

Universidad Católica de Santa María

Escuela de Postgrado

Maestría en Derecho de Familia



PROBLEMAS JURÍDICOS EN EL ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS POR LA INSCRIPCIÓN DE UNIONES DE HECHO EN EL REGISTRO DE PERSONAS NATURALES, AREQUIPA 2016

Tesis presentada por la Bachiller:

Martínez Ojeda Claudia Gabriela

Para optar el Grado Académico de:

Maestro en Derecho de Familia

Asesor:

Dr. Salas Vargas, Obed

Arequipa – Perú

2021

**DICTAMEN DE PROYECTO DE TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADEMICO
DE MAGISTER EN DERECHO DE FAMILIA**

Señor Director de la Escuela Post Grado
De la Universidad Católica de Santa María

Doctor
Hugo Tejada Pradell
Arequipa

Visto el proyecto de tesis intitulado:

**“PROBLEMAS JURÍDICOS EN EL ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS POR LA INSCRIPCION DE UNIONES
DE HECHO EN EL REGISTRO DE PERSONAS NATURALES, AREQUIPA 2016”**

Presentado por la señorita Bachiller **CLAUDIA GABRIELA MARTÍNEZ OJEDA**, para optar el grado académico de Magister en Derecho de Familia; como integrante del jurado Dictaminador emito el siguiente dictamen:

El Proyecto de investigación presentado para dictaminar aborda un tema interesante, actual y de interés social.

SOY DE OPINION que se apruebe el presente borrador

SALVO MEJOR PARECER

Arequipa 201 agosto 10



Magister Max Marco Delfin Rivera Dueñas
Dictaminador



Arequipa, 26 de Junio del 2017

Señor Doctor
Hugo Tejada Pradell.
Director de la Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de Santa María
Ciudad.-

Referencia: Dictamen de Borrador de Tesis

Previo un cordial, saludo, me dirijo a Ud., con la finalidad de hacer de vuestro conocimiento el Dictamen del Borrador de Tesis en los siguientes términos:

Que mediante “Boleta de Nombramiento de Jurado Dictaminador nro. 103”, del expediente nro. 20170000028041, he sido designado Jurado Dictaminador para el Borrador de Tesis presentado por la Bachiller **MARTINEZ OJEDA, Claudia Gabriela**; titulado **“Problemas jurídicos en el estado civil de las personas por la inscripción de uniones de hecho en el Registro de Personas Naturales, Arequipa 2016”**, a efectos de optar el grado de Magister en Derecho De Familia.

Al respecto, salvo mejor opinión, mi dictamen es por que **SE APRUEBE**, el Borrador de Tesis presentado y se proceda a su sustentación.

Sin otro particular es propicia la oportunidad para reiterarle los sentimientos de mi especial estima personal

Magíster: Javier Eduardo Fernández Dávila Mercado
Dictaminador



DICTAMEN
(Proyecto de Tesis)

AL : **Doctor Hugo Tejada Pradell**
Director de la Escuela de Postgrado
Del : Dr. Eliseo Chavez Chávez
Asunto : Dictamen del Proyecto de Tesis: PROBLEMAS JURÍDICOS EN EL ESTADO CIVIL DELAS
PERSONAS POR LA INSCRIPCION DE UNIONES DE HECHO EN EL REGISTRO DE PERSONAS NATURALES,
AREQUIPA 2016
Presentado por : la Bachiller Claudia Gabriela Martínez Ojeda, para optar el Grado de Maestro en
Derecho de Familia

Fecha : 26 Enero 2017

Teniendo en cuenta el mencionado proyecto de tesis, al haberse revisado en una segunda oportunidad y al haber cumplido la interesada las observaciones, puede pasar a la fase del desarrollo de ejecución del mismo, sin embargo es necesario revisar la cédula de preguntas, las mismas que van a permitir recabar la información para lograr los objetivos; no siendo necesidad de un nuevo dictámen.

Es todo cuanto informo a su Dirección

Atentamente




.....
Dr. Eliseo Chavez Chavez



Quiero dedicar este trabajo a Dios que me ha dado la vida y fortaleza para terminar este trabajo de investigación, a mi Familia por estar ahí cuando más los necesité; en especial a mis padres por su ayuda y constante cooperación y ayudarme en los momentos más difíciles.



"El único Estado estable es aquel en el que todos los ciudadanos son iguales ante la ley".

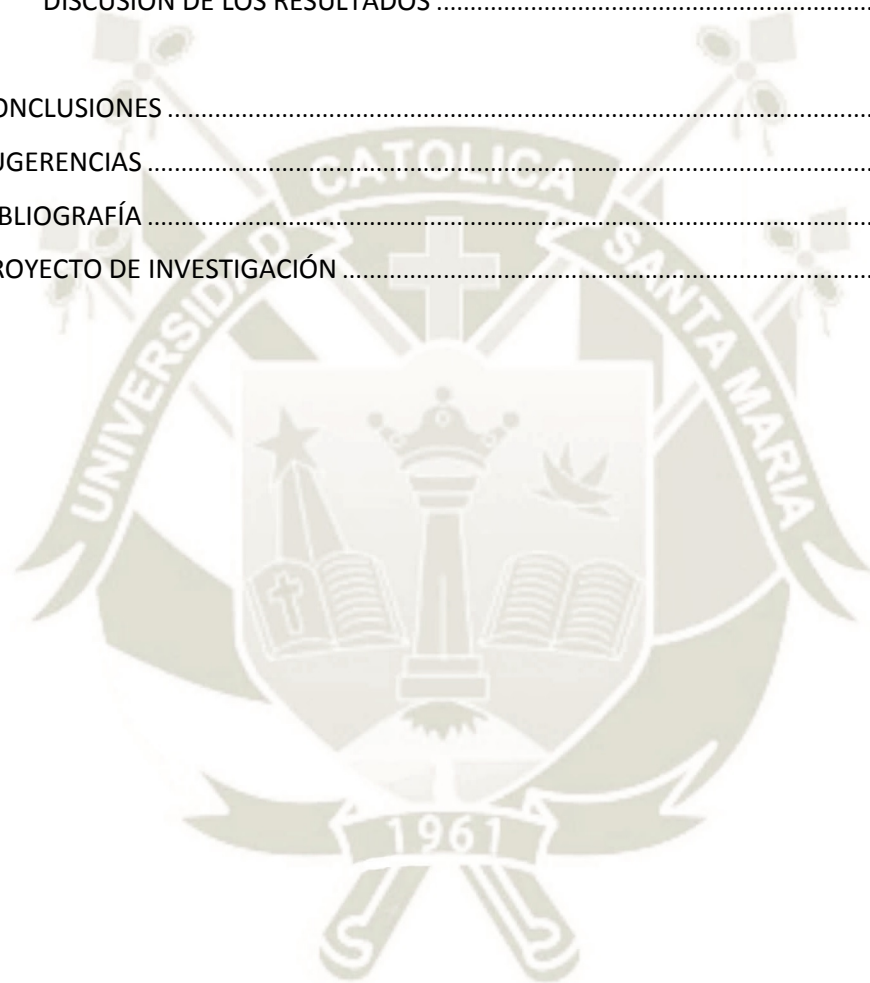
ARISTÓTELES

ÍNDICE

RESUMEN	X
ABSTRACT	XII
INTRODUCCIÓN	XIV
 <u>CAPÍTULO I: LAS UNIONES DE HECHO EN EL PERÚ</u>	 1
1. LA CONSAGRACIÓN HISTÓRICA DEL MODELO DE LA FAMILIA MATRIMONIAL.....	1
2. LA TERMINOLOGÍA SOBRE LA UNIÓN DE HECHO	4
3. POSIBLES SISTEMAS LEGALES PARA EL CONCUBINATO	6
4. REQUISITOS DE LA UNIÓN DE HECHO	14
5. LA REGULACIÓN DE LA CONVIVENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO	19
5.1. Relaciones personales entre los convivientes.....	22
5.2. Las relaciones patrimoniales.....	29
5.3. Prueba del Concubinato.....	34
 CAPITULO II: LAS UNIONES DE HECHO EN SEDE REGISTRAL	 39
<u>1. DECLARACIÓN JUDICIAL DE LA UNIÓN DE HECHO</u>	39
1.1 ¿Es necesaria la declaración judicial o notarial de convivencia para reconocer efectos a la unión de hecho?	43
1.2 Derechos adquiridos por causa de su misma condición: ser convivientes	44
1.3 Exigencia y cautela: necesidad de una declaración de reconocimiento de convivencia	45
1.4 ¿A partir de cuándo la declaración de convivencia debe reconocer derechos y obligaciones?	48
2. DECLARACIÓN NOTARIAL DE LA UNIÓN DE HECHO	51
2.1 Requisitos para su tramitación	52
2.2 Cese. Consentimiento de ambos convivientes como requisito necesario.....	53
3. EL ACCESO AL REGISTRO PÚBLICO DE LA DECLARACIÓN DE RECONOCIMIENTO DE LA UNIÓN DE HECHO	54
4. UNIONES DE HECHO EN SEDE REGISTRAL SUS CRITERIOS REGISTRALES PARA SU INSCRIPCIÓN Y PUBLICIDAD	57
4.1 La unión de hecho como acto inscribible y no inscribible	57

4.2	Lo que dice la jurisprudencia registral al respecto	58
4.3	Criterios registrales para la inscripción de unión de hecho	59
4.4	Oficina registral competente	60
4.5	Actos inscribibles y no inscribibles.....	61
4.6	Títulos que dan mérito a las inscripciones	62
4.7	Alcances de la calificación registral.....	63
4.8	Publicidad formal	64
4.9	La fecha de inicio y de cese	65
5.	LAS UNIONES DE HECHO EN LA JURISPRUDENCIA REGISTRAL	68
5.1	Sobre la unión de hecho como acto no inscribible	69
5.2	Sobre la inscripción de la unión de hecho por mandato judicial	71
5.3	Sobre la declaración del reconocimiento judicial y notarial de la unión de hecho	72
5.4	Sobre el reconocimiento del cese de la unión de hecho	77
5.5	Sobre la declaración del reconocimiento previo de la unión de hecho como sustento para la adquisición de derechos patrimoniales	77
CAPITULO III: ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS		81
1.	PRESENTACIÓN.....	81
2.	ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS	82
CUADRO Nº 1		82
GRAFICA Nº 1		83
CUADRO Nº 2		84
GRAFICA Nº 2		85
CUADRO Nº 3		86
GRAFICA Nº 3		87
CUADRO Nº 4		88
GRAFICA Nº 4		89
CUADRO Nº 5		90
GRAFICA Nº 5		91
CUADRO Nº 6		92
GRAFICA Nº 6		93
CUADRO Nº 7		94
GRAFICA Nº 7		95

CUADRO Nº 8.....	96
GRAFICA Nº 8.....	97
CUADRO Nº 9.....	98
GRAFICA Nº 9.....	99
CUADRO Nº 10.....	100
GRAFICA Nº 10.....	101
3. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS	102
CONCLUSIONES	106
SUGERENCIAS	107
BIBLIOGRAFÍA	108
PROYECTO DE INVESTIGACIÓN	115



RESUMEN

El presente estudio de investigación surge de los problemas jurídicos que presenta el estado civil de las personas por la inscripción de uniones de hecho en el registro de personas naturales, donde se evidencia que la Unión de Hecho es una institución del Derecho de Familia que regula las relaciones familiares paralelamente al matrimonio, y difiere solo en sus aspectos formales. Es una expresión de la voluntad establecida por la Ley, con sustento constitucional, e incluso está garantizada con la presunción de su existencia.

La tesis está dividida en cuatro capítulos: El primer capítulo está dedicado a exponer aspectos esenciales sobre las uniones de hecho en el Perú, su origen, evolución y alcances normativos. El segundo capítulo está dedicado a desarrollar los mecanismos legales de las uniones de hecho en sede registral en el ordenamiento peruano, como asimismo sus aciertos y desaciertos. El tercer capítulo desarrolla el tema del estado civil de las uniones de hecho en el registro de personas naturales desde una perspectiva jurídica. Y finalmente El cuarto capítulo desarrolla el análisis de la encuesta aplicada a los Magistrados del Poder Judicial, Notarios y Abogados especialistas en derecho de familia, quienes opinaran sobre los problemas jurídicos en el estado civil de las personas por la inscripción de uniones de hecho en el registro de personas naturales, durante los meses de enero a diciembre del año 2016.

Finalmente nuestra investigación termina con la exposición de las conclusiones y recomendaciones para una mejor protección del estado civil de las personas por la inscripción de uniones de hecho en el registro de personas naturales. No debemos olvidar que se hace necesario establecer políticas más adecuadas para implementar el estado civil de las uniones de hecho.

PALABRAS CLAVE: Uniones de hecho, registro de personas naturales, declaración de concubinato, registro personal, concubino supérstite, bienes gananciales, anotación estado civil.



ABSTRACT

The present research study arises from the legal problems presented by the civil status of people by the registration of de facto unions in the registry of natural persons, where it is evident that the Fact Union is an institution of Family Law that regulates the Family relationships parallel to marriage, and differ only in its formal aspects. It is an expression of the will established by the Law, with constitutional support, and is even guaranteed with the presumption of its existence.

The thesis is divided into four chapters: The first chapter is devoted to exposing essential aspects about the de facto unions in Peru, their origin, evolution and normative scope. The second chapter is dedicated to developing the legal mechanisms of de facto unions in registry in Peruvian law, as well as their successes and failures. The third chapter develops the issue of marital status of de facto unions in the registry of natural persons from a legal perspective. And finally The fourth chapter develops the analysis of the survey applied to Judges of the Judiciary, Notaries and Lawyers specializing in family law, who will comment on the legal problems in the civil status of people by the registration of de facto unions in the Registry of natural persons, during the months of January to December of the year 2016.

Finally our investigation ends with the presentation of conclusions and recommendations for better protection of the civil status of people by the registration of de facto unions in the registry of natural persons. We must not forget that it is necessary to establish more adequate policies to implement the marital status of de facto unions.

KEYWORDS: Unions of fact, registration of natural persons, declaration of concubine, personal register, surviving concubine, assets, civil status.



INTRODUCCIÓN

La mayor dificultad para reclamar derechos derivados de la unión de hecho, era precisamente la declaración judicial del reconocimiento de la unión de hecho, esto es, la declaración de concubinato, lo que implicaba un proceso judicial; ahora bien, la Ley 29560 que modifica la Ley 26662, otorga competencia a los notarios públicos, para intervenir en asuntos no contenciosos donde se solicite el reconocimiento de una unión de hecho; sin embargo, para su procedencia, se requiere que ambos concubinos muestren conformidad a ello, pues el trámite implica la presentación de una solicitud por ambos concubinos con las pruebas pertinentes para acreditar la comunidad de vida por más de dos años continuos. Extendida la escritura pública con la declaración del reconocimiento de la unión de hecho entre los convivientes, se cursa partes al Registro Personal del lugar donde residen los solicitantes para su inscripción.

Es de observar que no se ha dejado de lado la vía judicial para la declaración de la unión de hecho, en tanto que ella procede en la medida que uno de los concubinos se niegue a iniciar la vía no contencioso notarial, o lo que es más frecuente, cuando en vida, los concubinos no lo han solicitado, y le sobreviene la muerte a uno de ellos; en esa circunstancia, para reclamar los derechos derivados de los artículos 5 de la Constitución y 326 del Código Civil, hay que agotar esta vía judicial.

Un tema afín con la inscripción de las uniones de hecho tiene que ver con las exigencias del registro público para la procedencia de la inscripción, al solicitar al interesado o interesados, que el parte a inscribir, contenga no sólo la resolución judicial, o acta notarial de reconocimiento de la unión de hecho, sino que deben consignarse los datos referentes al inicio de esta unión de hecho, pues si por omisión, o negligencia no consta este dato, el registro personal observa la inscripción; sobre el particular, entendemos el requerimiento de los registros, en tanto que la equiparidad de la sociedad de

bienes que se crea en la unión de hecho, con la sociedad de gananciales, pasa por conocer cuándo se inició esta unión de hecho, a fin de calificar correctamente la calidad de bienes adquiridos dentro de esta unión de hecho, pues si los bienes fueron adquiridos antes del cumplimiento de los dos años de vida en común, esos bienes no tendrán la calidad de sociales, y pertenecerán a aquél que aparezca como titular.

La unión de hecho da lugar a la formación de una familia, y para su reconocimiento se requiere una comunidad de vida de más dos años continuos, y que no exista impedimento matrimonial entre los concubinos; si se cumplen con estas exigencias entonces este hogar de hecho, debe ser protegido por el Estado, no sólo respetando la sociedad de bienes generadas en esa unión de hecho y por ende, aplicándoles la normatividad de la sociedad de gananciales, sino como lo hemos visto, concediendo, cuando fuere el caso, las pensiones de viudez a la concubina o concubino supérstite; sin embargo, quedan todavía, algunas inquietudes, que en algún momento, el Tribunal Constitucional deberá tomar posición respecto de otros derechos de los concubinos, reconocidos en otros países, pero no en el nuestro, como es la modificación del estado civil.

Los cuestionamientos se basan en que al no existir un registro similar al estado civil el concubinato no puede acreditarse con otra prueba escrita que no sea el reconocimiento judicial o notarial según sea el caso, y sobre todo que la convivencia no origina un cambio en el estado civil de las personas y una de las vías para obtener publicidad ante terceros podría ser la anotación de declaración judicial de unión de hecho como un nuevo estado civil en el Registro Personal o en el registro de Propiedad Inmueble o en el Registro de Propiedad Vehicular, según sea el caso.

Finalmente la presente investigación está encaminada a otorgarles un nomen al estado civil de los convivientes, como también examinar otros aspectos concomitantes o relacionados a la posibilidad de crearse un “nuevo

Estado Civil" para los convivientes, asimismo analizar la denominación de quienes terminan con aquella unión, habida cuenta que entre "ex casados" no se denominan así, sino divorciados y cuando muere un cónyuge se denomina viudo; en consecuencia cuales serían los otros estados civiles de los ex convivientes frente a dichas situaciones.



CAPITULO I

LAS UNIONES DE HECHO EN EL PERÚ

1. LA CONSAGRACIÓN HISTÓRICA DEL MODELO DE LA FAMILIA MATRIMONIAL

El modelo familiar escogido por el legislador civil de 1984 se fundamenta en el matrimonio a pesar de que la unión de hecho es ciertamente más antigua. Ya se ha indicado, en otra oportunidad¹, que causa de que la familia origina una cadena de relaciones (entre la pareja, entre la pareja y los hijos, y entre la pareja y terceros), ellas no pueden acabar libradas siempre, in toto, a la decisión de los propios interesados, específicamente en lo referente a los derechos personales. Se necesita de un apropiado estatuto que respalde derechos y deberes entre los miembros del conjunto familiar y de normas verdaderas que resguarden a los extraños que establecen relaciones con

¹ VEGA Y. La eclosión de las legislaciones protectivas de las uniones homosexuales. Trujillo: Editora Normas Legales; 2002. Págs. 234 - 235.

aquellos. Así también, es primordial que se tienda a la eficaz realización de estos derechos con niveles mínimos de resguardo cuya finalidad no es otra que asegurar el bien común. Esta labor ha sido contraída por el Estado y para lo cual cogió como substrato de la familia a aquella fundada en el matrimonio.²

El modelo tradicional de familia preservado por el Estado se edificó sobre el fundamento de la fusión entre el matrimonio romano y el derecho canónico. A causa del caos existente en el medioevo originado de la comparación de normas aplicables a los individuos, de la informalidad de las uniones entre hombres y mujeres, así mismo del ejercicio libre y poco controlado de la sexualidad, la Iglesia Católica, mediante el Concilio de Trento (Sesión XXIV, del 11 de noviembre de 1563), implantó la obligación de formalizar las uniones entre hombre y mujer frente a la autoridad eclesiástica como exclusivo modo de legitimación de las familias. Con esto, los concubinatos fueron proscritos y los concubinos fueron sentenciados a la excomunión. En ese entonces, el matrimonio era exclusivamente un sacramento que se sujetaba a los rituales católicos.³

Posteriormente con el surgimiento de la burguesía se despojó la exclusividad del matrimonio a la Iglesia, sin embargo, se dio camino a su secularización, el matrimonio (ahora) civil pasó a ser el único medio exclusivo para reconocer legalidad a los grupos familiares y como único substrato para la aceptación de derechos de índole familiar. El sistema legal liberal expresado en los antiguos códigos civiles, revela una contradicción. Por un lado, el derecho civil de la “modernidad” fue construido sobre el fundamento de una racionalidad lógica formal que se manifestaba en la producción de conceptos autosuficientes que establezcan un sistema legal seguro, predecible, que facilitara saber adelantadamente las pautas de juego

² VEGA Y. Consideraciones Jurídicas sobre la Unión de Hecho. 1ra. edición. Lima: Editora Normas Legales; 2003.

³ CORNEJO H. Derecho familiar peruano. Lima: Gaceta Jurídica; 1999. Pág. 65.

a los agentes económicos, un sistema que se ajustase equilibradamente con la necesidad de edificar una sociedad que finalizase con los individualismos y se transformase en una sociedad igualitaria en cuyo interior los bienes y servicios fuesen con facilidad intercambiables por sujetos motivados por sus propios intereses. A dichos sujetos, precisamente, el nuevo sistema les admitió considerables lugares de autonomía para el juego de sus transacciones que calzaban con el reciente capitalismo sellado por la racionalidad utilitaria⁴.

Sin embargo, especialmente en el campo familiar, el derecho liberal fue demasiado estricto. Si la familia no se fundaba en el matrimonio entonces no alcanzaba el favor del legislador. Por esto, se dijo con justificación que el derecho familiar liberal fue excluyente, intento, como fruto de la modernidad, ser homogéneo, aun a costa de ignorar la realidad de las circunstancias maritales no matrimoniales a las que llanamente sentenció al confinamiento.

Los dichos de Napoleón, al intervenir en las polémicas de lo que posteriormente se transformaría en el Código civil de los franceses, fueron convincentes: “Si los concubinos ignoran la ley, la ley los ignora”. La convivencia more coniugali, de esta forma, de haber sido una realidad fáctica casi general hasta el arribo del Concilio de Trento, gracias al pacto comprendido entre Estado e Iglesia, pasó a ser vista como una circunstancia reprochable, inmoral, extraña al derecho, opuesta a la ley, al nivel de consagrarse una clara discriminación contra los hijos no matrimoniales a los que se les otorgó el emblema de bastardos. El Estado escogió reglas nítidas pero monolíticas que despojaron de una fuerte cuota de autonomía a las personas en relación de las decisiones de orden convivencial y familiar.⁵

⁴ DE TRAZEGNIES F. Postmodernidad y derecho. Lima: Ara Editores; 1996. Págs. 21-31

⁵ SILVEIRA C. Familia sem casamento: de relação existencial de fato a realidade jurídica. Rio de Janeiro: editorial Renovar; 2000. Págs. 46 - 48 y 57 - sgts.

2. LA TERMINOLOGÍA SOBRE LA UNIÓN DE HECHO

Es de máxima importancia verificar, según Alpa, que la terminología evidencia, en un algún nivel, la actitud y la postura ideológica que optan los juristas frente a las uniones de hecho. Como expresa Alpa, los términos utilizados traicionan, antes de los argumentos, el punto de salida del intérprete que, frecuentemente, abarca en sí los supuestos para diseñar el punto de llegada de su desarrollo hermenéutico.⁶

En este panorama, cuando la calificación de la unión está dada por una forma lingüística que apunta a la familia, tanto como “familia paramatrimonial” o “familia de hecho”, el vocablo «familia» no solamente acerca el fenómeno a la familia basada en el matrimonio, sino que, también, transfiere una herencia de valores y emociones, sensaciones que conforman un cuadro de referencias notables: la convivencia de dos individuos de sexo distinto, basada en la comunión física y espiritual, animada por la presencia de los hijos. No obstante, pienso que además en aquella calificación de familia “de hecho” se puede percatar algún giro escondido que, de diferente forma, intenta acuñar que no es una familia de “derecho”, quiere decir, una unión matrimonial.⁷

En tanto, se utiliza la declaración «convivencia more uxorio», para hacer referencia a la falta de hijos aun cuando se refiera a la vida en común. En una posición, más inclinada a la libertad o facilidad de separación, el jurista elige hablar de “unión libre”, reforzando la presencia de ámbitos de autonomía privada más extensos a los que frecuentemente se halla en el matrimonio.⁸

⁶ ALPA G. Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones. Lima: Gaceta Jurídica; 2001. Págs. 197-198.

⁷ VEGA Y. Ob. Cit.

⁸ Ibídem

Si, finalmente, la postura del estudioso es la de connotar de manera negativa el fenómeno, se invoca a palabras como «concubinato», «convivencia adulterina», «convivencia extramatrimonial», «convivencia fuera del matrimonio», «matrimonio de hecho»; especialmente para mostrar que no se adecua a la familia matrimonial y que, por tanto, se trata de un hecho que se ubica fuera del orden social, fuera del derecho, al colisionarse con los valores por todos aceptados: es lo ilegal, lo anormal, lo reprochable⁹.

No podría rechazarse que hay una contribución ideológica que pone sobre el tapete una evidente toma de posición¹⁰, es verdad que, en otras situaciones, las personas de derecho, sin darnos cuenta, acostumbramos intercambiar las palabras sin pretender mostrar, necesariamente, la simpatía o el desagrado hacia quienes conforman una unión de hecho. Más actualmente, en España, y desde el año 1998, las legislaciones forales (continuando con el ejemplo de Cataluña) han preferido el vocablo “pareja estable”. Si tuviéramos que conjeturar acerca de los motivos por los que se ha optado por esta etiqueta, muy posiblemente hallaríamos dos razones. Con la palabra “pareja” comprendiendo que se refiere a dos personas unidas, sin necesariamente la presencia de hijos, lo que encuentra justificación desde el instante que las legislaciones autonómicas españolas aceptan las uniones homosexuales. Y me sugiere que la denominación de “estable” tiene como objetivo acometer el mito de la inestabilidad con la que se suele mencionar a las convivencias no matrimoniales. En Bélgica, a causa de la revisión de su Código civil para dar lugar a las uniones de hecho, se habla de la “cohabitación legal” como una manera de legalizar la cohabitación no matrimonial, vocablo que, por lo demás, es usualmente usado en los Estados Unidos de América.¹¹

⁹ ALPA G. Ob. Cit. Pág. 198.

¹⁰ SILVEIRA R. Ob. Cit. Pág. 35.

¹¹ VEGA Y. Ob. Cit. Págs. 249-253.

El uso del lenguaje no es infundado. Corresponde a la elección del jurista o del mismo legislador con respeto al fenómeno familiar, a la manera cómo ha resuelto encarar el análisis y la pretensión de sentirse facultado para marcar los límites de las uniones de hecho que, de forma ineludible, se enfrentan con el prototipo familiar institucionalizado en el matrimonio¹².

3. POSIBLES SISTEMAS LEGALES PARA EL CONCUBINATO

No obstante para aquellos que se resisten a todo acercamiento legal al concubinato les resulta bastante agradable repetir las expresiones condenatorias de Napoleón y, por tanto, aspiran una posición abstencionista, la verdad es que tal explicación no soluciona ni contribuye nada al "... problema empírico de si verdaderamente la voluntad de las parejas estables es permanecer al margen de todos los efectos jurídicos del matrimonio, o si llanamente contrarían el modo de celebración o ciertos de sus efectos. Sostener que quienes no quieren (o no pueden) vincularse jurídicamente no tienen derecho a recurrir, como medida de sus derechos y obligaciones, las reglas determinadas al vínculo mismo y a partir de él, no puede ser usado para rehusar toda tutela a los convivientes, sino exclusivamente para negar concretas reclamaciones típicamente matrimoniales, y para conservar un extenso espacio a la autodeterminación, respetando así el cimiento último de tales uniones que es el derecho al libre desarrollo de la personalidad"¹³.

Como expresa Martín Pérez, la tutela jurídica de las uniones libres se justifica, en primer punto, por formar una relación jurídica familiar, y por tal, ha de obtener defensa social, jurídica y económica. Si bien no es una relación matrimonial, pero tampoco es contraria a la moral ni contraria a bonos mores, parece precisa su tutela por tener una semejanza de matrimonio. En cualquier forma, las circunstancias convivenciales reclaman

¹² Ibídem.

¹³ MARTÍN J. Uniones de hecho: derechos sucesorios del conviviente supérstite. Universitat de Lleida: Facultat de Dret i Economia; 1998. Págs. 329 - 330.

atención del derecho en la proporción que cuando hay duradera cohabitación se forma una diversidad de intereses merecedores de tutela. Para dicho autor, la demanda que aparece no es tanto la de legalizar la relación en sí –creada fuera del derecho (rectius: del status de cónyuge)- como la de reglamentar la situación jurídica de cada una de las partes que conforman la unión y sus correspondientes patrimonios. El que no haya matrimonio no quiere decir que los intereses personales y patrimoniales de los concubinos no meriten defensa, tanto durante la convivencia como al momento de su rompimiento¹⁴.

Cierta vez, Pantaleón, siguiendo a Roppo, sugirió una diferenciación sobre el fundamento del objeto específico de las leyes jurídicas: por un lado, aquellas destinadas a la reglamentación de la relación entre hombre y mujer considerada en sí misma; de otro, las leyes que no reglamentan la relación pero en cuyas conjeturas de hecho tal relación se presenta como sobresaliente, como uno de los supuestos de aplicación. Según indica, exclusivamente en este segundo grupo de leyes se implanta una evidente equiparación entre uniones matrimoniales y convivenciales¹⁵.

Martínez Rodríguez concuerda cuando sustenta, con acierto, que en la actividad legislativa se distingue un paulatino crecimiento de la cantidad de reglas que consideran la situación de la pareja no matrimonial. Son reglas que legalizan de modo fragmentario y sólo en materias concretas en los que la unión no conyugal es una referencia que la regla toma como supuesto de aplicación¹⁶.

¹⁴ Ibídem. Pág. 330.

¹⁵ PANTALEÓN F. ¿Derechos sucesorios “ab intestato” del compañero o compañera en la Compilación del Derecho civil de Cataluña?. Tossa del Mar; 1984. Pág. 169.

¹⁶ MARTÍNEZ N. ¿Están los convivientes de hecho obligados a prestarse alimentos?. Universitat di Lleida: Facultat de Dret i Economia; 1998. Pág. 345.

En una línea de opinión suplementaria, Ferrando afirma que una de las propensiones que viene afianzándose desde hace cierto tiempo en distintas experiencias es aquella de organizar las uniones no formalizadas. Conforme al estudio aguzado de esa autora italiana, es posible advertir tres modelos de orden¹⁷.

En primer punto, la legislación puede estimar la convivencia como una simple situación de hecho y asegurarle una medianamente extensa parificación con la familia matrimonial. En este situación, afirma Ferrando, se habla de sistema “presuntivo” o “no opcional” y se apunta a la circunstancia que a los vínculos convivenciales se les asigna efectos con independencia de cualquier clase de formalización, siendo sin embargo preciso probar que la cohabitación verdaderamente se da, y ocasionalmente su estabilidad por el transcurso de determinado tiempo o bien por el nacimiento de hijos. En sistemas de esta clase, los convivientes no poseen capacidad de elección puesto que la legislación automáticamente establece efectos a la unión, por lo general para garantizar a la parte endeble protección económica que las partes frecuentemente no previenen. Los interesados pueden restringir los efectos con acuerdos particulares. Dicho sistema existe, según Ferrando, en ciertas legislaciones latinoamericanas (como Bolivia, Brasil, Costa Rica) y en naciones como Canadá, Hungría, Israel o Sudáfrica, que consideran un número regularmente extenso de derechos y obligaciones¹⁸. Este sistema, que suprime la formalización de la convivencia, evidencia beneficios e inconvenientes. Se muestra como más práctico, incluso cuando la parte más fuerte del vínculo prefiere apartarse a toda clase de control. Generalmente, se refiere a un sistema que obra ex post y acciona conforme se cumplan los requerimientos que la ley exija (tiempo de convivencia, inexistencia de impedimentos matrimoniales, etc.). Sin embargo, especialmente por referirse a un régimen que omite la elección realizada por las partes (ya que se aplica de todas formas), se origina la duda de si, en verdad, no quebranta aquella

¹⁷ FERRANDO G. Ob. Cit. Pág. 308 y sgts.

¹⁸ Ibídem. Pág. 308.

libertad que deseo conservar la pareja, puesto que el derecho a no casarse debe ser resguardado al igual que el derecho a casarse. Tal vez por esto sea menos controvertido normalizar situaciones específicas sin consagrar una disciplina a la manera de la que se exige al matrimonio¹⁹.

En un segundo sistema se precisa de alguna formalidad como el registro ante una autoridad pública. En esta situación tiene mucha relevancia la elección realizada por los interesados ya que se necesita de una solicitud explícita, pudiendo presentar efectos limitados (como en Bélgica o en Francia con el Pacte civil de solidarité o PACS) o una igualdad casi total con el matrimonio (como en Dinamarca, Suecia, Noruega, Holanda)²⁰.

El registro tiene el mérito de añadir autenticidad. Facilita la prueba de la convivencia y la aplicación de derechos y deberes a los concubinos. También, resguarda la libertad de elección, debido a que solamente quien así lo quiera registra el pacto de convivencia. Sin embargo no soluciona la dificultad de las parejas que carecen de la inscripción de los acuerdos que hubieren celebrado²¹.

En otros sistemas, como en la legislación norteamericana, prevalecen los pactos entre los convivientes como una manera de ofrenda o respeto a la autonomía que prima en dicha realidad. Los pactos poseen completa validez y eficacia como cualquier acuerdo de índole económica, con prescindencia de su registro en algún organismo oficial²². No obstante la autora indica que esto sucede con el PACS en Francia, diferimos de esta inclusión, pues en esta norma francesa hay un minimum de derechos indisponibles, como se ha sustentado por dos autoras galas que han analizado dicha ley²³.

¹⁹ Ibídem. Págs. 312 y 313.

²⁰ Ibídem. Pág. 309.

²¹ Ibídem. Pág. 312.

²² Ibídem. Pág. 309

²³ MÉCARY y LEVOY-FORGEOT. Ob. Cit. Págs. 64 y sgts.

Suficientemente próximas a Ferrando; Dora Martinic y Graciela Weinstein sintetizan las alternativas de procedimiento de las uniones libres en tres: 1) normalizarlas legislativamente; 2) otorgar a los interesados la alternativa de regular la relación por medio de acuerdos; y 3) dar a los jueces la solución de los problemas²⁴. El panameño Ulises Pittí además propone la elección entre tres sistemas: a) el de la penalización de las uniones de hecho (en proceso de retiro); b) el de reconocimiento directo de efectos legales totales al concubinato; y c) la aplicación analógica de las leyes del matrimonio²⁵.

En tanto que Navarro-Valls, notable canonista antagónico a la admisión de la regulación de las uniones de hecho por juzgarla como una institución “sombra” del matrimonio, y por considerar que a mayor consentimiento de la cohabitación más se debilita a la familia legítima, se interroga si al concubinato se debe otorgar determinados efectos o se debería optar por una regulación orgánica. La interrogante que se propone el canonista se deduce de la verificación que hace de lo que llama una situación “esquizofrénica” en la cual, por un lado, se asignan a las uniones libres una secuencia de efectos de forma asistemática, sin ninguna conexión y derivadas, del desorden de la jurisprudencia, en tanto que, por otro lado, se niega un estatuto orgánico a las convivencias paramatrimoniales²⁶.

Para este autor español, la inclinación a legalizar las uniones libres es una paradoja típica de la sociedad burocratizada, ansiosa de inmatriculaciones, que posee el peligro de vulnerar la libertad de quienes no desearon quedar atados a la ley al eludir el matrimonio (el “non droit comme choix individuel”). Sin embargo, la paradoja existe ya que son los interesados los que actualmente solicitan la intromisión del derecho²⁷. Navarro-Valls, indica que

²⁴ MARTINIC D. y WEINSTEIN G. Nuevas tendencias de las uniones conyugales de hecho. Tomo II. Buenos Aires: editorial Rubinzal Culzoni; 2000. Pág. 110.

²⁵ PITTÍ G. y ULISES. Las uniones de hecho. Tomo III. Buenos Aires: editorial Rubinzal Culzoni; 2000. Págs. 209 - 215.

²⁶ NAVARRO R. Ob. Cit. Págs. 84 y sgts.

²⁷ PALAZZANI L. Ob. Cit. Págs. 246-247.

la regulación orgánica implicaría una doble desnaturalización: la de la misma unión libre al permitir perder libertad a los concubinos y, la segunda, la dilución de la familia matrimonial al homologarse a ésta la convivencia more uxorio. Por esto sustenta, que al no haber una vinculación como la del matrimonio, que conlleva fidelidad y socorro recíproco, comunidad perenne, es más factible trasladar el marco legal del concubinato al derecho de obligaciones y asignar figuras como la acción de enriquecimiento indebido, la soluti retentio, la gestión de negocios, la responsabilidad por acción ilícita, etc., lo que se explica según el autor por la multiplicidad de tipología de la unión de hecho y por su fragilidad, que no la hace digna de una institucionalización. Lastimosamente para este ilustre canonista, la tendencia es opuesta a su opinión.²⁸

La intención de pretender asignar a las uniones de hecho reglas dotadas por el propio ordenamiento jurídico para circunstancias no familiares como las señaladas por Navarro-Valls, obedece a diversas motivaciones. Para los abstencionistas o para aquellos que desean eludir a todo precio una regulación orgánica del concubinato, se podría decir que se refiere a una actitud generada de su rechazo o bien de la antigua convicción de la totalidad impenetrable de cualquier sistema legal, capaz de dictaminar soluciones normativas para toda circunstancia aun cuando no hubiera podido imaginar el propio legislador y bajo la excusa de preservar indemne el ordenamiento ocultando o rellenando las ausencias posibles de observar. En segundo punto, y frecuentemente desde la posición de los antagonistas, el torcer el rumbo de las soluciones apropiadas que reclaman las demandas sociales procedentes de conglomerados como los conformados por las familias no matrimoniales, supone un modo solapado de continuar condenando al destierro a los concubinatos por no encajar en el modelo de la familia legítima. Bajo la justificación de la libertad y de la prevalencia de la autonomía privada (que, no obstante, después es criticada duramente) en las relaciones entre convivientes, se argumenta que es un campo que debe

²⁸ NAVARRO R. Ob. Cit. Págs. 82-89.

ser delimitado por preceptos relacionados con figuras como la sociedad de hecho, la gestión de negocios, enriquecimiento sin motivo, etc., pero que en ninguna situación se justifica la ampliación o la adaptación analógica de reglas creadas para las uniones matrimoniales. Desde dicha perspectiva, que niega el acceso a leyes de índole familiar a las parejas estables no casadas, aquellos que deniegan la liberalidad de estas uniones acaban admitiendo el acceso al derecho exclusivamente a las provincias de matiz patrimonial como aquellas mencionadas.²⁹

Pienso cómo será factible reconocer una familia no matrimonial con una sociedad de hecho, ya sea civil o comercial, en la que las posesiones y el ahínco de cada uno de ellos se determinen con aportes y los mismos convivientes como socios; no comprendo cómo se equipararía los fines de una unión libre (comunidad de vida, de proyectos, de metas, de afectos) con los propósitos buscados por los socios de una sociedad, que no son más que réditos, ganancias, utilidades. Solamente un esfuerzo razonable permitiría hallar rasgos esencialmente iguales o semejantes.³⁰

No obstante, y desde una visión opuesta, también puede alegarse que, en el pasado, e incluso en los sistemas jurídicos que impiden otorgar mayores lugares a las uniones paraconyugales, tales figuras (sociedad de hecho, enriquecimiento sin motivo, responsabilidad extracontractual, etc.) han sido empleadas por los Tribunales para pretender defender al miembro menos beneficiado de la relación, frente a la premeditada carencia de leyes para las parejas no casadas por determinación del legislador³¹.

En la actualidad se enfatiza, cada vez con más definición, la tendencia de precisar un sistema ad hoc para las uniones de hecho, específicamente para las situaciones de crisis y cuando aparece el rompimiento sin que intervenga

²⁹ VEGA Y. Ob. Cit. Págs. 249-253.

³⁰ *Ibídem*.

³¹ MARTÍNEZ N. Ob. Cit. Pág. 348.

pacto de los convivientes sobre las consecuencias de la misma. Y, en un nivel de menor reformulación, además es factible observar que, cuando no hay una disciplina orgánicamente pensada para la convivencia more coniugali, se procura atribuir ciertos derechos a los concubinos que son apartados para el matrimonio pero sin tener a éste como base sino, al contrario, evaluando las justificaciones mismas de un derecho específico y la utilidad o justicia de hacerlo extensivo a uno o a los dos miembros de la pareja estable. Técnica que, en mi opinión, resulta exageradamente intensa y que dejaría indemne la protección del matrimonio.³²

En estricto, y como acabamos de describir, hay varias soluciones. La opción, como es evidente, depende no solamente del asentimiento del legislador para brindar una disciplina propia o el otorgamiento de ciertos derechos a las parejas no casadas, sino, ante todo, de la manera en que se comprenda el fenómeno y de la tendencia a otorgar más realce a las cuestiones personales antes que a las patrimoniales, o viceversa, o bien captando ambos matices.³³

A pesar de esto, se mantiene implícita la duda manifestada por casi todos aquellos que plantean esta materia, en el sentido de si una regulación detallada o una intromisión pública acaso no culminará sofocando de leyes a quienes premeditadamente han escapado de su aplicación conservándose campos de autonomía que no hay en el régimen matrimonial que en no escasas situaciones se atribuye de forma extensiva o por analogía al concubinato³⁴. Y, como se ha indicado, tal vez excusando la actitud reacia y evasiva de quienes huyen a la implantación de un status, siempre habrán parejas “más libres” que dispondrán autoaislarse también del marco legal constituido para las uniones de hecho³⁵.

³² VEGA Y. Ob. Cit. Págs. 249-253.

³³ Ibídem.

³⁴ DE VITA. Ob. Cit. Pág. 171.

³⁵ GONZÁLEZ M. Ob. Cit. Pág. 294.

4. REQUISITOS DE LA UNIÓN DE HECHO

Es relevante definir a qué unión de hecho nos referimos, puesto que distintos autores indican que existen variados modos de convivencia³⁶. Para esto es inevitable referirnos a nuestra Constitución y a nuestro marco jurídico, ya que el ordenamiento peruano encierra una demarcación interesante. Así, el artículo 5 de la Constitución de 1993 fija que:

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

En otro lado, el artículo 326 del Código civil expresa:

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

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

La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de la sociedad de gananciales. Tratándose de una unión de hecho

³⁶ DEL DOTTO. Ob. Cit. Pág. 880.

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

Ambos preceptos son de gran peso. De ellos se deduce, en primer punto, que:³⁷

- a) La unión ha de ser voluntaria, quiere decir, debe nacer de la sinceridad, conocimiento y libre albedrío de las partes³⁸; no es posible imaginar una convivencia impuesta. Es en esta determinación en la que se descubre el affectio maritalis, no obstante voluntad y afectos sean diferentes (pero evidentemente complementarios).
- b) También, ha de ser una unión de un hombre con una mujer, vale decir, debe ser una unión heterosexual, siendo desechadas las parejas homosexuales³⁹.
- c) Cuando ambos preceptos se refieren a “un” varón y a “una” mujer sugieren la obligación de la singularidad, de la exclusividad o monogamia, que se interpreta en la exigencia de fidelidad entre los convivientes, que varios se niegan a pensar para los concubinos bajo la disculpa que se trata de uniones libres. Por esto, no es permitido que se tenga varias relaciones a la vez, aun cuando todos los involucrados no posea impedimentos matrimoniales⁴⁰.
- d) Cuando se alude a la estabilidad o permanencia, se comprende que la pareja debe presentar una comunidad de vida estable y duradera⁴¹. En el caso de la legislación peruana, es evidente que se pide un período mínimo de dos años. Pero debe ser un curso de dos años ininterrumpidos; la unión no puede ser mantenida –se ha dicho- de modo

³⁷ VEGA Y. Ob. Cit.

³⁸ MANGIONE M. Concubinato. Rosario: FAS; 1999. Pág. 19.

³⁹ BIGIO J. El concubinato en el Código civil de 1984. Lima: Cultural Cuzco; 1992.

⁴⁰ MARTINIC y WEINSTEIN. Ob. Cit.

⁴¹ ALAGNA S. Famiglia di fatto e famiglia di diritto a confronto: spunti in tema di rapporti bancari, en Il Diritto di famiglia e delle persone. Fase I. Milano: Giuffré; 2001. Pág. 287.

ininterrumpido, ni los dos años pueden ser resultado de la acumulación de lapsos discontinuos⁴².

- e) La estabilidad supone, compartir una morada común y también cohabitar⁴³, quiere decir, vivir maritalmente como pareja, tener vida sexual. Como expresa Beatriz González, debe haber "...realidad efectiva de relación sexual", para después agregar que, dado que estas uniones forman una relación de afectividad análoga a la conyugal, cuando no existe techo común no hay concubinato, quedando descartadas por la carencia de este requisito las uniones eventuales o circunstanciales, las homosexuales, las de los transexuales, las adúlteras, las de los mal denominados matrimonios a prueba ...⁴⁴, debiendo proseguir el mismo destino aquellos casos en los que no se comparte una vida en común y solamente se comparte el tálamo los fines de semana o de manera excepcional. Así lo ha resuelto, además, la Corte Suprema mediante sentencia del 30 de enero de 1998, al señalar que hay concubinato cuando un varón y una mujer hagan vida de casados sin ser tales, siempre que exista carácter de permanencia o habitualidad, aunque calla sobre otros requisitos. Por ello, consideró que, en el caso materia de casación en el que se discutía la atribución de paternidad al demandado, no bastó que la demandada y el emplazado sostuvieran relaciones sexuales en forma esporádica en dos hoteles y que luego optaran por convivir cuando la actora resultó embarazada. Igual sentido tuvo la sentencia de la misma Corte de fecha 19 de mayo de 1994, en la cual se señaló que, en todo caso, el concubinato en la época de la concepción es uno de los supuestos para establecer la filiación extramatrimonial, de acuerdo al inciso 3 del artículo 402 del Código civil. En este fallo, a diferencia de la sentencia citada, se hace referencia al requisito de la notoriedad, al igual que en la sentencia de la misma Corte, del 22 de

⁴² BIGIO C. Ob. Cit. Págs. 155 - 156.

⁴³ MANGIONE M. Ob. Cit.

⁴⁴ GONZÁLEZ M. Ob. Cit. Pág. 273.

julio de 1996, en la que se alude a los requisitos de permanencia, notoriedad y singularidad.

- f) Los miembros de la pareja, así mismo, deben hallarse libres de impedimento matrimonial. Le favorece la razón a Bigio cuando indica que, en dicho sentido, no es suficiente que no sean casados, pues el autor comprende que son aplicables los artículos 241 y 242 del Código civil que normalizan los impedimentos absolutos y relativos, pertinentemente, para contraer matrimonio⁴⁵. Por tanto, si uno de los concubinos hubiera engendrado hijos en una relación diferente a la concubinaria no significa que tenga impedimento matrimonial, como lo determinó la Corte Suprema por medio del veredicto del 9 de octubre de 1996, en el que una tercera intentó probar que el concubino se hallaba acusado en ese impedimento por haber expuesto una partida de nacimiento en la que el conviviente que había muerto figuraba como el padre de una menor.
- g) La convivencia, no obstante, no se “desarrolla y mantiene” para tener sexo, compartir morada y nada más. Es imprescindible que la unión realice deberes similares a los del matrimonio, lo cual “... implica que el comportamiento de la pareja deberá ceñirse a las pautas generales que el Código Civil señala respecto de las relaciones personales entre los cónyuges”⁴⁶.
- h) Ha de ser una unión visible, pública, conocida por terceros; de aquí que la misma norma civil haga mención a la “posesión de estado”. No ha de ser escondida, secreta, pues eso podría indicar que la situación de los convivientes podría hallarse fuera de dichos requerimientos.
- i) Es claro que las uniones libres, por ser tales, necesitan de las exigencias que se precisan para la celebración del matrimonio. Los concubinos aceptan una relación de forma voluntaria, y así la mantienen, sin recurrir ninguna autoridad, esencialmente en nuestro ámbito en el que, diferentemente a las legislaciones escandinavas o las que siguen a ellas

⁴⁵ BIGIO C. Ob. Cit. Pág. 155.

⁴⁶ Ibídem.

(como Francia, Alemania y ciertas autonómicas de España), no hay registros para las convivencia more coniugali.

No es exigencia que la pareja procrea hijos, aunque sea una señal de convivencia o de relaciones maritales. A pesar de todo, aunque la convivencia muestre los caracteres antes señalados, ella no produce estado civil diferente al que tengan los concubinos. Cuando no se cumplen con las condiciones antes indicadas se acostumbra decir que nos hallamos frente a un concubinato “impropio”, sin embargo no falta quien, con presteza, mencione que además podría juzgarse como “forzosa” la convivencia en la que uno o los dos miembros poseen ligamen nupcial anterior del que no pueden desprenderse, la mayoría de veces por motivaciones externas a su propio deseo⁴⁷.

El cumplimiento de dichos requisitos, pese a la escasa reglamentación que presenta la unión de hecho en nuestro ámbito, resulta de singular interés (de la lectura del texto se desliga que la ley pide estabilidad por dos años, singularidad o exclusividad, notoriedad, comunidad de hogar y de tálamo, realización de finalidades semejantes al matrimonio, heterosexualidad y carencia de impedimentos, dándose por comprendido que se refiere a uniones que no tienen formalidad), ya que el no acatamiento de alguno o algunos de ellos tendrá apreciables diferencias respecto a los efectos que la norma reconocerá a los denominados concubinatos impropios o imperfectos. Además, el Código no sanciona de forma directa al concubinato adulterino en el sentido de aplicarle efectos perjudiciales a la relación convivencial en sí misma, pero puede servir de justificación para el cónyuge a fin de poder demandar la desunión del matrimonio por causal, con las consecuencias que la ley previene contra del normalmente denominado como cónyuge culpable dentro de las reglas del divorcio-sanción que coexisten con la actual reforma que incluye el divorcio por el cese efectivo de la convivencia y siempre que

⁴⁷ BORGONOVO O. Ob. Cit. Pág. 37

no se hubiere cumplido el período de caducidad determinado por el artículo 339 del Código civil para establecer la acción en el adulterio.⁴⁸

5. LA REGULACIÓN DE LA CONVIVENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

No obstante a que el legislador ordinario de 1984, siguiendo al constituyente de 1978-1979, no ha tenido como pretensión instituir un sistema de defensa del concubinato, puesto que su “ideal” fue alcanzar su progresiva disminución y ocasional desaparición (que permanecerá en simples aspiraciones si se analizan las estadísticas), y no formar un matrimonio de segunda clase⁴⁹, el artículo 326 del Código civil reconoce ciertos efectos al concubinato “propio” o “perfecto”, vale decir, a aquel que satisface las indicaciones referidas en el numeral anterior, que es conveniente explicar para tener una noción esclarecida de las repercusiones de su regulación civil⁵⁰.

Para comprender la postura restrictiva del legislador ordinario es preciso comprender la Constitución que por entonces se hallaba vigente. Recordemos que el artículo 5 de la Constitución de 1979 manifestaba:⁵¹

“El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación. Las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley. La ley señala las condiciones para establecer el patrimonio familiar inembargable, inalienable y transmisible por herencia”.

⁴⁸ PLÁCIDO A. Regímenes patrimoniales del matrimonio y de las uniones de hecho. Lima: Gaceta Jurídica; 2002. Págs. 378 - 381.

⁴⁹ CORNEJO C. Ob. Cit. Págs. 66 - 67.

⁵⁰ ARIAS M., ARIAS A. y PLÁCIDO A. Exégesis del Código civil peruano de 1984. Tomo VII. Lima: Gaceta Jurídica; 2002. Págs. 263 - 264.

⁵¹ VEGA Y. Ob. Cit.

El constituyente de ese año sostuvo la protección de la familia en el matrimonio. El modelo (que además se hallaba recogido en varios instrumentos internacionales sobre derechos humanos y derechos civiles y políticos de ese entonces) respondía a la tradición y a la escala de valores que predominó en las controversias para la composición de la Constitución de aquella época.⁵²

El favor matrimonii se define por las señales características que tiene esta unión: (i) el carácter estable y verídico de la relación por el modo y ceremonia que circunda la celebración desde los actos precedentes a dicho instante; (ii) la indisolubilidad del vínculo; (iii) la mejor y más simple determinación de las relaciones que se originan del matrimonio entre los esposos, los hijos y los familiares de los cónyuges con éstos y su descendencia, que no son más que la emersión inminente de efectos legítimos entre los nombrados; (iv) el ser el lugar lícito de las relaciones sexuales; (v) el ser soporte de una secuencia de suposiciones de paternidad y maternidad (que la ciencia podría poner luego en discusión); etc.⁵³

Las uniones no matrimoniales no eran bien estimadas y, en cualquier caso, eran elemento de reparos morales. Por ese motivo, podemos probar que en la controversia acerca del concubinato en las polémicas de la Asamblea Constituyente de 1978-1979, aparte de encuadrarse el debate al concubinato propio o perfecto, también se restringió todo propósito de recepción del mismo a aspectos meramente patrimoniales. La consigna fue implantar un sistema comunitario a los convivientes para impedir que el hombre abandone a la concubina sin dividir o repartir el patrimonio obtenido con el sacrificio de ambos.⁵⁴

⁵² Diario de Debates de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979. Tomo I. Lima: Publicación Oficial; Págs. 316 - 317

⁵³ VEGA Y. Ob. Cit.

⁵⁴ Ibídem.

El Código civil conservó los valores y prejuicios del constituyente de 1979. Su “ideal” era conseguir su progresiva reducción y ocasional desaparición y no formar un matrimonio de segunda clase⁵⁵. Es bueno manifestar que la Explicación de Motivos del art. 326 es suficientemente sucinta y solamente realza que la pretensión fue reconocer exclusivamente efectos patrimoniales a la unión de hecho. Es más, Cornejo Chávez recomendó que el tiempo para la aparición de la sociedad de bienes fuera de cinco años⁵⁶.

El artículo en discusión se incardinó en el interior de un sistema legítimo que, como lo hemos sustentado en otra oportunidad, se sujetó a la concepción hermética de familia, a la concepción tradicional fundada en el matrimonio; elección que, a su vez, estuvo colmada de prejuicios. En efecto, la percepción del grupo familiar fundado en el matrimonio correspondía al antiguo modelo y deseo de la unión controlada por el Estado y por la moral laica que recibió la tarea legitimadora del sexo de la Iglesia Católica y que persiguió instituirse como el único medio autorizado para la descendencia. En cualquier situación, resulta claro que los prejuicios del Constituyente de 1978-1979 sobre el concubinato como unión de segundo clase (que amenazaba el matrimonio) y que aparecía en los grupos económicamente deprimidos, parece haber sido desplazada con esos mismos matices ideológicos al Código civil que, hasta la actualidad –sin contar con las reformas incluidas después de 1984- se ha manifestado obcecadamente contrario a los cambios que se han realizado en la colectividad y en sus creencias. Dichos prejuicios han quedado al margen a raíz de la Constitución del año 1993 desde que esta resguarda la familia sin fundamentarla en el matrimonio. Así, su art. 4 expresa:⁵⁷

⁵⁵ CORNEJO H. Derecho familiar peruano. Ob. Cit., Pág. 66 y ss.

⁵⁶ CORNEJO H. Exposición de Motivos y comentarios al Libro de Familia del Código civil de 1984. Tomo IV. Lima: Compiladora Delia Revoredo; 1988. Págs. 473 - 479.

⁵⁷ VEGA Y. La familia por venir: entre lo público y lo privado, entre la tradición y la modernidad. La Libertad: Colegio de Abogados; 2005. Pág. 39.

“Artículo 4.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”.

La actual Constitución, continuando con la tendencia en los convenios internacionales que protegen a la familia (específicamente aquellos consagrados después de la Constitución de 1979) que consideran el derecho a formar una familia, no sustenta la tutela que concede a partir del matrimonio que es, con seguridad, una institución civil de singular importancia, como hemos explicado, por la certeza que otorga a las relaciones que se conforman a partir de su celebración, lo que como ya hemos asentado, lo distingue de la unión de hecho.⁵⁸

Es más, la Constitución, en el precepto líneas arriba, considera otro principio: el de promoción del matrimonio con dos finalidades: (i) promover que las uniones de hecho se acerquen a él y (ii) para asegurar el derecho al matrimonio sin restringir la preocupación del Estado a la familia conyugal. Esto, nos debería hacer reflexionar en la manera en que debiéramos “releer” las normas del Código civil ya que un estudio civil ordinario de las normas de este marco legal es inaceptable en la magnitud que no considere los principios y valores integrados en la Constitución vigente.⁵⁹

5.1. Relaciones personales entre los convivientes.

⁵⁸ PLÁCIDO A. Protección del niño, madre, anciano y de la familia. Promoción del matrimonio. Lima: Gaceta Jurídica; 2005. Págs. 366 - 367;

⁵⁹ SERRANO J. La familia como asunto de Estado, el matrimonio como derecho del ciudadano. Fascículo 4. España: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada; 2001. Págs. 45 y sgts.

El legislador ordinario, que fue evasivo y hábil con las familias no matrimoniales, no pudo evitar admitir que las parejas no casadas se juntan para planear una comunidad de vida, desde el instante mismo en que el artículo 326 del Código civil indica que la unión de hecho se decide para lograr fines y cumplir obligaciones similares a los del matrimonio.

Por eso, Bigio estima que la conducta de la pareja deberá ajustarse a las patrones generales que el Código indica con referencia a las relaciones personales entre los cónyuges. Eso conllevará, en línea de principio, fidelidad y asistencia mutuas (artículo 288); específicamente lo primero, puesto que es habitual precisar la figura sobre el fundamento de la exclusividad o monogamia.

Se ha manifestado, frecuentemente con referencia al matrimonio, que en el estatuto dispuesto para éste, el indicativo de los deberes primordiales entre los cónyuges, vale decir, la consagración de modelos compartidos por la comunidad globalmente considerada, en materias de solidaridad, asistencia, fidelidad, protección, responsabilidad social, etc., tiene un valor representativo, hondo y constructivo. Y que, la dificultad producida de lo que sucede en la práctica, que traiciona el patrón, y por tanto conmina de ineficacia los indicativos del orden legal, no es concluyente. Aquello que importa en dichas órdenes –se garantiza- es la “potencialidad”, la actitud que puede acarrear fortaleza regularizadora de la generalidad y de la normalidad de las relaciones intersubjetivas. Si eso ocurre en el matrimonio, ampliar esta clase de deberes a la unión libre entorpece el panorama por infringir contra la reivindicación de autonomía que se expresa en ésta⁶⁰.

Difiero ampliamente de tal opinión, porque nada impide, según pienso, a que los convivientes esperen e inclusive (aun sin orden legal explícita) se exijan fidelidad, sin importar que la violación de la misma no sea motivo de separación de la unión puesto que no se concede al concubino ofendido

⁶⁰ DE VITA. Ob. Cit. Págs. 170 - 171.

ninguna acción sobre el particular, incluso si eligiera dar por finalizada la convivencia aún a pesar de perder los derechos que la ley reconoce al conviviente que ha sido abandonado. Muy aparte de esta confirmación, me parece beneficioso que entre quienes comparten una vida sin ser casados sea aconsejable un comportamiento ajustado a la fidelidad, a la exclusividad, a la monogamia. Mayoritariamente se piensa que esta forma de conductas solamente dables en el matrimonio y no en las familias de hecho bajo el inaudito razonamiento que la libertad para ponerle término relaja las pautas de conducta que se espera de la pareja.

En esta igual dirección, cabe interrogarse si los concubinos se hallan “obligados” a realizar vida en común en el hogar de hecho que han conformado, tal como se demanda a los cónyuges por disposición del artículo 289. Reflexionemos un instante acerca de este asunto. Hay que considerar que la obligación de vivir bajo un mismo techo no sólo implica convivir en la misma casa, sino además cumplir como se dice, el débito conyugal (sexual)⁶¹.

Trazegnies se ha interrogado, si el derecho puede conseguir con todos los recursos a su servicio que las obligaciones extrapatrimoniales de los cónyuges se ejecuten. En relación a la prestación sexual recíproca, advierte que los conflictos que se originan parecen imposibles de resolver a través de un juicio. Menciona que en los EE. UU., los jueces han estimado inadecuado que el derecho entre a ese ámbito de las relaciones humanas⁶².

Con relación a los cónyuges, el profesor Arechederra se pregunta si los esposos están obligados a vivir juntos. Según la legislación, sí, agrega. No obstante, que para la cultura de hoy dicha exigencia resulta insólita, pues el matrimonio no conlleva sujeción a una imposición categórica. Por otra parte, señala que los comportamientos familiares son difícilmente reorientables a

⁶¹ ARIAS M., ARIAS A. y PLÁCIDO A. Ob. Cit. Pág. 170.

⁶² DE TRAZEGNIES F. Ob. Cit. Pág. 38.

las categorías jurídicas habituales. Además menciona que el no cumplimiento de esta obligación se colisiona contra la sustancia del matrimonio⁶³.

Si desplazásemos, *mutatis mutandi*, estas consideraciones a la convivencia marital sin nupcias, podríamos creer, de la misma manera, que este deber de cohabitación, aun siendo incoercible (nadie se figura a la esposa o a la conviviente ante un Juzgado solicitando el cumplimiento del débito sexual del cónyuge) por hallarse unido con la libertad de la persona, tiene un trasfondo irrefutable y elemental: la *affectio maritalis*, específicamente en su dimensión interior (antes que exterior, pero que tampoco es desdeñable), vale decir, más que la estricta obediencia de una orden legal (claramente con un nivel alto de ineficacia en su actuación judicial) deriva la decisión de vivir como una familia verdadera, que no solamente comparte afectos e ilusiones sino además la coexistencia diaria, con todo lo que eso significa. Si partimos desde esta visión, no hallo impedimento alguno para hacer extensivo el artículo 289 –en su primer enunciado, únicamente- al concubinato.

El artículo 290 muestra menor oposición en relación a su práctica. Los concubinos tienen el derecho y el deber de intervenir en el gobierno del hogar de hecho que han constituido, así como elegir el lugar en el que habitarán y disponer los temas referentes a la economía de la casa. Si los cónyuges se hallan en la posibilidad de escoger entre distintos regímenes patrimoniales (incluso viviendo bajo un régimen de separación de bienes, administrando cada uno sus bienes) y eso no dificulta a que participen en la economía del hogar, no hay inconveniente alguno para que los convivientes decidan de manera conjunta lo que mejor les convenga en este campo.

El artículo 291 precisa de alguna matización. Conforme con su primer párrafo, si uno de los cónyuges se dedica únicamente al trabajo del hogar y

⁶³ ARECHEDERRA. Ob. Cit. Pág. 451.

al cuidado de los hijos, la responsabilidad de sostener a la familia reincide sobre el otro, sin perjuicio del apoyo y colaboración que ambos cónyuges se deben en uno y otro ámbito. Apartamos el segundo párrafo para después cuando analicemos las consecuencias de la terminación de la unión paramatrimonial.

Pienso que en las familias matrimoniales como en aquellas parejas no casadas, ni siquiera cuando hay acuerdo de separación de patrimonios, no se suele pactarse nada acerca de la aportación de cada uno al hogar; mucho menos en lo que se refiere al cuidado de los hijos. Sería un acuerdo insólito, sobre todo para una realidad como la nuestra. Pero esa carencia de pactos se ve sustituida por el comportamiento de los cónyuges, ya que es evidente que si uno de ellos abandona el mercado laboral (y ya no produce para dicho mercado), con el fin de ocuparse del trabajo del hogar (y ocuparse a la producción familiar en términos de Posner), quien percibirá ingresos será aquel que trabaje fuera de la casa. Es evidente inferir, de esto, que el presupuesto, las necesidades y los gastos tendrán que ser cubiertos con dichos ingresos. Así también, el que la pareja se ocupe de las tareas de la casa no es una labor improductiva; al contrario, quien permanece en el hogar aportará su trabajo (aunque no sea remunerado, tiene un valor concreto: ya sea el costo que se tuviera que pagar a alguien que venga de fuera, el costo de aquello a lo que renuncia a seguir realizando fuera del hogar quien se dedica a éste, incluso abandonando el desarrollo profesional y el conservarse apto para afrontar la competencia del mercado laboral ya que la labor doméstica lo desliga y desactualiza).

Opino que el sostenimiento por parte de quien labora fuera del hogar contesta a la pregunta de si los concubinos se deben alimentos durante la convivencia. Y es que, como se ha examinado, este asunto se plantea comúnmente a la extinción de la unión de hecho puesto que durante la convivencia la asistencia recíproca se producirá de forma espontánea⁶⁴.

⁶⁴ MARTÍNEZ N. Ob. Cit. Pág. 348.

Porque como señala Martínez Rodríguez, es más apropiado hablar de un deber de sostenimiento entre los convivientes en vez de un deber de alimentos, siendo, incluso, el primero, un deber más extenso que el de la obligación alimentaria. A causa de la pobreza del Código se puede dudar sobre la exigibilidad del deber de asistencia y, más específicamente, del deber alimentario. Pienso, incluso, que el propio Código origina esa duda que podría resultar en una irracional doble paradoja.

Entonces, si los concubinos fundan una relación marital estable, no hallo dificultad para comprender que la pareja se debe asistencia (como sucede en Brasil gracias a la Ley N° 9.278, del 10 de mayo de 1996) en la magnitud de que su relación se labra para lograr finalidades y realizar deberes similares a los del matrimonio, como menciona el artículo 326. Y el auxilio mutuo es uno de estos deberes. Pero si analizamos la situación precisa y exclusiva del deber alimentario, es posible que arribemos a la primera de las paradojas a las que me refería, pues dado que no hay regla o disposición especial, la conclusión es que los concubinos no están obligados a brindarse alimentos durante la convivencia. Además, tampoco se hallan comprendidos entre los obligados en el numeral 474 del Código. Si ellos lo han acordado de forma explícita, estos acuerdos son causas legítimas de obligaciones sin más límites que los implantados a la autonomía privada⁶⁵, ya sea durante o después de la convivencia⁶⁶. La segunda paradoja es que la propia legislación reconoce alimentos en caso de terminación de la unión paramatrimonial cuando finaliza por la decisión unilateral de uno de los cónyuges, que deja al otro.

En una peculiar sentencia de la Corte Suprema de fecha 7 de junio de 1993, se indica que el término de la unión de hecho no sólo radica en la finalización de la convivencia bajo un mismo techo sino, aun si ésta

⁶⁵ Ibídem. Pág. 349.

⁶⁶ PÉREZ A. Uniones de hecho: estudio práctico de sus efectos civiles. Lima: editorial Edisofer; 2008. Pág. 92.

continúa, es cuando uno de los consortes se detrae voluntaria e intencionadamente a las obligaciones emergentes de la unión de hecho. La Corte indica que, conforme al artículo 326 del Código, la determinación unilateral de uno de los convivientes de cesar la unión autoriza al juez a otorgar, a elección del abandonado, una reparación o una pensión de alimentos. En el caso sentenciado la demandante reclamaba que el demandado la asistiera con una pensión alimenticia por haber finalizado la unión de hecho de más de treinta años continuos. El demandado, al salir a juicio, sustentó que no era cierto que la unión hubiere terminado porque continuaba viviendo junto a la actora, en la misma casa. Ante este alegato, la Corte comprendió que debía valorarse como cesación de la unión la detracción de los deberes emergentes de la misma (que no precisa, en nada) por parte de uno de los convivientes al margen que continuaran viviendo juntos y que no existía ningún impedimento para indicar una pensión fija y estable (sic) a pesar que el demandado pudiera estar asistiendo con una cantidad de dinero que resultaba insuficiente para sufragar las necesidades del otro. La Corte resolvió que el demandado acudiera a la actora con una pensión alimenticia adelantada del 20% de su haber líquido.

Esta sentencia presenta una serie de aspectos que vale la pena estudiar. En primer punto, el Supremo Tribunal cita a “deberes emergentes” de la unión de hecho que no precisa. Si intentáramos forzar una interpretación no habría otra sino la que se relaciona a la asistencia recíproca que se deben los convivientes, a los cuales hemos considerado asignable el artículo 288 del Código civil. En segundo punto, si la Corte hubiera tomado en consideración que la asistencia es un deber de mayor cobertura que la obligación alimentaria, podría haber condenado al conviviente al pago de dicha pensión sin caer en la fantasía de dar por finalizada la unión de hecho. El artículo 326 no faculta a incluir como terminación de un concubinato el que uno de los miembros de la pareja se sustraiga a sus deberes. Sencilla y naturalmente, atendiendo al comportamiento que había guardado el

demandado por más de treinta años, debió deducir que el deber de asistencia que aceptó voluntariamente había sido incumplido a partir de un algún momento, pero debió inferir de dicho comportamiento que su voluntad fue hacerse responsable de la situación económica de la actora y, por tanto, obligarlo al cumplimiento del citado deber de socorro. Pero como su sentencia concluye en la fijación de una pensión alimenticia, no pudo evadir al condicionamiento impuesto por el artículo 474 que no sanciona la prestación alimentaria para los convivientes more uxorio. A fin de hallar una solución, que se apoyase en el propio artículo 326, decidió juzgar terminada la unión de hecho aun cuando siguiera existiendo comunidad de techo y no sabemos si de lecho, pero dudamos que existiese a esos momentos.

Estas son los resultados forzados a los que obliga las evidentes limitaciones del sistema legal del concubinato. En mi opinión era suficiente fundamentar la decisión en el artículo 288 del Código y, si bien no en el caso de este fallo que es anterior a la Constitución vigente, por lo que en la actualidad no debe haber duda alguna que los alimentos son procedentes y exigibles a partir de la consagración del régimen de protección de la familia considerado en el artículo 4 de la Constitución. Si el Código civil pretende estar en sintonía con la Constitución, y debe estarlo, es urgente una modificación sobre esta materia. Ya el Tribunal Constitucional ha sustentado que sería una interpretación muy ceñida de la Constitución el pensar en una unión de hecho donde no haya obligaciones de tipo alimentario⁶⁷. A partir del mismo argumento no se halla inconveniente para aplicar a la pareja concubinaria los artículos 292, 293 y 294 del Código civil.

5.2. Las relaciones patrimoniales

Con la Constitución de 1979, se reconoce que la unión de hecho origina una sociedad de bienes (así la calificó el artículo 9 de esta Constitución) entre los

⁶⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 06572-2006-PA/TC. Sentencia del 6 de noviembre del 2008.

convivientes, que se ajusta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable. La misma previsión procede del artículo 326 del Código civil. La actual Constitución, en cambio, se refiere a una comunidad de bienes (calificativo más apropiado según Cornejo⁶⁸).

A partir de esta disposición, quienes se han ocupado de la materia estiman que, cumplidos los requerimientos que la ley reclama al concubinato, se comprende constituida ipso iure esa sociedad (comunidad) de bienes. También, se indica coincidentemente que los convivientes no pueden afiliarse al régimen de separación de patrimonios, porque el artículo 326 no deja alternativa para ello, por lo que el régimen patrimonial asignable y obligatorio es el de la sociedad de gananciales. Solamente los cónyuges pueden elegir por uno u otro régimen⁶⁹. Pero para esto es preciso que pasen los dos años exigidos por la ley, ya que si no serán aplicables las normas acerca de la copropiedad⁷⁰. Así mismo, se afirma que, una vez que se origine tal comunidad de bienes, a la cual sean aplicables las normas de la sociedad de gananciales (sin que se transforme en sociedad de gananciales), los concubinos no pueden cambiar de régimen patrimonial⁷¹.

Difiero ampliamente de esta consideración, aun cuando sea unánime la posición contraria. Para esto, y a diferencia de cuál habrá sido la intención del constituyente del año 1978-1979, pienso que la Constitución vigente obliga a articular el principio de protección de la familia (en todos sus aspectos, personales y patrimoniales) con la norma contemplada en el art. 5 referido a la unión de hecho.

⁶⁸ CORNEJO H. Ob. Cit. Pág. 72 y 73.

⁶⁹ ARIAS P. El derecho de familia y los contratos, en La familia en el derecho peruano. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú; 1992. Pág. 272.

⁷⁰ PLÁCIDO A. Ob. Cit. Pág. 386.

⁷¹ Ibídem. Pág. 387.

El art. 9 de la Constitución de 1979 y el actual art. 326 del Código civil tuvieron como objetivo impedir que el concubino se aproveche de la concubina comprando bienes ambos, que después eran registrados a nombre del varón o que éste se llevaba cuando dejaba a la concubina. Debido a estos razonamientos se creyó que la implantación del régimen obligatorio de la sociedad de bienes conseguiría aquella protección. El régimen planeado fracasó puesto que la carencia de publicidad apropiada y la supuesta restricción para celebrar acuerdos entre los convivientes para regular sus relaciones patrimoniales han colaborado, vilmente, a que se genere el resultado que desearon impedir los constituyentes conservadores de 1978-1979 y el expositor del Libro de Familia. Su modelo constitucional-legal fracasó.

Siguiendo el principio de protección de la familia, una manera de permitir que los mismos concubinos se defiendan, es aperturándoles el sendero para que ellos puedan organizar sus relaciones patrimoniales (sin aguardar que todos sus dificultades las solucione el Estado) puesto que, según mi criterio, tales acuerdos, utilizando a la figura de la propiedad o de la copropiedad impedirá las dificultades de resolver si un bien es social. Todo esto, claramente, sin perjuicio de la declaración judicial de reconocimiento del concubinato.

Los acuerdos patrimoniales entre concubinos, que tienen como finalidad asegurar mutuamente los aspectos económicos de la convivencia, resultan por eso- lícitos⁷². Si no hubieran, como es evidente se empleará el régimen que indica la Constitución y la ley ordinaria.

Si analizamos a aquello que podría ser el contenido de dichos pactos podríamos incluir los acuerdos de la obligación recíproca de colaborar a la necesidad de los enseres familiares, la puesta a disposición de los bienes que sean de uno o de ambos, la puesta a disposición de la propia capacidad

⁷² DEL DOTTO. Ob. Cit. Pág. 889.

laboral y los beneficios que produzca o la contribución que proceda del trabajo doméstico⁷³, la adquisición conjunta de bienes o la adquisición separada, sin descuidar las necesidades del hogar. Incluso, no hay impedimento para que se acuerde la asistencia económica en caso de estado de necesidad por hallarse la pareja incapacitada de producir ingresos⁷⁴, aun después de la finalización de la unión. Además pueden concertarse reglas para la administración de los bienes o acerca del uso de la vivienda común cuando no haya más comunidad de techo⁷⁵.

A esos convenios se pueden agregar disposiciones acerca de los bienes que se comprarán como comunes y que así serán publicitados ante terceros. El inconveniente, es que tal pacto tendría que ser incluido en cualquier contrato que se oficie con terceros para que resulte ser eficaz puesto que, como es claro, las convivencias no se inscriben en registro alguno, o bien se podría acordar que si uno traspasa su cuota el otro queda obligado a hacerlo con la propia⁷⁶, siempre que no se origine de ello un abuso. Por lo demás, aun cuando se compre de forma conjunta y se publicite así en un registro específico (en la medida que si puede el bien acceder a un registro), dado que la convivencia no genera estado civil oponible (e inscrito), es obvio que cualquiera de los miembros de la pareja podría vender su cuota, con lo que resulta estéril pregonar que, cumplidos los requisitos del concubinato, se protegerá a los concubinos empleando el sistema de la sociedad de gananciales y el artículo 315 del Código. ¿Cómo puede enterarse un tercero que los propietarios son cónyuges si en su título de propiedad (ni tampoco en la información registral) aparecen como casados? Todo parece señalar una de dos cosas: o bien el artículo 315 no tendrá eficacia y, por tanto, el consorte afectado tendrá que exigir una reparación, o bien se hace preciso

⁷³ Ibidem. Pág. 891.

⁷⁴ Ibidem. Pág. 892.

⁷⁵ Ibidem. Pág. 896.

⁷⁶ Ibidem. Pág. 895.

cambiar el régimen legal y registral para brindar apropiada publicidad. Hasta la actualidad el numeral aludido resulta, claramente, inoperante, inútil.

Es evidente que un comprador de buena fe se verá protegido por el artículo 948 en el caso de bienes muebles o por el numeral 2014 en el caso de inmuebles. ¿De qué sirvió predicar la aplicación del sistema de la sociedad de gananciales si nada asegura a los propios convivientes sus derechos patrimoniales? Por tal motivo, mientras no se está acreditada (o publicitada) la convivencia, serán nada provechosas las medidas que pueda tomar uno de los convivientes cuando un tercero atropelle los bienes que figuran solamente a nombre de uno de ellos y el otro intente ejercer una acción de tercería o de nulidad de disposición de los bienes comunes. Basta observar lo decidido por la Corte Suprema a través de sentencias del 12 de setiembre de 1996, del 4 de junio de 1998 y del 10 de marzo de 1999, en los que el Tribunal exigió que los demandantes debieran hacer reconocer en un proceso previo la existencia de la unión para poder ejercer sus reclamos ante terceros. Es evidente que se precisa una modificación legislativa para quitar la desprotección que se observa, incluso, en la jurisprudencia.

Es obvio que los acuerdos a los que me refiero (acompañado de una adicional reforma del sistema de publicidad, cuando eso sea posible si se desean hacer oponibles a terceros) se muestran como una mejor solución a la utilización de un régimen legislativo⁷⁷ que me parece sobrepasado por el art. 4 de la Constitución. Se trata, sin dudar, de pactos atípicos⁷⁸ que probablemente solucionarían mejor las disputas patrimoniales entre los interesados por permitirles organizarse de modo adecuado y aventajado. Y que no se hable que no es apropiado apoyarse en la doctrina italiana bajo el razonamiento de que, en Italia, al no haber reglas para el concubinato, ha sido la Corte de Casación la que admita los acuerdos, en tanto que en el Perú sí existe legislación al respecto. Así mismo son admitidos por el

⁷⁷ ASTONE. Ob. Cit. Pág. 1485.

⁷⁸ Ibídem. Ob. Cit. Pág. 1487.

Supremo Tribunal en España⁷⁹. Por lo que considero que no hay obstáculo, ni ilegalidad ni inmoralidad, para no dar cabida a estos contratos. ¿Qué lo impide? ¿Una interpretación exageradamente literal del artículo 326 del Código que respondió al modelo de la Constitución de 1979? La sociedad de gananciales como régimen debería ser supletoria⁸⁰.

De acuerdo con esta mismo pensamiento, creo admisible que los concubinos puedan reemplazar o separar la aplicación, en cuanto sea posible, del sistema de la comunidad de bienes, para lo que podrían ofrecer un documento en el que den a conocer aquellos bienes que adquirieron y convenir el modo en que liquidarán tal comunidad, los bienes que se atribuyen a cada uno, la forma en que se cumplirán las deudas contraídas en interés común, etc.

5.3. Prueba del Concubinato

Una materia que ocasiona alguna duda es el de la prueba del concubinato. Conforme con el 2do párrafo del artículo 326, la posesión permanente de estado (de convivientes) a partir de fecha aproximada podría comprobarse con cualquiera de los medios permitidos por la ley procesal, siempre que haya un principio de prueba escrita.

Señala Cornejo que la fórmula aceptada por el Código, aunque de cierto modo es probable que haya tomado en cuenta los intereses de terceros, termina obligando a los concubinos, en todo caso y para todos los efectos, a probar en un juicio su condición de tales. No obstante la ley reclama un principio de prueba escrita.⁸¹

⁷⁹ PÉREZ A. Ob. Cit. Pág. 72.

⁸⁰ FERRANDO G. Ob. Cit. Págs. 317 - 318.

⁸¹ CORNEJO H. Ob. Cit. Pág. 73.

La urgencia de un principio de prueba escrita es, como bien manifiesta Plácido, exagerada, porque como señala este autor, la posesión permanente es una relación familiar que se caracteriza por la oralidad o por la simple concurrencia de situaciones de conducta que evidencian su existencia, siendo la prueba testimonial la que presenta mayor importancia. Por esto, opina que tal requisito debería eliminarse⁸².

Bigio enumera hipótesis de aquello que podría admitirse como una sospecha y no una completa prueba: correspondencia, instrumentos privados, escritura pública, recibos de pago de materiales para la construcción de una vivienda edificada por los dos, cheques, recibos de servicios profesionales prestados al otro concubino, etc⁸³.

Como sea, concuerdo con Plácido en que el principio de prueba escrita es exagerado y hasta opuesto a la situación misma de la posesión de estado. La exigencia traiciona el sentido mismo de este constante andar ante el otro y los demás, públicamente, como pareja; le prescinde significado. Es verdad que en esto puede existir, de parte del legislador, miedos o desconfianza a la prueba testimonial que, en los períodos actuales ha perdido credibilidad. Pero eso no puede sentenciar a los concubinos a documentar su relación para poder ser aceptada por el derecho.

Continuando con otro aspecto de particular relevancia, es preciso que la convivencia se compruebe ante el juez y que éste la reconozca. Solamente bajo esa comprobación se podrá pretender y reclamar los derechos que la ley considera para los concubinos. Entonces, los efectos del fallo deben ser declarativos y retroactivos con la finalidad de cautelar de forma apropiada los derechos de los concubinos durante el período que han convivido juntos y adquirido bienes. No pueden regir exclusivamente para el futuro, deben ser

⁸² PLÁCIDO A. Ob. Cit. Pág. 398.

⁸³ BIGIO C. Ob. Cit. Pág.159.

forzosamente retroactivos o tener aplicación desde que se cumplieron los requerimientos que pide la ley.

Pittí ha señalado que los efectos retroactivos podemos ubicarlos primordialmente en función a la presunción de paternidad y en lo relacionado al régimen económico, no así en lo que concierne a los derechos personales⁸⁴. Por otro parte, jurisprudencia y doctrina han concordado en desdoblarse la alternativa de la comprobación en un proceso, conforme se trate de efectos entre los concubinos o frente a terceros. Pero, la jurisprudencia no ha sido lo suficientemente coincidente.

En lo que concierne a derechos personales, como es el hecho de la pensión alimenticia o del pago de la reparación en caso de terminación de la unión por elección unilateral, la prueba se puede realizar en el mismo proceso en el que se ejerzan dichas pretensiones⁸⁵. Ejemplo de esto lo es el fallo de la Corte Suprema del 7 de junio de 1993 al que antes me referí. En el caso de los derechos patrimoniales entre convivientes y de efectos ante terceros, se sustenta que es preciso demostrar en un proceso anterior y específico la convivencia y demandar dichos derechos patrimoniales en un segundo proceso. El acento recae de forma singular en el caso de ejercitarse alguna pretensión ante los terceros a fin que éstos cuenten con seguridad y, por esto, no es suficiente que en un juicio en el que se ve envuelto un tercero, los convivientes, sin haber demostrado en un proceso anterior la cohabitación, admitan en que son pareja no casada.⁸⁶

En referencia al requisito de un juicio previo para ejercitar una pretensión de índole económico por uno de los convivientes ante el otro, ha emitido la Corte Suprema por medio del fallo del 1 de julio de 1996, en un caso en cual se demandó la partición de un bien inmueble comprado por los concubinos.

⁸⁴ PITTÍ. Ob. Cit. Pág. 205

⁸⁵ PLÁCIDO A. Ob. Cit. Pág. 392.

⁸⁶ Ibídem. Pág. 395.

No obstante, no se aplicó el mismo discernimiento 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 exigió la división y partición de un inmueble. En relación a los efectos ante terceros la misma Corte ha sostenido la necesidad de un proceso previo en el cual se determine la existencia del concubinato; así lo ha decidido a través de sentencias de 12 de setiembre de 1996, 4 de junio de 1998 y 10 de marzo de 1999.

En la situación de terceros es entendible que en un proceso en el cual alguien extraño a la familia no casada exija a uno de los miembros de ésta un derecho, no es suficiente que su pretensión se pueda ver perjudicada con el alegato de un tercero procesal (el concubino no ubicado). No obstante, esta medida es una ficción. Si alguien contrata con uno de los convivientes y después el otro reclama, a pesar de contar con un pronunciamiento judicial previo, el tercer adquirente se verá protegido por los artículos 948 o 2014 del Código civil, de acuerdo si se trata de bienes muebles o inmuebles.

Basta para esto verificar lo decidido por la Corte Suprema en la causa 1620-98 a través de fallo del 10 de marzo de 1999. El requisito de juicio previo para objetar derechos a terceros es inútil, a no ser que se le brinde apropiada publicidad. De aquí que sea de máxima importancia lo indicado en el quinto fundamento del fallo del 12 de setiembre de 1996 del Tribunal Supremo (causa 688-95), en el que se expresó literalmente:

“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”⁸⁷

⁸⁷ CORNEJO H. Ob. Cit. Pág. 74.

Sin la apropiada publicidad toda exigencia de juicio previo es inservible. En resumen, el que se ejerza en un mismo proceso derechos de índole patrimonial ante terceros no evita que se reconozca la convivencia pero esto no debilitará la protección que la ley concede a los terceros que obraron de buena fe y que creyeron en la publicidad que les brindó la posesión o la inscripción de un bien a nombre de uno solo de los consortes.

No obstante, considero que hay un tema de mayor relevancia que completa lo que acabo de expresar. Cuando el artículo 326 del Código Civil afirma:

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

Lo que está expresando es que se comprobará un hecho que existe anterior a la sentencia, de lo que deduce, en mi parecer, que tal fallo reconoce una realidad, por lo cual, tiene efectos declarativos.

Si esto es de esta manera y, sinceramente, no hallo sensata ninguna otra solución- los bienes que se compraron después de superados los dos años y se cumplió con las exigencias demandadas por la Constitución y la ley ordinaria, los bienes adquiridos (aunque no haya sido publicitados así) tienen la categoría de sociales y entre los convivientes desde ese instante (día primero del año tres, para otros el día último del segundo año) se originó una sociedad o comunidad de bienes en la que coexistirán los bienes propios y bienes sociales, vale decir, los que se compren a título costoso desde ese momento y los frutos o productos de los bienes propios de cada uno que se adquirieron o recibieron hasta cumplirse los dos años.

CAPITULO II

LAS UNIONES DE HECHO EN SEDE REGISTRAL

1. DECLARACIÓN JUDICIAL DE LA UNIÓN DE HECHO

La unión de hecho o concubinato es un fenómeno social bastante antiguo y cuya aceptación como institución legal lo realizó el Código de Hammurabi (200 a.C.). Pero como señala Cornejo Chávez, no ha mantenido continuamente las mismas características, ni ha sido admitido en todos los pueblos y épocas en iguales estipulaciones legales⁸⁸; más bien, no solamente no era aprobada, sino era advertida como un modo de vida inmoral, por cuanto ello no entonaba con la realidad, tradiciones y cultura de una gran parte de la sociedad, como el caso de la peruana. Conforme lo hace notar el Tribunal Constitucional, reflejo de esa percepción negativa y de repudio era la falta del reconocimiento de efectos legales a esta clase de uniones; pero que el aumento de las prácticas concubinarias y la paulatina transformación de la sociedad y del Estado, fue implantando un entorno en

⁸⁸ CORNEJO H. Derecho Familiar Peruano. 10ma. edición. Lima: Gaceta Jurídica; 1999. Pág. 63.

el que era preciso una reglamentación a dicha realidad social⁸⁹. Normarlo en la manera que mejor convenga con la justicia y el interés social⁹⁰.

Por lo que, la Constitución Política de 1979 consagró por vez primera la protección de la unión de hecho, ofreciéndole, también, efectos legales semejantes a los del matrimonio. Esencialmente en su artículo 9 disponía que:⁹¹

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

Con este reconocimiento constitucional se protege a las parejas de hecho al admitírseles un régimen de sociedad de bienes, en cuanto sea adaptable. Esto debido a las injusticias que cometía uno de los convivientes (mayoritariamente el hombre) al realizar apropiaciones ilegales de los bienes producidos o adquiridos durante el tiempo convivencial o al final del mismo, perjudicando los derechos que la conviviente abandonada había conseguido. Al apoyo de este marco constitucional, el legislador caracterizó esta institución en el Código Civil de 1984, en el Capítulo de Sociedad de Gananciales en el Título correspondiente al Régimen Patrimonial del Libro de Derecho de Familia. En su artículo 326°, en lo pertinente, dispone que:

“La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar las finalidades y cumplir deberes semejantes a los del

⁸⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional. Nro. 06572-2006-PA/TC de 6/11/2007. F.12.

⁹⁰ CORNEJO H. Ob. Cit. Pág. 66.

⁹¹ HARO BOCANEGRA M. Uniones de Hecho en Sede Registral. Lima: Derecho y Cambio Social; 2013. Pág. 1 y sig. Consultado el 20-08-17. Disponible en: http://www.derechoycambiosocial.com/revista033/uniones_de_hecho_en_sede_registral.

matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de Sociedad de Gananciales, en cuanto le fuere aplicable siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. (...)”.

De esta manera, considerando como fundamento la Constitución del 79, se reconoció a la unión de hecho como una institución que implicaría las mismas efectos jurídico-económicos que el matrimonio: el inicio del régimen de sociedad de gananciales, vale decir, homologa la sociedad de hecho a la sociedad legal, en cuanto sea concomitante, con lo que el patrimonio comprado durante la unión de hecho es de los dos convivientes.⁹²

En tanto, la Constitución vigente, al referirse a los Derechos Sociales y Económicos, reconoce el estado convivencial, dándole iguales efectos legales que la Constitución anterior, pero apartando el requisito de temporalidad establecido por aquélla. Específicamente, según su artículo 5: “[l]a unión estable de un varón y una mujer, libre de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”. De este modo, en la actualidad no solamente se acepta con una norma de suprema categoría la existencia de esta institución, sino que con esto se legaliza y protege la dignidad de aquellos individuos que han decidido por la convivencia, anteriormente desconocida y apartada, pero que gozaba de mucha aceptación de una gran parte de la sociedad.⁹³

De idéntica manera se debe decir que el Tribunal Constitucional ha definido la unión de hecho como: “una unión monogámica heterosexual, con vocación de habitualidad y permanencia, que conforma un hogar de hecho. Efecto de esta situación jurídica es que (...) se reconozca una comunidad de bienes concubinarios, que deberá sujetarse a la regulación de la sociedad de

⁹² Ibídem

⁹³ Ibídem

gananciales”. Así se evidencia en la STC N° 6572-2006-PA/TC, fundamento 16. Por lo que, de lo señalado hasta aquí se apercibe que tanto las Constituciones de 1979 y de 1993, el Código Civil del 1984, como el mismo Tribunal Constitucional han admitido la unión de hecho en sentido restringido, en tanto cumpla con los requerimientos señalados, sin ningún privilegio complementario, ya que la inobservancia de alguno o algunos de ellos supondría la calificación de lo que la norma los denomina como concubinatos impropios o imperfectos, cuyos efectos son muy diferentes.

La declaración judicial de convivencia o unión de hecho tiene como propósito el cautelar los derechos de cada conviviente sobre los bienes adquiridos durante la unión, entendiéndose que por esta unión de hecho se ha establecido una sociedad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto fuera aplicable.

Los requisitos que se exigen para instaurar un proceso judicial de reconocimiento de convivencia son los expuestos en el artículo 326 del Código Civil: unión libre y voluntaria entre un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, la convivencia debe haber durado un mínimo de 2 años continuos y debe gozar de notoriedad y publicidad por terceros. El juez competente es el Juez de Familia y se tramita en la vía del proceso de conocimiento.

Legalmente se establece que la declaración de convivencia se prueba a través de la posesión constante de estado a partir de fecha cierta aproximada, con cualquiera de los medios probatorios procesales admitidos, siempre que exista principio de prueba escrita. Este principio alude a que se puede probar con cualquier documento público o privado que demuestre notoriamente la existencia del concubinato, aceptándose también la prueba testimonial. En ese sentido, constituyen medios de prueba típicos la declaración de parte, la declaración de testigos, partidas de nacimiento de hijos en caso los hubiera, fotografías, inspección judicial, entre otros.

No debe olvidarse que el reconocimiento judicial de convivencia tiene carácter declarativo, en tanto reconoce una situación de hecho ya existente, y cuyos efectos tienen el carácter de retroactivo, desde el instante mismo en que se cumplen los requisitos exigidos por la ley para la configuración de la unión de hecho.

Como puede desprenderse, la legislación peruana consagra la unión de hecho, regulando explícitamente que para ser reconocida como tal requiere el cumplimiento de los requisitos exigidos por la norma constitucional y sustantiva para este tipo de uniones, los mismos que deberán ser acreditados en un procedimiento judicial o notarial, y en donde se declare el reconocimiento convivencial; por lo que no puede argumentarse que la mera declaración de una de las parejas como parte de una convivencia será suficiente para determinar de pleno derecho la unión de hecho y, consecuentemente, la comunidad de bienes.⁹⁴

Se ha dado un paso importante para un mayor reconocimiento y formalización de las uniones de hecho, lo que supone un avance para cautelar cuestiones patrimoniales derivadas de estas uniones. Sin embargo, la expedición de la Ley N° 29560 requiere concretar su ejecutabilidad sino no tendría sentido la intervención del notario si es que la declaración del reconocimiento de la unión de hecho no se haría oponible a terceros, ni tampoco tendría razón de ser la actuación del juez en ese sentido. El mecanismo idóneo para ello es el registro⁹⁵, puesto que en él se puede publicitar los efectos patrimoniales de dicha unión.

1.1 ¿Es necesaria la declaración judicial o notarial de convivencia para reconocer efectos a la unión de hecho?

⁹⁴ HARO BOCANEGRA M. Ob. Cit.

⁹⁵ CORNEJO H. Ob. Cit. Pág. 292.

Se debate si la declaración judicial o notarial es requisito previo para reconocer efectos (derechos y obligaciones) a una unión de hecho o convivencia. Se manifiesta, por un lado, que aquella declaración es opuesta a lo que la Constitución determina, esto es, no se puede supeditar el inicio de derechos de una convivencia a una declaración cuando su reconocimiento se deduce directamente de la regla constitucional y de la norma sustantiva, al cumplir con los requisitos por ellas dispuestos. Por otro lado, es indispensable dicha declaración tanto para amparar derechos de los convivientes de las acciones incorrectas de uno de ellos, como para los terceros en sus relaciones con los convivientes.⁹⁶

1.2 Derechos adquiridos por causa de su misma condición: ser convivientes

Los derechos y deberes nacidos de una unión convivencial, sus miembros los obtienen por razón de su mismo estado: ser convivientes, mientras cumplan con las condiciones que expresamente el artículo 5 de nuestra Constitución Política vigente y el artículo 326 del Código Civil de 1984 disponen. Vale decir, cumpliendo dichos requisitos permite a las parejas de convivientes el gozo de esos derechos y realización de esas obligaciones de modo consustancial. La propia situación de facto en la que se hallan así lo define. Que es innata esta adquisición dentro del seno convivencial, siempre en la magnitud de dicho cumplimiento. Por tanto, desde este parecer, sería trivial cualquier declaración de reconocimiento de convivencia libre y voluntaria de sus miembros por parte de una autoridad judicial o notarial, si los propios convivientes ya lo han admitido como tal y se saben como tales, a la salvaguarda de normas de categoría constitucional, que específicamente reconocen su naturaleza fáctica al brindarle derechos y obligaciones, en tanto cumplan los requisitos exigidos.⁹⁷

⁹⁶ HARO BOCANEGRA M. Ob. Cit.

⁹⁷ Ibídem.

1.3 Exigencia y cautela: necesidad de una declaración de reconocimiento de convivencia

No obstante, el tema no termina aquí, puesto que una cosa es la adquisición de derechos y su goce consustancial y otra diferente su exigencia y defensa jurídica. En mi parecer los convivientes para exigirse recíprocamente y proteger derechos obtenidos durante su convivencia, como consecuencia del régimen de sociedad de bienes y para que dichos convivientes se relacionen con terceros y éstos cautelen un derecho obtenido como efecto de esa relación, es preciso que esa convivencia se compruebe ante un juez o un notario y que éstos la declaren como tal. Sencillamente declaren la convivencia, no que la reconozcan, puesto que el reconocimiento viene del orden constitucional con el cumplimiento de requisitos que éste obliga. Por esto se expresa que la decisión judicial o notarial es puramente declarativa, con lo que los derechos y obligaciones no se originan con la declaración del juez o notario, si no desde el momento mismo en que esa convivencia cumple con los requerimientos legales, siendo aquella declaración con efectos retroactivos.⁹⁸

Expliquemos por qué es inevitable que el reconocimiento de convivencia sea declarada por una autoridad judicial o notarial. Tal vez los convivientes se interroguen: ¿qué utilidad tiene la declaración de reconocimiento de nuestra convivencia por un juez o un notario, si nosotros nos reconocemos como tales y lo declaramos de esa manera, a la protección de reglas constitucionales? El estado de facto que aquel precepto constitucional ha reconocido brinda a esos convivientes plenamente la razón. Por supuesto, esa condición que ellos aceptan, libre y voluntariamente, a los dos, de forma innata, les concede derechos y obligaciones.

Si bien a ambos convivientes se les reconoce esta condición y los dos gozarán de derechos y se obligarán a cumplir deberes. Pero, qué pasaría si

⁹⁸ *Ibíd*em

uno de ellos no reconoce la convivencia sostenida con el otro; o si uno de ellos muere y hay bienes sociales que deben ser divididos con herederos; o si uno de ellos dispone o consigna bienes obtenidos durante la permanencia de la unión de hecho; o si ambos quieren tratar con un tercero acerca de un bien social, de modo que este último no se vea burlado con la condición del bien y después sufrir cualquier nulidad; o quieran hipotecar un bien social. Estos y otros problemas aparecen de las relaciones entre ambos convivientes y entre éstos y terceros. Por lo que merecen precaución, para que nadie resulte perjudicado. Estas son algunas de las situaciones en las que se hace imprescindible una prueba de reconocimiento. Y esa prueba es la declaración judicial o notarial de convivencia, cuya finalidad es cautelar derechos patrimoniales originados de aquella convivencia, y en mi opinión dicha cautela está orientada en dos ámbitos: uno interno y otro externo. Así:⁹⁹

a) Cautela interna

La cautela interna es la Protección Jurídica que se realiza a los derechos de cada conviviente acerca de los bienes obtenidos durante su unión convivencial, a través de la declaración judicial o notarial de esa unión. Conlleva cautelar las relaciones entre convivientes, de forma tal que ninguno resulte perjudicado en su derecho. De aquí que se vuelva profundamente indispensable tener una declaración judicial o notarial de convivencia, cuya comprobación se realiza con los medios probatorios competentes que la ley exige para esto y en donde no exista ninguna duda que los convivientes ciertamente han obtenido derechos y obligaciones que como tales les pertenecen, con el fin de que uno de ellos logre protección ante cualquier acción ilegal que intente el otro.

La importancia de los efectos patrimoniales que la convivencia produce impone a que ésta sea declarada legalmente, todavía más si tomamos en

⁹⁹ HARO BOCANEGRA M. Ob. Cit.

consideración la informalidad que la singulariza, en donde se hace tendente la desprotección de uno de sus miembros. Se precisa de un documento autorizado que sostenga que la convivencia ha sido reconocida con las condiciones legales y que ésta haya originado una comunidad de bienes. A cualquier conviviente le sería muy importante saber que su situación de hecho está amparada en ese documento, pues nada garantiza que uno de ellos actúe de una manera tal que dañe los derechos del otro adquiridos dentro de la convivencia, cuando por ejemplo dispone bienes sociales o compra alguno no como parte de una unión convivencial reconocida sino como 'soltero'. Este aspecto conforma un motivo relevante (no el único por cierto) para exigir la declaración de reconocimiento judicial o notarial. En conclusión, es un asunto de cautelar derechos patrimoniales que se originan de una convivencia y cuyos efectos se conservan en el interior de esta o en las relaciones entre convivientes.¹⁰⁰

b) Cautela externa

La cautela externa, sin desvincularse de la interna, ampara las relaciones patrimoniales entre convivientes y los terceros, para lo que también se necesita de una declaración de reconocimiento de convivencia. Aquí la cuestión es, si por algunos intereses de uno de los convivientes o de ambos a la vez quiere o quieren relacionarse con terceros respecto de derechos patrimoniales obtenidos como efecto de su situación de hecho, a esos terceros no les debe producir dudas de que verdaderamente están alternando con los titulares de tales derechos. Es la certeza y respaldo que debe brindarse a los terceros en sus relaciones patrimoniales con los convivientes. Y esta certeza sólo se alcanzaría con la declaración del reconocimiento de convivencia de quienes se relacionan con esos terceros. Una declaración de esta clase refuerza esas relaciones.

¹⁰⁰ Ibídem.

En conclusión, con esto intento explicar que la cautela de los efectos patrimoniales originados de una convivencia, en un comienzo debe verse dentro de su entorno, de modo interno, ya que solo a ellos les va afectar cualquier acción que comprometa alguna disposición o adquisición de derechos y que un conviviente no resulte perjudicado por las actos ilegales de su conviviente; y después de forma externa, considerarse que estos derechos en cualquier rato van a tener que ser relacionados con terceros y es a este ámbito que así mismo debe ampararse. Y la protección a los dos ámbitos le proporciona la declaración de reconocimiento de convivencia.

Es conveniente explicar que, siendo la unión de hecho un estado de facto, informal, su declaración judicial o notarial no le va retirar ese carácter, más bien solo se dirige a cautelar derechos que los convivientes como tales, en su situación de hecho, adquieren, y de los terceros que en su posición de contratantes con aquéllos también obtienen.¹⁰¹

1.4 ¿A partir de cuándo la declaración de convivencia debe reconocer derechos y obligaciones?

Habiéndose fijado por ley que los convivientes, cumpliendo las condiciones exigidas, obtienen derechos y obligaciones, debe delimitarse a partir de cuándo se obtienen tales, a fin que se sepa con conocimiento pleno de que derecho u obligación se adquirió en tal o cual período y si éstos se hallan dentro de una circunstancia que merite tutela especial, es decir si se encuentran dentro de lo que se denomina comunidad de bienes.

Y no puede ser de otra manera que debido a la concurrencia de los requisitos exigidos abiertamente por ley para la composición de la unión de hecho, lo que regularmente sucedería a partir del día uno del año tres. Vale decir, los bienes que se obtienen desde este día, en cuanto se haya cumplido con las condiciones, tienen el carácter de sociales y es a raíz de

¹⁰¹ Ibídem.

esa fecha que entre los convivientes surge una comunidad de bienes ajustada al régimen de sociedad de gananciales.

Debe tomarse en consideración que una cosa es el principio de la sociedad de bienes y otra muy diferente el principio de la convivencia. Ésta última sucede a partir del día uno del año uno y aquélla – en términos regulares-a partir del día uno del año tres. Vemos entonces que la pauta diferenciadora primordial es el tiempo: dos años. Así también debe remarcarse que el reconocimiento de la unión de hecho será puramente declarativo, pues reconoce una situación ya surgida en los hechos, y los efectos del fallo judicial o la declaración notarial han de ser retroactivos, quiere decir, desde que se cumplieron los requisitos legales.¹⁰²

1.5 Casos en los que se hace imprescindible la declaración previa del reconocimiento de la convivencia y en los que no

Doctrinas y jurisprudencias refieren que no en todos los casos se hace necesaria la declaración previa del reconocimiento de la convivencia. Tal necesidad depende si se trata de derechos personales y patrimoniales entre convivientes y de la relación de éstos con terceros. Por lo que se ha determinado que para reclamar derechos personales, como el pago de una pensión alimenticia o indemnización, no se requiere de una declaración judicial previa, pues el reclamo de esas pretensiones, después de terminar de forma unilateral por uno de los convivientes, puede darse en un proceso en el que también se determine la existencia de la unión convivencial¹⁰³.

Opuestamente, se considera que cuando se trata de derechos patrimoniales entre convivientes y de efectos frente a terceros, es necesario contar con una declaración judicial previa que acredite la existencia de la convivencia. Como se indica en el Pleno Jurisdiccional de Familia del año 1998:

¹⁰² HARO BOCANEGRA M. Ob. Cit.

¹⁰³ PLÁCIDO A. Ob. Cit. Pág. 392.

“(...)ésta la declaración previa se efectúa por seguridad jurídica, dado que en la mayoría de casos, la convivencia resulta precaria, por lo que la declaración de unión de hecho contribuiría a crear un clima de confianza, garantía y certidumbre frente a terceros; verbigracia: el otorgamiento de un préstamo bancario, la constitución en prenda o hipoteca de un bien mueble o inmueble, su afectación por medida cautelar, etc., requieren necesariamente de una sentencia declarativa dictada en un proceso jurisdiccional competente, a través de la cual se declare el derecho en cuestión y puedan determinarse a cabalidad los supuestos a que hace referencia el acotado artículo 326 del Código Civil (...).”

La jurisprudencia ha determinado esta circunstancia en la CAS. N° 3750-2001-CAJAMARCA que confirmó la necesidad de contar con una declaración judicial de convivencia, como requisito previo para iniciar cualquier proceso de nulidad de actos jurídicos por los cuales alguno de ello haya dispuesto bienes comunes adquiridos durante la vigencia de la sociedad de gananciales conformada por ambos. De este modo se indicó:

“Al respecto, si tales dispositivos reconocen en la convivencia una relación de sociedad, cuyo efecto al ser disuelta es el de proceder a efectuar una liquidación patrimonial que atribuya a cada uno de los concubinos lo que en justicia les corresponde, sin embargo el espíritu del artículo trescientos veintiséis del código anotado es que para oponer la existencia de concubinato a terceros, éste debía ser declarado judicialmente, único medio a través del cual éstos dan a conocer a aquellos la existencia de la unión, notificándoles con la sentencia a efectos de que dicho actos se inscriba registralmente en las partidas correspondientes a los bienes comunes. En el caso de autos, resulta evidente que el accionante recurre a esta instancia sin observar tal presupuesto, el mismo que no puede ser debatido a través del proceso de nulidad de acto jurídico instaurado...”

En este caso se considera justificable la exigencia de una declaración de reconocimiento convivencial previo, pues dada la naturaleza de las pretensiones que se reclaman, debe actuarse en un proceso distinto y anterior¹⁰⁴ y para evitar perjuicios tanto a los propios convivientes como a terceros. Pues, en el caso del tercero, éste no tendría que verse afectado por los actos ilícitos de cualquier conviviente. Por ejemplo en un proceso de nulidad de acto jurídico solicitada por uno de los convivientes a fin que se declare nula la enajenación de un bien inmueble social efectuada por el otro, aquel conviviente para oponer la existencia de su convivencia a un tercero previamente debe acreditar la existencia de la convivencia y el único medio para hacerlo es la vía judicial. Sin embargo, debemos considerar en este caso que el derecho del tercero adquirente puede verse protegido por el artículo 2014 del Código Civil, en tanto haya actuado de buena fe y a título oneroso. Entonces previamente debe demandarse el reconocimiento de convivencia ante el juez de familia, y obtenida sentencia favorable, demandar nulidad de acto jurídico ante el juez civil. También debe tenerse en cuenta que a nivel registral para acreditar la calidad de un bien social, adquirido durante la vigencia de la unión de hecho, debe ésta tener el reconocimiento judicial o notarial mediante el cual se declare que la misma origina una sociedad de bienes. No basta la sola afirmación de los convivientes que dicho bien adquirido por ellos tiene la condición de social, sino que resulta de vital importancia la actuación de pruebas suficientes que acrediten la naturaleza de aquel bien y ello solamente se hace dentro de un proceso judicial o notarial.¹⁰⁵

2. DECLARACIÓN NOTARIAL DE LA UNIÓN DE HECHO

Anteriormente para que una unión de hecho sea declarada como tal, debía acudirse necesariamente ante el Poder Judicial. Sin embargo, con la dación

¹⁰⁴ VEGA Y. Ob. Cit. Pág. 176.

¹⁰⁵ HARO BOCANEGRA M. Ob. Cit.

de la Ley N° 29560¹⁰⁶ que modifica la Ley N° 26662¹⁰⁷, se amplía las competencias notariales en asuntos no contenciosos, autorizando a los notarios a declarar una unión de hecho siempre que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 326 del Código Civil, y se autoriza a tramitar su cese, así como la inscripción de tales actos en el Registro Personal. Constituyendo el otorgamiento de aquella ley una alternativa a la competencia de la entidad judicial, para la aceleración de procesos.

La dación de dicha norma no solamente evidencia un claro intento de disminuir la sobrecarga procesal, sino también un paso adicional a favor de un mayor reconocimiento de las uniones de hecho. Sin embargo, al legislador le queda un largo camino por recorrer para que el proceso pueda consolidarse, lo cual se encuentra en etapa de avance. Se requiere derrumbar barreras jurídicas y sociales, a fin que la unión de hecho logre una efectiva protección a nivel constitucional y con ello se pueda consolidar los derechos que le son innatos.

2.1 Requisitos para su tramitación

Las disposiciones de la Ley N° 29560 se aplica para el caso de parejas convivientes que de común acuerdo decidan tramitar su reconocimiento, pues es un asunto no contencioso no cabe la formulación de un conflicto por ambos concubinos o por uno de ellos pretendiendo que se le reconozca esa condición, pues de existir conflicto deben recurrir al órgano judicial. Luego, los convivientes deben cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 326 del Código Civil, es decir una unión mantenida por un varón y una mujer de forma libre y voluntaria, con fines y deberes semejantes al de casados, ninguno de ellos debe tener impedimento matrimonial, su unión debe ser

¹⁰⁶ Diario Oficial El Peruano. Promulgada el 15 de Julio del año 2010. Publicada el 16 de Julio del 2010.

¹⁰⁷ Diario Oficial El Peruano. Promulgada el 20 de setiembre de 1996. Publicada el 22 de setiembre de 1996.

conocida por los demás, debe haber durado por lo menos dos años continuos. De no cumplir con estos requisitos, estaríamos frente a un concubinato impropio, no procediendo la declaración del reconocimiento de la unión de hecho entre los concubinos.

Si las parejas convivenciales cumplen los requisitos antes indicados, pueden acudir al notario y solicitar la declaración de su reconocimiento como convivientes. Conforme lo indica el artículo 46 de la Ley N° 26662, modificado por la Ley N° 29560:

Recibida toda la documentación requerida, el Notario, luego de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos por Ley, mandará publicar un extracto de la solicitud en el diario oficial “El Peruano” y en otro de amplia circulación (artículos 13 y 47). Transcurridos quince días útiles desde la publicación del último aviso, sin que se hubiera formulado alguna oposición al reconocimiento de la unión de hecho en trámite, el notario extenderá la correspondiente escritura pública declarando el reconocimiento de dicha unión entre los convivientes (artículo 48).

Cumplido el trámite y habiéndose otorgado la escritura pública que reconoce la unión de hecho entre los convivientes, conteniendo la fecha de su inicio y su cese, de ser el caso, además de ciertos requisitos esenciales como los documentos de identidad de ambos concubinos y otros, el notario remitirá partes que contiene dicho reconocimiento convivencial al Registro Personal del lugar donde domicilian los convivientes para su correspondiente inscripción (artículo 49).

2.2 Cese. Consentimiento de ambos convivientes como requisito necesario

Si los convivientes desean poner fin a su estado convivencial podrán hacerlo mediante escritura pública en la cual además podrán liquidar el patrimonio

social, no necesitando hacer publicaciones. Dicho reconocimiento de cese también debe inscribirse en el Registro Personal (artículo 52), pues requiere ser publicado para interés de los convivientes y los terceros.

El cese de la unión de hecho en la vía notarial se entiende que debe ser por acuerdo de ambos convivientes, sin embargo qué ocurriría si unilateralmente uno de los convivientes lo solicita, no va a proceder el trámite, por cuanto para el trámite notarial de unión de hecho es requisito indispensable el consentimiento unánime de los interesados, y si alguno de ellos en cualquier momento de la tramitación manifiesta oposición, el notario debe suspender inmediatamente su actuación y remitir lo actuado al juez correspondiente, bajo responsabilidad.¹⁰⁸

Ese decir, esta causal de cese por decisión unilateral de uno de los convivientes, si bien está contemplada en el artículo 326 del Código Civil, no está dentro del procedimiento no contencioso en la vía notarial, requiriéndose que la escritura pública de cese convivencial sea otorgada por ambos convivientes. Y si se pretende el cese de la unión de hecho por voluntad exclusiva de uno de los convivientes, éste tiene expedito su derecho para instaurarlo en la vía judicial.

3. EL ACCESO AL REGISTRO PÚBLICO DE LA DECLARACIÓN DE RECONOCIMIENTO DE LA UNIÓN DE HECHO

Por el sólo cumplimiento de los requisitos exigidos por las normas constitucional (artículo 5) y sustantiva (artículo 326), convierten a los convivientes merecedores de derechos y obligaciones y les permite su goce y cumplimiento de manera inherente. Asimismo la sola adquisición de esos derechos y su respectivo goce son insuficientes cuando de cautelar derechos patrimoniales de los convivientes se trata. Es necesario que para pedir y salvaguardar los convivientes derechos y obligaciones nacidos de la

¹⁰⁸ HARO BOCANEGRA M. Ob. Cit.

unión convivencial sobre bienes adquiridos durante dicha unión, como consecuencia del régimen de sociedad de bienes (cautela interna), y para que aquéllos se relacionen con terceros y éstos cautelen un derecho adquirido como consecuencia de esa relación (cautela interna), dicha convivencia deba ser probada ante un juez o ante un notario y la declaren como tal. Simplemente declaren la convivencia, no que la reconozcan, porque el reconocimiento viene del mandato constitucional con el cumplimiento de requisitos que éste exige. Sin embargo, para lograr una mayor protección de los derechos patrimoniales no basta que la convivencia sea declarada reconocida por un juez o notario, sino que es sumamente necesaria la inscripción de esa declaración en el registro público respectivo.¹⁰⁹

Es así que debemos identificar de qué manera la declaración judicial o notarial de reconocimiento de la unión convivencial y su acceso al registro público cautela derechos patrimoniales de sus miembros y de los terceros contratantes con ellos. El fundamento se basa en que el sistema registral por medio de la publicidad otorga garantías jurídicas a los derechos patrimoniales nacidos como consecuencia de la sociedad de bienes generada por cumplir los requisitos que la norma constitucional y sustantiva exigen para ello. Y también lo hace de dos modos: una INTERNA, protegiendo a los titulares de esos derechos que son los convivientes y al régimen de sociedad de gananciales, y otra EXTERNA, para quienes quieren vincularse con alguno de ellos, esto es para los terceros.¹¹⁰

En la mayoría de casos dicha convivencia resulta precaria, la efectiva seguridad jurídica que brinda la declaración del reconocimiento de una convivencia y su inscripción en el registro correspondiente, contribuye a crear un clima de confianza, garantía y certidumbre no solo para los convivientes sino frente a terceros. Y es que los convivientes requieren de

¹⁰⁹ Ibídem

¹¹⁰ Ibídem

un pronunciamiento declarativo dictado sea en un proceso judicial o notarial, a través de los cuales se declare el derecho convivencial y puedan determinarse los supuestos a que hace referencia las normas civil y constitucional; para que ese pronunciamiento sea dado a conocer a terceros mediante la publicidad que otorga el registro, a fin que se logre una mayor cautela sobre los bienes inscritos de titularidad de los convivientes que pretendan ser enajenados por uno de ellos, y a los terceros que deseen adquirir esos bienes.

Es por ello que la inscripción en el registro de la unión convivencial garantiza el tráfico jurídico patrimonial, pues los bienes sociales pueden ser enajenados o gravados sin mayores problemas y sin consecuencias negativas como alguna nulidad. Con dicha inscripción se prioriza la PROTECCIÓN O CAUTELA de derechos nacidos de una institución que no cuenta con las bases normativas suficientes que le permita desarrollarse dentro de una sociedad llena de perjuicios sociales.

Actualmente si existe una doble protección de los derechos patrimoniales de los convivientes, tanto en el modo interno (a los convivientes) como externo (a los terceros). Esa doble protección se manifiesta en dos niveles: Primero, una protección a nivel judicial o notarial cuando se declara el reconocimiento del estado convivencial y luego a nivel registral, con la oponibilidad de ese reconocimiento. En este segundo momento, de protección sea interna (a los convivientes) o externa (a los terceros), está condicionado a que se lleve a cabo el primer momento, de protección con el reconocimiento, también sea interna o externa, la cual resulta insuficiente, si es que no se materializa el segundo momento, y ello ocurre con la inscripción en el registro público correspondiente. Es imposible que el registro otorgue protección cuando antes no ha habido pronunciamiento judicial o notaria, pues las inscripciones no podrían efectuarse sin este requisito previo y sin dicha inscripción no hay publicidad y por ende tampoco oponibilidad de derechos.¹¹¹

¹¹¹ HARO BOCANEGRA M. Ob. Cit.

En consecuencia, se aprecia que ambos momentos son indisolubles, uno complementa del otro, uno es declarativo y otro de inscripción, de donde el primero requiere respaldarse con el segundo y éste no podría efectuarse sin aquél, siendo que el cumplimiento de ambos momentos genera una mayor garantía a los derechos patrimoniales de los concubinos y de los terceros contratantes con ellos.

4. UNIONES DE HECHO EN SEDE REGISTRAL SUS CRITERIOS REGISTRALES PARA SU INSCRIPCIÓN Y PUBLICIDAD

La unión de hecho regulado en los artículos 5 de la Constitución y 326 del Código Civil conlleva como principal efecto patrimonial la conformación de una sociedad de bienes sujeto al régimen de sociedad de gananciales, siempre y cuando dicha unión caracterizada por la voluntariedad y estabilidad de quienes se encuentran unidos, haya durado por lo menos dos años continuos.

En ese sentido es de vital necesidad el acceso al registro público a fin de publicitar ante terceros dicha unión reconocida en sede notarial o judicial, no solo porque contribuye a proteger al conviviente frente a los actos indebidos de apropiación del otro conviviente, sino también al tercero que contrata con uno o ambos convivientes, garantizando el tráfico jurídico patrimonial.

4.1 La unión de hecho como acto inscribible y no inscribible¹¹²

Anteriormente la unión de hecho no constituía taxativamente acto inscribible en el Registro Personal. Sin embargo, recientemente con la publicación de la Ley N° 30007¹¹³, se introduce como tal en el artículo 2030 del Código Civil.

¹¹² *Ibídem.*

¹¹³ Diario Oficial El Peruano. Ley N° 30007. Modifica los art. 326, 724, 816 y 2030 del Código Civil, 831 y 425.4 del Código Procesal Civil, 35 y 39.4 de la Ley N° 26662.

Con el otorgamiento de la Ley N° 29560 se autoriza a los notarios a declarar el reconocimiento de la unión de hecho y que la misma haya producido una comunidad de bienes sujeto al régimen de sociedad de gananciales, contemplada en el artículo 326 del código civil, asimismo se autoriza declarar eventualmente el cese de dicha unión, previendo además su inscripción de ambos en el Registro Personal. Por lo que, en ese entonces, con aquel otorgamiento legal tácitamente se ha había ampliado los actos inscribibles contemplados en el artículo 2030 aludido, al permitir la inscripción registral de dichos actos, precisándose que también tendrá acceso al registro la declaración del reconocimiento judicial de convivencia.

Debe señalarse que la Ley N° 29560 no contemplaba una modificación expresa al artículo 2030, lo cual generaba un problema para la inscripción de las uniones de hecho, por cuanto este último dispositivo contenía de manera expresa y taxativa los actos inscribibles en aquel Registro. Ahora, con la promulgación de la Ley N° 30007, ya no existe ese problema.

4.2 Lo que dice la jurisprudencia registral al respecto¹¹⁴

Antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 29560 acontecido el 17 de julio del 2010, los títulos ingresados al Registro que contenían solicitudes sobre uniones de hecho declaradas judicialmente para su inscripción eran negadas por el Registrador bajo el argumento que conforme al artículo 2030 del Código Civil la declaración judicial de unión de hecho no constituye acto inscribible en el Registro Personal, desde el punto de vista legal este argumento era válido.

Estos pronunciamientos generaban perjuicio para las parejas convivenciales que deseaban otorgar publicidad a su situación jurídica y con ello proteger los efectos patrimoniales que dicha convivencia generaba, así como para los terceros que quieran tratar con alguno de los convivientes.

¹¹⁴ HARO BOCANEGRA M. Ob. Cit.

Al ser apeladas dichas observaciones, el Tribunal Registral confirmaba algunas, pero señalando que el Registrador debe requerir aclaración al juez en el sentido que la unión de hecho no es un acto inscribible en el Registro Personal y si esté disponía su inscripción era bajo su responsabilidad, además recomendaba el Tribunal que se debía publicitar la situación de hecho en la respectiva partida registral de los bienes adquiridos por los concubinos y así oponer frente a terceros la situación jurídica de cotitularidad de dichos bienes; y en otros casos, con mejor criterio revocaba dichas observaciones disponiendo su inscripción, alegando que si bien la unión de hecho no constituye un acto inscribible pues la misma ha sido declarada antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 29560, el mandato imperativo del juez contenido en el segundo párrafo del artículo 2011 del Código Civil, concordante con el tercer precedente de observancia obligatoria aprobado en el Quinto Pleno del Tribunal Registral, lo hacía inscribible.

Es a través de la jurisprudencia registral que las uniones de hecho han tenido acogida en este ámbito, lo que ha conllevado a disminuir una situación de indefensión por la falta de su regulación sobre la publicidad registral, pues dicha falta de regulación genera inseguridad jurídica y fomenta un inadecuado sistema de garantía del derecho de propiedad de los convivientes.

4.3 Criterios registrales para la inscripción de unión de hecho¹¹⁵

Para subsanar la deficiencia normativa de ese entonces y permitir el acceso de la declaración del reconocimiento notarial o judicial de la unión de hecho al registro, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) fijó mediante la Directiva N° 002-2011-SUNARP-SA los criterios registrales para la inscripción del reconocimiento de las uniones de hecho declaradas en la vía notarial o judicial, su cese y otros actos inscribibles

¹¹⁵ Ibídem.

directamente vinculados, como la anotación de demanda o sentencia de nulidad de dicha unión.

Dicha Directiva regula, la oficina registral competente para la inscripción de dichos actos en el Registro Personal, los títulos que dan mérito a la inscripción, los alcances de la calificación, el contenido del asiento de inscripción, la publicidad, tasas, índices nacionales y la responsabilidad de los funcionarios.

4.4 Oficina registral competente¹¹⁶

Las inscripciones de la declaración de reconocimiento de uniones de hecho, de su cese y demás actos inscribibles vinculados se efectúan en el Registro Personal de la oficina registral que corresponda al domicilio de los convivientes o al último, en caso la convivencia haya cesado, esto es, la residencia que declararon en su solicitud notarial o en la judicial, en caso haya habido acuerdo, o la determinada en la sentencia judicial, en los otros casos; guardando concordancia con lo señalado por la primera parte del artículo 2033 del Código Civil en el sentido que las inscripciones se hacen en la oficina correspondiente al domicilio de la persona interesada.

Asimismo, en sus consideraciones la Directiva indica que, en aras de un servicio menos costoso para los interesados, no es necesario que se repita dicha inscripción en el Registro Personal de la oficina registral en donde se encuentre la partida registral de los bienes inscritos de los convivientes que solicitaron el inicio del trámite notarial o judicial, en su caso. Apartándose de este modo de lo regulado por la segunda parte del artículo 2033 que hace referencia que las inscripciones se harán, además, en el lugar de ubicación de los bienes inmuebles, de ser el caso. A partir de su entrada en vigencia se crearon sistemas informáticos interconectados a nivel nacional que son el Índice Nacional de Uniones de Hecho y el Índice Nacional del Registro

¹¹⁶ *Ibídem.*

Personal, del cual aquél forma parte, y que a la fecha la SUNARP lo ha implementado, concentrado y consolidado la información, a través de una base de datos centralizada, de la totalidad de las Zonas Registrales que lo conforman, por lo que una inscripción adicional en el lugar de ubicación de los bienes inmuebles de los convivientes no solo generaría un costo adicional para éstos sino sería contrario a lo que la misma Directiva ha establecido.

4.5 Actos inscribibles y no inscribibles¹¹⁷

La Directiva hace mención que, además de los actos inscribibles previstos en el artículo 2030 del Código Civil, serán materia de inscripción en el Registro Personal los siguientes:

- c) La declaración de reconocimiento de la unión de hecho;
- d) El cese de la unión de hecho; y,
- e) Las medidas cautelares y sentencias ordenadas por la autoridad jurisdiccional relacionadas con la unión de hecho.

Dentro de estos últimos actos se encuentra la declaración judicial del reconocimiento de convivencia, así como los actos inscribibles directamente vinculados, tales como la anotación de demanda, la sentencia que declara la nulidad de la unión de hecho o la resolución que declare la separación de los convivientes, entre otros. Por lo demás, constituye un catálogo abierto a los actos inscribibles en relación a las uniones de hecho, los cuales serían determinados por el criterio razonado del Juez y que el Registrador estaría en la obligación de inscribirlos.

Por otro lado, se indica que no son inscribibles en el Registro Personal los actos sobre modificaciones o aclaraciones relativos a los aspectos patrimoniales del reconocimiento de la unión de hecho ya inscrito y referido a

¹¹⁷ HARO BOCANEGRA M. Ob. Cit.

la sola liquidación o adjudicación de bienes. Esta consideración obedece a que los aspectos netamente patrimoniales tales como adquisiciones, gravámenes y transferencias sobre bienes muebles o inmuebles acaecidos al interior de la unión de hecho se inscriben en los registros de Propiedad Mueble o Inmueble, según el caso.

4.6 Títulos que dan mérito a las inscripciones¹¹⁸

Según se trate de la declaración de reconocimiento de la unión de hecho, su cese o de cualquier otro acto inscribible directamente vinculado, la inscripción se realizará en mérito a los siguientes documentos:

- *Para la declaración de reconocimiento de la unión de hecho: parte notarial o judicial respectivo, en el que deberá indicarse los nombres y apellidos completos de los convivientes, su tipo y número de documento de identidad, su lugar de domicilio, el inicio de la comunidad o sociedad de bienes y otros datos relevantes a consignar en el asiento registral. En el caso que el documento contenga tanto la declaración de reconocimiento convivencial como su cese, debe indicar claramente las fechas de inicio y fin de convivencia.*
- *Para el cese de la unión de hecho, según corresponda: a) parte notarial de la escritura pública del reconocimiento de cese de la unión de hecho y, de ser el caso, de la liquidación del patrimonio social; b) copia certificada de la partida de defunción o parte judicial que contenga la declaración de muerte presunta; c) parte judicial que contenga la declaración de ausencia. Debe indicarse que de encontrarse ya inscrita en el Registro de Personas Naturales la declaración de ausencia, muerte presunta, sucesión intestada o testamentaria, no se requerirá los documentos señalados en a) y b), sino que la inscripción del cese se efectuará en mérito a la inscripción que obra en dicho registro personal.*

¹¹⁸ Ibídem.

- *Para los demás actos inscribibles los documentos exigidos variarán según cada acto, pero generalmente se efectuará en mérito a parte judicial que contenga el oficio del juez y copias del auto que contiene el acto inscribible y la resolución que declara consentida o ejecutoriada la misma. Las copias deben estar debidamente certificadas por el secretario judicial respectivo y las resoluciones suscritas por este y el juez respectivo.*

4.7 Alcances de la calificación registral¹¹⁹

El Registrador o el Tribunal Registral, según sea el caso, en sus respectivas instancias al calificar un título referido al reconocimiento de uniones de hecho o su cese u otros actos inscribibles, deberán tener en cuenta, en principio, lo establecido por el Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos, luego verificarán otros elementos propios de estos actos para que materialicen su inscripción. Entre estos últimos, se verificará que la escritura pública o el documento judicial respectivo contengan la declaración de los convivientes sobre la fecha de inicio de la unión de hecho, y si esta genera la sociedad de bienes, así como la declaración o determinación de cese, de ser el caso. En el asiento de inscripción respectivo deben constar dichas fechas, pues a partir de ellas, si así ha sido determinada, origina la comunidad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable.

También se verificará en el Índice Nacional de Uniones de Hecho la no existencia de inscripciones convivenciales anteriores de uno o de ambos concubinos, imposibilitando que se inscriba diferentes uniones de hecho en los registros personales llevados por las diferentes oficinas registrales del país respecto de una sola persona, y en el Índice Nacional del Registro Personal que no existan inscripciones incompatibles o contradictorias referidas a ellos de modo tal que vicié la inscripción del reconocimiento de la unión de hecho. Asimismo, para la inscripción del cese de la unión de hecho

¹¹⁹ *Ibíd.*

se tendrá en cuenta la previa o simultánea inscripción de la declaración del reconocimiento de dicha unión, constituyendo éste acto previo necesario para la inscripción de aquél.

De otro lado, teniendo en consideración que las inscripciones de las uniones de hecho en el Registro Personal generan efectos en la calificación de actos sobre derechos o bienes en otros Registros (mueble o inmueble, por ejemplo), para la inscripción o rectificación de la calidad de un bien o derecho correspondiente a una unión de hecho o su adjudicación por liquidación sobreviniente al cese de la convivencia, se requiere la previa inscripción de la declaración del reconocimiento de la unión de hecho o su cese en el Registro Personal del domicilio de los convivientes.

Otro aspecto relevante es que siendo el instrumento notarial auténtico y que produce todos sus efectos mientras no se rectifique o se declara judicialmente su invalidez, no es materia de calificación por las instancias registrales la validez de los actos procedimentales ni el fondo o motivación de la declaración notarial, ello por cuanto el reconocimiento de la unión de hecho regulado es de naturaleza procedimental notarial, pues solo al notario le compete evaluar los documentos presentados por los solicitantes y que acrediten la convivencia de un varón y una mujer libres de impedimentos matrimoniales por un plazo de dos años continuos, conforme al artículo 48 de la Ley N° 26662, no correspondiendo a la esfera de calificación registral cuestionar asuntos de exclusiva competencia funcional del notario. En el mismo sentido, el Registrador no debe calificar el fundamento o adecuación a la ley, cuando se trate de resoluciones judiciales.

4.8 Publicidad formal¹²⁰

Con la acogida registral de las uniones de hecho se elimina la deficiencia del sistema normativo sobre la publicidad material y formal de las mismas. En la

¹²⁰ HARO BOCANEGRA M. Ob. Cit.

actualidad toda persona podrá acceder al conocimiento efectivo del contenido de una partida registral sobre determinada inscripción de unión de hecho, y, en general, de cualquier título sobre ésta que obra en el archivo registral. En tal sentido, se pueden expedir certificados literales y certificados compendiosos que acrediten la existencia (positivos) o inexistencia (negativos) de la inscripción de una unión de hecho de alcance nacional, teniendo como base de datos centralizada los índices nacionales de Uniones de Hecho y del Registro Personal. Los certificados compendiosos positivos emitidos deben detallar el nombre de los convivientes, tipo y documento de identidad, el lugar de domicilio de los mismos, el inicio de la comunidad o sociedad de bienes, y, de ser el caso, la fecha de cese de la unión de hecho; en tanto los negativos indicarán que no obra inscrita una unión de hecho en determinado lugar y sobre determinada persona. Asimismo se podrán expedir certificados de vigencia, manifiestos de partidas, exhibición de títulos, información y certificación del contenido de los datos de los índices y de los asientos de presentación siempre de una unión de hecho.

De este modo se supera la falta de un procedimiento para la emisión, principalmente, de certificados negativo o positivo de inscripción de uniones de hecho, el primero de los cuales es exigido como requisito para el inicio del trámite de reconocimiento de unión de hecho ante el notario. Asimismo, el certificado sea positivo o negativo o cualquier otra forma de publicidad formal emitidos por el registro correspondiente, constituyen un medio de prueba importante dentro de un proceso judicial de reconocimiento de unión de hecho, por cuanto acredita que se mantuvo o se mantiene o no se mantuvo o no se mantiene otra relación convivencial con otra persona.

4.9 La fecha de inicio y de cese¹²¹

¹²¹ Ibídem.

La permanencia constituye otro elemento esencial a fin que la unión de hecho se sujete al régimen de la sociedad de gananciales. Si bien la Constitución no especifica la extensión del periodo, el artículo 326 del Código Civil sí lo hace, disponiendo como mínimo dos años de convivencia. En ese sentido, el numeral 2 del artículo 46 de la Ley 26662, modificado por Ley N° 29560, prescribe que la solicitud presentada al notario debe incluir “el reconocimiento expreso de que conviven no menos de dos años de manera continua”. Además, la Directiva en el literal b).1 del punto 5.4 indica debe verificarse que “la escritura pública o documento público respectivo contenga la declaración de los convivientes sobre la fecha de inicio de la unión de hecho. Asimismo deberá contener la declaración de la fecha de cese, de ser el caso”.

Como vemos, dado los efectos jurídico-patrimoniales que generan estas uniones de hecho, resulta relevante que en el documento notarial o judicial, según, se consigne la fecha de inicio de la unión convivencial, la cual equivale al inicio de la comunidad o sociedad de bienes, como consecuencia de la declaración del reconocimiento notarial o judicial. Entre los efectos patrimoniales se puede mencionar: la administración del patrimonio social corresponde a ambos convivientes, la intervención de ambos para disponer o gravar bienes sociales, cada conviviente conserva la libre administración de sus bienes y puede disponerlos y gravarlos a voluntad, entre otros.

Con respecto a la fecha de cese de la unión convivencial, sea por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral (esta última sólo a nivel judicial), resulta relevante su determinación dado que constituye el límite hasta donde la comunidad de bienes surgida por la declaración de aquella unión deba producir efectos patrimoniales. Más allá de ese límite es infructuoso pretender la atribución de derechos patrimoniales a cualquiera de los convivientes. Su término extingue cualquier atribución.¹²²

¹²² HARO BOCANEGRA M. Ob. Cit.

Lo mismo ocurre con la fecha inicial: menos de esa fecha tampoco se debe pretender atribuir tales derechos. Si nada inició nada se debe atribuir. Por lo demás, la fecha del cese convivencial por cualquiera de aquellas causas debe determinarse en un proceso idóneo y consignarse en el documento público respectivo y plasmarlo en el asiento registral para conocimiento de terceros. En caso de muerte será suficiente la presentación de la partida de defunción, aunque es común que primero se inscriba la sucesión testamentaria o intestada y en mérito de ello solicitar el cese.

Este tema de la fecha de inicio y del cese de las uniones de hecho que debe constar tanto en el documento público como en el asiento de inscripción respectivo, ha sido objeto de modificación a raíz de diversos pronunciamientos contradictorios por parte del Tribunal Registral. En efecto, por un lado el Tribunal confirma la observación del Registrador en el sentido que “corresponde al Notario señalar la fecha de inicio de la unión de hecho”¹²³, y por otro lado revoca la observación en la medida que la fecha de inicio de la unión de hecho “se desprende de la solicitud de los convivientes”¹²⁴.

Bajo este estado en cuestión se ha determinado mediante un precedente de observancia obligatoria aprobado en el Pleno Registral LXXXV que “no resulta necesario que el notario de manera expresa señale la fecha de iniciación de la unión de hecho, cuando dicho dato consta en la solicitud presentada por los convivientes, la misma que obra inserta en la escritura pública”. Estamos plenamente de acuerdo con este último razonable criterio por cuanto resulta redundante que el notario señale en su declaración notarial la fecha de inicio de la unión de hecho cuando dicha fecha se desprende de la solicitud de los convivientes.

¹²³ Resolución Nro. 2227-2011-SUNARP-TR-L de 09/12/2011.

¹²⁴ Resoluciones Nro. 2249-2011-SUNARP-TR-L de 09/12/2011 y Nro. 351-2012-SUNARP-TR-L del 02 de marzo del 2012.

Asimismo cabe mencionar que la inscripción del cese de la convivencia puede efectuarse por cualquiera de las causales contempladas en la norma sustantiva (artículo 326), sea por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. Empero, esta última causal no ha sido regulada dentro del procedimiento notarial no contencioso (Ley 26662), pues en esta vía se exige el consentimiento unánime de los convivientes para poner fin a su estado, por lo que la inscripción del reconocimiento del cese de la unión de hecho no se puede efectuar en mérito a la escritura pública otorgada sólo por uno de los convivientes. Evidentemente cuando hay desacuerdo u otra circunstancia que no sea el consentimiento unánime de los convivientes, éstos tienen expedito su derecho para acudir a la vía judicial correspondientes para lograr la inscripción del reconocimiento de dicho cese.

Entonces, con la regulación por la Directiva de los criterios registrales para la inscripción de las uniones de hecho, su cese y otros actos inscribibles directamente vinculados se concretó la operatividad del reconocimiento notarial y judicial de las uniones de hecho, operatividad que se manifiesta en el otorgamiento de la publicidad registral (material y formal) y que supone la cautela de efectos patrimoniales que dichas uniones genera.

5. LAS UNIONES DE HECHO EN LA JURISPRUDENCIA REGISTRAL

La principal dificultad que presenta cualquier indagación sobre las uniones de hecho a nivel de jurisprudencia registral estriba en su propia limitación. Es por ello que existen pronunciamientos útiles a tener en cuenta para no desistir en el intento. En efecto, por un lado la jurisprudencia registral sobre uniones de hecho en cuanto acto inscribible en el Registro Personal es exigua, menos de media docena de resoluciones publicadas a final de diciembre de 2012 y dos recientes en este último cuatrimestre. Éstas básicamente desarrollan cuestiones formales de las uniones de hecho reconocidas notarialmente, como la fecha de inicio y cese que debe

contener el documento público o el consentimiento unánime de los convivientes para otorgar la escritura pública sobre el cese.¹²⁵

De otro lado, como acto no inscribible la unión de hecho también la jurisprudencia es limitada, ello obedece estrictamente a que el Código Civil no lo recogía como tal. Aunque ello no quiere decir que las solicitudes presentadas para la inscripción de la declaración del reconocimiento de la unión de hecho también sean limitadas, pues estamos seguros que muchas de ellas no fueron apeladas y lógicamente no cabría pronunciamiento del Tribunal Registral.

Por el contrario, las resoluciones emitidas en su mayoría atienden aspectos puramente patrimoniales, como la adquisición de un bien por una unión de hecho, rectificación de la calidad de bien a favor de la unión de hecho, disposición de un bien social por uno de los convivientes, entre otros. Con respecto a este tema, a nivel de plenos jurisprudenciales, también se ha emitido un precedente de observancia obligatoria.

Es así que debemos indicar las resoluciones relevantes emitidas por el Tribunal Registral sobre las uniones de hecho como acto no inscribible y como acto inscribible por mandato judicial y por mandato legal, su declaración de reconocimiento a nivel judicial y notarial y como presupuesto previo para la adquisición de derechos patrimoniales, haciendo comentarios y apreciaciones sobre las mismas, el orden en que serán enunciadas las resoluciones, en cierta forma tiene como fin mostrar el desarrollo evolutivo que las uniones de hecho han tenido en sede registral.

5.1 Sobre la unión de hecho como acto no inscribible¹²⁶

¹²⁵ HARO BOCANEGRA M. Ob. Cit.

¹²⁶ Ibídem.

Antes del 17 de julio del 2010, fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 29560, las uniones de hecho no constituían actos inscribibles en el Registro Personal de conformidad con el artículo 2030 del Código Civil. La declaración del reconocimiento judicial era el único modo de que los convivientes hicieran prevalecer sus derechos como tales, pues éstos tenían el inconveniente de no poder dar a conocer a terceros su situación jurídica de hecho y los derechos que esta situación generaba, en tanto el Registro denegaba su inscripción en base a argumentos legalmente válidos pero en cierta forma injustos.

De este modo, jurisprudencia registral ha dispuesto el carácter no inscribible de la unión de hecho en la siguiente resolución:

Resolución N° 973-2007-SUNARP-TR-L de 12/14/2007 Acto no inscribible “El matrimonio y el régimen patrimonial de sociedad de gananciales no constituyen actos inscribibles en el Registro Personal, de conformidad con el artículo 2030 del Código Civil. Por lo tanto, tampoco será inscribible en dicho registro la unión de hecho declarada judicialmente y la sociedad de bienes resultante que se rige por el régimen de la sociedad de gananciales”.

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Registral en la Resolución N° 648-2010-SUNARP-TR-L de 5/14/2010, aunque si bien concluye que la unión de hecho declarada judicialmente no es inscribible en el Registro Personal, ordena al Registrador solicite al juez la aclaración respectiva respecto a que la unión de hecho no es inscribible. Así:

Acto no inscribible *“El matrimonio y el régimen patrimonial de sociedad de gananciales no constituyen actos inscribibles en el Registro Personal, de conformidad con el artículo 2030 del Código Civil. Por lo tanto, tampoco será inscribible en dicho registro la unión de hecho declarada judicialmente y la sociedad de bienes*

resultante que se rige por el régimen de la sociedad de gananciales”.

Pedido de aclaración de resoluciones judiciales “Conforme al precedente de observancia obligatoria aprobado en el V Pleno del Tribunal Registral, el Registrador está autorizado para solicitar aclaración o información adicional al Juez, cuando advierte el carácter no inscribible del acto que se solicita inscribir o la inadecuación o incompatibilidad del título con el antecedente registral”.

5.2 Sobre la inscripción de la unión de hecho por mandato judicial¹²⁷

Mediante la resolución N° 648-2010-SUNARP-TR-L la Tercera Sala Registral de Lima se pronunció tímidamente sobre el mandato judicial que ordena la inscripción de un acto no inscribible como la unión de hecho, solicitando que aquel sea aclarado por el juez competente, la Quinta Sala Registral de Arequipa resolvió la denegatoria de inscripción de la unión de hecho declarada judicialmente, esta vez con un criterio más categórico, pronunciándose en el sentido que no cabía razón alguna para denegar el acceso al registro del reconocimiento judicial de las uniones de hecho, más aún si el mandato reiterado del juez lo ordenaba, aunque la resolución judicial que declaraba la unión de hecho como el título a través del cual se solicita su inscripción son anteriores a la vigencia de la Ley N° 29560, pues esta ley había modificado tácitamente el artículo 2030 del Código Civil. Dicha Sala lo resume del modo siguiente:

Resolución N° 565-2010-SUNARP-TR-L de 4/23/2010 Inscripción de mandato judicial de declaración de unión de hecho
“Conforme a lo establecido en el Tercer Precedente de Observancia Obligatoria aprobado en quinto pleno del tribunal registral, sin en

¹²⁷ Ibídem.

respuesta a la aclaración solicitada por el Registrador, el Juez reitera el mandato de anotación o inscripción mediante una resolución, incorpora al fondo del proceso dicha circunstancia, y en consecuencia, al emitir pronunciamiento sustantivo, el mismo no puede ser objeto de calificación por parte del Registrador, siendo en estos casos, responsabilidad del magistrado el acceso al Registro del título que contiene el mandato judicial, de lo que deberá dejarse constancia en el asiento registral”.

Convenimos en que el Registrador en su labor de calificación de cualquier título sobre el cual advierte el carácter no inscribible de determinado acto que lo contiene, deberá proceder conforme al precedente mencionado, ya que verá librada su responsabilidad si materializa la inscripción de aquel acto.

5.3 Sobre la declaración del reconocimiento judicial y notarial de la unión de hecho¹²⁸

No hay dudas que nuestra legislación ha reconocido la unión de hecho, estableciendo explícitamente que para ser reconocida como tal, requiere del cumplimiento de requisitos exigidos por la norma constitucional (artículo 5) y la norma sustantiva (artículo 326), los mismos que deberán ser acreditados en un procedimiento notarial o judicial; por lo que no podría sostenerse que la mera declaración de una o de ambas parejas convivenciales será suficiente para configurar de pleno derecho la unión de hecho. Así, cumplidos y reconocidos los requisitos recién surge de pleno derecho la comunidad de bienes.

Sobre este tema a nivel jurisprudencial se presentó un caso en que debía dilucidarse si era procedente la inscripción del reconocimiento de una unión de hecho contenido en un testamento. Indudablemente se negó la inscripción pues este último, si bien instrumento público, no constituye el

¹²⁸ Ibídem.

título formal ni material idóneos para su inscripción debido que contiene una declaración unilateral de su otorgante sin la intervención de su supuesta conviviente, asimismo no consta el cumplimiento de los requisitos exigidos para la configuración estricta de la unión de hecho; en tanto para que sea reconocida una unión de hecho como tal se requiere de una declaración judicial o notarial, la cual será emitida en un procedimiento en el que se pruebe cumplir con todos los requisitos exigidos. De esta manera lo ha entendido el Tribunal en la siguiente resolución:

Resolución N° 1376-2010-SUNARP-TR-L de 9/24/2010
Reconocimiento de unión de hecho [por testamento] “No es procedente la inscripción en el Registro Personal del reconocimiento de una unión de hecho contenido en un testamento”. “la declaración efectuada por (...) en su testamento respecto de la existencia de una unión de hecho con (...) no constituye el título material que dará mérito a la inscripción del reconocimiento de la unión de hecho; no pudiendo considerarse la declaración unilateral del otorgante del testamento como título material”. (Fundamento 7).

Queda claro entonces que se hace imprescindible la declaración notarial o judicial de reconocimiento de unión de hecho, promovido en un proceso en el que se actúen pruebas suficientes que acrediten de manera indubitable el cumplimiento de los requisitos que este tipo de uniones exige para su reconocimiento; descartándose la mera declaración unilateral de que se es conviviente.

Por otro lado, debe recordarse que con las facultades otorgadas al notario para declarar el reconocimiento de la unión de hecho, ya no es más la declaración judicial la única vía para hacer saber a terceros la situación de hecho generada por la unión convivencial. Actualmente puede solicitarse la declaración del reconocimiento convivencial indistintamente por cualquier vía, aunque claro en la notarial debe haber acuerdo de ambos convivientes.

De este modo lo ha entendido el Tribunal Registral emitiendo el siguiente pronunciamiento sumillado:

Resolución N° 161-2011-SUNARP-TR-A de 4/11/2011 [Vías para declarar la] unión de hecho “El reconocimiento de la existencia de una unión de hecho puede hacerse por dos vías: La judicial, según la cual será competente del Juzgado de Familia, y la notarial en virtud de Ley N° 29560 (que entró en vigencia 17 de julio del 2010), siendo ambos inscribibles en el Registro Personal”.

Asimismo, debemos indicar que la declaración del reconocimiento notarial de las uniones de hecho ha generado pronunciamientos con criterios totalmente contradictorios por dos salas registrales, a pesar de que los títulos apelados contenían la misma rogatoria, el instrumento público había sido emitido por la misma notaria y, aún más, habían sido observadas en la misma forma por el mismo registrador público, en el sentido que deberá establecerse en la declaración notarial (la escritura) la fecha de inicio de la unión de hecho y el de la sociedad de bienes.

Desde luego, las apelaciones efectuadas por la propia notaria fueron bajo los mismos términos, indicando en ambas que la fecha de declaración del reconocimiento de la unión de hecho se remite a la fecha de extensión del instrumento público que consta al inicio, resultando en tal virtud redundante que el notario señale en la declaración notarial la fecha de dicho reconocimiento, más aun si la fecha de inicio se desprende de la solicitud de los convivientes.

De este modo, no obstante el mejor desarrollo legal, doctrinario y jurisprudencial pero con un criterio formalista, la Primera Sala Transitoria del Tribunal Registral confirma la observación, concluyendo en lo siguiente:

***Resolución N° 2227-2011-SUNARP-TR-L de 12/9/2011
Declaración del reconocimiento de la unión de hecho “Dados***

*los efectos jurídicos patrimoniales que generan las uniones de hecho al reunir los requisitos legales, **resulta relevante que en el documento notarial se consigne la fecha de inicio del régimen de la comunidad o sociedad de bienes**, que es la fecha en la cual se cumplen los dos años de convivencia como mínimo; lo que resultará de interés no solo para los participantes en el acto sino también para los terceros a efectos de conocer los bienes que integran el patrimonio social de la sociedad convivencial e identificar los bienes propios de los convivientes”.*

En cambio, con un criterio más razonado, la Primera Sala Registral revoca la observación y dispone su inscripción con la conclusión siguiente:

Resolución N° 2249-2011-SUNARP-TR-L de 12/9/2011 Unión de hecho “No resulta necesario que la notaria de manera expresa señale la fecha de iniciación de unión de hecho, cuando dicho dato consta en la solicitud presentada por los convivientes”.

En este mismo sentido, se pronunció la Tercera Sala:

Resolución N° 351-2012-SUNARP-TR-L de 3/2/2012 Declaración notarial de unión de hecho “No se requiere que el notario señale de manera expresa la fecha de inicio de la unión de hecho, cuando dicho dato consta en la solicitud presentada por los convivientes, inserta en la escritura pública, en tanto la indicada fecha no ha sido objeto de cuestionamiento ni ha sido modificada mediante la declaración notarial”.

La interpretación diferente del numeral b)i del punto 5.4. de la Directiva, que generó la adopción de estos criterios discordantes a nivel de segunda instancia registral, conllevó a que se aprobara el Precedente de Observancia Obligatoria en el Pleno LXXXV, con el criterio de las dos últimas resoluciones antes mencionadas. Así en dicho pleno se adoptó:

Unión de hecho “No resulta necesario que el notario de manera expresa señale la fecha de iniciación de la unión de hecho, cuando dicho dato consta en la solicitud presentada por los convivientes, la misma que obra inserta en la escritura pública”.

Ya bajo los alcances de este precedente de observancia obligatoria, se ha emitido en ese sentido la resolución N° 1934-2012-SUNARP-TR-L de 12/28/2012, con el agregado que el señalamiento expreso de la fecha de inicio de la unión de hecho, sea en la escritura pública o en la solicitud presentada por los convivientes, es sumamente relevante para los interesados y los terceros. De esta manera si indicó:

Unión de hecho “Resulta necesario que se señale de manera expresa la fecha (día/mes/año) de inicio de la unión de hecho, sea en la solicitud presentada por los convivientes, pues ello tiene relevancia jurídica para los interesados y para los terceros”.

Debemos indicar que no siempre la iniciación de la convivencia, cumpliendo ésta con los requisitos exigidos por la ley, va a coincidir con la fecha del otorgamiento de la escritura pública, sino por el contrario, la fecha de inicio será la que declaren los solicitantes (convivientes), siempre que así se determine con los documentos aportados al proceso notarial y el criterio razonado del notario.

Asimismo también debe tenerse en cuenta que una cosa es el inicio de la convivencia y otra es el inicio de la sociedad de bienes, ya que ésta se iniciara el día uno del año tres, en tanto durante los dos años previos la convivencia haya sido libre y voluntaria mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial y con la notoriedad y publicidad que se requiere. Es decir, los bienes que se adquirieron luego de superados los dos años y se haya cumplido con los requisitos que la ley exige, tienen la condición de sociales y es a partir de esa fecha que entre los convivientes

nace una comunidad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales.

5.4 Sobre el reconocimiento del cese de la unión de hecho¹²⁹

El cese de la unión de hecho en la vía notarial debe ser por acuerdo de ambos convivientes. Ese decir, la causal de cese por decisión unilateral de uno de los convivientes, si bien está regulada en el artículo 326 del Código Civil, no ha sido contemplada dentro del procedimiento no contencioso en la vía notarial, requiriéndose que la escritura pública de cese convivencial sea otorgada por ambos convivientes. Y si se pretende el cese de la unión de hecho por voluntad exclusiva de uno de los convivientes, éste tiene expedito su derecho para instaurarlo en la vía judicial.

En ese sentido, recientemente la Segunda Sala del Tribunal Registral a emitido la Resolución N° 624-2013-SUNARP-TR-L del 12 de abril de 2013, en la cual claramente indica que la inscripción del reconocimiento de cese de la convivencia en mérito a escritura pública debe ser otorgada por ambos convivientes y no por solamente uno de ellos. Así en su texto sumillado lo dispone:

Inscripción del reconocimiento del cese de la unión de hecho

“Si bien la unión de hecho puede cesar por decisión de uno de los convivientes, la inscripción del reconocimiento del cese de la unión de hecho, no se puede efectuar en mérito a la escritura pública otorgada sólo por uno de los convivientes”.

5.5 Sobre la declaración del reconocimiento previo de la unión de hecho como sustento para la adquisición de derechos patrimoniales¹³⁰

¹²⁹ HARO BOCANEGRA M. Ob. Cit.

¹³⁰ Ibídem.

Las cuestiones patrimoniales que afectan a cualquier persona son de suma importancia y para las uniones de hecho lo es aún más, pues la informalidad que lo caracteriza tiende a desproteger a sus integrantes. En ese sentido, se ha determinado que para otorgar derechos patrimoniales a una unión de hecho es requisito sine qua non que ésta haya sido reconocida judicial o notarialmente y que origine una sociedad de bienes.

No es materia de esta investigación desarrollar aspectos sustancialmente patrimoniales como la adquisición o disposición de bienes que corresponden a una determinada unión convivencial; sino más bien las procedencia de inscripción de ésta y los efectos patrimoniales que produce, lo cual es diferente, pues el acceso de las uniones de hecho y su cese al Registro permiten publicitar ante terceros el inicio y fin de estas comunidades de bienes sujetas al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuera aplicable, contribuyendo de este modo a proteger al conviviente frente a actos indebidos de apropiación ilícita del otro conviviente.

Sin embargo, es oportuno citar algunos pronunciamientos registrales relevantes sobre cuestiones patrimoniales relacionados a este tipo uniones, en tanto la jurisprudencia nos otorga un marco importante en su tratamiento. La jurisprudencia registral en este tema está fijada en una tendencia, la cual viene forjada por la aprobación de un Precedente de Observancia Obligatoria en el Pleno V¹³¹, que señala:

Inscripción de la adquisición de un bien con la calidad de social a nombre de una unión de hecho “A efectos de inscribirse la adquisición de un bien con la calidad de bien social y tratándose de una unión de hecho, debe acreditarse ante el Registro el reconocimiento judicial como unión de hecho de la parte compradora”.

¹³¹ Diario Oficial El Peruano. Publicado el 20 de octubre del 2003. Sustentado en las Resoluciones Nro. 343-98-ORLC/TR del 30 de setiembre de 1998. Nro. 11-2003-SUNARP-TR-L del 10 de enero del 2003.

Naturalmente, para acreditar ante el Registro la calidad de un bien social, adquirido durante la vigencia de la unión de hecho, no basta la sola afirmación de los convivientes que dicho bien adquirido por ellos tiene la condición de social, sino que resulta imprescindible la actuación de pruebas suficientes que acrediten la naturaleza de aquel bien y ello solamente debe hacerse dentro de un proceso judicial o notarial que para dicho efecto se promueva. Como también lo indica Vega Mere, sólo bajo esta probanza se podrá alegar y exigir los derechos que la ley contempla para los concubinos¹³².

Sin embargo, sobre este último tema es oportuno mencionar que en la resolución N° 11-2003-SUNARP-TR-L de 10/01/2003, que sirvió de sustento al precedente aprobado en el antes referido Pleno V, se emitió un voto en discordia en el sentido que la declaración judicial y notarial ante la existencia de una unión de hecho será indispensable cuando no se cuente con la manifestación de voluntad del varón y de la mujer en ese sentido.

En cambio si estos declaran tener una unión de hecho conforme al artículo 326 del Código Civil, el Registro debe inscribir el bien con la calidad de social. Por ello no debe interpretarse el segundo párrafo de dicho artículo en el sentido que toda unión de hecho requerirá de reconocimiento judicial, sino que por el contrario debe interpretarse que dicha norma regula la prueba que puede admitirse en aquellos casos en los que sea necesario el reconocimiento judicial.¹³³

Sobre este tema se ha dejado establecido que la mera declaración de que se es conviviente con otro es insuficiente cuando importantes derechos patrimoniales están en juego. Es necesario una declaración de reconocimiento judicial o notarial de convivencia que cautele derechos patrimoniales y no solamente dentro del seno convivencial, en las relaciones

¹³² VEGA Y. Ob. Cit. Pág. 202.

¹³³ HARO BOCANEGRA M. Ob. Cit.

entre convivientes (interna), sino también las relaciones patrimoniales entre convivientes y los terceros (externa), de manera tal que ninguno vea afectado su derecho. En cierto modo, no le falta razón a la ponente de ese voto discordante, en el sentido que el reconocimiento judicial y notarial debe exigirse en ciertos casos, cuando los convivientes poseen derechos patrimoniales nacidos de su convivencia y cuando esos convivientes se relacionen con terceros.¹³⁴



¹³⁴ Ibídem.

CAPITULO III

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS

1. PRESENTACIÓN

La población está constituida por los Magistrados del Poder Judicial, Notarios y Abogados especialistas en derecho de familia, durante los meses de enero a diciembre del año 2016. La muestra seleccionada, estuvo integrada por 200 personas, a los cuales se les aplicó una encuesta a través de una cédula de preguntas, las mismas que contenían datos previamente elaborados con la finalidad de poder determinar los problemas jurídicos en el estado civil de las personas por la inscripción de uniones de hecho en el registro de personas naturales.

Después de haber aplicado la encuesta a la muestra seleccionada, se estuvo en la condición de determinar cuál es el porcentaje de personas que opinan a favor de la investigación y cuales no, para finalmente determinar las implicancias legales de ello. Todo lo cual nos ha permitido elaborar las conclusiones y sugerencias pertinentes.

2. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

CUADRO N° 1

Considera Usted que las uniones de hecho se encuentran protegidas por nuestro ordenamiento jurídico normativo

Encuestados	Considera		Total
	Si	No	
Magistrados del Poder Judicial	30	10	40
Magistrados del Ministerio Público	32	8	40
Notarios	16	4	20
Abogados litigantes	78	22	100
Subtotal	156	44	200
%	78	22	100

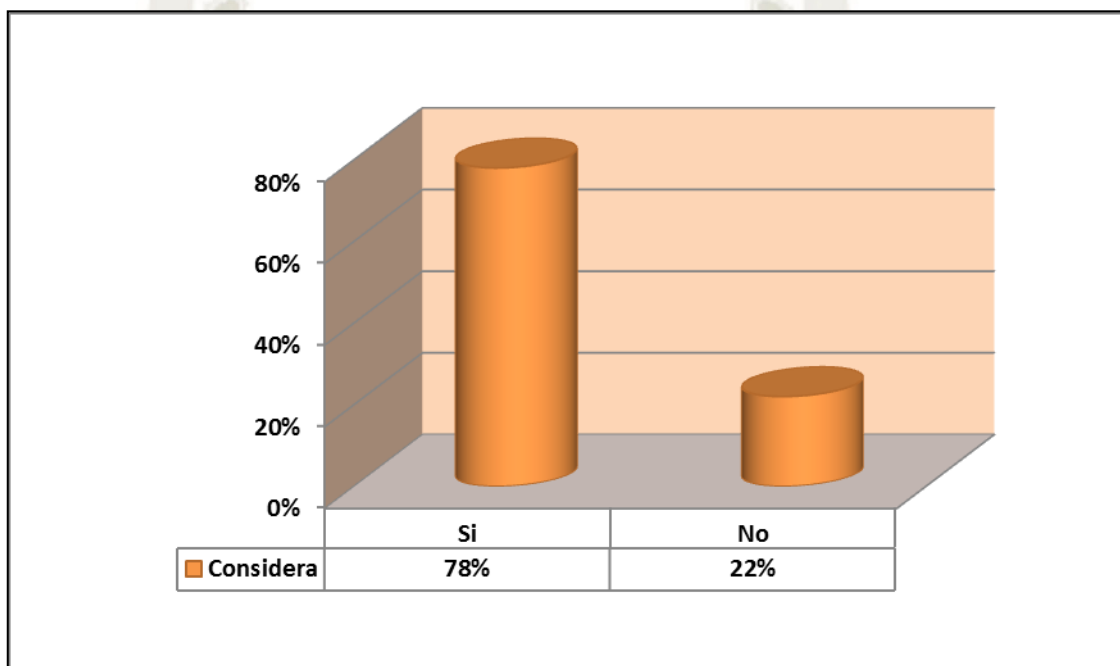
FUENTE: Información obtenida por la investigadora de la encuesta aplicada a Magistrados, notarios y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2015.

INTERPRETACIÓN.-

En este primer cuadro tenemos que de las 200 personas encuestas que estuvieron conformadas por Magistrados, notarios y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2015, el 78% considera que las uniones de hecho se encuentran protegidas por nuestro ordenamiento jurídico normativo mientras que un 22% considera que no. Es decir que la gran mayoría respalda la legitimidad de las uniones de hecho debido a la presencia de normatividad que le garantiza su existencia y protección.

GRAFICA N° 1

**Considera Usted que las uniones de hecho se encuentran protegidas
por nuestro ordenamiento jurídico normativo**



FUENTE: Información obtenida por la investigadora de la encuesta aplicada a Magistrados, notarios y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2015.

CUADRO N° 2

Razones por las cuales considera usted que las uniones de hecho se encuentran protegidas o no por nuestro ordenamiento jurídico normativo

Encuestados	Razones		Total
	Si porque hay normas idóneas	No porque normas son inidóneas	
Magistrados del Poder Judicial	30	10	40
Magistrados del Ministerio Público	32	8	40
Notarios	16	4	20
Abogados litigantes	78	22	100
Subtotal	156	44	200
%	78	22	100

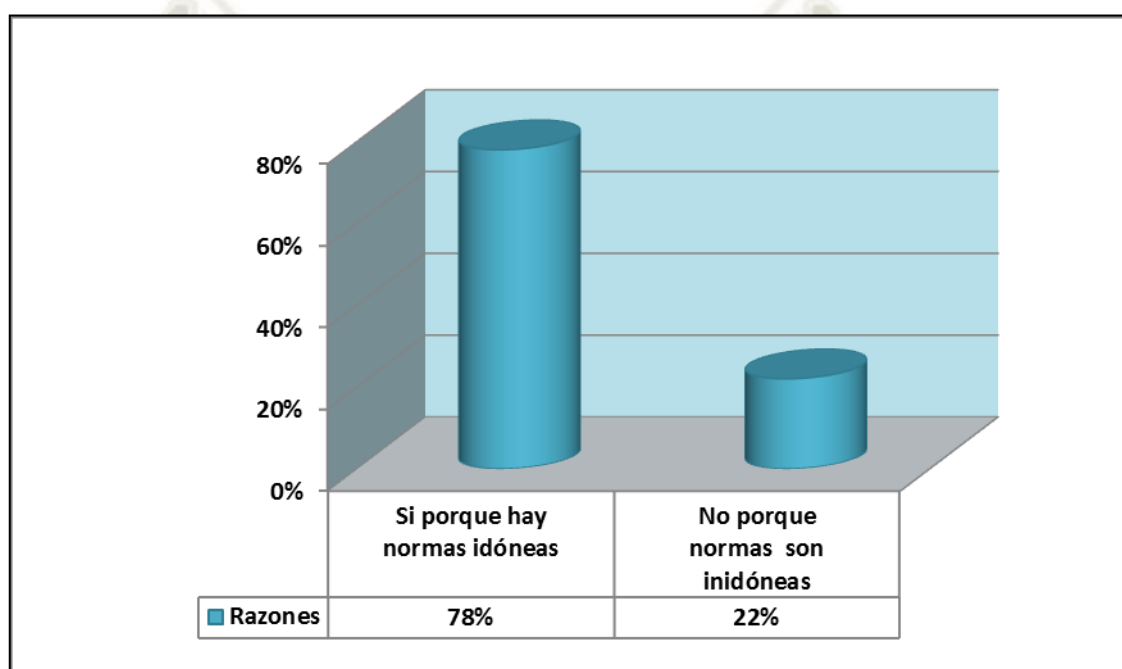
FUENTE: Información obtenida por la investigadora de la encuesta aplicada a Magistrados, notarios y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2015.

INTERPRETACIÓN.-

En este segundo cuadro tenemos que de las 200 personas encuestas que estuvieron conformadas por Magistrados, notarios y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2015, el 78% considera que las uniones de hecho se encuentran protegidas por nuestro ordenamiento jurídico normativo porque considera que las normas que los protegen son idóneas y cumplen con su finalidad, mientras que un 22% considera que son inidóneas dado que dichas normas presentan vacíos y lagunas en su contenido lo cual conlleva a que las uniones de hecho no se encuentren debidamente protegidas.

GRAFICA N° 2

Razones por las cuales considera usted que las uniones de hecho se encuentran protegidas o no por nuestro ordenamiento jurídico normativo



FUENTE: Información obtenida por la investigadora de la encuesta aplicada a Magistrados, notarios y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2015.

CUADRO N° 3

Considera Usted que la inscripción de las uniones de hechos en el registro de personas naturales presentan problemas

Encuestados	Considera		Total
	Si	No	
Magistrados del Poder Judicial	28	12	40
Magistrados del Ministerio Público	29	11	40
Notarios	15	5	20
Abogados litigantes	83	17	100
Subtotal	155	45	200
%	77	23	100

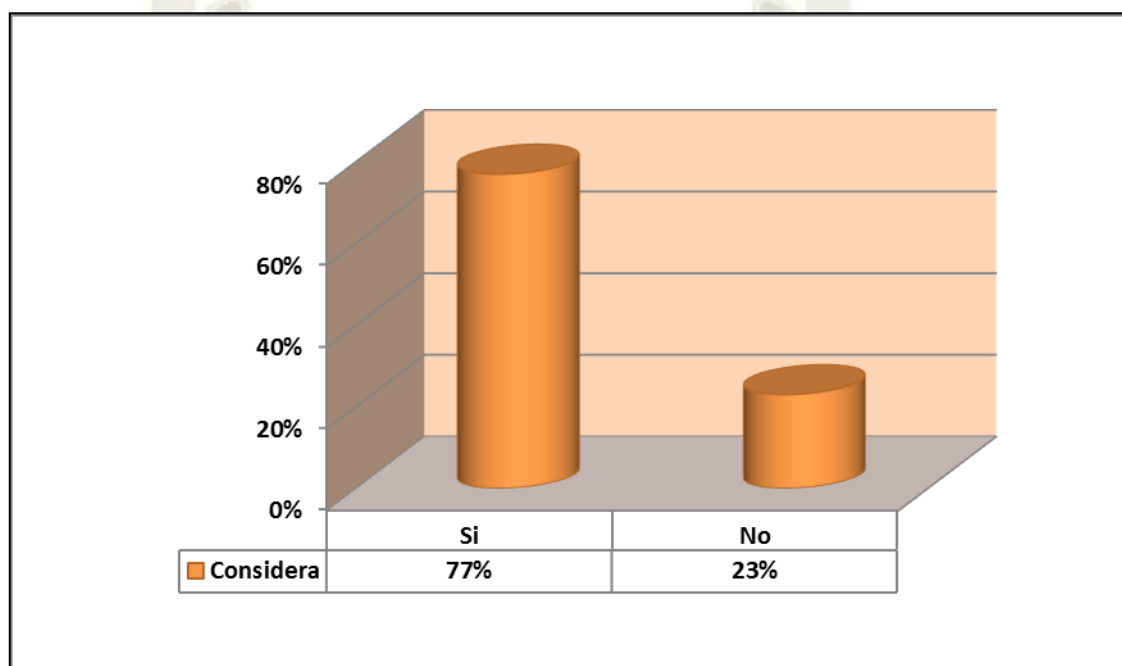
FUENTE: Información obtenida por la investigadora de la encuesta aplicada a Magistrados, notarios y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2015.

INTERPRETACIÓN.-

En este tercer cuadro tenemos que de las 200 personas encuestas que estuvieron conformadas por Magistrados, notarios y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2015, el 77% considera que la inscripción de las uniones de hechos en el registro de personas naturales presenta problemas mientras que un 23% considera que no presentan problemas. Es decir se evidencia notoriamente que en la opinión de las personas encuestadas si presentan problemas la inscripción de uniones de hecho por diferentes razones que no permiten su validez registral.

GRAFICA N° 3

Considera Usted que la inscripción de las uniones de hechos en el registro de personas naturales presentan problemas



FUENTE: Información obtenida por la investigadora de la encuesta aplicada a Magistrados, notarios y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2015.

CUADRO N° 4

Razones por las cuales considera usted que la inscripción de las uniones de hechos en el registro de personas naturales presenta o no problemas

Encuestados	Razones		Total
	Si porque los normas son limitadas	No porque las normas son exactas	
Magistrados del Poder Judicial	28	12	40
Magistrados del Ministerio Público	29	11	40
Notarios	15	5	20
Abogados litigantes	83	17	100
Subtotal	155	45	200
%	77	23	100

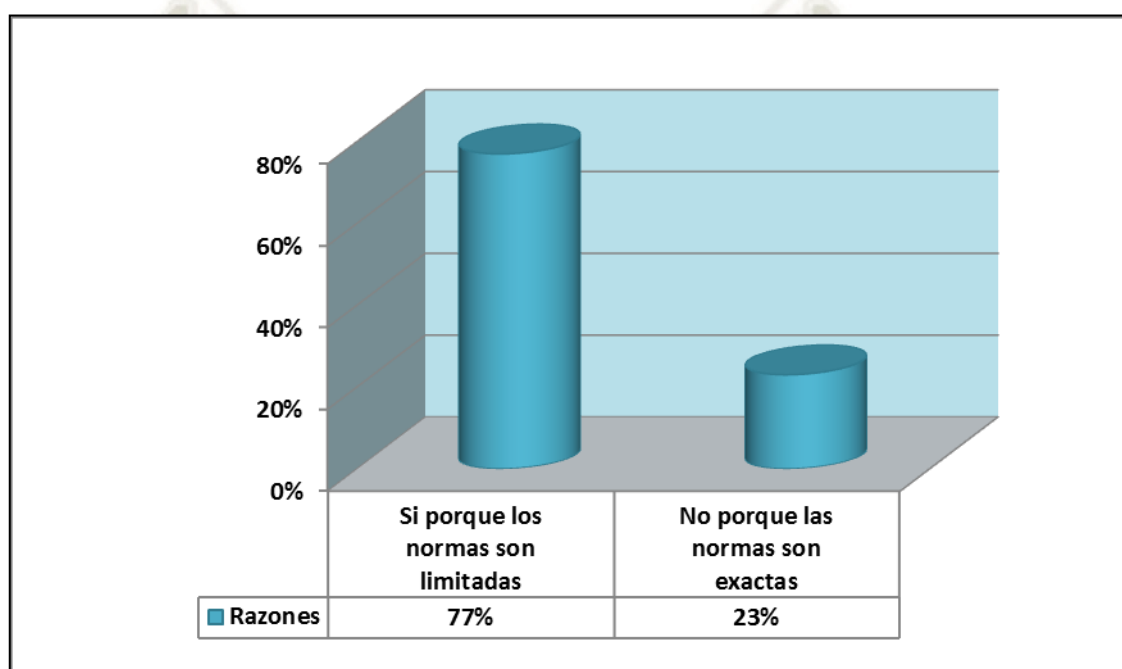
FUENTE: Información obtenida por la investigadora de la encuesta aplicada a Magistrados, notarios y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2015.

INTERPRETACIÓN.-

En este cuarto cuadro tenemos que de las 200 personas encuestas que estuvieron conformadas por Magistrados, notarios y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2015, el 77% considera que la inscripción de las uniones de hechos en el registro de personas naturales presentan problemas porque las normas son limitadas, es decir que la normatividad vigente no contiene todos los elementos y supuestos legales que permitan el aseguramiento funcional de la unión de hecho; mientras que un 23% considera que no presentan problemas porque las normas son exactas, es decir a criterio de dichas personas las normas vigentes no necesitan de ser revisadas y menos de implementárseles ajustes normativos que pudieran mejorar las situación de las uniones de hecho.

GRAFICA N° 4

Razones por las cuales considera usted que la inscripción de las uniones de hechos en el registro de personas naturales presenta o no problemas



FUENTE: Información obtenida por la investigadora de la encuesta aplicada a Magistrados, notarios y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2015.

CUADRO N° 5

Considera Usted que la inscripción de las uniones de hechos en el registro de personas naturales consolida un estado civil

Encuestados	Considera		Total
	Si	No	
Magistrados del Poder Judicial	33	7	40
Magistrados del Ministerio Público	31	9	40
Notarios	14	6	20
Abogados litigantes	71	29	100
Subtotal	149	51	200
%	75	25	100

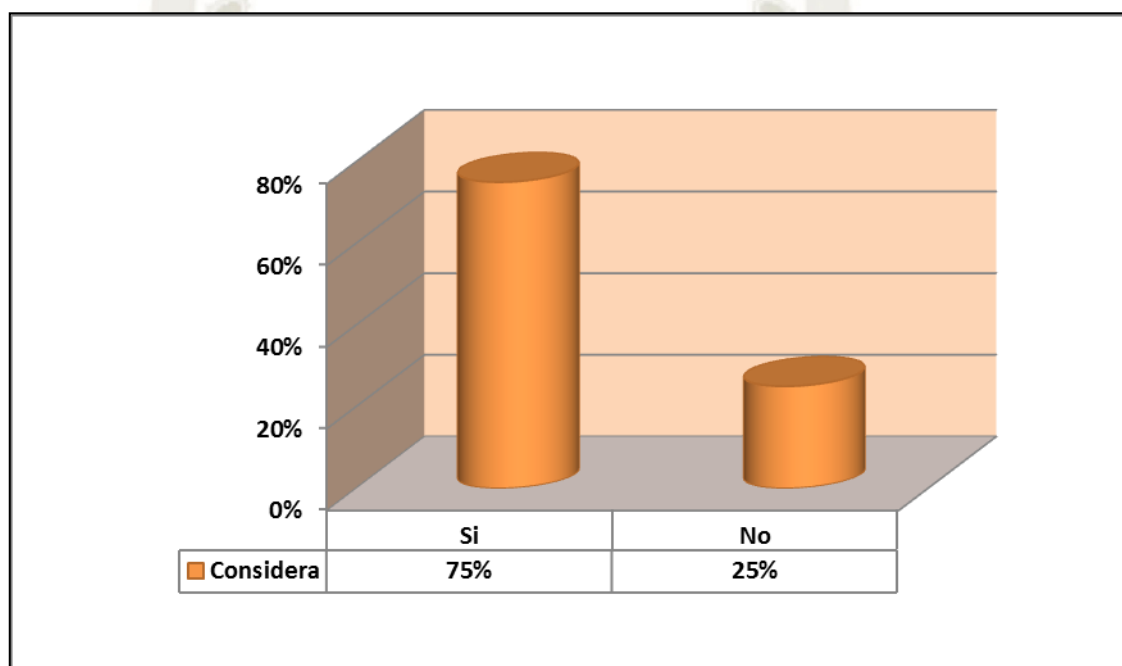
FUENTE: Información obtenida por la investigadora de la encuesta aplicada a Magistrados, notarios y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2015.

INTERPRETACIÓN.-

En este quinto cuadro tenemos que de las 200 personas encuestas que estuvieron conformadas por Magistrados, notarios y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2015, el 75% considera que la inscripción de las uniones de hechos en el registro de personas naturales consolida un estado civil mientras que un 25% considera que no. Es decir que efectivamente para la gran mayoría del mundo jurídico si debe considerarse a la unión de hecho como un estado civil que le permita tener los derechos inherentes propios de su estado.

GRAFICA N° 5

Considera Usted que la inscripción de las uniones de hechos en el registro de personas naturales consolida un estado civil



FUENTE: Información obtenida por la investigadora de la encuesta aplicada a Magistrados, notarios y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2015.

CUADRO N° 6

Razones por las cuales considera usted que la inscripción de las uniones de hechos en el registro de personas naturales consolida o no un estado civil

Encuestados	Razones		Total
	Si porque es un nuevo estado civil	No porque no es un estado civil	
Magistrados del Poder Judicial	33	7	40
Magistrados del Ministerio Público	31	9	40
Notarios	14	6	20
Abogados litigantes	71	29	100
Subtotal	149	51	200
%	75	25	100

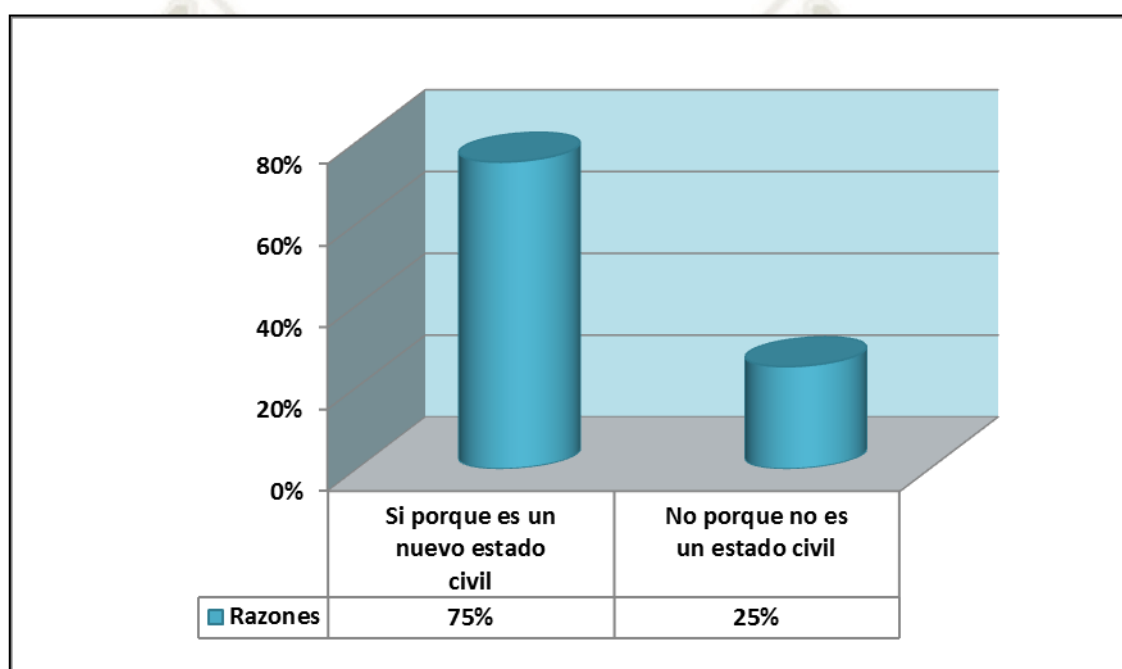
FUENTE: Información obtenida por la investigadora de la encuesta aplicada a Magistrados, notarios y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2015.

INTERPRETACIÓN.-

En este sexto cuadro tenemos que de las 200 personas encuestas que estuvieron conformadas por Magistrados, notarios y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2015, el 75% considera que la inscripción de las uniones de hechos en el registro de personas naturales consolida un estado civil porque es un nuevo estado civil que debe ser considerado en nuestro ordenamiento jurídico para la salvaguarda de sus derechos; mientras que un 25% considera que no consolida porque no es un estado civil, y por ende carece de toda legitimidad legal que le permita ostentar los mismos derechos que un matrimonio civil.

GRAFICA N° 6

Razones por las cuales considera usted que la inscripción de las uniones de hechos en el registro de personas naturales consolida o no un estado civil



FUENTE: Información obtenida por la investigadora de la encuesta aplicada a Magistrados, notarios y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2015.

CUADRO N° 7

Considera Usted que la inscripción de las uniones de hechos en el registro de personas naturales representan beneficios

Encuestados	Considera		Total
	Si	No	
Magistrados del Poder Judicial	36	4	40
Magistrados del Ministerio Público	37	3	840
Notarios	18	2	20
Abogados litigantes	89	11	100
Subtotal	180	20	200
%	90	10	100

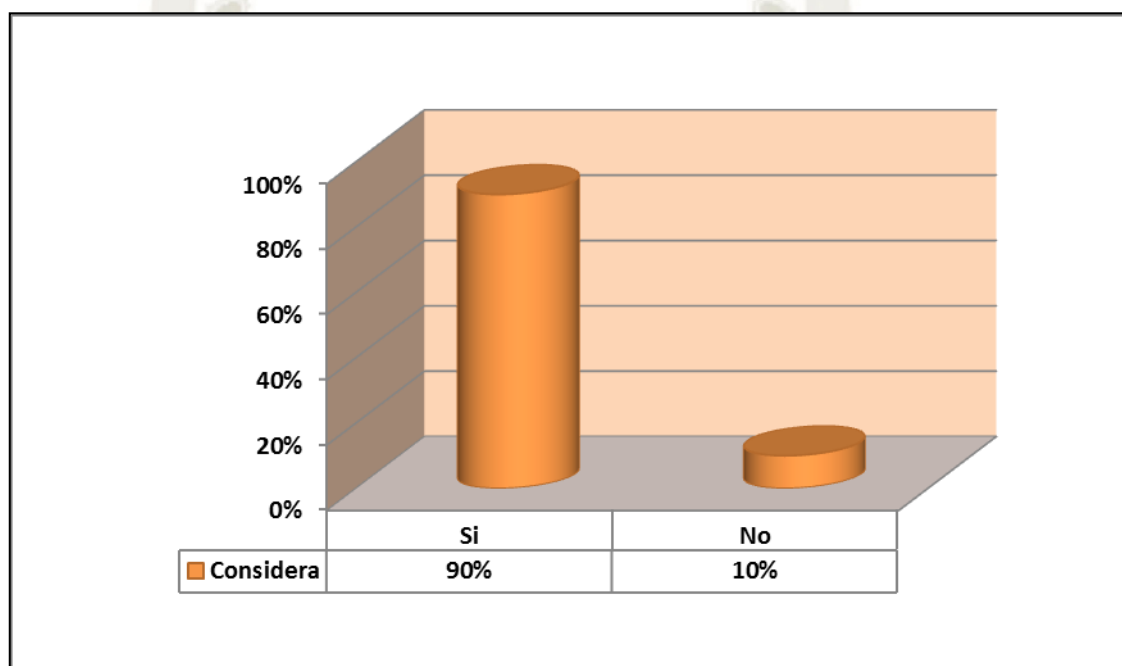
FUENTE: Información obtenida por la investigadora de la encuesta aplicada a Magistrados, notarios y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2015.

INTERPRETACIÓN.-

En este séptimo cuadro tenemos que de las 200 personas encuestas que estuvieron conformadas por Magistrados, notarios y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2015, el 90% considera que la inscripción de las uniones de hechos en el registro de personas naturales representan beneficios mientras que un 10% considera que no. Es decir que la gran mayoría considera que si puede traer beneficios las inscripciones de uniones de hecho tanto en derechos como en obligaciones.

GRAFICA N° 7

Considera Usted que la inscripción de las uniones de hechos en el registro de personas naturales representan beneficios



FUENTE: Información obtenida por la investigadora de la encuesta aplicada a Magistrados, notarios y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2015.

CUADRO N° 8

Razones por las cuales considera usted que la inscripción de las uniones de hechos en el registro de personas naturales representa o no beneficios

Encuestados	Razones		Total
	Si porque garantiza derechos	No permite garantizar derechos	
Magistrados del Poder Judicial	36	4	40
Magistrados del Ministerio Público	37	3	40
Notarios	18	2	20
Abogados litigantes	89	11	100
Subtotal	180	20	200
%	90	10	100

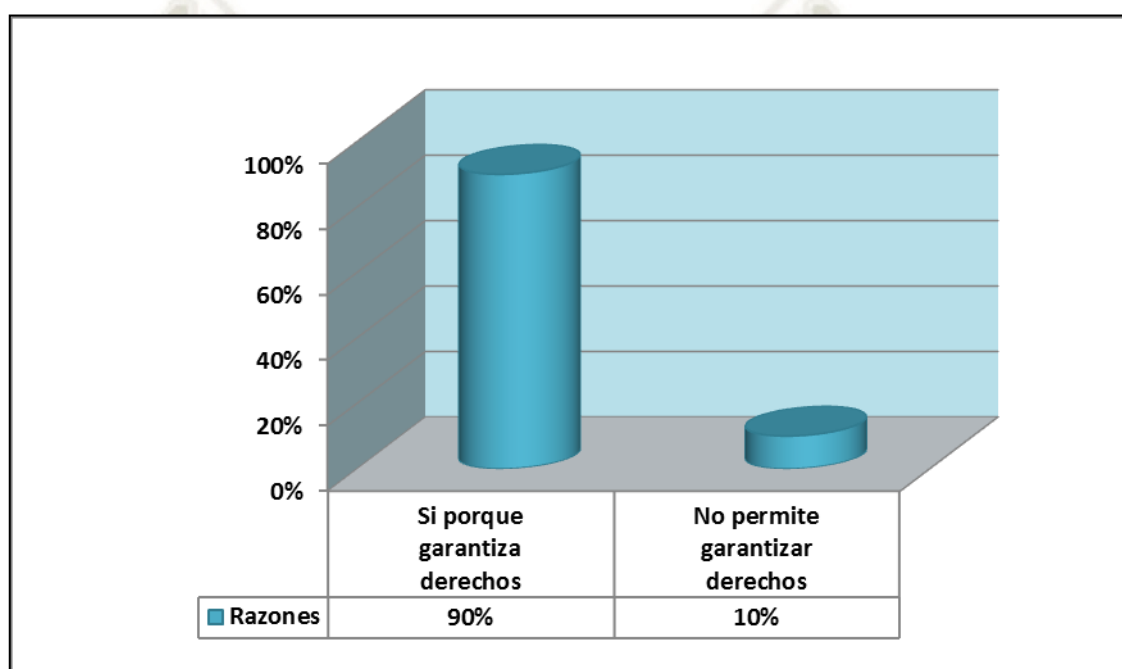
FUENTE: Información obtenida por la investigadora de la encuesta aplicada a Magistrados, notarios y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2015.

INTERPRETACIÓN.-

En este octavo cuadro tenemos que de las 200 personas encuestas que estuvieron conformadas por Magistrados, notarios y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2015, el 90% considera que la inscripción de las uniones de hechos en el registro de personas naturales representa beneficios porque garantiza derechos y obligaciones que les permitirá poder equiparse con los del matrimonio civil y de esta manera asegurar su vigencia; mientras que un 10% considera que no garantiza derechos, dado que no pueden equiparse al matrimonio civil en ningún sentido.

GRAFICA N° 8

Razones por las cuales considera usted que la inscripción de las uniones de hechos en el registro de personas naturales representa o no beneficios



FUENTE: Información obtenida por la investigadora de la encuesta aplicada a Magistrados, notarios y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2015.

CUADRO N° 9

Considera Usted que es posible regular como estado civil a las uniones de hechos en nuestro ordenamiento jurídico

Encuestados	Considera		Total
	Si	No	
Magistrados del Poder Judicial	30	10	40
Magistrados del Ministerio Público	28	12	40
Notarios	15	5	20
Abogados litigantes	70	30	100
Subtotal	143	57	200
%	71	29	100

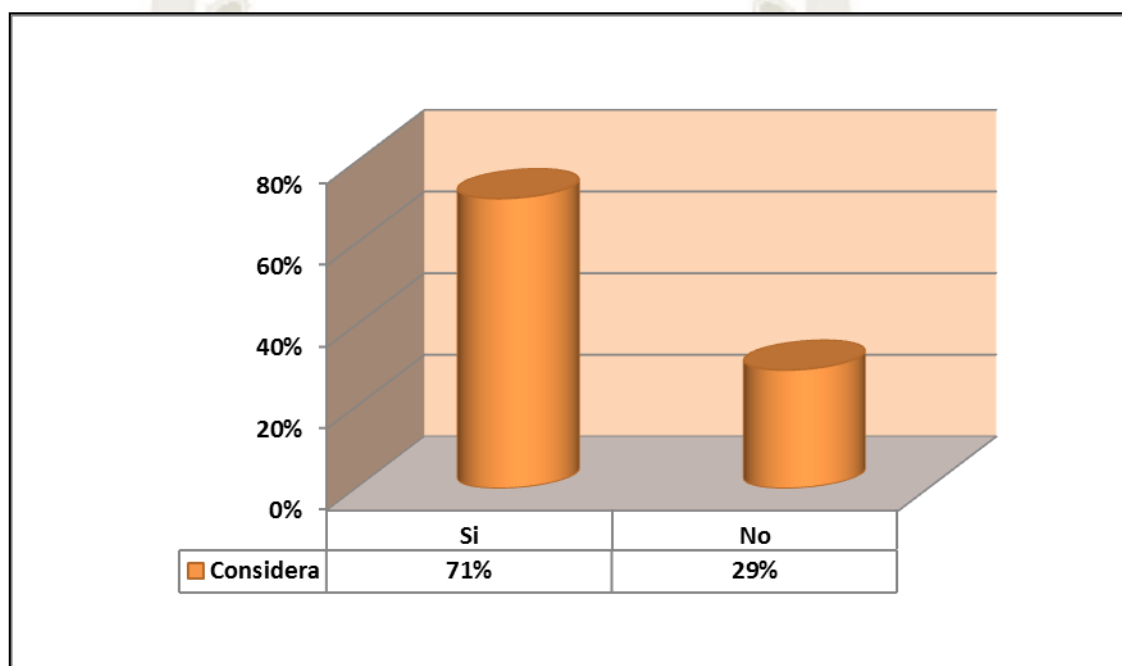
FUENTE: Información obtenida por la investigadora de la encuesta aplicada a Magistrados, notarios y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2015.

INTERPRETACIÓN.-

En este noveno cuadro tenemos que de las 200 personas encuestas que estuvieron conformadas por Magistrados, notarios y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2015, el 71% considera que es posible regular como estado civil a las uniones de hechos en nuestro ordenamiento jurídico mientras que un 29% considera que no es posible. Es decir nuestro sistema normativo es idóneo para la creación de un nuevo estado civil como lo es el concubinato, lo cual podrá garantizar los derechos y obligaciones inherentes de toda unión de hecho que cumpla con los requisitos exigidos por ley.

GRAFICA N° 9

**Considera Usted que es posible regular como estado civil a las uniones
de hechos en nuestro ordenamiento jurídico**



FUENTE: Información obtenida por la investigadora de la encuesta aplicada a Magistrados, notarios y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2015.

CUADRO N° 10

Razones por las cuales considera usted que es posible regular o no como estado civil a las uniones de hechos en nuestro ordenamiento jurídico

Encuestados	Razones		Total
	Si porque es posible dicho estado	No es posible ese estado	
Magistrados del Poder Judicial	30	10	40
Magistrados del Ministerio Público	28	12	40
Notarios	15	5	20
Abogados litigantes	70	30	100
Subtotal	143	57	200
%	71	29	100

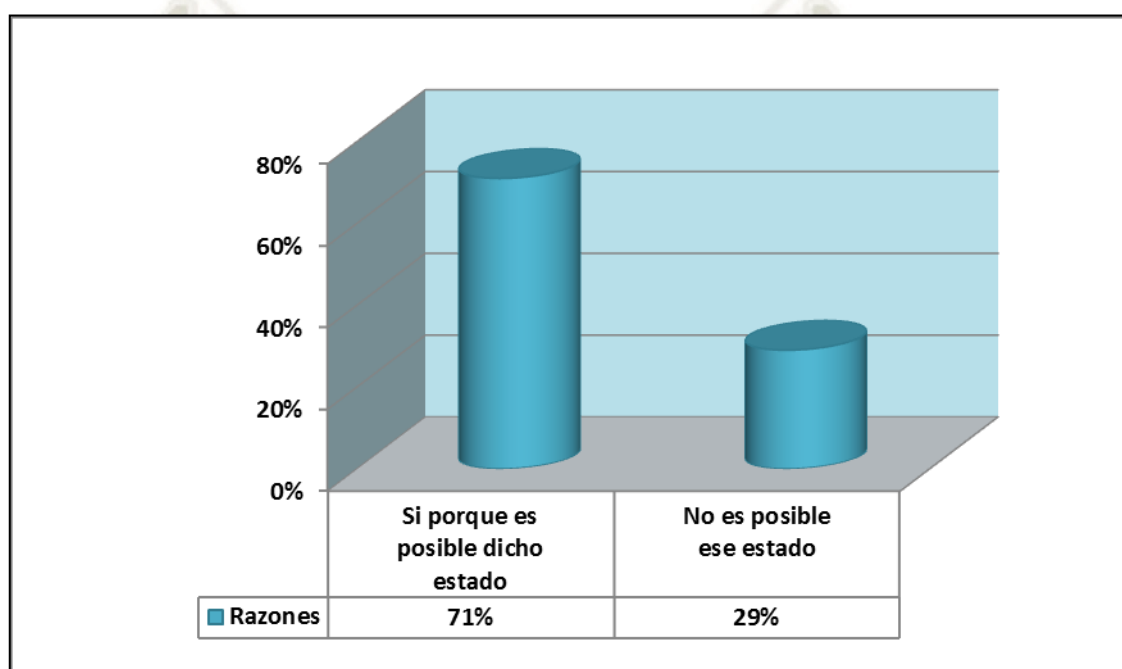
FUENTE: Información obtenida por la investigadora de la encuesta aplicada a Magistrados, notarios y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2015.

INTERPRETACIÓN.-

En este décimo cuadro tenemos que de las 200 personas encuestas que estuvieron conformadas por Magistrados, notarios y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2015, el 71% considera que es posible regular como estado civil a las uniones de hechos en nuestro ordenamiento jurídico porque es posible dicho estado debido a los medios normativos y materiales con los que se encuentra en la actualidad tomando en consideración que el concepto de familia ha venido variando con el tiempo, mientras que un 29% considera que no es posible ese estado, por no encontrarse las condiciones jurídicas adecuadas para ello

GRAFICA N° 10

Razones por las cuales considera usted que es posible regular o no como estado civil a las uniones de hechos en nuestro ordenamiento jurídico



FUENTE: Información obtenida por la investigadora de la encuesta aplicada a Magistrados, notarios y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2015.

3. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

El Artículo 4 de la Constitución Política del Perú expresa: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono, también protegen a la familia y promueven el matrimonio.

Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.” Si bien es cierto que el matrimonio conjuntamente con la familia, es reconocido como un instituto natural y fundamental de la sociedad y que uno de los deberes de esta última nombrada, es promoverlo, no es menos cierto, que el texto constitucional, hace hincapié en que el estado y la comunidad, tienen el deber de proteger a la familia, sin hacer distinciones, ni distinguos, ya que como se aprecia del propio texto, el legislador ha empleado un único término para señalar a la familia, sin diferenciar si se está refiriendo a una unión de derecho, a una unión de hecho, a una familia ensamblada, a una familia monoparental.

El Dr. Alex Plácido¹³⁵ reseñaba con claridad este punto al mencionar que: “El texto constitucional no abona en definir el concepto (de familia), es claro entonces, que el texto constitucional no pretendió reconocer un modelo específico de familia, por consiguiente, el instituto de la familia no debe relacionarse necesariamente con el matrimonio”. Queda claro entonces, que modelos familiares como el que tiene origen en las uniones de hecho, merecen íntegramente la misma protección que las uniones de derecho, lo cual implica que sus miembros, también deban recibir el mismo reconocimiento jurídico y social por parte del estado y de la comunidad.

Pero esto no siempre fue así, pues tradicionalmente, la sociedad ha ubicado al concubinato en status inferiores al matrimonio, tanto en el plano social,

¹³⁵ PLÁCIDO A. Investigaciones y Artículos Jurídicos sobre derecho de familia.

Consultado el 20-08-2016. Disponible en: <http://blog.pucpág.edu.pe/item/22146>

como en el plano jurídico, llegando incluso a ser considerado y erróneamente claro está, como una unión ilegítima, como una unión ilegal, incluso inmoral, a pesar de que es parte de una realidad social muy vetusta,¹³⁶ en efecto, haciendo un poco de historia, vemos que la unión de hecho existe en el Perú desde épocas remotas anteriores a los incas, bajo nombres como servinacuy.

Respecto a la ley N° 29560 fue producto de una iniciativa de la Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú, hecha efectiva a través de una propuesta enviada al Parlamento por el Colegio de Notarios del Callao, aquí el Dr. Bazán Naveda realizó en el XI Congreso del Notariado una exposición de cada uno de los artículos de la Ley Nro. 29560, dando a conocer sus alcances, su aplicación y sus implicancias.

Al respecto, el Dr. Bazán Naveda opinó que la nueva Ley permitirá una agilización de trámites y un ahorro de tiempo, tanto respecto de las juntas anuales o generales de las sociedades como de las uniones entre convivientes.

La Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, ha sido ampliada por la Ley N° 29560 publicada en el Diario Oficial el Peruano el 16 de julio de 2010 autorizando a los Notarios a tramitar el reconocimiento de la unión de hecho contemplada en el artículo 326 del Código Civil. Así, se autoriza el reconocimiento notarial de aquellas uniones de hecho que hayan generado una comunidad de bienes, sujetas al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le sea aplicable, incorporando el título VIII sobre Declaración de Unión de Hecho a la aludida Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos y se prevé la inscripción de la declaración de la unión de hecho y su cese en el Registro Personal, en consecuencia, ha operado una ampliación tácita del artículo 2030 del Código Civil, que regula los actos inscribibles en el Registro Personal, al permitir el

¹³⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente Nro. 498-99-AA-TC.

acceso a dicho Registro del reconocimiento notarial de las uniones de hecho y su cese y, en consecuencia, corresponde precisar que también tendrá acceso el reconocimiento judicial de las uniones de hecho y que inscritas las uniones de hecho también corresponde inscribir su cese en virtud a las causales reguladas en el artículo 326 del Código Civil,¹³⁷ que en su tercer párrafo, preceptúa que la unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral.

Más aún, la inscripción de las uniones de hecho y, en su caso, su cese en el Registro Personal generan la lógica consecuencia de autorizar la inscripción de otros actos directamente vinculados tales como: anotación de demanda o sentencia de nulidad de uniones de hecho. Asimismo, el acceso al Registro Personal de las uniones de hecho y su cese, permitirán publicitar ante los terceros el inicio y fin de estas comunidades de bienes sujetas al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le sea aplicable; lo cual, además de contribuir a proteger al conviviente frente a actos indebidos de apropiación del otro conviviente, es de fundamental interés para el tráfico jurídico patrimonial, pues va a propiciar que terceros ajenos a la unión de hecho puedan adquirir bienes de la sociedad de hecho confiando en la fe registral.

Efectuada la inscripción del reconocimiento de la unión de hecho en el Registro Personal,¹³⁸ se va a generar automáticamente un efecto no deseado y acaso no previsto por los autores de esta iniciativa, ya que siendo el Registro Personal un registro jurídico regulado por el Código Civil y no un mero registro administrativo, será de aplicación respecto de esa inscripción el principio de publicidad registral que establece el artículo 2012º del Código Civil que obliga a presumir, con el carácter de *juris et de jure*, sin admitir prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones, lo que va a resentir la seguridad del tráfico patrimonial

¹³⁷ CODIGO CIVIL COMENTADO. Tomo II. Derecho de Familia. Lima: Editorial Gaceta Jurídica S.A.; 2003.

¹³⁸ ZÁRATE J. Fuero Registral Nro. 7 - SUNARP 2011.

afectando la función notarial, pues ya no tendremos certeza que un soltero, viudo o divorciado tienen la libre disponibilidad de su bienes, tendremos que descartar que al margen de su estado civil no ha formado y registrado una unión de hecho.

Es que el reconocimiento de la existencia de una unión de hecho no va a generar un nuevo estado civil a los concubinos, no es un hecho inscribible en el Registro Civil, son estados civiles únicamente aquellos legalmente previstos, aspecto sustraído a la voluntad de los particulares; entre las acepciones admitidas del estado civil es aquella que la define como la posición jurídica que tiene la persona dentro de la familia con referencia al matrimonio, la referencia obligada es el matrimonio del que surgen una serie de deberes y derechos de orden personal y de índole patrimonial que permite hablar de un “status matrimonial”, ese entramado jurídico no existe con relación a la unión de hecho, del que podrán derivarse algunos efectos mas no un status jurídico dado que el concubinato no se encuentra institucionalizado; el simple reconocimiento de algunos efectos no es suficiente para que pueda hablarse de un estado civil.

Es así entonces que un soltero, viudo o divorciado puede hacer reconocer la existencia de una unión de hecho sin perder o modificar un ápice su estado civil que seguirá manteniéndolo tal cual, pero a raíz de ese reconocimiento de la unión de hecho que puede tener efecto retroactivo ya estará sujeto al régimen de bienes de la sociedad de gananciales, pues el contenido de las inscripciones registrales una vez efectuadas permite oponer lo publicitado a terceros, lo que llevará a algunos notarios a exigir que los interesados en celebrar un contrato traslativo de dominio a que presenten un certificado negativo de la existencia de unión de hecho o efectuar ese descarte por su cuenta, información que no será del todo confiable pues el Registro Personal no se encuentra interconectado a nivel nacional.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Los problemas jurídicos que presenta el estado civil de las personas por la inscripción de uniones de hecho en el registro de personas naturales, se caracterizan porque la unión de hecho no genera parentesco entre la pareja, ni natural, ni civil, ni por afinidad, asimismo el concubinato, largo y estable como pueda ser, no produce ningún efecto sobre el plano del estado civil de las personas: no es mencionado en los registros del estado civil, ni comporta ningún derecho al nombre.

SEGUNDA.- Los criterios jurídicos que no permiten modificar el estado civil de las personas por uniones de hecho en el registro de personas naturales, se caracterizan por afirmar que la unión de hecho no es constitutiva de una especial categoría del estado civil y, en consecuencia, los sujetos de la unión seguirán estando solteros, viudos, casados, divorciados o separados, sin que estas cualidades se vea modificada por iniciar una convivencia.

TERCERA.- Los aspectos jurídicos que originan perjuicios al estado civil de las personas por uniones de hecho en el registro de personas naturales, se caracterizan porque al no existir un registro similar al estado civil el concubinato no puede acreditarse con otra prueba escrita que no sea el reconocimiento judicial y sobre todo que la convivencia no origina un cambio en el estado civil de las personas.

CUARTA.- Los requisitos jurídicos que establece la norma para acceder a la inscripción de las uniones de hecho en el registro de persona naturales, se caracterizan porque la Unión de Hecho o concubinato deberá reunir los requisitos del art. 326, es decir, que sea una Unión de Hecho o Convivencia voluntaria, realizada por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que hay durado por lo menos dos años continuos, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio.

SUGERENCIAS

PRIMERA.- La unión de hecho se debe registrar, convirtiendo dicha convivencia en el quinto estado civil y no requiriendo de un tiempo de convivencia para su formalización. La propuesta debe modificar los cuatro estados civiles: casado, soltero, divorciado y viudo, agregando a ellos el de unión de hecho.

SEGUNDA.- Se hace necesaria la implementación de un registro de uniones de hecho a nivel de las oficinas registrales, el mismo que debe ser a nivel nacional, caso contrario cabría la posibilidad de que las personas naturales que no tengan inscritas su unión de hecho en la localidad donde viven los convivientes, pero si en otra localidad en la que no se pidió certificado negativo.

TERCERA.- En base a una regla de valoración de la prueba, cual es la sana crítica, debe aplicarse para justificar dos temas principalmente: la unión estable y monogámica por dos años; que las personas que forman la unión sean mayores de edad y que no se encuentren incurso en las causas de nulidad del matrimonio previstas en el Código Civil.

CUARTA.- Se hace necesario que en caso de que uno de los convivientes se oponga a legalizar la Unión de Hecho, por no tener la voluntad de hacerlo o estar incapacitado de ello, o por haber fallecido, el otro conviviente deberá presentar su acción en vía judicial en contra de su pareja o de sus herederos.

PROPUESTA NORMATIVA

PROYECTO DE LEY POR EL CUAL SE MODIFICA EL ARTÍCULO SIETE INCISO B Y SE INCORPORA EL INCISO R AL ARTÍCULO 44 DE LA LEY ORGÁNICA DE LA RENIEC No. 26497 PARA LA CREACIÓN DE UN NUEVO ESTADO CIVIL A FAVOR DE LAS UNIONES DE HECHO

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:

En la normatividad jurídica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC podemos encontrarnos con que los posibles estados civiles de una persona individual son hasta cuatro. Cada uno de esos estados es representado en el Documento Nacional de Identidad – DNI con una letra. Así tenemos: Soltero (S), Casado (C), Viudo (V) y Divorciado (D).

De conformidad con nuestra Constitución Política y nuestro código civil, la convivencia propia consiste en la unión de facto de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial a efectos de llevar a cabo fines similares a la unión conyugal. A ello se aúna el requisito de temporalidad de dos años. Como ya se anticipó, en el DNI no figura si una persona es conviviente o no, dado que no se trata de un estado civil reconocido jurídicamente.

No obstante, una convivencia de este tipo altera las situaciones jurídicas de sus componentes y, a su vez, establece una nueva relación jurídica entre ellos. Estas nuevas situaciones y relación jurídica creadas pueden, eventualmente, llegar a poner en riesgo a un tercero con contrato de buena fe con uno solo de los convivientes, toda vez que tal relación jurídica genera -patrimonialmente hablando- una sociedad de bienes regida por la regulación de la sociedad de gananciales.

Y decimos que el tercero bien podría verse perjudicado, pues, si bien contrata fundado en un dato obrante en un documento público como lo es el DNI y amparado, además, por el principio de publicidad, no es menos cierto que dicho documento podría ser utilizado hasta malintencionadamente por uno de los convivientes que, innegablemente, figuraría como soltero en su tenor. Es decir, siendo conviviente contrataría como soltero, pues la ley no le reconoce otro estado civil, lo cual podría conllevar a ulteriores secuelas de injusticia para el tercero contratante.

Ergo, en nuestra opinión, y para evitar estas complicaciones y otras tantas, urge la necesidad de introducir el estado civil de conviviente en nuestra normatividad legal, máxime si tal estatus goza de reconocimiento constitucional.

SE PRESENTA EL SIGUIENTE PROYECTO:

CAPITULO I: DE LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO SIETE INCISO B DE LA LEY ORGÁNICA DE LA RENIEC No. 26497

ARTÍCULO 1.- Modifíquese el artículo siete inciso b de la Ley Orgánica de la RENIEC, cuyo texto sería el siguiente:

“Artículo 7°.- Son funciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil: (...) b) Registrar los nacimientos, matrimonios, divorcios, uniones de hecho, defunciones y demás actos que modifiquen el estado civil de las personas, así como las resoluciones judiciales o administrativas que a ellos se refieran susceptibles de inscripción y los demás actos que señale la ley.(...)”

ARTÍCULO 2.- Créase un nuevo estado civil a favor de las uniones de hecho.

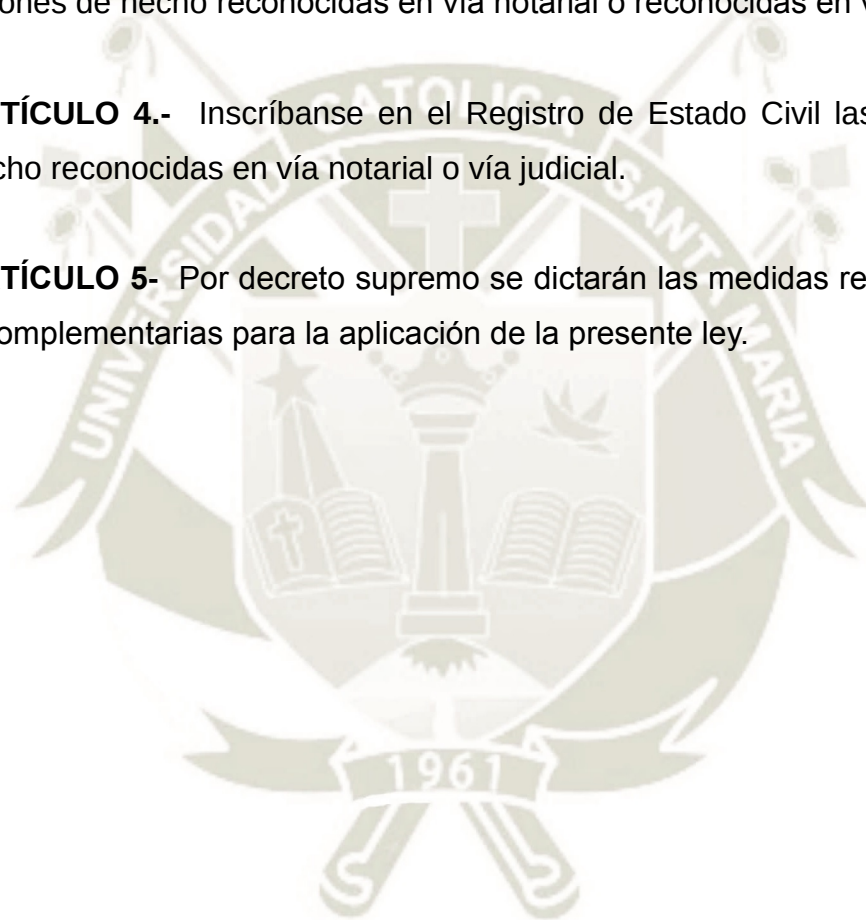
CAPÍTULO II: DE LA INCORPORACIÓN DEL INCISO R AL ARTÍCULO 44 DE LA LEY ORGÁNICA DE LA RENIEC No. 26497

ARTÍCULO 3.- Incorpórese el inciso r al artículo 44 de la Ley Orgánica de la RENIEC cuyo texto sería el siguiente:

“Artículo 44.- Se inscriben en el Registro del Estado Civil: “(...) r) Las uniones de hecho reconocidas en vía notarial o reconocidas en vía judicial.”

ARTÍCULO 4.- Inscribanse en el Registro de Estado Civil las uniones de hecho reconocidas en vía notarial o vía judicial.

ARTÍCULO 5- Por decreto supremo se dictarán las medidas reglamentarias y complementarias para la aplicación de la presente ley.



BIBLIOGRAFÍA

1. AZPIRI O Jorge. Derecho de Familia, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires. (2002)
2. BARANDIARAN José León. Tratado de Derecho Civil, Tomo I y II, en Digital. (1998)
3. BERNALES BALLESTEROS Enrique. La Constitución de 1993 Análisis Comprado, ICS Editores, Tercera Edición, Lima. (1997)
4. BUTRON FUENTES José Andrés. Derecho de los Niños y Adolescentes, Universidad Católica de Santa María, Arequipa. (2003)
5. CABALLERO PINTO Henry. El Principio del Interés Superior del Niño. Gaceta Jurídica, Editorial el Buho EIRL, Lima. (2013)
6. CORNEJO Chávez Héctor. Derecho Familiar Peruano, Gaceta Jurídica editores, Lima. (1998)
7. CORNEJO Chávez Héctor. La Familia en la ley y en la realidad del Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. (1985)
8. DE TRAZEGNIES Granda. La Familia en el derecho peruano, libro homenaje al doctor Héctor Cornejo Chávez, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú Lima. (1992)
9. DÍAZ VALDIVIA, Héctor. Derecho de Familia. Décima Edición. Arequipa. (1998)

10. ESPINOZA ESPINOZA Juan. Estudio de Derecho de las Personas, Editorial Huallaga, Segunda Edición, Lima. (1996)
11. GALLEGOS CANALES YOLANDA. Manual de Derecho de Familia. Doctrina, Jurisprudencia y Práctica Jurista Editores. (2008)
12. GARCÍA MENDEZ, Hermilio. Primer Derecho del Niño es ser Niño en “El Peruano” de Lima. (1994)
13. HINOSTROZA M. ALBERTO. Derecho de Familia, Editorial San Marcos, Lima. (1999)
14. MALLQUI R. MAX Y MOHME THANO Z. ELOY. Derecho de Familia, Editorial San Marcos, Lima. (2001)
15. PERALTA ANDIA, Javier Rolando Derecho de Familia en el Código Civil, Editorial Idemsa, Tercera Edición, Lima. . (2002)
16. PLÁCIDO VILCACHAGUA Alex. Manual del Derecho de Familia, Editorial, Gaceta Jurídica, Lima. (2002)
17. PLACIDO VILCACHAGUA Alex. El principio de reconocimiento integral de las uniones de hecho según el Tribunal Constitucional. (2001)
18. PLACIDO VILCACHAGUA. Alex. ¿Cuál es el modelo de familia en la Constitución de 1993? (1994)
19. PLACIDO VILCACHAGUA Alex. El principio de reconocimiento integral de las uniones de hecho (efectos personales de la unión de hecho). (2000)

20. PLACIDO VILCACHAGUA Alex. El principio de reconocimiento integral de las uniones de hecho (efectos patrimoniales de la unión de hecho). (2002)
21. SALVATIERRA VALDIVIA Gloria Amparo. A Propósito de la adquisición de bienes por las uniones de hecho. En Dialogo con la Jurisprudencia. Número 86 año 11. (2005)
22. SUAREZ Franco Roberto. Derecho de Familia, Temis s.a. Editorial, Bogotá. (2001)
23. TORRES VÁSQUEZ Aníbal. Código Civil Comentado, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L, Tercera Edición, Lima. (1996)
24. VALVERDE Emilio. El Derecho de Familia en el Código Civil Peruano, Imprenta del Ministerio de Guerra, Lima. (1992)
25. VEGA MERE Yuri. Código Civil Comentado. Tomo II Derecho de Familia primera parte. Segunda edición, Gaceta jurídica. (2007)

Universidad Católica de Santa María

Escuela de Postgrado

Maestría en Derecho de Familia



PROBLEMAS JURÍDICOS EN EL ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS POR LA INSCRIPCIÓN DE UNIONES DE HECHO EN EL REGISTRO DE PERSONAS NATURALES, AREQUIPA 2016

Proyecto de tesis presentado por la Bachiller:

Martínez Ojeda Claudia Gabriela

Para optar el Grado Académico de:

Maestro en Derecho de Familia

Asesor:

Dr. Rivera Dueñas Max

Arequipa – Perú

2018

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

I.- PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1.- PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

PROBLEMAS JURÍDICOS EN EL ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS POR LA INSCRIPCION DE UNIONES DE HECHO EN EL REGISTRO DE PERSONAS NATURALES, AREQUIPA 2016

1.2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. ÁREA DEL CONOCIMIENTO

- ♦ ÁREA : Ciencias Jurídicas
- ♦ CAMPO: Derecho de Familia
- ♦ LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: El estado civil y las uniones de hecho.

1.2.2. ANÁLISIS DE VARIABLES

VARIABLE DEPENDIENTE:

Problemas jurídicos en el estado civil de las personas

INDICADORES

- Situación jurídica del estado civil de las personas
- Importancia del estado civil de la personas
- Problemas jurídicos del estado civil de las personas
- Protección del estado civil de las personas
- Tratamiento jurídico del estado civil de las personas

VARIABLE INDEPENDIENTE:

La inscripción de las uniones de hecho

INDICADORES

- Situación jurídica de la inscripción de las uniones de hecho
- Derechos de la inscripción de las uniones de hecho
- Problemas jurídicos de la inscripción de uniones de hecho
- Alcances de la inscripción de las uniones de hecho
- Tratamiento jurídico de la inscripción de uniones de hecho

1.2.3. INTERROGANTES BÁSICAS

- ¿Cuáles son los problemas jurídicos que presenta el estado civil de las personas por la inscripción de uniones de hecho en el registro de personas naturales?
- ¿Cuáles son los criterios jurídicos que no permiten modificar el estado civil de las personas por uniones de hecho en el registro de personas naturales?
- ¿Cuáles son los aspectos jurídicos que originan perjuicios al estado civil de las personas por uniones de hecho en el registro de personas naturales?

- ¿Cuáles son los requisitos jurídicos que establece la norma para acceder a la inscripción de las uniones de hecho en el registro de persona naturales?

1.2.4. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

◆ TIPO:

- Por el objetivo: Aplicada
- Por el enfoque: Especializada
- Por la perspectiva temporal: Coyuntural
- Por las fuentes de información: Documental y de campo

◆ NIVEL DE INVESTIGACIÓN:

- Descriptiva - Explicativa

1.3. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

La investigación es viable y contemporánea, porque efectuada la inscripción del reconocimiento de la unión de hecho en el Registro Personal, se va a generar automáticamente un efecto no deseado y acaso no previsto por los autores de esta iniciativa, ya que siendo el Registro Personal un registro jurídico regulado por el Código Civil y no un mero registro administrativo, será de aplicación respecto de esa inscripción el principio de publicidad registral que establece el artículo 2012º del Código Civil que obliga a presumir, con el carácter de juris et de jure, sin admitir prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones, lo que va a resentir la seguridad del tráfico patrimonial afectando la función notarial, pues ya no tendremos certeza que un soltero, viudo o divorciado tienen la libre disponibilidad de su bienes, tendremos que descartar que al margen de su estado civil no ha formado y registrado una unión de hecho.

La investigación es útil y humana, porque el reconocimiento de la existencia de una unión de hecho no va a generar un nuevo estado civil a los concubinos, no es un hecho inscribible en el Registro Civil, son estados civiles únicamente aquellos legalmente previstos, aspecto sustraído a la voluntad de los particulares; entre las acepciones admitidas del estado civil es aquella que la define como la posición jurídica que tiene la persona dentro de la familia con referencia al matrimonio, la referencia obligada es el matrimonio del que surgen una serie de deberes y derechos de orden personal y de índole patrimonial que permite hablar de un “status matrimonial”, ese entramado jurídico no existe con relación a la unión de hecho, del que podrán derivarse algunos efectos mas no un status jurídico dado que el concubinato no se encuentra institucionalizado; el simple reconocimiento de algunos efectos no es suficiente para que pueda hablarse de un estado civil.

La investigación es jurídica y científica, porque un soltero, viudo o divorciado puede hacer reconocer la existencia de una unión de hecho sin perder o modificar un ápice su estado civil que seguirá manteniéndolo tal cual, pero a raíz de ese reconocimiento de la unión de hecho que puede tener efecto retroactivo ya estará sujeto al régimen de bienes de la sociedad de gananciales, pues el contenido de las inscripciones registrales una vez efectuadas permite oponer lo publicitado a terceros, lo que llevará a algunos notarios a exigir que los interesados en celebrar un contrato traslativo de dominio a que presenten un certificado negativo de la existencia de unión de hecho o efectuar ese descarte por su cuenta, información que no será del todo confiable pues el Registro Personal no se encuentra interconectado a nivel nacional.

2.- ESQUEMA DE CONCEPTOS BÁSICOS

A. ORIGEN DEL CONCUBINATO EN EL PERÚ

No se disponen de datos concretos sobre la etapa pre-Inca. Las investigaciones no han podido llegar a determinar el régimen que imperó en las relaciones familiares. Sin embargo, es de suponer que el servinacuy se practicaba como una relación previa que asegure la aventura conyugal.

En el periodo incaico, prevalecía el matrimonio obligatorio, público y monogámico para la gente del pueblo. Sin embargo estuvo permitida la poligamia para los de la nobleza imperial. El Inca, con el fin de conservar la pureza de la sangre real, podía contraer matrimonio con su hermana, y aparte de ésta, podía mantener relaciones maritales con otras mujeres.

A pesar de esta organización rígida no puede dudarse que las uniones extramatrimoniales se practicaron en este periodo; relaciones que se conocen con el nombre de sirvinacuy, tinkunakuspa o servisiña.

Estas uniones extramatrimoniales toman diversas modalidades, según la relación en que se practiquen, pero en general todas ellas toman características de verdadera familia y se han conservado a través de nuestra Historia, existiendo actualmente con gran difusión en el elemento indígena.

Para el Dr. Jorge Basadre, el servinacuy, como con más generalidades se le llama, es “un tipo de unión sexual por el que los padres de una mujer aceptan que su hija salga del hogar paterno para ir con el que la pide, obligándose a recibirla con su prole y devolver todos los obsequios que hubiere hecho el pretendiente, en caso de no resultar conveniente la unión”.¹³⁹

El Dr. Mc Clean Estenos consideró que era “un matrimonio de prueba entre los aborígenes peruanos, institución prematrimonial, cuyo origen se remonta a épocas anteriores al incanato, profundamente arraigada en las costumbres

¹³⁹ VÁSQUEZ Y. Derecho de familia – Teórico práctico. Tomo I. Lima: Editorial Huallaga; 1998. Pág. 160.

aborígenes que han logrado sobrevivir al catequismo de la conquista y a tres siglos de coloniaje, manteniendo y aun robusteciendo sus signos en nuestra vida republicana”.¹⁴⁰

El Dr. José Encinas estudia el periodo de prueba, que no es uniforme; en algunas regiones tienen duración de tres meses, en otros dos años, en otras indefinida. Si la unión no llega a realizarse definitivamente, no caen bajo la sanción social, conservan su prestigio dentro de ella y generalmente contraen matrimonio; afirma además que es lícito, y en tal sentido no hay mujer que tema llegar a este estado.¹⁴¹

El arraigo de esta costumbre llegó a tal punto que, en la época colonial, los mismos parientes de la mujer solían oponerse tenazmente al matrimonio de ésta si previamente no había el pantanacun con el pretendiente, y de que el marido miraba con desprecio a la mujer a quien nadie había conocido ni querido antes de que se casase. Lo que explica la dificultad con que tropezaron los españoles en su intento, no logrado del modo de extirparla.

En definitiva tenemos que reconocer la existencia de la figura del concubinato dentro de la organización social del imperio incaico, bajo diferentes modalidades, según la clase social que la practicaba, así es que tenemos que mientras para el Inca fue poligamia ilimitada que llegaba hasta la incestuosa, para la clase más inferior a ésta, o sea la nobleza, ésta poligamia se caracterizaba por ser más restringida y para el pueblo completamente vedada, ya que solamente estaba facultado a ejercer la monogamia, con la singular particularidad de que tenía opción a la unión prematrimonial, cuál era el servinacuy, para después llegar, por una serie de ritos, al vínculo matrimonial.

¹⁴⁰ Ibídem.

¹⁴¹ Ibídem.

En la época colonial la cultura inmigrante se impone y trata de adaptar sus instituciones a la realidad peruana. Por eso, se considera que la cultura llegada al Perú en el siglo XVI, encontró usos y costumbres condenados y combatidos por la religión cristiana por lo que se desató una tenaz lucha por suprimir el sirvinacuy, las disposiciones legales impartidas por la colonia y las impartidas por las constituciones sinodales del Arzobispado de los Reyes lo combaten duramente. Asimismo, hubo disposiciones virreynales prohibidas, como las de Toledo, que prescribían: “por cuanto hay costumbres entre los indígenas casi generalmente de no casarse sin primero conocido, tratado y conservado durante algún tiempo y hecho vida maritable entre sí, ordenó que se quite a los indígenas esa nociva y perniciosa costumbre so pena de cincuenta azotes”.

En la época republicana nuestra legislación elaborada según modelos de avanzadas legislaciones extranjeras, fundamentalmente la francesa, ignoró las relaciones concubinarias, no obstante que éstas adquirieron durante esta época innegable difusión. Hasta la promulgación del Código Civil de 1852, con relación al concubinato, sólo se dictan algunos dispositivos de carácter penal, pero por razones obvias. Así el Código Penal de 1863 castigó al hombre casado que tuviese concubina, así como a ésta; pero el concubinato entre solteros no se calificó como delito a tenor del artículo 265. El Código Penal de 1924 en su Sección IV, Delitos contra la Familia, Título I, Adulterio y artículo 212, también castiga al cónyuge adúltero y a su cómplice. El Código Civil de 1936 no ignora la existencia del concubinato, al que le reconoce algunos efectos.

Según la Dr. Yolanda Vásquez García¹⁴², “sentado que el concubinato no es sólo un fenómeno histórico, sino un hecho vigente en todas o la mayoría de las sociedades modernas, el primer problema que la doctrina ha de resolver es el de si la ley debe ocuparse de él para regularlo en la forma que mejor

¹⁴² Ibídem.

condiga con la justicia y el interés social, o si, ante sus consecuencias, es preferible que lo ignore como hace la mayoría de las legislaciones”.

En nuestro ordenamiento jurídico el concubinato está contemplado en la Constitución Política del Perú, no ha podido obviar un fenómeno muy arraigado en la población peruana como son las uniones de hecho, y más bien le ha dado un tratamiento por doble: lo ha reconocido y ha creado un régimen patrimonial muy sui géneris, la sociedad concubinaria de bienes.

A nivel constitucional, el reconocimiento de bienes se encuentra en el Artículo 5º: “la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable...”. Como se observa, dicho enunciado comprende al concubinato en sentido estricto y no extiende su reconocimiento al concubinato amplio o genérico. La razón es muy simple: ampliar el reconocimiento a uniones que tienen un impedimento matrimonial sería un absurdo que el derecho se descalifique así mismo.

El Código Civil trata el concubinato en el artículo 326, el concubinato strictu sensu ha quedado diseñado bajo las siguientes características:

- ❖ Debe ser unión sexual libre y voluntaria entre un varón y una mujer.
- ❖ Debe ser una unión de alcance, fines y cumpla deberes semejantes al matrimonio (hacer vida común, fidelidad y asistencia recíproca)
- ❖ Debe estar libre de impedimento matrimonial.
- ❖ Debe tener, por lo menos dos años continuos de convivencia.
- ❖ Puede probarse la posesión constante del concubinato con cualquiera de los medios admitido por la ley procesal siempre que exista un principio de prueba escrita.
- ❖ Puede terminar por muerte, ausencia mutuo acuerdo o decisión unilateral.

- ❖ En caso de fenecimiento por decisión unilateral, el concubino abandonado puede solicitar judicialmente un derecho excluyente, puede ser: a) una cantidad de dinero por concepto de indemnización, o b) una pensión alimenticia.

Otro aspecto que fluye en relación al fenecimiento de la relación concubinaria, es la inexistencia de la vocación sucesoria del conviviente supérstite. En artículo 818 del Código Civil ha tenido el acierto de normar que todos los hijos tienen iguales derechos sucesorios respecto a sus padres. Sin embargo, el artículo 822, al referirse a la determinación de los herederos legales en la sucesión intestada, menciona que “el cónyuge que concurre con hijos o con otros descendientes del causante, hereda una parte igual a la de un hijo”. Dicho precepto, al mencionar al “cónyuge”, deja de lado y margina al “conviviente”.

Como ya lo ha destacado el Dr. Víctor Pérez Vargas,¹⁴³ dice: “no hay efectos sucesorios para las uniones de hecho, ni siquiera aquellas entre varón y mujer, con capacidad de actuar para contraer matrimonio y legitimación para celebrarlo, constituidas voluntariamente, haciendo vida en común en forma pública, continua y singular por un largo tiempo. Es cierto que la normativa civil otorga amparo a la compañera o conviviente para una justa distribución de los bienes adquiridos con el esfuerzo conjunto y además alternativamente una indemnización al concubino inocente o un acuerdo judicial de derecho alimentario; empero, no concede derechos hereditarios a la compañera supérstite. Siendo una relación estrictu sensu, debe legislarse dicho vacío y garantizársele al conviviente que sobrevive una vocación sucesoria equitativa a la sucesión del cónyuge. Después de todo, como muy bien afirma el Dr. Pérez Vargas, la diferencia fundamental entre una convivencia adecuadamente regulada y el matrimonio es de orden formal; mientras que en el matrimonio la voluntad se expresa mediante una declaración ante un oficial público; en la unión de hecho, en cambio, la voluntad de unirse se

¹⁴³ PÉREZ V. Hacia la Tutela del Matrimonio de hecho. Pág. 370.

manifiesta diversamente, precisamente por medio del comportamiento continuado de los mismos convivientes”.

B. TIPOS DE CONCUBINATO

Se distinguen en las siguientes clasificaciones:

❖ ***Según los elementos que integran la unión:*** en atención al número y calidad de los elementos que concurren a la formación de la unión, ésta puede devenir en:

a) Concubinato perfecto.-

Se refiere a la unión de un hombre y una mujer que mantienen relaciones sexuales guardándose fidelidad y compartiendo una vida en común, sin haberse sometido a las formalidades prescritas por la ley para la celebración del matrimonio. Sus elementos son: la unión entre un hombre y una mujer; la comunidad de lecho, la comunidad de vida bajo el mismo techo; una cierta obligación de fidelidad, a lo menos de la mujer; la notoriedad de la comunidad de vida y la ausencia de las formalidades prescritas para el matrimonio.

b) Concubinato notorio.-

Es la unión de un hombre y una mujer que mantienen relaciones sexuales guardándose fidelidad y comparten notoriamente una comunidad de vida, sin haberse sometido a las formalidades prescritas por la ley para la celebración del matrimonio.

Los elementos de esta forma de concubinato son casi los mismos que las del concubinato perfecto. La diferencia muy sutil radica en un elemento que es *la comunidad de habitación*. Este elemento, según el autor Pinto Rogers,

tiene importancia cuando se consideran las relaciones de los concubinos con terceros, en los casos de nacimiento de obligaciones contraídas por la concubina o cuando se demanda la indemnización de perjuicios, por la muerte de uno de los concubinos imputable a un tercero.

Para que opere la presunción de paternidad, basta que haya habido comunidad de lecho, condición sine qua non del concubinato notorio, es decir, la existencia de relaciones sexuales durante el periodo legal de la concepción y la fidelidad de la mujer.

Es necesario que el concubinato sea notorio, público; que los concubinos mantengan un estado aparente de cónyuges matrimoniales. Y se insiste en esta idea, como lo menciona el autor **Josserand**, citado por Carlos Betacourt Jaramillo en su libro “ El Régimen Legal de los Concubinos en Colombia” - 1942, “ya que el falso matrimonio debe vivir maritalmente, o a lo menos, que por la fama, el trato y el nombre se reputa posesión notoria de ese estado; posesión notoria que se traduce en el convencimiento de la generalidad de que esas personas viven como marido y mujer, y en el trato que el concubino da a su compañera, considerándola en todo, no como una simple ‘pareja’, sino con la consideración de una esposa, y todo lo anterior reforzándose por una común vivienda”.

c) El concubinato imperfecto o simple concubinato.-

Ésta es la unión más o menos estable de un hombre y una mujer que mantienen relaciones sexuales, sin someterse a las formalidades del concubinato perfecto; y es precisamente esta la concepción etimológica del concubinato o unión libre, “concubere”. No es, pues, indispensable la comunidad de habitación o de vida. No se precisa la notoriedad, ni la fidelidad que se deben guardar entre sí los amancebados, ni la posibilidad de poderse casar entre sí.

En suma, no es indispensable esa estabilidad prolongada en el tiempo que contribuye o hace nacer ese ánimo de asociación o de trabajo común. Es más bien esa comunidad afectiva que mira única y exclusivamente a la mutua satisfacción del apetito sexual. Esta modalidad, casi ningún efecto jurídico debe producir.

Según el autor **Pinto Rogers**, *“el concubinato simple, es la unión de un hombre y una mujer que mantienen relaciones sexuales sin someterse a las formalidades del matrimonio”*.

❖ **Otros autores consideran los siguientes tipos:**

a) Concubinato regular.-

Aquel que no está abiertamente contra la ley. La posibilidad de poderse casar entre si los concubinos, que en tal estado viven y en el consenso general que los reputa como casados, configura así una especie de estado civil, ya sea por legitimar a los hijos nacidos durante esa unión o por reparar el daño moral causado a la mujer, este no es más que un periodo preparatorio.

b) Concubinato irregular.-

Aquí se encuentra una violación clara de la ley, para aquellas uniones de seres de un mismo sexo que viven como marido y mujer o para aquellos que estando uno de ellos unidos por un matrimonio legítimo, sostienen una unión de hecho con tercera persona; o la unión más o menos estable o permanente entre dos personas que no podían estar casadas entre sí, bien por cuestiones de parentesco, o por algún otro impedimento de carácter legal.

C. REQUISITOS DEL CONCUBINATO O UNIÓN DE HECHO EN SENTIDO RESTRINGIDO¹⁴⁴

a) Cohabitación, Comunidad de vida y de Lecho.-

Este es el requisito que distingue de manera preponderante las uniones concubinarias de cualquier otro tipo de unión casual, eventual u ocasional.

Los sujetos no deben carecer de un domicilio común, ya que esto imposibilitaría sostener, mantener una relación concubinaria para que se produzcan los diversos efectos que pueden invocarse en el ámbito legal.

Se rechaza la consideración que realizan algunos autores de que no es necesaria la cohabitación, pues según afirman, puede haber distinta residencia de los sujetos, y sin embargo una vida en común. El criterio del concubinato en sentido restringido es que la comunidad de vida debe ser integra, no puede darse sin cohabitación. Faltando este requisito la relación puede convertirse en ocasional y no causar efectos jurídicos.

Por lo tanto la cohabitación implica la comunidad de vida; es decir, posibilita que la pareja, en mayor o menor medida, comparta la vida en todos esos aspectos que determinan situaciones que exigen consideración y solución por parte del derecho.

El autor **Carlos Ameglio Arzeno** menciona, en su libro *“El Régimen Jurídico del Concubinato” – 1940*, que *“el hablar de comunidad de vida no implica que deban compartir lo que hacen en sus actividades individuales (sus profesiones), pero sí lo que atañe a ese aspecto íntimo que, en el ámbito matrimonial, es común a los cónyuges.*

¹⁴⁴ BOSSERT G. Régimen Jurídico del Concubinato. Cuarta edición. Buenos Aires: Editorial Astrea; 2003. Págs. 35-45.

Tanta importancia tiene la cohabitación como elemento determinante, que al discutirse en Francia la ley sancionada el 16 de noviembre de 1912, que inauguró la época de marcada atención al concubinato por parte del derecho francés, en el Senado se propuso sustituir la denominación de ‘concubinato notorio’ por la de ‘cohabitación notoria’, lo cual no prosperó porque se advirtió que ‘concubinato’ implica también comunidad de lecho, que puede no existir entre personas que simplemente cohabitan’.

De manera que la ya mencionada cohabitación debe conllevar la comunidad de lecho; es decir, la existencia entre los sujetos de relaciones sexuales o, al menos, la apariencia de ellas, dado el modo íntimo en que comparten la vida.

El significado de “comunidad de lecho” debe reducirse estrictamente a lo enunciado; es decir, la cohabitación de los concubinos implicará que ellos mantienen relaciones sexuales o aparentan mantenerlas, sin perjuicio de que en los hechos éstas hayan cesado entre ellos.

La relación sexual es un elemento que está presente en un matrimonio normalmente constituido. Y de la semejanza que con el matrimonio, considerada la figura en su normalidad, presenta el concubinato, es de donde éste obtiene, en gran parte, su trascendencia jurídica.

b) Notoriedad.-

La unión del hombre y la mujer consistente en una comunidad de lecho, de habitación y de vida, debe ser susceptible de público conocimiento; es decir, no debe ser ocultada por los sujetos. Si así lo fuera, mal podría hablarse de una apariencia de estado matrimonial.

La carencia de este requisito incidirá en el plano de los efectos que interesan a terceros, así por ejemplo, la situación de los proveedores del hogar común, que no podrían invocar la apariencia de estado matrimonial.

c) Singularidad.-

Ciertos autores, al ensayar la determinación de los elementos que integran el concepto de concubinato, incluyen referencias a la conducta honesta o fiel, principalmente de la mujer, y hay quienes la extienden también al concubino. Veamos algunas de las opiniones. Según el autor **López Del Carril** en su libro “Derecho y obligación alimentaria” – 1981, *“la unión de personas libres” ha de reunir, entre otros, los siguientes caracteres: “Fidelidad recíproca, vivir en condiciones de moralidad suficiente, honestidad en la mujer... Exclusión de toda otra unión y/o concubinato”*.

Por su parte el autor **Osorio y Gallardo**¹⁴⁵ exige, al configurar el concubinato, *“que la mujer sea honesta”*. Asimismo, **Pinto Rogers** en su libro “El Concubinato y sus efectos jurídicos”, incluye, como carácter definitivo, *“una aparente fidelidad de la mujer”*.

Se prefiere decir que entre los elementos constitutivos del concubinato tiene que figurar la singularidad. Este concepto implica que la totalidad de los elementos constituyen al concubinato y este debe darse solamente entre dos sujetos; pero no destruye la singularidad por el hecho de que alguno de dichos elementos se dé entre uno de los concubinos y otro sujeto, en la medida en que ello resulte posible. Por ejemplo la singularidad no se destruye, si el concubino mantiene momentáneamente una relación sexual con otra mujer, o si la concubina le es infiel, en un momento dado, al concubino; hecho que claro está no debe ocurrir, pues los sujetos deben guardar cierto grado de fidelidad a sus parejas.

¹⁴⁵ OSSORIO y GALLARDO Á. Anteproyecto del Código Civil Boliviano. 1era. edición.. Buenos Aires: Imprenta López; 1943. Pág. 140.

Tiene gran importancia este aspecto, pues si bastara la sola circunstancia de darse uno de los elementos fuera de la pareja para destruir el concubinato, sería suficiente apuntar un hecho aislado para demostrar su inexistencia; y de ese modo los sujetos o los terceros podrían utilizar una circunstancia ajena al contenido general del vínculo, para evitar los efectos que el derecho, por vía jurisprudencial o legislativamente, establece o podría establecer, como consecuencia de una relación que reviste importancia, no sólo por su tiempo de duración, sino también por la significación de los elementos que reúne.

En cambio, no es posible hablar de existencia de concubinato, con su nota definitoria de apariencia de estado matrimonial, cuando no existe una apariencia, al menos, de fidelidad entre los sujetos, trasuntada en ser exclusiva y singular, la relación entre ellos; cuando el hombre, por ejemplo, mantiene cohabitación ciertos días con una mujer, en forma espaciada, en tanto sostiene relaciones con otras mujeres, con la misma notoriedad que con aquélla.

Se trata allí de relaciones sexuales pasajeras, aunque resulten recurrentes, que no llegan a componer la comunidad de vida que da apariencia de estado matrimonial y define la nota típica de un concubinato nítidamente establecido.

d) Permanencia y Estabilidad.-

Según el autor **Ramiro Fernández Moris** en su libro “Equiparación del concubinato al matrimonio civil”, la relación de los concubinos no puede ser momentánea, ni accidental. Debe ser duradera. A tal punto que, faltando esta modalidad, resultarían inaplicables la casi totalidad de los efectos que cabe adjudicar al concubinato.

Pero así como en el matrimonio hay alejamientos momentáneos de los cónyuges, también en el concubinato puede haber breves rupturas, momentáneas separaciones seguidas de pronta reconciliación, sin que ello afecte el carácter de permanencia que la relación presente.

En cuanto a cuál podría ser el término para que se constituya perfectamente el concubinato y se den plenamente sus efectos en cuestión de derechos hereditarios, es cuestión de realizar un estudio, cuya índole no sería sólo jurídica.

Deben tenerse en cuenta aspectos concernientes a los afectivo; a la convicción que, en determinado momento, surge en los sujetos que comienzan a sentirse íntegramente una pareja, de que no es sólo una unión caprichosa, accidental, o fruto exclusivo de un deseo sexual más o menos prolongado, sino que también tiene su mundo propio, su esfera íntima y algún destino común.

e) Monogamia.-

Esta característica trata de una nota de fidelidad, tanto del hombre como de la mujer y no sólo de ella, como equivocadamente precisa el autor **Emilio Valverde**, al momento de definir el concubinato como “... *convivencia habitual, es decir continua y permanente, desenvuelta de modo ostensible con la nota de honestidad o fidelidad de la mujer*”¹⁴⁶.

El autor **Ángel Osorio** dice: “*El concubinato, es la vida marital del hombre y la mujer sin estar casados. Tendrá el carácter de institución jurídica y darán origen a obligaciones naturales, siempre que reúna la condición que la mujer sea honesta*”.¹⁴⁷

¹⁴⁶ VALVERDE E. Derecho de Familia en el Código Civil Peruano. Lima: 1942. Pág. 68.

¹⁴⁷ OSORIO y GALLARDO Á. Ob. Cit. Art. 256.

Según el autor **Gonzáles Montolivo**, el concubinato es “...la vida sexual organizada de una pareja que ha hecho de la fidelidad la norma de su vida, lo que caracteriza esta unión de personas aptas para el matrimonio.” Añade “... cuando hablo de concubinato, entiendo por tal la unión de un hombre y una mujer que cohabitan con fines idénticos a los del matrimonio y sin que tengan impedimentos que les hiciera imposible contraer matrimonio entre sí”.

f) Ausencia de Impedimentos Matrimoniales.-

Podría decirse que es el último de los requisitos exigidos. Así lo exige el texto constitucional cuando precisa que el varón y la mujer deben ser “libres de impedimento matrimonial”. Esta situación ha determinado que distinga entre unión de hecho propio, aquella en la que no media ningún tipo de impedimento matrimonial entre la pareja y la unión de hecho impropia, aquella en la que si existe impedimento matrimonial.

Según la Enciclopedia Jurídica Omeba: “el concubinato requiere para configurarse, la habilidad para contraer matrimonio, sin incurrir en “violación de la ley” e incluso “...que implícitamente dicho... deben mediar la actitud sexual necesaria y la libertad o la ausencia de cualquier impedimento que comprometiese la viabilidad del matrimonio”.

En apoyo a la necesidad de ausencia de dichos impedimentos, sería posible sostener los siguientes argumentos¹⁴⁸:

- Los impedimentos han sido impuestos por la ley teniendo en cuenta no sólo el interés individual de los contrayentes, sino también el interés del grupo social. Entonces, si el derecho llegara a receptar con más amplitud la unión concubinaria, debería partir de la premisa de que al reconocerla (al menos, parcialmente) y establecer sus efectos

¹⁴⁸ BOSSERT G. Ob. Cit. Pág. 42.

no puede dejar de resguardar los intereses que los impedimentos matrimoniales tutelan.

- En los precedentes históricos romano y canónico, la ausencia de impedimentos matrimoniales era un requisito necesario para la constitución del concubinato. Esta característica quiere decir que los concubinos no deben tener obstáculos para poder contraer matrimonio en cualquier momento de su relación concubinaria. Los impedimentos han sido objeto de muy diversas clasificaciones, aunque algunas de éstas pertenecen más al Derecho histórico que al vigente. Se puede mencionar entre la mayor importancia los siguientes¹⁴⁹:
- *Atendiendo a su extensión.*- Los impedimentos pueden ser absolutos, que entrañan la prohibición de contraer matrimonio con toda persona (a esta clase pertenecen los que señalan en los artículos 241º, 243º incisos 2 y 3, y 244º del Código Civil); y relativos, que implican la prohibición de casarse con determinadas personas (tales como los que indican los artículos 242º y 243º inciso 1 del Código Civil).
- *En atención a sus efectos.*- existen impedimentos que prohíben la celebración del matrimonio y lo dilatan hasta el momento de su remoción, pero cuya contravención no invalida el casamiento y sólo lo vuelve ilícito (impedimenta impediencia o prohibentia); e impedimentos cuya infracción origina invalidez del matrimonio (impedimenta dirimencia).
- *Atendiendo a su duración.*- Aquí hay impedimenta temporánea (como el de la minoridad) e impedimenta perpetua (como el de la consanguinidad).
- *Por su eficacia.*- Los impedimentos pueden ser juris privati (como el error), que surten efectos solamente cuando las partes los invocan; y juris publuci, cuando pueden originar de oficio la invalidez del matrimonio.

¹⁴⁹ CORNEJO H. Derecho Familiar Peruano. 10ma. edición actualizada. Lima: Gaceta Jurídica Editores S. R. L.; 1999. Pág. 126.

Acopiando esto se puede decir que para que se configure el concubinato deben de concurrir: una comunidad marital de hecho, continua y permanente, notoria y pública, monogámica, entre personas aptas para contraer matrimonio entre sí.

D. LA PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE LA UNIÓN DE HECHO¹⁵⁰

Un problema fundamental sobre las uniones de hecho es el relativo a la prueba de su existencia. Se debe precisar que ella no va a constar en un título de estado de familia, coma son las partidas del Registro del Estado Civil. Esto es así, por tratarse de un estado de familia de hecho.

La prueba de la existencia de la unión de hecho se constituye en una cuestión necesaria para reclamar los efectos legales reconocidos. Sobre este punto, se debe distinguir la oportunidad de su demostración en un proceso, según que se trate de los efectos entre los convivientes o frente a terceros. Así y respecto de los efectos personales que se reclamen entre los convivientes, como serían requerir alimentos o una indemnización en caso de terminar la unión de hecho por decisión unilateral de uno de ellos, la prueba de la existencia de la unión de hecho puede actuarse dentro del mismo proceso en que se ejerciten tales pretensiones; no requiriéndose su previo reconocimiento judicial. Esta apreciación se sustenta en la naturaleza de las pretensiones que se reclaman, las que exigen una pronta atención.

En cambio y 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. Este criterio también se sustente en la naturaleza de las

¹⁵⁰ PLACIDO A. Manual de Derecho de Familia. 2da. edición. Lima: Gaceta Jurídica Editores S.A.; 2002. Pág. 257.

pretensiones que se reclaman y por la seguridad jurídica necesaria para evitar perjuicios a terceros.

De otra parte, la prueba va estar dirigida a demostrar que un hombre y una mujer si estar casados entre sí, hacen vida de tales. En ello consiste la posesión constante del estado de convivientes. Claro está que, además, se deberá probar el cumplimiento de los demás elementos configurativos de la unión de hecho, que no media impedimento matrimonial y, para la aplicación de las normas del régimen de sociedad de gananciales, 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. Está última exigencia resulta excesiva si se considera la dificultad de contar con documentos escritos, en una relación familiar que se caracteriza por la oralidad o por la simple concurrencia de circunstancias de comportamiento que revelen su existencia; siendo, precisamente, la prueba testimonial que asume mayor relevancia en asuntos de derecho de familia.

E. PRINCIPIOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ¹⁵¹

Los principios relativos a la familia contenidos en la Constitución Política del Perú, son los siguientes:

a) El Principio de Protección de la Familia:

Sin contener una definición de la familia, pero señalando su concepción esencial y la base en que se apoya, en el artículo 4 de la Constitución Política de nuestro País se precisa que la Comunidad y el Estado protegen a la familia, reconociéndola como un instituto natural y fundamental de la

¹⁵¹ Ibídem. Págs. 24-25.

sociedad. De otra parte y toda vez que no se hace referencia expresa a determinada base de constitución, se evidencia que se protege a un solo tipo de familia, sin importar que sea de origen matrimonial o extramatrimonial. La familia es una sola, sin considerar su base de constitución legal o de hecho.

b) El Principio De Amparo De Las Uniones De Hecho:

Este principio sustenta de que la unión voluntaria realizada y mantenida por un varón y una mujer, sin impedimento matrimonial, produce determinados efectos personales y patrimoniales reconocidos en la ley y que son similares a los del matrimonio. La tesis de la apariencia al estado matrimonial, que sigue nuestro ordenamiento jurídico, se aprecia claramente cuando en el artículo 326 del Código Civil se señala que con la unión de hecho se persigue “alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio”.

- **Tesis de la Apariencia al Estado Matrimonial:**

El principio de amparo a las uniones de hecho, recogido inicialmente en el artículo 9 de la Constitución Política del Perú de 1979 y contemplado actualmente en el artículo 5 de la Constitución de 1993, sustenta la regla de que la unión voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, sin impedimento matrimonial, produce determinados efectos, personales y patrimoniales, reconocidos en la ley y que son similares a los del matrimonio. La tesis de la apariencia al estado matrimonial, que sigue nuestro ordenamiento jurídico, está admitida también en el artículo 326 del Código Civil cuando señala que con la unión de hecho se persigue “alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio”. Se comprueba, por tanto, que no hemos adoptado en el Perú la teoría de la equiparación al estado matrimonial, según la cual la unión de hecho produce los mismos efectos que el matrimonio.

La tesis de la apariencia al estado matrimonial no trata de amparar directamente a la unión de hecho, sino de elevarla a la categoría matrimonial cuando asume similares condiciones exteriores, esto es, cuando puede hablarse de un estado aparente de matrimonio, por su estabilidad y singularidad. Con ello, no se aprueba ni fomenta la unión de hecho; pero, tampoco, se cierran los ojos ante hechos sociales muy generalizados, que hay que procurar causen los menores daños posibles.

Surgiendo de la unión de hecho una familia, ésta merece la protección que confiere el ordenamiento jurídico a dicha institución, sin desconocer que el estado promueve el matrimonio como su base de constitución, pero dejando a los sujetos, por tener libertad, la decisión de optar por cualquiera de las uniones, legal o de hecho. Por tanto, se justifica que excepcionalmente se reconozca a la unión de hecho como productora de determinados y exclusivos efectos personales y patrimoniales.

- **El Estado Aparente de Familia Frente a Terceros¹⁵²:**

El estado de familia deriva del emplazamiento de un sujeto en una familia determinada. Los vínculos jurídicos familiares que unen a una persona con otra u otras, o bien por la ausencia de tales vínculos.

Se trata de un emplazamiento basado en la existencia del título de estado. Puede, sin embargo, existir el vínculo jurídico familiar biológico, que no ha sido elevado a categoría jurídica; es decir, no se ha constituido el título respectivo, por lo cual se carece del emplazamiento que resulta oponible. Para resolver esa situación y lograr la concordancia entre el vínculo biológico y el vínculo familiar, se dispone de las acciones de estado.

Pero a diferencia del estado de familia al que se ha aludido, es posible advertir la existencia de un estado aparente de familia; el caso en que la

¹⁵² BOSSERT G. Ob. Cit. Págs. 48-50.

posesión de un estado determinado de familia, que se da en los hechos, no descansa un vínculo biológico real, ni en la previa celebración del matrimonio. En este último supuesto se incluye el caso del concubinato.

La significación jurídica de la apariencia de estado matrimonial que el concubinato implica, es una manifestación específica de la trascendencia que se reconoce, en ciertas circunstancias y sobre determinados presupuestos, al derecho aparente.

Más allá de la validez de un acto, en razón de la presencia de los elementos que deben integrarlo, se encuentra un campo en el que los actos de los hombres pueden alcanzar validez jurídica, aun no habiendo reunido dichos elementos, en virtud de la apariencia que presentan, y que llevan a suponer, en términos de buena fe, que los elementos y requisitos indispensables al acto se hallaban reunidos. De ese modo se desarrolla la noción de derecho aparente.

Fueron los glosadores quienes formularon la máxima de que “el error común hace derecho” (error communis facit ius), afirmando que la habían hallado en el Digesto, Libro 1, Título 14, Ley 3. De ese modo, tras una larga evolución, se ha perfilado esta teoría de la apariencia, en virtud de la cual, cuando existe de buena fe la creencia en la existencia de un derecho o una situación jurídica, se reconocen efectos como si ese derecho existiera, o fuera cierta la situación jurídica aparente.

La apariencia implica un error que debe haber sido común. Desde luego, no cabe exigir que todo el mundo se hubiera engañado efectivamente, basta con que cada cual se hubiera podido engañar, siendo imposible o en todo caso muy difícil, no engañarse, dada la situación de hecho, tal como lo menciona el autor **Rosso** en su Reporte “Apuntes acerca de la apariencia Jurídica”, Revista Jurídica de San Isidro” N° 15.

De manera que aplicando estas nociones generales concernientes al derecho aparente al tema concreto, mientras sea notoria y estable, provoca una apariencia de estado matrimonial que implica en sí misma un valor jurídico¹⁵³, incidirá, en ciertos aspectos sobre los negociaciones de los concubinos con los terceros, acarreando efectos similares a los que provocaría la existencia de la situación jurídica del matrimonio, de la que sólo hay apariencia¹⁵⁴.

El Estado mediante el Principio de Promoción del Matrimonio a diferencia de lo dispuesto por la Constitución de 1979 que sentaba el principio de protección del matrimonio, por lo que se sostenía que la familia que se protegía era la de base matrimonial, la Constitución actual, ha precisado, en el segundo párrafo del artículo 4, que el principio es de *promoción* del matrimonio; lo cual confirma lo indicado respecto a que en el sistema constitucional la familia es una sola, sin considerar su origen legal o de hecho. Este principio importa el fomentar la celebración del matrimonio y el propiciar la conservación del vínculo si fuera celebrado con algún vicio susceptible de convalidación.

F. EL ESTADO CIVIL

En la normatividad jurídica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC podemos encontrarnos con que los posibles estados civiles de una persona individual son hasta cuatro. Cada uno de esos estados es representado en el Documento Nacional de Identidad – DNI con una letra. Así tenemos: Soltero (S), Casado (C), Viudo (V) y Divorciado (D).

¹⁵³ DIAZ DE GUIJARRO. El concubinato, como estado aparente de familia, ante las leyes de emergencia en materia de locación. Tomo III. Buenos Aires: Editorial Perrot; 1951. Pág. 165.

¹⁵⁴ D'ANTONIO D. La apariencia jurídica y los estados de familia. Tomo III. Santa Fe: Editores Rubinza – Culzoni; 1979. Pág. 681.

De conformidad con nuestra Constitución Política y nuestro código civil, la convivencia propia consiste en la unión de facto de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial a efectos de llevar a cabo fines similares a la unión conyugal. A ello se aúna el requisito de temporalidad de dos años.

Como ya se anticipó, en el DNI no figura si una persona es conviviente o no, dado que no se trata de un estado civil reconocido jurídicamente. No obstante, una convivencia de este tipo altera las situaciones jurídicas de sus componentes y, a su vez, establece una nueva relación jurídica entre ellos.

Estas nuevas situaciones y relación jurídica creadas pueden, eventualmente, llegar a poner en riesgo a un tercero con contrate de buena fe con uno solo de los convivientes, toda vez que tal relación jurídica genera -patrimonialmente hablando- una sociedad de bienes regida por la regulación de la sociedad de gananciales.

Y decimos que el tercero bien podría verse perjudicado, pues, si bien contrata fundado en un dato obrante en un documento público como lo es el DNI y amparado, además, por el principio de publicidad, no es menos cierto que dicho documento podría ser utilizado hasta malintencionadamente por uno de los convivientes que, innegablemente, figuraría como soltero en su tenor. Es decir, siendo conviviente contrataría como soltero, pues la ley no le reconoce otro estado civil, lo cual podría conllevar a ulteriores secuelas de injusticia para el tercero contratante. Por lo tanto urge la necesidad de introducir el estado civil de conviviente en nuestra normatividad legal, máxime si tal estatus goza de reconocimiento constitucional.

3.- ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

No se han ubicado tesis de investigación en las diferentes Universidades de la provincia de Arequipa, como asimismo tampoco en otras a nivel nacional e internacional, que se encuentren relacionados con el tema, pero si se ha

podido encontrar trabajos de investigación que son de importante ayuda para el desarrollo de la investigación respectiva, entre ellos tenemos:

- 1) CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE LA UNIÓN DE HECHO por Yuri Vega Mere, Artículo que tiene como objetivo principal analizar la situación jurídica de las uniones de hecho en el Perú, llegando a determinar que dicha situación si bien es cierto ha conseguido protección jurídica con los años aún falta camino por recorrer.
- 2) DERECHOS Y PAREJAS DE HECHO por Abolafio Moreno Estrella y Rubio Gutiérrez, Artículo que detalla la evolución de los derechos de las parejas de hecho a través de los años y su protección jurídica, concluyendo en que los derechos de dichas parejas se vienen vulnerando constantemente.
- 3) LOS DERECHOS DE LAS UNIONES DE HECHO, EXIGENCIAS SUBJETIVAS Y SU PROBLEMÁTICA ACTUAL por Luisa Valles Amores, Artículo que tiene por finalidad examinar la problemática actual que viene enfrentando las uniones de hecho y las exigencias que como institución jurídica requiere dentro de nuestro ordenamiento jurídico, proponiendo dicho trabajo se la reconozca como tal

4.- OBJETIVOS

- Identificar cuáles son los problemas jurídicos que presenta el estado civil de las personas por la inscripción de uniones de hecho en el registro de personas naturales.
- Analizar cuáles son los criterios jurídicos que no permiten modificar el estado civil de las personas por uniones de hecho en el registro de personas naturales.

- Explicar cuáles son los aspectos jurídicos que originan perjuicios al estado civil de las personas por uniones de hecho en el registro de personas naturales.
- Precisar cuáles son los requisitos jurídicos que establece la norma para acceder a la inscripción de las uniones de hecho en el registro de persona naturales.

5.- HIPÓTESIS

Dado que en el Perú existe una gran cantidad de parejas que son reconocidas como conformantes de uniones de hecho, reconociéndoles no solo derechos y deberes patrimoniales, por vía notarial y judicial, lo cual les ha permitido inscribirse en el registro de personas naturales para garantizar su estabilidad jurídica y social.

Por lo que es probable que existan problemas jurídicos en el estado civil de las personas por la inscripción de uniones de hecho en el registro de personas naturales, como la falta de un nomen al estado civil de los convivientes, falta de otros estados civiles de los ex convivientes y falta de relaciones parentales entre convivientes, por ello urge la necesidad de introducir dichas ausencias en nuestra normatividad, para garantizar su reconocimiento constitucional.

II.- PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

1. Técnicas, Instrumentos y materiales de verificación

Se emplearán las siguientes técnicas e instrumentos:

CUADRO DE COHERENCIAS

Variables	Indicadores	Técnicas	Instrumentos
Variable dependiente: Problemas jurídicos en el estado civil de las personas	- Situación jurídica del estado civil de las personas - Importancia del estado civil de la personas - Problemas jurídicos del estado civil de las personas - Protección del estado civil de las personas - Tratamiento jurídico del estado civil de las personas	- Observación documental - Observación directa - Encuesta	- Ficha documental - Ficha bibliográfica - Cédula de Preguntas

Variable independiente: La inscripción de las uniones de hecho	• Situación jurídica de la inscripción de las uniones de hecho • Derechos de la inscripción de las uniones de hecho • Problemas jurídicos de la inscripción de las uniones de hecho • Alcances de la inscripción de las uniones de hecho • Tratamiento jurídico de la inscripción de las uniones de hecho	• Observación documental • Observación directa • Encuesta	• Ficha documental • Ficha bibliográfica • Cédula de Preguntas
--	---	---	--

2. Prototipo de instrumentos

a. Ficha bibliográfica

NOMBRE DE AUTOR:

TÍTULO DEL LIBRO:

EDITORIAL, LUGAR Y AÑO:

NOMBRE DE LA BIBLIOTECA:

Código:

b. Ficha documental

NOMBRE DE AUTOR:

INDICADOR:

TÍTULO:

IDENTIFICACIÓN DEL DOCUMENTO:

FECHA:

COMENTARIO o CITA:

LOCALIZACIÓN:

c. Cedula de preguntas

Responda a las siguientes preguntas en forma breve:

Ministerio Público () Poder Judicial ()

Notarios () **Abogados** ()

1.- ¿Considera Usted que las uniones de hecho se encuentran protegidas por nuestro ordenamiento jurídico normativo?

Si () No ()

¿Por qué?

2.- ¿Considera Usted que la inscripción de las uniones de hechos en el registro de personas naturales presentan problemas?

Si () No ()

¿Por qué?

3.- ¿Considera Usted que la inscripción de las uniones de hechos en el registro de personas naturales consolida un estado civil?

Si () No ()

¿Por qué?

4.- ¿Considera Usted que la inscripción de las uniones de hechos en el registro de personas naturales representan beneficios?

Si () No ()

¿Por qué? _____

5.- ¿Considera Usted que es posible regular como estado civil a las uniones de hechos en nuestro ordenamiento jurídico?

Si () No ()

¿Por qué? _____

3. Campo de verificación

3.1. Ubicación Espacial

Magistrados del Poder Judicial, Notarios y Abogados especialistas en derecho de familia, quienes opinaran sobre los problemas jurídicos en el estado civil de las personas por la inscripción de uniones de hecho en el registro de personas naturales.

3.2. Ubicación Temporal

El horizonte temporal del estudio se desarrollara entre los meses de enero a diciembre del 2016.

3.3. Unidades de estudio

Para la investigación documental las unidades de estudio se encuentran constituidas por los dispositivos legales en materia constitucional y civil que contemplan el estado civil y las uniones de hecho como son

- La Constitución Política,
- El Código Civil,
- El Código Procesal Civil
- Doctrina en general.

Para la investigación de campo, consideramos como unidades de estudio los Magistrados del Poder Judicial, Notarios y Abogados especialistas en derecho de familia, quienes opinaran sobre los problemas jurídicos en el estado civil de las personas por la inscripción de uniones de hecho en el registro de personas naturales, durante los meses de enero a diciembre del año 2016, que suman un total de 200 personas y en vista que el universo no

es muy numeroso, se tomará todo el universo en su conjunto, los cuales se encuentran distribuidos de la siguiente manera:

UNIDADES DE ESTUDIO	MUESTREO
Magistrados del Ministerio Público	40
Magistrados del Poder Judicial	40
Notarios	20
Abogados litigantes	100
TOTAL	200

Las 220 personas serán seleccionadas de la siguiente manera:

- Entre las edades de 25 a 50 años
- Del sexo masculino y femenino indistintamente
- Con trabajo eventual o permanente
- En ejercicio de la profesión

4. Estrategias de recolección de datos

La información que se requiere para la presente investigación será recogida, por la propia investigadora y el apoyo de un colaborador estudiante del último año del programa de Derecho, en cuanto a lo parte documental y material de la investigación se tomará información de las bibliotecas de la Universidad Católica de Santa María, de la Universidad Nacional de San Agustín, del Colegio de Abogados de Arequipa y otras bibliotecas especializadas así como la que se obtenga vía INTERNET.

La información de campo de los Magistrados del Poder Judicial, Notarios y Abogados especialistas en derecho de familia, empleándose para tal efecto las fichas bibliográficas y documentales, libreta de apuntes y como instrumento de campo la encuesta realizada a dichas personas donde se consignarán los datos.

5. Recursos

A) RECURSOS HUMANOS

DENOMINACIÓN	N.-	COSTO DIARIO	DIAS	COSTO TOTAL
Dirección de Proyecto	1	20.00	150	3,750
Colaboradores	3	30.00	90	2,700
Digitador y diagramador	1	10.00	07	70
TOTALES	5	60.00	247	6,520

B) RECURSOS MATERIALES Y BIENES Y SERVICIO

DENOMINACIÓN	CANTIDAD	COSTO TOTAL
Papel Bond	2000	45.00
Papel Periódico	100	15.00
Fichas Bibliográficas y Doc.	1200	120.00
Cartucho tinta de Impresión	02	90.00
Copias Fotostáticas	300	30.00
Anillado	05	30.00
Uso de Computadora	01	100.00
Movilidad	--	250.00
TOTAL		680.00

C) COSTO TOTAL DE PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

DENOMINACIÓN	COSTO TOTAL
Recursos Humanos	6,520.00
Recursos Materiales, Bienes y Servicios	680.00
COSTO TOTAL GENERAL	7200.00

6. CRONOGRAMA DE TRABAJO

AÑO 2016

ACTIVIDADES	Ene/Feb	Mar/Abr	May/Jun	Jul/Ago	Set/Oct	Nov/Dic
Preparación del Proyecto	XXXXX					
Aprobación del Proyecto		XXXXX				
Recolección de datos		XXXXX	XXXXX	XXXXX		
Estructura de resultados				XXXXX	XXXXX	
Conclusión sugerencias					XXXXX	
Preparación del Informe					XXXX	XXXXX
Informe Final						XXXXX

