecho mismo de la posesión de estado. La exigencia traiciona el sentido mismo de ese permanente discurrir ante el otro y los demás, públicamente, como pareja; le quita significado.

Es cierto que en ello puede haber existido, de parte del legislador, temores o desconfianza a la prueba testimonial que, a decir verdad, en los últimos tiempos ha perdido credibilidad. Pero ello no puede condenar a los concubinos a documentar su relación para que sea admitida por el derecho.

Pasando a otro aspecto de singular importancia, es necesario que la convivencia se pruebe ante el juez y que éste la reconozca. Solo bajo esta probanza se podrán alegar y exigir los derechos que la ley contempla para los concubinos. Ahora bien, los efectos de la sentencia deben ser retroactivos a fin de cautelar de manera adecuada los derechos de los concubinos durante el plazo que han vivido juntos y adquirido bienes. No pueden regir únicamente para el futuro, deb4n ser necesariamente retroactivos.

PETTÍ ha precisado que los efectos retroactivos podemos situarlos fundamentalmente en relación a la presunción de paternidad y en lo referente al régimen económico, no así en lo que atañe a los derechos personales.

Por otro lado, jurisprudencia y doctrina han convenido en desdoblar la oportunidad de la cobranza en un proceso, según se trate de efectos entre los concubinos o frente a terceros. Sin embargo, la jurisprudencia no ha sido lo uniforme que se esperaba.

Respecto de derechos personales, como es el caso de la pensión alimenticia o del pago de la indemnización en caso de cese de la unión por decisión unilateral, la prueba se puede llevar a cabo en el mismo proceso en el que se ejerzan tales pretensiones. Ejemplo de ello lo constituye la sentencia de la Corte Suprema del 7

de Junio 1993 a la que antes me referido.

En el caso de los derechos patrimoniales entre convivientes y de efectos frente a terceros, se sostiene que es necesario acreditar en un proceso previo y específico la convivencia y reclamar tales derechos patrimoniales en un segundo proceso. -El énfasis recae de manera particular en el caso de ejercerse alguna pretensión ante los terceros a fin de que éstos cuenten con seguridad (PLACIDO) y, por ello, no basta que en un juicio en el que se ve involucrado un tercero los convivientes, sin haber acreditado en un proceso previo la cohabitación, convengan en que son pareja no casada.

Con relación a la necesidad de un juicio previo para ejercer una pretensión de orden económico por uno de los convivientes ante el otro, se ha pronunciado la Corte Suprema mediante sentencia del de julio de 1996, en un caso en que se demandó la partición de un bien inmueble adquirido por los concubinos. Sin embargo, no siguió el mismo criterio en la causa 3952-97 resuelta el 21 de mayo de 1998, en la que en el mismo proceso en que se probó la cohabitación se ordenó la división y partición de un inmueble, En relación a los efectos frente a terceros la misma Corte ha afirmado la necesidad de un proceso previo en el que se declare la existencia del concubinato; así lo ha resuelto mediante fallos de 12 de setiembre de 1995, 4 de junio de 1995 y 10 de marzo de 1999.

Se Debe confesar el desacuerdo con las exigencias, proveniente de doctrina y jurisprudencia, en relación al proceso previo en el caso en que uno de los consortes reclame al otro, derechos de naturaleza patrimonial, Al parecer se ha perdido la brújula de aquel principio de la economía procesal. Si de lo que se trata es de ejercer una pretensión de tal naturaleza y en el mismo litigio es posible acreditar la existencia de un concubinato, no entiendo por cuál razón atendible se posterga la necesidad de tutela de los justiciables. Bajo este argumento, que no traduce ninguna necesidad de seguridad o garantía, del conviviente emplazado, se genera una innecesaria y viciosa duplicidad de juicios, de pleitos, de gastos, de esfuerzo, de pérdida de tiempo que puede conducir a que el concubino que pretenda ser astuto disponga, en el entretanto, del bien o bienes, con un grave perjuicio del otro. Este criterio jurisprudencial debe ser prontamente abandonado, pije nada justifica esa insólita distinción en la relación de la pareja.

Propuesta

En el caso de terceros es comprensible que en un proceso en que alguien ajeno a la familia no casada reclame a uno de los miembros de ésta un derecho no. baste que su pretensión se pueda ver afectada con la alegación de un tercero procesal (el concubino no emplazado).

Sin embargo, esta solución es una ilusión. Si alguien contrate con uno de los consortes y luego el otro reclama, pese a que cuente con un pronunciamiento

judicial previo, el tercero adquirente se verá protegido por los artículos 948 02014 deL Código Civil, según se trate de bienes muebles o inmuebles. Basta para ello revisar lo resuelto por la Corte Suprema en la causa 1620-SS mediante sentencia del 10 de marzo de 1999. La exigencia de juicio previo para oponer derechos a terceros es ociosa, a no ser que se le de adecuada publicidad.

De allí que resulte de sumo interés lo señalado en el quinto fundamento de la sentencia del 12 de setiembre de 1996 del Tribunal Supremo (causa 688-95), en el que se dijo textualmente:

Quinto.- Que, en ese sentido el doctor Cornejo Chávez indicaba que el medio que tienen los concubinos para dar a conocer a los terceros la existencia de la unión, es hacer que el juez ante quien han acreditado su unión, notifique con dicha sentencia a los terceros que ellos indiquen, finalidad que también se consigue inscribiendo dicha resolución registralmente en las partidas correspondientes a los bienes comunes. No obstante, sin una adecuada publicidad toda exigencia de juicio previo es inútil.

5.5.4 ¿Merece reconocimiento judicial la unión de hecho para las implicancias patrimoniales?

El reconocimiento resulta ser un tema urticante, y por que no decirlo la espina dorsal de las uniones da hecho, en virtud de ello, les permita a los consortes reclamar sus derechos sustantivos de índole personal y patrimonial ante el Poder Judicial. Pero no solamente se da entre concubinos, sino también cuando un concubino pretende solicitar a un tercero algún derecho patrimonial, Ahora bien, la probanza convivencial se acreditará por cualquier medio probatorio estatuido por nuestro ordenamiento adjetivo, pero la norma material artículo 323º segunda parte preceptúa que prevalecerá la prueba camita.

Compartiendo con el autor Alex Plácido, quien manifiesta que la posesión constante de estado de los convivientes puede acreditarse por cualquier medio probatorio señalado en el Código procesal Civil, resultando excesiva la prueba escrita, si se considera la dificultad de contar con documentos escritos, en donde las relaciones familiares se caracteriza por simples circunstancias de comportamientos que revelen su existencia, entre otros. Siendo preferible la prueba testimonial y además aceptado en el derecho de familia con mayor preponderancia. En tal razón, que tal requerimiento de prueba escrita, debería hacerse una elisión o en todo caso evaluarse según el hecho en particular, labor que tendrá el juzgador competente.

Entonces, cabria sostener que, para acceder a la tutela estatal, resulta como condición sine qua non la declaración de la convivencia! sin el cual no estarían legitimados para obrar y solicitar sus derechos patrimoniales entre convivientes o frente a terceros.

La doctrina especializada y la jurisprudencia, han establecido que! en cuanto, se refiera a los efectos personales exigidas entre los propios concubinos, no merece! reconocimiento en otro proceso previo, sino que! se lo hace en el mismo proceso, tal es el caso cuando uno de los convivientes le reclame al otro, una pensión de alimentos o una indemnización en razón del abandono unilateral e injustificada del otro.

Por otro lado, en lo que respecta a los efectos patrimoniales que se reclamen los convivientes o frente a terceros!, como son los derechos que les corresponde de conformidad con el régimen de la sociedad de gananciales; para ello, se necesita que se reconozca previamente la convivencia en otro proceso. (¿Por qué solicitar a los propios convivientes su reconocimiento en otro proceso anterior?, no creen que es demasiado perjudicial al consorte de hecho! la respuesta es positiva, si en el mismo proceso se puede reconocer la convivencia, además de te pretensión que se reclama (verbigracia liquidación de la sociedad de bienes) situación lesiona no solo en el aspecto económico, sino también en la pérdida de tiempo y esfuerzo para la pareja concubina (o) en virtud que se vulnera flagrantemente el principio de economía y celeridad procesal, a pesar de garantizarse las normas mínimas del debido proceso en una causa civil.

Como reza el aforismo: *Justicia que tarda no es justicia*. ¿Para qué esperar en otro procedimiento cuya duración litigiosa jurídico acarrea más de dos años como mínimo, para luego pretender, solicitar tutela judicial de la otra pretensión de naturaleza patrimonial, siendo agible su probanza y reconociendo en el mismo proceso?. En nada conculca derechos procesales Tutela Judicial ni Debido Proceso Legal una acumulación de pretensiones, pues lo contrario alienta a los justiciables a abdicar de sus derechos de carácter pecuniario.

En relación a los terceros; en la que pretendan reclamar un derecho patrimonial por parte de los concubinos, también es menester su reconocimiento judicial — unión de hecho en un proceso previo; en donde consideramos para su efectivización se requiere una modificación de las normas civiles al igual que del ordenamiento registral. Veamos por partes: Primero, señalaremos que para poner en movimiento las normas de la sociedad de gananciales a la de comunidad de bienes, merece del reconocimiento. La convivencia, y a pedir de ello los bienes adquiridos durante la convivencia se presumen que son comunes.

En segundo lugar, si se expide la sentencia de reconocimiento de la unión de hecho, producirá efectos erga omnes, de cognocibilidad de los terceros, consideramos que no, y aún mas si no se inscribe la sentencia en los Registros Públicos.

Tercero, sus efectos se retrotraen ab initio de la convivencia, es decir, antes de cumplido los dos años de unión marital o después de cumplido el plazo de los dos

años continuos, para que su eficacia sea ex tunc y no ex nun. Desde la perspectiva ideológica y equitativa opinamos que sus consecuencias jurídicas tendrán eficacia desde el inicio de la convivencia y no a pedir de dos años hacia adelante. Como corolario nos obliga a reflexionar y hacer una sindéresis adecuada en lo que respecta al reconocimiento obtenido favorablemente por el conviviente a través del órgano competente.

Y con la sentencia respectiva surtirá efectos ante terceros, o se permite la cognoscibilidad de la colectividad, esto resulta ser utópico, en el sentido que no tendrá eficacia alguna en el conocimiento de los terceros, si máxime, no se inscribe en los Registros Públicos. ¿Qué sucede si uno de los consortes celebra un acto jurídico o contrata con un tercero de manera unilateral, y el otro conviviente pretende reclamar un derecho en contra del tercero? éste se hallará protegido en los principios registrales tales como: fe registral, publicidad y legitimación (artículos 2014º, 2013º, 2012º del C.C.) en caso de ser propiedad inmueble inmatriculado, e inclusive en lo normado a la venta del bien ajeno (bien sin inmatricular 1539, si con buena o mala fe) y si se trata de bienes muebles se ampare en el artículo 948º del C.C, con excepción de bienes muebles registrables que rige al igual que los inmuebles.

Entonces estriba hacerse la pregunta siguiente ¿tendrá conocimiento el tercero a la sociedad en general del reconocimiento de la unión de hecho?, la respuesta resalta a relucir negativamente, y se complica mas cuando la propiedad que adquiere aquél está inscrita en los registros públicos a nombre de uno de los concubinos, ¿ a quien se protege al tercero o al concubina que no presto su consentimiento?; respuesta que se descubrirá en líneas posteriores, por esta situación proponemos la inscripción de la sentencia de reconocimiento convivencial en el Registro Personal y además, en la partida donde se encuentra inscrita la propiedad mueble e inmueble en los Registros Públicos. Para que a partir de ello surtir los efectos jurídicos respectivos y sea oponible a terceros.

Respecto a estas «vicisitudes y de Indigencia legal», se complica la labor de los magistrados peruanos, al momento de dilucidar la controversia surgida por uno de los concubinos en contra del tercero.

En otros ordenamientos jurídicos, en especial los Europeos, la inscripción de la convivencia se realiza en una entidad del Estado, tales como: Las Municipalidades. Así estatuye la Comunidad de Madrid mediante Ley 11-2001 artículo 1º, tan igual ha establecido Comunidad de Navarra, Permitiendo la inscripción de la convivencia in limine, cuando reúnan los requisitos que establece la respectiva normatividad del Estado, donde las ventajas serían mas óptimas y fecundas, por consiguiente, no desampararía las pretensiones de las personas en convivencia, sino también para que surta efectos ante terceros; quiere decir, tenga cognoscibilidad de la sociedad en general, entonces tutelaría a la comunidad de bienes mediante dicha publicidad

Tal como se encuentra la legislación civil peruana, en nada coadyuva a la amparización de los derechos subjetivos de los concubinos, en relación a su régimen patrimonial, sino mas bien, lo desprotege y favorece en su gran mayoría a los terceros. La cual no es justa sino inicua.

Para tener un panorama del desamparo legal en la que afrontan actualmente los concubinos analizaremos el artículo 315º del C.C. en donde preceptúa “que para disponer o gravar un bien social se necesita la intervención de ambos cónyuges si se tratare de bienes inmuebles, y no necesitándose intervención del otro cónyuge en caso de tratarse de bienes muebles, pudiendo hacerlo cualquier de ellos”.

Es decir, una vez obtenido el reconocimiento de la unión de hecho. Se aplica recién en lo que fuere pertinente las normas de la sociedad de gananciales, si la misma norma lo aplicamos a la sociedad de bienes y uno de los concubinos dispone unilateralmente un bien de la comunidad de bienes, el otro consorte de hecho, puede alegar la nulidad, la anulabilidad o ineficacia del acto translativo realizada por su conviviente a favor de un tercero.

Antes de contestar la pregunta, debemos detenernos un momento en este escenario, manifestando que para gravar un bien o para enajenarlo a favor de un tercero dichos actos resultan ser ¿nula, anulable, ineficaz, rescindible?; siempre si no hubo intervención conjunta de la pareja concubina. Formulamos estas interrogantes debido a que nuestro código civil no lo determina ¿cuál es el instrumento legal que tiene las personas legitimadas para accionar vía judicial y así como resultase desprotegida y perjudicada en sus intereses patrimoniales?.

Por tal situación veamos los argumentos fácticos y jurídicos de una u otra parte incursas en la controversia.

5.5.5. Defensa de la persona conviviente que no prestó su consentimiento.

Es de conocimiento que los bienes adquiridos a título oneroso durante la convivencia se presume que son comunes salvo prueba en contrario; excluyéndose a los actos gratuitos: donación, legado, herencia. Aplicación erigida por el principio de sociabilidad, dependiendo de la resolución de convivencia, emitida por el juzgador.

Por tanto, su defensa está dirigida a recuperar los bienes a fin de que vuelva e ingresar a la sociedad o comunidad de bienes dicho patrimonio, sabiendo en que la mencionada sociedad coexisten bienes comunes y propios.

Al respecto desarrollaremos que es lo que manifiestan nuestros magistrados nacionales a luz de la jurisprudencia. Ellos han establecido la declaración de nulidad, de las disposiciones de bienes sin el otro sentimiento de su consorte de

hecho según lo prescrito en el artículo 31 del C.C., si se aplica en lo que fuere pertinente a la comunidad de bienes. Empero la concubina o el concubino, que no intervino y no prestó su consentimiento puede solicitar la nulidad del acto jurídico (compra-venta), y ¿Por qué causal?, la de falta de manifestación de voluntad del otro consorte de fado, establecida por el artículo 219º inc. del C.C., en virtud que se requiere la Intervención conjunta de ambos consortes en los actos de disposición sea a título oneroso y gratuito, mientras, en otros casos se los magistrados están aplicando la nulidad por le causal de nulidad por contravenir las normas del orden público, Artículo 219º inc.8 y Y' T.P de Código Civil, así mismo, la corte suprema indica que se tratarla en algunos casos de un acto rescindible por la venta de un bien ajeno artículo 139 del C.C.

Por su parte, el autor Alex Placido, considera que el acto sin intervención conjunta de los cónyuges sería nulo por falta de manifestación de la voluntad (Artículo 219º inc. 1 C.C.), pero desde el plano del interés del cónyuge no interviniente, no parece adecuado caracterizar esta situación como una acción de nulidad radical o insalvable, sino más bien de una acción de anulabilidad que depende del arbitrio del cónyuge no interviniente.

Se opina al respecto que el acto resulta ser ineficaz, sin que intervenga la consorte de hecho, en el sentido, que el concubino a si presta consentimiento con el tercero, pero ello se realiza, la confluencia de voluntades, para realizar el negocio jurídico correspondiente. Y no es valedero que la no intervención de una de las pareja de facto conlleve a la nulidad del acto jurídico, sabiendo que dicho acto, la voluntad ha sido exteriorizada por ambas partes contratantes, siendo para ello, como lo viene sosteniendo la doctrina, pero cometiendo errores conceptuales la jurisprudencia a través del máximo órgano de la administración de justicia como lo es la Corte Suprema.

Como ha sucedido en la sentencia Casatoria Nº 1015-2005 Callao, publicada el 31-05-07, 325-2006-Callao- publicada el 31-01-2007, en la que se sostiene que cuando uno de los cónyuges, aplicando el artículo en comentarlo, en cuanto a sus efectos, sea actuando en nombre de la sociedad de gananciales con poder (excediéndose de las facultades) o sin ella el acto traslativo de venta sería nulo por falta de manifestación de voluntad de otro cónyuge. Mientras que en el voto singular de la primera sentencia indicada sostienen los jueces que se trataría de una nulidad relativa.

Sin embargo, la doctrina y en otros casos la jurisprudencia como la casación 111-2006-Lima, argumentan que la compra venta sería ineficaz, en cuanto a sus efectos, pero válido el negocio jurídico. Es decir, la ineficacia se produciría no por falta de manifestación de la voluntad, sino por falta de legitimación.

A decir de Morales Hervias, la legitimación “es aquella competencia que tiene la parte contractual de disponer o transferir disposiciones o situaciones jurídicas

subjetivas; sin dicho requisito el contrato no puede surtir efectos jurídicos, de lo que se concluye que la actuación de ambos cónyuges o concubinos, cumple el requisito de eficacia por la legitimación que ambos ostentan en los actos de disposición o gravamen en determinada relación jurídica, de no suceder acarrea la ineficacia del acto jurídico,.

A modo de ejemplo proponemos lo siguiente: Enrique convive desde año 1998 con Liliana y en el año 2003, Enrique dispone unilateralmente el bien inmueble ubicado en la Av. Portugal N° 21 a favor de Martha por la suma de \$ 20.000, enterándose de este acto Liliana: interpone su demanda de nulidad de acto jurídico; alegando que la propiedad pertenece a la comunidad de bienes y además se dispuso sin prestar su consentimiento a fin de que reingrese el bien al patrimonio común - sociedad de bienes-.

En el caso de ser fundada la demanda de nulidad o ineficacia (porque la jurisprudencia está encontrada, inclinándose, por la última, recientemente así lo prevé la doctrina especializada) incoada por Liliana, Martha iniciará las acciones legales, como podría ser el saneamiento por evicción entre otra pretensión, en contra de Enrique.

Pero no perdamos de vista, para que la demanda no sea desestimada a priori, que debería reconocerse la convivencia por el órgano jurisdiccional competente. Y preguntamos qué tan cierto resultan ser los argumentos de la persona que no prestó su consentimiento. Quedará en manos de los juzgadores amparar o no las demandas de nulidad, rescisiones, ineficacia o Tercerías, según sea el caso.

Con relación a los efectos patrimoniales que se reclamen entre los convivientes o frente a terceros, como son los derechos que les correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales la prueba de la existencia de la unión de hecho se requiere en forma previa al ejercicio de tales pretensiones; por lo que debe actuarse en un proceso distinto y anterior.

La prueba va a estar dirigida a demostrar que un hombre y una mujer sin estar casados entre sí, hacen vida de tales: la posesión constante de estado de convivientes.

Además, se deberá probar el cumplimiento de los demás elementos configurativos de la unión de hecho; que no media impedimento matrimonial y para los efectos patrimoniales, que ha durado por lo menos dos años continuos.

La posesión constante de estado de convivientes puede acreditarse por cualquier medio probatorio admitido en la ley procesal; requiriendo el Código Civil, la concurrencia de un principio de prueba escrita,

5.6. La separación de patrimonios ¿una alternativa de solución al problema

de las uniones de hecho en el Perú?

5.6.1. Concepto

Según Yolanda Vásquez García, “La separación de bienes entre los esposos, no constituye ello una liquidación definitiva, sino un remedio empleado en vista de la anormalidad de las circunstancias matrimoniales” Por tanto, se llama “régimen de separación de bienes”.

Debe acotarse que este régimen se caracteriza porque cada uno de los cónyuges tiene patrimonio propio, de manera que no existe unión o confusión de patrimonios del esposo y la esposa, porque los mismos están escindidos o separados entre sí.

Así de acuerdo con lo estipulado en el artículo 327 del C.C, en el régimen de separación de patrimonios, cada cónyuge conserva a plenitud, la propiedad, administración y disposición de sus bienes tanto presente como futuros y le corresponden los frutos y productos que se originen de los mismos.

Asimismo el artículo 328 del mismo cuerpo legal determina que cada cónyuge responde de sus deudas con sus bienes propios, todo lo cual hace que se diferencie del régimen de la sociedad de gananciales.

“Dentro de este régimen, el sostenimiento y educación de los hijos, que compete por igual a ambos padres por mandato del artículo 235; y en general, el sostenimiento del hogar, es obligación de ambos cónyuges según sus respectivas posibilidades y rentas, debiendo el juez regular la contribución de cada cual en caso necesario (artículo 300º del C.C.)

5.6.2. Momento de elección

5.6.3.

Antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por la separación de patrimonios, que comenzará a regir al celebrarse el casamiento.

Si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad. El de separación de patrimonios exige inscripción en el Registro Personal, tanto si los interesados lo eligen antes del matrimonio, como si van a él en el transcurso de éste.

5.6.3. Requisitos para su constitución

El régimen de separación de patrimonios, en aplicación de nuestro ordenamiento jurídico civil se regula de acuerdo a lo siguientes requisitos:

1.	Que antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges han
----	--

	optado libremente por el régimen de gananciales o por el de separación de patrimonio, el cual comenzara a regir al celebrarse el casamiento
2.	Que se otorgue la correspondiente escritura publica, si los interesados optaron por el régimen de la separación de patrimonios.
3.	Para que surta sus efectos el régimen de separación de patrimonios, debe inscribirse en el Registro Personal, caso contrario, no surtirá efecto jurídico alguno y el matrimonio celebrado se considerara sujeto al régimen legal supletorio: Sociedad de gananciales.
4.	Se constituye el régimen de separación de patrimonio en caso de declaración de quiebra de uno de los cónyuges; opera de pleno derecho, y por tanto, sin necesidad de juicio especial. Para que surta efecto frente a terceros, el cambio de régimen deber inscribirse en el mismo registro ya aludido, inscripción que se hará de oficio o a solicitud del fallido, de su cónyuge o del síndico de quiebras, en aplicación del artículo 330º del C.C.

“A un nivel mas próximo al tema bajo estudio, es decir en el régimen patrimonio del matrimonio a establecer en el nuevo C.C. no se puede dejar de tener presente la disposición constitucional que proclama la igualdad del marido y la mujer dentro del proceso mas amplio, que rechaza toda discriminación en contra de la mujer en general y la que , al legislarse por primera vez el concubinato strictu sensu como sociedad de bienes, ordena la aplicación a esta del sistema de gananciales (el cual , por tanto, no puede dejar de ser mantenido, aunque modificado, en el nuevo Código Civil)”.

De un lado el sistema de gananciales se ha arraigado en nuestro pueblo, no por conocimiento de la ley, sino por fuerza de la costumbre. De otro lado, un sistema de capitulaciones matrimoniales, en el que junto a uno o mas regimenes legales, sean admisibles otros convencionales, podrían tener el inconveniente de introducir incertidumbre en las relaciones con terceros si para contratar con una persona casada, tuvieran estos (los terceros) que averiguar a que régimen están acogidos aquellos, o si, para obviar esta comprobación se estableciera que para terceros se presumía la vigencia de un determinado régimen, de modo que el elegido tuviera valor solo entre los cónyuges, amen de que la propia administración de justicia podría complicarse si el juez tuviera que pronunciarse en cada caso según las normas de un régimen diferente”

Este sistema, ya en uso en otras legislaciones, funcionaria sobre la base de que, de no elegirse y registrarse el régimen de separación se presumiría la vigencia del de gananciales.

Hemos adelantado el concepto de régimen de separación de patrimonios. Este régimen se caracteriza por el hecho de que cada cónyuge conserva a plenitud, la propiedad, administración y el derecho de gravar o enajenar sus bienes, ya sea los

existentes al momento de constituirse, nacer o iniciarse tal régimen , al igual que sobre los bienes que pueda adquirir en lo futuro, sea a título gratuito u oneroso. (Artículo 299º). Cada cónyuge tiene derecho a percibir los frutos de sus bienes propios, entre los que se comprenden también los productos.

Conclusiones.

1. El presente trabajo ha tenido por objeto analizar jurídicamente el caso de las uniones de hecho que no tienen impedimento legal para contraer matrimonio civil y que dentro de esa unión de hecho se haya adquirido un patrimonio, sin dejar de aludir a otras formas de uniones de hecho.
2. En primer orden, en nuestro país no existe una estadística real que refleje la problemática legal que asumen las parejas en la unión de hecho.
3. Nuestro ordenamiento legal vigente, tratándose de las uniones de hecho, confiere mayores ventajas para el hombre que para la mujer, permitiendo una discriminación que la propia Constitución rechaza.
4. Existen muchas iniciativas para enmendar los vacíos y/o deficiencias de la legislación pertinente que podría ser muy bien asumidas a un nivel macro con la participación efectiva del Estado y con la experiencia tomada por otras realidades, sin ir muy lejos a nivel de los países de América Latina. Sólo depende de nosotros asumir el reto. Los primeros pasos ya lo han dado países vecinos como Venezuela, Colombia, Argentina, entre otros.

Bibliografía

1. YOLANDA VASQUEZ GARCIA
DERECHO DE FAMILIA- SOCIEDAD CONYUGAL
TOMO I.
2. UNA SOCIEDAD DE HECHO EN EL CODIGO CIVIL ARGENTINO
Profesora Susana Morales Figueroa.
3. REGULACIÓN DEL CONCUBINATO
Artículo publicado por Susana Morales Figueroa. 30-05-2007.
4. LOS REGÍMENES PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO Y DE LAS UNIONES DE HECHO EN LA DOCTRINA Y EN LA JURISPRUDENCIA.
ALEX PLACIDO V. Gaceta Jurídica.
5. LA CONSTITUCIÓN DE 1993.
Enrique Bernal Ballesteros. 2da. Edición 1996.

6. CODIGO CIVIL COMENTADO. TOMO II DERECHO DE FAMILIA
Gaceta Jurídica. 2da. Edición. Mayo 2007.
7. HECTOR CORNEJO CHAVEZ. DERECHO FAMILIAR PERUANO
TOMO I - SOCIEDAD CONYUGAL. 7MA. Edición. 1988.
8. JAVIER ROLANDO PERALTA ANDIA. DERECHO DE FAMILIA EN EL CODIGO
CIVIL
Segunda Edición.
Editorial IDEMSA. 1995.
9. COMPARACIÓN DE CONSTITUCIONES. FAMILIA Y MATRIMONIO
BASE DE DATOS POLÍTICOS DE LAS AMERICAS- 20-07-2006.
10. EL CONCUBINATO EN EL DERECHO DE FAMILIA ARGENTINO.
Trabajo de Investigación.
11. MARIA TERESA CORNEJO FAVA. MATRIMONIO Y FAMILIA.
12. HERRERIAS SORDO, MARIA DEL MAR. EL CONCUBINATO EN MÉXICO
ANÁLISIS HISTORICO JURÍDICO Y SU PROBLEMÁTICA EN LA PRÁCTICA
PORRUA. 1ERA. EDICIÓN.
MÉXICO 1998.
13. REVISTA DE DERECHO (VALDIVIA) VOLUMEN XX. PAG 362-364.
NOVELINO NORBERTO J. LA PAREJA NO CASADA EN BUENOS AIRES-
ARGENTINA.
14. ESCOBAR VELEZ, EDGAR GUILLERMO. LOPEZ HURTADO BEATRIZ.
LA UNION MARITAL DE HECHO EN COLOMBIA.
Talleres Litográficos de Editora. 2da. Edición, Medellín 1997.