

# **ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA LEY 30007: ¿SIMILITUD O EQUIPARACIÓN DE DERECHOS HEREDITARIOS A LOS CONCUBINOS?. ¿UNA LEY DESFIGURADORA DE LA FAMILIA TRADICIONAL?**

**Rosario de la Fuente y Hontañón\***

La lectura detenida de la reciente ley 30007 promulgada el 17 de abril –y que se veía venir<sup>1</sup>- ha suscitado numerosos interrogantes como los que dan inicio al presente trabajo, y ha levantado diversas opiniones a favor y en contra<sup>2</sup>. A mi parecer el legislador no ha sido prudente -ni diligente-, más bien ha faltado un serio estudio, al promulgar esta ley, porque como veremos, no supondrá un beneficio para los concubinos supérstites en muchos de los casos que puedan presentarse y porque no ha tenido tampoco en cuenta lo previsto en el art. 4 de la Constitución peruana (la protección de la familia y la promoción del matrimonio), ni la opinión de los expertos que conforman la Comisión Reformadora del Código

---

**Trabajo publicado en la LA LEY, Thomson y Reuters, N° 25, junio 2013.**

\*Profesora Ordinaria de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Área de Derecho romano y Derecho civil. Profesora de la Academia de la Magistratura.

<sup>1</sup> Cfr. las recientes y reiteradas sentencias que otorgan una pensión de “viudedad” a quien no es viuda o viudo, entre otras podemos revisar: Exp. 03605- 2005- AA/TC; Exp. 06572-2006-PA/TC; 09708-2006- PA/TC; 02556-2010-PA/TC; 00671-2010-PA/TC;00154-2012-PA/TC.

Es muy interesante la STC 02412-2011-PA/TC, sobre el caso de Gloria Esther Rojas Arroyo, contra los integrantes del Consejo Directivo de la Asociación Civil Rinconada Country Club que fue declarada infundada: según los Estatutos en caso de fallecimiento de un socio permanente, el cónyuge heredará los derechos y obligaciones inherentes a tal calidad de socio. La señora Rojas ha vivido en concubinato impropio por más de treinta y un años, ya que el socio (ya fallecido) se separó de su esposa en el año 1958, sin que hubiera divorcio, y es a la que le corresponde, como cónyuge, la herencia. Ni en ese momento, el año 2011, ni en la actualidad, una vez dada la Ley 30007, la señora Rojas podría ser heredera del señor Mauro Pablo Maturano Matos, al no cumplir los requisitos señalados en el art. 1 de la reciente ley.

<sup>2</sup> Cfr. las opiniones favorables de los juristas Bustamante Oyagüe y Vera Mere, y contrarias de los juristas Lohmann Luca de Tena y Zárate del Pino, cfr. “La Ley”, Gaceta Jurídica, Año 6/ N° 63, del 1 al 30 de abril del 2013. A favor de esta reforma se pronuncian de igual modo, los profesores Varsi y Plácido, cfr. Diario El Peruano de 20 de abril de 2013, la opinión reflejada en el siguiente artículo: “Pese a la nueva ley n° 30007 falta una mayor protección para los convivientes”.

Civil<sup>3</sup> que tienen unas propuestas planteadas para la mejora del Derecho sucesorio. Iremos por partes.

Si el matrimonio, como lo reconoce la Constitución peruana (art.4)<sup>4</sup> es una institución natural, me gustaría que recordáramos la definición que da Cicerón en su obra *De re pública*, donde destaca qué se entiende por Derecho natural:

*“Ciertamente existe una ley verdadera, de acuerdo con la naturaleza, conocida por todos, constante y sempiterna... A esta ley no es lícito agregarle ni derogarle nada, ni tampoco eliminarla por completo. No podemos disolverla por medio del Senado o del pueblo. Tampoco hay que buscar comentador o intérprete de ella. No existe una ley en Roma y otra en Atenas, una ahora y otra en el porvenir; sino una misma ley, eterna e inmutable, sujeta a toda la humanidad en todo tiempo...”*

Es cierto que la familia es anterior a la sociedad, porque se funda en el matrimonio y éste, lo hemos recordado, es una institución natural no establecida por el hombre, sino que fue impuesto por el Creador como algo imprescindible para la propagación de la especie humana. De ahí que el matrimonio heterosexual, monogámico e indisoluble está dentro de la naturaleza del hombre. Por eso, el jurista Álvaro d’Ors, destaca que “Eva nació casada”. Ya la multiplicación del género humano hizo posible que el matrimonio dependiera de la voluntad de los cónyuges. Sin embargo, al haberse introducido el divorcio vincular, en la mayoría de los países, se puede decir que además de ser contrario al derecho natural, ha supuesto la desaparición o muerte del matrimonio como institución<sup>5</sup>.

El profesor Sánchez Cámara, en una reciente conferencia dada en Roma<sup>6</sup> recordó que los pilares que sustentan a Europa se apoyan en la filosofía, el derecho

---

<sup>3</sup> Si bien, en la actualidad, lamentablemente, esta Comisión Reformadora está inactiva. Desde esta Tribuna se hace un llamado para que vuelva a reanudarse y así poder concluir los trabajos iniciados, en beneficio de todos los peruanos. Cfr. Lohmann Luca de Tena, G., “¿Derechos hereditarios para convivientes?”, en *Legal Express*, año 2, n° 19, julio del 2002, pp. 6 y 7, Ed. Gaceta Jurídica, donde el autor plantea, entre otros temas, las propuestas para simplificar las formalidades de los testamentos y conceder facultades dispositivas más amplias a los testadores. Volveremos sobre el tema.

<sup>4</sup> Art. 4 de la Constitución Peruana: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a éstos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”.

<sup>5</sup> Cfr. d’Ors, A., *Nueva introducción al estudio del Derecho*, Madrid, 1999, pp. 151-152.

<sup>6</sup> Cfr. Sánchez Cámara I., y otros en *Conversaciones en el Palacio de España*: “Europa ¿hacia dónde?”, en *Servicios Zenit.org*, de 30 de abril de 2013.

romano, el cristianismo, la ciencia y la democracia liberal, y que la crisis por la que atraviesan los países que la conforman, viene explicada en el campo del Derecho –que es el que nos interesa- por la simplificación y porque cualquier deseo se puede convertir en Derecho, con la pérdida de lo que le caracteriza, como el “arte de lo justo y de lo injusto”. Como es bien sabido la frase mencionada viene recogida en el texto del Digesto 1.1.1 pr.-1:

*“Conviene que el que ha de dedicarse al Derecho conozca primeramente de donde deriva el término ius.*

*Es llamado así por derivar de justicia, pues, como elegantemente dice Celso, el derecho es la técnica de lo bueno y de lo justo. 1. En razón de lo cual se nos puede llamar sacerdotes; en efecto rendimos culto a la justicia y profesamos el saber de lo bueno y de lo justo, separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito, anhelando hacer buenos a los hombres, no sólo por el temor de los castigos, sino también por el estímulo de los premios, dedicados, si no yerro, a una verdadera y no simulada filosofía”.*

El matrimonio y la unión de hecho o concubinato, son dos realidades distintas, son desiguales y requieren asimismo un tratamiento desigual, y no por el mero deseo del legislador, o de los mismos concubinos, se puede convertir en derecho. Napoleón ya lo advirtió, los concubinos no quieren estar sometidos a la ley, entonces que la ley no los tenga en cuenta. La unión de hecho supone una voluntad antimatrimonial, donde la libre ruptura es la característica esencial de la unión libre, es lo que une a los convivientes.<sup>7</sup>

Se ha señalado, y con acierto, que la mejor manera de definir el matrimonio es la de una institución que ratifica dos papeles: el del marido y el de la mujer<sup>8</sup>. Se es “marido” cuando se está unido en matrimonio con...y a su vez, se es “mujer” cuando se está unida en matrimonio con...Cuando alguien se casa se instaure un *ser-con*, a la par que se reconoce una especificidad y una diferenciación de los papeles antropológicos.<sup>9</sup>

Por el contrario, la unión de hecho es una especie de *posesión*: “sólo lo que se posee como una cosa queda marcado por la posesión. El espíritu no puede ser usado el cuerpo sí”. Pero precisamente para evitar la total conversión del cuerpo en mero objeto, precisamente para mantener viva la exigencia personalista que semejante cuerpo lleva consigo, para todo ello, se hace necesario el principio de

---

<sup>7</sup> Cfr. Wójcik, A., *Pareja de hecho y matrimonio. Un estudio de las diferencias*, Pamplona, 2002, p. 23.

<sup>8</sup> Cfr. en D’Agostino, F., *Elementos para una filosofía de la familia*, Madrid 1991, pp. 119 y ss.

<sup>9</sup> Cfr. D’Agostino, F., *Elementos...*, o.c., p. 41.

indisolubilidad. Todo lo que puede ser poseído y usado resulta enajenable, el cuerpo conyugal no. Lo más antitético respecto al matrimonio es la voluntad de no dejarse desposeer de la propia corporeidad, limitándose a concederla sin compromiso, sin reciprocidad de promesas, sin condiciones, sin obligaciones jurídicas. Aun admitiendo que semejante praxis puede ofrecer un sentido ante el derecho, de ninguna manera podrá asimilarse a la praxis matrimonial sin incurrir con ello en un grave e indebido atropello de conceptos e instituciones jurídicas.<sup>10</sup>

En la unión de hecho, al no existir vínculo jurídico alguno, no se constituye por lo tanto un matrimonio legítimo, sino que por el contrario, suele ser frecuente incurrir en la poligamia, aunque sea temporal y sucesiva<sup>11</sup>.

En un inicio, en Roma, el matrimonio no era un acto jurídico, sino una *res facti*, una situación de hecho, sin ningún tipo de consecuencias jurídicas, solamente se requería la concurrencia de la  *affectio maritalis* y la convivencia, si cesaba alguno de estos requisitos, una nueva unión ponía fin a la anterior. Este tipo de concubinato hizo posible en Roma que se diera una poligamia *de facto*, que fue admitida por la época.

En la actualidad también existe esta poligamia *de facto* cuando un varón tiene más de una unión de hecho, y todos sabemos que es un hecho frecuente, y también se admite como “una realidad social”. Pero esta situación no es la que el Estado peruano quiere proteger cuando reconoce en el art. 5 de la Constitución la unión de hecho:

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

La Ley 28542, Ley de fortalecimiento de la Familia, se dio con el fin de promover y fortalecer el desarrollo de la familia, con especial atención en situación de riesgo y de extrema pobreza. En ella se determinan quince líneas de acción a seguir por el Estado y demás entes públicos para alcanzar los objetivos fijados por la ley.

En la décima línea de acción se prevé promover medidas para que las uniones de hecho puedan formalizar su situación legal mediante el matrimonio. Es lo que corresponde hacer al Estado, la protección de la familia fundada en el matrimonio, porque crea un vínculo jurídico, una unión estable comprometida, porque supone

---

<sup>10</sup> Cfr. D'Agostino, F., *Elementos...*, o.c., pp. 127 y 128

<sup>11</sup> Cfr. D'Ors, A., *Derecho y sentido común. Siete lecciones de Derecho natural como límite del Derecho positivo*<sup>3</sup>, Madrid, 2001, p. 145.

una estabilidad institucional, una familia educadora que debe proteger e invertir en esfuerzos personales y económicos en los hijos, en beneficio de la sociedad.

Si bien la unión de hecho está reconocida constitucionalmente, lo que da lugar es a un hogar de hecho, el legislador no ha utilizado el término familia. Se habla de *affectio*, como causa primera de la unión concubinaria, más no de la exigencia de techo, mesa y lecho.

En el art. 1 de la ley 30007 se establece el requerimiento consistente en que, para poder recibir la herencia, la unión de hecho “se encuentre vigente al momento del fallecimiento de cualquiera de sus miembros”. Se plantean algunos problemas como el del supuesto de la poligamia *de facto*, ¿cuál será la unión vigente? ¿La que se inscriba? ¿y las no inscritas? Porque todas ellas “están libres de impedimento matrimonial”. Otra situación que puede ser injusta: una convivencia que ha durado 20 años, ya no está vigente y se inscribe la unión actual que lleva un año. ¿Quién pedirá la herencia? ¿Y si ya llevan tres años de convivencia? La herencia será para la última concubina, quedando desprovista la que tuvo una convivencia mayor.

Como he señalado líneas arriba, no se pueden equiparar las uniones de hecho y el matrimonio, y la ley 30007 (¿inconstitucional?) está equiparando los derechos hereditarios de los cónyuges a los concubinos, aunque en el art. 4 indique que son “similares a los del matrimonio”. La razón de ser de la herencia es la continuidad patrimonial en la familia, fundada en el parentesco. ¿Es que por ley se pueden crear lazos de parentesco? En la unión de hecho, no hay parentesco, porque como ha quedado dicho hay una voluntad antimatrimonial, pero ahora el concubino o concubina sobreviviente pasa a integrar la herencia intestada como heredero forzoso. No debe ser así.

Se ha podido beneficiar al “integrante sobreviviente”<sup>12</sup> de otra manera, por ejemplo por vía testamentaria. Cada persona es libre de disponer de lo suyo como desee, y, como sabemos, el testamento es una ley privada, con base en la autonomía privada. Con esta ley se les hace entrar a un llamamiento legal cuando ellos no lo han querido así. En su autonomía, los concubinos han querido establecer una comunidad de vida al margen del Derecho. Éste ha intervenido otorgándole efectos patrimoniales, después de dos años de convivencia, previstos en el art. 326 del Código civil y, ahora, con la promulgación de esta ley, se equiparan los efectos jurídicos del matrimonio a la unión concubinaria. Tendrán que inscribir la unión de hecho por vía notarial o por reconocimiento del juez.

---

<sup>12</sup> De los diez artículos que consta la ley, en nueve de ellos, se habla de “integrante sobreviviente”, una expresión que considero como una reiteración innecesaria. Un lenguaje más claro hubiera sido el de concubino/a sobreviviente, más que el de “integrante”.

Al concubino sobreviviente se le podría haber dejado diversos legados, algo más beneficioso, porque el legatario no asume las cargas de la herencia. Y otra figura muy útil para estas uniones de hecho, puede ser la del fideicomiso<sup>13</sup> tanto *inter vivos* como *mortis causa*, previsto en la Ley 26702. El fideicomiso, figura de raigambre romana que nace libre de formas y en principio para personas que no podían heredar según el Derecho civil, se corresponde justamente para estas personas que no quieren obligarse por una ley matrimonial. El fideicomiso bancario puede considerarse como un instrumento o herramienta de gran utilidad para proteger los patrimonios familiares, o los constituidos en un hogar de hecho.

Termino dirigiendo una mirada a nuestro alrededor. Nuestra sociedad va mal, está enferma, hay mucha violencia familiar, muchos niños en familias monoparentales, niños en abandono, excesivos juicios de alimentos, omisiones a la asistencia familiar... debe mirarse hacia la familia como patrimonio de la Humanidad; sin ella no hay futuro, la humanidad corre peligro. Está en la naturaleza del hombre nacer y morir en una familia.

---

<sup>13</sup> Cfr. de la Fuente y Hontañón, R., *La herencia fideicomisaria. Desde Roma hasta el Derecho peruano*, Lima, 2012, pp. 204 y ss.