

Universidad Católica de Santa María
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Escuela Profesional de Derecho



**“ESTAMOS VIVIENDO JUNTOS ¿AHORA QUIEN PROTEGE MIS BIENES?:
NECESIDAD DE REGULAR LEGALMENTE EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DE
SEPARACIÓN DE BIENES EN LAS UNIONES DE HECHO EN EL PERÚ”. 2019.**

Tesis presentada por la
Bachiller:

Ríos Arenas, Allison Cristell

Para optar el Título Profesional
de Abogada

Asesora:

**Dra. Amado Mendoza, Ana
María.**

**Arequipa – Perú
2020**

DICTAMEN

DE: Dra. Ana María Amado Mendoza
Docente de la Escuela de Postgrado de la UCSM
PARA: Dr. Gabriel Torreblanca Lazo
Director de la Escuela de Postgrado de la UCSM
ASUNTO: Dictamen de Borrador de Tesis
Bachiller: Ríos Arenas, Allison

Recibido el Borrador de Tesis de la investigación titulada: ESTAMOS VIVIENDO JUNTOS: ¿AHORA QUIEN PROTEGE MIS BIENES?: NECESIDAD DE REGULAR LEGALMENTE EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DE SEPARACIÓN DE BIENES EN LAS UNIONES DE HECHO EN EL PERÚ, 2019, se informa lo siguiente sobre el trabajo de asesoría de la tesis:

- Se realizaron observaciones acerca del fondo del asunto hasta en 3 oportunidades, considerando que la interesada, no había cumplido con profundizar los argumentos de relevancia para la investigación, los mismos que se encuentran en el tercer capítulo;
- Se revisó la redacción de conclusiones en cuanto tengan las evidencias que las puedan sustentar y cumplan con los objetivos trazados en el Proyecto de investigación;
- Se verificó las fuentes de consulta, en cuanto sean las más importantes en cuanto a la materia de investigación;
- Si bien es cierto se han levantado las observaciones, todo trabajo de investigación deja espacio para nuevos aportes

Por estas consideraciones, el borrador puede ser evaluado por la comisión académica que se designe para tal fin, salvo opinión en contrario.

Arequipa, 10 de diciembre del 2019



Ana María Amado Mendoza
Docente Dictaminadora
aamado@ucsm.edu.pe

DICTAMEN DE COMISIÓN EVALUADORA DE TESIS

DE: Dra. Mary Luz Catacora Molina
Docente de la Facultad de Derecho de la UCSM

Para: Dr. Gabriel Torreblanca Lazo
Director de la Escuela de Postgrado de la UCSM

ASUNTO: Dictamen de Borrador de Tesis
Bachiller: Ríos Arenas, Allison Cristell

En referencia al Oficio N° 019- FCJYP/CD/T- 2019 en la que se me ha sido designada para integrar junto al Dr. Patricio Fajardo Passano la COMISIÓN EVALUADORA DE TESIS titulada: “ESTAMOS VIVIENDO JUNTOS ¿AHORA QUIEN PROTEGE MIS BIENES?: NECESIDAD DE REGULAR LEGALMENTE EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DE SEPARACIÓN DE BIENES EN LAS UNIONES DE HECHO EN EL PERÚ, 2019. “ Informo lo siguiente sobre el trabajo de evaluación como Comisión Evaluadora de tesis.

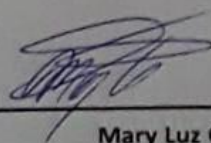
- Da respuesta afirmativa a la hipótesis planeada.
- Respecto a los objetivos de la Tesis de Investigación presentada, estos han sido cumplidos.
- El desarrollo de la investigación guarda coherencia con el proyecto de investigación
- Tiene profundidad académica y las conclusiones corresponden con el fondo de la investigación así como las interrogantes formuladas.
- La sugerencia o aporte jurídico es innovador y pertinente.

En consecuencia considero que el borrador de Tesis tiene mérito suficiente para la sustentación oral.

Sea propicia la oportunidad para expresarle mis sentimientos de aprecio, sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,

Arequipa, 03 de enero de 2020



Mary Luz Catacora Molina

Docente de la Facultad de Derecho de la UCSM

DICTAMEN DE BORRADOR DE TESIS

Arequipa, 03 de Enero de 2020

Señor Doctor

GABRIEL TORREBLANCA LAZO

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María

Presente.-

REFERENCIA: Oficio N° 019-Coor. PP-FCJYP-2019

De mi consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a Usted, para poner a su conocimiento el Dictamen del Borrador de Tesis elaborado por la señorita Bachiller en Derecho ALLISON CRISTELL RIOS ARENAS, cuyo enunciado es: “**¿AHORA QUIEN PROTEGE MIS BIENES? NECESIDAD DE REGULAR LEGALMENTE EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DE SEPARACIÓN DE BIENES EN LAS UNIONES DE HECHO EN EL PERÚ-2019**”.

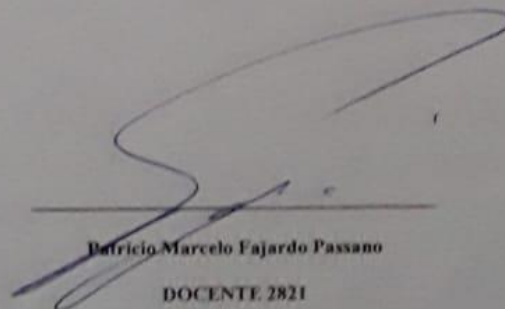
En cumplimiento del Inc. i), Art. 12, Título III, Capítulo III del Reglamento de Grados y Títulos de la Escuela Profesional, cumplo con informar lo siguiente:

- 1) El desarrollo de la investigación guarda coherencia con el Proyecto de Investigación.
- 2) Da respuesta afirmativa a la hipótesis planteada.
- 3) Cumple con los objetivos formulados.
- 4) Tiene profundidad académica y las conclusiones corresponden con el fondo de la investigación así como las interrogantes formuladas.
- 5) La sugerencia o aporte jurídico es innovador y pertinente.

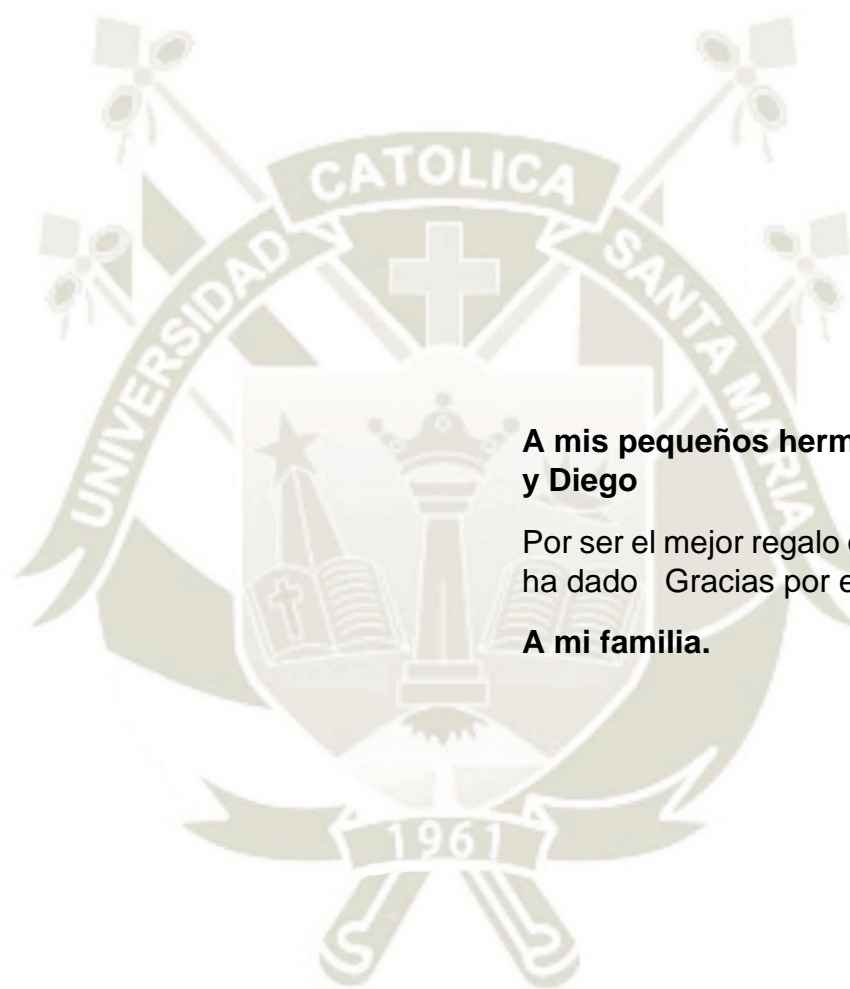
En consecuencia, considero que el Borrador de Tesis sometido a evaluación, tiene mérito suficiente para ser sustentado.

Sea propicia la oportunidad para expresarle mis sentimientos de aprecio, sin otro particular, quedo de Usted.

Atentamente,



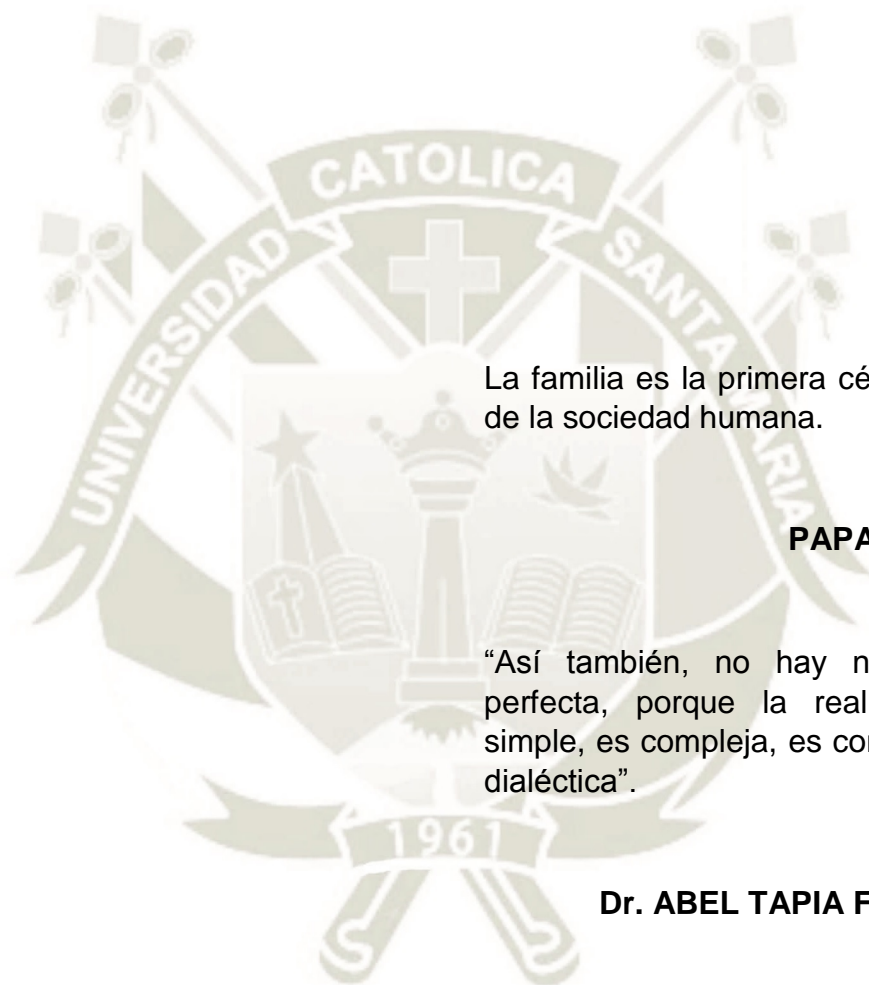
Patricio Marcelo Fajardo Passano
DOCENTE 2821



**A mis pequeños hermanos Angely
y Diego**

Por ser el mejor regalo que la vida me
ha dado Gracias por existir.

A mi familia.

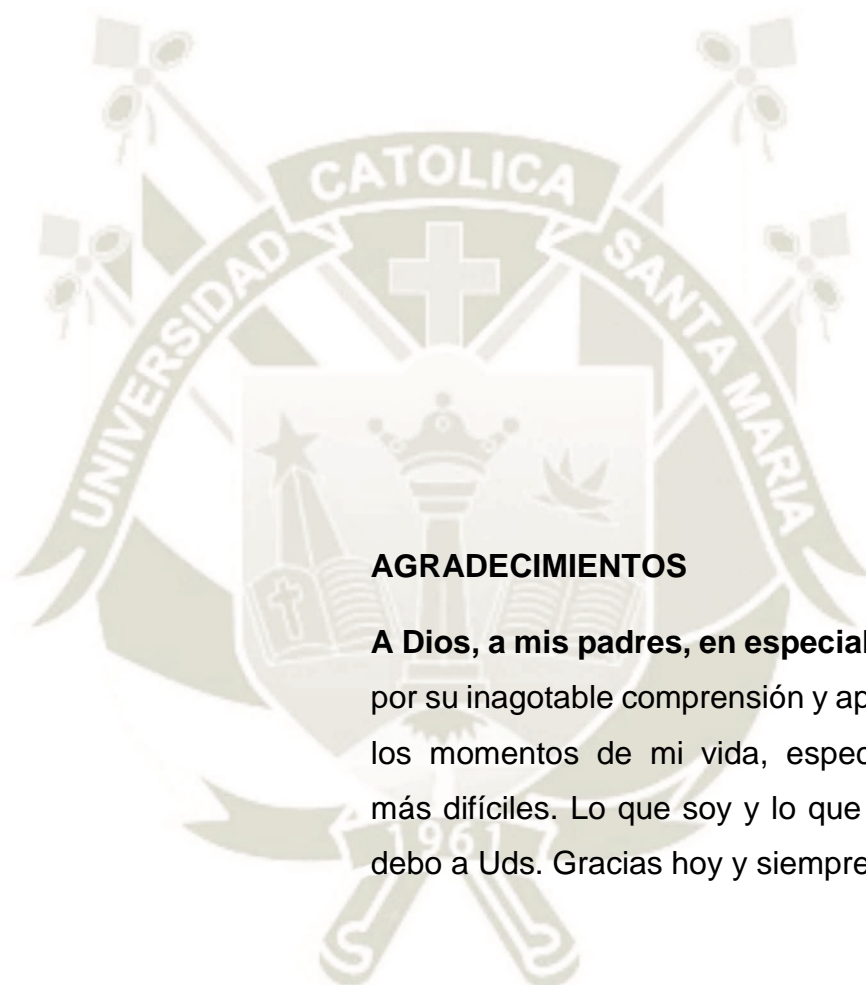


La familia es la primera célula esencial de la sociedad humana.

PAPA JUAN XXIII

“Así también, no hay ni habrá ley perfecta, porque la realidad no es simple, es compleja, es contradictoria y dialéctica”.

Dr. ABEL TAPIA FERNÁNDEZ



AGRADECIMIENTOS

A Dios, a mis padres, en especial a mi mamá, por su inagotable comprensión y apoyo en todos los momentos de mi vida, especialmente los más difíciles. Lo que soy y lo que tengo se los debo a Uds. Gracias hoy y siempre.

RESUMEN

En el presente trabajo se busca efectuar un primer acercamiento a la institución familiar de la unión de hecho, la cual no es un tema impalpable u utópico, sino que es un tema del día a día en los juzgados, en lo vivencial, en lo cotidiano, en el actuar diario incluso de muchos jóvenes y adultos.

Asimismo, nuestra investigación pretende responder a la siguiente interrogante ¿Es viable permitir a los integrantes de las uniones de hecho optar por el régimen de separación de patrimonios? Para tal efecto, nuestra investigación analiza detalladamente las ventajas, desventajas de cada uno de los regímenes patrimoniales, con la finalidad de buscar la razón por la cual el legislador ha optado por imponer tal limitación a los integrantes de las uniones de hecho. Asimismo, recurriremos al análisis del derecho comparado, para analizar nuestra interrogante.

Para ello, la presente tesis se encuentra estructurada en tres capítulos los cuales buscan en un primer momento brindar una aproximación teórica a los conceptos de familia, tipos de familias, convivencia, regímenes patrimoniales, discriminación, para a partir de ello, poder estar en aptitud de indicar si es viable o no la dualidad patrimonial en las uniones de hecho, lo cual nos conllevará a precisar si es necesaria o no una modificatoria legislativa, proponer una modificación normativa tomando en cuenta las conclusiones recogidas a lo largo del desarrollo de la presente investigación.

Palabras Clave: Unión de Hecho, régimen patrimonial.

ABSTRACT

The present thesis to make a first approach to the family institution of the de facto union, which is not an impalpable or utopian issue, but is a day-to-day issue in the courts, in the experiential, in the everyday , in the daily act of even many young people and adults.

Likewise, our research aims to answer the following question: Is it feasible to allow the members of the unions in fact to opt for the regime of separation of assets? For this purpose, our research analyzes in detail the advantages, disadvantages of each of the property regimes, in order to find the reason why the legislator has chosen to impose such limitation on the members of the de facto unions. Likewise, we will resort to the analysis of comparative law, to analyze our question.

For this, the present thesis is structured in three chapters which initially seek to provide a theoretical approach to the concepts of family, types of families, living together, property regimes, discrimination, to be able to be in that capacity to indicate whether or not the duality of equity is feasible in de facto unions, which will lead us to specify whether a legislative amendment is necessary or not, to propose a regulatory modification taking into account the conclusions gathered throughout the development of the present investigation .

Keywords: Fact Union, patrimonial regime.

INTRODUCCIÓN

El concepto tradicional de la familia basada en el matrimonio, ha sufrido una serie de transformaciones en las últimas décadas, ello a razón de muchos factores entre algunos, la política, el cambio de los paradigmas y estereotipos familiares, el empoderamiento de la mujer y su nuevo rol en el trabajo, la disminución de parejas que optan por contraer nupcias, etc. Tal situación ha hecho que la concepción tradicional de familia se vea desplazada y hoy se hable de un concepto amplio de “familias”, el cual comprende a un cumulo de tipologías familiares existentes de nuestra sociedad.

Uno de los tipos familiares que abarca el concepto amplio de familias, son las uniones de hecho. Institución que ha sufrido un lento y progresivo reconocimiento por parte de nuestro ordenamiento jurídico, y por primera vez en la Constitución Política de 1979 fue reconocida, no obstante, se les reconoció únicamente derechos patrimoniales disponiéndose que en cuanto sea aplicable se rige únicamente por el régimen de comunidad de bienes. Por su parte, la Constitución de 1993 hizo lo propio, sin embargo, de lo regulado en relación a la familia se desprende un cambio novedoso, pues a partir de esta Carta Magna, se entiende que la familia derivada del matrimonio, no es la única que merece protección y que existen otras que merecen igual trato. Así pues, se colige que las uniones de hecho son una forma más de fundar una familia, por ende, se encontrarían en un mismo nivel de protección que la familia matrimonial.

Sin embargo, si bien la Constitución actual de 1993, hizo este gran cambio en relación a la concepción de la familia, el artículo referente a las uniones de hecho, no sufrió cambio algún cambio sustancial, en tal sentido en cuanto al régimen patrimonial aplicable señala que únicamente da lugar a una comunidad de bienes.

Precisamente esta disposición constitucional, es la que pretendemos analizar mediante el presente trabajo de investigación, pues creemos que a todas luces es inconstitucional pues contraviene como intentaremos probar con nuestra tesis

una serie de derechos fundamentales; y no hay razón objetiva para que no se permite a los integrantes de las uniones de hecho optar por un régimen patrimonial diferente a la comunidad de bienes. Así pues, bajo tal planteamiento estarían siendo víctimas de un trato discriminatorio, impidiendo además su ejercicio pleno del derecho a la libertad personal.

En ese sentido, nuestra investigación pretende responder a la siguiente interrogante ¿Es viable permitir a los integrantes de las uniones de hecho optar por el régimen de separación de patrimonios? Para tal efecto, nuestra investigación analizara detalladamente las ventajas, desventajas de cada uno de los regímenes patrimoniales, con la finalidad de buscar la razón por la cual el legislador ha optado por imponer tal limitación a los integrantes de las uniones de hecho. Asimismo, recurriremos al análisis del derecho comparado, para analizar nuestra interrogante.

En conclusión, podemos señalar que luego de llevar a cabo la presente investigación estaremos en aptitud de indicar si es viable o no la dualidad patrimonial en las uniones de hecho, lo cual nos conllevará a precisar si es necesaria o no una modificatoria legislativa.

CONTENIDO

RESUMEN	8
ABSTRACT	9
INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO I	15
PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA	15
1. ¿FAMILIA O FAMILIAS?.....	15
2. EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS FAMILIAS EN EL PERÚ.....	18
2.1. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA MATRIMONIAL.....	18
2.2. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS UNIONES DE HECHO.....	24
3. PROTECCIÓN DE LA FAMILIA EN EL CÓDIGO CIVIL.....	27
3.1. PROTECCIÓN DE LA FAMILIA MATRIMONIAL EN EL CÓDIGO CIVIL.....	28
3.2. PROTECCIÓN DE LA FAMILIA DERIVADA DE LA UNIÓN DE HECHO EN EL CÓDIGO CIVIL.....	28
4. ¿FAMILIA MATRIMONIAL Y UNIONES DE HECHO MERECE IGUAL PROTECCIÓN?.....	30
4.1. ARGUMENTO DE CONSTITUCIONALIDAD.....	31
4.2. ARGUMENTO DE DISCRIMINACIÓN.....	34
4.3. ARGUMENTO SUBJETIVO Y EJERCICIO INDIVIDUAL DE LA LIBERTAD.....	35
5. IMPORTANCIA EN LA ACTUALIDAD DE LA FAMILIA MATRIMONIAL Y LA FAMILIA QUE SE ORIGINA DE LAS UNIONES DE HECHO.....	37
6. PRINCIPIOS QUE PROTEGEN LA FAMILIA TRADICIONAL Y LAS UNIONES DE HECHO.....	39
6.1. PRINCIPIO DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA.....	39
6.2. PRINCIPIO DE PROMOCIÓN DEL MATRIMONIO.....	40
6.3. PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA UNIÓN ESTABLE.....	41
6.4. PRINCIPIO DE IGUALDAD.....	41
CAPÍTULO II	44
UNIONES DE HECHO	44
1. ANTECEDENTES Y GENERALIDADES.....	44
2. TRATAMIENTO NORMATIVO DE LAS UNIONES DE HECHO.....	46
3. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.....	49
4. NATURALEZA JURÍDICA.....	53
4.1. TEORÍA CONTRACTUALISTA.....	53
4.2. TEORÍA DEL ACTO JURÍDICO FAMILIAR.....	53

4.3.	TEORÍA INSTITUCIONALISTA.....	54
5.	SISTEMAS DE UNIONES DE HECHO	54
5.1.	TESIS SANCIONADORA.....	54
5.2.	TESIS REGULADORA.....	55
5.3.	TESIS ABSTENCIONISTA.....	55
5.4.	TESIS MODERADA.....	55
6.	TIPOS DE UNIONES DE HECHO.....	56
6.1.	UNIÓN DE HECHO IMPROPIA.....	57
6.2.	UNIÓN DE HECHO PROPIA	58
6.2.1.	CARACTERÍSTICAS DE LA UNIÓN DE HECHO PROPIA.....	58
7.	PRESUPUESTOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LAS UNIONES DE HECHO	60
8.	CONTEXTUALIZACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO EN EL PERÚ	64
9.	FORMAS DE RECONOCIMIENTO DE LAS UNIONES DE HECHO.....	66
9.1.	RECONOCIMIENTO DE LA UNIÓN DE HECHO A TRAVES DE UN PROCESO NOTARIAL	67
9.2.	RECONOCIMIENTO DE LAS UNIONES DE HECHO EN SEDE JUDICIAL	
	69	
10.	¿QUÉ DERECHOS HAN SIDO RECONOCIDOS A LOS INTEGRANTES DE LAS UNIONES DE HECHO?.....	71
10.1.	DERECHO A LOS ALIMENTOS.....	71
10.2.	FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.....	71
10.3.	PENSIÓN DE VIUDEZ	72
10.4.	DERECHOS SUCESORIOS.....	73
10.5.	ADOPCIÓN	74
10.6.	EN EL AMBITO DE LA CONTRATACIÓN.....	75
10.7.	EN EL ÁREA DEL DERECHO LABORAL.....	76
10.8.	EN EL SISTEMA SOCIAL DE SALUD.....	76
10.9.	EN EL ÁREA DEL REGIMEN PENSIONARIO	77
10.10.	CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN EL CAMPO DEL DERECHO PENAL	
	77	
10.11.	RÉGIMEN PATRIMONIAL	78
11.	LAS UNIONES DE HECHO EN EL DERECHO COMPARADO	78
11.1.	ARGENTINA	78
11.2.	COLOMBIA	79
11.3.	CHILE.....	81
11.4.	HONDURAS.....	82

11.5.	NICARAGUA	82
11.6.	PANAMA	83
11.7.	BRASIL	83
11.8.	ECUADOR.....	84
CAPÍTULO III.....		86
REGIMEN PATRIMONIAL DE LA UNIÓN DE HECHO		86
1.	GENERALIDADES	86
2.	CLASIFICACIÓN DE LOS REGIMENES PATRIMONIALES	88
3.	PROBLEMAS DE LA SOCIEDAD DE GANACIALES	91
4.	TRATAMIENTO DE LOS REGIMENES PATRIMONIALES EN LA LEGISLACIÓN PERUANA.....	92
4.1.	CARÁCTERÍSTICAS DE LA DUALIDAD DEL REGIMEN PATRIMONIAL 92	
4.2.	CARACTERISTICAS DE LA FORMACIÓN DEL PATRIMONIO	97
4.3.	ELEMENTOS DE LOS RÉGIMENES PATRIMONIALES	98
5.	TRATAMIENTO DEL REGIMEN PATRIMONIAL DE LAS UNIONES DE HECHO EN EL PERÚ	100
5.1.	TRATAMIENTO DEL REGIMEN PATRIMONIAL EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1936	102
5.2.	TRATAMIENTO DEL REGIMEN DEL MATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984.....	103
6.	REGIMEN DE SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS	107
7.	VENTAJAS DEL REGIMEN DE PATRIMONIOS	108
8.	REGULACION DE SEPARACION DE PATRIMONIOS EN EL PERÚ	113
9.	¿ES INCONSTITUCIONAL EL ARTÍCULO 5° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993?	114
10.	DERECHOS VULNERADOS AL NO PERMITIRSELES EL REGIMEN DE SEPARACION DE PATRIMONIOS EN LAS UNIONES DE HECHO	115
11.	¿RAZONES POR LAS CUALES NO PERMITIR A LOS CONVIVIENTES OPTAR POR UN RÉGIMEN DIFERENTE A LA SOCIEDAD DE BIENES VULNERA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONA?	120
12.	RECONOCIMIENTO DE LA DUALIDAD PATRIMONIAL DE LAS UNIONES DE HECHO EN EL DERECHO COMPARADO	125
12.1.	ECUADOR.....	125
12.2.	ARGENTINA	127
PROPUESTA.....		132
BIBLIOGRAFÍA.....		134
ANEXOS.....		140

CAPÍTULO I

PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA

Esta sección de nuestra investigación analizará el contenido conceptual de “familia” y su protección en nuestro sistema jurídico, con la finalidad de advertir su importancia y tipología; en especial nos interesa explicar la trascendencia social y jurídica de la familia matrimonial y aquellas que se derivan de la convivencia en sentido estricto. Lo cual nos permitirá explicar el alcance protectivo constitucional y legal bajo la cual se encuentran protegidas en nuestro ordenamiento jurídico.

1. ¿FAMILIA O FAMILIAS?

La unión familiar es una institución antigua, presente en todas las sociedades sin excepción desde sus orígenes. Así pues, estamos frente una institución tradicional que históricamente ha estado ligada al “pater familia”; llegando a ser el tipo de conformación familiar con protección absoluta: la familia matrimonial, que prevaleció por mucho tiempo e integrada por: padre, madre e hijos; la misma que adopto su mayor pico de consolidación en el centenio pasado (Valpuesta, 2006); opacando a otros tipos de formaciones familiares que coexistían de forma paralela en las distintas sociedades, tal es el caso de las uniones de hecho.

Siendo ello así, tradicionalmente se identificaba y relacionaba a la familia con el matrimonio, reinando como se dijo la *familia matrimonial*. Para argumentar lo señalado, por ejemplo, Lafosse (1996) delimitaba a la familia como:

“Un grupo de personas unidas por lazos del matrimonio, la sangre o la adopción; constituyendo una sola unidad doméstica; interactuando y comunicándose entre ellas en sus funciones

sociales respectivas de marido y mujer, madre y padre, hijo e hija y hermana, creando y manteniendo una cultura común”. (p.7)

Del mismo modo afirmaba el jurista Díaz de Guijarro (1953): “es una institución social, permanente y natural ligada por vínculos jurídicos que emergen de un vínculo intersexual y filiatorio.” Bajo la misma línea de ideas Gómez (2014) señalaba que “la familia está integrada por sujetos vinculados por lazos de sangre o consanguíneos.”

Considerando las definiciones expuestas, el concepto tradicional estuvo ligado necesariamente a una dimensión sexual y filiatoria, centrándose su protección en la *familia nuclear* que tenía como fuente al matrimonio, la misma que respondía tal como afirma Liñan (2015) al “(...) entramado de valores jurídicos – cristianos articulado jurídicamente por el derecho canónico, especialmente desde los siglos XII al XVI” (p.04). Dejándose sin protección a las familias convivenciales – uniones estables en sentido estricto; y a las uniones compuestas por sujetos del mismo sexo: denominadas uniones de hecho homosexuales.

Sin embargo, con devenir del tiempo y debido a los cambios sociales, el concepto tradicional que se tenía de la familia sufrió de forma lenta y progresiva sendos cambios. Lo cual ha llevado a afirmar a diversos doctrinarios y tratadistas, que la familia tradicional se ha venido desdibujando o debilitando, dando paso a la juridificación de otros tipos de uniones familiares.

Este nuevo proceso de juridificación de otros tipos de uniones familiares, conlleva a hacerse énfasis en el elemento “convivencia”, generándose que el concepto tradicional tenga una mejoría. Se abre paso de esta manera a un nuevo paradigma: la familia está conformada por personas que se van asociando cada vez de manera más espontánea (lo cual abre

la puerta a los convivientes), y que posteriormente conviven generando lazos, obligaciones y derechos entre sí, todo con el propósito de satisfacer las necesidades de sus integrantes.

De esta forma, la prevalencia del matrimonio como única forma familiar, llegó a ser desplazada no solo en el contexto social, además en el avance del desarrollo del concepto de *familia jurídica*, cambio que se ve reflejado en la protección jurídica programática que se les viene otorgando a otros tipos familiares debido a un fenómeno social que cada vez más va en aumento: las *uniones de hecho*.

Debido a este fenómeno social – que ha afectado la familia tradicional – hoy se prefiere utilizar el término *familias*, puesto que los ordenamientos jurídicos contemporáneos contemplan sendas formas de constitución familiar. No obstante, ello no quiere decir que el tipo familiar matrimonial se haya debilitado – hasta tal punto de encontrarse en igualdad de condiciones frente a otras uniones familiares – todo lo contrario si bien la institución del matrimonio se ha debilitado, hoy en día aún es considerado como la institución modelo para ser utilizada cuando se equipara derechos y obligaciones respecto a otras formas de uniones familiares; técnica (equiparamiento) que ha utilizado el legislador peruano para tratar las relaciones que producen las uniones de hecho estables.

La comunidad internacional, respecto a los instrumentos internacionales se ha pronunciado también respecto a la familia. La Declaración Universal de 1948 en su artículo 16° sostiene que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. De otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 10° expresa que “se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles,

especialmente para su constitución (...). Por su parte, el artículo 5° de la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 5° señala: “Las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

2. EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS FAMILIAS EN EL PERÚ

Su protección ha sufrido cambios en nuestra historia constitucional, el paso de la concepción tradicional de familia a una concepción moderna y amplia no ha sido la excepción en el Perú. Así pues, de ser la familia matrimonial el tipo familiar reinante en nuestro ordenamiento jurídico se fue abriendo paso a otros tipos de formas familiares, tal como las uniones de hecho. Lo cual denota un lento, pero significativo avance que debe ser implementado y cada vez ajustado de acuerdo al contexto y cambios de nuestra sociedad.

2.1. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA MATRIMONIAL

La protección de familia tradicional en nuestra historia constitucional, ha sufrido grandes cambios con las dos últimas constituciones que han tenido lugar en nuestra historia constitucional:

I) CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1979

Para entender la noción de familia que recogió esta Constitución Política, es necesario comprender el contexto e idiosincrasia social que se vivía y tenía en dicha época. Esta Carta Magna se dio de

forma precipitada pues tuvo como objetivo pasar de un sistema autoritario a uno democrático. Es decir, tuvo por finalidad cerrar una etapa oscura en nuestra historia para dar luz al retorno de la democracia. Hay quienes sostienen que esta Constitución fortaleció los principios de inclusión social y derechos humanos propios de un sistema democrático. Incluso se sostiene que es la Constitución más importante de nuestra historia constitucional.

En relación al ámbito familiar, en esta época se miraba de forma peyorativa a las uniones de hecho, incluso se tildaba a sus integrantes de “concubinos”, término que como se verá más adelante hace referencia a las uniones de hecho impropias en la cual uno o ambos de los integrantes tienen impedimentos para contraer nupcias; que no guardaba para nada identificación con las uniones de hecho propias que son objeto de nuestra investigación.

La protección de la familia en esta Carta Magna, *centró su protección en el matrimonio*, lo cual se desprende del artículo 5°: “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 (...)”.

Por ende, bajo la concepción de esta Constitución se concebía que familia – matrimonio son instituciones idénticas, tesis que además es sostenida por: Sánchez Agesta, Lacruz Berdejo, Luna Serrado, García Cantero entre otros (citados por Vilcachagua, 2018, p. 06). En conclusión, al amparo de esta Carta Magna, la familia matrimonial gozaba de un alto grado de protección por no decir un grado absoluto de protección. Lo cual evidencia la concepción restringida que se tenía de la familia.

Lo señalado, incluso se desprende de la redacción del artículo 5°, que enfatiza la protección del matrimonio; y luego recién se entiende a la familia como un efecto consecuente de aquel.

El Tribunal Constitucional (en adelante TC) ha indicado que:

“(…) cuando el precepto fundamental establece la protección a la familia y promoción del matrimonio”, está reconociéndose a ambas instituciones como institutos naturales y fundamentales de la sociedad con un rango de protección especial, siendo más que derechos fundamentales dos institutos jurídicos consagrados y garantizados constitucionalmente”.

Incluso el TC señaló que, sobre la formación familiar matrimonial, no cabe injerencia estatal alguna, porque:

Cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad”. Agregando también que, con el ejercicio del matrimonio como institución constitucionalmente garantizada, garantiza también uno de los institutos naturales y fundamentales de la sociedad: la familia.

En síntesis, está claro que cada Constitución según el contexto político y social de la época maneja una acepción concreta respecto a cada institución; lo cual denota un aspecto negativo, toda vez que por el contrario la Constitución como instrumento político y social debe carecer de un modelo familiar establecido, de modo tal que se mantenga abierta a los distintos modelos familiares.

Lo señalado por el profesor Placido Vilcachagua desafortunadamente no se cumplió, pues bajo la concepción de esta Carta Magna se identifica o vincula matrimonio con familia; por ende, debe entenderse que la única forma de constitucional protegida fue la matrimonial. En otras palabras, pareciera que entiende que este tipo familiar es la única fuente. Ello se plasmó en el Código Civil de 1984, que en consonancia con lo que lo estipulado en la Constitución, su regulación normativa se encargó en extenso de pronunciarse sobre las relaciones familiares derivadas del matrimonio; dejando un solo artículo para referirse a las uniones de hecho.

No obstante, cantidad de artículos no implica calidad en el desarrollo normativo. El maestro Cornejo Chávez (citado por Peralta Andía, 2008) señalaba que la Constitución Política de 1979, solo dedica dos artículos a la familia, la actual le dedica siete, pero “eso no quiere decir que ésta sea tres veces mejor. Inclusive el que haya dedicado un capítulo aparte y autónomo puede significar un acierto sistemático, pero tampoco significa, por sí mismo, que esté mejor o peor que la anterior” (p, 93).

II) CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

A diferencia de la Constitución de 1979, la actual Carta Magna, en relación a la familia en su artículo 4° señala:

“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 (...)”.

Tal como se puede advertir, existe un gran cambio sustancial en ambas Constituciones. En la Constitución de 1979, la protección de la familia tradicional se encontraba altamente protegida, en tanto se afirmaba que el Estado protegía al matrimonio. Por su parte la Constitución de 1993, *afirma que el* “Estado protege a la familia y promueve al matrimonio”, concepción totalmente distinta, dando a entender que el matrimonio no es el único tipo de familia existente.

Para Palacio (2009) tal transformación del modelo matrimonial se debe entre otras razones al “aumento de la convivencia en pareja”, la “relevancia social y legislativa de las uniones homosexuales”; y el incremento de los procesos de separación y divorcio” (p: 57). Lo que ha llevado a la existencia de un dinamismo familiar constante, que se ve reflejado en el incremento del tipo de conformaciones familiares: familias ensambladas, familias monoparentales, familias monoparentales, etc.,

De otro lado, resulta interesante lo señalado por el profesor Placido Vilcachagua (2018), quien sostiene que en base al artículo 4° y 6° de nuestra Constitución Política actual se deduce que: “(...) la familia está intrínseca y esencialmente determinada por el hecho de la generación humana y las consiguientes relaciones de paternidad, maternidad y filiación” (p, 02). Por ende, bajo este argumento, la familia que no tenga como fin la procrear y crear vínculos de parentesco, devendría en inconstitucional. Por otra parte, si bien bajo la acepción de familia que contempla esta Constitución, no quiere decir que la promoción del matrimonio se haya dejado de lado de forma absoluta, lo cual se refleja a nivel constitucional en tanto esta concepción no ha sufrido ningún cambio ningún cambio; todo lo contrario, ocurrió con normas de

rango legal inferior. Así pues, Peralta Andia (2008) indica que la Ley N° 28542 – Ley del Fortalecimiento de la Familia, de fecha 17 de junio del 2005, tuvo por objeto:

Promover y fortalecer el desarrollo de la familia como fundamento de la sociedad y espacio fundamental para el desarrollo integral del ser humano, basándose en el respeto de los derechos fundamentales y las relaciones equitativas entre sus miembros y velando especialmente por aquellas familias que se encuentran en situación de extrema pobreza, principalmente destinado a promover medidas para que las uniones de hecho puedan formalizar su situación legal mediante el matrimonio. (p,101)

Norma de la cual se advierte que nuestros legisladores tienen una concepción limitada de lo que actualmente se debe entender por familia. Lo dicho se sustenta toda vez que esta normativa afirma que se promoverá medidas para que las uniones de hecho formalicen su situación legal; surge la siguiente pregunta: ¿Las uniones de hecho se encuentran en un estado de informalidad?

Consideramos que esta norma no se encuentra de acorde a un concepto moderno y actual de familia, toda vez que no se debe partir de la premisa que los integrantes de las uniones de hecho se encuentren en un estado de informalidad – lo cual es incorrecto – pues ello implicaría en términos básicos que les faltaría algún elemento esencial para que se concrete su configuración, cuando ello no es así. Las uniones de hecho más bien deben ser entendidas como una forma más de constituir una familia, en ejercicio pleno del derecho a la libertad y el libre desarrollo de la personalidad de cada uno de sus integrantes.

En resumen, si bien nuestra Constitución actual ha superado el modelo familiar que recogía la Constitución Política de 1979; no ha superado un avance más allá de lo aceptable, pues debió recoger un concepto más amplio de la familia dado el contexto actual que se vive, y teniendo en cuenta además el principio de primacía de la realidad familiar, tomando en cuenta además los instrumentos internacionales que existen sobre la materia y el derecho comparado.

2.2. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS UNIONES DE HECHO

Lograr el reconocimiento normativo a nivel constitucional ha sido un camino largo y lento en nuestro ordenamiento jurídico, las uniones de hecho primero tuvieron una tímida aparición rodeada de prejuicios en diferentes normativas: Códigos Civiles, Leyes, etc. Alrededor de las uniones de hecho siempre existieron argumentos que la condenaron al estigma social o como afirma que llegue a ser tildada de *“institución en euforia”* o *“matrimonio de segunda clase”*.

Bajo tal acepción, Fornes señala que comprendía a las uniones de hecho como:

“(…) Un matrimonio de segunda clase, compuesto por una pareja denominada estable porque el legislador así lo ha declarado, pero que lleva en si misma los gérmenes de la más absoluta inestabilidad, al no estar basada en compromiso personal alguno, sino en el simple *factum* de la convivencia que puede cesar en cualquier momento por la decisión unilateral de cualquiera de los dos convivientes” (p: 402).

Sin embargo, esta forma discriminatoria de entender a las uniones de hecho, con el transcurso del tiempo fue dejada de lado; y más bien la tendencia fue su reconocimiento como institución legal, así ocurrió en nuestro país y países de la región como Colombia y Chile.

En el Perú, el reconocimiento constitucional de las uniones de hecho es de data reciente. Fue con la Constitución de 1979, que empezaron a gozar de reconocimiento normativo como *institución legal* dentro de nuestro ordenamiento jurídico. A partir de esta Carta Magna, y en adelante con la Constitución actual de 1993, los concubinarios han sido beneficiarios de una serie de derechos que en forma progresiva han sido amparados tanto por la doctrina y jurisprudencia.

i) Constitución Política de 1979: El artículo 9° de esta Carta Magna, es el que desarrolla el reconocimiento normativo por primera vez de las uniones de hecho en nuestra historia, indicando:

La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y las condiciones que señala la Ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicables.

Según Castro Avilés (2014), tal reconocimiento se debió “al reconocimiento de una realidad social latente.” (p. 51). Asimismo, señala que el trasfondo por el cual se reconoció a esta figura se debía a que generalmente luego de la separación, uno de los convivientes se quedaba con todos los bienes adquiridos durante su vigencia, problemática que si bien en la jurisprudencia se venía resolviendo como casos típicos de enriquecimiento indebido, el legislador

constituyente opto por resolver el problema incorporando a las uniones de hecho como institución y dotándola de aislados efectos patrimoniales.

Así pues, al optar el legislador constituyente por la incorporación de la unión de hecho como una institución legal, no sería aplicable más para el supuesto planteado la pretensión de enriquecimiento indebido, quedando únicamente como posibilidad de aplicación de esta pretensión

ii) Constitución Política de 1993: El artículo 5° de esta Carta Magna señaló:

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.

Cabe señalar que el motivo por el cual la Constitución de 1993, reconoció a las uniones de hecho, es el mismo que se explicó en el caso de la Constitución de 1979, lo cual se puede corroborar en tanto de ambas normas se advierte que no sufrieron modificación alguna.

Por otra parte, este precepto debe ser relacionado con el artículo 4° de la Constitución actual que señala que el Estado tiene la obligación de proteger a la familia. Así pues, se debe entender que la unión de hecho es fuente generadora de uniones familiares; y por ende se encuentra protegida por nuestro ordenamiento.

Este reconocimiento obedece al contexto social que vive nuestro país, pues cada vez más son las parejas que prefieren optar por la unión de hecho para fundar una familia. Según Zuta (2019) “lo señalado se refleja en los datos que maneja el INEI, en el 2004 el 17.6 % manifestó que su estado civil era conviviente, y en el 2013 el porcentaje se incrementó al 24.4 %”; tendencia que como se advierte va en crecimiento, por lo que se puede inferir que a actualidad el porcentaje debe haberse incrementado de forma sustancial.

Se advierte de la normativa de ambas constituciones, que la redacción de ambos artículos no ha sufrido alguna variación significativa en ambos textos constitucionales. Por lo que el estándar constitucional de reconocimiento de las uniones de hecho como institucional legal no ha variado.

Con el nuevo alcance protectivo normativo que viene recibiendo por nuestro ordenamiento constitucional, las uniones de hecho reciben una denominación más aceptable, constituyéndose como una alternativa al matrimonio, y tal como afirma Espinoza (2015), en la actualidad constituye una realidad.

3. PROTECCIÓN DE LA FAMILIA EN EL CÓDIGO CIVIL

3.1. PROTECCIÓN DE LA FAMILIA MATRIMONIAL EN EL CÓDIGO CIVIL

La protección de la familia matrimonial en el Código Civil, siempre ha tenido una protección bastante alta a diferencia de otros tipos de conformación familiar. Así en el Código Civil de 1852, la protección a la familia matrimonial reinaba, no se hacía mención alguna a las uniones de hecho; lo mismo ocurrió en el Código Civil de 1936.

3.2. PROTECCIÓN DE LA FAMILIA DERIVADA DE LA UNIÓN DE HECHO EN EL CÓDIGO CIVIL

La protección que ha recibido las uniones de hecho por parte del Código Civil en nuestra historia ha estado relacionada directamente con el reconocimiento constitucional que ha tenido en nuestro ordenamiento, así hasta antes de la Constitución de 1979, no existía tratamiento normativo alguno en el Código Civil.

Con el reconocimiento constitucional, se dio apertura a que el Código Civil de 1984 le diera el tratamiento normativo correspondiente de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución. Sin embargo, ello no quiere decir que los dos Códigos Civiles anteriores no hayan mencionado al concubinato dentro de su normativa:

3.2.1. CÓDIGO CIVIL DE 1852

Hizo referencia únicamente al concubinato como causal de separación de los cónyuges y no se regulo de forma alguna a las

uniones de hecho. La razón obedece a que la única forma familiar que se protegía era la que provenía del matrimonio.

Esta realidad familiar que se tenía también se vio reflejada en la Constitución vigente de la época de 1839, que en su artículo 3° expresaba que el Estado profesaba la religión católica, apostólica y romana, sin permitir el ejercicio de otro culto. Con lo cual se entiende que el único tipo familiar que el ordenamiento jurídico protegía era la familia matrimonial. Dejando exceptuada la protección de cualquier otro tipo familiar.

En síntesis, en este Código Civil las uniones de hecho no aparecieron de forma alguna, puesto que se tenía una concepción tradicional y además eclesiástica de la conformación de familia, toda vez que se protegía al matrimonio celebrado bajo las formalidades establecidas por la iglesia en el Concilio de Trento.

3.2.2. CÓDIGO CIVIL DE 1936:

Según afirma Varsi (citado por Zuta, 2018):

“Este Código solo la mencionó a propósito del tratamiento de los hijos en los casos de la investigación judicial de paternidad y en cuanto a los derechos sucesorios de los hijos legítimos e ilegítimos, otorgándoles más derechos a los hijos legítimos si heredaban conjuntamente con hijos ilegítimos”. (p, 188)

Así pues, en este Código Civil tampoco reconoció a las uniones de hecho como una forma más de constitución familiar. No obstante, reconoció ciertos efectos aislados. Por ejemplo, se reconoció el derecho a los alimentos a la conviviente “sesenta días anteriores y los sesenta días siguientes al parto”, así como todos los gastos

ocasionados por el embarazo. De otro lado, en relación a los hijos se dispuso que “la paternidad ilegítima podía ser judicialmente declarada cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre durante la época de la concepción (Velarde, citado por Castro 2014).

3.2.3. CÓDIGO CIVIL DE 1984

Incluyo en su artículo 326°, dentro del capítulo de Sociedad de Gananciales, la norma que establece que la unión de hecho voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuera aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

La aparición de las uniones de hecho a nivel de Código Civil, se dio recién con el Código Civil de 1984, ello debido a que la Constitución de 1979 la reconoció como institución legal. Sin embargo, tal regulación se limitó a equiparar los efectos patrimoniales del matrimonio a las uniones de hecho. Cuando se debió otorgar una normativa orgánica propia a esta institución que conlleva particularidades y elementos propios, siendo una realidad diferente a la del matrimonio.

4. ¿FAMILIA MATRIMONIAL Y UNIONES DE HECHO MERECE IGUAL PROTECCIÓN?

Sobre esta interrogante, existen diversas posturas las cuales presentaremos de modo introductorio, puesto que serán desarrolladas de

forma más incisiva con el transcurso de la investigación. Del estudio realizado hemos podido advertir que existen una serie de criterios de los cuales se desprende posturas a favor y en contra de un trato igualitario respecto a ambas instituciones:

4.1. ARGUMENTO DE CONSTITUCIONALIDAD

Este argumento, está relacionado de manera directa con el principio de igualdad de trato que se encuentra recogido en el artículo 2º, inciso 2 de la Constitución de 1993. Así pues, corresponde pronunciarnos sobre el concepto de este derecho.

Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional el principio de igualdad:

“(…) no contiene un mandato de trato igual a todos, no importando las circunstancias en las que se encuentren, sino una exigencia de trato igualitario si se encuentran en una situación análoga, y de trato desigualitario sino se está en igualdad de condiciones. Detrás de esta última exigencia – también se ha dicho – para que un trato diferenciado no resulte lesivo de la cláusula de la igualdad es preciso que este se sustente en razones objetivas y razonables, quedando proscrito por tanto cualquier tratamiento diferenciado que solo se sustente en razones subjetivas”.

Asimismo, el TC ha indicado que respecto al derecho fundamental de igualdad: “(…) este no consiste en que las personas puedan exigir un trato igual frente a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentren en una idéntica situación”.

“De otro lado, ha señalado el TC que bajo la concepción de la igualdad como principio “(...) la igualdad solo será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonada”. Asimismo, ha señalado respecto a la regulación jurídica de dos instituciones: “El principio de igualdad proscrib[e] la posibilidad de que el legislador otorgue idéntico tratamiento a dos instituciones sustancialmente distintas, sin base objetiva y razonable que justifique su decisión”; precisando además que “la diferenciación implica una relación efectiva entre el trato desigual que se establece, el supuesto de hecho y la finalidad que se persigue alcanzar”.

Por su parte la doctrina, señala que el principio de igualdad se tiene que tener presente que “opera imponiendo un trato igualitario a las personas que se encuentren en igual circunstancia, o lo que es lo mismo, implica una prohibición general de trato desigual entre sujetos que se encuentren en situaciones iguales” (Cerdea, 2008, p.195). Lo cual implica que el principio de igualdad no impide el tratamiento diferenciado entre quienes se encuentran en situaciones desiguales.

Fornes (2000) precisa que no es inconstitucional – valga decir contra del principio de igualdad – la ausencia de igualdad de tratamiento normativo, en todos los aspectos y en extremos de las uniones matrimoniales y uniones de hecho. Ello obedece a que no se debe aplicar a las uniones de hecho normas jurídicas que regulan el matrimonio, sencillamente porque no estamos frente a un matrimonio.

Bajo esa línea de ideas, también se ha pronunciado García (2016) al señalar:

“(...) carece de sentido equiparar matrimonio con unión de hecho. Si una persona desea unirse en matrimonio con otra

asume todas las consecuencias jurídicas que de ello se deriva. Cuando una persona opta por la mera convivencia con otra, no está asumiendo los compromisos legales que del matrimonio se deriva”. (p. 137)

En ese sentido, se advierte que no existe impedimento constitucional para que ambas instituciones tengan un tratamiento diferente. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, en cuanto a los efectos patrimoniales de la unión de hecho se trata de equiparlos con los efectos patrimoniales del matrimonio. Tratamiento que consideramos que es inconstitucional puesto que se vulnera el principio de igualdad. Sostenemos ello, toda vez que nos encontramos frente a dos instituciones diferentes – cada una con particularidades sustanciales – por tanto, en mérito al principio de igualdad ambas deben tener un tratamiento diferenciado, así la técnica del equiparamiento con el matrimonio que utiliza nuestra Constitución, queda descartada por inconstitucional.

Cabe señalar además que sí se vulnera el principio de igualdad, en tanto como bien afirma el TC puede existir un tratamiento diferenciado este se debe fundamentar en razones objetivas y razonables. Así pues, conforme se puede entender de una interpretación amplia de la Constitución actual en torno a la familia, las uniones de hecho constituyen una forma más de fundar una familia. En tanto no existe razón objetiva alguna para impedir que en ejercicio de la libre autonomía de su voluntad puedan decidir lo concerniente a su patrimonio, de modo tal que sería viable que decidan al igual que los esposos que optan por una forma distinta de fundar una familia el optar por un régimen común o un régimen separado.

Así pues, se concluye que estamos frente a dos instituciones de naturaleza similar: ambas constituyen formas de constituir o fundar una familia, por ende, deberían tener en lo respecta a efectos patrimoniales las mismas posibilidades, dado que como se ha analizado no existe fundamento alguno que sustente lo contrario.

4.2. ARGUMENTO DE DISCRIMINACIÓN

Afirma Eguiguren (1997) que es esencial identificar “...cuando nos hallamos ante una diferenciación o ante un trato desigual admisible constitucionalmente y cuando – por el contrario – ello configura una situación de discriminación que debe quedar proscrita” (p. 66).

El TC ha señalado que:

“(...) debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable”.

Siendo ello así, en el caso de las uniones de hecho se advierte que el trato a nivel Constitucional está basado en la técnica del equiparamiento con la institución del matrimonio, en lo que respecta al régimen patrimonial.

Sin embargo, como hemos señalado anteriormente este trato es inconstitucional por ende también discriminatorio, pues al no existir una regulación orgánica propia de las uniones de hecho, se vulnera el

principio de tener un trato igualitario de los concubinos en comparación con quienes optan por constituir una familia matrimonial.

Relacionando este extremo con la tesis del presente trabajo de investigación se limita la protección del patrimonio de los concubinos a través de la separación de patrimonios, que, si pueden realizar los esposos, situación que de por sí constituye un trato discriminatorio y perjudicial. En tanto bajo el concepto amplio de familia o familias, matrimonio y unión de hecho son opciones de formación de la familia - no son las únicas – en nuestra realidad familiar.

Se concluye entonces, que, si estamos frente a un trato discriminatorio, sostenemos ello a partir de lo señalado por el propio TC en la sentencia recaída en el Expediente N° 0090 – 2004 AA: “La discriminación es el trato diferenciado que se da a una persona por determinadas cuestiones, lo que imposibilita su acceso a oportunidades esenciales a las que otros, en su misma condición tienen derecho”; siendo ello estando claramente frente a dos instituciones de naturaleza similar toda vez que al amparo de la Constitución vigente ambos constipen formas para fundar una familia, en cuanto sea posible deberían tener los mismos derechos y opciones.

4.3. ARGUMENTO SUBJETIVO Y EJERCICIO INDIVIDUAL DE LA LIBERTAD

Como ya se ha explicado, las uniones de hecho no son como afirman algunos doctrinarios *matrimonios de segunda categoría* o *uniones familiares informales*, pues no debemos olvidar al aspecto subjetivo de esta institución. Así quienes constituyen una unión de hecho están ejerciendo en primer lugar su derecho a determinar la forma de vida que quieren llevar, es decir su propia visión de familia. Por tanto, su constitución constituye el ejercicio en sentido estricto de la libertad

individual y elección de los concubinos (Tettamanzi, 1999).
Corresponde entonces delimitar estos conceptos señalados.

Según el TC el derecho a la libertad, en el aspecto del libre desarrollo garantiza:

“(…) una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera del desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona dotada de autonomía y dignidad (...). Evidentemente no se trata de amparar constitucionalmente a cualquier clase de facultades o potestades, que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano. Por el contrario, estas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona.”

Siendo ello así, es evidente que el constituir una familia a través de la unión de hecho es una situación consustancial a la estructuración y realización de la vida privada de una persona, por ende, no estamos frente a una informal, antojadiza sin protección constitucional, todo lo contrario, al amparo de nuestra carta magna actual debe entenderse que es una forma más de fundar una familia. Así pues, se estaría vulnerando el derecho al libre desarrollo que contempla la Constitución actual y la jurisprudencia del TC.

Otro derecho fundamental que se ejerce al decidir fundar una familia a través de las uniones de hecho es el referido al libre desenvolvimiento de la persona. Para el TC este derecho comprende:

“El libre desenvolvimiento de la personalidad constituye un derecho fundamental innominado o implícito que se deriva o

funda en el principio fundamental de dignidad de la persona (arts. 1 y 3, Constitución). En efecto, la valorización de la persona como centro del Estado y de la sociedad, como ser moral con capacidad de autodeterminación, implica que deba estarle también garantizado la libre manifestación de tal capacidad a través de su libre actuación general en la sociedad”.

Bajo esta definición está claro que el fundar una familia mediante la forma de las uniones de hecho, constituye una forma de del derecho a la autodeterminación que tienen las personas para regir su vida. Por ende, se entiende que el reconocimiento de las uniones de hecho como institución en la Constitución y el desarrollo aun impreciso que han alcanzado normas de inferior rango constitucional como el Código Civil peruano, solo es reflejo del reconocimiento público que se hace a esta elección subjetiva y privada de personas que dicen formar una unión de hecho.

5. IMPORTANCIA EN LA ACTUALIDAD DE LA FAMILIA MATRIMONIAL Y LA FAMILIA QUE SE ORIGINA DE LAS UNIONES DE HECHO

Debido al surgimiento cuantitativo de diversos tipos familiares, hoy es preciso referirnos a una *realidad familiar* distinta a la tradicional, que ha tenido que ser objeto del cambio – no había otra opción para los ordenamientos jurídicos estatales debido a su alta proliferación –; hoy heterogénea y diversa.

Sobre esta variada realidad familiar, destaca la unión de hecho como institución legal que se ha fortalecido en los últimos años, alcanzando su pico más alto de protección en ordenamientos que la consideran como una figura análoga al matrimonio y por tanto como señala Liñan (2015) vista como “una auténtica alternativa legal y legalizada al matrimonio; por tanto, digna de producir sus mismos efectos jurídicos” (p. 07). Relevancia

que ha alcanzado debido al incremento de esta institución en nuestra realidad social, por tanto, representan un tipo de familia y pareja de “relevancia cuantitativa” que se ha consolidado con el tiempo (Vargas y Riffo, 2014).

No obstante, haber alcanzado estándares de protección bastante positivos en algunos ordenamientos – no es el caso del Perú – aun la normativa existente en algunos ordenamientos jurídicos no es del todo precisa, en tales extremos ha tenido que ser la jurisprudencia y la doctrina las encargadas de dotarla de contenido frente la ausencia normativa.

Como se ha explicado en el punto de protección Constitucional de las uniones de hecho, el legislador peruano ha utilizado la técnica consistente en el otorgamiento de efectos jurídicos únicamente patrimoniales que sean compatibles con el régimen patrimonial del matrimonio. Lo cual, de una primera impresión, constituye ya un trato diferente que creemos no tiene fundamento pues se “soslaya las particularidades problemáticas que plantea esta realidad social” (Vargas y Riffo, 2014).

Como afirma Varsi (2011) no puede negarse que

(...) las normas civiles en más de un 80%, fueron pensadas en la familia y en los hijos matrimoniales, dejando retazos normativos para las otras formas o derivaciones familiares. El Código sienta sus bases en una familia de derecho y olvida la verdadera dimensión de un derecho de familia. (p.139)

Con lo expuesto, no pretendemos desmerecer la familia que se origina con el matrimonio. Pues a pesar de la evolución normativa que han alcanzado diversos tipos familiares como es el caso de la unión de hecho,

está claro que la familia matrimonial aun goza de un máximo nivel de protección constitucional en comparación con otros tipos de organización familiar – como el caso de las uniones de hecho – debido entre otras a razones históricas y antropológicas.

6. PRINCIPIOS QUE PROTEGEN LA FAMILIA TRADICIONAL Y LAS UNIONES DE HECHO

Son varios los principios que existen para orientar la protección de las familias en nuestro ordenamiento jurídico, así tenemos:

6.1. PRINCIPIO DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA

Varsi (2011) sostiene que este principio tiene como fin velar por el “(...) respeto, seguridad, protección y todo en cuanto le favorece a la familia a modo de seguridad, sin importar su origen, condición, ni calidad de sus integrantes (p. 252)”.

Por su parte, Peralta Andía (2008) señala que el principio de protección a la familia es un enunciado general que procura el amparo de la familia; y señala:

(...) la familia es una sola sin considerar su base de constitución legal o, de hecho, por consiguiente, la protección no solo incluye a la familia matrimonial sino también a la familia extramatrimonial, la adoptiva y la que proviene de las técnicas de reproducción asistida. (p, 99).

Así pues, al amparo de este concepto se entiende que las uniones de hecho son un tipo más de fundación familiar, incluso se considera aquella que proviene de mecanismos científicos modernos.

Cabe acotar que este principio encuentra también amparo en los instrumentos internacionales. Por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, dispone en su artículo 16.3° que la familia debe ser protegida por la sociedad y el Estado. En la misma línea de ideas la Convención sobre los Derechos de los Niños, dispone que la familia como grupo fundamental de la sociedad merece una especial protección; y a nivel constitucional nuestra carta magna, en su artículo 1°, inciso 2, precisa que la familia es el núcleo de la sociedad.

En síntesis, la concepción de la protección que engloba este principio también ha cambiado, pues tradicionalmente se consideraba que la protección únicamente estaba referida a la familia matrimonial. Hoy este principio comprende diversos tipos familiares que no tienen como base el matrimonio. Este principio por ende se aplica tanto a la familia matrimonial como a las familias que tienen como origen las uniones de hecho.

6.2. PRINCIPIO DE PROMOCIÓN DEL MATRIMONIO

La Constitución Política actual señala expresamente que protege a la familia y promueve al matrimonio, es decir el Estado plantea una política directa de promoción para que los ciudadanos peruanos contraigan nupcias. Para lo cual se ha dotado a la institución del matrimonio de una serie de beneficios y un régimen orgánico con regulación normativa precisa a diferencia de otras formas de constitución familiar.

Por último, cabe indicar que el matrimonio como tal goza de una alta protección en los instrumentos internacionales. Por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Convenio Europeo para los Derechos Humanos, señalan que “todas las

personas una vez alcanzada la edad núbil tienen derecho de fundar una familia y gozan de los mismos derechos en el matrimonio.

6.3. PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA UNIÓN ESTABLE

Está referido a la protección constitucional que tienen las uniones de hecho, en la Constitución Política actual. Sin embargo, este principio no alcanza la importancia que debería en tanto la ley sigue diferenciándola del matrimonio. Otorgándole un tratamiento normativo secundario.

6.4. PRINCIPIO DE IGUALDAD

Este principio implica en palabras de Varsi (2011) que “las personas tienen el mismo sentido y valor ante la Ley por lo que merecen un trato análogo” (p. 265). Es en mérito a este principio que ambas instituciones: matrimonio y uniones de hecho, merecen un tratamiento análogo. Así la regulación normativa que existe actualmente vulnera de forma inevitable este principio.

Cabe destacar que, de los principios señalados, se puede advertir en el siguiente cuadro cuáles favorecen la protección de la unión de hecho y la familia matrimonial respectivamente:

Familia matrimonial	Uniones de hecho
Principio de protección a la familia	Principio de protección a la familia
Principio de promoción del matrimonio	Principio de protección a las uniones estables

	Principio de igualdad.
--	------------------------

Hemos hecho énfasis en estos principios – no son los únicos – del derecho de familia, puesto que guardan relación directa con ambos tipos familiares: familia matrimonial y uniones de hecho.

Luego del desarrollo del primer capítulo, hemos advertido la concepción contemporánea que se tiene acerca del concepto de familia. Lo cual ha conllevado que los estándares de protección tradicional de la familia, sufran serias modificaciones.

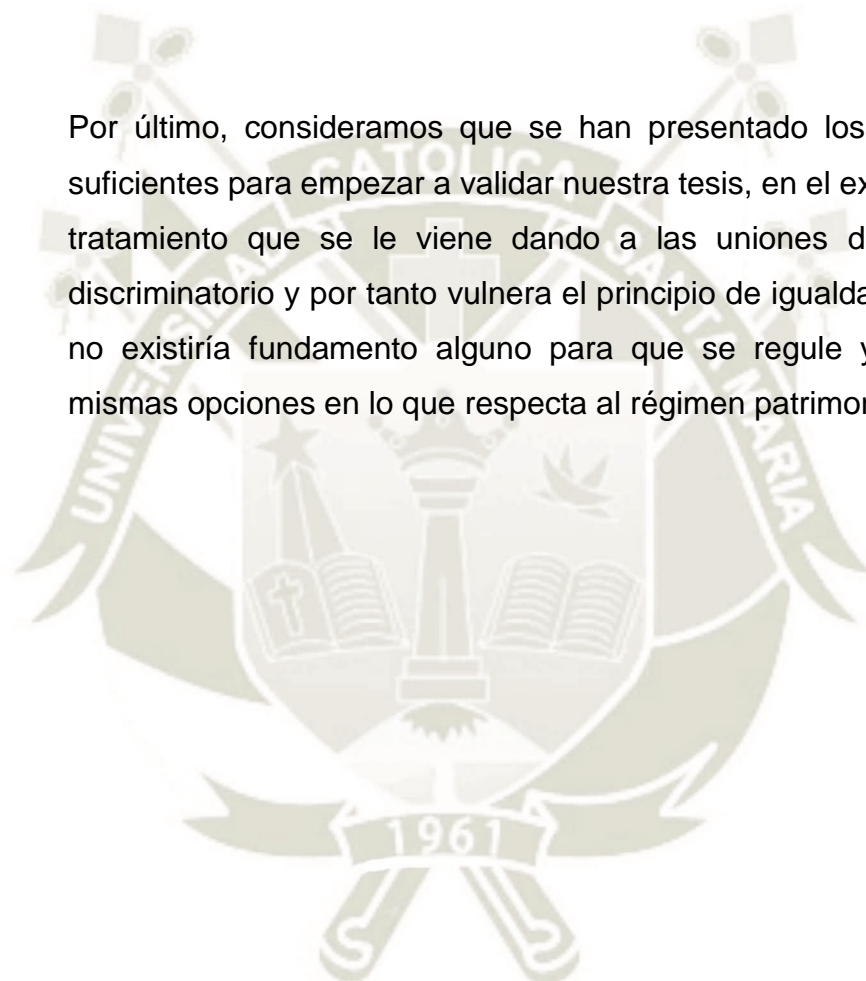
Tales cambios se deben en gran medida al fenómeno de las uniones de hecho, que ha conllevado a la juridificación de esta institución en los diversos ordenamientos jurídicos. Así como también se debe a los diversos tipos familiares que se han consolidado en los últimos años. La juridificación señalada empezó por el reconocimiento legal de esta institución en los ordenamientos jurídicos, para luego dar paso al tratamiento en normas de inferior jerarquía.

Con el reconocimiento jurídico de realidades familiares que no se encontraban amparadas por la norma, se dejó de lado el paradigma que entendía a la familia matrimonial como única forma de constituir una familia.

Gracias al reconocimiento constitucional como institución legal en las diversas constituciones, se ha dejado claro que el Estado protege a la familia, siendo el matrimonio una opción más para constituir una familia, sin embargo, no la única.

Con lo señalado, no se pretende desmerecer la protección a la familia tradicional que proviene del casamiento y mucho menos que se le deba restar importancia a esta institución. Dado que, no cabe duda que a pesar de la creciente juridificación de la unión de hecho, dentro del ordenamiento jurídico peruano, la familia matrimonial prevalece y tiene un alto grado de protección en comparación con otros tipos familiares.

Por último, consideramos que se han presentado los argumentos suficientes para empezar a validar nuestra tesis, en el extremo que el tratamiento que se le viene dando a las uniones de hecho, es discriminatorio y por tanto vulnera el principio de igualdad. Por tanto, no existiría fundamento alguno para que se regule y tengan las mismas opciones en lo que respecta al régimen patrimonial.



CAPÍTULO II

UNIONES DE HECHO

En el presente capítulo se analizará el tratamiento que se le ha dado al fenómeno de las uniones de hecho, su paso en la sociedad a través de la historia en el derecho peruano, para lo cual abordaremos el proceso de juridificación que ha venido sufriendo lo cual devendrá en analizar el tratamiento jurídico que se le ha dado en nuestro ordenamiento jurídico. Asimismo, desarrollaremos su concepto, características, formas de reconocimiento y por último su tratamiento en el derecho comparado.

1. ANTECEDENTES Y GENERALIDADES

Las uniones de hecho son una realidad familiar de larga data, dentro de la sociedad peruana y en general de otras sociedades. Inicialmente su realización fue vista de forma peyorativa, pues reinaba la protección a la familia matrimonial. Incluso como señalaba Manning (citado por Rodríguez, 2005) “que las uniones de hecho tienden a ser menos duraderas, incluso cuando incluyen los la tenencia de los hijos, lo que es considerado perjudicial para los niños por su mayor exposición al conflicto y ausencia de uno de los progenitores” (p, 14).

Sin embargo, a través de un proceso progresivo de juridificación, se ha venido gestando su reconocimiento constitucional como institución dentro de diversos ordenamientos jurídicos, siendo diversas las formas y técnicas legislativas que se han utilizado para su tratamiento.

El proceso de juridificación de las uniones de hecho, no fue llevado a cabo por iniciativa del legislador, sino por el reclamo social frente a la

imposibilidad de desconocer una realidad familiar en crecimiento que el derecho no podía dejar en olvido. Siendo más claros, no se podía obviar que una relación convivencial es generadora de efectos jurídicos que se originan por actos u negocios jurídicos realizados por los sujetos que la conforman.

Para Espinoza (2015), el proceso de juridificación se ha visto fortalecido entre otras por las siguientes razones medulares:

- i) **Datos sociológicos:** Toda vez que cuantitativamente la realidad familiar de las uniones de hecho no se podía desconocer, ello acompañado de una lenta y progresiva aceptación social. Al respecto es importante resaltar lo señalado por el Diario El País: “La mitad de los hombres y un tercio de las mujeres de 20 a 24 años conviven sin casarse”.
- ii) **Requerimientos con base constitucional:** Aspecto que se centró en la prevalencia de derechos fundamentales y constitucionales como el respeto al desarrollo de la libre personalidad – del cual se deriva la posibilidad de elegir conformar una familia a través de un modelo distinto – y el derecho fundamental y constitucional de igualdad que proscribe la discriminación.
- iii) **Estándares internacionales:** Establecidos por organismos internacionales como por ejemplo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, etc.

Por último, cabe señalar que los motivos por los que surgen las uniones de hecho son variados, frente a ello Andrade (2018) afirma que se debe a

una pluralidad de manifestaciones con matices distintos. Por ejemplo, se configuran entre otras debido a las siguientes circunstancias: “(...) jóvenes que cohabitan antes de casarse (a modo de prueba); parejas que han decidido mantenerse al margen del matrimonio en forma consiente y voluntaria; uniones de sectores excluidos o vulnerables en los que se trata de una práctica generalizada, etc. (p.89)”.

En tal sentido, esta pluralidad de motivos generadores de uniones de hecho, ha hecho que el legislador se vea forzado a regularla, lo que ha conllevado a una progresiva juridificación de esta institución, bajo el entendido que se trata de una modalidad de pareja y familia en general distinta al matrimonio.

2. TRATAMIENTO NORMATIVO DE LAS UNIONES DE HECHO

El tratamiento normativo de las uniones de hecho ha pasado por tres marcados momentos u opciones normativas. El primer momento estuvo marcado por la *indiferencia absoluta* – etapa que tuvo su auge hasta finales del siglo XX – por ende, el reconocimiento normativo de esta institución era inexistente; el segundo momento ha consistido en la *equiparación con el matrimonio*, y por último otra opción normativa ha sido la *regulación específica u orgánica* de la unión de hecho (Espinoza, 2005).

De las tres opciones normativas, en nuestro país se ha optado en cierto grado por la equiparación con el matrimonio – no obstante, hasta antes de la Constitución de 1979 las uniones de hecho no tenían protección alguna dentro de nuestro ordenamiento jurídico (indiferencia absoluta) – quedando de esta forma descartada la técnica de regulación específica que es propia de otros ordenamientos jurídicos liberales donde se ha

entendido a la unión de hecho como una opción más de fundar una familia.

Adicionalmente a las opciones normativas existentes, es importante tener en cuenta las técnicas legislativas existentes que se han utilizado. Se han utilizado básicamente dos mecanismos: “i) incorporación con un tratamiento orgánico y sistematizado; y ii) el reconocimiento de determinados efectos jurídicos en forma aislada, con orientación prioritaria a los efectos patrimoniales derivados de la convivencia.” (Espinoza, 2015, p.112). Teniendo en cuenta ambos aspectos, desarrollaremos el tratamiento normativo de las uniones de hecho en el Perú. Para comenzar, el Perú ha tenido los siguientes momentos normativos que se explicaran mediante el siguiente cuadro:

INDIFERENCIA ABSOLUTA	EQUIPARACIÓN CON EL MATRIMONIO	REGULACIÓN ESPECÍFICA
Código Civil de 1852 Código Civil de 1936 Constitución Política de 1823. Constitución Política de 1826 Constitución Política de 1828 Constitución Política de 1834 Constitución Política de 1839 Constitución Política de 1856	Código Civil de 1984 Constitución Política de 1979 Constitución Política de 1993	No existe tratamiento orgánico

Constitución Política de 1860		
Constitución Política de 1867		
Constitución Política de 1920		
Constitución Política de 1933		
NO EXISTE NINGÚN EFECTO JURÍDICO.	EXISTEN EFECTOS JURÍDICOS AISLADOS.	

***Fuente: Elaboración propia.**

Como se puede advertir, hasta antes de la Constitución de 1979 reinaba en nuestro ordenamiento jurídico una indiferencia absoluta en relación a las uniones de hecho. Fue recién mediante esta Carta Magna que se reconoció a la unión de hecho, sin embargo, tal reconocimiento únicamente estuvo referido a efectos patrimoniales derivados de adquisiciones durante la convivencia, como consecuencia de la ruptura de la situación convivencial. El mismo tratamiento se le dio en la Constitución actual de 1993.

Los efectos jurídicos patrimoniales que ampara nuestra normativa constitucional, tienen una marcada tendencia de enmarcar dichos efectos a los que se produce a consecuencia del matrimonio. Por lo que en base a los momentos u opciones normativas que se ha explicado, el tratamiento legal actual que se le da a esta institución, es la de equiparamiento al matrimonio en aspectos aislados. Consecuentemente, en el Perú no existe un tratamiento específico y orgánico, lo cual evidencia que se ha analizado a una institución que, si bien tiene ciertos aspectos similares a los del matrimonio, no se consideró que tiene particularidades, características propias y por tanto problemas singulares.

En base a lo expuesto, es claro que nuestra normativa está orientada únicamente a proteger efectos jurídicos priorizados a aspectos patrimoniales bajo la técnica de la equiparación con el matrimonio. Lo señalado se evidencia de forma expresa de una lectura del artículo 5º, Capítulo II: De los Derechos Sociales y Económicos de la Constitución actual de 1993: “La unión estable de un hombre y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”.

Sin embargo, en cuanto a los efectos jurídicos patrimoniales es bastante restringida – si bien se ha tratado de equiparar los efectos patrimoniales con los del matrimonio – no se ha dado opción a los convivientes a optar por un régimen de separación de patrimonios, sino más bien se ha limitado sus efectos a un régimen patrimonial conjunto. Siendo precisamente el objeto de nuestra investigación el delimitar si es posible o no implementar la opción patrimonial para que los concubinos puedan elegir regirse bajo un régimen de separación de patrimonios.

3. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Para desarrollar este ítem, debemos considerar que las uniones de hecho han recibido un tratamiento terminológico múltiple y heterogéneo por parte de la doctrina. Por ejemplo, entre otros se han utilizado para referirse a las uniones de hecho los siguientes términos: “*matrimonio de segunda clase*”, “*concubinato*”, “*uniones libres*”, “*uniones de hecho*”, etc. Sin embargo, los términos más aceptados y hoy utilizados son: “*concubinato*” y “*uniones de hecho*”. Sobre el cual consideramos relevante hacer un

deslinde terminológico a efectos de explicar la correcta utilización de un término u otro.

Según Varsi (2011), en el Perú ambos términos aún son utilizados como sinónimos. No obstante, sostiene que sería preferible hacer uso de la distinción conceptual que ha realizado la normativa brasileña al respecto. En términos sencillos la *unión estable* sería aquella unión heterosexual de sujetos que no tienen impedimento alguno para contraer matrimonio, es decir hablamos de una unión de hecho propia. En cambio, con el término *concubinato*, se hace referencia a aquella unión heterosexual de sujetos que tienen impedimento para casarse, llamada también unión de hecho impropia.

En tal sentido, siendo que las uniones de hecho impropias o restringidas, no tienen amparo legal dentro de nuestro ordenamiento jurídico como veremos más adelante, es adecuado referirnos únicamente al fenómeno de las uniones estables con el término *unión de hecho*. Deslinde terminológico que por ejemplo no ha tenido en cuenta nuestra Constitución actual de 1993, dado que utiliza el término “concubinato” para referirse a las uniones de hecho. Afortunadamente el Código Civil actual de 1984 corrió con mejor suerte, pues utiliza únicamente el término *uniones de hecho*.

Habiendo superado el deslinde terminológico, en la doctrina encontramos múltiples definiciones. Zannoni (1991) define a la unión de hecho como: “La unión estable de un hombre y una mujer en estado conyugal aparente o, de hecho, esto es sin atribución de legitimidad, pero con aptitud potencial a ella (p.73)”.

Por su parte, Biedma (2011), tomando como base una Sentencia del Tribunal Español define a las uniones de hecho como:

(...) Aquella convivencia *more uxorio* que ha desarrollarse en un régimen convivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal, consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública, con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una vida comunal amplia, intereses y finas, en el núcleo de un mismo hogar. (p, 202)

Ballesteros (1999) afirma que: “(...) se denomina para todos los efectos civiles unión marital de hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados hacen una comunidad de vida permanente y singular.” (p, 31).

Peralta Andia (2008) señala que se trata de una situación fáctica que consiste en “la cohabitación de un varón y de una mujer para mantener relaciones sexuales estables y vivir juntos, no hasta que la muerte los separe, sino hasta que la vida los separe” (p, 131). Agrega además citando a Valverde (1982) que “bajo las uniones de hecho se configura la convivencia habitual, esto es, continua y permanente, desenvuelta de modo ostensible, con la nota de honestidad y fidelidad sin impedimentos para transformarse en matrimonio” (p, 131).

De otro lado, para Aguilar (2015), estamos frente a una unión de hecho:

(...) Cuando existe una comunidad de vida, lo que implica convivencia entre un hombre y una mujer, compartiendo mesa y lecho, la misma que debe ser permanente, prolongada en el tiempo, esto es que sea estable y duradera, debe ser consensual, voluntaria aceptada por los dos, notoria y pública, a la vista de todos, las relaciones con terceros lo hacen como si fueran casados,

y por último, singular que significa una relación de pareja exclusiva y excluyente. (p, 13)

No abundaremos en definiciones doctrinales, pues como hemos señalados existen muchas. En lugar de ello, iremos resaltando algunos aspectos que se desprenden de nuestra actual Carta Magna y lo dispuesto por el artículo 326° del Código Civil, así un punto medular es que las uniones de hecho merecedoras de amparo legal únicamente se circunscriben a aquellas uniones libres entre parejas heterosexuales, dado que nuestro ordenamiento jurídico aun no ampara las uniones libres de parejas del mismo sexo.

Asimismo, de tales instrumentos normativos se advierte que la protección de las uniones de hecho se limita a aquellas de uniones de hecho tipo propio, denominada también en palabras de Aguilar Llanos “*concubinato strictu sensu*”, por el cual se entiende a aquellas uniones de personas heterosexuales que mantienen una unión estable y no tienen impedimento alguno para contraer matrimonio.

Otro sector de la doctrina utiliza los términos “*concubinato amplio*”: para referirse a las uniones de hecho impropias es decir aquella situación donde varón y mujer hacen vida en común, aun teniendo impedimentos legales para contraer matrimonio; y “*concubinato restringido*”, para referirse a aquella situación donde varón y mujer hacen vida en común – llamado también unión de hecho propia o pura – quienes no tienen impedimentos legales para contraer nupcias (Fernández y Bustamante, 2000).

La explicación de las acepciones que se manejan acerca de las uniones de hecho, corresponde a los conceptos tradicionales – tal es el caso del Perú – que se vienen dando en países que manejan un tratamiento

normativo incipiente y tradicional de las uniones de hecho. Dado que, bajo una acepción moderna y actual existente en algunos países, corresponde denominar “unión de hecho” a la unión libre de dos personas independientemente de la orientación sexual, que convivan de manera estable y duradera, manteniendo una relación de afectividad y realizando una vida en común (Biedma, 2011).

En base a lo expuesto, en términos propios podemos señalar que la unión de hecho es aquella unión libre que lleva a cabo de forma voluntaria una pareja heterosexual que no tiene impedimento matrimonial alguno, y que lleva a cabo una comunidad de vida, estable, con permanencia temporal, notoria y pública.

4. NATURALEZA JURÍDICA

Zuta (2018) señala que a nivel doctrinal se han planteado tres teorías para explicar la naturaleza jurídica de las uniones de hecho, así tenemos:

4.1. TEORÍA CONTRACTUALISTA

Bajo esta teoría se presenta a las uniones de hecho como aquella unión que se vincula exclusivamente por un factor económico, argumento que ha sido objeto de crítica dado que los motivos por los cuales dos personas forman una unión libre que trascienden motivos personales.

4.2. TEORÍA DEL ACTO JURÍDICO FAMILIAR

Sobre esta teoría Placido (citado por Zuta, 2018) señala que:

Esta teoría pone énfasis en la voluntad de sus integrantes en generar relaciones familiares. El Tribunal Constitucional ha señalado que se “está ante una institución que se fundamenta en la autonomía de la

voluntad de quienes la integran y que en puridad se caracteriza por su informalidad en cuanto a su inicio y su desarrollo.

4.3. TEORÍA INSTITUCIONALISTA

Es la más aceptada, bajo esta se entiende que al igual que el matrimonio es una institución, las uniones de hecho también lo serían, por tanto, a razón de ello le correspondería una naturaleza jurídica similar.

Ha sido la teoría institucionalista, la que ha tenido una aceptación mayoritaria tanto a nivel doctrinario como constitucional en Latinoamérica, que ha sido producto de un largo proceso de juridificación de la unión de hecho, que ha llevado a esta realidad familiar a ser objeto exhaustivo de regulación normativa, lo cual ha conllevado que las uniones de hecho se posicionen cada vez más al nivel de una institución jurídica.

5. SISTEMAS DE UNIONES DE HECHO

Según Peralta Andia (2008) sobre este punto el derecho comparado contempla diversas teorías, así tenemos:

5.1. TESIS SANCIONADORA

Bajo esta teoría se prohíbe y sanciona a los convivientes, entre otros bajo los siguientes argumentos: a) que sus integrantes gozan de libertad ilimitada lo cual deviene en una fragilidad absoluta que puede perjudicar de forma directa a los hijos, y en ocasiones se generan consecuencias graves perjudiciales para los convivientes; y, b) porque representa para sus integrantes un peligro social por la inminencia del abandono y despojo matrimonial, de otro lado para los hijos representaría un peligro en tanto al fin de la relación se encontrarían en un abandono material y espiritual,

y frente a terceros por el engaño o perjuicio económico que podría resultar de la apariencia de un hogar falso.

5.2. TESIS REGULADORA

Bajo esta teoría se debe admitir el tratamiento de las uniones de hecho por los siguientes motivos: i) es un fenómeno que existe, ha existido y existirá en todas las sociedades; ii) no se puede dejar de regular sus consecuencias jurídicas; y, iii) los hijos no deben ser discriminados en sus derechos por la no existencia de un vínculo matrimonial.

5.3. TESIS ABSTENCIONISTA

Esta teoría es bastante radical, considera que se debe ignorar la existencia de las uniones de hecho, en tanto califica a sus integrantes como inmorales, y por ende prescinden de la ley para sus uniones de hecho o concubinatos.

5.4. TESIS MODERADA

Esta tesis, parece ser la que ha adoptado nuestro ordenamiento jurídico actual. Bajo sus postulados se reconoce a las uniones de hecho, concediendo algunos derechos en favor de los sujetos débiles de esta relación. Se sustenta en que las uniones de hecho es un fenómeno extendido; que debe permitirse ciertas garantías a los sujetos débiles de la relación convivencial como son la mujer y los hijos; y por último que la ley debe regular esta institución, toda vez que no hacerlo atenta contra la estabilidad de la familia de base no matrimonial.

6. TIPOS DE UNIONES DE HECHO

Para Perrino (2011) las uniones de hecho presentan la siguiente tipología:

- i) **Uniones de hecho a prueba:** Conformada por parejas que tienen en un futuro cercano contraer nupcias. De modo que utilizan la convivencia a modo de prueba a efectos de determinar la compatibilidad y grado de afinidad disponible.
- ii) **Unión de hecho fundada en razones económicas:** Es decir la pareja opta por la convivencia dado que considera no tener la solvencia económica para contraer nupcias. Sin embargo, consideramos que en la actualidad este argumento no tiene sustento, pues se promociona la formación de la familia matrimonial a través de matrimonios comunitarios.
- iii) **Unión de hecho por imposibilidad de contraer matrimonio:** Llamadas también uniones de hecho impropias, se da en aquellos casos en los cuales uno o ambos convivientes tienen impedimento para contraer nupcias.
- iv) **Uniones de hecho para soslayar dificultades legales:** Según el autor señalado, mediante este tipo de unión de hecho se pretende evitar los riesgos de una sociedad conyugal.
- v) **Unión de hecho solo para disfrutar del sexo:** En este tipo de parejas reinaría el amor basado en el sexo.
- vi) **Unión de hecho porque no quieren intentar un nuevo matrimonio:** Estaría conformada por aquellas parejas que

anteriormente han tenido un fracaso matrimonial, y no quieren nuevamente contraer nupcias.

- vii) Uniones de hecho que rechazan abiertamente el matrimonio:**
Está conformada por parejas que debido a motivos ideológicos rechazan el matrimonio.

Respecto a esta tipología, nosotros consideramos más bien que cada uno de los tipos de uniones de hecho que Perrino plantea encajaría como motivos por los cuales se establecen las uniones de hecho dentro de la realidad familiar, más no como tipos.

Sobre este particular, coincidimos más bien con lo señalado por Castro (2014) quien refiriéndose a los doctrinarios nacionales Cornejo Chávez, Cornejo Fava y Bigio Cherm; sostiene que en cuanto a la tipología de las uniones de hecho la doctrina nacional únicamente distingue dos tipos:

6.1. UNIÓN DE HECHO IMPROPIA

Cabello (citada por Castro, 2014), nos da un concepto completo y preciso sobre este tipo de uniones de hecho. Al señalar no solamente que se trata de parejas que tienen impedimentos para contraer matrimonio, sino que también está referida a aquellas parejas que no reúnen condiciones relativas a la diversidad del sexo – es decir parejas del mismo sexo – y adicionalmente la condición de la monogamia.

Este tipo de unión de hecho también ha sido denominado “impropio”, en palabras de Peralta (2008) “la unión se presenta como una unión extramatrimonial ilegítima por existir un impedimento legal que

obstaculiza la realización del matrimonio” (p, 141); situación que no puede concretarse entre otras razones porque uno de sus integrantes o ambos se encuentran unidos a otra relación civil anterior.

6.2. UNIÓN DE HECHO PROPIA

Llamado también unión de hecho “perfecta”, está conformado por aquella pareja heterosexual que reúne los siguientes elementos: “cohabitación, exclusividad, estabilidad, vocación de perdurabilidad y publicidad en la convivencia (p, 344)”.

Por ejemplo, configuran una unión de hecho propia o perfecta, los convivientes “solteros”, “los viudos”, “los divorciados”, y aquellos cuyo matrimonio ha sido declarado nulo. Según Peralta (2008), este tipo de unión exige la concurrencia de los siguientes requisitos: i) que sea una unión voluntaria; ii) que sus integrantes estén libres de impedimento matrimonial; iii) que la unión tenga por fin alcanzar objetivos y deberes semejantes a los del matrimonio; y iv) que la unión tenga una duración mínima de dos años continuos (p, 140 – 141).

Habiendo desarrollado los tipos de uniones de hecho aceptados por nuestra doctrina nacional, cabe recalcar que nuestro ordenamiento jurídico únicamente ampara las uniones de hecho propias.

6.2.1. CARACTERÍSTICAS DE LA UNIÓN DE HECHO PROPIA

Al igual que las definiciones, sobre las características de las uniones de hecho la doctrina se ha pronunciado enriqueciendo este punto. Ballesteros (1999), sostiene que:

Para el reconocimiento de una unión de hecho como tal debe acreditarse la: “singularidad, exclusividad o fidelidad, de los convivientes como supuesto esencial de la figura, y en la mayoría de casos se exige adicionalmente la pública convivencia, estabilidad y permanencia de la pareja (p, 36).

Espinoza (2015), afirma que las uniones de hecho presentan las siguientes características:

(...) Comunidad de vida, cuidados personales y responsabilidades recíprocas, que no se sustenten únicamente en la mera convivencia, sino bajo rangos de exclusividad, estabilidad y duración, elementos propios de la estructura familiar; reservándose como característica particular la libre disolubilidad del vínculo. (p, 105-106)

Por su parte, Fernández y Bustamante (2000) precisan que son elementos condicionantes de las uniones de hecho la: “cohabitación y comunidad del lecho; comunidad de vida; notoriedad; singularidad y permanencia (p, 224)”.

La normativa de Colombia – en la Ley N° 54 de 1990 – sobre las uniones de hecho señala: “Se denomina unión marital de hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que, sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular”.

Por último, Lacruz Berdejo (citado por Biedma Ferrer, s/f), sostiene que la unión de hecho típica se caracteriza por las siguientes notas: “convivencia, estabilidad, disolución informal y libre, y, finalmente exclusividad de la relación o ausencia en los convivientes de otras situaciones o compromisos semejantes y vigentes (p: 201)”.

En síntesis, como se ha podido advertir la mayoría de autores señalados coinciden en las características de las uniones de hecho propia, lo cual también se ve reflejado en los requisitos que el artículo 326° del Código Civil exige para su reconocimiento. Por su parte la Corte Suprema en la Casación N° 481-2017, La Libertad, Fundamento Jurídico Cuarto, ha manifestado que:

“(…) Para determinar la existencia de una unión de hecho con efectos jurídicos, se requieren tres presupuestos: el primero, que no haya impedimento matrimonial entre los convivientes; segundo, que los integrantes de dicha relación tengan deberes, derechos y finalidades semejantes a las de un matrimonio; y tercero, que esta convivencia haya durado por lo menos dos años continuos”.

En relación a lo expuesto, cabe precisar que todas las características o presupuestos que ha recogido la doctrina, han sido recogidos por la Constitución actual de 1993 y el Código Civil de 1984, a excepción de la característica de singularidad, que como veremos en el siguiente punto ha sido objeto de diversos criterios en nuestra jurisprudencia.

7. PRESUPUESTOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LAS UNIONES DE HECHO

La Constitución Política actual de 1993, en su artículo 5º, Capítulo II: De los Derechos Sociales y Económicos señala:

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

El artículo 326º del Código Civil actual de 1984 señala:

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

Por su parte, la Corte Suprema ha manifestado en la Casación N° 481 – 2017, La Libertad, ha señalado en su Fundamento Cuarto, que:

(...) para determinar la existencia de una unión de hecho con efectos jurídicos, se requieren tres presupuestos: el primero, que no haya impedimento matrimonial entre los convivientes; segundo, que los integrantes de dicha relación tengan deberes, derechos y finalidades semejantes a las de un matrimonio; y tercero, que esta convivencia haya durado por lo menos dos años continuos.

De los instrumentos normativos señalados, se extrae que los presupuestos para que una unión de hecho sea reconocida como tal son los siguientes:

- i) **Estabilidad:** El criterio para evaluar este elemento, es fijado a través de plazos para dotar de efectos jurídicos a las uniones de hecho, plazo que permitiría publicitar la existencia misma de la unión de hecho.

- ii) **Heterosexualidad:** Según Gutiérrez (2011), este elemento también es denominado como “*idoneidad marital de los sujetos*” (p, 50). En resumida cuenta se exige que los integrantes que conforman la unión de hecho sean heterosexuales.

Este elemento, se alinea a la concepción de familia que se maneja en el Perú, y su lento avance hacia una concepción amplia del mismo, toda vez que nuestro ordenamiento jurídico ni mucho menos la jurisprudencia de nuestro país, en la actualidad se encargada de reconocer a las uniones libres de parejas del mismo sexo.

- iii) **Voluntad:** Este elemento está relacionado directamente con la intención de una pareja heterosexual de dar pie a una unión de hecho generadora de efectos jurídicos, para tal caso responde a la interrogante: *¿Quiénes pueden conformar una unión de hecho?* En tal sentido, se tendría que analizar la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio de los integrantes que conforman la unión de hecho.

- iv) **Libres de impedimento matrimonial:** En el Perú el único tipo de uniones de hecho que tienen protección o amparo legal, es aquella donde sus miembros no tienen impedimento alguno para contraer matrimonio.

- v) **Permanente:** Este presupuesto se alinea con la estabilidad que se exige a los concubinos, de modo tal que para su reconocimiento se exige como mínimo un plazo ininterrumpido de dos años de convivencia.

vi) **Exclusiva:** Este presupuesto tiene relación directa con el deber de fidelidad que se deben guardar entre si los convivientes. Se equipará con el deber de mutua fidelidad que tienen los cónyuges.

vii) **Notoriedad:** Este presupuesto está referido a que la unión de hecho debe tener un carácter público, valga decir no puede configurarse una unión de hecho a escondidas. Este requisito se ve reflejado en los en el conocimiento que asumen por ejemplo los parientes, venidos y demás sujetos relacionados a la relación convivencial, ello en el entendido que la relación que se lleva a cabo es de carácter pública.

viii) **Comunidad de vida:** Este requisito tradicionalmente ha sido identificado como elemento propio del matrimonio. Cabe señalar que está compuesto por elementos objetivos: “convivencia, ayuda, socorro mutuo, relaciones sexuales y permanencia; y elementos subjetivos: animo mutuo de pertenencia, unidad y affectio maritalis” (Ballesteros, 1999). Elementos que también son exigibles a las uniones de hecho.

ix) **¿Singularidad?**

Peralta (2008), define este requisito como aquella situación fáctica en la que viven los concubinos y es “única, monogámica y estable” (p, 139). No obstante, hemos colocado este presupuesto en interrogante, debido a que la jurisprudencia ha tenido pronunciamientos contradictorios.

La Casación N° 2102 – 2017 Lima Este, señalo que, si la convivencia no cumple con el requisito de exclusividad y fidelidad, no podría declararse la unión de hecho. De otro lado, la Casación N° 2848 – 2014 La Libertad, ha indicado

que si la unión de hecho: “(...) es una forma de fundar familia, los requisitos para declarar su existencia deben ser interpretados de manera restrictiva, por lo que no se pueden agregar otros que no tengan como fuente los enunciados normativos contenidos en las leyes o en la constitución (Pleno Jurisdiccional de Familia 2018)”.

Por último, la Casación N° 2848, La Libertad, Fundamento Jurídico Séptimo, indica: “(...) la característica de singularidad, (...) implica que es posible reconocer la unión de hecho a pesar que una de las partes haya incurrido en infidelidad en perjuicio de su compañera o compañero, siempre y cuando en aquella otra relación no coexistan todos los elementos del concubinato (...)”.

Al respecto, nosotros consideramos que este presupuesto si es exigible a las uniones de hecho, puesto que no se podría dar un reconocimiento a parejas que no sean singulares o en otros términos no se guarden el deber de fidelidad entre sí.

8. CONTEXTUALIZACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO EN EL PERÚ

Las uniones de hecho en el Perú, no tuvieron regulación jurídica hasta la Constitución Política de 1979, que por primera vez las reconoció. Las uniones de hecho forman parte de nuestra historia, en la época incaica se buscó formalizarla, sus miembros eran denominadas “shipa” o “coya”.

Luego en la época colonial o republicana subsistió la unión de hecho propia y la impropia. Se dictaron normas prohibitivas o sancionatorias para limitar las uniones de hecho impropia, por ejemplo, se dispuso que “el marido que incurra en adulterio, teniendo manceba en la casa conyugal, será castigado con reclusión en segundo grado; y con la misma

pena en tercer grado, si la tuviese fuera” (Llancari, 2018, p, 95). No obstante, las uniones de hecho propias no eran sancionadas.

Las uniones de hecho fueron evolucionando de forma lenta y progresiva en nuestra historia. Nuestro Código Civil de 1852 negó expresamente a esta institución, no fue sino hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1979 que fueron reconocidas únicamente las uniones de hecho propias, lo cual se repitió con la Constitución actual y fue tratada en el artículo 326° del Código Civil vigente de 1984.

Tal reconocimiento se debe al enfoque y concepción actual de familia. Empero no se puede negar los argumentos que ponen también en evidencia las debilidades de este tipo familiar:

“i) duración y estabilidad; ii) capacidad de proyección y de acumulación de la pareja y la familia; iii) relaciones entre la pareja y entre padres e hijos/as; y iv) bienestar y desempeño de los miembros de la familia, en particular los niños y adolescentes” (Rodríguez, 2005, p, 14).

Con estos argumentos se pretende exponer un aparente contexto de precariedad que empieza con la falta de formalización de este tipo de parejas, que se ve reflejado con el menor compromiso a largo plazo; menor dedicación y esfuerzo en las actividades comunes; una mayor exposición a conflictos y ausencia de uno de los progenitores; e incluso varias investigaciones en América Latina sugieren que las uniones consensuales tienen un rendimiento inferior en materia de formación de los hijos (Ribero 2001, citado por Rodríguez, 2005).

En base a lo señalado podemos concluir que existe un alta estigma social respecto a las uniones de hecho, y la sociedad peruana no es ajena a ello. Lo señalado se resume en la existencia de una valorización social inferior de las parejas de hecho respecto a los matrimonios formales. Castro (citado por Rodríguez, 2005, p, 14) señala que, en América Latina, “las

uniones consensuales gozan de pleno reconocimiento social, aunque rara vez se les confiere el mismo prestigio social que a los matrimonios formales”.

En síntesis, en el contexto actual hay quienes sostienen que las uniones de hecho se presentan como una opción frente a la soltería, un ensayo al matrimonio o una alternativa al matrimonio (Manning, citado por Rodríguez, 2005, p, 15). No obstante, Raley (citado por Rodríguez, 2005, p,15), cuestiona que las uniones de hecho sean un ensayo para el matrimonio, a razón del notable “aumento en la estabilidad de las uniones libres; y, una creciente similitud de la conducta reproductiva entre uniones libres y matrimonios”. Lo cual se refleja con la adquisición de compromisos y acumulación de posesiones y gastos comunes de sus miembros; y además con el creciente número de parejas que deciden conformar una unión de hecho y el decaimiento de la familia tradicional.

Lo antes expuesto lleva a decir que en el contexto actual las uniones de hecho en el Perú no son vistas más como una anomalía social, ni como el producto de una sociedad desarrollada, por el contrario, bajo el concepto amplio de familia es vista como una forma de elección más para constituir una familia, empero no se puede negar que aún existen rezagos de un estigma social hacia esta institución.

9. FORMAS DE RECONOCIMIENTO DE LAS UNIONES DE HECHO

Existen dos formas de reconocimiento de la unión de hecho: notarial y judicial. En relación a ambas formas de reconocimiento, se discute si la declaración judicial o notarial es imprescindible para reconocer efectos jurídicos a las uniones de hecho. Los argumentos para tal disyuntiva, se centran en que tal declaración es contraria a la Constitución, “(...) pues su reconocimiento se infiere directamente de la norma constitucional y de la norma sustantiva, al cumplir con los requisitos por ella establecida” (Marcelo, 2015, p. 68).

La respuesta frente a discusión se puede zanjar analizando la naturaleza que corresponde al reconocimiento de las uniones de hecho, así dado que esta institución familiar se encuentra amparada por nuestra Carta Magna el reconocimiento en sentido estricto estaría implícito a las parejas que reúnen los requisitos ahí señalados; en tal sentido, las formas de reconocimiento tendrían “naturaleza declarativa”, razón por la cual: “ (...) los derechos y obligaciones no nacen con la declaración del Juez o Notario, si no desde el instante mismo en que dicha convivencia cumple con las condiciones legales, siendo aquella una declaración con efectos retroactivo” (Marcelo, 2015, p. 70).

Sin embargo, al margen de tal discusión lo cierto es que tal reconocimiento se ha vuelto imprescindible los actos indebidos de uno de los convivientes en perjuicio del otro, así como para proteger los derechos de los terceros que puedan realicen actos jurídicos con uno o ambos integrantes de las uniones de hecho. Adicionalmente a ello, el reconocimiento de las uniones de hecho genera una serie de beneficios a los convivientes de carácter alimentario, sucesorio, previsional, etc.

9.1. RECONOCIMIENTO DE LA UNIÓN DE HECHO A TRAVES DE UN PROCESO NOTARIAL

Mediante Ley N° 29560 de fecha 16 de julio del 2010, se dispuso la posibilidad del reconocimiento de las uniones de hecho vía notarial, para lo cual se planteó en su artículo 47° la exigencia de los siguientes requisitos:

Nombres de y firmas de ambos solicitantes.

Reconocimiento expreso que conviven no menos de dos (2) años de manera continua.

Declaración expresa de los solicitantes que se encuentran libres de impedimento matrimonial y que ninguno tiene vida en común con otro varón o mujer, según sea el caso.

Certificado domiciliario de los solicitantes.

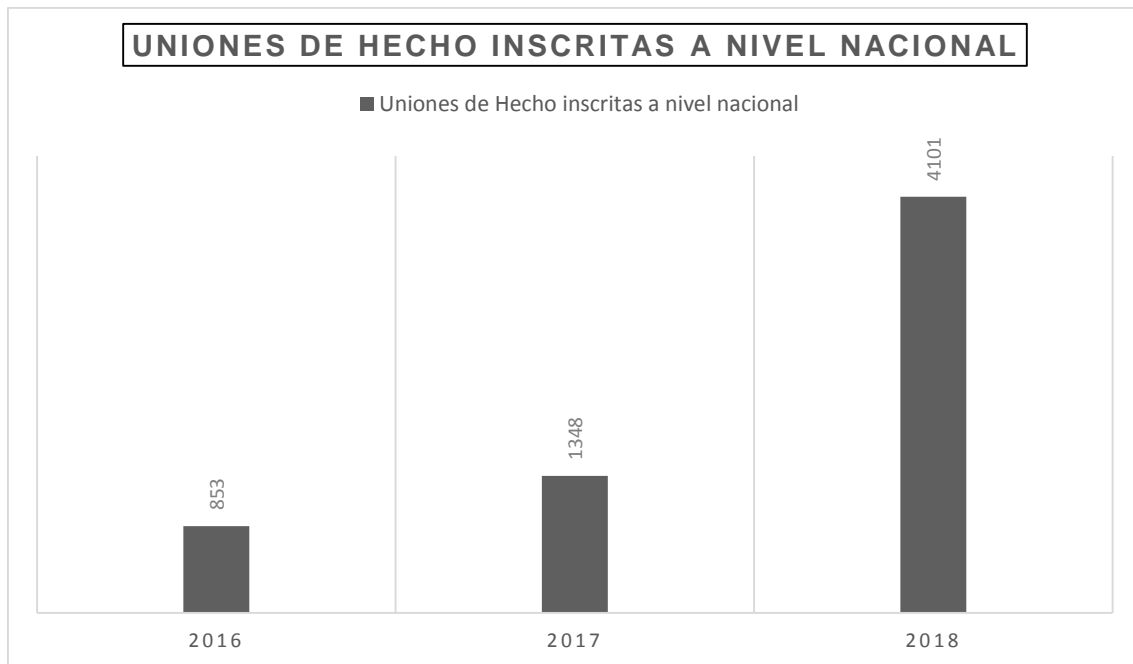
Certificado negativo de unión de hecho tanto del varón como de la mujer, expedido por el registro personal de la oficina registral donde domicilian los solicitantes.

Declaración de dos (2) testigos indicando que los solicitantes conviven dos (2) años continuos o más.

Otros documentos que acrediten que la unión de hecho tiene por lo menos dos (2) años continuos.

Esta es la forma más célere de que una unión de hecho sea reconocida. Sin embargo, hay muchas uniones de hecho que no siguen este trámite por desconocimiento, lo cual se ve reflejado en las estadísticas que representan las uniones de hecho, que significan un reducido número de uniones de hecho inscritas cuando la realidad familiar peruana es otra.

Según la Superintendencia Nacional de Registros Públicos, existe un incremento de uniones de hecho que se han inscrito en los últimos años:



***Fuente: Elaboración propia.**

Existe un lento crecimiento de las uniones de hecho inscritas en los últimos años, en el año 2016 se han inscrito 853 uniones de hecho, en el año 2017 se han inscrito 1348: es decir existe un incremento del 58.03 %. Según Diario El Comercio, (2017) y en el año 2018 se han inscrito 4101 uniones de hecho: esto implica un crecimiento del 19.88 % con respecto al año anterior. Según Diario Gestión (2019); no obstante, como ya dijimos creemos que los números expuestos no reflejan la realidad familiar peruana. Motivo por el cual el Estado a través de sus instituciones debe aumentar sus esfuerzos por publicitar los requisitos y formas de reconocimiento de las uniones de hechos, en aras de que los convivientes dejen la informalidad y se formalicen, de forma que sean beneficiarios de los derechos y también asuman los deberes que la Ley contempla para este tipo de familia.

9.2. RECONOCIMIENTO DE LAS UNIONES DE HECHO EN SEDE JUDICIAL

En los casos en los cuales el reconocimiento de la unión de hecho, no se pueda tramitar mediante un proceso notarial, queda el reconocimiento

judicial. Pretensión sobre la cual la jurisprudencia ha emitido diversos pronunciamientos otorgando ciertas características a esta forma de reconocimiento.

A través de la jurisprudencia se ha dado respuesta a algunos problemas que suscitaban el reconocimiento de las uniones de hecho. Por ejemplo, en la Casación N° 1532 – 2013 Lambayeque, que frente a la interrogante: ¿Existe un plazo determinado para solicitar el reconocimiento de la unión de hecho? manifestó:

“(…) cualquiera de los ex convivientes puede solicitar judicialmente la declaración de unión de hecho, sin que esa pretensión se encuentre sujeta a algún plazo prescriptorio. Afirma que este es un derecho fundamental y, por lo tanto, no puede aplicársele el plazo de prescripción de 10 años previsto para la acción personal en el inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil”.

Por su parte, la Casación N° 4121 – 2015, Arequipa, señaló que la pretensión de reconocimiento de unión de hecho guarda relación con el derecho humano a fundar una familia. Ello se desprende del propio reconocimiento que nuestra propia Carta Magna (artículo 5°) ha atribuido a esta institución como fenómeno productor de una familia. En tal sentido, “someter a extinción la posibilidad de reconocimiento de una unión familiar a los efectos del transcurso del tiempo resulta claramente incompatible con la protección constitucional que nuestro ordenamiento jurídico provee a la familia” (Fundamento Séptimo).

Adicionalmente, mediante esta Sentencia se explica que la imprescriptibilidad de la pretensión de reconocimiento de la unión de hecho no solo se aplica cuando esta es ejercida por uno de los convivientes, pues tanto el hijo como el conviviente tienen derecho a

solicitarla, en tanto: “el reconocimiento de esta última no se desprende únicamente de los intereses que corresponden a los convivientes, sino a su condición como hecho generador de una familia” (Fundamento Octavo).

10. ¿QUÉ DERECHOS HAN SIDO RECONOCIDOS A LOS INTEGRANTES DE LAS UNIONES DE HECHO?

Tanto la doctrina, jurisprudencia y normativa nacional en general han reconocido los siguientes derechos a los integrantes de las uniones de hecho:

10.1. DERECHO A LOS ALIMENTOS

Zuta (2018) señala que,

En caso de abandono de uno de los convivientes, el Juez puede conceder a elección del conviviente abandonado: una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos. Posibilidades que no podría darse durante la vigencia de la unión de hecho, pues vulneraría el deber de asistencia que se deben los convivientes.

10.2. FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

En el caso que los convivientes procreen hijos, estaremos frente a la figura de la filiación extramatrimonial – no se aplica la presunción del pater is est – por lo tanto, ambos padres deben reconocer a sus hijos voluntariamente. Caso contrario se tendría que realizar un proceso de filiación extramatrimonial al amparo del inciso 3 del artículo 402° del Código Civil.

10.3. PENSIÓN DE VIUDEZ

No existe norma alguna que ampare la pensión de viudez entre convivientes, siendo la jurisprudencia que se ha encargado de amparar este derecho entre los integrantes de las uniones de hecho.

El Tribunal Constitucional, se ha manifestado sobre este derecho y ha tenido un cambio de criterios de forma evidente, inicialmente se denegó este derecho a los convivientes bajo el argumento de que no se puede equiparar matrimonio y unión de hecho. De modo que, así como nadie obliga a nadie a casarse, tampoco cualquiera podría beneficiarse de los efectos previsionales propios del matrimonio, argumentos que fueron expuestos en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 03605-2005-AA/TC.

Sin embargo, tal posición tradicional que prevalecía la protección de la familia matrimonial, fue abandonada con la expedición de la Sentencia recaída en el Expediente N° 06572-2006-PA/TC, mediante la cual se expuso acertadamente que la unión de hecho no solo genera efectos patrimoniales sino también *efectos personales*, como la pensión de viudez. En ese extremo se manifestó:

“(…) al haberse comportado los convivientes como cónyuges, al asumir finalidades, obligaciones y deberes semejantes a los del matrimonio, la conviviente habría adquirido el derecho a la pensión de viudez”.

Sin importar el tipo de familia ante la que se esté, esta será merecedora de protección frente a las injerencias que puedan surgir del Estado y de la sociedad. No podrá argumentarse, en consecuencia, que el Estado solo

tutela a la familia matrimonial, tomando en cuenta que existen gran cantidad de familias extramatrimoniales. Es decir, se comprende que el instituto de familia trasciende al del matrimonio, pudiendo darse la situación de que extinguido este persista aquella.

10.4. DERECHOS SUCESORIOS

Mediante la Ley N° 30007 de fecha 25 de marzo del 2013 se dispuso una serie de modificaciones al Código Civil, de las cuales se extrae las siguientes ideas centrales en relación a los integrantes de las uniones de hecho en cuanto a derechos sucesorios corresponde.

En primer lugar, se resalta en el artículo 2°: “Para que la unión de hecho dé lugar a derechos sucesorios es requisito que reúna las condiciones señaladas en el artículo 326° del Código Civil y se encuentre vigente al momento del fallecimiento de cualquiera de sus miembros”.

Luego se señala que son beneficiarias de los derechos sucesorios, las uniones de hecho que se encuentren inscritas en los Registros Públicos al amparo de un procedimiento de reconocimiento de unión de hecho en vía notarial de acorde al artículo 49° de la Ley N° 26662 – Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, o reconocidas mediante vía judicial. Asimismo, se deja a salvo el derecho del conviviente superviviente en los casos en los cuales no se haya inscrito la unión de hecho, a solicitar en sede judicial el reconocimiento y consecuente inscripción.

No obstante, la modificación más sustancial que contiene esta normativa es la adición del siguiente párrafo adicional al artículo 326° del Código Civil:

Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el presente artículo producen, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios, similares a los del matrimonio, por lo que las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil, se aplican al integrante conviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge.

Entre otros aspectos, resulta relevante indicar que esta modificatoria reconoce la legítima a la que tendría derecho el conviviente supérstite – al igual que el cónyuge supérstite – además al amparo del artículo 724º del Código Civil, se consideraría al conviviente supérstite como heredero forzoso. Asimismo, entre otros derechos también se les reconoce a los convivientes – al igual que a los cónyuges – el derecho de habitación vitalicia (art. 731º del CC) y el derecho de usufructo (art. 732º del CC).

Como se puede dar cuenta, en cuanto respecto a derechos sucesorios en nuestro ordenamiento jurídico se ha optado por la equiparación. Sin embargo, en cuanto a régimen patrimonial se refiere se ha condenado a los convivientes a encontrarse regidos por una única forma: la sociedad común de gananciales, cuando conforme desarrollaremos en el capítulo siguiente no existe argumento alguno para permitir a las convivientes optar por un régimen de separación de patrimonios.

10.5. ADOPCIÓN

Mediante Ley N° 30311 de fecha 25 de febrero del 2015, se dispuso la modificación del artículo 378º y 382º del Código Civil, de tal modo a partir de esta normativa se dio apertura legal al derecho de los convivientes a adoptar, agregándose el numeral 4, al artículo 378º del CC, el supuesto

de adopción por parte de integrantes de la unión de hecho, para lo cual es necesario que concurra el asentimiento del otro conviviente.

Adicionalmente se cambia la redacción del artículo 382º del Código Civil:

Antes de la modificatoria:	“Nadie puede ser adoptado por más de una persona, a no ser por los cónyuges”.
Con la modificatoria:	“Nadie puede ser adoptado por más de una persona, a <u>no ser por los cónyuges o por los convivientes</u> conforme a lo señalado en el artículo 326 del presente Código”.

De lo expuesto, se puede advertir el cambio en los artículos expuestos denota el uso de un lenguaje inclusivo en favor de las uniones de hecho, nuevamente utilizando una tendencia que opta por la equiparación con el matrimonio. Motivo por el cual recalcamos que si esta es la técnica legislativa por la que ha optado el legislador, no entendemos porque en lo que respecta al régimen patrimonial, se ha limitado a las uniones de hecho únicamente al régimen de sociedad de gananciales.

10.6. EN EL AMBITO DE LA CONTRATACIÓN

Según Peralta (2008):

La unión de hecho permite a los concubinos celebrar toda clase de contratos entre sí, respecto de sus bienes propios y siempre de contratos entre si respecto de sus bienes propios y siempre que

tengan capacidad de obrar, pero de ningún modo en relación con los bienes sociales adquiridos dentro de una unión concubinaria.
(p, 149)

Así pues, los convivientes tienen plena libertad de contratar (principio general) a excepción de los bienes sociales, en dicho caso se requiere de la manifestación de voluntad de ambos integrantes. Por otra parte, en relación a contratos celebrados por terceros, mientras la unión de hecho sea notoria y estable, provoca una apariencia de estado matrimonial, generando efectos similares.

10.7. EN EL ÁREA DEL DERECHO LABORAL

Se reconoce al conviviente supérstite el derecho al 50% del monto total acumulado de la compensación por tiempo de servicios y sus intereses, que a su solicitud le será entregado por el depositario, en caso de fallecimiento del trabajador compañero, afirmación que se desprende del Decreto Supremo N° 001 – 97 – TR – TUO del Decreto Legislativo N° 650 (artículo 54°).

Por otra parte, se admite que el conviviente sea beneficiario del seguro de vida a cargo del empleador de su compañero trabajador (Decreto Legislativo N° 658, artículo 1°).

10.8. EN EL SISTEMA SOCIAL DE SALUD

Se otorga cobertura a través de prestaciones de prevención, promoción, recuperación y subsidios para el cuidado de la salud y bienestar social. Se precisa que el conviviente es derechohabiente del trabajador compañero y tiene la calidad de afiliado con derecho a los beneficios,

conforme lo estipula la Ley N° 26790, artículo 3°, sustituido por la Ley N° 27177 de fecha 25 de septiembre de 1999.

10.9. EN EL ÁREA DEL RÉGIMEN PENSIONARIO

El Tribunal Constitucional reconoce el derecho a obtener una pensión de viudez en el caso de las uniones de hecho o convivencia, mediante sentencia recaída en el Expediente N° 06572 – 2006 – PA de fecha 14 de marzo del 2008; ello conforme al régimen pensionario del Decreto Ley N° 19990.

Al respecto, Peralta (2008) precisa que si bien esta sentencia es la que trajo consigo un amplio debate sobre los derechos de los convivientes, el TC ya había adoptado este criterio para el caso del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530, lo cual se puede advertir de la sentencia recaída en el Expediente N° 9708 – 2006 – PA de fecha 27 de noviembre del 2008.

Por último, cabe señalar que en cuanto respecta al régimen privado de administración de fondos de pensiones se establece que el conviviente tiene derecho a las pensiones de invalidez y sobrevivencia y es potencial beneficiario de la pensión de jubilación de su compañero, ello conforme lo prevé el Decreto Supremo N° 004 – 98 – EF Reglamento del TUO de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones.

10.10. CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN EL CAMPO DEL DERECHO PENAL

El ordenamiento jurídico penal, contempla en sendos tipos penales la figura del concubinato, a saber, en los siguientes delitos:

Parricidio, cuando a sabiendas se mata al concubio (107).

Violación sexual del menor de catorce años de edad cuando la víctima es la hija de la concubina (173).

Favorecimiento a la prostitución y prostitución de la concubina (179.4° y 181.3°).

Excusa absolutoria en los delitos contra el patrimonio: hurto, apropiaciones, defraudaciones y daños (208.1°).

Maltratos de obra cuando se trata de faltas contra la persona del concubino (442°).

10.11. RÉGIMEN PATRIMONIAL

A diferencia de la amplia gama de derechos que nuestro ordenamiento jurídico ha reconocido a los integrantes de la unión de hecho, la dualidad patrimonial es la excepción, pues el legislador no ha optado por la equiparación en este extremo, en realidad sin razón alguna puesto que como analizaremos en el siguiente capítulo es totalmente viable permitir a los convivientes optar por uno u otro régimen patrimonial, según su voluntad.

11. LAS UNIONES DE HECHO EN EL DERECHO COMPARADO

11.1. ARGENTINA

En la normativa argentina vigente hasta el 2015, las uniones de hecho no tenían amparo legal – el Código de Vélez Sarsfield dio la espalda a esta realidad familiar – a excepción del reconocimiento de algunos derechos reconocidos en normativa dispersa y jurisprudencia a los convivientes.

No fue sino con el Código Civil y Comercial de la Nación que se expidió en el 2015, que se doto de amparo legal a las uniones de hecho, reconociendo una realidad familiar existente en la sociedad argentina. Así el nuevo Código Civil define en su artículo 509° de la siguiente forma a las uniones de hecho:

“(…) La unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, público, notorio, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo”.

En cuanto a las formalidades para su reconocimiento como tal, se precisa en el artículo 510°:

El reconocimiento de los efectos jurídicos previstos por este Título a las uniones convivenciales requiere que:

- a) Los dos integrantes sean mayores de edad;
- b) no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado;
- c) no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta;
- d) no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea; y
- e) mantengan la convivencia por un período superior a dos años.

11.2. COLOMBIA

Según el Diario Sociedad, el contexto familiar en Colombia también ha sido objeto de grandes cambios, se dejó de proteger de forma absoluta a

la familia matrimonial, ello debido a la realidad social, en tanto es el país donde la gente se casa menos, y apenas la mitad de los hogares tienen a los dos padres y conforme señala este diario el 40% los niños viven con otras personas además de su familia.

La actual Constitución de Colombia de 1991 reconoce a las uniones de hecho, sin embargo, le da la denominación de: “uniones permanentes”, otorgándoles ciertos efectos jurídicos aislados. Tal normativa define a las uniones de la siguiente forma:

“(…) se denomina unión marital de hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que, sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles se les denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho”.

Adicionalmente, las uniones de hecho han sido reguladas mediante la Ley N° 54 del año 1990, lo cual evidentemente jugó en contra de los intereses y derechos de las uniones de hecho, puesto como podemos darnos cuenta esta Ley es de fecha anterior a la actual Carta Magna colombiana, lo cual implicó que únicamente se otorgaran efectos jurídicos patrimoniales a las uniones de hecho.

Lo cual se desprende de lo señalado en el artículo 2° y 5° respectivamente:

Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio;

b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.

Artículo 5°. La sociedad patrimonial entre compañeros permanentes se disuelve: a) Por la muerte de uno o de ambos compañeros; b) Por el matrimonio de uno o de ambos compañeros con personas distintas de quienes forman parte de la sociedad patrimonial; c) Por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes elevado a escritura pública; d) Por sentencia judicial.

11.3. CHILE

El contexto que se vive en Chile, según afirma el Diario CNN, las normas que regulan la familia no son representativas de una realidad familiar variada, donde en la actualidad “existen hogares uniparentales, más parejas sin hijos, maternidad más tardía, más mujeres jefas del hogar, padres del mismo sexo, etc.

No obstante, el ordenamiento jurídico chileno mantuvo una alta protección a la institución matrimonial, tanto así que hasta, no existía posibilidad de disolver el matrimonio a través del divorcio.

Consecuentemente las uniones de hecho no tuvieron recepción legal. En ese sentido, la labor de la jurisprudencia jugó un rol muy importante, no

obstante, únicamente se otorgó en general efectos en el ámbito patrimonial.

11.4. HONDURAS

Según el Diario El Pulso (s/f), la familia nuclear fracaso en Honduras, sufriendo graves transformaciones en las últimas décadas, así pues, su estructura se ha visto modificada de diversas formas, a consecuencia de ello señala que “la familia nuclear atraviesa uno de los momentos más críticos”.

Bajo dicho contexto social, fue que la Constitución Política de Honduras, reconoce en su artículo 112°: “(...) Se reconoce la unión de hecho entre las personas igualmente capaces para contraer matrimonio. La Ley señalará las condiciones para que surta los efectos jurídicos del matrimonio”. Postura constitucional de la cual se advierte que el legislador de Honduras ha optado por la técnica de equiparación con el matrimonio.

11.5. NICARAGUA

El contexto de la familia de Nicaragua es variado, su realidad familiar contempla varios tipos de familia: monoparental, extensiva, de hecho, etc. Así pues, la mayoría de parejas nicaragüenses no han formalizado su convivencia por ninguna vía, de lo cual se desprende que existe una gran predominancia de las uniones de hecho. Además, se sostiene que entre las familias marginales y campesinas predominan las "uniones de hecho" (Anónimo, 1984, p. 34).

Bajo esta realidad social, la Constitución Política de Nicaragua, reconoció en su artículo 72°: “El matrimonio y la unión de hecho estable están

protegidos por el Estado; descansan en el acuerdo voluntario del hombre y la mujer y podrán disolverse por mutuo consentimiento o por la voluntad de una de las partes. La Ley regulará esta materia”.

11.6. PANAMA

El Diario La Prensa (2011), señala que en Panamá al igual que en otros países la protección absoluta a la familia tradicional ha sido un paradigma que ha quedado en el pasado. Ello se debe a la imposibilidad de desconocer una realidad familiar por ende no se puede “censurar o demonizar a las familias cuyos rasgos fundamentales no concuerdan con los del modelo que promueven algunos sectores tradicionales”.

La Constitución Política de Panamá, reconoce en su artículo 58°: “(...) La unión de hecho entre personas del distinto sexo, legalmente capacitadas para contraer matrimonio, mantenida durante cinco años consecutivos en condiciones de singularidad y estabilidad surtirá todos los efectos del matrimonio civil”.

11.7. BRASIL

La normativa brasileña es una de las más completas en cuanto a uniones de hecho respecta. Toda vez que se ha encargado de reconocer efectos personales y patrimoniales a los integrantes de las uniones de hecho. Cabe señalar además que dada la sociedad no tradicional que existe en Brasil, las uniones de hecho son una realidad latente y cada vez más en crecimiento.

Así pues, mediante la Ley N° 9278/ 96, artículo 1°, se reconoce a las uniones de hecho como como una “entidad familiar la convivencia duradera y pública y continua de un hombre y una mujer establecida con el objetivo de establecer

una familia”. Fijándose como condiciones para su constitución: i) dualidad de sexos, ii) estabilidad y iii) publicidad. Se establece asimismo los derechos y deberes entre los convivientes: 1) Respeto y consideración mutua, b) Asistencia moral y material recíproca, c) Guarda, sustento y educación de los hijos comunes.

En cuanto al régimen patrimonial aplicable: “Los bienes muebles o inmuebles adquiridos por uno o ambos convivientes, a título oneroso, son considerado fruto del trabajo y la colaboración común y pertenecen a ambos en condominio o en partes iguales, salvo estipulación contraria por escrito”.

Por su parte, la Ley N° 8971, indica que:

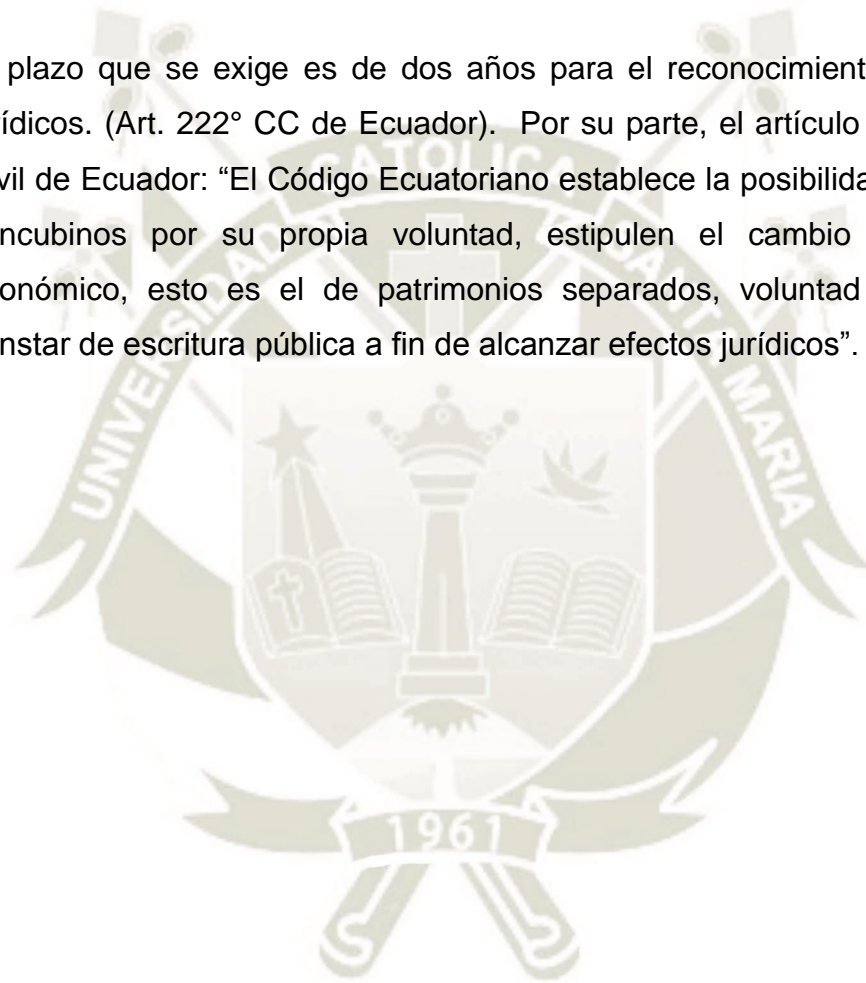
“Se reconoce a los convivientes, cuya vida en común hubiera durado más de cinco años o tuviesen hijos y se tratara de personas solteras, jurídicamente separadas, divorciadas o viudas, un derecho sucesorio que tiene la máxima amplitud cuando el causante no tiene descendientes o ascendientes”.

11.8. ECUADOR

Según Duque (2016), en Ecuador existe una multiplicidad de tipos familiares, caracterizándose la realidad familiar de este país por reconocer entre otras los siguientes tipos familiares: “nuclear”, “troncal o múltiple”, “monoparental”, “reconstituida”, “acogida – adoptiva”, “transnacional”, “agregada”, “multigeneracional y multinuclear”. Siendo ello así, la Constitución Política de Ecuador, en su artículo 38° reconoce:

“La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la Ley, genera los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad, y a la sociedad conyugal”.

El plazo que se exige es de dos años para el reconocimiento de efectos jurídicos. (Art. 222° CC de Ecuador). Por su parte, el artículo 224° Código Civil de Ecuador: “El Código Ecuatoriano establece la posibilidad de que los concubinos por su propia voluntad, estipulen el cambio de régimen económico, esto es el de patrimonios separados, voluntad que deberá constar de escritura pública a fin de alcanzar efectos jurídicos”.



CAPÍTULO III

REGIMEN PATRIMONIAL DE LA UNIÓN DE HECHO

En este capítulo se desarrolla el régimen patrimonial de la unión de hecho, para ello partiremos explicando la contextualización de las uniones de hecho en el Perú; luego se realizará un análisis normativo constitucional y posteriormente un análisis de normas con inferior rango (normas que contempla el Código Civil); de otro lado, se analizará cuáles son los motivos por los cuales nuestro ordenamiento jurídico no contempla la dualidad patrimonial en el régimen de las uniones de hecho; por último haremos referencia al derecho comparado para demostrar que si es viable la dualidad patrimonial para las uniones de hecho en nuestro ordenamiento jurídico, dado que no afecta el elemento esencial de las uniones de hecho: la convivencia.

1. GENERALIDADES

El matrimonio como las uniones de hecho producen consecuencias de índole patrimonial, por ello es necesario un régimen que organice y determine según Placido (2016) la “forma de contribución para la atención y del grupo familiar, la propiedad y administración de los bienes presentes o futuros, y, también la medida en que esos bienes responderán ante terceros por las deudas contraídas” (p, 5). De ahí pues, que se resalta su importancia, en tanto regula relaciones trascendentes de los cónyuges o convivientes.

Según Vilcachagua, las reglas que rige el régimen patrimonial obedecen al concepto que se tiene sobre el matrimonio o la unión de hecho, se basa en las costumbres, la tradición, la organización familiar, y otros elementos económicos o sociales de la familia. En tal entendido, considerando que las uniones de hecho son fuente generadora de efectos personales y de diversas situaciones de índole patrimonial, requieren una regulación legal

clara. Tales situaciones comprenden no solo relaciones entre los convivientes sino también frente a terceros.

Para definir el concepto de regímenes patrimoniales de las uniones de hecho, es necesario antes definir el concepto de regímenes patrimoniales del matrimonio, pues todo en cuanto fuera aplicable sin que desnaturalice los elementos esenciales de la unión de hecho, le son aplicables. Roguín (citado por Placido, 2016) señala que:

“El régimen matrimonial es un conjunto de reglas determinando las relaciones pecuniarias que resultan del matrimonio”. Por su parte Colín y Capitán indican que “es el conjunto de reglas que fijan las relaciones pecuniarias de los esposos durante el matrimonio, los derechos de los terceros que contraten con ello o que, por una parte, u otra causa, lleguen a ser sus acreedores, y finalmente, los derechos respectivos de cada esposo el día en que llegue a disolverse el matrimonio” (p. 14). Esta última definición es más completa.

Tomando en cuenta estas definiciones, el régimen patrimonial de las uniones de hecho vendría a ser aquel conjunto normativo que regula la propiedad y administración de los bienes aportados por los convivientes a la unión de hecho; y aquellos adquiridos durante su vigencia, de la contribución al sustento de la familia, de la medida de responsabilidad de los convivientes por las obligaciones contraídas a favor de terceros, su disolución y el destino final de los bienes.

Es importante destacar lo dicho por Placido (2017), en tanto sostiene “la existencia de algún régimen matrimonial es una consecuencia ineludible del matrimonio” (p, 15). La misma premisa es aplicable para el caso de las uniones de hecho. Sin embargo, en el matrimonio a diferencia de las

uniones de hecho existe una dualidad patrimonial, en tanto los cónyuges pueden optar por el régimen de sociedad de gananciales u el régimen de separación de patrimonios, el mismo que es objeto de esta investigación. En síntesis, podemos afirmar que no es concebible un matrimonio o una unión de hecho ausente de régimen patrimonial.

Gangi (citado por Vilcachagua, 2017), precisa que los regímenes patrimoniales se clasifican en individualistas y colectivistas, correspondiendo al primer grupo el régimen de separación de bienes y al segundo el de comunidad de bienes. En síntesis, la relevancia de la existencia de un régimen patrimonial se sustenta en que este debe responder a las “costumbres, la tradición, la organización familiar y todos los demás factores históricos, económicos y sociales de la realidad” (p, 20). Siendo que un régimen existente que no se adecue a estas necesidades está destinado al fracaso. En el caso de las uniones de hecho, creemos que el régimen patrimonial único que regula nuestro ordenamiento jurídico no se adecua a una realidad familiar totalmente diferente a la concebida por el legislador, pues estamos seguros que no faltaran convivientes que desean manejar su patrimonio de forma individual.

2. CLASIFICACIÓN DE LOS REGIMENES PATRIMONIALES

I. RÉGIMEN DE ABSORCIÓN DE LA PERSONALIDAD ECONÓMICA DE LA MUJER POR EL MARIDO

La celebración del matrimonio producía una concentración en manos del marido de todos los bienes de la mujer cuyo patrimonio, como universalidad, pasaba a la propiedad de aquel. Como único propietario, el marido era quien administraba y gozaba de ese patrimonio, del que podía disponer libremente;

soportaba todas las cargas del hogar y era el único responsable de las deudas. (Plácido, 2017, p. 27).

II. RÉGIMEN DE LA UNIDAD DE BIENES

El patrimonio de la mujer pasaba al marido en propiedad como una universalidad. Este tenía la administración, goce y disposición de dicho patrimonio como si fuera propio. A la disolución del matrimonio, la mujer o sus herederos recibían el valor de los bienes aportados. (Plácido, 2017, p. 28). Este régimen fue aplicado por ejemplo en Alemania y Suiza.

III. RÉGIMEN DE LA UNIÓN DE BIENES

Bajo este régimen el cambio fue que, si bien la propiedad de los bienes de ambos cónyuges permanece separada, el marido tiene “(...) la administración y el disfrute de todos los bienes, se apropia de todos los frutos y soporta las deudas”.

- A la disolución el marido debe reintegrar los bienes en especie.
- La mujer solo puede celebrar actos jurídicos como gestora o representante legal del marido dentro de los límites de la esfera doméstica.
- Las cargas del hogar pesan sobre el marido.
- Se aplicó en Alemania hasta 1953, en Francia (denominado régimen convencional bajo la denominación sin comunidad), en Portugal, el Código Portugués de 1867 lo llamo simple separación de bienes.

IV. RÉGIMEN DOTAL

“La dote es una institución relacionada con el matrimonio sine manu, en el cual la mujer seguía siendo propietaria de sus bienes,

mientras que la dote pasaba a ser propiedad del marido, quien debía restituirla a la disolución del matrimonio.” (Placido, 2017, p. 29”).

Cabe señalar que el elemento típico del régimen dotal es la inalienabilidad de los bienes que constituyen los bienes de la dote, más en su origen la dote no era inalienable. En las legislaciones que se admite la dote, esta puede ser enajenada únicamente con el consentimiento de los cónyuges o autorización social.

Este régimen se mantiene aún en los Códigos de Portugal, Grecia, Austria y Brasil, aunque se le denomina “régimen convencional”.

V. RÉGIMEN DE COMUNIDAD

Según Belluscio, (s/f) la comunidad se caracteriza por “la formación de una masa de bienes que se divide entre los cónyuges o sus herederos a la disolución del régimen. Puede ser universal o restringida, según comprenda todos los bienes de los esposos o solo parte de ellos” (p,10).

Ahora bien, como explica Belluscio, los regímenes señalados funcionan de forma diferente en cada sistema jurídico. Así pues, algunas legislaciones establecen un régimen legal único a diferencia de otras donde existe elección de optar por diferentes regímenes. En nuestro caso, en el Perú en cuanto respecta al matrimonio existe una dualidad patrimonial; sin embargo, en relación a las uniones de hecho se ha establecido un régimen legal único: el de comunidad de bienes.

Para Cornejo Chávez (1999), las modalidades de regímenes bajo el criterio de fusión o no de patrimonios tenemos: “i) régimen de comunidad

universal de bienes, y ii) régimen de separación de bienes y deudas; y además existe un régimen mixto de ambos”.

3. PROBLEMAS DE LA SOCIEDAD DE GANACIALES

Algunos de los problemas que presenta el régimen de sociedad de gananciales, se refleja en los ámbitos tributario, civil, bancario, etc. Por ejemplo, en el ámbito tributario bajo este régimen los cónyuges soportan una fiscalización más alta, así mismo tienen que tributar de forma conjunta, de otro lado en el ámbito civil se presenta una mayor exposición frente a terceros en el supuesto que alguno de los cónyuges tenga algún negocio autónomo o bienes autónomos, se verá directamente perjudicado por una deuda contraída de forma autónoma por el otro cónyuge. En el ámbito bancario, una supuesto perjudicial, podría darse en el caso de que alguno de los conyugues con anterioridad a la celebración del matrimonio este calificado de forma negativa por el sistema financiero, por deudas impagas sobre créditos, pagares, tarjetas de crédito, etc.; al momento de contraer matrimonio, el otro cónyuge se verá directamente perjudicado pues a pesar de tener una calificación positiva en el sistema financiero, no podrá acceder a ningún tipo de créditos en tanto para que ello sea posible el conyugue necesitaría también tener una calificación positiva.

Aunado a ello, el problema más relevante referido a este régimen patrimonial, tiene que ver con los actos de disposición. Problemática que incluso ha sido desarrollada por la Corte Suprema en el marco de la Audiencia del VIII Pleno Casatorio Civil, lo cual refleja su importancia y los graves problemas que genera. El punto en el que se centró la Corte Suprema fue en que, si este acto jurídico de disposición sin el consentimiento de uno de los cónyuges era nulo, ineficaz, inválido, etc. Frente a ello cada uno de los amicus curiae sustentaron a los Jueces Supremos sus posturas.

Lo curioso de la problemática señalada, es que hasta la fecha la Corte Suprema no expide el VIII Pleno Casatorio Civil, cuando incluso el IX Pleno Casatorio Civil ya ha sido resuelto. Ello genera que, a la fecha, los derechos de los cónyuges sujetos a este régimen no se encuentran protegidos debidamente frente a actos de disposición unilateral, lo que conlleva a que no se garantice además otro derecho fundamental como lo es el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pues el cónyuge perjudicado con estos actos jurídicos, se encuentra en un estado de incertidumbre total, en tanto no existe predictibilidad de las decisiones judiciales.

4. TRATAMIENTO DE LOS REGIMENES PATRIMONIALES EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Como ya se dijo en el punto anterior, nuestro actual Código Civil respecto al matrimonio contempla la dualidad patrimonial en tanto contempla el régimen de la sociedad de gananciales y el de separación de patrimonios. En este punto explicaremos ambos regímenes, aunque nuestra investigación está centrada en explicar la viabilidad de que a las uniones de hecho se les permite optar por el régimen de separación de patrimonios, por ello nos enfocaremos más en describir este régimen.

4.1. CARACTERÍSTICAS DE LA DUALIDAD DEL REGIMEN PATRIMONIAL

VARIABILIDAD DEL REGIMEN PATRIMONIAL

Esta característica solo es aplicable para el caso del matrimonio. Los cónyuges pueden elegir entre el régimen de sociedad de

gananciales y el régimen de separación de patrimonios. El Código Civil señala al respecto en su artículo 295°:

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

Si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad”.

De otro lado, en el artículo 297° del CC se señala:

“En el caso de hallarse en vigencia el régimen de sociedad de gananciales, cualquiera de los cónyuges puede recurrir al Juez, para que dicho régimen se sustituya por el de separación”.

Cabe señalar que, de toda la amplia gama de derechos reconocidos a los integrantes de las uniones de hecho, esta posibilidad de elección de regirse por uno u otro régimen es lo único que se ha proscrito expresamente en la Constitución actual vigente para los convivientes.

LA COMUNIDAD DE BIENES ES UN REGIMEN LEGAL SUPLETORIO

Solo se aplica en el caso de los cónyuges quienes, de no adherirse al régimen de separación de patrimonios, rige para ello el régimen de sociedad de comunidad de bienes o sociedad de gananciales.

El artículo 295° del Código Civil señala:

“Para que surta efecto debe inscribirse en el registro personal. A falta de escritura pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales”.

En el caso de las uniones de hecho no opera esta presunción, puesto que para los convivientes existe únicamente un solo régimen patrimonial: el de comunidad de bienes. De otro lado, es importante comentar este artículo, puesto que del mismo se advierte que la Ley establece que para optar por el régimen de separación de patrimonios en el caso de los cónyuges deben hacerlo por escritura pública, esto que se exige una forma ad solemnitatem.

Siendo ello así, nos preguntamos porque esta característica no sería aplicable a las uniones de hecho. Nosotros consideramos que no hay criterio objetivo alguna para que la misma regla que contiene el artículo 295° del Código Civil sea aplicable para los convivientes. Asimismo, no implicaría un incremento de costos para el Estado, pues los convivientes en aras de su principio de voluntad podrían elegir optar por el régimen de separación de patrimonios de forma sencilla, pues apersonándose a cualquier notaria podrían celebrar mediante escritura pública tal acto, la misma que por su naturaleza sería un acto inscribible en los registros públicos, debiendo crearse

un registro de separación de patrimonios para las uniones de hechos registradas.

EL PODER DOMÉSTICO

En el caso del matrimonio permite a los cónyuges realizar actividades que responden a sus actividades ordinarias de la familia y conservación del patrimonio, ambos cónyuges tienen el mismo poder doméstico; esta característica si es aplicable a las uniones de hecho.

Respecto a la normativa que respalda esta característica, encontramos el inciso 2, del artículo 2° de la Constitución Política actual que señala:

“A la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”.

De otro lado, el artículo 313° del Código Civil establece:

“Corresponde a ambos cónyuges la administración del patrimonio social. Sin embargo, cualquiera de ellos, puede facultar al otro para que asuma exclusivamente dicha administración, respecto de todos o de algunos de los bienes. En este caso, el cónyuge administrador, indemnizará al otro por los daños y perjuicios que sufra a consecuencias de actos dolosos y culposos”.

CARGAS DE LA FAMILIA

En el caso del matrimonio, cualquiera sea el régimen patrimonial que la gobierne, tiene responsabilidades relacionadas al sostenimiento del hogar. Al respecto, el artículo 287° establece:

“Los cónyuges se obligan mutuamente por el hecho del matrimonio a alimentar y educar a sus hijos”.

De otro lado, el artículo 316° del CC señala como cargas de la sociedad las siguientes:

- 1.- El sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes;
- 2.- Los alimentos que uno de los cónyuges este obligado a por ley a dar a otras personas;
- 3.- El importe de lo donado o prometido a los hijos comunes por ambos cónyuges;
- 4.- Las mejoras necesarias y las reparaciones de mera conservación y mantenimiento hechas en los predios propios, así como las retribuciones y tributos que los afecten;
- 5.- Las mejoras útiles y de recreo que la sociedad desee introducir en bienes propios de uno de los cónyuges con consentimiento de este;
- 6.- Las mejoras y reparaciones realizadas en los bienes sociales, así como los tributos y retribuciones que los afecte;

7.- Los atrasos o réditos devengados de las obligaciones a que estuviesen afectos, tanto los bienes propios como los sociales, cualquiera que sea la época a que correspondan;

8.- Las cargas que pesan sobre los usufructuarios respecto de los bienes propios de cada cónyuge; y

9.- Los gastos que cause la administración de la sociedad.

Cabe señalar que esta normativa descrita para el matrimonio, es totalmente aplicable a las uniones de hecho, independientemente del régimen patrimonial por el cual se rijan.

4.2. CARACTERÍSTICAS DE LA FORMACIÓN DEL PATRIMONIO

Se deben tener en cuenta los siguientes principios rectores:

ÉPOCA DE ADQUISICIÓN

Es importante tener en cuenta este principio, pues serán propios los bienes adquiridos antes de la celebración del matrimonio o aquellos que, pese a adquirirlos después proceden de una causa o título anterior; de otro lado, serán bienes sociales los bienes adquiridos durante el matrimonio.

Esta premisa es aplicable también a los convivientes, así pues, serán bienes propios aquellos que anteceden al inicio de la unión y hecho; y serán bienes comunes aquellos adquiridos durante la vigencia de la unión de hecho.

FORMA DE ADQUISICIÓN DE LOS BIENES

La regla respecto a este principio es que son bienes propios aquellos que son adquiridos aun durante la vigencia del matrimonio o unión de hecho a título gratuito.

ORIGEN DE LOS FONDOS EMPLEADOS EN LAS ADQUISICIONES

Según Aquize Cáceres (s/f), “en cuanto a las adquisiciones, si ellas tienen su origen en el empleo o fondos propios, lo adquirido será propio por subrogación legal” (p. 69).

4.3. ELEMENTOS DE LOS REGÍMENES PATRIMONIALES

ACTIVO PATRIMONIAL

BIENES PROPIOS

Son bienes propios aquellos que cada cónyuge o conviviente tuvo antes del comienzo de la unión de hecho y aquellos que hayan adquirido durante su vigencia por herencia, legado o donación. Según el artículo 302° del CC son bienes propios de cada cónyuge:

- 1.- Los que aporta al iniciarse el régimen de sociedad de gananciales;

- 2.- Los que adquiera durante la vigencia de dicho régimen a título oneroso, cuando la causa de adquisición ha procedido de aquella;
- 3.- Los que adquiera durante la vigencia del régimen a título gratuito;
- 4.- La indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades, deducidas las primas pagadas con bienes de la sociedad;
- 5.- Los derechos de autor e inventor;
- 6.- Los libros, instrumentos y útiles para el ejercicio de la profesión o trabajo, salvo que sean accesorios de una empresa que no tenga la calidad de bien propio;
- 7.- Las acciones y las participaciones de sociedades que se distribuyan gratuitamente entre los socios por reevaluación de patrimonio social, cuando esas acciones o participaciones sean bien propio;
- 8.- La renta vitalicia a título gratuito y la convenida a título oneroso cuando la contraprestación constituye bien propio;
- 9.- Los vestidos y objetos de uso personal, así como los diplomas, condecoraciones, correspondencia y recuerdos de familia.

BIENES SOCIALES

Según el artículo 310° del CC, son bienes sociales todos los no comprendidos en el artículo 302° del CC, incluso lo que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión, así como los frutos y productos de todos los bienes propios y de la sociedad y las rentas de los derechos de autor e inventor. También

tienen la calidad de bienes sociales los edificios construidos a costa del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose a este, el valor del suelo al momento de su reembolso.

PASIVO PATRIMONIAL

Respecto al pasivo patrimonial está conformado por las deudas y cargas de la sociedad de gananciales. Sobre el particular cabe precisar que las deudas personales responden con el patrimonio propio, no obstante, puede alcanzar el patrimonio social y eventualmente al otro cónyuge si se contrajeron en beneficio del futuro hogar o en provecho de la familia; esta regla es plenamente aplicable también a las uniones de hecho.

5. TRATAMIENTO DEL REGIMEN PATRIMONIAL DE LAS UNIONES DE HECHO EN EL PERÚ

Como se ha venido analizando en los capítulos anteriores la unión de hecho es una realidad que se remonta a la conformación de la sociedad en sí misma, pues todo tipo de familia comparte un elemento indiscutible: la convivencia. En puridad al igual como ocurre en el matrimonio, la unión de hecho es fuente generadores de efectos patrimoniales; así pues, debemos empezar explicando que se entiende por “régimen patrimonial”. Es importante de antemano precisar que se entiende por patrimonio, en términos sencillos comprende a los activos y pasivos de los cuales es titular una persona.

De otro lado, para explicar el régimen patrimonial de la unión de hecho, debemos necesariamente delimitar lo que se entiende por régimen patrimonial del matrimonio, puesto que tal régimen como señala nuestro Constitución Política vigente es el único aplicable a este tipo de familia. La

UNAM (s/f: 43) la define como: “El conjunto de normas jurídicas a través del cual se regula la relación económica y/o de administración y propiedad de los bienes adquiridos durante el matrimonio ya sea entre los cónyuges o de estos frente a terceros”. En ese sentido, el régimen patrimonial en las uniones de hecho sería el conjunto de normas jurídicas que regula la relación económica y/o de administración y propiedad de los bienes adquiridos durante la vigencia de la unión de hecho ya sea entre los convivientes o de estos frente a terceros”.

Por su parte, Castro Avilés (2014) señala que “(...) el patrimonio de la unión de hecho está conformado por los bienes propios y bienes sociales de cada conviviente, incluidas las deudas, las cargas y el menaje del hogar” (p, 101). En relación a los bienes estos comprenden tanto los bienes que se han adquirido antes de iniciarse la unión de hecho, así como los que hayan sido adquiridos por cualquier título durante su vigencia

De otro lado, Peralta Andía (2008) señala que desde el momento que concurren los requisitos necesarios para la configuración de la unión de hecho propia, de forma automática se origina una comunidad de bienes que queda regida a las normas relativas de la sociedad de gananciales, por lo que “los convivientes no podrán acogerse al régimen de la sociedad de gananciales” (p, 142).

Siendo ello así debemos detenernos a analizar cuál es ese conjunto de normas jurídicas aplicables a la unión de hecho, puesto que como afirma el artículo 5° de la Constitución Política vigente: “*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*”. Bajo ese entendido debemos analizar que normas del régimen patrimonial del matrimonio son

o no aplicables a la relación económica que genera la unión de hecho entre los convivientes.

5.1. TRATAMIENTO DEL REGIMEN PATRIMONIAL EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1936

Durante la vigencia del Código Civil de 1936, los cónyuges no se contaban con la dualidad del régimen patrimonial, así los conyugues únicamente podían regirse bajo el régimen de sociedad de gananciales. Únicamente la separación de bienes era posible si se iniciaba un proceso judicial debido a la mala administración de alguno de los conyugues.

Esta forma de concebir la relación económica entre conyugues trajo consigo muchas injusticias, puesto que se tenía al marido por jefe del hogar y no solo ello, sino que contaba con amplias facultades de director y representante de la sociedad conyugal, lo cual implicaba que la esposa se encuentre en una situación desproporcionada respecto a las decisiones de índole patrimonial (Aguilar Llanos, 2016: 185).

Bajo el actual Código Procesal Civil la sociedad de gananciales es un patrimonio autónomo. Ello se advierte del su artículo 57° “Toda persona natural o jurídica, los órganos constitucionales autónomos y la sociedad conyugal, la sucesión indivisa y otras formas de patrimonio autónomo, pueden ser parte material en un proceso. De otro lado, el artículo 65° define al patrimonio autónomo como “Existe patrimonio autónomo cuando dos o más personas tienen un derecho o interés común respecto de un bien sin constituir una persona jurídica. En relación a la representación si son demandantes cualquier de sus integrantes puede intervenir, si son demandados la representación recae en la totalidad de sus integrantes.

5.2. TRATAMIENTO DEL RÉGIMEN DEL MATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984

El actual Código Civil cabe señalar que fue promulgado años después de que entre en vigencia la Constitución Política de 1979, la cual tomando en consideración la problemática de desigualdad que existía entre los conyugues estipulo que tanto hombres y mujeres somos iguales ante la Ley, lo que evidentemente repercutió de forma positiva en la presencia de la mujer dentro del sistema matrimonial, con especial referencia al régimen patrimonial.

Bajo esta nueva concepción de igualdad entre los conyugues el Código Civil recogió adecuadamente la dualidad del régimen patrimonial, ello bajo la fuerte influencia del derecho comparado dado que la mayoría de ordenamientos contaba con la posibilidad de que los cónyuges opten por uno u otro régimen.

Tal reconocimiento se debió entre otras razones a: i) facilitar el tráfico mercantil de los bienes, toda vez que bajo el régimen de sociedad de gananciales ambos conyugues tiene que participar en la celebración de cualquier tipo de contrato que implique disposición de bienes; ii) por el empoderamiento de la mujer, toda vez que la importancia del rol de la mujer en los diversos ámbitos sociales exigía que se permita la posibilidad de que la mujer pueda manejar su propio patrimonio.

Así pues, el Título III del Código Civil (en adelante CC) desarrolla el Régimen Patrimonial del Matrimonio, para lo cual en primer lugar agrupo un conjunto de normas en tres capítulos: Disposiciones Generales, Sociedad de Gananciales, y Separación de Patrimonios. Así pues, analizaremos especialmente el primer grupo de normas puesto que

contiene la normativa referida al régimen patrimonial del matrimonio, el cual explicaremos a efectos de determinar si son o aplicables, en qué grado y bajo qué circunstancias a las uniones de hecho. Este primer grupo ofrece las siguientes normas:

<p>Art. 295° del CC</p>	<p>“Antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento. Si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar por escritura pública bajo sanción de nulidad. Para que surta efecto debe inscribirse en el registro personal. A falta de escritura pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales”.</p>
<p>Art. 296 del CC</p>	<p>“Durante el matrimonio, los cónyuges pueden sustituir un régimen por otro. Para la validez del convenio son necesarios el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el registro personal. El nuevo régimen tiene vigencia desde la fecha de la inscripción”.</p>

<p>Art. 297° del CC</p>	<p>“En el caso de hallarse en vigencia el régimen de sociedad de gananciales, cualquiera de los cónyuges puede recurrir al Juez para que dicho régimen se sustituya por el de separación, en los casos a que se refiere el artículo 329°”.</p>
<p>Art. 298° del CC</p>	<p>“Al terminar la vigencia de un régimen patrimonial se procederá necesariamente a su liquidación”.</p>
<p>Art. 299° del CC</p>	<p>“El régimen patrimonial comprende tanto los bienes que los cónyuges tenían antes de entrar aquel en vigor como los adquiridos por cualquier título durante su vigencia”.</p>
<p>Art. 300° del CC</p>	<p>“Cualquiera que sea el régimen en vigor, ambos cónyuges están obligados a contribuir al sostenimiento del hogar según sus respectivas posibilidades o rentas. En caso necesario, el Juez reglará la contribución de cada uno”.</p>

Para empezar de una lectura del artículo 295° del Código Civil se desprende que existen dos regímenes patrimoniales que pueden ser aplicables al matrimonio: la sociedad de gananciales y la separación de patrimonios. Así pues, los cónyuges pueden optar libremente por uno u otro régimen. Asimismo, se estipula expresamente que en caso los cónyuges opten por el régimen de separación de patrimonio tal manifestación de voluntad debe constar por escritura pública. Por último,

se precisa que para que surta efecto debe inscribirse en el registro personal de separación de patrimonios de los Registros Públicos. De tal forma, se advierte que por un lado la Ley señala de forma expresa la forma bajo la cual debe celebrarse el acto jurídico (escritura pública); y de otro lado se señala claramente que este acto jurídico tiene naturaleza constitutiva registral, pues solo surtirá efectos a partir de su inscripción, contrario sensu no tendrá efecto alguno.

Esta norma no es aplicable a las uniones de hecho, puesto que este tipo de unión familiar se encuentra sometida únicamente al régimen de sociedad de gananciales, es decir no tienen opción a optar por un régimen de separación de patrimonios ex ante el reconocimiento de la unión de hecho.

Por su parte, en base al artículo 296° del Código Civil regula la sustitución del régimen patrimonial durante la vigencia del matrimonio, de igual forma se exige que la forma de celebración del acto jurídico se realice por escritura pública; y del mismo modo que surtirá efectos a partir de su inscripción registral. Esta norma tampoco es aplicable a las uniones de hecho, pues están se encuentran sometidas de forma injusta únicamente al régimen de sociedad de gananciales en cuanto fuera aplicable.

En relación a los artículos 298°, 299° y 300° del Código Civil no cabe duda que si son aplicables a las uniones de hecho en cuanto se limite a la sociedad de gananciales sin considerar al régimen de separación de patrimonios. Habiendo analizado cada una de las normas referidas al régimen patrimonial de del matrimonio corresponde analizar cuáles son los motivos por los cuales la separación de patrimonios no podría ser aplicable a las uniones de hecho. En ese extremo también corresponderá responder si el artículo 5° de nuestra Constitución Política actual es inconstitucional y/o vulnera el principio de igualdad y libre desarrollo de la

persona, para lo cual será necesario delimitar previamente estos conceptos.

6. REGIMEN DE SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS

Bajo este régimen “cada cónyuge mantiene la propiedad de los bienes presentes y de los que adquiere durante el matrimonio; administra, goza y dispone libremente de ellos y responde exclusivamente por las deudas que contrae”. Su denominación varía en el derecho comparado, así por ejemplo es denominado *régimen legal* en Austria, Inglaterra, Estados Unidos, Escocia, Irlanda del Norte, Irlanda, Canadá, Australia, Grecia, Turquía, Japón, Cataluña y Guatemala. Por otro lado, es denominada *régimen convencional* en Alemania, Suiza, Francia, Bélgica, Italia, Mónaco, Portugal, Brasil, España, Aragón, Chile, México, Paraguay, Perú y Uruguay (Placido, 2017, p. 31).

Por su parte, Belluscio (2014), señala que bajo el régimen de separación de patrimonios “los intereses de los cónyuges siguen siendo independientes a pesar de la celebración del matrimonio” (p,11). Según Aquize Cáceres (), este régimen es aplicable actualmente en nuestro país, sus defensores consideran que “lejos de los intereses de un cónyuge por el otro se mantiene una comunidad espiritual de vida entre ellos, sostienen que no es una fuente de desacuerdos sino, al contrario, una garantía de concordia” (p, 63).

Cabe señalar que a diferencia del régimen de sociedad de gananciales el de separación de patrimonios requiere su inscripción en los Registros Públicos. Asimismo, es importante indicar que se puede llegar a este régimen de forma voluntaria, es decir cuando los cónyuges así los deciden y exteriorizan su voluntad a través de una Escritura Pública. Sin embargo, no es la única forma de llegar a este régimen, pues el régimen de

separación de patrimonios es fijado por el Juez, a pedido del cónyuge agraviado, cuando el otro abusa de las facultades que les corresponden o actúa con dolo o culpa. Un último caso en el cual se establece este régimen se da frente al quiebre de uno de los cónyuges.

El régimen de separación de patrimonios, tiene larga data, se originó en el derecho romano, llegándose a plasmar en aquellos matrimonios denominados “sine manu”, bajo los cuales “la mujer permanecía sujeta a la potestad de su paterfamilias y conservaba los derechos sucesorios de la familia de origen. Asimismo, se le reconocía la propiedad de sus bienes, y la posibilidad de adquirir otros” (Lerario, 2016, p.34).

Respecto a la cita anterior se advierte pues que, bajo este régimen, de cierta forma se protegía los bienes de la mujer. Actualmente, bajo este régimen patrimonial, cada conyugue conserva la titularidad de la propiedad de sus bienes anteriores, presentes y futuros mientras este en vigencia el matrimonio. Así pues, cada uno, puede disponer de sus bienes y son responsables por las deudas que contraigan a título personal, y por ende también administra de forma independiente sus ganancias.

7. VENTAJAS DEL REGIMEN DE PATRIMONIOS

El régimen patrimonial de separación de patrimonios, si bien es catalogado como el menos solidario en tanto fomentaría el individualismo de cada de los conyugues, no puede negarse que ofrece una serie de ventajas en los ámbitos tributario, civil, bancario, etc.

Desde el ámbito tributario bajo este régimen cada uno de los conyugues tributa de forma individual, lo cual implica un grado de fiscalización menor y más llevadero. En cuanto al ámbito civil, en lo que respecta a las

obligaciones de los cónyuges, cada uno responde de forma individual por ellos, y frente a un eventual incumplimiento solo serán afectados los derechos y bienes que sean titular del cónyuge deudor, de esta forma se deja a salvo a un cónyuge que en muchos casos no ha sido beneficiado en absoluto con un crédito, o también frente a una separación únicamente se verá afectado el conyugue titular del crédito.

De otro lado, en cuanto al ámbito bancario al responder cada conyugue por sus obligaciones, ninguno se vería afectado al momento de solicitar un crédito por el historial crediticio negativo del otro. Lo cual sin duda genera mayores oportunidades para que cada uno de los cónyuges puede entre otras cosas emprender, y crecer financieramente.

Otro punto muy importante de destacar, es que bajo este régimen no se producirían disposiciones unilaterales sin el consentimiento de alguno de los conyugues, cerrando así la problemática que aún no resuelve el VIII Pleno Casatorio Civil, ello devendría en la inexistencia de estos casos, que aligeraría la carga procesal de nuestro Poder Judicial, no se vulneraría el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, y habría plena predictibilidad de las decisiones judiciales.

Otro aspecto a favor es que bajo este régimen patrimonial un proceso de separación o divorcio resultaría ser más sencillo. En el caso del divorcio convencional por ejemplo se pide como uno de los requisitos esenciales el acta de separación de patrimonios y cambio de régimen patrimonial, que tiene elevarse a Escritura Pública, lo cual no sería necesario si los conyugues hasta antes de su separación se rigen por el régimen patrimonial de separación de patrimonios. De igual forma, en un proceso de divorcio judicial, el Juez tiene que poner fin al régimen de sociedad de gananciales y pronunciarse respecto a los bienes adquiridos durante la vigencia del matrimonio, lo cual no tendría que hacerse bajo este régimen, volviendo así más sencillos este tipo de procesos.

Estas ventajas han hecho que la realidad familiar cambie. En tal sentido, señala el Diario Correo (2018) que existe un incremento considerable en las parejas que optan por el régimen de separación de patrimonios, que en sus términos consiste en:

“Un régimen de individualización de bienes, es decir, cada cónyuge tiene la administración, disposición y gestión de deudas y acreencias de su patrimonio. Por ello, el patrimonio de uno de los cónyuges no se verá afectado por los actos que realice el otro”.

Entre otras razones, el régimen de separación de patrimonio consolida el principio de autorresponsabilidad o autonomía personal, que implica la libertad de los sujetos de tomar decisiones personales, sin intervención estatal, ni de terceros en general. Bajo este principio “concede a todos los hombres una prerrogativa, según la cual pueden disponer de su actuar, de su vida, de su cuerpo libremente. A su vez, esta facultad de obrar lleva implícita, la de no reaccionar, o de oponerse a toda posibilidad” (María Elina Lerario Ovejero, 2016, p.36).

En concreto, podemos señalar que este régimen promueve los principios de libertad de estipulación, igualdad jurídica de los cónyuges y el principio de flexibilidad o de mutabilidad del régimen económico matrimonial.

Los dos primeros principios son elementales en toda sociedad democrática, se materializa en el caso de los regímenes patrimoniales, con la posibilidad de optar por uno u otro régimen, lo cual garantiza además el principio transversal de libertad personal, en tanto se permite a los cónyuges optar por un régimen económico según sus convicciones o intereses, extremo con el cual se concreta además el principio de libertad de estipulación, reconociéndose la voluntad de los sujetos, “que pueden adoptar como régimen económico de su matrimonio proyectado o ya contraído” (p. 92), que permite concretar sus elementos y contenidos.

Respecto al principio de igualdad jurídica y el principio de flexibilidad o de mutabilidad, consiste en la amplia libertad de los conyugues de variar su régimen económico matrimonial o, sin variar de régimen, de alterar o modificar su contenido. Se concreta este principio dado que no se prohíbe a los cónyuges la variación de uno u otro régimen. Así pues, estos cambios se pueden deber a circunstancias familiares, económicos, fiscales, profesionales, laborales, etc.

Por otra parte, Martínez (s/f), precisa que este régimen patrimonial es más conveniente debido a su libertad de actuación sencilla, y posee una normativa fácil de comprender por su sencillez y simplicidad. Señalar que son varios los motivos que llevan a elegir a los cónyuges este régimen.

Uno de los motivos que expone Martínez, se genera debido a un interés económico notable entre el patrimonio de cada conyugue o en la actividad económica o profesional que cada uno desarrollará. Casos de contrayentes pertenecientes a familias de grandes industriales, se trata pues de la conservación del patrimonio y de la fortuna dentro de un grupo familiar.

También se puede traducir en impedir la participación de un cónyuge en el patrimonio del otro, sobre todo en previsión de que no haya hijos comunes, en otras ocasiones la elección de este régimen separatista viene motivada por el deseo de “disipar cualquier duda o sospecha de matrimonio de conveniencia. Se trata de evitar que la ganancia previsiblemente elevada de un cónyuge puede ser interpretadas como sospechosas de ese matrimonio” (Martínez, s/f, p, 99-100).

Por su parte, a nivel nacional Castillo Freyre, ha señalado ya que este régimen patrimonial es más eficiente debido a las siguientes razones:

a) Claridad

Tal ventaja se refleja, toda vez que la propiedad de los bienes es totalmente clara, pues pertenecerán al marido o a la mujer, no existiendo otra posibilidad.

b) Incentivos

“Esta realidad representa, sin duda, un incentivo para que, desde el principio, ambos cónyuges trabajen fuera del hogar y busquen obtener los mayores ingresos en beneficio propio y de la familia. Estimamos que, si la regla fuera la separación de patrimonios, las mujeres harían respetar mucho más su derecho a trabajar, y el que los roles en el hogar sean compartidos, pues en caso de no serlo, tal situación redundaría en el perjuicio económico presente y futuro de la mujer” (Castillo, 2018, p, 14).

Respecto a la cita anterior, coincidimos que bajo la aplicación de este régimen patrimonial los roles en el hogar serían compartidos, lo cual creemos disminuiría los índices de violencia familiar, pues no existiría una dependencia económica de alguno de los cónyuges.

Sin embargo, respecto a todas las ventajas hasta ahora expuestas no tiene como beneficiarios a los integrantes de las uniones de hecho, quienes solo pueden regirse por el régimen de comunidad de bienes, lo cual evidencia una afectación al principio de libertad personal y una falta de criterio de nuestro legislador.

Cabe señalar que la elección de este régimen obedece a los profundos cambios sociológicos de nuestra sociedad, en la relaciones personales y familiares, económicas, así como en el marco legal y político. Asimismo, se debe a la evolución de los paradigmas, en cuanto respecta a los roles y actividades del hogar, siendo una realidad actual el empoderamiento de la mujer y la trascendencia del trabajo de la mujer fuera del hogar.

8. REGULACION DE SEPARACION DE PATRIMONIOS EN EL PERÚ

El régimen de separación de patrimonios se encuentra regulada en los artículos 327° a 331° del Código Civil.

Para empezar el artículo 327° estipula que “en el régimen de separación de patrimonios, cada cónyuge conserva a plenitud, la propiedad, administración y disposición de sus bienes presentes y futuros, y le corresponden los frutos y productos de dichos bienes”.

El artículo 328° aclara “cada conyugue responde de sus deudas con sus propios bienes”.

Por su parte el artículo 295°, precisa que la oportunidad para pactar el régimen de separación de patrimonios es antes de la celebración del matrimonio, el mismo que debe constituirse por escritura pública, y comenzara a regir al momento de celebración del matrimonio.

Cabe señalar que la formalidad del acto jurídico, es decir que sea celebrado por escritura pública, se establece bajo sanción de nulidad, y no surte efectos frente a terceros, hasta que no se inscriba en el registro personal de los Registros Públicos.

9. ¿ES INCONSTITUCIONAL EL ARTÍCULO 5° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993?

El TC en relación al principio de igualdad ha distinguido entre discriminación y diferenciación. En torno a este último concepto señala:

“La diferenciación debe perseguir una intencionalidad legítima, determinada, concreta y específica, cuyo fin sea la consecuencia o aseguramiento de un bien o valor constitucional, o de un bien o valor constitucionalmente aceptable. Es decir, deberá asentarse en una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con certeros juicios de valor generalmente aceptables. En ese sentido, no cabe hablar válidamente de un proceso diferenciador de trato, cuando este se basa en un supuesto de hecho o situaciones subjetivas”
Según STC., Exp N° 0261 – 2003 – AA, 26/03/03, F.J. 3.2.

Sobre este mismo concepto en otra sentencia ha señalado que la diferenciación “(...) está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causa objetivas y razonables. “. Según STC., Exp. N° 0048 – 2004 – AI, 01/04/2005, F.J. 62.

Por otro lado, en cuanto a la discriminación ha señalado que implica “(...) el trato diferenciado que se da a una persona por determinadas cuestiones, lo que imposibilita su acceso a oportunidades esenciales a las que otros, en su misma condición tienen derecho”. Según STC., Exp. N° 0090 – 2004 – AA, 05/07/2004, F.J. 43.

Por su parte, la doctrina Fornes (2000) precisa que no es inconstitucional – valga decir contra del principio de igualdad – la ausencia de igualdad de tratamiento normativo, en todos los aspectos y en extremos de las uniones matrimoniales y uniones de hecho. Ello obedece a que no se debe aplicar

a las uniones de hecho normas jurídicas que regulan el matrimonio, sencillamente porque no estamos frente a un matrimonio.

Bajo esa línea de ideas, también se ha pronunciado García (2016) al señalar:

“carece de sentido equiparar matrimonio con unión de hecho. Si una persona desea unirse en matrimonio con otra asume todas las consecuencias jurídicas que de ello se deriva. Cuando una persona opta por la mera convivencia con otra, no está asumiendo los compromisos legales que del matrimonio se deriva”. (p. 137)

En ese sentido, se advierte que no existe impedimento constitucional para que ambas instituciones familiares tengan un tratamiento diferente. Sin embargo, creemos que es factible permitir que las uniones de hecho opten por un régimen de separación de patrimonios, ello en aras del principio de igualdad y libre desarrollo de la personalidad. Puesto que se debe entender que los integrantes de las uniones de hecho han escogido un tipo de familiar distinto a la unión familiar tradicional: matrimonio; en tal sentido deben contar con las mismas opciones patrimoniales, toda vez que ello no desnaturalizaría en absoluto la esencia de ambas instituciones familiares.

10. DERECHOS VULNERADOS AL NO PERMITIRSELES EL REGIMEN DE SEPARACION DE PATRIMONIOS EN LAS UNIONES DE HECHO

Para un mayor entendimiento, analizaremos lo expuesto en el párrafo anterior tomando en consideración lo señalado por el TC respecto al trato diferenciado y discriminatorio:

- i) ¿NO PERMITIR A LAS UNIONES DE HECHO OPTAR POR UN RÉGIMEN PATRIMONIAL U OTRO CONSTITUYE UN TRATO DIFERENCIADO?**

Como se ha explicado para el TC puede existir un trato diferenciado en relación a dos instituciones jurídicas siempre y cuando existan motivos objetivos y razonables. En otras palabras, todo trato diferenciado debe ser justificado. Sin embargo, este supuesto no se configura en el caso analizado.

Para Huerta (2005), todo trato diferenciado debe enmarcarse dentro de los siguientes lineamientos:

“i) El trato diferenciado debe llevarse a cabo respecto a personas que se encuentran en una situación de desigualdad; ii) El trato diferenciado debe sustentarse en un objetivo legítimo (principio de razonabilidad). Esto significa que la diferenciación debe basarse en causas o motivos objetivos y razonables. Estas causas o motivos pueden ser de diferente índole, no necesariamente relacionados con la necesidad de garantizar algún valor constitucional, sino orientados a enfrentar una situación de desigualdad; iii) El trato diferenciado debe guardar una relación con el objetivo legítimo que se desea alcanzar (principio de racionalidad); y iv) El trato diferenciado debe aplicarse o llevarse a cabo en forma proporcional al objetivo legítimo que se desea alcanzar (principio de proporcionalidad)”. (p, 314)

Analizaremos cada uno de estos lineamientos para demostrar que el no permitir a los integrantes de las uniones de hecho optar por un régimen distinto al régimen de comunidad de bienes, constituye en sentido estricto un trato diferenciado.

a) El trato diferenciado debe llevarse a cabo en relación a sujetos en una situación de desigualdad

Este lineamiento no se cumple, y no resiste el mínimo análisis, pues tanto conyugues como los integrantes de las uniones de hecho, constituyen una forma de constituir una familia. Además, ambas formas, se encuentran reconocidas a nivel constitucional, asimismo tanto el matrimonio como las uniones de hecho generan por no decir todos, los mismos derechos. Siendo ello así no se cumple desde este punto de vista con estar frente a una situación de desigualdad.

b) El trato diferenciado debe sustentarse en un objetivo legítimo

Consideramos que el no permitir a los integrantes de las uniones de hecho optar por el régimen patrimonial de separación de patrimonios, no persigue un objetivo legítimo, pues no se encuentra justificante para ello. Muy por el contrario, se está negando que se beneficien con las ventajas que este régimen ofrece.

c) El trato diferenciado debe perseguir un objetivo legítimo

Al no contar con un fin legítimo, el trato diferenciado que se da a cónyuges e integrantes de las uniones de hecho, no podría perseguir un objetivo legítimo, así pues, no se cumple con este lineamiento.

d) El trato diferenciado debe aplicarse de forma proporcional

El trato diferenciado entres los integrantes de las uniones de hecho y los cónyuges no es nada proporcional, pues no hay justificante alguno para que no se les permita optar por un

régimen patrimonial distinto; y de otro lado permitirlo, no implicaría de ningún modo mayor inversión por parte del Estado.

En conclusión, como se puede dar cuenta, estamos frente a una institución que constituye una forma más de fundar una familia al igual que el matrimonio, por ende en cuanto sea aplicable y no se desnaturalice su esencia de cada una de estas instituciones deben tener los mismos beneficios y derechos; consecuentemente el régimen patrimonial al no desnaturalizarlas tanto más que la Constitución ha previsto para las uniones de hecho consecuencias jurídicas de un régimen patrimonial común, no se advierte razón alguna para que no se permita a los convivientes optar por un régimen patrimonial distinto.

ii) **¿NO PERMITIR A LAS UNIONES DE HECHO OPTAR POR UN RÉGIMEN PATRIMONIAL U OTRO CONSTITUYE UN TRATO DISCRIMINATORIO?**

Según el artículo 2° de la Constitución Política de 1993, inciso 2, toda persona tiene derecho a:

“A la igualdad ante la ley, de oportunidades y de trato. Está prohibida toda forma de discriminación, sea cual fuere su origen, que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos fundamentales. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que el varón. El Estado y la sociedad promueven las condiciones y medidas positivas para que real y efectivamente nadie sea discriminado”.

Este mandato constitucional de no discriminación, tal como afirma Huerta (2005), implica que:

“Ninguna autoridad estatal puede llevar a cabo un trato desigual entre las personas. Sin embargo, la prohibición de discriminación también puede ser entendida en un sentido más estricto, referido únicamente a la prohibición de llevar a cabo cualquier trato desigual que afecte el ejercicio de los derechos fundamentales”. (p, 310)

Por otra parte, según Resurrección (2017), se puede distinguir entre discriminación en sentido amplio y discriminación en sentido estricto. La discriminación en sentido amplio hace referencia a toda infracción en general al principio de igualdad. En cambio, bajo la discriminación en sentido estricto, se refiere a aquella violación de la igualdad, en la que concurre algunos de los criterios de diferenciación prohibidos por el ordenamiento como lo son el sexo, la religión, la raza, etc.

Teniendo en cuenta que la discriminación se configura cuando se imposibilita el acceso a determinadas oportunidades esenciales a los que otros en su misma condición tienen, en el caso analizado sí se presenta un trato discriminatorio que perjudica a los convivientes. Aplicando la diferenciación de la discriminación en sentido amplio y estricto, podríamos decir que, en el caso de los integrantes de la unión de hecho, son víctimas de una discriminación en sentido amplio

Lo señalado se justifica en tanto al estar frente a una institución que constituye una forma más de fundar una familia, al igual

que el matrimonio, sus integrantes deben tener las mismas opciones y posibilidades, así pues, siendo que régimen patrimonial no constituye un aspecto que afecta la esencia de esta institución, los convivientes deben tener el derecho a optar por uno u otro régimen patrimonial.

11. ¿RAZONES POR LAS CUALES NO PERMITIR A LOS CONVIVIENTES OPTAR POR UN RÉGIMEN DIFERENTE A LA SOCIEDAD DE BIENES VULNERA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONA?

Según Villalobos Badilla (2012) el derecho al libre desarrollo de la persona es conceptualizado como: “aquel derecho que posee todo ser humano de desarrollarse, autodeterminar, diseñar y dirigir su vida según su voluntad, conforme a sus propósitos, proyecto de vida, expectativas, intereses, vocación, deseos, preferencias e inclinaciones” (p, 64).

Por su parte, Moral (2012) sostiene que:

El derecho al libre desarrollo de la personalidad se ubica en los derechos fundamentales cuyo objeto tiene la particularidad de tutelar una esfera vital del individuo, esto es, la construcción de su plan o proyecto vital, pero que al mismo tiempo describe un comportamiento genérico, pues ciertamente ampara, como norma abierta, diversas posibilidades de comportamientos o conductas que pueden ser muy dispares, a través de las cuales el individuo ejerce tal derecho, asegurando de esta forma un hacer permitido que puede oponer a terceros. (p, 66)

Queda claro, entonces que el derecho al desarrollo de la libre personalidad implica que el sujeto tiene una garantía de alternativas, a las

cuales puede acceder y que dependan de los intereses, convicciones y particularidades de cada individuo.

Así pues, siendo que la configuración que da lugar a la unión de hecho obedece a la libre voluntad de sus integrantes, el de adoptar este tipo de unión familiar, se debe entender que el fundar este tipo de familia constituye un aspecto del derecho al libre desarrollo de la persona, entendido bajo la libertad que tiene la persona de autodeterminar su vida según su voluntad de acuerdos a sus intereses y preferencias.

Por otra parte, la igualdad no solo es un principio sino un derecho fundamental de gran relevancia que tiene protección tanto nacional como supranacional. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 26° establece:

“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación (...)”.

El derecho a la igualdad presenta dos dimensiones, una dimensión autónoma, es decir se debe garantizar la igualdad ante la Ley y la igual protección de la Ley “están garantizadas en sí mismas y no meramente en el contexto de una amenaza hacia otro derecho” (Bayefsky: 03). De otro lado, tiene una dimensión abierta bajo la cual se debe entender que la protección a la igualdad no se debe circunscribir a ciertos supuestos, sino que “las libertades fundamentales deben respetarse sin distinción, en cuanto a un número limitado de motivos establecidos: sexo, raza, idioma, religión, etc.” (p: 05).

Tomando como base estas definiciones veamos si el que no se permita optar por el régimen de separación patrimonial a las uniones de hecho vulnera el principio de igualdad. Así pues, está claro que el principio de igualdad exige que se garantice la “igualdad ante la ley” y la “igualdad de protección de la ley”. Ahora bien, consideramos que la igualdad ante la ley únicamente se contraviene en parte, puesto que no se vulnera esta exigencia toda vez que estamos frente a dos instituciones diferentes que no pueden tener un tratamiento igual absoluto frente a la ley, por el contrario, es esencial que se regulen ciertas distinciones en cuanto sea aplicable. En ese sentido, conviene preguntarse si el no permitir a las uniones de hecho optar por un régimen patrimonial distinto a la sociedad de bienes desnaturaliza la figura familiar de las uniones de hecho. Nosotros consideramos que no la desnaturaliza, puesto que el elemento esencial: la convivencia, se mantendrá incólume.

De otro lado, se exige la igualdad de protección de la Ley; así pues él no permitir que los integrantes de las uniones de hecho opten por un régimen patrimonial distinto al de la sociedad de gananciales, no otorga un trato igualitario de protección en comparación con los cónyuges, de esta forma además se genera efectos negativos para el tráfico comercial de bienes puesto que ambos convivientes necesariamente tendrían que manifestar su voluntad para realizar cualquier acto de disposición; y de otro lado no permite a los convivientes manejar de forma individual su patrimonio.

Luego de explicar los motivos por los cuales el artículo 5° de la Constitución Política actual debe ser modificado. Desarrollaremos los criterios a favor por los cuales se debe permitir que las uniones de hecho opten por un régimen patrimonial distinto a la sociedad de bienes:

- a) Reconocer la dualidad de regímenes patrimoniales: sociedad de gananciales y separación de patrimonios a las

uniones de hecho no altera la esencia de las uniones de hecho.

- b)** Reconocer la dualidad de regímenes patrimoniales: sociedad de gananciales y separación de patrimonios a las uniones de hecho promueve el principio de igualdad.
- c)** Reconocer la dualidad de regímenes patrimoniales: sociedad de gananciales y separación de patrimonios garantiza el libre desarrollo de los integrantes de las uniones de hecho.
- d)** Reconocer la dualidad de regímenes patrimoniales no colisiona con ninguna norma de orden constitucional, ni mucho menos con norma alguna de rango inferior, en otros términos, no colisiona con nuestro sistema jurídico y por el contrario su viabilidad promovería derechos fundamentales: igualdad y libre desarrollo de la personalidad.

Por último, cabe señalar que el principio de proporcionalidad impone “actuar con ponderación, razonabilidad, igualdad material (trato igual a lo igual), medidas legislativas de intervención para garantizar en el plano de lo real la eficacia de los derechos” (Armenta, p, 126). Teniendo en cuenta ello, aplicaremos el test de proporcionalidad a nuestra investigación, el cual como sabemos está conformado por tres subprincipios: subprincipio idoneidad; subprincipio de necesidad; y subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

a) Juicio de Idoneidad

Según Sosa (2000) este subprincipio consiste en “realizar un examen de razonabilidad para conocer si la intervención al derecho o principio afectado conlleva una finalidad de relevancia

constitucional” (p, 175). El Tribunal Constitucional señala que su aplicación supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad o suficiencia de la medida utilizada. STC. Exp. N° 0048-2004-PI-TC, del 03 de enero de 2005, F.J. 65.

Siendo ello así, la legitimidad constitucional del objetivo en nuestro caso sería el promocionar derechos fundamentales como la igualdad y el ejercicio de la libre personalidad; y la idoneidad o suficiencia utilizada sería el permitir la dualidad patrimonial a los integrantes de las uniones de hecho.

b) Subprincipio de Necesidad

En relación a este subprincipio, Sosa (2000) señala que “si no existe una medida igualmente satisfactoria que la analizada, pero menos lesiva para el derecho o el bien intervenido” (p, 178). Para su realización, se debe formular medidas hipotéticas (inventadas) que sean más eficientes, de hallarse alguna, que sea menos lesiva, no obstante alcance el mismo objetivo y finalidad, el test de necesidad no habrá sido superado.

Siendo ello así, en nuestro caso la medida utilizada es permitir a los integrantes de las uniones de hecho la dualidad patrimonial, situación que fácil de llevar a cabo bajo las mismas normas y forma aplicable al régimen dual patrimonial. Con dicha medida no se lesiona norma alguna de nuestro sistema jurídico muy por el contrario promociona derechos fundamentales: igualdad y el ejercicio libre de la personalidad; por ende, este subprincipio es superado debido a la necesidad de esta medida.

c) Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto

El Tribunal Constitucional ha señalado que “para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de esta debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental”. STC Exp. N° 0050-2004-AI, s/f, F.J. 109.

En ese sentido, cabe señalar que la medida que se pretende realizar: permitir a los integrantes de las uniones de hecho la dualidad patrimonial, no vulnera principio o derecho fundamental alguno, es a toda vista proporcional esta medida puesto que promueve además derechos fundamentales.

En conclusión, luego de haber aplicado el test de proporcionalidad, y por todos los argumentos que se han presentado en este punto, no se puede negar que el permitir la dualidad patrimonial a los integrantes de las uniones de hecho es una medida necesaria, proporcional y que además promovería derechos fundamentales.

12. RECONOCIMIENTO DE LA DUALIDAD PATRIMONIAL DE LAS UNIONES DE HECHO EN EL DERECHO COMPARADO

12.1. ECUADOR

El contexto social que existe en Ecuador, parte de entender que “es importante el reconocimiento de las uniones de hecho por cuanto involucra aspectos relevantes empezando por reconocer que es ciertamente el origen de la vida humana y el umbral de la familia como un fenómeno primero que nada de conservación” (Enríquez, 2014, p, 11), de lo cual se desprende que tanto como la familia tradicional, las uniones de hecho se convierten en la célula fundamental de la sociedad.

La regulación de las uniones de hecho en Ecuador, se debe además a que en la “actualidad en la sociedad ecuatoriana las cifras de quienes optan por acogerse a esta forma de convivencia son cada vez mayor” (Enríquez, 2014, p, 12), lo cual ha conllevado que el legislador ecuatoriano dote de un carácter más jurídico a este tipo debido a la inevitable gama de relaciones que produce este tipo de familiar: derechos y obligaciones; y que el derecho no puede pasar por alto.

Así pues, el reconocimiento de este tipo familiar en Ecuador obedece a su evolución social y transformaciones culturales. Siendo importante su reconocimiento para sus integrantes puesto que “es necesaria la protección de orden patrimonial, de filiación, de sucesión y en definitiva en pos de la igualdad de derechos respecto de los miembros de una unión de hecho” (Enríquez, 2014 p, 13).

Ecuador es uno de los países que ha tratado a las uniones de hecho de forma muy apropiada e innovadora en la región. Su artículo 222° del Código Civil señala:

“La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo los condiciones y circunstancias que señala este Código, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas. La unión de hecho estable y monogámica de más de dos años entre un hombre y una mujer libres de vínculo matrimonial, con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente da origen a una sociedad de bienes”.

Se puede advertir que se señala expresamente que la unión de hecho genera no solo efectos patrimoniales sino también efectos personales y obligacionales. Del mismo modo se manifiesta que genera un régimen patrimonial especial: la sociedad de bienes (en el Perú se denomina comunidad de bienes), que si bien tiene las mismas características que el

régimen de sociedad de gananciales. Al margen que se ha utilizado una terminología distinta, nuestra Constitución señala que la comunidad de bienes que genera la unión de hecho está sujeta al régimen de sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable, lo cual no ocurre en el Ecuador. Creemos nosotros que esto se debe a que el legislador ecuatoriano ha entendido que estamos frente a dos instituciones diferentes con particularidades y problemas propios.

Por otra parte, el artículo 224° del Código Civil de Ecuador señala: “La estipulación de otro régimen económico distinto al de la sociedad de bienes deberá constar por escritura pública”. Mediante esta norma se consagra la posibilidad de los convivientes a optar por un régimen distinto a la sociedad de bienes, lo cual al igual que en el régimen patrimonial matrimonial peruano, se exige que tal manifestación de voluntad se realice por Escritura Pública.

En síntesis, Ecuador nos demuestra que, si es viable regular la dualidad de regímenes patrimoniales en las uniones de hecho, por tanto, no habría razones objetivas para que se pueda aplicar en nuestro ordenamiento jurídico.

12.2. ARGENTINA

En Argentina hasta antes del nuevo Código Civil y Comercial, las uniones de hecho no tuvieron reconocimiento alguno, pues su sociedad y contexto estaba “estructurado en torno a una concepción de familia que podríamos denominar clásica” (Falbo, 2017, p,124). Ello se resume, en que la regulación jurídica de la familia giraba en torno únicamente del matrimonio.

Inicialmente se sancionaba el mantenimiento de este tipo de uniones hechos, lo cual se reflejaba con la ausencia normativa de esta institución. No obstante, el contexto social y la evolución del concepto de familia hizo que paulatinamente se fuera aceptando a esta institución, que llevo consigo el reconocimiento e inclusión de nuevas formas familiares a la tradicional. Consecuentemente debido a la teoría abstencionista que se tenía en Argentina, Falbo (2017) señala que “si la Ley nada dice respecto de las uniones de hecho, entonces no existe prohibición alguna para que tales uniones se originen en una sociedad determinada” (p, 127).

Bajo ese contexto, las uniones de hecho se presentan en la sociedad argentina como una realidad que se exterioriza en todos los sectores sociales, que se presentan como uniones libres donde sus integrantes tienen “la intención de formar una familia, implicando un sentido de permanencia y solidaridad, con la serie de derechos y obligaciones que ello acarrea y los efectos jurídicos que surgen de las acciones desplegadas en el seno de cada unión”. Gonzales C.E (2019).

No obstante, el contexto social que avizoraba un incremento notable de parejas que elegían conformar una unión de hecho, hasta antes de la modificatoria legislativa, las uniones de hecho “no producían ninguna clase de derechos y deberes recíprocos entre ellos (no da origen a ninguna consecuencia jurídica, pues la Ley no reconocía en absoluto dicha situación de hecho”. Gonzales C.E (2019).

Bajo ese contexto, el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina define a las uniones convivenciales en su artículo 509° como: “(...) aquella unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común sean del mismo o de diferente sexo”. Como

se puede advertir incluso se considera las uniones de hecho entre sujetos del mismo sexo; no obstante, a efectos de la presente investigación nos referiremos únicamente a las uniones de hecho heterosexuales.

En cuanto a las relaciones patrimoniales de las uniones convivenciales se rigen de acuerdo a lo estipulado en el “pacto de convivencia”. Concepto por el cual se debe entender el acuerdo realizado por los convivientes que regula: la contribución a las cargas del hogar durante la vida en común; la atribución del hogar común en caso de ruptura; y la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, en caso de ruptura de la convivencia. Según el artículo 514° del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina (2014).

Así pues, se advierte que las uniones de hecho gozan de una amplia libertad al momento de regir sus relaciones patrimoniales, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos (por ejemplo, Ecuador y Bolivia) no especifican un régimen patrimonial u otro; sino a la voluntad de sus integrantes pueden decidir o pactar de acuerdo a los planes que tengan en su proyecto de vida.

En síntesis, del análisis de la normativa también se desprende que si es posible permitir que las uniones de hecho tengan opción a optar por un régimen patrimonial distinto a la sociedad de gananciales.

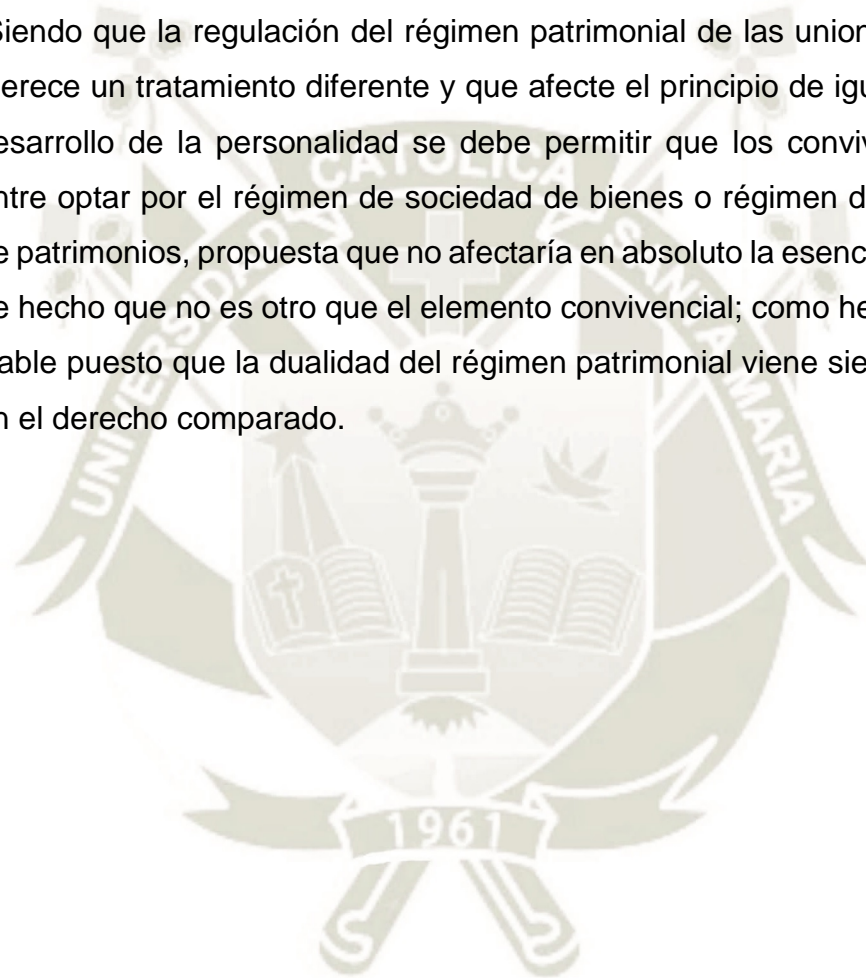
En conclusión, luego de haber explicado la viabilidad de la dualidad patrimonial en el caso de las uniones de hecho, consideramos oportuno desarrollar en el siguiente capítulo nuestro marco propositivo, a efectos de desarrollar con énfasis cada una de las acciones necesarias de realizar para su ejecución; así como realizar un análisis de costo – beneficio de la aplicación de la dualidad patrimonial en nuestro sistema jurídico.

CONCLUSIONES

1. Las uniones de hecho se encuentran reconocidas como institución jurídica desde la Constitución Política de 1979, de igual forma la Constitución actual de 1993 las reconoce. Dentro de las características más notorias tenemos que nuestro ordenamiento jurídico únicamente protege a la unión de hecho propia, conformada por una pareja heterosexual sin impedimento alguno para contraer nupcias. Además de ello, la ley dispone el plazo de dos años de convivencia para que sean reconocidos por vía notarial o judicial como tal.
2. Como se ha podido advertir a lo largo de la presente investigación, la unión de hecho es una forma de familia desde tiempos remotos; su reconocimiento progresivo en los ordenamientos jurídicos la ha llevado a situarse a nivel de una institución jurídica relevante. Lo cual ha hecho que el legislador no pueda ignorar un fenómeno real en aumento, motivo por el cual le ha otorgado determinados efectos y consecuencias jurídicas tanto personales como patrimoniales. En tal sentido, bajo los lineamientos actuales la unión de hecho es una opción de fundar una familia totalmente válida, lo cual ha incentivado a muchas personas a optar por la convivencia y de esta manera la familia tradicional se ha visto debilitada, por eso es que se habla del fenómeno del desplazamiento de la familia matrimonial.
3. En cuanto a sus efectos patrimoniales y personales la ley les ha dado un tratamiento distinto a ambas instituciones. El legislador ha optado por equiparar la mayoría de efectos y consecuencias de la unión de hecho con las que genera el matrimonio. Sin embargo, en cuanto al régimen patrimonial, sin motivo razonable alguno el legislador ha decidido limitar a las uniones de hecho a regirse por el régimen de la sociedad de bienes. De modo que, los convivientes no pueden decidir manejar su patrimonio bajo el

régimen de separación. Situación descrita que vulnera los principios de igualdad y libre desarrollo de la personalidad. Asimismo, como hemos podido analizar el permitir la dualidad del régimen patrimonial supera el test de proporcionalidad.

4. Siendo que la regulación del régimen patrimonial de las uniones de hecho merece un tratamiento diferente y que afecte el principio de igualdad y libre desarrollo de la personalidad se debe permitir que los convivientes elijan entre optar por el régimen de sociedad de bienes o régimen de separación de patrimonios, propuesta que no afectaría en absoluto la esencia de la unión de hecho que no es otro que el elemento convivencial; como hemos visto es viable puesto que la dualidad del régimen patrimonial viene siendo aplicada en el derecho comparado.



PROPUESTA

Teniendo en cuenta las conclusiones señaladas, y ha efectos que los convivientes puedan optar por un régimen patrimonial u otro, proponemos que se realicen las siguientes modificaciones legislativas:

Norma vigente	Propuesta modificatoria
<p>Artículo 5° de la Constitución Política del Perú: <i>“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”.</i></p>	<p>Artículo 5° de la Constitución Política del Perú: <i>“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 que según la voluntad de los convivientes puede regirse por el régimen de sociedad de bienes o el régimen de separación de patrimonios”.</i></p>
<p>Artículo 326° del Código Civil: <i>“La unión de hecho voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos (...)”.</i></p>	<p>Artículo 326° del Código Civil: <i>“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 según la voluntad de los convivientes puede regirse por el régimen de sociedad de bienes o el régimen de separación de patrimonios. Este último debe</i></p>

constar por escritura pública bajo sanción de nulidad”.

Así pues, de realizarse estas modificatorias legislativas se permitiría de forma inmediata que los convivientes puedan optar por el régimen patrimonial de sociedad de bienes o el régimen de separación de patrimonios, lo cual cambiaría la situación actual sobre este aspecto que afecta el principio de igualdad y libre desarrollo de la personalidad de los convivientes.



BIBLIOGRAFÍA

Aguilar, B. (2015). Las uniones de hecho: implicancias jurídicas y las resoluciones del Tribunal Constitucional. *Persona y familia*, 1(4), 11-25.

Andina (30 de junio de 2011). Constitución de 1979 afirma la inclusión social y los derechos humanos, señalan juristas, *Andina Agencia de Noticias*. Recuperado de <https://andina.pe/agencia/noticia.aspx?id=371803>

Andrade Otaiza, J. V. (2018). Las uniones convivenciales en la nueva legislación civil argentina. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*; Vol. 12, no. 1

Arce, C. F., & Oyague, E. B. (2000). La Unión de Hecho en el Código Civil Peruano de 1984: Análisis de su conceptualización jurídica desde la perspectiva exegetica y jurisprudencial. *Derecho & Sociedad*, (15), 221-239.

Bardales, N. (2017). *La acción de reconocimiento de unión de hecho es una pretensión imprescriptible – Casación Nº 1532-2013 Lambayeque* (tesis de pregrado). Universidad Científica del Perú, Loreto, Perú.

Belluscio, A. C. (1979). Regímenes matrimoniales. AA. VV., *Enciclopedia jurídica*, 24.

Belluscio, A. C. (2002). Manual de derecho de familia. Astrea,.

Biedma Ferrer, J. M. (2011). Uniones de hecho y principio de igualdad. Algunas cuestiones conflictivas.

Calero, J. P. H. (2016). Correlación del matrimonio civil y los casos de unión de hecho en el Derecho familiar. *LEX*, 14(17).

Castro Avilés, E. F. (2014). Análisis legal y jurisprudencial de la unión de hecho.

CNN Chile, (10 de abril del 2019). La representatividad de la familia chilena a través de la publicidad. Recuperado de: https://www.cnnchile.com/tendencias/la-representacion-de-la-familia-chilena-a-traves-de-la-publicidad_20190410/

Código Civil Peruano (1852).

Código Civil de Ecuador. (1857)

Código Civil Ecuatoriano. (2011)

Código Civil Peruano. (1984)

Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina. (2015)

Código Procesal Civil. (1984)

Constitución de Colombia. (1991)

Constitución Política de Ecuador. (1998)

Constitución Política de Honduras. (1982)

Constitución Política de Nicaragua, (1995)

Constitución Política de Panamá. (1984)

Constitución Política del Perú. (1993)

Cornejo, H. (1999). Derecho Familiar Peruano, Lima: editorial Gaceta Jurídica, décima edición.

Cornejo Chávez, H. (1981). La familia en la constitución de 1979. *Derecho PUCP*, (35), 23-52. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/5836>

Diario El País. (20 de setiembre del 2004). La pareja de hecho se consolida como forma de convivencia entre los jóvenes. Recuperado de https://elpais.com/diario/2004/09/20/sociedad/1095631203_850215.html

Diario El Pulso. (s/f). El fracaso de la familia como núcleo de la sociedad. Recuperado de: <http://elpulso.hn/el-fracaso-de-la-familia-como-nucleo-de-la-sociedad/>

Diario La Prensa. (22 de junio del 2011) Familia y sociedad. Recuperado de: https://impresaprensana.com/opinion/Familia-sociedad_0_3142185923.html

Diario Sociedad. (19 de julio del 2013). La Familia en Colombia está en crisis. Recuperado de: <https://www.semana.com/vida-moderna/articulo/la-familia-colombia-esta-crisis/351347-3>

Díaz de Guijarro, E. (1953). Tratado de Derecho de Familia. Tip. Edit. Argentina. Buenos Aires.

Duque, V. (2017). Realidad social de la familia. Una mirada de Ecuador.

El Comercio. (15 de junio del 2017). Sunarp aumentan las parejas que registran su convivencia ante las autoridades. Recuperado de: <https://elcomercio.pe/lima/sucesos/sunarp-parejas-registran-convivencia-autoridades-434939>.

Enríquez, M. M. (2014). *La unión de hecho en el sistema jurídico en la nueva perspectiva constitucional ecuatoriana*

Espinoza Collao, Á. D. (2015). La juridificación de las uniones de hecho y la propuesta valórica contenida en el proyecto legislativo de Acuerdo de Vida en Pareja en Chile. *Ius et Praxis*, 21(1), 101-135.

Falbo, S., & Julian, M. (2017). Las uniones convivenciales en el Derecho Argentino. *Revista notarial año 2017*, (95), 123-166.

Ferrer, A. D. M. (2012). El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana. *Cuestiones Jurídicas*, 6(2), 63-96.

Freyre, M. C. (2018). Repensando los efectos de la separación de patrimonios y la sucesión del cónyuge. *Lumen*, (14-I), 9-19.

Gestión. (04 de febrero del 2019). Sunarp: Inscripciones de convivencia aumentaron 19.88 % el 2018, ¿Cómo es el proceso? Recuperado de: <https://gestion.pe/tu-dinero/sunarp-inscripciones-convivencia-aumentaron-19-88-2018-proceso-257755->

G VARGAS, D., & Riffo, J. C. (2014). De los efectos patrimoniales tras la ruptura de la unión de hecho en el ordenamiento jurídico chileno. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, (17), 94-112.

Guerrero, L. A. H. (2005). El derecho a la igualdad. *Pensamiento constitucional*, 11(11), 307-334.

La familia nicaragüense en el proceso de cambio, *Envío Digital*, 34, 1984. Disponible en: <http://www.envio.org.ni/articulo/419>

Lafosse, S. (1984). Crisis familiar y crisis social en el Perú. En: Revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 5, 99-112. noticia/.

Lasso Gámez, V., & Rincón Gómez, A. C. (2016). *Comparación entre el matrimonio civil y la unión marital de hecho en Colombia frente a la legislación colombiana* (tesis de pregrado). Universidad Libre Seccional Cali, Santiago de Cali, Colombia.

Lerario Ovejero, M. E. (2016). *Las ventajas y desventajas del nuevo régimen patrimonial del matrimonio en Argentina* (Bachelor's thesis).

LIÑÁN GARCÍA, A. (2015). Diversas consideraciones sobre las " uniones de hecho" en los ordenamientos jurídicos español y canónico. *Revista Jurídica de Castilla y León*, (35), 1-31.

Llancari Illanes, S. (2018). *El reconocimiento de las uniones de hecho en el libro de familia del Código Civil Peruano* (tesis en postgrado). Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú.

Marcelo Ybañez, M. (2015). *Fundamentos jurídicos que justifican el uso de la vía procedimental del proceso no contencioso en las declaraciones de Uniones de Hecho ante la imposibilidad de acudir a una notaría* (tesis en postgrado). Universidad Nacional De Cajamarca, Cajamarca, Perú.

Martínez-Pujalte, C. C. (2005). Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: un intento de delimitación. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, (50), 193-218.

ONU: Asamblea General, Convención sobre los Derechos del Niño, 20 noviembre 1989, United Nations, Treaty.

ONU: Asamblea General, Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 diciembre 1948,

ONU: Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. de 16 de diciembre de 1966.

Peralta Andía, J. R. (2008). Derecho de familia en el Código Civil. *Lima: Idemsa*.

Peralta, J. (2008). Derecho de Familia en el Código Civil. Lima: Editorial IDEMSA.

Perrino, J. O. (2012). Matrimonio y uniones de hecho: diferencias.

Placido, A. (s/f). El modelo constitucional de familia, la orientación sexual de los padres y los derechos del hijo.

Plataforma GLR (6 de agosto del 2011). Pros y contras de las Constituciones de 1979 y de 1993. *La Republica*. Recuperado de <https://larepublica.pe/politica/562789-pros-y-contras-de-las-constituciones-de-1979-y-de-1993/>

Praeli, F. J. E. (1997). Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. *Ius et veritas*, 8(15), 63-72.

Resurrección, L. M. S. (2018). La discriminación y algunos de sus calificativos: directa, indirecta, por indiferenciación, interseccional (o múltiple) y estructural. *Pensamiento Constitucional*, 22(22), 255-290.

Rodríguez, E. (2011). El reconocimiento de las uniones homosexuales. Una perspectiva de derecho comparado en América Latina. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 44(130), 207-235.

Rodríguez Vignoli, J. A. (2004). Cohabitación en América Latina: ¿modernidad, exclusión o diversidad? *Papeles de población*, 10(40), 97-145.

Rodríguez, R. (7 de agosto del 2011) Rescatando los valores de la Constitución de 1979. Recuperado de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/jaimedavidabantotorres/2011/08/07/rescatando-los-valores-de-la-constitucion-de-1979/>

Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 0019 – 2005 – AI, 21/07/05, F.J 25.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 0048 – 2004 – PI, 01/04/2005, F.J. 59, 61, 62, 65

Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 007 – 2006 – PI – TC, 22/06/2007, F.J. 47.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 0090 – 2004 – AA, 05/07/2004, F.J. 43, 64

Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 0261 – 2003 – AA, 26/03/03, F.J. 3.2.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 2868 – 2004 – AA, 24/11/04, S2, F.J. 13, 14

Serrano, M. (2014). Las parejas de hecho. Madrid: Editorial Reus

STC Exp. N° 0050-2004-AI, s/f, F.J. 109

Tettmanzi, D. (1999). Familia y uniones de hecho. Consideraciones antropológicas y éticas sobre. Un problema de gran actualidad.

Vargas, D. y Riffo, J. (2014). De los efectos patrimoniales tras la ruptura de la unión de hecho en el ordenamiento jurídico chileno. *Rev. boliv. de derecho*. Recuperado de

http://media.wix.com/ugd/9468fd_59af2c722d694398b09a7040abe0d79a.pdf

Varsi, E. (2011). Tratado de derecho de familia. La nueva teoría institucional y jurídica de la familia Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica

Vignoli, J. R. (2005). Unión y cohabitación en América Latina: modernidad, exclusión, diversidad? United Nations Publications.

Villalobos Badilla, K. (2012). *El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad* (tesis de pregrado). Universidad de Costa Rica, San Ramón, Costa Rica.

Zannoni, E. A. (1968). Control institucional y familia en América latina: la ilegitimidad conyugal. *Revista de estudios políticos*.

Zuta, E. I. (2019). Polemos, “El reconocimiento de derechos a los integrantes de las uniones de hecho”. Disponible en: <http://polemos.pe/el-reconocimiento-de-derechos-a-los-integrantes-de-las-uniones-de-hecho/>

ANEXOS

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
Escuela Profesional de Derecho



**“ESTAMOS VIVIENDO JUNTOS ¿AHORA QUIEN PROTEGE MIS BIENES?:
NECESIDAD DE REGULAR LEGALMENTE EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DE
SEPARACIÓN DE BIENES EN LAS UNIONES DE HECHO EN EL PERÚ. 2019”.**

**Proyecto de Tesis presentado por la
Egresada en Derecho:**

Allison Cristell Ríos Arenas

**Para obtener el Título Profesional de
Abogada**

AREQUIPA – PERÚ

2019

ÍNDICE

ÍNDICE	141
1. TÍTULO	142
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	142
3. JUSTIFICACIÓN.....	144
4. BASE TEÓRICA	146
4.1. MATRIMONIO.....	146
4.2. REGÍMENES PATRIMONIALES	147
4.3. SEPARACION DE BIENES.....	148
4.4. UNION DE HECHO.....	149
5. INTERROGANTES.....	149
6. OBJETIVOS	150
7. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS	150
Internacional	150
Nacional	151
Local	152
8. HIPÓTESIS	153
9. ESQUEMA DEL CONTENIDO DEL INFORME.....	154
11. CRONOGRAMA DE TRABAJO	156
12. BIBLIOGRAFÍA	157
13. ANEXOS: Instrumentos de Recolección de Información	159

1. TÍTULO

ESTAMOS VIVIENDO JUNTOS ¿AHORA QUIEN PROTEGE MIS BIENES? : NECESIDAD DE REGULAR LEGALMENTE EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DE SEPARACION DE BIENES EN LAS UNIONES DE HECHO EN EL PERÚ. 2019.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Nuestro tema de tesis es curioso por la interrelación de disciplinas con las que se puede abordar: derecho de familia, régimen patrimonial, y en forma transversal el derecho constitucional puesto que el Estado peruano se abstiene de promover totalmente la unión de hecho a pesar que hoy por hoy es una institución familiar que se da con mayor frecuencia.

La institución de la unión de hecho no es un tema impalpable u utópico, sino que es un tema del día a día en los juzgados, en lo vivencial, en lo cotidiano, en el actuar diario incluso de muchos jóvenes y adultos. Asimismo, cuando se redactó el texto original del Artículo 326 del Código Civil, no se previó de modo alguno, que tras algunos años la práctica de la unión de hecho se afianzará tal como ocurre hasta el día de hoy, la cual es más frecuente que el matrimonio; Además cabe mencionar que hasta el momento se han inscrito desde el 2016 más de 2520 Uniones de hecho a nivel nacional, lo que muestra que las uniones de hecho se han incrementado.

Asimismo, la unión de hecho es una forma más de expresión de la constitución de una familia que ha sido regulada en cuanto a los efectos patrimoniales por vez primera por la Constitución Política de 1979, y por el Artículo 326 del Código Civil peruano, considerándose los efectos jurídicos de la comunidad de bienes que generaría dicha unión de hecho, al que se le aplican las normas de la sociedad de gananciales en lo que fuere aplicable.

Dicho acto de parte de nuestros legisladores se entiende como un acto de Discriminación a todas aquellas parejas que optan por convivir y no contraer matrimonio. Ya que si bien es cierto el Artículo 5 de nuestra Constitución peruana menciona 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.”

Entendemos que nuestra Norma legal de mayor jerarquía reconoce la existencia de las uniones de hecho como una institución familiar que también goza de derechos y deberes al matrimonio. Al mismo tiempo el artículo 2º inciso 2) de nuestra Constitución señala que “toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.” De modo que, prohíbe toda forma de discriminación por motivo alguno. Por otra parte, el artículo 2º inciso 19) señala que “toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.” Simultáneamente el Tribunal Constitucional, reconoce a la igualdad como principio rector en el que se basa la organización política del Estado Peruano caracterizado como democrático y de derecho. No obstante, la regulación jurídica del derecho a elegir el régimen patrimonial de la unión de hecho no ha sido regulada, puesto que dicha idea era remota e inimaginable, es por ello que no fue objeto de debate alguno cuando se propuso la norma contenida en el inicial artículo 326 del Código Civil, dicha norma no les da a los concubinos o convivientes la opción de optar por inscribir su unión de hecho ante Registros Públicos por el régimen de separación de patrimonios entre concubinos.

En ese sentido, el no darles la opción a los concubinos a elegir su régimen patrimonial como familia, los estaría haciendo sujetos de discriminación, por lo cual se podría estar poniendo a uno de ellos en desventaja, pues podría ser sujeto de ser despojado de sus bienes por un conviviente de mala fe que solo busca incrementar su patrimonio a costa de otra persona.

Asimismo, tal como lo dice la abogada Patricia Janet Beltrán Pacheco: “¿los convivientes no pueden convenir que se le aplique las reglas del régimen de separación de patrimonios para regular sus relaciones patrimoniales? Y ¿Acaso no podría ser viable que los convivientes a los dos años consideren que lo mejor para ellos es optar por su comunidad de bienes se rija por las reglas de un régimen de separación de patrimonios?”.

Además, cabe mencionar que al día de hoy tanto la jurisprudencia como la doctrina está buscando equiparar los derechos y obligaciones de las parejas que contraen matrimonio con las que conviven, puesto que es más frecuente convivir que casarse; por ello es necesario regular el tema de la opción a elegir el régimen

patrimonial en la unión de hecho, ya que las normas jurídicas deben adecuarse (modificarse, derogarse, abolir) en razón de nuestra realidad peruana.

Es por ello que discrepo abiertamente de la apreciación de que los convivientes no puedan acogerse al Régimen Patrimonial de Separación de Bienes, por cuanto el Artículo 326 del Código Civil no dejaría opción para ello, por lo que el régimen patrimonial aplicable y obligatorio es el de Sociedad de Gananciales, pero para ello es necesario que transcurran los dos años exigidos por ley. Sin embargo en muchos casos hay bienes que se consiguen por separado, con el trabajo y esfuerzo de uno de ellos y pasado los dos años se presumirá comunes, lo cual me parece injusto.

3. JUSTIFICACIÓN.

Tiene relevancia científica puesto que se pretende dar a conocer un vacío legal acerca de la NO opción de elegir el Régimen Patrimonial que se desea optar en las Uniones de Hecho en nuestro país.

Tiene relevancia jurídica puesto que hoy en día en nuestro país cada vez más personas optan por la convivencia o unión libre (unión de hecho), son cada vez menos las parejas que contraen matrimonio. Sin embargo hasta el día de hoy puedo decir que el matrimonio te da más derechos.

En el matrimonio existen dos regímenes patrimoniales: la separación de patrimonios y el régimen de sociedad de gananciales; cualquiera de estos puede optar solo la pareja que contraiga matrimonio civil.

El Régimen de Sociedad de Gananciales se presume solo durante la duración del matrimonio la constituyen todos los bienes y rentas obtenidos durante la vigencia del matrimonio, los cuales pertenecen a los cónyuges en partes iguales.

Sin embargo, en el caso de la Unión de Hecho la ley reconoce que esta es compatible con el régimen de Sociedad de Gananciales. Para ello la convivencia debe estar reconocida vías notarial o judicial. En el caso del concubinato, los convivientes no pueden decidir por cual régimen optar, es decir si los convivientes reconocidos legalmente deciden optar por el régimen de separación

de patrimonios, la ley no se los permite; lo cual en mi opinión es una discriminación y vulneración a sus derechos patrimoniales.

Asimismo es necesario mencionar que SUNARP preciso que la inscripción de Uniones de Hecho en el Registro de Personas naturales se han inscrito desde el 2016 más de 3000 Uniones de hecho a nivel nacional, es decir, que las uniones de hecho son hechos actuales y latentes en nuestra sociedad, los cuales requieren urgentemente una regulación patrimonial que les permita elegir a todas las parejas de convivientes el régimen patrimonial (sociedad de gananciales o separación de bienes) al cual deseen acogerse.

Tiene relevancia humana, esta investigación procurara resaltar la equidad de la pareja conyugal con la pareja de convivientes; pues al día de hoy la institución familiar más recurrida es la unión de hecho.

Por último, tiene relevancia contemporánea, debido a la suma de juicios por uniones de hecho, a la gran recurrencia de todos los peruanos a la unión de hecho y el deseo de muchos a que se les permita elegir por la opción de separación de patrimonios.

Partiendo del principio de que la sociedad de gananciales termina cuando acaba la unión de los convivientes. Entre los convivientes se considera que el término de la sociedad de bienes se produce cuando uno de ellos muere o también en los casos en la que se declara la ausencia. Entonces una vez que ha concluido la sociedad de bienes, se procede a su liquidación de acuerdo a lo establecido en la Sociedad de Gananciales, con el objeto de que se dividan por la mitad ambos convivientes o si fuera el caso los hijos de ambos.

Es importante porque también hay que reconocer que en nuestra legislación en relación a la Sociedad de Gananciales, no se ha tenido especial cuidado, en un aspecto sumamente importante que es la responsabilidad por deudas personales de uno de los convivientes. En tal sentido, estos vacíos en realidad han originado serios problemas a los acreedores. Entonces estos aspectos también deben ser analizados detenidamente porque de acuerdo con las reglas actuales, el conviviente responde por sus deudas personales con sus bienes propios pero también con la parte proporcional que le corresponde sobre los bienes que tienen ambos. Y finalmente hay que tener en cuenta que en nuestro

país muchas personas se juntan bajo la forma de unión de hecho y conviven durante muchos años por lo que desde el punto de vista jurídico esta investigación amerita que se desarrolle y se explore exhaustivamente.

4. BASE TEÓRICA

4.1. MATRIMONIO

La palabra cónyuge contiene el prefijo con (acción conjunta) y la raíz iugum (yugo) que significam sencillamente “unidos por un yugo”. Están unidos. Marido y mujer son casi una misma persona, una carne, unam carnis y una sola sangre. (Varsi Rospiglioso, 2012, pág. 112)

La expresión “una sola carne” no se refiere sólo a la consumación biológica, sino también a la unidad psicológica, un crecimiento de madurez humana y comunicación en el amor conyugal. La sexualidad mediante la cual el varón y la mujer se dan uno al otro, no es algo puramente biológico, sino que afecta al núcleo último de la persona como tal. En tal sentido, en el matrimonio, según Kasper, la sexualidad queda arropada por una comunidad humana global de vida y destino. (Kasper, 1984, pág. 28)

Ahora bien, cónyuges es la expresión genérica que el ordenamiento jurídico utiliza a efectos de designar al marido y la mujer unidos mediante el acto jurídico del matrimonio. La calidad de cónyuges atribuye a cada uno de los integrantes diversos derechos y deberes de índole personal y patrimonial, como consecuencia del vínculo matrimonial que los une. (Torres Maldonado, 2016, pág. 73)

El vínculo conyugal, sobre el que actúan sus titulares, reposa en el derecho a vivir en pareja o el derecho a la vida conyugal (ius conubii), el cual no es un mero derecho a contraer matrimonio, sino un derecho a vivir en matrimonio-o, más generalmente a vivir en una unión dual de individuos adultos para su mutua satisfacción y para la felicidad común, compartiendo las cargas y disfrutando juntos de los goces de la vida. Pocos derechos pueden tener un rango tan fundamental como el derecho

a la vida conyugal, aparte del derecho a la vida, a la libertad de pensamiento, a contribuir al bien común y beneficiarse de él. (Peña, 2010, pág. 872)

4.2. REGÍMENES PATRIMONIALES

Por su parte el maestro Cornejo Chávez, nos dice que el régimen patrimonial es “la manera como se gobiernan las relaciones económicas del grupo familiar teniendo en cuenta el activo y el pasivo”.

Como vemos, el matrimonio trae como surgimiento las relaciones de carácter personal entre marido y mujer con las consecuentes facultades y deberes recíprocos. También se derivan de él consecuencias patrimoniales ya que como considera Bossert y Zannoni “la comunidad de vida crea la necesidad de atender las erogaciones que el hogar común en la vida del grupo familiar van exigiendo; además, por la especial característica que tiene la vida en común de los esposos, es necesario organizar un régimen referido a la propiedad y al manejo de los bienes que cada uno adquiere o que adquieren ambos.

El régimen patrimonial abarca las relaciones patrimoniales en el cual los cónyuges ponen atención en las necesidades del hogar y de toda su familia, así como el matrimonio repercute en la propiedad y administración de los bienes que el marido y la mujer contribuirán o que adquieran durante la unión y también, la medida en que el patrimonio responderá ante terceros por deudas contraídas ya sea por la mujer o el marido.

En efecto el régimen patrimonial es la organización económica del matrimonio, o como dice Gatti la manera de regular los intereses económicos de los cónyuges entre sí. Pues bien, la organización económica del matrimonio, considerando el activo como el pasivo, precisa el contenido real de esta institución; pero, puede confundirse con el régimen patrimonial de la familia, el cual involucra, las relaciones económicas entre los cónyuges, de estos con sus hijos y, en ocasiones,

con otros miembros del grupo familiar como por ejemplo los ascendientes, los que deben distinguirse.

La celebración del matrimonio origina una variedad de relaciones económicas vinculadas con el patrimonio. Estas a su vez suscitan una diversidad de criterios de clasificación en el campo de la doctrina y la legislación comparada, lo que explica la cantidad de regímenes patrimoniales existentes.

4.3. SEPARACION DE BIENES

El régimen de separación se caracteriza por un dato negativo: la falta de comunidad de bienes, e incluso de cualquier participación de cada esposo en el resultado de la actividad lucrativa del otro, quedando como vínculo económico entre ellos el de su convivencia, consumo en común y atención a unas obligaciones familiares que la pareja tiene frente a cada uno y a la prole (Yadira A. 2014).

En síntesis, aun a fuera de repetitivo, puede definirse el régimen económico matrimonial de separación de bienes como aquel en que cada uno de los cónyuges mantiene la propiedad, disfrute, administración y disposición de sus bienes y derechos

La ventaja de este régimen es la independencia personal y económica de los cónyuges. El inconveniente es que cada uno de ellos no tiene participación alguna en las ganancias del otro. Esto último puede provocar la injusticia de que un cónyuge (la mujer, normalmente) que no trabaja o ha dejado de trabajar al contraer matrimonio, en régimen de separación de bienes, cuando se disuelve queda en la indigencia, si no está protegido por un fuerte régimen de sucesión forzosa o beneficios viuales. (Se dice que la independencia que este régimen da a cada cónyuge le puede costar carísima). Es un régimen que puede ser adecuado cuando uno y otro cónyuge tienen una posición y una capacidad económica semejante (es el 193 caso de marido y mujer, ambos profesionales).

4.4. UNION DE HECHO

Etimológicamente deriva del latín concubere, cum (con), cumbare (dormir), literalmente significa acostarse con, dormir junto a, yacer juntos, una comunidad de lecho. Según la Real Academia de la Lengua Española, concubinato significa relación marital de un hombre con una mujer sin estar casados, en el ordenamiento jurídico peruano y según la definición del artículo 326 del Código civil se constituye por la unión estable monogámica y voluntaria de dos personas heterosexuales, libres de impedimento matrimonial que da origen a una familia, unión intersexual sustentada en la libertad y estabilidad protegida y reconocida por el derecho (Enrique V. 2011).

La jurisprudencia chilena la define como “la unión de un hombre y una mujer que mantienen relaciones sexuales y que comparten una vida en común”, la doctrina señala que es una unión de hecho no matrimonial entre personas de distinto sexo, entre un hombre y una mujer, fundada en un hecho que consiste en la convivencia afectiva y a la que el derecho reconoce ciertos efectos. Otros señalan que “se entiende por pareja de hecho la situación de aquellas personas que conviven en forma libre y pública, y se encuentran vinculadas en forma estable por un periodo de tiempo determinado, con cierto grado de estabilidad y duración, realizando un género de vida semejante a las unidas por vínculo matrimonial.

5. INTERROGANTES

- a. ¿Cuál ha sido el tratamiento jurídico de la unión de hecho a través de la historia?
- b. ¿Existen razones para que no se le pueda dar la opción a los convivientes de optar por el Régimen de Separación de Bienes?

6. OBJETIVOS

- a. Analizar el tratamiento que se le ha dado al fenómeno de la unión de hecho, su paso en la sociedad a través de la historia en el derecho peruano.
- b. Conocer las razones por las que no se regula legalmente la opción a los convivientes de optar por el Régimen de Separación de Bienes.

7. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

Internacional

- Juan Andrés Varas Braun del año 2010, para optar por el título profesional de abogado, en la tesis que titula “Uniones de Hecho y Derecho Sucesorio.

Libertad de Testar, para Solteros sin Hijos en Chile”. Llegando a la siguiente conclusión:

La masiva realidad de la convivencia de facto hace necesaria su regulación legal, pero no parece que, al menos en Chile, la base convencional formalizada sea el mecanismo técnico jurídico más apropiado para estructurar esa normativa. Por esa razón y por otros inconvenientes técnicos específicos, ninguna de las propuestas en debate, que regulen la convivencia sobre el supuesto de su formalización convencional, resulta enteramente satisfactorias en materia sucesoria. Sin perjuicio de una eventual regulación general de la convivencia, una pequeña modificación de las normas de Derecho Sucesorio puede producir un interesante espacio de libertad para solteros sin hijos, que les permitiría favorecer a su conviviente, y que no perjudicaría mayormente a nadie. Tal modificación consistente simplemente en suprimir a los ascendientes como legitimarios, o al menos, como asignatarios forzosos de mejoras, manteniéndolos como alimentarios, como ya se ha hecho en ordenamientos comparados.

- María del Carmen Corral Gijón del año 2001, para optar por el título profesional de Abogada con la tesis que titula “Las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales”. Llegando a la siguiente conclusión:
Las uniones de hecho constituyen un fenómeno cada vez más frecuente por la concurrencia de diversos motivos que se dan en la sociedad actual y que poco o nada tienen que ver con los precedentes originarios de esta figura en la época romana o en los propios de nuestra historia. Lo cierto es que, por su generalidad y extensión, pueden suponer un serio problema que alcance a dañar la familia tradicional, y sobre todo, al concepto religioso del matrimonio. Sin embargo, aun considerando en todo el valor que tienen esos principios morales, la propia Iglesia ha tenido que admitir que hay poderosas razones sociológicas que inducen a contemplar el fenómeno con una mayor permisividad, estudiando las circunstancias caso por caso. Varias legislaciones admiten claramente estas uniones, dotándolas de una regulación suficiente con el fin de evitar los problemas que podrían surgir si se tratase de ignorarlas

Nacional

- Vargas Patricia (2016: 138) en su investigación titulada El Reconocimiento de la Extinción de la Unión de Hecho y la Liquidación de la Comunidad de Bienes del Régimen de la Sociedad de Gananciales, Lima –Perú.
Concluye que el reconocimiento de la extinción de la unión de hecho se relaciona con la liquidación de la comunidad de bienes del régimen de la sociedad de gananciales.
- Celis Danny (2016: 65) en su investigación titulada “Propuesta para Proteger los Bienes Inmuebles de la Unión de Hecho Impropia en el Perú, concluye:
En la investigación realizada se demuestra que existe necesidad de proteger los bienes inmuebles de la unión de hecho impropia ya que

al tener relación convivencial necesitan la protección futura de sus bienes inmuebles.

En las uniones de hecho impropia existe un alto porcentaje convivencial y que tienen la necesidad que los bienes inmuebles se registren en los registros públicos.

Local

- Tesis presentada por el Bachiller en Derecho, Francisco José Pedro Cáceres Gallegos (2016) titulada “Criterios para el marco objetivo de reconocimiento y protección jurídica de las situaciones jurídicas patrimoniales de los convivientes en sede judicial, notarial y registral” Arequipa – Perú.

El cambio de contexto socio-cultural reflejado a su vez en el ámbito doctrinario y jurisprudencial respecto al reconocimiento de una nueva fuente de familia distinta al matrimonio, ha sido plasmado en la norma constitucional actual. En efecto al hacer una interpretación conjunta de los artículos 4 y 5 de la Constitución actual, evidenciamos el reconocimiento de la Unión de Hecho Propia como fuente de familia y como tal acreedora de protección constitucional conforme a su estatus, situación diferente a la que se presentaba en la Carta Magna de 1979 donde solo se reconocían derechos patrimoniales a la Unión de Hecho Propia, ello en atención a que se reconocía al matrimonio como única fuente de familia.

- Tesis presentado por el Bachiller: Rafael Aucahuayqui Puruhuaya, (2018) titulada “El reconocimiento de la unión de hecho impropia como modelo de familia y la necesidad de optimizar el principio derecho constitucional a la igualdad para un tratamiento similar con el régimen patrimonial de la unión de hecho propia”

El interés motivador del presente trabajo, ha sido destacar la evolución del concepto de familia en la doctrina nacional e internacional, su concepción desde el Código civil de 1852 hasta su regulación en la Constitución de 1979, su asimilación a la concepción de la unión de

hecho, y desde allí destacar el nuevo concepto y forma de reconocerla según la Constitución de 1993 y la interpretación que ha efectuado el Tribunal Constitucional, destacando su reconocimiento que aquella no solo proviene del matrimonio, sino también de la unión de hecho propia y de otras formas presentes en la realidad nacional del Perú de hoy; para a partir de ello considerando la legislación comparada, postular la hipótesis que la familia proveniente de una unión de hecho impropia o con impedimento legal, también se encuentra dentro de la protección que brinda la vigente Constitución, y como tal merecedora del auspicio y protección de parte de la sociedad y el Estado, relevando que su no reconocimiento como modelo de familia, y no regulación del patrimonio generado durante su vigencia, como si se hace respecto de la unión de hecho propia o libre de impedimento; es discriminadora y atentatoria al principio derecho, a la igualdad sin discriminación, así como a la dignidad de la persona humana; proponiendo como solución a dicha realidad, la reforma constitucional del artículo 5 de la Constitución Política del Estado y del tercer párrafo del Artículo 326 del Código civil.

8. HIPÓTESIS

Dado que la mayoría de parejas peruanas optan con mayor frecuencia por la convivencia, y la norma especial en relación a la unión de hecho como Institución familiar y legal no considera la posibilidad del régimen patrimonial de la separación de patrimonios así como lo hace con el matrimonio siendo ambas necesarias para la sociedad.

Es probable que se esté vulnerando los derechos de los ciudadanos peruanos que hayan decidido vivir bajo la figura del reconocimiento de la unión de hecho. Generando un perjuicio social, moral e incluso económico a todas las parejas que optan por ser convivientes y además no se esté considerando que todos los seres humanos tenemos los mismos derechos.

9. ESQUEMA DEL CONTENIDO DEL INFORME

Dedicatoria

Introducción

Resumen

Summary

Capítulo I: La Familia

- 1.1. Génesis y Evolución
- 1.2. Concepto
- 1.3. Naturaleza Jurídica
- 1.4. Importancia
- 1.5. Desarrollo normativo

Capítulo II: La Unión de hecho

- 2.1. Generalidades
 - 2.1.1. Antecedentes
 - 2.1.2. Concepto
 - 2.1.3. Aspectos Históricos
 - 2.1.4. Naturaleza de la Unión de Hecho
 - 2.1.5. Requisitos de Fondo y Forma
 - 2.1.6. Derechos y deberes que nacen en la Unión de hecho.
 - 2.1.7. Características
 - 2.1.8. Elementos integrantes
 - 2.1.9. Efectos Personales
 - 2.1.10. Efectos Patrimoniales
 - 2.1.11. Extinción
- 2.2. Régimen Patrimonial de la Sociedad Conyugal
 - 2.2.1. Sociedad Conyugal
 - a. Surgimiento
 - b. Configuración
 - c. Gananciales
 - d. Bienes Propios
 - e. Renuncia a Gananciales
 - 2.2.2. Deudas Sociales
 - 2.2.3. Tipos de Régimen Patrimonial
 - 2.2.4. Bienes comprendidos en el Régimen Patrimonial de la Sociedad Conyugal
 - 2.2.5. Disolución y Liquidación de la Sociedad Conyugal

Capítulo III: Motivos para incluir el Régimen Patrimonial de Separación de Bienes en La Unión de Hecho

Conclusiones

Recomendaciones

Proyecto de Ley

Bibliografía

Anexos

10. MARCO OPERATIVO

10.1. Fuentes de Consulta

10.1.1. Fuentes Primarias y Secundarias

- Normativa nacional
 - Constitución Política del Perú
 - Código Civil Peruano – Libro III Derecho de Familia
 - Ley 30007
- Normativa internacional
 - Declaración universal de los derechos humanos
 - Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos
 - Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
 - Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Doctrina, Derecho Comparado y jurisprudencia
- Estadísticas de SUNARP
- Revistas de la PUCP
- Bibliografía pertinente
- Hemerografía pertinente
- Información digital

10.2. Estrategia Metodológica

La información que se requiere, para la presente investigación, será recogida por la propia investigadora de la siguiente forma:

a) Revisión Bibliográfica: Recolección de información por la propia investigadora en las siguientes bibliotecas:

- ✓ Biblioteca de la Universidad Católica de Santa María
- ✓ Biblioteca de la Universidad Nacional de San Agustín

- ✓ Biblioteca del Colegio de Abogados de Arequipa.
- ✓ Biblioteca Personal.
- ✓ Exploración en Internet
- ✓ Artículos y revistas
- ✓ SUNARP

Para la presente investigación, la investigación de campo no es procedente, dada su calidad teórica y de análisis, empleándose las fichas bibliográficas y documentales.

10.3. Técnica de Investigación

Para la recolección de datos se utilizará la técnica de “Observación Documental”

10.4. Instrumentos

De acuerdo con la técnica, el instrumento será las “Fichas Bibliográficas”

11. CRONOGRAMA DE TRABAJO

Año 2019	Febrero				Marzo				Abril				Mayo				Junio				Julio			
Actividades	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Elaboración del proyecto de Tesis	x	x	x	x	x																			
Aprobación del Proyecto de Tesis							x	x	x															
Recolección de la Información										x	x	x	x	x	x	x								
Preparación del Borrador																x	x							
Conclusiones y Sugerencias																		x	x					
Presentación del Informe Final																					x	x		

12. BIBLIOGRAFÍA

12.1. Normas Legales:

- ✓ Constitución Política del Perú
- ✓ Código Civil Peruano – Libro III Derecho de Familia
- ✓ Ley 30007

12.2. Textos

- ✓ ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA: “Serie de Jurisprudencia”, Tomo I, Editorial Desa S.A., Lima Perú, Edición 1999.
- ✓ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor: “Derecho de Familiar Peruano”, Tomo I, Sociedad Conyugal, 7ma. Edición. Editorial Rocarme, Lima-Perú, 1988.
- ✓ CABANELLAS, Guillermo: “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, Tomo II, 14 Edición, Buenos Aires, 1980.
- ✓ CARBONELL LAZO, Fernando R.: “Derecho Civil”, 5ta., Ediciones Jurídicas, Lima-Perú, Edición 1997.
- ✓ DÍAZ VALDIVIA, Héctor: “Derecho de Familia”, Lima-Perú, Edición 1998.
- ✓ ETO CRUZ, Gerardo: “Derecho de Familia”, Editorial Marsol Perú S.A. Lima-Perú, Edición 1989.
- ✓ FLORES POLO, Pedro: “Diccionario Jurídico”, 1ra. Edición, Editores Importadores S.A., Lima-Perú, 1987.
- ✓ HINOSTROZA MINGUÉZ, Alberto: “Derecho de Familia”, Editorial San Marcos, 3ra Edición, Lima-Perú, 1999.
- ✓ LA CRUZ BERDEJO: “Naturaleza Jurídica de la Sociedad de Gananciales”, Rev. de legislación y Jurisprudencia de Madrid-España.
- ✓ LÓPEZ DEL CARRIL, Julio: “Derecho de Familia”. Ed. Abeledo Perrot Bs. As. 1984.
- ✓ MALLQUI REYNOSO, Máx. y Momethiano Zumaeta, Eloy: “Derecho de Familia”, Editorial San Marcos, Lima-Perú, Edición 2000.
- ✓ Varsi Rospigliosi, E. (2011). Tratado de Derecho de Familia (Vol. Tomo II). Lima: Gaceta Jurídica.
- ✓ Kasper, W. (1984). Teología del matrimonio cristiano. Santander: Sal Terrae.

- ✓ Torres Maldonado, M. A. (2016). La responsabilidad Civil en el Derecho de Familia. Lima: Gaceta Jurídica S.A. .
- ✓ Peña, L. (2010). El derecho a la vida conyugal en la sociedad contemporánea. Madrid: CSIC
- ✓ CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Editorial Studium Ediciones. Lima 1985. Pp. 23 y Sgtes.
- ✓ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor: “Derecho de Familiar Peruano”, Tomo I, Sociedad Conyugal, 7ma. Edición. Editorial Rocarme, Lima-Perú, 1988.
- ✓ ECHECOPAR GARCÍA, Luis. Régimen legal de bienes en el matrimonio. Lima: 1952.
- ✓ LLEDÓ YAGUE, Francisco. Compendio de derecho de familia. Madrid: Editorial Dykinson, 1999.
- ✓ Enrique Varsi Rospigliosi. Consideraciones generales sobre la unión de hecho — El Nuevo Rostro del Derecho de Familia Pag. 76 y Sgtes. Motivensa Editora jurídica.
- ✓ Derecho y Derechos de Familia, primera edición febrero 2005 pág. 62 y 63 Estafeta jurídica Virtual Academia de la magistratura Perú
- ✓ GROSMAN, Cecilia P., MARTÍNEZ ALCORTA, Irene (1995) Vínculo entre un cónyuge y los hijos del otro en la familia ensamblada. Roles, responsabilidad del padre o madre afín y los derechos del niño. Buenos Aires. Edit., AbeledoPerrot.
- ✓ Planiol Marcel, R. George. (1991) Tratado de Derecho Civil, 2ª Edición, Buenos Aires: Cárdenas Editor y Distribuidor 1991 p. 405
- ✓ Bonnecase, Julien. (1955) Comentarios al código civil de Napoleón. México: Edit. Cartago.
- ✓ Héctor Cornejo Chávez “Derecho familiar Peruano Studum Lima 1994”
- ✓ -BIGIO CHREM, Jack. «El concubinato en el Código civil de 1984». En Libro Homenaje a Carlos Rodríguez Pastor. Lima: Cultural Cuzco, 1992
- ✓ Revoredo de Debakey Delia: Código civil, exposición de motivos y comentarios. Okura Editores Tomo VI Lima 1985, página 775

12.3. Fuentes Web

- ✓ MEJIA ROSASCO, Rosalia. Régimen patrimonial en el Matrimonio. En: <http://notariarosaliamejia.com/pdf/1.pdf> - Pagina Web visitada el 04 de Agosto de 2017
- ✓ Yadira Alarcón Palacio. «Régimen patrimonial del matrimonio desde Roma hasta la Novísima recopilación». Consultado el 18 de diciembre de 2014.

13. ANEXOS: Instrumentos de Recolección de Información

ANEXO 1

FICHA BIBLIOGRÁFICA

FICHA BIBLIOGRAFICA N°:	
Apellidos y Nombres del Autor:	
Título del libro:	
Editorial, lugar y año:	
Biblioteca:	
Código:	
Tema e ideas:	

ANEXO 2

FICHA DOCUMENTAL

FICHA DOCUMENTAL N°:	
Nombre del autor	
Indicador	
Título	
Identificación del documento	
fecha	
Comentario o cita	

localización	

