

# **UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

## **ESCUELA DE POSGRADO**



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS  
POLÍTICAS**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

**MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

**TESIS:**

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE SUSTENTAN LA INCLUSIÓN DEL  
DERECHO DE OPCIÓN Y SUSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL  
EN UNIONES DE HECHO PROPIAS**

Para optar el Grado Académico de

**MAESTRO EN CIENCIAS**

Presentada por:

**Bachiller: MARÍA CECILIA TERRONES SÁNCHEZ**

Asesor:

**Dr. JOEL ROMERO MENDOZA**

**Cajamarca – Perú**

**2019**

COPYRIGHT © 2019 by  
**MARÍA CECILIA TERRONES SÁNCHEZ**  
Todos los derechos reservados

# **UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

## **ESCUELA DE POSGRADO**



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS  
POLÍTICAS**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

**MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

**TESIS APROBADA:**

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE SUSTENTAN LA INCLUSIÓN DEL  
DERECHO DE OPCIÓN Y SUSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL  
EN UNIONES DE HECHO PROPIAS**

Para optar el Grado Académico de

**MAESTRO EN CIENCIAS**

Presentada por:

**Bachiller: MARÍA CECILIA TERRONES SÁNCHEZ**

**JURADO EVALUADOR**

Dr. Joel Romero Mendoza  
Asesor

Dr. Glenn Joe Serrano Mendoza  
Jurado Evaluador

M.Cs. Sandra Verónica Manrique Urteaga  
Jurado Evaluador

Dr. Fernando Augusto Chávez Rosero  
Jurado Evaluador

Cajamarca – Perú

2019



**Universidad Nacional de Cajamarca**  
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD  
**Escuela de Posgrado**  
CAJAMARCA - PERU



**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

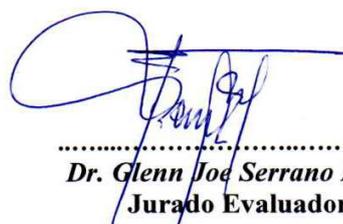
**ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS**

Siendo las 18:00 horas, del día 28 de octubre de dos mil diecinueve, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. GLENN JOE SERRANO MEDINA, M. Cs. SANDRA VERÓNICA MANRIQUE URTEAGA, M. Cs. FERNANDO AUGUSTO CHÁVEZ ROSERO**, y en calidad de Asesor el **Dr. JOEL ROMERO MENDOZA**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada **“FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE SUSTENTAN LA INCLUSIÓN DEL DERECHO DE OPCIÓN Y SUSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL EN UNIONES DE HECHO PROPIAS”**, presentada por la **Bach. en Derecho MARÍA CECILIA TERRONES SÁNCHEZ**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó... Aprobar ..... con la calificación de Dieciséis (16) ..... la mencionada Tesis; en tal virtud, la **Bach. en Derecho MARÍA CECILIA TERRONES SÁNCHEZ**, está apta para recibir en ceremonia especial el Diploma que la acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

Siendo las 19:20 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

  
.....  
**Dr. Joel Romero Mendoza**  
Asesor

  
.....  
**Dr. Glenn Joe Serrano Medina**  
Jurado Evaluador

  
.....  
**M.Cs. Sandra Verónica Manrique Urteaga**  
Jurado Evaluador

  
.....  
**M.Cs. Fernando Augusto Chávez Rosero**  
Jurado Evaluador

**A:**

Mi madre por todo su apoyo y amor incondicional, por ser mi motor para seguir adelante.

## **AGRADECIMIENTO**

A Dios y a mi familia, por guiar mis pasos y ser la fortaleza que necesito en la vida.

## TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN .....	xi
ABSTRACT .....	xii
INTRODUCCIÓN .....	xiii
CAPÍTULO I .....	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS .....	1
1.1. CONTEXTUALIZACIÓN O PROBLEMÁTICA.....	1
1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	4
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	6
1.4. JUSTIFICACIÓN.....	6
1.5. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN .....	7
1.6. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	7
1.6.1. De acuerdo al fin que se persigue.....	7
1.6.2. De acuerdo al diseño de la investigación .....	8
1.6.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan.....	10
1.7. HIPÓTESIS.....	10
1.8. OBJETIVOS.....	11
1.8.1. Objetivo general .....	11
1.8.2. Objetivos específicos .....	11
1.9. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN .....	12
1.9.1. Genéricos.....	12
1.9.2. Propios del Derecho.....	13
1.10. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN .....	15
1.11. INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.....	15
1.11.2. Fichaje .....	15
1.12. UNIVERSO Y MUESTRA .....	16

CAPÍTULO II .....	17
MARCO TEÓRICO.....	17
SUB CAPÍTULO I .....	17
2.1. FAMILIA.....	17
2.1.1. Definición.....	17
2.1.2. De la familia a las familias: Evolución de un concepto. La labor Jurisprudencial Constitucional.....	18
2.1.3. La unión de hecho como fuente creadora de familia, su recepción jurisprudencial .....	20
SUB CAPÍTULO II.....	24
2.2. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS UNIONES DE HECHO ....	24
2.2.1. Constitución Política del Perú de 1979 .....	27
2.2.2. Constitución Política del Perú de 1993 .....	27
SUB CAPÍTULO III.....	66
2.3. LA UNIÓN DE HECHO O CONCUBINATO.....	66
2.3.1. Concepto .....	66
2.3.2. Antecedentes.....	68
2.3.3. Naturaleza Jurídica.....	68
2.3.4. Clases de unión de hecho .....	75
2.3.5. Elementos.....	78
2.3.6. Teorías.....	84
2.3.7. Legislación.....	88
2.3.8. Formas de reconocer la unión de hecho .....	92
SUB CAPÍTULO IV .....	96
2.4. RÉGIMENES PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO Y DE LA UNIÓN DE HECHO.....	96
2.4.1. Regímenes Patrimoniales del Matrimonio .....	96
2.4.2. Régimen Patrimonial del Concubinato o Uniones de Hecho .....	109

SUB CAPÍTULO V .....	113
2.5. TENDENCIA ACTUAL AL RECONOCIMIENTO DE MÁS DERECHOS A LOS INTEGRANTES DE LAS UNIONES DE HECHO PROPIAS .....	113
2.5.1. Comunidad de Bienes .....	114
2.5.2. Derechos laborales y pensión de viudez .....	116
2.5.3. Derecho a la salud.....	118
2.5.4. Derechos sucesorios .....	119
2.5.5. Derecho a Adoptar.....	120
2.5.6. Donación de Órganos.....	121
CAPÍTULO III .....	123
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	123
3.1. EL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY DE LAS UNIONES DE HECHO RESPECTO DEL MATRIMONIO. ....	123
3.1.1. Constitución Política del Estado .....	128
3.1.2. El Código de 1984 .....	128
3.2. EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE TODO TIPO DE FAMILIA. ....	132
3.3. TENDENCIA LEGISLATIVA ACTUAL A RECONOCER MEJOR ESTATUS JURÍDICO A LAS UNIONES DE HECHO Y EQUIPARARLAS AL MATRIMONIO.....	135
CAPÍTULO IV.....	141
PROPUESTA NORMATIVA.....	141
LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 326° DEL CÓDIGO CIVIL .....	141
4.1. OBJETO DE LA LEY.....	141
4.2. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN.....	141
4.3. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS .....	144
4.3.1. Antecedentes.....	144
4.4. EFECTOS DE PROPUESTA LEGISLATIVA .....	152

4.5. ANÁLISIS COSTO- BENEFICIO.....	153
CONCLUSIONES.....	154
RECOMENDACIONES.....	156
LISTA DE REFERENCIAS.....	157
ANEXOS .....	164

## **RESUMEN**

Las uniones de hecho se han convertido en una realidad social y jurídica insoslayable, a pesar del rechazo que en determinado momento de la historia sufrieron, logrando más tarde ser aceptadas jurídicamente como una forma de constituir familia, tal como lo reconoció en su momento la Constitución de 1979, brindándoles protección y reconocimiento, que se ha seguido brindando a través de la Constitución Política del Perú de 1993, siguiendo así una tendencia de Tratados Internacionales; en ese sentido se advierte que se les ha ido reconociendo cada vez más derechos, como el derecho al conviviente supérstite de percibir una pensión de viudez, derecho a heredar entre convivientes, derecho a adoptar niños, derecho a decidir sobre la donación de órganos del conviviente difunto; y siguiendo esta tendencia de reconocimiento de más derechos a los convivientes, se planteó (presente o pasado) la propuesta de reconocerles el derecho de poder elegir o sustituir el régimen patrimonial que deseen rija su unión mientras ésta subsista, con el fin de proteger los derechos patrimoniales de cada conviviente, en aplicación del derecho a la igualdad ante la ley respecto del matrimonio; dado que este tipo de familias no contraviene el orden público ni las buenas costumbres.

### **PALABRAS CLAVES**

Familia; unión de hecho; régimen patrimonial.

## **ABSTRACT**

In fact, unions have become an unavoidable social and legal reality, despite the rejection they suffered at some point in history, later being legally accepted as a way of establishing a family, as the Constitution recognized at the time of 1979, providing protection and recognition, which has continued to be provided through the Political Constitution of Peru of 1993, thus following a trend of International Treaties; In this sense, it is noted that they have been increasingly recognized rights, such as the right to the surviving survivor to receive a widow's pension, the right to inherit between cohabiting persons, the right to adopt children, the right to decide on the donation of organs of the cohabitant deceased; and following this trend of recognition of more rights for the cohabiting, the proposal was raised to recognize the right to be able to choose or replace the patrimonial regime that they wish governs their union while it subsists, in order to protect the patrimonial rights of each cohabitant, in application of the right to equality before the law regarding marriage; since this type of families does not contravene public order or good customs.

## **KEYWORDS**

Family; union in fact; patrimonial regime.

## INTRODUCCIÓN

Existe en el ordenamiento jurídico peruano diversas figuras que pretenden proteger y brindar seguridad jurídica al núcleo de la sociedad; es decir, a la familia, entendiendo a ésta más que como un constructo social o jurídico, como un elemento indispensable para la sociedad, pues es gracias a ésta que el ser humano puede vivir en interrelación y armonía. Todo aquel acto que resultara lesivo para la familia, debe ser castigado y repudiado, puesto que daña una unidad fundamental para que la sociedad siga en constante desarrollo.

Al ser, la familia, un elemento indispensable, los legisladores peruanos creyeron conveniente crear los suficientes mecanismos tanto jurídicos como sociales para protegerla, haciendo ver a los doctrinarios su importancia en el mundo jurídico.

Con el transcurrir del tiempo y conforme las sociedades han ido evolucionando, la figura de la familia también ha ido cambiando, creándose así nuevas formas de constituir una, pues en el caso del matrimonio existe menos voluntad de contraerlo, debido no sólo a sus exigentes trámites y requisitos sobretodo económicos, sino debido al ejercicio de la libertad que las personas despliegan cada vez con más ahínco. Siendo así, ante el panorama expuesto, las parejas que desean dar un paso más en su relación, han preferido optar por otra forma de constituir una familia, siendo esta la del concubinato, en donde el compromiso se asume únicamente entre la pareja de convivientes, sin necesidad de la intervención de una autoridad estatal que valide su relación de hecho. Tal como señala el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables<sup>1</sup> (2013), en la

---

<sup>1</sup> Plan Nacional de Fortalecimiento a las Familias 2013-2021.

sociedad peruana se viene optando con mayor frecuencia por la convivencia que por el matrimonio.

El concubinato, implica que la pareja únicamente se une para formar una familia, sin que haya un reconocimiento oficial de este acto; por lo que, el legislador peruano, al notar esta tendencia actual, decidió regular mecanismos de protección, tales como la regulación constitucional de esta figura en el artículo 5° de la Constitución Política del Perú, lo que en cierto modo genera seguridad en los concubinos, este artículo regula las uniones de hecho y prescribe que es posible que éstas, una vez reconocidas, estén bajo un régimen patrimonial de comunidad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales, pues en la realidad se ha visto que muchas veces uno de los convivientes es más débil que el otro, esto a nivel económico, debiendo entonces acogerse las uniones de hecho al régimen de sociedad de gananciales.

La preocupación de regular un régimen que proteja los intereses patrimoniales de los convivientes es necesario a fin de evitar un enriquecimiento indebido de uno de ellos. Ahora bien, cuando una pareja opta por el matrimonio y asume todas las responsabilidades y derechos del mismo, también tiene la posibilidad de elegir a qué régimen patrimonial desea adscribirse, pudiendo optar por la sociedad de gananciales o el de separación de patrimonios, ambos permiten que los cónyuges protejan su patrimonio de forma eficiente. En el caso de las uniones de hecho, el régimen de separación de patrimonios no ha sido regulado de forma taxativa, por lo que no resulta ser una opción para los convivientes.

El legislador peruano, en su afán de proteger a la familia, ha establecido que las uniones de hecho puedan ser reconocidas a nivel judicial como notarial, momento desde el cual, si adquieren un bien sea inmueble o mueble, pasa a ser propiedad de ambos. Ahora bien, en la investigación se pretende saber ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que sustentan la inclusión del derecho de opción y sustitución del régimen patrimonial en uniones de hecho propias? Con esto, se busca hacer ver que, si la intención del legislador peruano es asemejar la figura de la unión de hecho a la del matrimonio para proteger a la familia, es necesario que ésta también goce de los beneficios que acarrea el contraer nupcias.

La investigación se encuentra dividida en 4 capítulos. El primero referente a aspectos metodológicos, en donde se describen los principales aspectos de la investigación, tales como la contextualización del problema, la formulación, justificación, objetivos, hipótesis, los instrumentos que se utilizaron. Estos temas son de relevancia para comprender la finalidad de la investigación, pues describen de forma idónea cómo es que se llevó a cabo la investigación.

En el segundo capítulo se desarrolla el marco teórico, en donde se describen las figuras jurídicas fundamentales que se ven inmiscuidas en la investigación, esto desde el punto de vista doctrinario y desde la jurisprudencia peruana. Aquí se establecen los principales elementos de la figura del concubinato, así como el principio protector de la familia, los aspectos ius-filosóficos que son de aplicación, constituidos por las teorías aplicables al tema que se investiga.

En el tercer capítulo, se trata sobre la contrastación de la hipótesis, haciendo uso de todos los instrumentos, teorías, y demás aspectos necesarios para llegar a

una conclusión acertada, pudiendo así afirmar o descartar la posibilidad de brindarles a los convivientes la opción de elegir un régimen patrimonial diferente al de la sociedad de gananciales.

En el cuarto y último capítulo se desarrolla la propuesta normativa sobre cómo es que los convivientes puedan ejercer su derecho de igualdad ante la ley y al igual que los casados puedan optar por un régimen patrimonial diferente del de sociedad de gananciales que la ley les impone automáticamente o dado el caso, puedan sustituirlo por el de separación de patrimonios.

Finalmente, se exponen las conclusiones a las que se arribó luego de todo el análisis realizado, también se realizan las recomendaciones necesarias para que otros investigadores puedan continuar con la propuesta que aquí se expone.

## **CAPÍTULO I**

### **ASPECTOS METODOLÓGICOS**

#### **1.1. CONTEXTUALIZACIÓN O PROBLEMÁTICA**

La unión de hecho es una institución que ya ha sido reconocida constitucionalmente a través de su artículo 5°, el cual prescribe: “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”. No obstante, vemos que el artículo 4° de la misma, prescribe: “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 promueve el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad...”, de lo que se puede advertir que, si bien el Estado promueve el matrimonio, también reconoce y protege a las uniones de hecho, por ser una forma de constituir una familia.

Ahora bien, este articulado fue positivizado pensando en promover la institución jurídica del matrimonio, tal y como se evidencia del Diario de Debates del Congreso de la República, Debate Constitucional de 1993, Tomo V, en donde además se hace mención que era necesario dejar abierta la posibilidad de considerar nuevas formas de matrimonio, esto bajo el argumento que:

En el Perú no todo el mundo cree que el matrimonio es la forma ideal de vivir. En nuestras comunidades campesinas se sienten tan casados los que practican el servinacuy como aquellos que fueron a contraer matrimonio al Registro Civil. Son ésas las instituciones

que debemos respetar y proteger (Congreso Constituyente Democrático, 1993, p. 2634 y 2635).

En virtud de dicho fundamento, si bien la Constitución en su actual artículo 5° hace referencia a la aplicación de la sociedad de gananciales para las uniones de hecho, no prohíbe de forma taxativa que los convivientes puedan optar por otro tipo de régimen patrimonial. Entonces, si el ordenamiento jurídico y los mismos congresistas han reconocido que la unión de hecho es una forma de matrimonio, debe reconocérsele también la posibilidad de optar por el otro régimen patrimonial existente, más aún cuando la sociedad de gananciales en algunos casos puede afectar patrimonialmente a alguno de los convivientes.

Entre el matrimonio y el concubinato existe una diferencia sustancial, pues en el caso del primero (matrimonio), los cónyuges tienen la posibilidad de elegir otro tipo de régimen patrimonial, distinto al de sociedad de gananciales, el cual ha sido denominado separación de patrimonio, y se encuentra regulado en el Código Civil vigente.

El artículo 295° del citado Código Civil, hace alusión a la elección y formalidades del régimen patrimonial, señalando que:

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...

El artículo 296° del Código Civil, sobre representación de la sociedad conyugal señala:

Durante el matrimonio, los cónyuges pueden sustituir un régimen por el 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 su inscripción.

Mientras que, en el caso del segundo (concubinato), el artículo 326° Código Civil lo prescribe como:

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...

Y en la doctrina del Perú se señala que:

La tesis de la apariencia de estado matrimonial no trata de amparar directamente a la unión de hecho, sino de elevarla a la categoría matrimonial cuando asume similares condiciones exteriores, esto es, cuando puede hablarse de un estado de aparente matrimonio, por su estabilidad y singularidad. (Poder Judicial, s.f., p. 1)

Durante mucho, las uniones de hecho se han visto desprotegidas jurídicamente en nuestro país, pues hasta hace unas décadas, no existía normatividad que proteja o evite el enriquecimiento, sobretodo económico, por parte de alguno de los concubinos en perjuicio del otro, sin que nuestro ordenamiento jurídico adoptara medida alguna para evitar o solucionar tal circunstancia, por lo que se buscó un paliativo ante la injusticia del despojo patrimonial; siendo así, la Constitución Política de 1979 entre sus normas previó una destinada a proteger la situación patrimonial de varón y mujer unidos de hecho ante una eventual ruptura

de su relación. Por su parte la Constitución Política 1993, en su artículo 5º reiteró el concepto del artículo 9º de la Constitución anterior; no obstante, se trata de una protección sesgada, pues si lo que se busca es que sea protegida integralmente se debe contar con la opción de los convivientes de poder elegir entre un régimen patrimonial u otro.

De lo que se advierte que el reconocimiento de las uniones de hecho ha ido ganando terreno en el ámbito jurídico, pues en un inicio sólo se las ignoraba, luego se empezó a darles cierta de protección y reconocimiento por las consecuencias jurídicas que acarreaban; no obstante, a pesar que actualmente -y con el párrafo incorporado por el artículo 4º de la Ley N° 30007, de fecha 17 de abril de 2013, al artículo 326º del Código Civil-, hay cierto reconocimiento y mucha mayor protección que antes, ésta aún no ha conllevado a una protección total, como es el caso de no haberse señalado que si los convivientes lo desean y conviene puedan elegir el régimen de separación de patrimonios o sustituir a su régimen de sociedad de gananciales por aquél, opción que existe para el matrimonio, pudiendo proteger así su patrimonio individual, fruto de su propio esfuerzo.

## **1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

El Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2013), sobre el Plan Nacional de Fortalecimiento a las Familias 2013-2021 indica que los censos poblacionales han evidenciado el importante aumento de las uniones de hecho en el Perú, yendo desde constituir la cuarta parte del total nacional en 2007, a la tercera parte de la misma en 2011 según el

referido plan, lo que devala que en la actualidad las parejas están en buen número prefiriendo no comprometerse en matrimonio y asumiendo la convivencia como opción de vida, lo que plantea al Estado la exigencia de intervenir para mejorar el status en términos de legalidad y asegurar mecanismos de protección de los integrantes de dichas uniones; siendo así se advierte que a pesar que nuestro sistema legal es promotor del matrimonio, según nuestra la Constitución Política, dada la realidad de las uniones de hecho que está aumentando en comparación con el matrimonio, se acrecienta la labor del Estado de buscar la forma de atender dicha realidad sumado a la tendencia del reconocimiento de cada vez más derechos de los convivientes y no soslayar una realidad tan palpante; en ese sentido, y habiéndosele ya reconocido derechos pensionarios, laborales, sucesorios, de adopción y donación de órganos, se hace necesario reconocerles también el derecho de optar o sustituir el régimen patrimonial que la ley les asigna sin mayor consideración a cada caso particular, buscando de este modo se respete su derecho a la igualdad ante la ley, pues hasta ahora si bien la normativa pertinente no lo prohíbe taxativamente, tampoco la ampara.

Así también, se debe hacer mención que la labor del Estado es proteger a la familia en todas sus formas, teniendo así en consideración al artículo 4º de la Constitución, que prescribe:

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

Como se puede apreciar, este artículo 4° de la Constitución antes referido se encarga de obligar al Estado a proteger a la familia propiamente dicha y a las personas que son consideradas vulnerables, como niños, mujeres y ancianos. Ahora bien, se debe entender que la forma de familia que protege el Estado no sólo es aquella que se conforma a través del matrimonio, sino también las familias convivenciales, pues es protector de la familia, y teniendo en cuenta que las uniones de hecho también constituyen familias, son pasibles de protección constitucional de acuerdo al artículo antes citado.

### **1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que sustentan la inclusión del derecho de opción y sustitución del régimen patrimonial en uniones de hecho propias?

### **1.4. JUSTIFICACIÓN**

La presente investigación busca hacer un aporte teórico, el cual se centrará principalmente en cambiar la postura acerca de la exclusividad del régimen de separación de patrimonios para los cónyuges, lo que a su vez, permitirá que la visión de doctrinarios y legisladores se amplíe y se obtenga una mejor interpretación de las normas a fin que los convivientes puedan optar también por un régimen de separación de patrimonios que rijan su unión durante el tiempo que esta dure, si así lo desean.

Lo que se busca con el presente trabajo de investigación es que las uniones de hecho propias tengan cada vez mayor reconocimiento y protección jurídica a fin de salvaguardar sus intereses patrimoniales sobretodo, pues existe restricciones respecto al régimen patrimonial al que necesariamente se ven sometidos que es el de comunidad de bienes sujeto a la sociedad de gananciales, sin tener en cuenta que lo que se debe buscar no es una situación jurídica paternalista, en donde necesariamente se somete a los convivientes a un régimen patrimonial determinado, sino por el contrario, con el devenir de los avances sociales lo que se busca es cada vez mayor independencia y libertad, por ello no se debe restringir su derecho a elegir el régimen patrimonial que desean rija su unión.

## **1.5. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN**

Por el tipo de investigación, no tiene ámbito espacial ni temporal; sin embargo, por la importancia del tema tiene una connotación y relevancia a nivel nacional.

## **1.6. TIPO DE INVESTIGACIÓN**

### **1.6.1. De acuerdo al fin que se persigue**

#### **1.6.1.1. Básica**

La presente investigación es de tipo básica, pues buscó analizar a nivel teórico la normativa vigente del Código Civil que verse sobre los regímenes patrimoniales existentes en nuestra legislación, así como también

realizar un análisis de la doctrina existente del tema de investigación y luego realizar una propuesta legislativa que permita incluir el derecho de opción y sustitución del régimen patrimonial de los convivientes propiamente dichos.

## **1.6.2. De acuerdo al diseño de la investigación**

### **1.6.2.1. Descriptiva**

La investigación es de tipo descriptiva, pues lo que se buscó es narrar situaciones y manifestaciones que se dan en el ámbito patrimonial en las uniones de hecho propias, por ello se identificó y luego describió los elementos de las uniones de hecho propias y los regímenes patrimoniales existentes en la legislación civil peruana a fin de llegar a determinar si es que efectivamente es posible se les conceda la posibilidad de elegir y/o sustituir el régimen patrimonial que los rija a fin de garantizar sus derechos constitucionales como el derecho a la igualdad ante la ley.

### **1.6.2.2. Explicativa**

La investigación es de tipo explicativa porque no sólo estuvo dirigida a detallar o hacer un mero acercamiento en torno al fenómeno o hecho específico, sino que buscó establecer las causas que se encuentran detrás de éste; en ese sentido lo que se buscó con una investigación de tipo explicativa como esta es establecer o argumentar el

porqué, y el para qué de la investigación; es la interpretación de una realidad o la explicación de su razón de estudio; y en la presente investigación lo que se pretendió es dar a conocer las razones de por qué las personas pretenden tener la libertad de elegir el régimen patrimonial que deseen al momento de constituir su unión de hecho.

### **1.6.2.3. Argumentativa**

Teniendo en cuenta que la argumentación es un proceso cognitivo que se realiza mediante la concatenación de inferencias jurídicas consistentes, coherentes, teleológicas, fundadas en la razón suficiente, y con conocimiento idóneo sobre el caso a fin de obtener conclusiones correctas, el presente trabajo de investigación estuvo dirigido a demostrar que los convivientes integrantes de una unión de hecho propia en pleno ejercicio de sus derechos constitucionales tienen el derecho de optar regirse por uno u otro régimen patrimonial -sociedad de gananciales o separación de patrimonios- y no someterse al preestablecido legalmente, sin tener en cuenta las condiciones particulares de cada integrante, máxime si no existe tal prohibición o restricción al respecto en la normativa civil aplicable al caso.

#### **1.6.2.4. Propositiva**

Es de tipo propositiva, por cuanto la investigación pretendió sugerir que se realice una modificatoria de la ley referente a los regímenes patrimoniales en uniones de hecho propias.

#### **1.6.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan**

##### **1.6.3.1. Cualitativa**

También se trata de una investigación cualitativa pues lo que buscó fue estudiar los fenómenos de la realidad, estableciendo generalizaciones, proposiciones, supuestos o hipótesis que no tienen que ser corroboradas estadísticamente, sino conceptual y contextualmente, a través de la crítica e interpretación de los datos, pues lo que se buscó es hallar explicaciones, respuestas, interpretaciones o inferencias que se hagan sobre un determinado tema para realizar aportes teóricos sobre el mismo; por ende se realizó una descripción de las características del problema, no siendo necesaria la estadística como se ya se dejó sentado.

#### **1.7. HIPÓTESIS**

Los fundamentos jurídicos que sustentan la inclusión del derecho de opción y sustitución del régimen patrimonial en uniones de hecho propias son:

- a) El derecho a la igualdad ante la ley de las uniones de hecho propias respecto del matrimonio.
- b) El principio de protección constitucional de todo tipo de familia.
- c) Tendencia legislativa actual a reconocer mejor estatus jurídico a las uniones de hecho propias y equipararlas al matrimonio.

## **1.8. OBJETIVOS**

### **1.8.1. Objetivo general**

Establecer los fundamentos jurídicos que sustentan la inclusión del derecho de opción y sustitución del régimen patrimonial en uniones de hecho propias.

### **1.8.2. Objetivos específicos**

- a) Analizar las clases de uniones de hecho, su clasificación y los requisitos que deben cumplir las uniones de hecho propias según el artículo 326° del Código Civil.
- b) Establecer las diferencias existentes entre los regímenes patrimoniales respecto al matrimonio y las uniones de hecho.
- c) Analizar los regímenes patrimoniales aplicables al matrimonio y a las uniones de hecho en la legislación civil.
- d) Formular la propuesta de modificar el artículo 326° del Código Civil, a fin de dejar a salvo el derecho de los convivientes de optar o sustituir el régimen patrimonial que por ley se les aplica.

## **1.9. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN**

### **1.9.1. Genéricos**

#### **1.9.1.1. Analítico**

Tal y como se ha venido mencionando, fue necesario realizar un análisis de las normas que se aplican al problema de investigación a fin de realizar la mejor interpretación de las mismas. Esto pertenece al método analítico, gracias al cual se pudo disgregar las normas civiles referentes a los regímenes patrimoniales, para así descubrir el sentido de las mismas.

#### **1.9.1.2. Sintético**

Lo que se buscó con el empleo de este método fue reconstruir un suceso de forma resumida, valiéndose de los elementos más importantes que tuvieron lugar en dicho suceso.

Aunque este método implica hacer uso del análisis en primer lugar, a fin de descomponer o disgregar la norma analizada en las partes que lo componen, el juicio sintético se encarga de unir los elementos heterogéneos más relevantes del conocimiento con el objetivo de encontrar la verdad.

En este sentido el método analítico va desde lo particular a lo general, mientras que el sintético va de lo general a lo particular; en el presente trabajo de investigación se

utilizó este método, ya que una vez disgregada la norma que se analizó a fin de poder estudiar cada una de las figuras que la componen, se la reconstruyó a fin de verificar su aplicabilidad a la realidad.

#### **1.9.1.3. Deductivo**

Lo que se buscó con la aplicación de este método fue partir de premisas generales, como las existentes para el caso de la investigación, para luego arribar a nuevas proposiciones jurídicas, las cuales se basaron en el razonamiento deductivo que se aplicó a la norma positiva.

#### **1.9.1.4. Inductivo**

Aplicando este método se partió de situaciones o hechos particulares de la vida cotidiana a fin de obtener conclusiones generales de aplicación a las futuras situaciones jurídicas que cumplan con los requisitos prescritos.

### **1.9.2. Propios del Derecho**

#### **1.9.2.1. Dogmático**

A través de éste se buscó las fuentes formales; es decir, las normas legales o instituciones en las que se encontró el problema jurídico, por ello este método ayudó a entender los institutos jurídicos e hizo posible la explicación de las normas, que se aplicaron al momento

de solicitar los convivientes que su convivencia sea sometida a un régimen distinto del de comunidad de bienes sujeta a la sociedad de gananciales.

#### **1.9.2.2. Argumentativo**

Este método se utilizó en la investigación porque se hizo uso de la fundamentación y motivación jurídica de nuestra propuesta a fin de generar convicción en los legisladores buscando de este modo se incorpore la opción de elección y sustitución de régimen patrimonial de los convivientes durante la vigencia de su unión de hecho.

#### **1.9.2.3. Sistemático**

Este método se lo utilizó a fin de realizar una interpretación integral y relacionada de las normas que amparan el reconocimiento de las uniones de hecho y los regímenes patrimoniales aplicables al matrimonio y a las uniones de hecho.

#### **1.9.2.4. Hermenéutico**

Este método fue de utilidad para la investigación, puesto que se trabajó directamente con la norma civil, específicamente la que regula los regímenes patrimoniales del matrimonio y de la unión de hecho, dándole una interpretación específica y acorde con la investigación que aquí se presenta.

## **1.10. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN**

### **1.10.1. Análisis de contenido**

Pues examinando textos fue posible conocer no sólo su significado, sino una descripción objetiva y sistemática de las principales figuras que se estudiaron en la presente investigación.

## **1.11. INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN**

### **1.11.1. Resumen o de síntesis**

Una vez que se recolectó la información necesaria para la investigación, se realizaron resúmenes de las opiniones vertidas por los autores; además, también se realizaron síntesis de la jurisprudencia sobre el tema.

### **1.11.2. Fichaje**

En la investigación se utilizó el fichaje para recolectar información de forma concatenada y ordenada de artículos, revistas, folletos y demás documentos especializados que hayan escrito eruditos y doctrinarios del tema.

#### **1.11.2.1. Fichas bibliográficas**

Son las que contienen los datos de identificación de un libro o de algún documento escrito sobre el objeto de estudio. Estas fichas se hacen para todos los libros o artículos que pueden ser útiles a la investigación, no sólo para los que se han leído. En ellas se registraron las fuentes encontradas, por ejemplo, en el catálogo de una

biblioteca, en una bibliografía, en colecciones de publicaciones, instrumento que se utilizó en el presente caso a fin de registrar las fuentes bibliográficas utilizadas.

#### **1.11.2.2. Fichas electrónicas**

Mediante las cuales se registraron los datos de una página de internet de donde se extrajo alguna información.

#### **1.11.2.3. Fichas hemerográficas**

Las mismas fueron utilizadas cuando se deseó guardar información o datos de alguna revista o periódico, pues los datos que debe obtener una ficha hemerográfica se los puede obtener del encabezado de una revista o periódico.

### **1.12. UNIVERSO Y MUESTRA**

Al ser la presente investigación de tipo básica, se utilizó principalmente la argumentación. Bajo dicha premisa, no se utilizó una población determinada, ni una muestra.

**CAPÍTULO II**  
**MARCO TEÓRICO**  
**SUB CAPÍTULO I**

**2.1. FAMILIA**

**2.1.1. Definición**

Al hablar de familia se debe tener en cuenta que existen diversas definiciones, dentro de las cuales aún persisten algunas que sólo las definen como un grupo conformado por padre, madre e hijos, definición que se la puede catalogar como tradicional y que es usada por la mayoría de autores que escriben al respecto; no obstante, dada la gran dinámica que presenta en su evolución histórica y social, ahora se puede dar cabida a otras definiciones, indistintamente de ello, lo que siempre va a buscar una familia es socializar a sus miembros, para lo cual debe brindarles el apoyo físico y emocional a fin de integrarlos a la sociedad en la que interactúan.

La Real Academia Española (2014), la define como:

Grupo de personas que viven juntas bajo la autoridad de una de ellas. Número de criados de uno, aunque no vivan dentro de su casa. Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje. En esta definición se esboza ya una cierta jerarquización y distribución del poder dentro del seno familiar.

Asimismo, la Organización Mundial de la Salud (2018), considera que:

Los miembros del hogar emparentados entre sí, hasta un grado determinado por sangre, adopción y matrimonio. Se ve a la familia como el grupo que en la mayoría debe predominar dentro de la sociedad, y que los roles de cada uno de los integrantes está determinado según la estructura y conformación de la misma.

### **2.1.2. De la familia a las familias: Evolución de un concepto. La labor Jurisprudencial Constitucional**

Como se anotó en la definición anterior, en las últimas décadas se ha venido dando un cambio radical del concepto de familia del que en un inicio se tenía, debido a diversos factores como la inclusión social, regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, que han significado un gran cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada inicialmente alrededor de la figura de pater familias, tal es así, que el propio Tribunal Constitucional ha dejado sentada su definición en el Exp. N° 06572-2006-PA/TC, donde señala que:

En los días de hoy, lo que identifica a la familia no es ni la celebración del matrimonio ni la diferencia de sexo de la pareja o la envoltura de carácter sexual. El elemento distintivo de la familia, que la coloca sobre el manto de la juridicidad, es la presencia de un vínculo afectivo al unirse las personas con identidad de proyectos de vida y propósitos comunes, generando un comprometimiento mutuo.

De lo antes señalado se puede concluir que para considerar familia a un grupo de personas, ésta ya no tienen que cumplir

paradigmas que antes se necesitaba como el matrimonio o la procreación, debido precisamente a los diversos cambios que ha sufrido nuestra sociedad; por lo que hoy en día no podemos señalar que el Estado sólo protege a la familia matrimonial, pues dicho criterio ha quedado desterrado, y el propio Tribunal Constitucional así lo ha fijado en el Exp. N° 06572-2006-PA/TC, donde señala que el concepto de “unión de individuos en la cual los sujetos desarrollan su intimidad en común”, es un concepto en evolución, dejando a la ley la tarea de ir configurando la institución conforme al devenir social y cultural de la sociedad, lo que obedece al cambio de las sociedades.

En ese sentido, conviene reformular el concepto tradicional de familia, de manera que permita mirar las distintas formas de conformarla, dado que en la actualidad existen familias monoparentales, que es el caso de aquellas que están conformadas por un solo progenitor, o las familias de crianza con las cuales no existen lazos consanguíneos, sino afectivos o familias ensambladas, conformadas además de la pareja por los hijos de cada cual, que no son hijos del otro.

Es preciso mencionar que por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia N°198-2012, evidencia que se desconecta el derecho a contraer matrimonio y la garantía de protección de la familia cuando establece el concepto de vida familiar protegido por el artículo 8° CEDH, ya que no se reserva

únicamente a las familias fundadas en el matrimonio, sino a aquellas otras relaciones de facto.

En el escenario jurídico contemporáneo autores como Quiroz (2018) sobre concepto de familia, indica que no se puede hablar de familia en forma singular, sino de manera plural en el sentido que se reconocen derechos y protecciones a los distintos tipos que hay dentro de la sociedad como la nuclear o tradicional, monoparental, ensambladas, escalonadas, etc.; asimismo, la reaparición es estas estructuras debe ir acompañada por una terminología nueva como padre afin o padre de hecho, todo ello generado a partir del vínculo entre padres e hijos de una familia recompuesta donde se acredite un vínculo de afectividad entre ellos.

A fin de darnos cuenta cómo en nuestra sociedad va cambiando la forma de constituir familias fue preciso hacer las citas anteriores.

### **2.1.3. La unión de hecho como fuente creadora de familia, su recepción jurisprudencial**

A pesar de considerar diversas formas de constitución de familia, como se mencionó de forma suscita en el sub título anterior, no se ampliará más sobre ello por no ser parte del tema de investigación, pero sí en mencionar que respecto a las uniones de hecho, la propia Constitución Política de 1993 las reconoce como fuentes creadoras de familia, según lo prescrito en su artículo 4° ,

claro está con la salvedad del cumplimiento de ciertos requisitos, reconocimiento y protección legal que también ha sido recogido en el Código Civil de 1984; de lo que se puede advertir que también es familia aquella que nace de la convivencia en pareja, pues cumplen con los fines para denominarse así, dado que se procuran afecto, viven juntos, comparten un proyecto de vida, así como los gastos de la vida diaria, educan en común a la prole, si fuese el caso; es decir, son una familia en todo el sentido de la palabra, sin importar el nexo legal que las una, matrimonio, por lo que no se debe olvidar que el incremento de las prácticas convivenciales fue imponiéndose en la sociedad, a partir de lo cual comenzó a existir cierto grado de regulación, dadas las consecuencias jurídicas que se desprendían de su convivencia dentro de la sociedad, pero tampoco se trata de algo extremadamente novedoso, ya que antes que el matrimonio se sacralizara las parejas se unían para compartir una vida en común, lo que si bien en un momento escandalizó a cierto sector de la sociedad, por romper con los convencionalismos sociales, hoy ocupa un lugar significativo en las estadísticas que reflejan la manera de constituir las familias en nuestras sociedades; y si bien 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 desarrollo, no es menos cierto que el Estado puede intervenir y regular conductas a fin de evitar situaciones no deseadas en la sociedad.

En tal sentido, el expediente N° 06572-2006-PA/TC, aclaró que: “La Constitución al tiempo de reconocer su existencia, la encausa dentro de los valores constitucionales a fin de hacerla compatible con el resto del ordenamiento”.

A pesar de ello, el Pleno del Tribunal Constitucional del Perú, en su sentencia del 20 de junio de 2010, recaída en el Exp. N° 04493-2008-PA/TC, señaló lo siguiente:

No puede negarse que es una alternativa lícita, justa y equilibrada para formar una familia. Empero hay que reconocerla, así como es, como una alternativa diferente del matrimonio, y en consecuencia, de ella no se pueden predicar los mismos efectos a que conduce la formalización de un matrimonio.

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional agrega que, si la unión de hecho tuviera los mismos efectos que el matrimonio, sería una unión de derecho tal y como el matrimonio. En esa misma línea, si para esta unión se requiere la aportación de pruebas contundentes a la acreditación del periodo de convivencia que la norma legal exige, luego de ser inscrita ante el registro correspondiente, ésta se convierte no en una alternativa, distinta, o disímil al matrimonio, sino que la absorbe, desnaturalizándola, por lo que deja de ser una unión sustentada en la voluntad libre de compartir una vida. Siendo necesario que la unión de hecho tenga su propio régimen jurídico, con efectos propios e inherentes a su naturaleza con el fin de proteger aquellas familias.

Como se puede advertir existen posturas distintas, que dada la materia de investigación ha sido preciso citar, pues no podemos imponer una opinión sin mayor sustento, ya que de lo que se trata es de fundamentar jurídicamente la postura que se tenga; en ese entender queda claro que en sentido general, tanto la unión de hecho como el matrimonio requieren de la protección del constituyente, el esposo o esposa en el caso del matrimonio y el compañero o compañera permanente, si se trata de unión existente de hecho, gozan de la misma importancia y de iguales derechos, por lo cual están excluidos los privilegios y las discriminaciones que se originen en el tipo de vínculo. Argumento a tener en cuenta es el señalado en la sentencia C-477 donde el magistrado ponente Gaviria (1999), señaló:

Todas las prerrogativas, ventajas o prestaciones y también las cargas y responsabilidades que el sistema jurídico establezca a favor de las personas unidas en matrimonio son aplicables, en pie de igualdad, a las que conviven sin necesidad de dicho vínculo formal. De lo contrario, al generar distinciones que la preceptiva constitucional no justifica, se desconoce la norma que equipara las dos formas de unión y se quebranta el principio de igualdad ante la ley que prescribe el mismo trato a situaciones idénticas.

Con ello no se pretende que se dé mayor importancia o protección a las familias provenientes de uniones de hecho, sólo la suficiente y necesaria para que pueda desarrollarse como tal dentro de la sociedad, pues la búsqueda de equiparación de trato entre cónyuges y convivientes no tiene como fundamento el que uno y otro vínculo sean iguales, sino que como sujetos que han optado

por una convivencia de ayuda, socorro y apoyo mutuos, deben ser tratados de la misma forma.

## **SUB CAPÍTULO II**

### **2.2. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS UNIONES DE HECHO**

El escritor Fernández (1998) sostiene que, la interpretación del artículo 1° de la Constitución Peruana gira entorno de las normas de este cuerpo legal, así como de todas aquellas otras que integran nuestro ordenamiento jurídico. La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad constituyen la razón de ser del derecho, considerada en sí misma como el fin supremo de la sociedad y del Estado, de donde se deriva la obligación de la sociedad y del Estado de defenderla y respetarla. Siendo que este derecho fue creado con el propósito de proteger la libertad personal actuando dentro de su límite: el bien común; donde el derecho ha pretendido eliminar la normativa, pudieran impedir el libre desarrollo del personal proyecto de vida; es decir, de lo que la persona desea ser y hacer en su vida.

En ese entender, el principio jurídico toda conducta intersubjetiva está permitida, salvo que se halle expresamente prohibida por dicho ordenamiento jurídico o atente contra el orden público o las buenas costumbres, nos lleva a concluir que el eje del derecho es la libertad de cada persona, a fin que pueda lograr su realización integral como ser humano en armonía con el interés social, para lo cual se debe crear las condiciones sociales de justicia, solidaridad, seguridad, igualdad, que permitan el cumplimiento de su proyecto de vida.

El artículo 1° de la Constitución, al enunciar que la defensa de la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, lo que prescribe es el deber de todos y cada uno de los miembros de la sociedad, así como de los diversos órganos del Estado, de proteger de una manera preventiva, integral y unitaria a la persona. Esta protección comprende tanto su estructura psicosomática como su libertad proyectiva, hecha acto, conducta, comportamiento. Es decir, el proyecto de vida de cada persona.

Por ello, cuando constitucionalmente se enuncia que la defensa de la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, se debe considerar a la persona humana tal como ella es, como una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad, por lo que no se puede prescindir de la protección de cualquier aspecto de dicha unidad ni del proyecto de vida que es, como se ha apuntado, la concreción fenoménica de su libertad ontológica.

Felizmente, en lo que concierne a la protección integral de la persona humana, la doctrina, en las dos últimas décadas, ha elaborado una nueva teoría que es la del daño al proyecto de vida, la misma que, dentro de la genérica referida al daño a la persona, ha mostrado la importancia que tiene para el ser humano la protección de su libertad hecha acto o conducta que responde a una decisión personal desde que el ser humano es un ser libertad.

El artículo 1° de la Constitución de 1993, al lado del respeto a la persona humana, enuncia también el deber de la sociedad y del Estado de respetar su dignidad. La dignidad es una calidad inherente a la persona, en cuanto esta es simultáneamente libre e idéntica a sí misma. La libertad y la identidad sustentan la dignidad del ser humano. El ser humano posee dignidad porque, siendo libre, es un ser espiritual y además, por el hecho de que, a pesar de que todos los seres humanos son iguales, no hay idénticos. Es esta dignidad inherente a su ser el sustento de los derechos fundamentales de la persona humana; no obstante, el artículo 3° de la Constitución establezca que los derechos de la persona no se circunscriben a solo aquellos expresamente normados por el ordenamiento jurídico, sino que su protección alcanza a aquellos que, sin encontrarse en esta situación, se fundan en la dignidad del hombre.

Es así que la Constitución Política no sólo reconoce al ser humano como un ser libertad y respeta su dignidad como el fin supremo de la sociedad y el Estado, sino que regula y protege otros derechos de las personas dentro de ellos el derecho de formar uniones de hecho, si bien no lo señala así de forma expresa, sí prescribe la protección que recibe de su parte, dejando claro que lo expresado con antelación sirve de base para la protección que se le da al ser humano como tal, por tanto hablaremos un poco de lo que la Constitución prevé sobre las uniones de hecho.

La unión de hecho recién mereció reconocimiento normativo en la Constitución de 1979 y más aún en la Constitución de 1993, tal como a continuación se detalla:

### **2.2.1. Constitución Política del Perú de 1979**

En su artículo 9º declaró:

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

De dicha redacción se puede apreciar la protección constitucional que desde entonces se les daba a las uniones de hecho, en el afán se entiende de brindarle protección y reconocimiento de familia, sin importar la forma de su constitución, pues al parecer al legislador le importaba el cumplimiento de sus fines, más allá de la forma de conformarla.

### **2.2.2. Constitución Política del Perú de 1993**

Nuestra normativa en el Derecho de Familia está premunida del principio de amparo o reconocimiento de las uniones de hecho, principio que se ha consagrado en el artículo 5º de la Constitución de 1993 y sustenta la regla que la unión voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, sin impedimento matrimonial, produce determinados efectos personales y patrimoniales reconocidos en la ley y que son similares a los del matrimonio; artículo que prescribe taxativamente: “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”.

De acuerdo a la Constitución Política vigente, se advierte que lejos de desconocerse o abstenerse de regularla, se lo sigue haciendo a través de la ley fundamental, lo que denota la importancia que tiene dentro de la sociedad dado su incremento, por ello es importante analizar lo prescrito por el artículo 5° de la Constitución Política del Perú.

#### **2.2.2.1. Artículo 5° de la Constitución Política del Perú de 1993**

Este artículo prescribe que “La unión de hecho de un varón y de 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” (Gaceta Jurídica, 2009).

Con la dación del artículo 5° de la Constitución de 1993, surge un problema fundamental sobre las uniones de hecho, que es el relativo a la prueba de su existencia; el cual no va a constar en un título de estado de familia, como son las partidas del registro del estado civil, esto es así por tratarse de un estado de familia de hecho.

Plácido (2010), precisa que:

La creación de registros municipales para la inscripción de las uniones de hecho no vulnera el modelo de familia de la Constitución de 1993. Al contrario, resulta concordante con él, desde que permitirá la acreditación inmediata y el reconocimiento, a favor de esa unión de hecho, de los efectos reconocidos bajo el principio de protección de la familia. Recuérdese que ya no

nos encontramos bajo el influjo de los principios de la derogada Constitución de 1979, en donde de la unión de hecho no surgía una familia y que, por tanto, el establecimiento de tales registros resultaba vulnerando el modelo de familia de aquella Constitución de 1979 que se basaba en la idea de que solo del matrimonio nace la familia. La prueba de la existencia de la unión de hecho se constituye en una cuestión necesaria para reclamar los efectos legales reconocidos.

Respecto al análisis del artículo 5° de la Constitución de 1993, ya el Tribunal Constitucional ha dejado sentada las características de la unión de hecho, debiendo la misma ser una unión monogámica heterosexual, sostenida por quienes no tienen impedimento alguno para casarse, con vocación de habitualidad y permanencia, mantenida de manera pública y notoria, que conforman un hogar de hecho y a la que se le reconoce una comunidad de bienes que deberá sujetarse a la regulación de la sociedad de gananciales; ratificando la tesis que este régimen patrimonial es el que rige en las uniones de hecho, no existiendo mayor opción, con lo cual aparentemente se aseguraría que a la terminación de la relación, los bienes de tal comunidad pueda repartirse equitativamente, con lo que se erradicarían los abusos e impediría el enriquecimiento ilícito; criterio que no se comparte, pues lo que se evidencia de ello es un paternalismo extremo, que considera que alguno de los integrantes de dicha unión

es la parte débil y se la debe proteger, lo que hasta cierto punto puede resultar limitante para buscar un desarrollo propio.

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

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

naturaleza de las pretensiones que se reclaman y por la seguridad jurídica necesaria para evitar perjuicios a terceros (Plácido, 2001).

De otra parte, la prueba va a estar dirigida a demostrar que un hombre y una mujer sin estar casados entre sí hacen vida de tales. En ello consiste la posesión constante de estado de convivientes. Claro está que, además, se deberá probar el cumplimiento de los demás elementos o requisitos para la configuración de la unión de hecho, que no media impedimento matrimonial y, para la aplicación de las normas del régimen de sociedad de gananciales, que haya durado por lo menos dos años continuos.

Al respecto, de acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional (2011), los cambios sociales generados a lo largo del siglo XX han puesto el concepto tradicional de familia en una situación de tensión, dado que se encuentra a merced de los nuevos contextos sociales; por lo tanto hechos como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del páter familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con

estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas.

Sin embargo, y sin advertir la desvinculación entre familia y matrimonio de la Constitución de 1993, el Tribunal Constitucional (2011) indica que:

El texto constitucional no se preocupa en definir el concepto (de familia). Es claro entonces, que el texto constitucional no pretendió reconocer un modelo específico de familia. Por consiguiente, el instituto de la familia no debe relacionarse necesariamente con el matrimonio...

Admitiendo que en el sistema constitucional vigente la familia que se protege es una sola, sin importar su origen, que puede ser matrimonial o extramatrimonial, y el Tribunal Constitucional reitera que sin importar el tipo de familia ante la que se esté, ésta será merecedora de protección frente a las injerencias que puedan surgir del Estado y de la sociedad; y añade que no podrá argumentarse, en consecuencia, que el Estado solo tutela a la familia matrimonial, tomando en cuenta que existe una gran cantidad de familias extramatrimoniales; es decir, se comprende que el instituto familiar trasciende al del matrimonio, pudiendo darse la situación de que extinguido éste persista aquella.

La Constitución hace mención a que cuando la unión de hecho es reconocida, los convivientes automáticamente empiezan a regirse bajo el régimen de sociedad de gananciales; sin embargo, en ningún artículo, sea constitucional o legal se ha establecido que se encuentre prohibido que la pareja elija a qué régimen pertenecer.

De otro lado, también se hace alusión en la doctrina que:

Simple y llanamente la norma se aplica de manera supletoria en ausencia de pacto específico y sólo en ese momento (cumplidos los requisitos de la unión de hecho) los bienes se presumirán comunes. Los pactos patrimoniales entre concubinos, que tienen como fin garantizar recíprocamente los aspectos económicos de la convivencia, resultan ser válidos. Nada nos indica que ellos sean nulos o inválidos. Tales convenios pueden contener los acuerdos sobre la obligación recíproca de contribuir a la necesidad del menaje familiar, la puesta a disposición de los bienes que sean de uno o de ambos, la puesta a disposición de la propia capacidad laboral y los réditos que genere o la contribución que derive del trabajo doméstico, la adquisición conjunta de bienes o la adquisición separada, sin desatender las necesidades del hogar. (Vega, 2005, p. 394)

En lo citado se evidencia que el artículo 5° de la Constitución, es interpretado de forma que la pareja que conviva y tenga interés en que su relación sea reconocida a nivel jurídico, deberá someterse al régimen de sociedad de gananciales. Sin embargo, ello no contraviene a la posibilidad que previo acuerdo ellos hayan decidido que cada uno tenga sus propios bienes,

no deviniendo en nulo este pacto, pues la norma constitucional no prohíbe que los convivientes puedan pactar la forma que desean manejar su patrimonio. Por otro lado, también es preciso hacer mención del artículo 4° ya que sirve como fundamento para postular la tesis que se viene desarrollando.

#### **2.2.2.2. Artículo 4° de la Constitución Política del Perú de 1993**

Taxativamente el artículo 4° de la Constitución Política del Perú 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.

Por lo que pasamos a desarrollar la protección de la familia vista desde el amparo constitucional.

##### **a) El principio de protección de la familia**

La familia al ser la célula básica de la sociedad, debe ser protegida a través de los suficientes medios, tanto jurídicos como sociales, para que se respete la forma de constituir la de modo que los cónyuges o convivientes creen conveniente.

Ahora bien, al respecto la Constitución en el artículo 4° también ha hecho alusión a este principio, prescribiendo que:

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

Sobre este artículo, en la doctrina se dice que en el artículo 4° se precisa que la comunidad y el Estado protegen a la familia, reconociéndola como un instituto natural y fundamental de la sociedad; advirtiéndose que se protege a un solo tipo de familia, sin importar que sea de origen matrimonial o extramatrimonial. (Plácido,2001,p.24)

Evidentemente, este artículo refleja la intención del legislador peruano de proteger a la familia en sí misma; es decir, sin importar si ésta se ha originado de una relación matrimonial o extramatrimonial, sino que se protege a la familia como elemento indispensable de la sociedad.

En el Perú, es común que las parejas que buscan de alguna forma formalizar y dar un paso más, lo hagan a través de la figura del concubinato, pues el matrimonio conlleva diversos trámites y gastos que muchas veces la pareja no puede afrontar. Por ello, la protección de todas estas formas de familia debe ser prioridad para el Estado y la sociedad dado que la familia constituye un grupo humano en el cual comienza el desarrollo del ser humano y le permite su subsistencia, debido a la condición de fragilidad en la que viene al mundo, pues como indica Varsi (2011):

Somos seres defectivos, necesitados, biológica y socialmente hablando... No siendo independiente y auto satisfactoria, la persona necesita de otra como complemento sexual para reproducirse y para su cuidado en los primeros y en sus últimos años de vida en un grupo que lo cubra tomando en cuenta su estado de indefensión. (p. 23)

Como se evidencia la definición de familia puede variar debido a la gran evolución de las sociedades; sin embargo, se advierte que la necesidad del ser humano de vivir en grupo no ha variado; por lo cual este grupo de personas denominada familia merece protección a fin que la salvaguarde de cualquier circunstancia que podría vulnerarla.

Es de advertir que la protección de la familia también se deriva de lo prescrito en el artículo 4° de la Constitución, que redacta claramente la importancia que el legislador peruano le brinda, sin necesidad que de por medio exista el vínculo jurídico del matrimonio, convirtiéndose así en un deber del Estado y la sociedad proteger todas las formas de familias existentes en nuestra sociedad.

La Constitución Política comentada (2006), referente al artículo 4° antes citado señala en su comentario 3. Fundamento y alcance de la protección constitucional de la familia:

Toda amplia regulación del matrimonio y la específica de la unión de hecho propiamente dicha que efectúa la legislación civil sólo se justifican en razón del deber de pública protección de la familia que la Constitución ha reconocido que recae sobre los poderes públicos... (p. 342)

Como se decía con anterioridad, el Estado tiene la obligación de proteger a la familia, esto no sólo a través de sus órganos estatales, sino de los poderes públicos que conforman el Estado, pues la familia es la base sobre la cual se funda la sociedad, debiendo entonces protegerla en todas las formas que se pueda presentar, incluyendo así a aquella que se encuentra constituida por el concubinato. Esta

obligación resulta ser lógica y justa, pues el hecho que algunas personas opten por unirse a través de la institución del matrimonio, mientras que otras elijan únicamente convivir, no debe restarle importancia al hecho de que se ha formado una familia y por ende, requiere de protección.

Asimismo, Sánchez (2000), en el comentario 4 al modelo constitucional de familia y las distintas formas de convivencia de pareja, afirma que:

Sin embargo, debe advertirse que el actual modelo de familia constitucionalmente garantizado es producto de un proceso en el que inicialmente se la presentaba como una realidad convivencial fundada en matrimonio, indisoluble y heterosexual, encerrado en la seriedad de la finalidad reproductora. (p. 45)

Por su parte, Vega (2003) señala que condenando al exilio legal a cualquier otra forma de constitución de una familia: “Los concubinatos fueron perseguidos y deslegitimados al no reconocérseles efectos jurídicos de ninguna clase. Los hijos de esas uniones de hecho por lo demás, fueron estigmatizados como bastardos. (p. 36-37)

Cabe precisar que en la realidad han ido en incremento los reconocimientos de sus derechos, así se abrió paso a la equiparación de los hijos

matrimoniales y extramatrimoniales, se acudió a principios del derecho de obligaciones para evitar el enriquecimiento indebido entre convivientes por los bienes adquiridos durante la unión more uxorio, hasta llegar a reconocer en las parejas heterosexuales estables, libres de impedimento matrimonial, una comunidad de bienes a la que se aplican las disposiciones de la sociedad de gananciales, en lo que fuere pertinente. (Constitución Política Comentada, 2006); asimismo, la protección se ha extendido a la convivencia sin matrimonio, pues el legislador ha tenido que admitir que la unión de hecho también es una familia, privilegiando no a la ceremonia o la formalidad que tiene revestida el matrimonio.

Ahora bien, respecto a ello, era necesario que el legislador peruano considere todas las opciones que los pobladores toman en cuenta para formar una familia, no debiendo quedar desprotegidas, lo que agravaba los problemas de violencia que se suscitaban dentro de ellas; por tanto, se evidenció la necesidad de ampliar su protección.

Así también en el comentario 5.1 acerca del derecho a fundar una familia, se ha dicho en la doctrina que:

En cambio, en los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos del sistema regional interamericano se advierte una desvinculación entre familia y matrimonio. Así, el artículo VI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 reconoce como derecho fundamental de toda persona el de constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad, y de recibir protección para ella. Esta disimilitud respecto del sistema universal ha sido entendida como una “redacción amplia y comprensiva”, que tiene relevancia en determinadas circunstancias, como, por ejemplo, en el caso de un individuo o de una pareja no casada que quisiera adoptar.” (O’Donnel, citado en Constitución Política Comentada, Gaceta Jurídica, 2006, p. 349).

Por otro lado, el principio de progresividad del sistema internacional de promoción y protección de los derechos humanos es aquel que afianza el avance y reconoce que el derecho a fundar una familia corresponde a toda persona, en el sentido que se ejercerá de acuerdo con la legislación interna de cada Estado, desvinculando la familia del matrimonio. Por ello, si bien es cierto el matrimonio es la fuente de constitución de una familia, no es la única (Constitución Política Comentada, 2006, p. 349).

Es importante mencionar que lo afirmado es necesario para la adecuada interpretación de la protección constitucional de la familia que se pretende, pues ésta se extiende para las familias unidas por un lazo matrimonial o también por uno extramatrimonial. Siendo así, se ha tomado la debida relevancia en la protección de la familia en cualquiera de sus formas, siendo este un punto de vital importancia para la presente investigación.

Finalmente, se tiene que en el comentario 3 referente a la Promoción del matrimonio en II. El matrimonio y la Constitución peruana señalan:

Como se ha expuesto, en el sistema constitucional la familia es una sola sin considerar su origen legal o de hecho, y a diferencia de lo dispuesto por la Constitución de 1979 que sentaba el principio como de protección del matrimonio -por lo que se sostenía que la familia que se protegía era la de base matrimonial-, la Constitución actual postula -en el segundo párrafo del artículo 4º- el principio de promoción del matrimonio... Pero fundamentalmente este principio destaca la preferencia del vínculo matrimonial antes que a otras unidades convivenciales *more uxorio* ... se evidencia que se sigue la tesis de apariencia al estado matrimonial, por lo que no se trata de amparar directamente a la unión de hecho, sino de elevarla a la categoría matrimonial cuando asume similares condiciones exteriores, eso es, cuando puede hablarse de un estado aparente de matrimonio por su estabilidad y singularidad; lo que determina que se le reconozca determinados y exclusivos efectos personales y patrimoniales. (Constitución Política Comentada, 2006, p. 366).

La importancia de la familia como núcleo de la sociedad implica entre otras cosas, su adecuada protección, y ésta debe referirse no sólo al ámbito social, sino también patrimonial, en donde se debe incidir en los riesgos que se pueden correr si no se protege de forma adecuada a las personas que conforman a la familia, más aun cuando en nuestra sociedad actual existe violencia entre los integrantes del grupo familiar, de ahí que sea necesario que todos los aspectos de las convivencias sean regulados por las diversas normas que conforman el ordenamiento jurídico.

La aplicación conjunta de la teoría abstencionista y la teoría de la apariencia del estado matrimonial tiene una especial connotación jurídica, pues se trata de una posición conservadora, cuya finalidad es promover el matrimonio, erradicar las uniones de hecho y formalizar a las existentes siempre que cumplan con los requisitos de ley, los cuales son similares al matrimonio. Esta combinación nos presenta una unión de hecho que tiene que parecerse al matrimonio en las principales obligaciones de éste como hacer vida en común, asumiendo las responsabilidades económicas y domésticas de un hogar, basada en una relación de

fidelidad y aplicando la asistencia recíproca. Esto debe ser así desde el punto de vista teórico, pero la legislación peruana no reconoce la obligación de prestarse alimentos entre sí, ni la obligación de sostener económicamente al conviviente que realiza las labores domésticas del hogar.

En el caso peruano, ninguna pareja de convivientes puede acercarse al Registro Civil o al notario para constituir una unión de hecho, ya que sólo se puede recurrir a la vía notarial o judicial para que le reconozcan su relación de pareja que se realizó con anterioridad de dos años. Esta situación se relaciona con el principio de reconocimiento de las uniones de hecho, el cual concede efectos retroactivos al reconocimiento notarial o judicial. La condición del artículo 326° del Código Civil, en la que exige que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos, le coloca la nota distintiva con relación a otros ordenamientos jurídicos, porque al exigir el tiempo pasado de convivencia, se está exigiendo la comprobación del mismo, lo que significa el reconocimiento retroactivo de la relación convivencial. A diferencia del matrimonio que opera hacia el futuro, la unión de hecho reconoce el pasado, situación que se evidencia cuando la

relación convivencial termina por muerte, abandono, rompimiento unilateral o de mutuo acuerdo. Aunque la relación se encuentre vigente, si se solicita el reconocimiento notarial es porque se quiere lograr algún efecto personal o patrimonial de la unión de hecho.

Se entiende que la razón fundamental para que con el pasar del tiempo se busque una mejor regulación legislativa de las uniones de hecho es la condición social y económica en la que vive una gran parte de la población, por lo que lejos de desprotegerla o ignorarla, es conveniente regularla de forma tal que no se vulneren sus derechos como grupo familiar y su importancia dentro de la sociedad.

Teniendo en cuenta que para hablar de uniones de hecho, tenemos que partir del concepto de familia, y de acuerdo a lo establecido el artículo 16° de la Declaración Universal de Derechos Humanos se considera a ésta como elemento natural y fundamental de la sociedad, merecedora de protección de la sociedad y del Estado, pues es una realidad anterior al derecho positivo y como célula básica de la sociedad se le debe brindar una protección integral buscando su pleno desarrollo

dentro de la sociedad, esto es con el reconocimiento de su existencia y la protección de sus fines, siendo indistinta la manera de conformarla, mediante matrimonio, unión de hecho con o sin hijos, de una donde sólo existe una figura paterna o familias ensambladas; personas unidas por lazos de afectividad, lazos jurídicos, etc.

Es preciso advertir que el ordenamiento legal peruano ha ido otorgado de manera paulatina derechos matrimoniales a los convivientes, pues se empezó por el reconocimiento de la sociedad de gananciales, derechos laborales, sucesorios, así como el derecho de adoptar niños y de donación de órganos.

Desde nuestra perspectiva, la familia no tiene un concepto universal debido a que cada uno de los estados establece su definición. Como observamos se nota una evidente crisis del matrimonio, que provoca el incremento de las uniones de hecho y/o de familias; no obstante, es verdad que los llamados nuevos modelos de familia han existido desde siempre, pero el asunto es que no fueron reconocidos legalmente por considerarlos contrarios a la moral o como desmembramientos del modelo

clásico, ya que en el caso peruano por ejemplo el Código Civil de 1852 sólo reconocía al matrimonio canónico porque era una réplica del Concilio de Trento, y este tipo de matrimonio tenía efectos civiles; posteriormente, con el Código Civil de 1936, el matrimonio civil desplazó al matrimonio canónico, de tal manera que éste último sólo surte efectos en el fuero eclesial y el primero es considerado válido para efectos civiles, y con la Constitución Política de 1979 que protege y promueve el matrimonio civil tiene una superioridad sobre la unión de hecho, pese a que ésta es reconocida por este marco constitucional, lo propio sucede con la vigente Constitución que ha adoptado dos modelos de familia: la matrimonial y la unión de hecho, pero con preponderancia del matrimonio, razón por la cual el Código Civil sólo regula los efectos de la convivencia cuando ésta se extingue y no contempla su constitución y desarrollo como relación.

El término reconocimiento de la unión de hecho nos lleva a la reflexión que desde el punto de vista constitucional sólo procede el reconocimiento en la medida que previamente haya preexistido una situación de convivencia por el término establecido en la ley. La palabra reconocimiento nos lleva al

pasado de la relación, la que puede estar vigente o se haya extinguido, y en ambos casos se producirán efectos patrimoniales pero restringidos, ya que como lo señala la propia norma constitucional, se someten al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

En consecuencia, el matrimonio en el Perú tiene una preponderancia sobre la unión de hecho, a la que exige el cumplimiento de diversos requisitos para otorgarle determinados derechos del régimen de la sociedad de gananciales, régimen que es forzoso, contraviniendo con la naturaleza de la unión de hecho, a la cual le debiera corresponder la separación de patrimonios; además la unión de hecho en nuestro país tiene que ser reconocida ya sea notarial o judicialmente para que genere efectos personales y patrimoniales. No obstante, se ha ido ganando terreno en cuanto al reconocimiento de cada vez más derechos para los convivientes, pues hasta hace unos pocos años, en la legislación peruana sucesoria, los convivientes no se heredaban entre sí ni tenían el carácter de herederos forzosos y cuando la unión de hecho terminaba por muerte, el conviviente sólo tenía derecho a la declaración, disolución y liquidación de

la sociedad de gananciales, tampoco podían adoptar niños; entonces a pesar que cada vez más se busca reconocer nuevos derechos a los convivientes, aún falta el reconocimiento de algunos como la posibilidad de elegir y/o sustituir el régimen patrimonial al que los somete la ley sin más u otorgarles la facultad de representación de la sociedad concubinaria para actos de administración, conservación y necesidades ordinarias del hogar por ejemplo; o de contar con la facultad de representación legal de la unión de hecho cuando el conviviente esté impedido por interdicción u otra causa.

Como podemos apreciar, las uniones de hecho han sido reguladas de manera insuficiente por la adopción de la teoría abstencionista, lo que ha provocado la desprotección legal de los convivientes a lo largo de muchos años en el Perú, y al parecer nuestro Código Civil está basado en un criterio abstencionista, razón por la cual no ha regulado la constitución y el desarrollo de las uniones de hecho; sin embargo, en el derecho comparado, la teoría reguladora considera que el reconocimiento legal de la unión de hecho no constituye una vulneración del orden público, la moral y las buenas costumbres, en

razón de que las uniones de hecho entre un varón y una mujer sin impedimento matrimonial, por su apariencia de estado matrimonial, pueden convertirse en cualquier momento en matrimonio; pero en el caso peruano, no esperamos que dicha unión se convierta en cualquier momento en matrimonio, porque sería como restarle importancia a las uniones de hecho con la esperanza que alguna vez se formalicen como matrimonio, que no es la idea de la presente investigación, sino que dichas uniones reciban el reconocimiento y protección integral que se merecen dada su condición de familias.

En ese sentido, se debe aplicar, para el caso de las uniones de hecho la regla general de las normas, esto es que toda norma jurídica debe ser en primer lugar de obligatorio cumplimiento para todos, sin ningún tipo de excepciones, lo que conlleva a determinar que los regímenes patrimoniales que se encuentran prescritos para el matrimonio deben también ser de aplicación para las uniones de hecho, esto debido a que no deben existir excepciones injustificadas de aplicación de una norma o situaciones de discriminación como tal.

### **2.2.2.3. Artículo 2° de la Constitución Política del Perú de 1993**

Este artículo hace mención a que “Toda persona tiene derecho a: ... la igualdad ante la ley.”

La esencia de la igualdad no se puede revelar por su significado literal, por la expresión que la contiene, la dificultad con la que tropezamos cuando queremos aprehender su contenido es su indeterminación; y es que la igualdad por sí sola es una expresión vacía, no significa nada. En la doctrina italiana, refiriéndose al tema, Bobbio (1993) ha expresado: “... Decir que dos entes son iguales, sin otra determinación, nada significa ...si no se especifica de qué entes se trata y respecto a qué cosa son iguales; es decir, si no se está en condiciones de responder a dos preguntas: a) ¿igualdad entre quienes?, y b) ¿igualdad en qué?”. (p. 53-54)

El concepto de igualdad adquiere otro nivel de complejidad cuando lo trasladamos al terreno jurídico, pues en él ha de convivir con otras normas y principios. Un mundo en el que no serán infrecuentes las colisiones, en especial con el derecho -principio- de libertad. En efecto, libertad e igualdad son categorías que se implican recíprocamente. Cada hombre es igual a los demás en la medida en que es libre respecto de ellos; es decir, en la medida en que no está obligado a

obedecer a ningún otro, o es libre en la medida en que, siendo igual a los demás, ninguno de ellos puede imponerle su voluntad. (Rubio, s.f., p. 105)

De este modo, la igualdad es un permanente desafío para el derecho, máxime en un mundo moderno con tantas diferencias, en donde se busca el reconocimiento de nuestra individualidad, las características y particularidades de cada ser humano. Solo tal reconocimiento y respeto garantiza el pleno desarrollo de la personalidad del sujeto, pero en ese contexto de diferenciación, aun cuando parezca contradictorio, ha de existir el derecho a la igualdad.

Constitucionalmente la igualdad ha de leerse como una aspiración normativa de gran importancia, que representa un estándar básico del contenido de la dignidad humana, en este sentido, la igualdad a que nos referimos no implica una falsa identidad entre todos los seres humanos, sino que apunta al reconocimiento de una equivalente dignidad atribuible a toda persona, un mínimo de humanidad respecto del cual no cabe distinciones, la que es digna de una especial protección frente a otros entes y bienes existentes.

Pero la igualdad, al ser un concepto relativo, no puede ser considerada como un derecho autónomo, pues siempre se encontrará vinculada al ejercicio de otro

derecho constitucional el cual se disfrutará o no de igual manera, en comparación con otras personas que lo ejercen. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que: “la naturaleza jurídica de la igualdad reposa en una condición o presupuesto indispensable para el ejercicio de los distintos y plurales derechos individuales. Por ende, no es un derecho autónomo, sino relacional” (STC Exp. N° 0261-2003-AA/TC, fundamento jurídico 3.1); en otras palabras, el derecho a la igualdad funciona en la medida en que se encuentra conectado con los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Entonces desde una perspectiva constitucional, la igualdad puede reconocerse como un principio o revelarse como un derecho fundamental que exige respeto, sirviendo en el primer caso como pauta para examinar la afectación de diversos bienes constitucionales y, en el segundo, como un derecho pasible de reclamación individual.

Es preciso anotar que a la igualdad constitucional se la puede ver desde dos perspectivas: como principio rector del ordenamiento jurídico y como un derecho fundamental de la persona; es decir, exigible en forma individual, por medio del cual se confiere a todo sujeto el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación alguna. Pero en realidad no solo la

igualdad, sino prácticamente todos los derechos fundamentales son al propio tiempo derechos individuales y valores o principios que vertebran el ordenamiento jurídico. En esta misma línea, el máximo intérprete de la constitucionalidad considera que la igualdad como principio implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica, que constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático y, de otra parte, en cuanto a derecho fundamental comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de una persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en relación a los hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, como tal deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias. (STC Exp. N° 0018-2003-AI/TC).

**a) La igualdad como principio**

La palabra principio es una expresión que contiene varios significados, muchos de los cuales incluso son contradictorios. Como expresión y como concepto el término ha estado presente en el derecho desde hace mucho; sin embargo, el debate

moderno sobre los principios jurídicos se inicia con los trabajos de Dworkin. (Dworkin, 1995)

Por su lado, Robert Alexy (1997) ha sostenido que los principios son:

Mandatos de optimización, es decir, normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado por los principios y reglas que juegan en sentido contrario. (p. 86)

Se puede decir que los principios generales del derecho son directrices generales que constituyen la base del ordenamiento jurídico; los mismos que tienen una estructura invariable, y permiten la creación y recreación del ordenamiento legal, su cabal aplicación y comprensión, y por supuesto tienen un especial papel en la integración del sistema, por lo que consideramos conveniente detenernos en el contenido del principio constitucional de igualdad, que no aloja una única norma o -mandato de optimización-, en expresión de Alexy (1995), sino que su observancia implica diversas obligaciones que pueden ser sintetizadas en la reflexión aristotélica: “parece que la igualdad es lo justo y lo es, pero no para todos sino para los iguales; y lo desigual parece que es justo, y ciertamente lo es, pero solo para los desiguales” (la

política); la mera igualdad no implica nada, no es ni justo ni injusto, porque antes y después de la igualdad están las distintas condiciones humanas.

El Tribunal Constitucional ha expresado en la sentencia del expediente N° 0261-2003-AA/TC, fundamento jurídico 3.1 y en sentencia del expediente N° 0018-2003-AI/TC, fundamento jurídico 2; lo siguiente:

- a) Un límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional de los poderes públicos.
- b) Un mecanismo de recreación jurídica frente al hipotético uso arbitrario del poder.
- c) Un impedimento para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos (discriminación atentatoria a la dignidad de la persona); y
- d) Como una expresión de demanda al Estado para que proceda a remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales que restringen de hecho la igualdad de oportunidades entre los hombres.

De estos mandatos se derivarán los alcances de la igualdad constitucional en el ámbito objetivo y en el subjetivo, esto es, como línea directriz del comportamiento del Estado y como derecho fundamental de la persona.

**b) La igualdad como derecho**

La igualdad como derecho no solo implica exclusión de la discriminación, sino la atribución y disfrute de los derechos y libertades reconocidos por el ordenamiento; los ciudadanos somos sujetos de derechos en la misma proporción.

Por consenso, los derechos fundamentales han de ser concebidos como atributos que corresponden a las personas y que se encuentran reconocidos y garantizados por las constituciones, los cuales concretizan las exigencias de igualdad, libertad y dignidad, de acuerdo a circunstancias históricas.

Los derechos fundamentales pueden ser exigidos al Estado y opuestos a los particulares, siendo que toda persona que los detenta puede accionarlos a su favor acudiendo a las instancias tutelares correspondientes.

Vistas estas características, podemos concebir a la igualdad como un derecho fundamental destinado a obtener un trato proporcional ante hechos, situaciones y relaciones equiparables; en otras palabras, hablamos de un derecho subjetivo a no sufrir discriminación, a no ser tratado de manera dispar respecto de quienes se encuentran en una situación equivalente; *contrariu sensu*, cabe un tratamiento diferenciado frente a situaciones disímiles, para lo cual se debe acreditar que la referida distinción es objetiva y razonable; dicha garantía como derecho fundamental, implica la posibilidad de que toda persona pueda defenderse frente a normas estatales que contengan diferencias irrazonables y que afecten su situación jurídica o sus legítimas expectativas.

No obstante, esta concepción formal de la igualdad puede llegar a ser falaz y dar una apariencia de igualdad donde no la hay, con lo cual se pone de manifiesto la injusticia de tratar igual a quienes soportan diferencias relevantes; por lo que gran parte de la igualdad en los distintos derechos está vinculada a situaciones fácticas de los individuos; por ende el Estado debería comprometerse con la disminución de desigualdades materiales, con lo

cual se haría admisible legislar en beneficio de algunos mediante leyes especiales, en la medida en que no se afecte la igualdad constitucional, en ese sentido no cabe entender esa posibilidad de diferenciación como una puerta abierta para vaciar de contenido a la igualdad constitucional; de esa forma quedan proscritos los tratamientos arbitrarios basados en la subjetividad. Para ello, el Tribunal Constitucional en los expedientes N° 0018-203-AI/TC, fundamento jurídico 2, N° 0261-2003-AI/TC, fundamento jurídico 3.2. y N° 0048-2004-AI/TC, fundamentos jurídicos 65 y sgt.; ha enfatizado que la noción de igualdad ante la ley no se riñe con la existencia de normas diferenciadoras, a condición de que se verifique:

- a) La existencia de distintas situaciones de hecho, por ende, la relevancia de la diferenciación.
- b) La acreditación de una finalidad específica
- c) La existencia de razonabilidad; es decir, su admisibilidad desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales.

- d) La existencia de proporcionalidad; es decir, que la consecuencia jurídica diferenciadora sea armónica y correspondiente con los supuestos de hecho y la finalidad; y,
- e) La existencia de racionalidad; es decir, coherencia entre los supuestos de hecho, el medio empleado y la finalidad que se persigue.

**c) Igualdad en aplicación de la ley**

Como ha quedado expresado, la igualdad ante la ley también comprende a la igualdad en la aplicación de la norma, por ende la regla de conocer y reconocer la igualdad de todas las personas no se le impone solo al legislador, sino que vincula a todos los órganos del Estado que crean y aplican el derecho y, en particular, a la administración estatal y a los órganos jurisdiccionales, lo que garantizaría que los órganos públicos aplicarán la ley de manera idéntica para todos, en tal sentido la administración pública como principal encargada de aplicar el derecho, ejerce sus funciones de regular o decidir derechos de los administrados y justiciables atendiendo a la aplicación uniforme de la ley para todos, salvo situaciones singulares, objetivas y razonables. Se prohíbe con ello toda diferenciación injustificada e irracional en la interpretación y aplicación de las

normas al momento de impartir justicia, administrar o decidir sobre situaciones jurídicas.

Se observa que la igualdad en la aplicación de la ley se diferencia de la igualdad en el contenido en que, mientras ésta se refiere a la prohibición de distinguir irrazonablemente al momento de creación de la norma, aquella alude a la exigencia de una aplicación igualitaria en su interpretación y ejecución; siendo así los órganos jurisdiccionales pueden resolver casos de apariencia similares con resultados diferentes, si se demuestra la razonabilidad constitucional de la decisión, lo que ocurre cuando un supuesto específico merece una aplicación diferenciada que restablezca una igualdad real, conforme a la norma fundamental; no obstante, también puede acontecer que el juzgador varíe una decisión anterior, cuando frente a un nuevo caso advierta que los supuestos fácticos o jurídicos tienen peculiaridades que sustentan resultados distintos; igualmente es posible que el órgano jurisdiccional varíe una tendencia jurisprudencial a pesar de encontrarse en los mismos supuestos, basando su decisión en avances o cambios científicos, sociales, económicos, o de otra índole que justifiquen tal cambio.

La doctrina ha establecido criterios para determinar si se produce o no la afectación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (Bilbao & Rey, 2003); criterios ya seguidos por nuestro Tribunal Constitucional en el expediente N° 1279-2002-AA/TC, fundamentos jurídicos 3 y 4). Así, el máximo intérprete exigió que:

- a) La aplicación de la ley provenga de un mismo órgano; es decir, que una misma instancia emita resoluciones o actúe de manera arbitraria, caprichosa y subjetiva, sin base objetiva o razonable que justifique su proceder.
- b) Exista identidad sustancial entre los supuestos de hecho resueltos, que no necesariamente debe ser plena; en tal sentido, basta con que se verifiquen suficientes elementos comunes que permitan considerar que los supuestos de hecho analizados son jurídicamente iguales y, por ello, merecían en el trámite una aplicación igual de la norma.
- c) Se acredite la existencia de una “línea constante”; una tendencia uniforme de interpretación y aplicación de las normas (que sirva de término de referencia o comparación).

Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el segundo supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.

Estas precisiones deben complementarse con el adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, diferenciación y discriminación.

En principio 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. (Exp. N° 00048-2004-AI/TC. F.J. 60 y 62).

Partiendo de lo expresado por el Tribunal Constitucional, la igualdad consagrada constitucionalmente, detenta doble condición de principio y de derecho fundamental. Este principio, constituye como contenido material objetivo a componentes axiológicos del fundamento del ordenamiento constitucional, de modo tal que vincula a todo el ordenamiento jurídico. Es por ello, que este derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo; es decir, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Entonces, el reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (motivo de cualquier otra índole) que, jurídicamente, resulten relevantes.

En cuanto constituye un derecho fundamental, el mandato correlativo derivado de aquel, respecto a los sujetos destinatarios de este derecho (Estado y particulares), será la prohibición de discriminación. Se trata, entonces, de la configuración de una prohibición de intervención en el mandato de igualdad. (Exp. N° 00045-2004-AA/TC. F.J.20)

El derecho de igualdad, a su vez, tiene dos dimensiones: formal y material. En su dimensión formal, impone una exigencia al legislador para que éste no realice diferencias injustificadas; pero también a la administración pública y aún a los órganos de la jurisdicción, en el sentido de que la ley no puede aplicarse en forma desigual frente a supuestos semejantes (igualdad en la aplicación de la ley). En su dimensión material, el derecho de igualdad supone no sólo una exigencia negativa; es decir, la abstención de tratos discriminatorios; sino, además, una exigencia positiva por parte del Estado, que se inicia con el reconocimiento de la insuficiencia de los mandatos prohibitivos de discriminación y la necesidad de equiparar situaciones desiguales, pues no se traduce en el derecho a ser objeto del mismo trato, con independencia del contexto o las circunstancias en la que un sujeto se encuentre, sino a que se realce un tratamiento diferenciado si es que dos sujetos no se encuentran en una situación igual. Por tanto, el problema es determinar qué tratos diferenciados son constitucionalmente admisibles, lo que deberá de analizarse en cada caso concreto conforme al test

de razonabilidad y proporcionalidad (Exp. N° 00606-2004-AA/TC. F.J. 10 y 11).

Es pertinente antes de pasar a otros temas tratar un poco del derecho a la libertad como derecho fundamental, dado que en ejercicio del mismo es que se va poder optar por uno u otro régimen patrimonial durante la vigencia de las uniones de hecho, en ese sentido, la Real Academia Española (2014) ha definido a la libertad como: “La facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera u otra y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos”; “La libertad sería la ausencia de sujeción o subordinación que permite hacer todo cuanto no se oponga a las leyes. El derecho natural incluye la libertad natural.” (Barili, 1984). La libertad personal es, pues no sólo un derecho fundamental básico, tras la vida y la integridad física, sino también el derecho fundamental matriz de todos los demás, que son proyecciones de aquellas.

## **SUB CAPÍTULO III**

### **2.3.LA UNIÓN DE HECHO O CONCUBINATO**

#### **2.3.1. Concepto**

Es una unión de hecho o fáctica, por la cual un hombre y una mujer conviven sin estar casados, o sea sin constituir una unión legal o de derecho.

Actualmente dichas uniones producen ciertos efectos legales debido a la gran cantidad de parejas que optan por no casarse y deciden vivir juntos sin compromiso legal, tal vez por el costoso trámite de divorcio si no llegaran a concretizarse como tal, por no creer en la institución matrimonial o simplemente porque no lo desean, decisión respetable dado que, en pleno ejercicio de su derecho a la libertad, tienen esa facultad.

En la vida social son frecuentes las uniones más o menos estables de hombres y mujeres no casados. A veces duran toda la vida, tienen hijos y los educan; y exteriormente se comportan como marido y mujer y otras veces dichas uniones se rompen, como también sucede en los matrimonios, por lo que no se puede concluir que los matrimonios sean más estables que las uniones de hecho, dado que en ambos casos la incidencia de separaciones son elevadas, al igual que su constitución, en ese sentido es indistinta la existencia de un ligamen legal tanto para que se conformen cuanto para que se desintegren.

Para algunos sectores el concubinato es un problema sociológico y moral, producto del egoísmo de quienes no desean contraer lazos permanentes y así quedar en libertad de cambiar de compañero o porque tienen impedimento para casarse; considerándose desde el punto de vista sociológico una libertad sin límites incompatible con la seguridad y solidez de la familia que crean y desde un punto de vista moral un desmedro para la mujer; si bien cada postura merece respeto considero que las descritas tratan de hacer ver al concubinato como un hecho irregular por decirlo menos, como repito son puntos de vista respetables, pero no por ello imponentes a ningún tipo de relación familiar, pues éstas se basan en su derecho a la libertad de constitución.

El autor Chávez (s.f.), en su obra *La Familia en el Derecho*, nos define de una manera más explícita la relación de la pareja en vida común, como una relación más profunda, y que ésta tiene una manera de diferenciarse, ya que puede darse una forma de vida en que el hombre y la mujer hacen como si fueran cónyuges vida de tales, sin estar casados, pues viven en cohabitación, cuya significación propia y concreta no se limita sólo a la unión carnal no legalizada, sino también a la relación continua y de larga duración. Es una comunidad de hecho que sugiere una modalidad de las relaciones sexuales mantenidas fuera del matrimonio.

### **2.3.2. Antecedentes**

En lo referente a los antecedentes de las uniones de hecho, Fernández & Bustamante (s.f.) nos dan una breve explicación del surgimiento de esta figura jurídica, las uniones de hecho en Roma fueron permitidas entre un ciudadano con una mujer de baja condición; sin embargo, no eran bien vistas ya que era una categoría inferior al matrimonio, en los pueblos germánicos se admitieron las uniones de hecho entre libres y siervos. Mientras que en España se admitió la institución barraganía, que era una unión de naturaleza inferior parecida al concubinato romano; en los países de Bolivia, Cuba, Guatemala, Panamá, Honduras, El Salvador y Yugoslavia regularon las uniones de hecho, como una equiparación al matrimonio y en otras como en México, Paraguay, Venezuela, Suecia, Inglaterra, Hondura, entre otros se les ha concedido efectos jurídicos.

Como se puede observar, ya desde la antigüedad se venía dando este tipo de uniones familiares, convirtiéndose en una costumbre muy arraigada en las sociedades no sólo en la nuestra, sino a través de las diversas culturas de la antigüedad, cada cual con sus particularidades y regulaciones, claro está, pero finalmente es un forma de constituir familia que no se puede desterrar.

### **2.3.3. Naturaleza Jurídica**

En el Perú el origen de este fenómeno social y jurídico se remonta a la época pre-hispánica en la que revestía la forma de un

matrimonio de prueba. Siendo, por su naturaleza temporal, transitoria, esta figura pasó a convertirse en una situación indefinida en el tiempo (más aún, permanente), que constituía y constituye el sustento fáctico de muchos hogares y familias del país. Aparecen así en la vida social, con frecuencia, las uniones más o menos estables de hombres y mujeres no casados entre sí, que tienen hijos y los educan, y que exteriormente se comportan como marido y mujer, en ocasiones duran toda la vida. En efecto, en contraposición al matrimonio (unión de derecho) existe el concubinato (unión de hecho).

Puede distinguirse dos acepciones de la palabra concubinato: a) una amplia, según la cual habrá concubinato allí donde un hombre y una mujer hagan, sin ser casados, hacen vida de tales; b) otra restringida, que exige la concurrencia de ciertos requisitos para que la convivencia marital sea tenida por concubinaria. En este orden de ideas, el concubinato puede conceptuarse como la convivencia habitual, esto es continua y permanente, desenvuelta de modo ostensible, con la nota de honestidad o fidelidad de la mujer y sin impedimento para transformarse en matrimonio (Valverde citado en Cornejo, 1982). De ello, se infiere que quedan excluidos del concepto estricto de concubinato no solamente la unión sexual esporádica y el libre comercio carnal sino también la convivencia violatoria de alguna insalvable disposición legal relativa a los impedimentos para contraer matrimonio.

Establecido que el concubinato es no sólo un fenómeno histórico sino un hecho vigente en todas o en la mayoría de las sociedades modernas, el primer problema que la doctrina ha de resolver es el de si la ley debe ocuparse de él para regularlo en la forma que mejor condiga con la justicia y el interés social, o si es preferible que lo ignore, como sucede en la mayoría de las legislaciones.

En el Perú, la realidad reflejada en los censos de población permitió distinguir, al menos, cuatro situaciones: a) los casos de concubinato strictu sensu; es decir, aquellos en que un varón y una mujer que no son casados, pero que legalmente podrían casarse, hacen vida de tales; b) los casos de convivencia marital entre personas que están impedidos legalmente de contraer matrimonio, que sin embargo, son de concubinato lato sensu; c) los casos de matrimonio exclusivamente católico que a partir de 1930 son considerados como concubinatos; d) los casos del llamado servinakuy u otras denominaciones, practicados por los campesinos de la sierra central y meridional del país.

En cuanto concierne a la cuestión planteada en los párrafos precedentes, ya la Comisión reformadora del Código de 1852 abordó el problema de las uniones de hecho pero sólo preocupándose del aspecto relativo al eventual enriquecimiento del concubino a costa de su compañera en el caso de que aquél abandonara a ésta, pero existen también antecedentes importantes en otros campos ajenos al Derecho Civil, algunos de

ellos afrontaron el problema de las uniones de hecho de modo mucho más directo; así leyes 8439 del 20 de agosto de 1936 y 8569 del 27 de agosto de 1937 resultaron comprendiendo a la concubina con relación a la compensación por tiempo de servicios en caso de fallecimiento del trabajador; posteriormente, se hizo explícito el reconocimiento del fenómeno concubinario, primero en el Decreto Ley 17716 del 24 de junio de 1969 y luego en el Decreto Ley 20598 del 30 de abril de 1974, relativo a las empresas de propiedad social.

Como se aprecia de lo expuesto, en casi todos los casos el problema que concitó la atención del legislador fue el referente a la propiedad de bienes, no consideró otros aspectos importantes como los alimentos, la herencia o la indemnización del daño moral.

La Constitución de 1979 y el Código Civil de 1984 introdujeron en esta materia un tratamiento más directo y frontal, aunque no exhaustivo, así tenemos el artículo 9° de la carta fundamental citada preceptuó que la unión estable de un varón y mujer, libres de impedimento matrimonial, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable, señalando como condición necesaria para este efecto que dicho varón y mujer formen un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley. A su vez, la norma contenida en el artículo 326° del Código Civil vigente describió a la unión de hecho como aquella que (realizada voluntariamente y

mantenida por un varón y una mujer libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio) origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. Finalmente, en cuanto se refiere a la unión de hecho que no reúna las condiciones establecidas, en su caso, dispone la norma que el interesado tiene expedita la acción de enriquecimiento indebido. (Artículo 9° de la Constitución de 1979).

Por su parte el artículo 5° de la Constitución de 1993 reproduce el artículo 9° de la carta de 1979 introduciendo, sin embargo, algunas modificaciones significativas, como se aprecia de su texto: “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 es aplicable”.

El Código Civil de 1984 fue promulgado el 14 de noviembre de 1984, bajo la vigencia de la Constitución Política de 1979, que rigió la última parte de la vida del Código Civil de 1936 y los nueve primeros años de la vida del Código Civil de 1984: “Expresada esta idea en otros términos, ocurre que el Código Civil en vigencia se ha regido en sus primeros nueve años de vida por la carta vigente a la fecha de su promulgación y, a partir del décimo año

de su existencia, por una nueva Constitución Política.” (Scheiber, M. & Schreiber, A. & Cárdenas, C. & Martínez, E. & Plácido, A., 2000, p. 200-201).

En definitiva, la unión de hecho normada inicialmente por la Constitución de 1979 y, luego, por los artículos 326° del Código Civil y 5° de la Constitución de 1993 constituye únicamente la solución que el derecho brinda ante una injusticia consistente en el despojo patrimonial de una persona por otra y de un posible enriquecimiento (indebido o sin causa) de ésta última.

Atendiendo a su único propósito, esta solución reviste dos modalidades: a) en la hipótesis de una unión de hecho conformada por un varón y una mujer, estable, libres de impedimento matrimonial tanto del varón como de la mujer, voluntariamente realizada y mantenida, con el propósito de alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio y con una duración de, por lo menos, dos años continuos, surge una comunidad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable; b) en la hipótesis de una unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en el acápite precedente surge para el interesado (en su caso) la posibilidad de una acción de enriquecimiento indebido que (de resultar amparada) se traducirá en una indemnización a cargo de quien se ha enriquecido indebidamente a expensas del otro integrante, es por ello que la semejanza o similitud con este

instituto natural y fundamental se limita a estos aspectos indispensables para su conformación y origina un único efecto: una sociedad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, en cuanto le fuera aplicable (Artículo 4° de la Constitución Política del Perú), lo que se entendería como el afán de la normativa constitucional y civil relativa a la unión de hecho de evitar una situación injusta causada por el despojo que pudiera practicar uno de los convivientes en perjuicio del otro; lo que no se traduciría en el interés del ordenamientos de consagrar una segunda forma de matrimonio o una forma menos plena de esta institución.

La promoción del matrimonio, la naturaleza jurídica de la unión de hecho y el reconocimiento de derechos sucesorios dispuesto por la Ley N° 30007 constituyen derechos sociales y económicos, en efecto, la Ley 30007 significa la equiparación de la unión de hecho y del matrimonio no ya solamente en cuanto concierne a las exigencias para la conformación de la primera sino respecto de los efectos que ella produce; y como consecuencia de tal equiparación tanto en el origen como en los efectos (menores exigencias e iguales derechos), esta norma podría significar el reconocimiento de una segunda forma de matrimonio o de una forma menos plena de la unión matrimonial, situación que contradice el principio de la promoción del matrimonio, consagrado constitucionalmente. Concretamente, generan tal situación la aplicación a los integrantes sobrevivientes de una

unión de hecho de las disposiciones contenidas en los artículos 725°, 727°, 730°, 731°, 732°, 822°, 823°, 824° y 825° del Código Civil, en los términos en que se aplicarían al cónyuge. (Artículo 4° de la Ley N° 30007°), así como el reconocimiento de derechos sucesorios a dichos integrantes en los términos resultantes de las modificaciones de la normativa pertinente, lo que a decir de algunos desvirtúa la naturaleza jurídica y el propósito de la unión de hecho, cuyo único efecto es el origen de una sociedad o comunidad de bienes dirigida a evitar la situación injusta que podría derivar del despojo del patrimonio constituido durante la vida en común de ambos integrantes de la unión, practicado por uno de ellos en perjuicio del otro, el establecimiento de la condición de heredero del integrante sobreviviente de la misma como segundo efecto de ella no constituye parte de la solución prevista del enriquecimiento indebido, sino tan sólo ampliación de los efectos de la unión de hecho, con la doble incidencia antes indicada.

#### **2.3.4. Clases de unión de hecho**

En nuestro Código Civil vigente se define dos clases de unión de hecho o concubinato.

##### **2.3.4.1. Concubinato propio**

Cuando se habla de concubinato propio, se debe entender que se está haciendo referencia a aquella convivencia que cumple ciertos requisitos determinados

por ley, los que le otorgan precisamente el amparo legal; siendo así, el artículo 326° del Código Civil prescribe: 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 gananciales, en cuanto le fuera aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos...”

En este tipo de casos; es decir, cuando dicha unión haya durado un periodo de dos años continuos, se originará una sociedad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales, situación que no ocurre con el concubinato impropio. Por otro lado cuando el concubinato propio termine ya sea por muerte, ausencia (cuando uno de los concubinos lleve más de 2 años desaparecido), mutuo acuerdo (cuando ambos concubinos están de acuerdo en terminar el concubinato) o por decisión unilateral (cuando uno de los concubinos abandona al otro), se liquidará la comunidad de bienes, en caso ésta exista; de darse el último supuesto, el ex concubino abandonado, además de los derechos que le correspondan de la liquidación de la sociedad de bienes, tendrá derecho a solicitar a su ex concubino, ante el juez competente, el pago de una indemnización o de una pensión de alimentos.

A decir de Canales (2010):

La unión de hecho propia o en sentido estricto es aquella unión conyugal que cumple con todos los requisitos establecidos por nuestra normatividad para generar efectos jurídicos, tanto personales como patrimoniales. Se encuentra conformada, principalmente, por sujetos que están libres de impedimento matrimonial y que, por lo tanto, pueden contraer matrimonio en cualquier momento en el que deseen formalizar su unión intersexual. Como se sabe, es a este tipo de unión de hecho es al que se hace referencia nuestra legislación cuando regula sus efectos jurídicos. Nosotros consideramos que la unión de hecho propia implica, en los hechos, la ejecución de una relación jurídica análoga, semejante o similar a la del matrimonio. Lo que supone que tiene semejantes derechos, facultades, deberes y obligaciones que el matrimonio, a pesar de que este vínculo formal no sea el que une a la pareja” (p. 75).

#### **2.3.4.2. Concubinato impropio**

Este tipo de concubinato se da cuando existe una convivencia sin cumplir con los requisitos señalados para el concubinato propio antes detallados; es decir, que uno de los concubinos o ambos están casados, que sean del mismo sexo, o que ambos o uno de ellos tengan algún impedimento matrimonial. Cuando esta unión termine no generará ningún tipo de derecho a favor de los ex concubinos, ninguno de ellos podrá solicitarse indemnización o pensión alimenticia. Por lo que la única acción que puede ejercer el interesado, en contra de su ex concubino que se enriqueció o benefició económicamente a expensa de él, es la de

enriquecimiento indebido.

### **2.3.5. Elementos**

Castro (2014) en su libro Análisis legal y jurisprudencial de la unión de hecho, se fija como elementos a:

#### **2.3.5.1. Unión heterosexual**

Es necesario que, para el reconocimiento de la unión de hecho, esta sea heterosexual, pues nuestra legislación no permite que ésta se haya dado entre dos personas del mismo sexo. Este resulta ser un elemento determinante, configurante y estructural del matrimonio. Siendo así, la homosexualidad resulta ser una causal de anulabilidad de la figura jurídica del matrimonio.

En la legislación comparada, se evidencia que existen ordenamientos jurídicos, como el español, en donde las uniones entre dos personas del mismo sexo si puede ser reconocida ante la legislación, y esto se aplica también al matrimonio, de ahí que se haya instaurado esa forma de familia; no sin antes haberse generado diversos problemas, tanto sociales como jurídicos, los cuales dieron origen a diversos estudios al respecto.

Respecto a la heterosexualidad, se ha dicho que aquella persona que se considera heterosexual, únicamente

responde a los estándares normativos que exige el ordenamiento de un determinado territorio.

#### **2.3.5.2. Carácter fáctico**

Sobre este elemento se establece que la unión de hecho debe ser una relación real, efectiva que debe existir entre la pareja, habiéndose apartado de las reglas que establece la figura jurídica del matrimonio, de ahí que sea meramente fáctico.

#### **2.3.5.3. Unión libre de impedimento matrimonial**

Nuestro Código Civil prescribe que, para que la unión de hecho pueda ser reconocida ante la legislación, los convivientes deben encontrarse libres de impedimento matrimonial, también se incluyen los impedimentos dirimentes e impedientes, los impedimentos en general, no son otra cosa que hechos o situaciones que son un obstáculo para la celebración del matrimonio o para su formalización, resultando en prohibiciones prescritas por ley, siendo entonces taxativas y teniendo una interpretación restrictiva.

En cuanto a los impedimentos dirimentes, se tiene que éstos pueden causar la nulidad o anulabilidad del vínculo matrimonial, así como también obstaculizar el reconocimiento de la unión de hecho, tanto a nivel notarial

como judicial. Así también, los impedimentos impedientes son aquellos que constituyen una grave prohibición para contraer matrimonio y su inobservancia resulta en una sanción de carácter patrimonial, uno de los impedimentos más suscitados para reconocer la unión de hecho, es el estado civil de casado. En la jurisprudencia se ha dado un caso sobre el impedimento matrimonial en las uniones de hecho, cuando está en duda la presencia del impedimento debido a la nulidad absoluta del matrimonio del conviviente o su disolución por divorcio; siendo así, el reconocimiento judicial de la unión de hecho no podrá ser amparado si los convivientes no acreditan la declaración judicial de nulidad del matrimonio o su disolución por divorcio o muerte.

#### **2.3.5.4. Alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio**

El artículo 326° del Código Civil prescribe que para el reconocimiento de una unión de hecho se requiere que la pareja alcance finalidades y cumpla deberes que se asemejen a los del matrimonio. Así, se adopta la idea de la apariencia matrimonial, seguida en los diversos ordenamientos legales de Latinoamérica, sólo es posible un reconocimiento si la relación de pareja extramatrimonial muestra un comportamiento

responsable frente a las obligaciones que se deben asumir entre los convivientes.

#### **2.3.5.5. Permanencia en el tiempo**

Este elemento se traduce en que la relación de los convivientes no puede ser momentánea, ni mucho menos casual o accidental, sino que es necesario que hayan transcurrido un tiempo juntos, considerando que la legislación peruana indica como mínimo dos años continuos de convivencia. Siendo así, la pareja debe tener una vida estable y duradera. Ahora bien, el lapso de tiempo que ha sido establecido en la legislación peruana, necesariamente debe ser ininterrumpido; es decir, que no es válido si durante esos dos años, alguno de los convivientes ha abandonado el hogar, no permitiéndose que dicho plazo esté constituido por periodos discontinuos. Este elemento ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional, traduciéndose el plazo como la permanencia e interés de los convivientes de formar una familia estable, evidenciándose a través de estas actitudes que existe seguridad y compromiso para el adecuado desarrollo de la familia.

El legislador peruano, vio la necesidad de establecer un plazo mínimo de convivencia de las uniones de hecho, para que así se logre otorgar mayor seguridad jurídica a

la existencia de este tipo de relaciones. El plazo, complementado con el establecimiento de domicilio común, evitará los posibles fraudes, en el caso que las uniones de hecho no alcancen el mínimo de dos años continuos de duración, no se rigen por las normas de la sociedad de gananciales, sino que el interesado puede ejercer sobre su conviviente, la acción por enriquecimiento indebido.

#### **2.3.5.6. Notoriedad**

Este resulta ser un elemento fundamental, pues implica que la convivencia sea de conocimiento público; es decir, que tanto los familiares, como amigos, vecinos, entre otros, sepan que la pareja está conviviendo y no ocultan este hecho. En caso que los convivientes oculten de alguna forma su relación, este es un indicador de que no existe interés que su unión sea reconocida a nivel judicial o notarial, o que se esconden porque de por medio hay un impedimento matrimonial.

La notoriedad, también se refiere a la actitud matrimonial frente a terceros, a esa apariencia de estar casados, compartiendo actividades comunes, lo que contribuye a demostrar de forma fehaciente la unión estable, la cual debe ser pública y notoria.

### **2.3.5.7. Ausencia de formalidad**

Necesariamente las uniones de hecho deben carecer de formalidades que son parte del matrimonio, pues la relación que mantienen los convivientes es de forma voluntaria, sin recurrir a ninguna autoridad que certifique esta unión, no habiendo así solemnidad al momento de iniciar la convivencia.

La falta de formalidad al momento de tomar la decisión de convivir, crea ciertas dificultades para acreditar la existencia de la convivencia de hecho; pero, es precisamente la ausencia de toda formalidad una de las notas características de este tipo de unión, pues si se iniciase con un acto formal, entonces se perdería esta característica que es fundamental para distinguir las uniones de hecho, del matrimonio.

Si bien en la presente tesis se tuvo a consideración como uno de los objetivos analizados el tipo de uniones de hecho, su clasificación y los requisitos que deben cumplir las uniones de hecho propias, en este caso tenemos que las características de las uniones de hecho que se ha considerado también son los requisitos que se necesitan para ser consideradas como tales.

### **2.3.6. Teorías**

Fustamante & García (2010), en su tesis fundamentos del reconocimiento constitucional de los derechos hereditarios del concubino en equiparación al cónyuge, desarrolla lo siguiente:

#### **2.3.6.1. Tesis sancionadora**

Las razones por las cuales existe esta teoría doctrinaria son:

##### **a) Desde el punto de vista de la mujer**

Se sostiene que es generalmente el sujeto débil de la relación, y que el concubinato la coloca en doble riesgo de quedar desamparada tanto personal como patrimonialmente; sin embargo, esta posición en vez de coadyuvar a que la mujer obtenga un mayor respaldo regulando aspectos que son prioritarios para evitar su desprotección, opta por la supresión de las uniones de hecho, lo que causaría grandes perjuicios porque se estaría negando un hecho social de notable trascendencia en medio del cual surgen innumerables relaciones jurídicas (Plácido, 2001).

##### **b) Desde el punto de vista de los hijos**

Se señala que la inestabilidad de la unión concubinaria no es ciertamente la mejor garantía de su nacimiento y educación.

### **c) Para terceros**

Que engañados de la apariencia de la unión matrimonial que ostentan los concubinos, contratan una presunta sociedad conyugal que posteriormente puede generar efectos dolosos.

#### **2.3.6.2. Tesis abstencionista**

El Código Napoleónico adoptó esta tesis que ejerció su influencia sobre las codificaciones americanas y europeas del siglo XIX, entre ellas se encuentra nuestro ordenamiento positivo. Quienes comparten esta posición, consideran que la mejor forma de combatir el concubinato es negarle toda trascendencia jurídica, ignorándolo legislativamente (Zannoni, 1989). En el caso de Argentina, la total abstención que adoptó su Código Civil fue desbordada por la fuerza de la realidad, y en diversos aspectos, normas específicas tuvieron que regular efectos parciales del concubinato.

#### **2.3.6.3. Tesis reguladora**

Refiere que al concubinato no se le combate ignorándolo legislativamente, por el contrario, es conveniente la regulación legal de los efectos que puede acarrear.

#### **2.3.6.4. Tesis de la apariencia al estado matrimonial**

Esta tesis no trata de amparar directamente a la unión de hecho, sino de elevarla a la categoría matrimonial cuando asume similares condiciones exteriores, esto es, cuando puede hablarse de un estado aparente de matrimonio, por su estabilidad y singularidad, hasta cierto punto está admitida en el artículo 326° del Código Civil cuando señala que con la unión de hecho se persigue alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio; sin embargo, no se ha adoptado la teoría de la equiparación al estado matrimonial. (Plácido, 1997).

Nuestro actual código ha producido algunos beneficios en cuanto a la situación de la mujer, pues el derogado le imponía a ésta la carga absoluta de la prueba de haber vivido permanentemente en concubinato (a través de la mejor evidencia que es la posesión de estado que se requiere probar: trato, fama y continuidad), así como con su trabajo haber fomentado al crecimiento del patrimonio de su pareja (sin importar a nombre de quien se encuentre); haciendo fácil de tal modo el camino del hombre para aprovecharse de ella. Así mismo, se menciona otros efectos a resaltar, como el hecho que la inscripción de la adquisición de un bien con la calidad de social a nombre de una unión de hecho debe acreditarse ante el registro correspondiente, también el

reconocimiento judicial de la unión y que la misma origina una sociedad de gananciales (Criterio adoptado en las Resoluciones N° 343-98-ORLC/TR del 30/09/1998 y N° 11-2003-SUNARP-TR-L del 10/01/2003).

Al respecto en el Pleno Jurisdiccional de Familia de 1998, acuerdo N° 8 sobre unión de hecho, establece que los ejercicios de los derechos derivados de esta relación se adoptaron en dos acuerdos: El primer acuerdo adoptado por consenso señala que para solicitar alimentos o indemnización entre concubinos no se requiere declaración judicial previa de la unión de hecho, pero ésta debe acreditarse dentro del proceso de alimentos o solicitud de indemnización con principio de prueba escrita. El segundo acuerdo adoptado también por consenso indica que para la relación con terceros y respecto de la sociedad de gananciales, sí es exigible el reconocimiento judicial previo de la unión de hecho (Alegra, 2009). Con relación a este segundo acuerdo, en el ámbito registral se consideró necesario el reconocimiento judicial de la declaración de unión de hecho, por cuanto la misma al constituir una incertidumbre jurídica requiere que de conformidad con el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, sea un juez quien lo declare.

## **2.3.7. Legislación**

### **2.3.7.1. Código Civil de 1852**

En el Código Civil de 1852 se hace evidente la gran fuerza que tenía la institución del matrimonio, pues se afirma en la doctrina que:

Durante el proceso de formación del Código fue evidente el conflicto entre las tendencias liberales y conservadoras. En relación a la disposición sobre el matrimonio, Vidaurre propuso en su proyecto incluirlo como contrato. También debió aceptar lógicamente el divorcio, pero sólo aceptó incluirlo como separación perpetua sin ruptura de vínculo (Victoria, 1988, p. 93).

Como vemos, la visión del matrimonio era demasiado cerrada y por ende, las relaciones que no se encontraban avaladas por el vínculo matrimonial, no eran consideradas como un comportamiento correctamente ético y moral. Por lo que, se afirma que este código es netamente tradicional, pues:

Estos ejemplos, a los cuales, empero, hubieran podido agregarse otros, son suficientes para demostrar e ilustrar la tesis enunciada precedentemente, en orden a haber adoptado el Código Peruano de 1852 una serie de instituciones del antiguo derecho romano-castellano pre vigente en el Perú, en cuanto había hecho parte de la monarquía castellano-indiana, discordes con el espíritu liberal que teóricamente debía presidir una codificación moderna, como aquella que tenía lugar en la mitad misma del siglo XIX, y que contaba con el máximo modelo en ese sentido, cual era el Code Civil (Guzmán, 2001, pár. 20).

Si a ello le agregamos que el matrimonio religioso era el único reconocido y que legitimaba a la familia, fácil es comprender que la existencia de toda relación fuera del matrimonio merecía el rechazo de la sociedad; sin embargo, las uniones estables existían y el derecho no podía soslayar por completo una realidad tangible que comprometía la célula básica de la sociedad, sobre todo en su principal efecto, los hijos.

#### **2.3.7.2. Código Civil de 1936**

Dicho cuerpo normativo se expidió bajo el mandato de la Constitución de 1933 (previa a ésta habían sucedido cuatro constituciones desde la de 1839), en la cual se denota un notable avance en materia de reconocimiento de garantías individuales y sociales. En el artículo 51° de este Código Civil, se había previsto que: “El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección del Estado”; no obstante, la influencia de la Iglesia seguía siendo poderosa, por lo que preponderaba una posición conservadora de la institución matrimonial frente a las uniones de hecho a la que consideraban relación de segundo orden que debía ser reconocida sólo por la existencia de los hijos, pero que en modo alguno podía generar efectos jurídicos.

### **2.3.7.3. Código Civil de 1984**

La normatividad civil se ha encargado de establecer las pautas dividiendo a las uniones de hecho en las que cumplen con los requisitos legales para ser reconocidas judicialmente o notarialmente, y las que no lo hacen; la idea ha sido otorgar protección jurídica a las uniones de hecho denominadas propias, diferenciándolas de las impropias.

El actual Código Civil, se encuentra regido por otras concepciones diferentes a las que rigieron a sus predecesores, por lo que se evidencia que en su artículo 326° ha prescrito 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 fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.

El mismo artículo en su segundo párrafo prescribe:

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

régimen de la sociedad de gananciales. Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido. 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°, 824° y 825° del Código Civil se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplican al cónyuge.

No obstante, se ha logrado reconocer derechos sucesorios a los convivientes provenientes de una unión de hecho propiamente dicha, que antes les estaban negados; sin embargo, aún no se ha cumplido con otras finalidades como la de establecer que los convivientes tengan la posibilidad de optar entre un régimen de comunidad de bienes sujeta al de sociedad de gananciales o un régimen de separación de patrimonios durante la vigencia de su relación convivencial, a pesar de lo cual no descartamos que ello vaya a ocurrir en determinado momento, dados los avances que hasta la fecha se han venido dando en cuanto al reconocimiento de cada vez más derechos a las uniones de hecho, basándose justamente en el principio constitucional de protección de la familia, al constituir éstas también una familia.

### **2.3.8. Formas de reconocer la unión de hecho**

En los últimos años a los convivientes se les ha reconocido no sólo derechos patrimoniales sino también derechos personales, lo cual se ha dado no solo a nivel legislativo sino también jurisprudencial. Para que una unión de hecho goce de la totalidad de derechos reconocidos es imperioso e ineludible que esta sea declarada judicialmente o que se encuentre inscrita en el registro personal de registros públicos; siendo así, Amado (2013) ha tomado en cuenta:

#### **2.3.8.1. A nivel judicial**

El proceso judicial de reconocimiento de unión de hecho se inicia, en la mayoría de los casos, cuando uno de los convivientes fallece o debido a la decisión unilateral de uno de sus integrantes de dar por concluida la convivencia.

Algunos de los problemas al acudir a esta vía son las pruebas y la duración del juicio, ya que estamos frente a un proceso de conocimiento, por lo cual lo más recomendable es que en un mismo proceso se plantee como pretensión principal el reconocimiento de la unión de hecho y como pretensión accesorio, la liquidación de los gananciales. Asimismo, debe quedar establecido, de manera fehaciente, el inicio y la culminación de la unión

de hecho a fin de hacer un adecuado reparto de los gananciales si los hubiere.

Para Aguilar (2016), el reconocimiento de unión de hecho es de tipo declarativa debido a que reconoce una situación de hecho pre existente y sus efectos se retrotraen al momento del inicio de la convivencia. “Si la sociedad de bienes se equipara a la sociedad de gananciales, y si ésta aparece con el matrimonio, entonces deberíamos concluir que igualmente la sociedad de bienes aparece cuando se inicia esta unión de hecho, y reconocido que sea el concubinato, entonces sus efectos deberían retrotraerse al comienzo mismo”. (p. 157-158)

Es preciso agregar que la Casación N° 1532-2013-Lambayeque nos recuerda que el artículo 17° de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que el derecho a fundar una familia es un derecho humano, lo cual está regulado de manera implícita en el artículo 5° de nuestra Constitución. En ese sentido, “la acción de reconocimiento de unión de hecho no está sujeta a plazo prescriptivo, pues los derechos humanos son por su propia naturaleza imprescriptibles, según la Convención de Viena”.

### **2.3.8.2. A nivel notarial**

Uno de los graves problemas que acarrea el goce de derechos para los convivientes es la acreditación de la unión de hecho, para lo cual la única vía posible era la judicial. Con la finalidad de contrarrestar esta dificultad, se dio la Ley N° 29560 la cual otorga facultades a los notarios para tramitar el reconocimiento de unión de hecho.

La inscripción en el registro personal es un procedimiento no contencioso que requiere el consentimiento de ambos integrantes, que hayan convivido no menos de dos años continuos y debe contener la fecha de inicio de la convivencia. Se presenta una solicitud ante el notario, quien manda publicar un extracto de dicha solicitud en el diario El Peruano y otro en un diario de amplia circulación. Transcurridos quince (15) días útiles desde la publicación del último aviso, sin que se hubiere formulado oposición, el notario extiende la escritura pública con la declaración del reconocimiento de la unión de hecho entre los convivientes y remite los partes al registro personal del lugar donde domicilian los solicitantes. En caso de oposición, el notario remite los actuados al Poder Judicial. Si los convivientes desean dejar constancia de haber concluido su estado de convivencia, podrán hacerlo en la escritura pública en la cual podrán liquidar el patrimonio social, para este caso no se necesita hacer publicaciones.

El cese de la convivencia se inscribe en el registro personal.

Cabe agregar que los datos arrojados por la Sunarp (2017) indican un incremento en las inscripciones de las uniones de hecho, ya que de enero a diciembre de 2016 se registraron 2,588 uniones de hecho en todo el país, en comparación, con el año 2015, cuando se inscribieron solo 673; no obstante, aún existe mucho desconocimiento sobre el trámite para registrar la convivencia y los gastos en los que incurren pueden generar una barrera económica que limita el acceso a ella, por lo cual, todavía hay muchas parejas que no regularizan su unión. Por otro lado, es trascendental que se reconozca a los concubinos como parientes por afinidad, adicionalmente, que se incorpore en el artículo 241° del Código Civil, como uno de los impedimentos absolutos del matrimonio a quienes tengan una relación de convivencia inscrita en el registro personal o declarada judicialmente. Lo cual debería encaminarse hacia la incorporación, dentro de los documentos requeridos para contraer matrimonio, el exigir a los contrayentes el certificado negativo de unión de hecho, expedido por el registro personal de la oficina registral donde domicilian los solicitantes. Ello en vista de que al no existir el estado civil conviviente, el integrante de la unión de hecho sigue figurando con su DIN como

soltero por lo cual, puede contraer matrimonio con una persona distinta a su conviviente aun estando inscrita su convivencia en el registro personal.

## **SUB CAPÍTULO IV**

### **2.4.REGÍMENES PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO Y DE LA UNIÓN DE HECHO**

#### **2.4.1. Regímenes Patrimoniales del Matrimonio**

Es preciso aclarar a manera de referencia que el antecedente del Código Civil de 1984 está en el Código Civil de 1936, el mismo que reguló un solo régimen económico en el matrimonio, el de la sociedad de gananciales, sin otra posibilidad de elección. Es cierto que se previó la separación de patrimonios, pero como consecuencia de un proceso judicial motivado por mala administración de uno de los cónyuges, siendo preciso recordar que en la época en que se promulgó el Código de 1936, este respondía al criterio escogido para la organización familiar, y que no era otro que el reconocer al marido como jefe del hogar; de allí la potestad marital; en consecuencia, si el marido tenía las facultades de director y representante legal de la sociedad conyugal, con suficiente capacidad para decidir todo lo concerniente a la economía del hogar, no había necesidad de establecer regímenes económicos, pues bastaba solo uno, el cual era administrado por el jefe de familia, en tanto que la mujer era dependiente de su marido.

La existencia de un solo régimen, y sobre todo las amplias facultades otorgadas al marido respecto del patrimonio social, trajeron muchas injusticias, lo que dio lugar a que en 1968 se expidiera el Decreto Ley 17838, otorgando a la mujer la facultad de intervenir cuando se tratase de disponer o gravar bienes comunes a título gratuito u oneroso.

La Constitución de 1979, entre las conquistas sociales que trae, encontramos la igualdad del hombre y la mujer ante la ley, lo que lleva a reformular la presencia de la mujer dentro del sistema matrimonial, tanto en lo concerniente al aspecto personal como al económico. Ahora bien, habiéndose dejado la potestad marital del Código Civil de 1936, a la par de la presencia cada vez más activa de la mujer en el campo laboral, se hacía necesario contemplar la posibilidad de que el régimen económico no se agote solo en el de comunidad de bienes, sino también se abra a otras formas que ya eran tratadas en el derecho extranjero.

Sin perjuicio de lo señalado, debía contemplarse también que la sociedad conyugal bajo el régimen de sociedad de gananciales, no ofrecería todas las facilidades para un tráfico mercantil adecuado, pues termina siendo poco práctico, en atención a que, para el gravamen o la disposición de los bienes de la sociedad, es indispensable la presencia de ambos cónyuges, sin perjuicio del otorgamiento de poderes; de otro lado, el tercero que adquiere de uno de los cónyuges sin el permiso del otro, no puede invocar

a su favor la buena fe, por la presencia de la presunción de que todo lo que se adquiriera dentro del matrimonio es social, y de ahí, la exigencia de la participación de los dos para los actos de disposición. A todo lo dicho, debe sumarse que cada vez más, y esto es de suma importancia, la presencia de la mujer en todos los campos de la producción lleva a plantear que en ejercicio de su libertad, pueda estimar de su interés que, sin perjuicio de las obligaciones derivadas del matrimonio, requiera tener suficiente autonomía para el manejo de su propio patrimonio, todo ello ha llevado a considerar que cuando se da el Código Civil de 1984, los legisladores contemplan al lado del régimen de sociedad de gananciales, un régimen de separación de patrimonios, con características propias.

En atención a lo señalado, el vigente Código Civil de 1984 contempla la posibilidad de elección entre dos regímenes, el de la sociedad de gananciales y el de la separación de patrimonios, e incluso este último se puede elegir entre los futuros contrayentes antes del matrimonio, para que comience a regir una vez celebrado el mismo. En efecto, dice el artículo 295° del Código Civil, que 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; no obstante, el régimen de separación de patrimonios es poco usado y puede ser por desconocimiento de la población u otros aspectos, eso puede ser cierto; sin embargo,

creemos que otras consideraciones podrían estar llevando a que no se use la figura como los legisladores lo pensaron, pudiendo influenciar la idiosincrasia de la sociedad que relaciona al matrimonio con una comunidad de vida entre los cónyuges, un compartir todo, pensando que en ello descansa el aprecio, cariño y confianza, y que una eventual separación de patrimonios entrañaría un recelo que puede perjudicar la unión. Por ello, al regular la separación de patrimonios, el legislador peruano lo hace como una figura excepcional dándole un rigor formal extremo.

Esta es la razón por la cual el artículo 295° del Código Civil preceptúa que si los interesados eligen el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública bajo sanción de nulidad, la cual además para que surta efectos, debe inscribirse en el registro personal, ya que, si no se agota con este trámite eminentemente formal, entonces los interesados, aun cuando deseen lo contrario, habrán elegido el régimen de comunidad de gananciales. Si los contrayentes optan por el régimen de gananciales, no es necesario que otorguen escritura pública ni mucho menos que inscriban el régimen en mención en el registro personal.

La separación de patrimonios puede darse, como ya se explicó, antes del matrimonio o dentro de éste; no obstante, los cónyuges pueden, si es que están bajo el régimen de gananciales, cambiar este por el de separación de patrimonios, bastando para ello solo

la liquidación del régimen anterior y por cierto cumplir con el trámite formal; asimismo pueden cambiar de régimen y pasar de uno de separación por el de gananciales, y pueden variar de régimen las veces que crean necesario, eso sí, siempre y cuando cumplan como ya quedó mencionado, con los requisitos formales de escritura pública e inscripción registral, como reza el artículo 296° del Código Civil.

Existe otra posibilidad de llegar al régimen de separación de patrimonios impuesto, y ello ocurre como resultado de un proceso judicial por abuso de facultades de administración, o por causar daño en el patrimonio del otro cónyuge, una última vía para llegar a la separación de patrimonios y que funciona de oficio, resulta de la declaración de quiebra de uno de los cónyuges, tal como lo manda el artículo 330° del Código Civil.

Analicemos ahora y por separado cada uno de estos regímenes existentes en la legislación peruana.

#### **2.4.1.1. Régimen de sociedad de gananciales**

Tal como se ha señalado, los Códigos Civiles de 1852 - que habló de sociedad conyugal-, el de 1936 y el vigente de 1984 consignan el régimen de sociedad de gananciales, pero hay que precisar que en los dos primeros códigos este era el único régimen regulado, pues si bien es cierto que con el Código Civil de 1936

había la posibilidad de llegar al régimen de separación de patrimonios entre los cónyuges, esto se daba a través de un proceso judicial por abuso de las facultades de administración del cónyuge que estaba al frente del patrimonio social. El Código Civil de 1984 utiliza el término sociedad de gananciales, y lo hace más por costumbre o tradición jurídica.

A manera de precisar por qué la sociedad de gananciales no adopta ninguna de las formas societarias conocidas, es porque no es una sociedad en sí, por lo que precisaremos de forma general algunas notas características que se dan en la persona jurídica y no en la llamada sociedad de gananciales.

En efecto, mediante el contrato de sociedad se crea una persona jurídica independiente de los socios, mientras que la sociedad de gananciales no tiene personalidad jurídica propia independiente de los cónyuges que la integran. Para ingresar a una sociedad, se requiere de una aportación de cada uno de los socios, lo que no necesariamente sucede en la sociedad de gananciales, en la cual pueden aportar bienes uno solo de los cónyuges. El contrato de sociedad persigue un fin económico, mientras que la sociedad conyugal principalmente tiene por objeto solventar la economía del

hogar. Las aportaciones que se hacen a una sociedad pasan a ser de propiedad de la misma, por eso, quien las otorga deja de ser propietario, lo que no ocurre con la sociedad de gananciales. Además, la sociedad de gananciales no tiene el elemento característico en la persona jurídica, esto es el ánimo societatis; quizá podría ser una sociedad porque está gobernada por un estatuto, que rige las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges y con terceros; sin embargo, con propiedad nos encontramos no ante una sociedad sino ante una comunidad.

El Código Civil emplea el término sociedad de gananciales y lo refrenda cuando usa los términos de patrimonio social (artículo 313°), bienes sociales (artículo 315°) y deudas sociales (artículo 317°) que podrían llevar a señalar que estamos ante una persona jurídica, pues supuestamente toda idea de patrimonio social, bienes sociales y deudas sociales, puede solo atribuirse a las sociedades con personería jurídica reconocidas en el ordenamiento legal. Sin embargo, ello termina siendo incorrecto tal como ya lo hemos dejado establecido al abordar las características de la persona jurídica, las cuales no se encuentran en la sociedad de gananciales.

Por otro lado, el régimen de comunidad de bienes no debe confundirse con el de copropiedad de bienes. La comunidad de bienes nace por una situación natural que la ley reconoce (matrimonio) y recae sobre un patrimonio donde hay activo y pasivo, patrimonio en el que no puede identificarse titularidades concretas, las mismas que solo se reconocerán cuando se extinga la comunidad. Sin embargo, ello no obsta para que la ley disponga de reglas respecto del manejo del citado patrimonio. En tal mérito y siguiendo este orden de ideas, los cónyuges no tienen establecida una cuota ideal y por ello no es posible disposición de una alícuota inexistente.

En lo que se refiere a la copropiedad -titularidad de dos o más personas respecto de un bien- que recae sobre bienes singulares, esta puede devenir en forma obligatoria o voluntaria. El derecho de propiedad de los copropietarios está representado en cuotas ideales llamadas alícuotas, y en cuanto a la facultad de disponer del bien común, es necesario la concurrencia de todos los copropietarios, pero sí es factible las disposiciones de la parte alícuota en cualquier momento por el copropietario. Es de observar las diferencias existentes entre la sociedad de gananciales, o con más propiedad, la comunidad de bienes, y la copropiedad. Sobre el particular, y por resultar de interés para el tema, hacemos

mención a la Resolución Casatoria N° 1895-98, que señala que los bienes sociales son de propiedad de la sociedad de gananciales constituyendo un patrimonio autónomo, distinto del patrimonio de cada cónyuge y por lo tanto no están sujetos a un régimen de copropiedad; es decir, los cónyuges no son propietarios de alícuotas respecto a los bienes sociales.

La sociedad de gananciales en última instancia está dirigida a lograr una perfecta armonía conyugal, lo que va a dar lugar al fortalecimiento de la familia. En atención a ello, se prioriza el interés familiar sobre los intereses individuales de sus componentes. Los intereses individuales dan paso al interés familiar, de allí que las normas que regulan el régimen económico, muchas veces terminan limitando o restringiendo las facultades dominicales; esto es cuando los bienes propios de cada uno de los cónyuges rinden frutos, éstos no le corresponden en exclusividad al titular del bien propio, sino que son compartidos por ambos cónyuges y con un destino único, solventar la economía del hogar. Así mismo si el titular del bien propio no comparte los frutos de ese bien con su consorte, da lugar a que pueda ser despojado de la administración de su propio bien, la cual se encomienda al cónyuge no titular de ese bien, de lo que

se puede observar que el interés familiar se superpone al interés individual, en función de proteger a la familia.

#### **2.4.1.2. Régimen de separación de patrimonios**

Como sabemos, con la legislación anterior solo existía el régimen de sociedad de gananciales, el mismo que operaba automáticamente por el hecho del matrimonio. No había opción pues había un único régimen. Es cierto que se previó la separación de patrimonios, pero solo como resultado de un proceso judicial por un abuso de las facultades de administración que causaba perjuicio al otro.

El vigente Código Civil de 1984 otorga a los futuros contrayentes la posibilidad de escoger entre el régimen de sociedad de gananciales o el de separación de patrimonios. Esta posibilidad sigue existiendo durante el matrimonio, y en las oportunidades que los cónyuges deseen, bastando solo el acuerdo de ambos, debiendo precisarse que no se ha dejado de lado la separación de patrimonios, como resultado del proceso judicial por perjuicio económico al cónyuge solicitante.

El régimen de separación de patrimonios no implica un decaimiento del vínculo matrimonial, el mismo que se mantiene con todos los derechos y deberes que nacen del

matrimonio. Sobre el particular, el artículo 300° del Código Civil refiere que cualquiera que sea el régimen en vigor, ambos cónyuges están obligados a contribuir al sostenimiento del hogar según sus respectivas posibilidades y rentas. Lo que caracteriza al régimen de separación de patrimonios no solo es que cada cónyuge conserva la propiedad de sus bienes, sino que también conserva la administración y disposición de los mismos. En consecuencia, los cónyuges adquieren, disfrutan y disponen de sus bienes sin limitación alguna, como si no estuvieran casados. Los frutos de los bienes de cada cónyuge le corresponden al titular del bien. En este régimen excepcional, todos los bienes que adquieran los cónyuges por cualquier concepto, sea gratuito u oneroso, durante la vigencia del matrimonio, ingresan a sus respectivos patrimonios, de tal forma que pueden ejercer todos los actos inherentes al dominio.

En cuanto a las deudas en el régimen de separación de patrimonios, cada cónyuge que ha contraído una deuda debe responder por ella con su propio patrimonio, no comprometiendo para nada al otro cónyuge; no obstante, el régimen de separación de patrimonios puede afectar a terceros, especialmente cuando se ha llegado a él dentro del matrimonio por cambio de régimen, esto es, cuando se ha pasado de un sistema de sociedad de gananciales

a otro de separación de patrimonios. En esa medida, la ley exige la inscripción del régimen en el registro personal, que debe entenderse como registro personal de cada cónyuge.

A propósito del estudio de la sociedad de gananciales, podemos ver que este sistema fue el único en los Códigos Civiles de 1852 y 1936. Por lo tanto, es un régimen que se ha entronizado en el alma del pueblo peruano y no llama la atención que la gran mayoría de los matrimonios civiles que se contraen o los que ya existen estén bajo ese régimen y sólo una minoría haya optado por el de la separación de patrimonios. Sobre el particular, resulta ilustrativa una información registral de Lima y Callao que abarca desde 1984 -el 14 de noviembre de 1984 entró en vigencia el presente Código Civil- hasta julio de 1995 y arrojó los siguientes resultados: 2581 separaciones de patrimonio, y de esta cifra 527 fueron antes del matrimonio, es decir entre novios, y 2054 durante el matrimonio, esto es, ya entre cónyuges; por otro lado, se detectaron 228 casos de separaciones judiciales de bienes. (Aguilar, 2015)

Pues bien, estos números nos indican que no ha habido una aceptación importante de la separación de patrimonios, muchos dicen que, por la poca difusión del

sistema, ello puede ser cierto, pero también habría que buscar las causas, tal como dijimos, en la idiosincrasia, en su creer que una separación de patrimonios atentaría contra esa comunión. Se ha señalado que el régimen de separación de patrimonios es el régimen de bienes en el matrimonio que menos se identifica con la institución matrimonial, ya que establece en el campo patrimonial, un sistema según el cual los cónyuges disponen de sus bienes como si no estuvieran unidos en matrimonio. Por otro lado, no es menos cierto que otorga una gran protección a los cónyuges, lo que no necesariamente ocurre en el régimen de la sociedad de gananciales, en donde los cónyuges pueden cometer abusos en la administración y disposición de los bienes, aun cuando esto último es relativo por la administración y disposición conjunta de los bienes sociales; no obstante, es de considerar que el régimen de separación de patrimonios podría desfavorecer al cónyuge que se dedica al cuidado del hogar y de los hijos y que por lo tanto no genera ingresos reales en tanto que no se dedica a un trabajo, oficio, industria, al no generar ingresos propios, aunque preste apoyo al otro cónyuge dentro del hogar, su patrimonio no se incrementará y nada de lo que adquiera el otro cónyuge le corresponderá, pues en este régimen nada se comparte sino que todo está dividido.

Lo común es que los que se casan o los que ya están casados adopten el régimen de sociedad de gananciales, pues para optar por el régimen de separación de patrimonios constituye un requisito formal bajo sanción de nulidad, el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el registro personal. En consecuencia, si no se ha cumplido con esta exigencia formal ad-solemnitatem no habrá separación de patrimonios.

El régimen de separación de patrimonios por cambio de régimen, implica obligatoriamente la liquidación de aquel y la inscripción en el registro, en caso contrario, tampoco habrá separación.

## **2.4.2. Régimen Patrimonial del Concubinato o Uniones de Hecho**

### **2.4.2.1. Régimen de bienes gananciales o sociedad de gananciales**

Se denominan bienes gananciales o simplemente gananciales a todos aquellos bienes adquiridos por los cónyuges durante el matrimonio, a excepción de los recibidos a título gratuito; por tanto es un régimen patrimonial del matrimonio que las legislaciones establecen supletoriamente a la voluntad de los contrayentes; régimen que también es aplicable a las uniones de hecho, cuando corresponda, pues el mismo artículo 5° de la Constitución del Estado ha reconocido al

concubinato en sentido estricto, otorgándole un estatus jurídico legal; por tanto el artículo 326° del Código Civil lo describe como 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, unión que 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 y no exista impedimento matrimonial entre los concubinos; en ese sentido, se advierte que en caso de uniones de hecho, sólo es un régimen el que se les aplica, no existiendo más opción como sí ocurre con el matrimonio.

La Constitución de 1979 y el Código Civil de 1984 equiparan la sociedad de bienes nacida en el concubinato a la sociedad de gananciales originada en el matrimonio. En este caso, esa sociedad de bienes es equivalente o igual a la sociedad de gananciales, lo que implica que la normatividad que regula esta última, debe ser aplicada a la sociedad de bienes generada en la unión de hecho, no sólo en cuanto a la calificación de bienes sino también en cuanto a las deudas, y lo que es más importante, en cuanto a la liquidación de la sociedad.

Esta equiparidad de régimen patrimonial sólo se da cuando el concubinato tiene no menos de dos años de vida en común y cuando entre los concubinos no existen impedimentos matrimoniales y obviamente haya existido reconocimiento previo.

Sobre el particular resulta interesante transcribir esta parte de la Resolución Casatoria N° 1620-98: "...Para que la concubina tenga derecho a que se dé por constituida la sociedad de gananciales como si existiera matrimonio civil, y que a su vez tenga derecho al cincuenta por ciento de los bienes constituidos por dicha sociedad, debe expresamente acreditarse el concubinato, con los requisitos de ley y contar con la decisión jurisdiccional de haberse constituido conforme a ley...".

El legislador también se ha puesto en el caso del concubinato irregular, aquel que no cumple con las exigencias de la falta de impedimento o de la vida en común no menor de dos años. En esos supuestos, al no poderse equiparar la sociedad de bienes a la sociedad de gananciales, queda el recurso al concubino perjudicado de accionar por enriquecimiento indebido, proceso que tiene por finalidad proteger a un conviviente de los abusos y de las apropiaciones ilícitas del otro; en tal sentido, termina amparando el derecho del conviviente sobre un

inmueble adquirido cuando las partes tenían una unión de hecho, aunque esta no haya generado una sociedad de gananciales.

Aguilar (2015), señala que otras legislaciones, como la panameña, la mejicana y la boliviana, sí conceden a los concubinos derechos similares a los del matrimonio. Sin embargo, en el Perú este sigue siendo un tema de análisis, y quizá, prontamente de decisiones legislativas.

En ese sentido, se advierte que existen diferencias de los regímenes patrimoniales aplicables tanto al matrimonio como a las uniones de hecho; siendo que los cónyuges tienen opción de elegir entre los dos regímenes patrimoniales que la ley les otorga (sociedad de gananciales o separación de patrimonios, antes del matrimonio o durante la vigencia de éste, las veces que lo deseen), mientras que para el caso de los convivientes se los somete indefectiblemente al único régimen patrimonial legalmente establecido, que es el de sociedad de gananciales, sin otorgarles mayor opción de elección; lo que en cierta medida restringe algunos derechos fundamentales que la Constitución les reconoce como el derecho a la igualdad ante la ley, no sólo como personas sino como una forma de constituir familia que la misma carta fundamental protege.

Siendo así, a pesar que hasta la fecha se les ha venido reconociendo a las uniones de hecho propias, ciertos derechos que antes les eran negados, como el derecho a una pensión de viudez, a seguro de salud, a adoptar, a donar órganos con la aceptación del conviviente supérstite, a heredar, aún falta que se les reconozca un derecho importante como es el derecho a poder elegir el régimen patrimonial que desean rija su convivencia mientras ésta dure, lo cual obviamente puede evitar una serie de problemas posteriores entre los ex convivientes.

## **SUB CAPÍTULO V**

### **2.5. TENDENCIA ACTUAL AL RECONOCIMIENTO DE MÁS DERECHOS A LOS INTEGRANTES DE LAS UNIONES DE HECHO PROPIAS**

Como bien es sabido nuestro ordenamiento jurídico ha ido otorgando de manera progresiva más derechos a las uniones de hecho de los que en un inicio se les otorgaba, esto por la necesidad de protegerlos, dados los cambios que se han ido dando dentro de las mismas, empezando así con el reconocimiento del régimen de sociedad de gananciales, que los alberga durante la vigencia de dicha unión; para luego irles reconociendo derechos sucesorios entre convivientes, como si fueran cónyuge, así como el derecho de adoptar niños, sufriendo así una transformación por diversos factores sociales que han superado a la familia matrimonial, o el derecho de donación de órganos que antes les estaban proscritos; en ese sentido, la tendencia actual de nuestro ordenamiento jurídico gira en

torno al reconocimiento de cada vez más derechos a los convivientes de los que en un inicio se les concedía. Pasamos a detallar cada uno de los derechos que han ido adquiriendo a lo largo del tiempo.

De acuerdo a lo acotado por Zuta (2018) se tiene los derechos hasta hoy reconocidos a los convivientes son:

### **2.5.1. Comunidad de Bienes**

Tanto la Constitución como el Código Civil regulan que la unión de hecho origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales; es decir, todos los bienes y deudas adquiridas durante la convivencia formarán parte del patrimonio social de ambos concubinos, entendiendo que se constituye la sociedad de gananciales desde el inicio de la convivencia y no desde que es declarada judicialmente o inscrita en el registro personal porque este reconocimiento es declarativo y no constitutivo. Por consiguiente, al concluir la unión de hecho también se liquida la sociedad de gananciales, y los bienes sociales que hubieren adquirido deberán ser repartidos en partes iguales.

En base a lo anterior, debemos considerar que son: Aplicables algunas de las normas relativas a la sociedad de gananciales reguladas para el matrimonio y otras pueden ser impertinentes, por ejemplo el artículo 312° del Código Civil referido al derecho a contratar entre los cónyuges sólo sobre los bienes propios o el 324° del Código Civil que establece la pérdida de gananciales por

el cónyuge culpable de la separación de hecho, no son aplicables a las uniones convivenciales (Plácido, 2001, p.256).

Empero hay otras normas que sí son aplicables como son las referidas a la diferenciación entre bienes propios y bienes sociales, el considerar que los frutos de los bienes propios son bienes sociales, y que para disponer de los bienes sociales se requiere el asentimiento de ambos concubinos (artículo 315° del Código Civil). Sin embargo, una diferencia relevante en comparación con los cónyuges es que los convivientes no tienen la posibilidad legal de optar por el régimen de separación de patrimonios. Por tanto, “El régimen patrimonial de las uniones de hecho es único y forzoso” (Plácido, 2001, p.255).

Sin embargo, “A propósito de una sentencia del Tribunal Registral... se logró inscribir una separación de patrimonios de una unión de hecho... ficha N° 21094 del Registro de Personas Naturales de esa oficina.” (Aguilar, 2017, p.86). A pesar de esta resolución, nuestra normativa no lo permite; en consecuencia, consideramos que debería estar expresamente regulado la posibilidad de que las uniones de hecho pueden optar por el régimen económico de su preferencia.

## 2.5.2. Derechos laborales y pensión de viudez

El autor Plácido (2001) destaca que:

En el derecho laboral, se reconoce que el conviviente supérstite tiene derecho al 50% del monto acumulado de la compensación por tiempo de servicios y sus intereses, que a solicitud le será entregado por el depositario, en caso de fallecimiento del trabajador compañero” (D.S. N° 001-97-TR-TUO del Decreto Legislativo 650, artículo 54°). De otra parte, se admite que el conviviente sea beneficiario del seguro de vida a cargo del empleador de su compañero trabajador (Decreto Legislativo N° 688, artículo 1°). (p.254)

Este mismo autor nos recuerda que en la legislación del Sistema 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 (D.S. N° 004-98-EF- Reglamento del TUO de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones, artículo 113°).

A pesar de estas regulaciones específicas y que en el sistema privado de pensiones se reconozca la pensión de viudez, en el sistema público de pensiones no existe una norma que reconozca la pensión de viudez para los concubinos. Es más, la Ley N° 19990 y la Ley N° 20530 omiten expresamente el derecho a la pensión de viudez reconociéndola solo para las uniones matrimoniales. Lo cual ha dado lugar a que jurisprudencialmente se haya desarrollado este tema y si bien, en un principio la pensión de viudez para el conviviente supérstite fue denegada por el Tribunal Constitucional, posteriormente, cambió su

pronunciamiento reconociendo la pensión de viudez para la conviviente a pesar de no estar reconocida legislativamente.

En una primera sentencia del Tribunal Constitucional, referida en el caso Anaya (Exp. N° 03605-2005-AA/TC) se denegó el derecho de pensión de viudez para una conviviente y se estableció que no se puede tratar en igualdad al matrimonio y la unión de hecho y así como no se puede obligar a alguien a casarse, tampoco se puede obligar a tener los efectos previsionales propios del matrimonio.

A pesar de ello, el mismo tribunal en una sentencia emitida a propósito del caso Rosas Domínguez (Sentencia del TC 06572-2006-PA/TC) se apartó del pronunciamiento anterior y refiere que los integrantes de las uniones de hecho pueden gozar no solo de derechos patrimoniales sino también de derechos personales, como la pensión de viudez y que las pensiones tienen la calidad de bienes sociales porque sirve para el sostenimiento de la familia y en ese sentido, estipula lo siguiente:

...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 está, 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 éste persista aquella.

### **2.5.3. Derecho a la salud**

La Ley 26790 (Ley de la Modernización de la Seguridad Social en Salud) reconoce en su artículo 3° como derechohabientes al concubino a que se refiere el artículo 326° del Código Civil y la misma mención la hace su reglamento (D.S. N° 009-97-S.A.). Por otro lado, el actual TUPA del Seguro Social- ESSALUD (Decreto Supremo N° 014-2016-TR) establece como uno de los requisitos para el registro del concubino(a), la copia simple del documento de reconocimiento de la unión de hecho, sea por resolución judicial o por escritura pública.

Con el TUPA anterior (D.S. N° 010-2010-TR) no se requería la resolución Judicial o por escritura pública de reconocimiento de unión de hecho, sino que bastaba con la declaración jurada de relación de concubinato. Es preciso referir que, anteriormente, ESSALUD había emitido, a nivel de resoluciones, disposiciones que implicaban la incorporación de este requisito; sin embargo, al ir contra el TUPA eran claramente ilegales. Incluso se llegó a plantear una acción popular (sentencia A.P. N° 13619-2013 LIMA) contra una de esas resoluciones la cual fue declarada fundada y se declaró ilegal la resolución por ir contra el TUPA de ESSALUD vigente en ese entonces.

Con el nuevo TUPA, ESSALUD sólo registra a los concubinos que han sido declarados judicialmente como tal o tienen su unión de hecho reconocida a través de una escritura pública, lo cual

perjudica a muchos concubinos que no han efectuado alguno de estos procedimientos y que son la mayoría, vulnerando el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social reconocidos en nuestra Constitución. Asimismo, hace más burocrático el trámite que permite al conviviente gozar de un derecho humano fundamental, como es el derecho a la salud, puesto que ya no basta la declaración jurada de su pareja, como era anteriormente, sino que se debe realizar el procedimiento judicial o notarial previo, lo cual definitivamente es una barrera de acceso al derecho a la salud.

Otro de los artículos modificados por la Ley N° 30007, es el artículo 2030° del Código Civil, referente a los actos y resoluciones registrables, que prescribe que se inscriben en ese registro: "...10. Las uniones de hecho inscritas en vía notarial o reconocidas por vía judicial."

#### **2.5.4. Derechos sucesorios**

La Ley N° 30007 reconoce derechos hereditarios a los convivientes para lo cual se deben cumplir con lo prescrito en el artículo 326° del Código Civil; además la convivencia debe encontrarse vigente al momento del fallecimiento del cualquiera de sus miembros.

Esta norma regula la igualdad del concubino y el cónyuge en materia sucesoria, por lo tanto, constituye en heredero de tercer

orden (816° CC) y un heredero forzoso (724° CC). En ese sentido, sus derechos sucesorios forman parte de la legítima (aquella parte de la que no puede disponer).

Es preciso recordar que la legítima del integrante sobreviviente de la unión de hecho es independiente del derecho que le corresponde por gananciales.

### **2.5.5. Derecho a Adoptar**

Aguilar (2016) define al derecho a adoptar como:

Una institución social basada en una ficción legal, por la cual se establece una relación paterna o materna filial entre dos personas que no lo son por naturaleza, otorgándole los mismos derechos y deberes recíprocos entre padre e hijos o madre e hijos. (p. 338)

La Ley N° 30311 modifica los artículos 378° inciso 4 y 382° del Código Civil y reconoce el derecho a adoptar de los concubinos, teniendo como requisito que dicha unión se encuentre inscrita en el registro personal de la Oficina Registral que corresponda al domicilio de los convivientes y que se cuente con el asentimiento de ambos.

Para que puedan acceder a este derecho se requiere ciertos requisitos entre los que encontramos: que los adoptantes gocen de solvencia moral, que la edad de cada adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar, que si el adoptado tiene más de 10 años preste su asentimiento, entre otros.

Antes de la dación de esta ley, sólo podían adoptar los cónyuges, por lo cual si una pareja de convivientes iniciaba el trámite de adopción se le exigía que, previamente, contraiga matrimonio ocasionando que se vulnere el derecho de los convivientes a integrar hijos a sus familias.

#### **2.5.6. Donación de Órganos**

Mediante Decreto Supremo N° 006-2013-SA, se modificó el Decreto Supremo N° 014-2005-SA, mediante el cual se aprobó el Reglamento de la Ley General de Donaciones y Trasplantes de Órganos y/o Tejidos Humanos, Ley N° 28189; cuyo texto originario en su artículo 14° prescribía: En caso de muerte natural o accidental y ante la ausencia de voluntad expresa del fallecido, la autorización a que hace referencia el artículo 12° del presente reglamento podrá ser otorgada en forma excluyente y en el siguiente orden por:

- a) Él o la cónyuge
- b) Descendientes mayores de edad
- c) Ascendientes
- d) Hermanos

Y con la dación de esta modificatoria, dicho artículo ha quedado redactado de la siguiente manera: En caso de muerte natural o accidental y ante la ausencia de voluntad expresa del fallecido, la autorización a que hace referencia el artículo 12° del presente

reglamento podrá ser otorgada en forma excluyente y en el siguiente orden por:

- a) Él o la cónyuge; o concubino/concubina, con reconocimiento judicial de unión de hecho o por notario público, conforme a lo establecido en la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos no Contenciosos, modificada por Ley 29560;
- b) Descendientes mayores de edad
- c) Ascendientes
- d) Hermanos

## **CAPÍTULO III**

### **CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS**

En este capítulo se trató de verificar si la hipótesis propuesta encuentra asidero; en ese sentido tenemos:

#### **3.1. EL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY DE LAS UNIONES DE HECHO RESPECTO DEL MATRIMONIO.**

Este es el primer fundamento jurídico que sustenta la hipótesis planteada, por lo que es necesario desarrollar las razones que hacen a las uniones de hecho tan pasibles de protección constitucional como a los matrimonios, en primer lugar nos amparamos en el derecho a la igualdad, lo cual no es algo sencillo de definir, ya que al referirnos a dicho término se habla de manera general de trato igual para todos sin distinción, y si bien constitucionalmente la igualdad ha de leerse como una aspiración normativa de gran importancia, “Que representa un estándar básico del contenido de la dignidad humana y que apunta al reconocimiento de una equivalente dignidad atribuible a toda persona -minimum- de humanidad respecto del cual no cabe distinciones”. (Petzold-Pernía, 1990, p. 211-212), y que es “Merecedora de una especial protección frente a otros entes y bienes existentes, se debe tener en cuenta que el derecho fundamental a la igualdad no puede ser considerado como un derecho autónomo, pues siempre se encontrará vinculado al ejercicio de otro derecho constitucional,” (García, 1991, p. 144), el cual se disfrutará o no de igual manera, en comparación con otras personas que ejercen ese derecho.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que: “La naturaleza jurídica de la igualdad reposa en una condición o presupuesto indispensable para el ejercicio de los distintos y plurales derechos individuales. Por ende, no es un derecho autónomo, sino relacional” (STC Exp. N° 0261-2003-AA/TC, fundamento jurídico 3.1); en otras palabras, el derecho a la igualdad “Funciona en la medida en que se encuentra conectado con los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Más precisamente, opera para asegurar el roce real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantizan” (STC Exp. N° 0018-2003-AI/TC, fundamento jurídico 2).

En atención a lo señalado anteriormente es preciso tener en cuenta la doble dimensión del derecho a la igualdad, por un lado como principio rector del ordenamiento jurídico y por otro como derecho fundamental, sirviendo en el primer caso como regla básica que el Estado debe garantizar y preservar y al ser principio se convierte en mandato de optimización a decir Alexy, por lo que ordena que se realice algo en la mayor medida posible en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas; mientras que por otro lado en su dimensión de derecho fundamental exige respeto y es pasible de reclamación individual, otorga además a todo sujeto esa atribución de ser tratado con igualdad ante la ley y no sufrir discriminación alguna.

En ese sentido, al ser la unión de hecho un tipo de familia, ya desarrollado en el capítulo pertinente, esta figura tiene existencia propia en la sociedad, habiendo ganado el reconocimiento y protección de cada vez más

derechos, en tal sentido, el Tribunal Constitucional ha desarrollado en la Sentencia N° 06572-2006-PA/TC, Piura con gran amplitud y fundamentación los derechos que les corresponden a los convivientes supérstites respecto al derecho a la pensión de viudez, como si se tratase de un(a) viudo(a) proveniente de un matrimonio, en la sentencia citada no sólo desarrolla el derecho a la igualdad en la normativa nacional sino internacional, concluyendo que los convivientes al formar familias igual que los matrimonios y por ende cumplir las mismas funciones, les es aplicable los mismos derechos en aplicación justamente del derecho a la igualdad:

A nivel de la región, los constituyentes se han referido a la familia como “núcleo fundamental de la sociedad” (Artículo 42° de la Constitución de Colombia y artículo 1 de la Constitución de Chile), “elemento natural y fundamento de la sociedad” (Artículo 51° de la Constitución de Costa Rica), “fundamento de la sociedad (Artículo 49° de la Constitución de Paraguay); “asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas” (Artículo 75° de la Constitución de Venezuela), “base de la sociedad” (Artículo 45° de la Constitución de Uruguay), “célula fundamental de la sociedad” (Artículo 39° de la Constitución de Cuba), por citar algunas. Por su parte, el artículo 23° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) conceptúan a la familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad”, sujeta a la protección del Estado y la sociedad. Conviene tener presente también, que el artículo 17° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el 23 del PIDCP establecen que la familia debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

Asimismo, del expediente antes citado respecto al principio de igualdad, refiere que:

...Es de suma relevancia por cuanto la realidad ha venido imponiendo distintas perspectivas sobre el concepto de familia. Los cambios sociales generados a lo largo del siglo XX han puesto en concepto tradicional de familia en una situación de tensión. Y es que al ser éste un instituto ético

social, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Por lo tanto, hechos como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional como son las surgidas de las uniones de hecho (Tribunal del expediente N° 03605-2005-AA/TC, fundamento 3), las monoparentales o las que en la doctrina se han denominado familias reconstituidas (Expediente N° 9332-2006-AA/TC).

En este apartado el Tribunal ha sustentado el reconocimiento que con los cambios sociales se le viene dando a diversas formas de familia, como a las provenientes de las uniones de hecho; pues debido a ello en el caso peruano, la Constitución de 1993 es la que por primera vez brinda tutela de la familia provenientes de uniones de hecho de forma expresa, y si bien la Constitución de 1979, preceptuaba la protección que el Estado le debía a la familia que era referida como una “Sociedad natural y una institución fundamental de la nación”, la Constitución vigente, dispone la protección de la familia, reconociéndola como un instituto natural y fundamental de la sociedad. En virtud de ello, la carta fundamental consagra una serie de mandatos que buscan dotar al instituto de protección constitucional adecuada, pues se le ha ido reconociendo tutela a la intimidad familiar (artículo 2°, inciso 7) y la salud del medio familiar (artículo 7°). Ello se vincula a su vez, con lo establecido en el artículo 24° que establece el derecho que tiene el trabajador de contar con ingresos que le permitan garantizar el bienestar suyo y de su familia.

De igual manera tendrá que ser apreciado el artículo 13° que impone el deber de los padres de familia de educar a sus hijos y elegir el centro de educación.

No obstante, a pesar de esa gama de principios tendentes a la tutela integral de la familia, el texto constitucional no ha definido dicho concepto, entendiéndose entonces que lo que se buscó es no reconocer un modelo específico de familia, pues dicha institución no es estática sino dinámica, por tanto no debe relacionarse necesariamente con el matrimonio, como ocurría con el Código de 1936, que manifestaba tal tendencia con la inconstitucional diferenciación de hijos “legítimos” y “no legítimos”; en ese sentido, las uniones de hecho han ido ganando terreno en cuanto a la protección legal de sus derechos, ya que de ser en sus inicios una relación marginada ha pasado a ser no solo reconocida sino garantizada, pues su finalidad -espacio fundamental para el desarrollo integral de cada uno de sus miembros, la trasmisión de valores, conocimientos, tradicionales culturales- es pues, agente primordial del desarrollo social. Entonces se deduce que lo que la normatividad ha logrado es proteger a las familias sin importar su origen, brindándole 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 una gran cantidad de familias extramatrimoniales. Es decir, se comprende que el instituto familia trasciende al del matrimonio, pudiendo darse la situación de que extinguido éste persista aquella.

Desde esa perspectiva, es claro anotar que la teoría que acoge nuestro ordenamiento jurídico respecto a las uniones de hecho es la teoría de la apariencia al estado matrimonial, dado que las protege y otorga la mayoría de derechos que les otorga a los matrimonios, que se ven desarrollados en los siguientes cuerpos legales:

### **3.1.1. Constitución Política del Estado**

El artículo 5° de la Constitución de 1993 dispone que 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.

### **3.1.2. El Código de 1984**

El artículo 326° del Código Civil vigente señala 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 fuere aplicable, siempre que dicha unión haya dudo por lo menos dos años continuos...

Es importante señalar que el principio de amparo a las uniones de hecho, recogido inicialmente en el artículo 9° de la Constitución de 1979 y contemplado actualmente en el artículo 5° de la Constitución de 1993, sustenta la regla de que la unión voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer,

sin impedimento matrimonial, produce determinados efectos - personales y patrimoniales- reconocidos en la ley y que son similares a los del matrimonio. La tesis de la apariencia al estado matrimonial, que sigue nuestro ordenamiento jurídico, está admitida también en el artículo 326° del Código Civil cuando señala que con la unión de hecho se persigue “alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio”. Se comprueba, por tanto, que no hemos adoptado en el Perú la teoría de la equiparación al estado matrimonial, según la cual la unión de hecho produce los mismos efectos que el matrimonio.

Plácido (2001), en su libro titulado manual del derecho de familia menciona que, la tesis de la apariencia al estado matrimonial no trata de amparar directamente a la unión de hecho, sino de elevarla a la categoría matrimonial cuando producen similares condiciones exteriores, esto es, cuando puede hablarse de un estado aparente de matrimonio, por su estabilidad y singularidad.

Por lo que es claro advertir que surgiendo de la unión de hecho una familia, ésta merece la protección que le confiere el ordenamiento jurídico, sin desconocer obviamente a la institución del matrimonio que si bien nuestra normatividad promueve, no significa que se lo considere única fuente de creación de familia, sino una más; pues dado el avance de las sociedades, no se puede asumir posturas drásticamente conservadoras que intenten desconocer las diversas formas de constitución de

familia, sería como legislar para sociedades inexistentes; en atención a ello podemos darnos cuenta que nuestra legislación adopta esta teoría en el caso de las uniones de hecho.

No obstante, lo que se busca no es que las uniones de hecho tengan la apariencia al estado matrimonial solamente, sino que con el devenir del tiempo se las equipara a él, a fin de brindarle mucha mayor protección, máxime si como ya se mencionó líneas arriba, son una forma importante de constituir familia, la misma que cuenta con toda la protección normativa; siendo así podemos observar que a pesar que existe negativa a reconocerle tal equiparación, en el campo jurídico real se lo hace, no de manera abierta claro, pero sí reconociéndole cada vez más derechos, lo que se puede apreciar de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 09708-2006-PA/TC, donde ha equiparado la unión de hecho al matrimonio cuando resolvió otorgar pensión de viudez a una conviviente supérstite, en razón al principio de igualdad, porque en el Sistema Privado de Pensiones se otorga dicha pensión al cónyuge viudo.

Un sector mayoritario de la doctrina está en contra de esta teoría por las siguientes razones: constituye una promoción de la unión de hecho y un desaliento para contraer matrimonio; establece un matrimonio legal de segundo grado; contraviene el principio de igualdad; viola de manera flagrante la libertad individual de los convivientes al aplicarles forzosamente las reglas del matrimonio,

y, en los casos extremos, se considera que el reconocimiento legal de la unión de hecho constituye una vulneración del orden público, la moral y las buenas costumbres.

Para muchos, esta situación puede representar aparentemente una contradicción: ¿cómo podemos establecer obligaciones matrimoniales a quienes desean voluntariamente estar fuera del marco legal?

No obstante, por una razón de igualdad los convivientes deben tener los mismos derechos y deberes que los cónyuges, aunque no deseen unir su vínculo con un lazo legal, pues lo que se busca con la presente investigación es que se proteja la familia que constituyen con dicha unión al margen de su forma de constitución. De una mirada a nuestra realidad podemos advertir que dados los diversos avances y cambios sociales no resulta conveniente en estas épocas continuar o promover una teoría abstencionista de las uniones de hecho, que solo regule efectos patrimoniales de la convivencia cuando ésta se termina, evitando a todas luces regular la constitución y desarrollo de la unión de hecho; ello más por un tema de igualdad entre las personas que se está propulsando a través de la presente investigación.

### **3.2. EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE TODO TIPO DE FAMILIA.**

Con el devenir del tiempo las familias derivadas de las uniones de hecho han ido ganando cada vez más derechos de los que en algún momento de la historia se pensó, pues en un inicio incluso de las rechazaba por inmorales concitándose una percepción negativa y de rechazo y/o desconocimiento por parte de cierto sector de la sociedad, para luego darse cuenta que con dichas posturas no se lograba extirparlas de la sociedad ni siquiera disminuirlas, todo lo contrario, el incremento de las prácticas convivenciales y la mayor secularización de la sociedad y del Estado (y su legislación) fue imponiendo un contexto a partir del cual se comenzaron a plantear respuestas -primero jurisprudencialmente y luego a nivel constitucional- a esta realidad social. Así, la Constitución de 1979 reconoce por primera vez a nivel constitucional la unión de hecho, lo que se debió al reconocimiento de una realidad social que involucra a un gran número de peruanas y peruanos, razones similares justificaron que el constituyente de 1993 mantuviera la unión de hecho con la protección que se la conoce, con el fin no solo de proteger a los convivientes sino a los integrantes de dicha familia como los hijos por ejemplo, los que no merecen ningún tipo de rechazo ni menoscabo por provenir de una familia no matrimonial. Con este reconocimiento constitucional se legitima y se salvaguarda la dignidad de aquellas personas que habían optado por la convivencia y pasan a ser consideradas familia, por consiguiente, merecedoras de la protección del

Estado. Pero esta constitucionalización de la entidad también implica el reconocer ciertos efectos jurídicos entre quienes conforman dicha unión.

Si bien 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, no es menos cierto que el Estado puede intervenir y regular conductas a fin de evitar situaciones no deseadas en la sociedad. Así pues, la Constitución reconoce una realidad, pero al mismo tiempo la encausa dentro de los valores constitucionales a fin de hacerla compatible con el resto del ordenamiento. En tal sentido, a fin de evitar que el aporte realizado por la pareja durante la convivencia sea apropiado por uno de ellos, en desmedro del otro, ya la normatividad ha buscado la forma de proteger dicha desigualdad, y es que en muchas ocasiones una de las partes en su mayoría el varón terminaba por apoderarse de los bienes adquiridos por la pareja durante la convivencia (Diario de Debates de la Comisión Principal de la Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979, p. 326-340), problemática que ha merecido la atención del órgano jurisdiccional, entendiéndose que se estaba frente a un enriquecimiento indebido. (Artículo 326° del Código Civil).

Cuando el artículo 4° de la Constitución de 1993 precisa que la comunidad y el Estado protegen a la familia, resulta evidente que en el texto constitucional no se reconoce un derecho subjetivo de la familia a ser protegida. Por el contrario, la familia se presenta en la Constitución

como tarea de la política social y económica de los poderes públicos, es decir, como fin del Estado.

De todo lo cual se aprecia que el modelo de familia que la Constitución de 1993 protege es aquella iniciada o basada en el matrimonio y en la convivencia; con lo que no cabe diferenciar entre familia matrimonial y familia extramatrimonial, pues la familia es una sola sin importar su base de constitución.

Bajo esta misma línea nuestro Tribunal Constitucional ha recurrido al principio de protección de la familia para promover su bienestar, así en la sentencia N° 0050-2004-AI ha señalado que: “Dado que, en el común de los casos, la viuda es, a su vez, madre de los hijos sobrevivientes, tiene el deber de destinar parte de su pensión a velar por el sustento de sus hijos (artículo 6° de la Constitución)...”

El derecho a la protección de la familia presume la existencial de una familia, sin que proceda distinguir entre la familia matrimonial o extramatrimonial. La noción de familia para Perlingieri (1972), implica:

No alude pues a una simple unidad de convivencia más o menos estable, por muy basada en el afecto o el compromiso de mutua ayuda que pueda estarlo; todo intento de ensanchar lo familiar a vínculos no relacionados con el cumplimiento de fines familiares debe considerarse inconstitucional, incompatible con el deber de protección jurídica de la familia que impone el artículo 4°. (p. 110)

Hoy, con la Constitución de 1993, la familia puede nacer tanto de un matrimonio como de una unión de hecho, extendiéndose el mandato de protección constitucional a la familia nacida de ellas, por lo tanto, no es que se esté desprotegiendo el matrimonio ni desincentivándolo, sino que

se está brindando mayor protección a las fuentes de generar familia, admitiendo el modelo constitucional otras fuentes de las que se derivan tipos de familia.

El Tribunal Constitucional en la STC 09708-2006-PA destaca que, en atención a lo previsto en el artículo 5° de la Constitución de 1993, la unión de hecho es productora de efectos tanto personales como patrimoniales, lo que vale decir que de la unión de hecho surge una familia que merece protección como la que surge de un matrimonio.

### **3.3. TENDENCIA LEGISLATIVA ACTUAL A RECONOCER MEJOR ESTATUS JURÍDICO A LAS UNIONES DE HECHO Y EQUIPARARLAS AL MATRIMONIO.**

Con el devenir del tiempo y la evolución de las sociedades, la unión de hecho ha ido ganando más derechos de los que antes podían pensar, siendo así ahora no sólo tienen reconocidos derecho a pensión de viudez, derechos sucesorios, sino que pueden adoptar hijos y autorizar la donación de órganos de su conviviente fallecido, en ese sentido se advierte que han existido avances en cuanto al reconocimiento de derechos a las uniones de hecho; no obstante, quedan aún aspectos pendientes de ser tratados, como el hecho de considerarse como impedimento absoluto de matrimonio el tener una relación de convivencia inscrita en el registro personal o reconocido judicialmente, ello debería ir de la mano de la incorporación dentro de los documentos requeridos para contraer matrimonio, eso es exigir a los contrayentes el certificado negativo de unión de hecho, expedido por el registro personal de la oficina registral donde domicilian los solicitantes.

Tenemos así, el reconocimiento de la pensión de viudez para el conviviente supérstite, derecho reconocido ya por el Tribunal Administrativo Previsional de la ONP, quien ha establecido con carácter vinculante que los convivientes tienen derecho a la pensión de viudez, para ello el conviviente supérstite deberá demostrar haber mantenido el vínculo convivencial, lo que podrá sustentarse con la sentencia de declaración de unión de hecho debidamente inscrita en el registro de personas naturales.

Por otro lado, tenemos el reconocimiento del derecho a heredar que fue regulado mediante Ley N° 30007 y modifica el artículo 326° del Código Civil que incorporó derechos sucesorios a favor de los miembros de uniones de hecho inscritas en el registro personal, del mismo modo el conviviente sobreviviente puede solicitar el reconocimiento judicial de la unión de hecho si antes del fallecimiento del causante no hubiera realizado la inscripción registral; la Ley 30007 pone a los concubinos a la par de una pareja matrimonial en materia sucesoria, no los denomina concubinos, aun cuando en el fondo lo sean, sino que llama unión de hecho a esa relación, pero no cualquier unión de hecho recibe este beneficio, sino sólo aquellas que cumplen con los requisitos legales que se encuentran en el artículo 326° del Código Civil, norma que describe estas uniones de hecho; en consecuencia estarán comprendidos en la Ley 30007, las uniones de hecho heterosexuales, (esta exigencia es constitucional), con una vida en común continua, permanente, interrumpida de dos o más años, y que no exista impedimento matrimonial entre ellos, debiendo sumarse a estas exigencias, que la

unión de hecho esté inscrita en el registro personal, o en su defecto exista reconocimiento judicial.

Hasta hace poco era común señalar dentro de la escasa doctrina, que los convivientes no tenían derecho a heredar, pero desde hace unos años ello ha cambiado y se ha ventilado el tema de la inclusión de los derechos hereditarios para los convivientes, se entiende que por los propios cambios sociales y las necesidades de protección que éstas tienen.

Por otra parte, se les ha reconocido el derecho a adoptar, que es otro de los grandes logros que han obtenido los convivientes, como un reconocimiento más de los derechos que paulatinamente se les ha venido reconociendo; ello se ha dado mediante Ley N° 30311, que modificó los artículos 378° y 382° del Código Civil. Así se agregó al primero el inciso 4, el cual señala como requisito para adoptar que cuando el adoptante sea conviviente conforme a lo señalado en el artículo 326°, concurra el asentimiento del otro conviviente. Así tenemos la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 09332-2006-PA/TC, que en su fundamento 7 señala:

Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho (Tribunal Constitucional, sentencia el

expediente N° 03605-2005-AA/TC, fundamento 3), las monoparentales o las que en doctrina se ha dominado familias reconstituidas.

En esa misma secuencia, otro gran reconocimiento que se ha hecho a las uniones de hecho es poder autorizar la donación de órganos de su conviviente fallecido, derecho reconocido mediante Decreto Supremo N° 006-2013-SA, que modificó el Decreto Supremo N° 014-2005-SA, mediante el cual se aprobó el Reglamento de la Ley General de Donaciones y Trasplantes de Órganos y/o Tejidos Humanos, Ley N° 28189; cuyo texto originario en su artículo 14° prescribía:

En caso de muerte natural o accidental y ante la ausencia de voluntad expresa del fallecido, la autorización a que hace referencia el artículo 12° del presente reglamento podrá ser otorgada en forma excluyente y en el siguiente orden por:

- a) Él o la cónyuge
- b) Descendientes mayores de edad
- c) Ascendientes
- d) Hermanos

Y con la dación de esta modificatoria, dicho artículo ha quedado redactado de la siguiente manera:

En caso de muerte natural o accidental y ante la ausencia de voluntad expresa del fallecido, la autorización a que hace referencia el artículo 12° del presente reglamento podrá ser otorgada en forma excluyente y en el siguiente orden por:

- a) Él o la cónyuge; o concubino/concubina, con reconocimiento judicial de unión de hecho o por notario público, conforme a lo establecido en la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos no Contenciosos, modificada por Ley 29560;
- b) Descendientes mayores de edad
- c) Ascendientes
- d) Hermanos

En este sentido se aprecia no sólo la vigencia de las uniones de hecho sino el status que ha ido ganando a lo largo del tiempo, y por su reconocimiento de familia que ha recibido es que se le ha estado dando la protección constitucional que conocemos, al punto que existen proyectos de ley que buscan se les otorgue a los convivientes la facultad de poder elegir el régimen patrimonial por el que desean regirse durante la vigencia de su unión, al igual que los matrimonios; así tenemos el Proyecto de Ley N° 5025/2015-CR, presentado el 3 de noviembre de 2015 por el Congreso de la República, proyecto mediante el cual se solicita modificar el artículo 326° del Código Civil ..., y el Proyecto de Ley N° 2077/2017-CR presentado el 02 de noviembre de 2017 por el congresista Richard Acuña Núñez, en el que también plantea la modificación del artículo 326° del Código Civil; proyectos que van direccionados al reconocimiento de un derecho más para los convivientes, pues en ambos casos se describe los regímenes patrimoniales que rigen tanto al matrimonio y las uniones de hecho, entendiéndose en el primer proyecto que:

La sociedad de bienes supone el patrimonio de la convivencia, que bien puede ser resultado del trabajo de ambos integrantes o del voluntario y libre aporte de uno de ellos, se podría argumentar que si se ha otorgado reconocimiento normativo constitucional y legal a la unión de hecho, resulta perfectamente razonable otorgarle a los convivientes la alternativa de optar por el régimen patrimonial que desea implementar en su unión de hecho, con miras a no generar una limitación de la libertad carente de criterio de razonabilidad, más cuando en el caso del matrimonio y de los futuros cónyuges, ellos sí tienen la facultad de definir libremente ello, actuando en ese caso la ley sólo de manera supletoria; es decir, ante la no definición por los contrayentes, se asume que el régimen aplicable es el de sociedad de gananciales” (Proyecto de Ley N° 5025/2015-CR).

Con la modificación propuesta mediante esta iniciativa legislativa de permitir a los convivientes optar por definir libremente el régimen patrimonial aplicable a su unión de hecho, el ordenamiento jurídico nacional -en una lógica de respeto irrestricto a los derechos fundamentales de libre desarrollo de la personalidad y de propiedad- estaría brindando a los ciudadanos que integran una unión de hecho la facultad de decidir, si condicionamiento legal y estatal alguno, la forma de desarrollar su convivencia”.

Por su parte el segundo Proyecto de Ley N° 2077/2017-CR:

...Contempla la necesidad de incluir en nuestro ordenamiento jurídico la opción de elegir y sustituir de los convivientes respecto al régimen patrimonial al que se adhieren. Por esta razón, se contempla la posibilidad de elegir el régimen de separación de patrimonios al constituir un régimen autónomo, donde prima la independencia entre los convivientes en la propiedad y administración de sus bienes, lo que permite no suponer el carácter común de los bienes en las uniones de hecho. En ese caso, los convivientes optan por éste régimen ejerciendo su derecho de opción de manera expresa y observando las formalidades prescritas, esto es, que se inscriba en el registro personal y sean mediante escritura pública; del mismo modo se establece también la variación del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios una vez inscrita la unión de hecho; es decir, poder sustituir voluntariamente y de manera expresa la sociedad de gananciales por la de separación de patrimonios con las mismas formalidades de su inscripción, mediante escritura pública y que se inscriba en el registro personal. (p.5)

Este Proyecto al igual que el primero busca regular una situación de hecho que difícilmente se podrá erradicar y por venirse suscitando cada vez más con mayor incidencia es que se debe buscar alcance reconocimiento y regulación a mayores derechos.

**CAPÍTULO IV**  
**PROPUESTA NORMATIVA**  
**PROYECTO DE LEY**

**LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 326° DEL CÓDIGO CIVIL**

**4.1. OBJETO DE LA LEY**

La presente ley tiene por objeto modificar el artículo 326° del Código Civil a fin de salvaguardar el derecho de los convivientes de elegir o sustituir el régimen patrimonial de su convivencia.

**4.2. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN**

La presente propuesta legislativa tiene como efecto el reconocimiento de la inclusión del derecho de opción y sustitución del régimen patrimonial en uniones de hechos propias, con el fin que los convivientes se acojan al régimen patrimonial que deseen rija su convivencia; por tanto, modifíquese el artículo 326° del Código Civil, en los siguientes términos:

<b>Texto vigente</b>	<b>Texto modificado</b>
<b>Artículo 326°.- Unión de hecho</b> 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	<b>Artículo 326°.- Unión de hecho</b> 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

<p>que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, en cuanto fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.</p> <p>La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.</p> <p>La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales.</p> <p>Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones</p>	<p>se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, en cuanto fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.</p> <p><b>Los convivientes tienen el derecho de elegir o sustituir el régimen patrimonial que deseen rija su unión de hecho, por ende pueden optar por un régimen de sociedad de gananciales o de separación de patrimonios, las veces que lo deseen; el nuevo régimen tendrá vigencia desde la fecha de su inscripción en el registro personal, mediante escritura pública; al cambiar de régimen patrimonial de sociedad de gananciales a uno de separación de patrimonios necesariamente tendrán que liquidar el anterior.</b></p> <p>La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los</p>
--	---

<p>señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido.</p> <p>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°, 284° y 825° del Código Civil se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge.</p>	<p>medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.</p> <p>La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales.</p> <p>Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido.</p> <p>Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el presente artículo producen, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios</p>
---	---

	<p>similares a los del matrimonio, por lo que las disposiciones contenidas en los artículos 725°, 727°, 730°, 731°, 732°, 822°, 823°, 284° y 825° del Código Civil se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge.</p>
--	---

### **4.3.EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

#### **4.3.1. Antecedentes**

##### **4.3.1.1. Sobre la protección a todo tipo de familia**

Al ser considerada la familia como célula fundamental de la sociedad, donde nacen y se establecen valores, que repercuten en la sociedad, cada Estado debe prestarles la protección respectiva.

En nuestro país, la Constitución consagra en el artículo 4° la protección a todo tipo de familia, pues prescribe: “La comunidad y el Estado protegen especialmente... a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.” En concordancia con el artículo 8° de CEDH<sup>2</sup>,

---

<sup>2</sup> Artículo 8.- toda persona tiene derecho al respecto de su vida y familiar, de su domicilio y de

donde se evidencia que la protección a la familia no solo se reserva a las familias fundadas en el matrimonio, sino a aquellas que han sido constituidas de facto.

Desde la perspectiva jurídica contemporánea, no solo se puede hablar de aquellas familias constituidas por matrimonio sino de todas en general, en el sentido que se reconocen derechos y protecciones, como es el caso de las uniones de hecho. Ello, se ve reflejado en el expediente N°04493-2008-PA/TC, que señala: “No se puede negar que es una alternativa lícita, justa y equilibrada para formar la familia...”; asimismo el Tribunal Constitucional (2011) se ha pronunciado: “...El texto constitucional no pretendió reconocer un modelo específico de familia. Por consiguiente, el instituto de la familia no debe relacionarse necesariamente con el matrimonio...”

Existiendo en el ordenamiento civil peruano el derecho de las uniones de hecho de ser reconocidas como un tipo de familia, estas deben ejercer el derecho de opción del régimen patrimonial al cual deseen adherirse, y no al establecido por ley.

---

su correspondencia.

En nuestra opinión, por razones de sistematicidad se debe otorgar los mismos derechos a las instituciones que generen familia, pues resulta necesario incorporar la citada propuesta respecto a los convivientes que se unen de hecho.

#### **4.3.1.2. Sobre la tesis de apariencia y equiparación al estado matrimonial y el derecho a la igualdad**

La tesis de la apariencia estipula elevar a la unión de hecho a la misma categoría matrimonial cuando se presentan similares condiciones exteriores, de tal modo, es un estado aparente de matrimonio. Ello, debido a que el artículo 326° del Código Civil señala que la unión de hecho persigue alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes al matrimonio.

Al respecto en el Pleno Jurisdiccional de Familia de 1998, en el acuerdo N° 8 se estableció que en el ejercicio de los derechos derivados de la relación convivencial se adoptaron por conceso que para solicitar alimentos e indemnización entre concubinos no se requiere como requisito la declaración judicial de unión de hecho, pero esta debe acreditarse dentro del proceso de alimentos y en caso de indemnización bajo el principio de prueba escrita; mientras que en la relación frente a terceros y

respecto de la sociedad de gananciales, sí es exigible el reconocimiento judicial de la unión de hecho.

Además, conforme lo establecen las sentencias de los expedientes N° 0261-2003-AA/TC y N° 0018-2003-AI/TC, respecto al derecho a la igualdad, ésta es una expresión de demanda al Estado para que proceda a remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales que restringen de derecho a la igualdad de oportunidades entre las personas.

La equiparación de los efectos del matrimonio respecto a las uniones de hecho se debe regir conforme al derecho a la igualdad, en cuanto a que a todo sujeto de derecho se le atribuya el disfrute de los derechos y libertades reconocidos por el ordenamiento, de tal forma que este derecho esté destinado a obtener un trato proporcional ante hechos, situaciones y relaciones equiparables, es ese sentido, ambas figuras jurídicas tienen en común las mismas finalidades y deberes; entonces se les debe otorgar un trato semejante. Tales afirmaciones se ven plasmadas en la sentencia del expediente N° 09708-2006-PA/TC, donde se ha equiparado la unión de hecho al matrimonio cuando otorgó pensión de viudez a una conviviente supérstite, en razón al principio de igualdad,

porque en el sistema privado de pensiones se otorga dicha pensión al cónyuge viudo.

Con la modificación propuesta, se pretende que a los convivientes se les reconozca y conceda, al igual que a los cónyuges, el derecho de elegir o sustituir el régimen patrimonial que se les aplique, ya que actualmente los convivientes no tienen opción de elegirlo, simplemente se los someta al régimen de sociedad de gananciales, vulnerándose de esa forma su derecho constitucional a la libertad de elección.

#### **4.3.1.3. Sobre la necesidad de incluir el derecho de opción y sustitución del régimen patrimonial en uniones de hecho propias**

Al haber señalado ya que las uniones de hecho son una forma más de constituir familia reconocida constitucionalmente, y por tanto merecedoras de una amplia protección legal, es necesario dejar sentada la importancia que tiene el reconocimiento de un derecho más, que es el de elegir o cambiar su régimen patrimonial, al igual que se hace con los cónyuges; siendo así, se aprecia que ya la Constitución de 1979 regulaba la protección de las uniones de hecho en su artículo 9°, de igual forma lo hace la Constitución vigente, que en su artículo 5° ha recogido dicha protección en los siguientes

términos: “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 cuando sea aplicable.”

Es así, que habiéndose concedido la protección constitucional de las uniones de hecho en nuestro país, han surgido normas especiales que regulan esta nueva institución jurídica, tal es así que el artículo 326° del Código Civil señala que la unión de hecho es aquella realizada y mantenida voluntariamente por un varón y una mujer libres de impedimento matrimonial, que origina una sociedad de gananciales, siempre que se cumpla con ciertos requisitos: que se trate de una unión de hecho propiamente dicha, esto es que sea libre de impedimento matrimonial, que haya durado por lo menos dos años continuos, que sea pacífica, pública, que cumpla las finalidades del matrimonio.

En ese sentido, se puede advertir que lo que el ordenamiento jurídico ha hecho es reconocer constitucional y legalmente a las uniones de hecho, además de equiparar la sociedad de bienes que nace de la unión de hecho a la sociedad de gananciales, originada en el matrimonio, lo que significa que uno de los

regímenes patrimoniales que se aplica al matrimonio se aplica también a las uniones de hecho, toda vez que lo que se busca con el reconocimiento de cada vez más derechos para las uniones de hecho es la protección de una forma de constituir una familia, reconocida y protegida constitucionalmente; si bien la unión de hecho y el matrimonio civil son de distinta naturaleza; no obstante, a lo largo de los años se le ha venido reconociendo a las uniones de hecho iguales derechos que a los matrimonios, por lo que se le viene equiparando derechos, en ese sentido, no queda nada más que diferencie estas figuras.

Es preciso anotar que, para el caso de los cónyuges, éstos tienen dos regímenes patrimoniales (sociedad de gananciales o separación de patrimonios) entre los cuales pueden elegir al momento de contraer matrimonio o una vez habiéndolo contraído las veces que los requieran. El régimen de sociedad de gananciales, regulado en el artículo 301° del Código Civil, se fundamenta en el interés familiar; y la separación de patrimonios, regulado en el artículo 327° del Código Civil, se fundamenta en el interés patrimonial personal, según el cual cada cónyuge conserva sus facultades de administración y disposición de sus bienes presentes o futuros.

Si se parte que a ambas formas de generar familia (matrimonio y unión de hecho) se les aplica el régimen de la sociedad de gananciales, por un tema de derecho a la igualdad ya desarrollado a lo largo de esta investigación, también se les debe aplicar el régimen patrimonial de separación de patrimonios, pudiendo en tal caso, tanto los cónyuges como los convivientes optar por el régimen patrimonial de su preferencia, o cambiarlo las veces que así lo necesiten, dado que hasta la fecha los convivientes no tienen opción de elegir el régimen patrimonial, simplemente se los someta al de sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, vulnerándose de esa forma su derecho constitucional a la igualdad y libertad.

Con la propuesta de modificación del artículo pertinente (326° del C.C.), se va a permitir a los convivientes que puedan elegir libremente el régimen patrimonial de su preferencia, de tal forma que no se les condicione legalmente a pertenecer a un régimen patrimonial preestablecido, todo ello amparándose en la protección de los derechos fundamentales del libre desarrollo de la personalidad y propiedad.

#### **4.3.1.4. Sobre cómo evitar el enriquecimiento indebido**

Los regímenes patrimoniales son aquellos que determinan la repercusión de los bienes presentes o futuros de los convivientes, también involucra la administración y gestión de los mismos.

Por ello lo que se busca con la presente investigación es evitar situaciones de enriquecimiento indebido, pues en un régimen patrimonial de sociedad de gananciales cabe la posibilidad que uno de los convivientes se aproveche del patrimonio que el otro adquirió, fruto de su trabajo y esfuerzo, y al momento de liquidarse dicho régimen tenga derecho al 50% del mismo, sin haber coadyuvado a su obtención; siendo así, con la posibilidad que los convivientes puedan optar libremente por elegir el régimen de separación de patrimonios no van a incurrir en aprovechamiento económico en perjuicio del otro, dado que cada uno administra sus propios bienes.

#### **4.4. EFECTOS DE PROPUESTA LEGISLATIVA**

Con la promulgación de la propuesta legislativa que modifica el artículo 326° del Código Civil, se advierte que no se contraviene alguna norma del orden jurídico ya previsto; es decir, no afecta disposiciones constitucionales, legales o administrativas; por el contrario, resguarda la voluntad de los convivientes respecto al régimen patrimonial que desean

elegir, aunado a ello, permite que el Estado cumpla con la finalidad de proteger todo tipo de familia y los derechos patrimoniales de las personas, aunado al hecho que se va a garantizar aún más el pleno ejercicio del derecho a la libertad e igualdad ante la ley de los convivientes.

#### **4.5. ANÁLISIS COSTO- BENEFICIO**

La presente iniciativa legislativa no genera ningún gasto al Estado ni afecta a los ingresos del Tesoro Público, puesto que permite a los convivientes puedan elegir libremente el régimen patrimonial aplicable en su unión de hecho. De tal forma que el ordenamiento jurídico permita a dichos ciudadanos decidir sin condicionamiento alguno respecto a su convivencia y en especial al aspecto patrimonial.

Resulta necesaria la ejecución de la presente propuesta de modificación del artículo 326° del C.C., toda vez que no solo es de interés de los convivientes sino de terceros que contraten con ellos, pues podría evitar perjuicios económicos a los interesados.

## CONCLUSIONES

1. De acuerdo a la hipótesis planteada, se ha probado que los fundamentos jurídicos que sustentan la inclusión del derecho de opción y sustitución del régimen patrimonial de uniones de hecho propias son el derecho a la igualdad ante la ley de las uniones de hecho respecto del matrimonial y la tendencia legislativa actual a reconocer mejor status jurídico a las uniones de hecho y equipararlas al matrimonio.
2. De la investigación realizada, podemos concluir que, a lo largo de los años, las uniones de hecho vienen alcanzando protección equivalente al matrimonio, por tanto, no se les puede negar el reconocimiento de un derecho más, como es el de poder elegir el régimen patrimonial que desean rija durante su unión.
3. Al analizar las clases de uniones de hecho, clasificación y requisitos que deben cumplir para recibir protección legal patrimonial, se ha probado que, en aplicación del principio de protección constitucional de todo tipo de familia, la Constitución protege y ordena proteger la que nace tanto del matrimonio como de la unión de hecho; por tanto, ambas merecen reconocimiento de los mismos efectos personales y patrimoniales.
4. Se ha verificado que las diferencias existentes entre los regímenes patrimoniales aplicables al matrimonio: sociedad de gananciales y separación de patrimonios y el aplicable a las uniones de hecho: comunidad de bienes, contravienen el mandato constitucional de protección de todo tipo de familia y el derecho a la igualdad.

5. De la investigación realizada se concluye que el reconocerle a las uniones de hecho propias el derecho a elegir de su régimen patrimonial, no vulnera el orden público ni la moral y buenas costumbres y por no trasgredir intereses colectivos, se debe promover su pronto reconocimiento.

## RECOMENDACIONES

1. Se recomienda al Congreso de la República aprobar los proyectos de ley presentados hasta la fecha, respecto del reconocimiento a las uniones de hecho del derecho de poder elegir o sustituir el régimen patrimonial que desean rija su convivencia, a fin de evitar no sólo enriquecimientos indebidos, sino paternalismos por demás innecesarios, permitiendo de esta forma un equilibrado desarrollo de la convivencia en diversos aspectos.
2. Se recomienda al Poder Legislativo, modificar el artículo 326° del Código Civil en los términos señalados en el capítulo IV del presente trabajo de investigación, a fin que se reconozca a los convivientes el derecho de opción del régimen patrimonial al que deseen adherir su unión de hecho.
3. Se recomienda a los docentes universitarios de las facultades de derecho, que impartan cátedra incidiendo en las instituciones jurídicas del derecho de familia, en especial de las uniones de hecho a fin que los estudiantes puedan identificar posibles problemas en la protección jurídica de los derechos de los convivientes y lograr a través de sus investigaciones posibles sugerencias de protección de los mismos.
4. Se recomienda a los estudiantes de post grado de la línea de derecho, que tomen en cuenta la propuesta normativa desarrollada en el presente trabajo de investigación, a fin de seguir en el estudio de la misma, y proponer nuevas formas de protección legal de las uniones de hecho teniendo como fundamento que es una forma más de constituir familia.

## LISTA DE REFERENCIAS

### AUTORES

- Aguilar, B. (2015). Las uniones de hecho: Implicancias jurídicas y las resoluciones del Tribunal Constitucional. *Persona y Familia. Revista del Instituto de la familia*, p.11-25.
- Alegra, A. (2009). Reconocimiento judicial de la unión de hecho. *Blog de revista electrónica El Visir*. Recuperado de: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/registraralnotarial/2009/06/24/reconocimiento-judicial-de-la-union-de-hecho/>
- Alexy, R. (1997). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- Amado, E. (2013). La unión de hecho y el reconocimiento de derechos sucesorios según el derecho civil peruano. *Vox Juris*, p.121-156. Recuperado de <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/viewFile/51/52>
- Anciburo, A., Cieza, D., Día, F., Marcelo, J. y Montenegro, E. (2007). *El régimen patrimonial en las uniones de hecho*. Lima: Universidad San Martín de Porres.
- Arias, M.(1997) *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Lima: Gaceta Jurídica Editores.
- Barili, P. (1984). *Diritti dell uomoe Libertd, Fundamnetali*. Bolonia: Il Mulino.
- Bilbao, Juan y Rey, F. (1993). El principio Constitucional de Igualdad en la Jurisprudencia Constitucional Española. *BOBBIO, Norberto. Igualdad y libertad*. p. 53-54.
- Bobbio, N. (1993). *Igualdad y libertad*.

- Carbonell, M. (2003). El principio de Igualdad Constitucional. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos. Recuperado de [https://issuu.com/danielalarcon6/docs/jur\\_2](https://issuu.com/danielalarcon6/docs/jur_2)
- Carbonell, M. (2004). Los Derechos Fundamentales en México. México: UNAM-Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Castro, E. (2014). Análisis Legal y Jurisprudencial de la Unión de Hecho. Lima: Fondo Editoril Academia de la Magistratura.
- Celis, D. (2016). Propuesta para Proteger los Bienes Inmuebles de la Unión de Hecho Impropia en el Perú (Tesis de maestría, Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo). Recuperado de <http://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/3584/TESIS%20MAESTRIA%20DANNY%20WILSON%20CELIS%20GUERRERO%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Chaname, R. (2012). Diccionario Jurídico Moderno (Octava ed.). Lima: Adrus.
- Chávez, M. (s.f). La Familia en el Derecho.
- Congreso Constituyente Democrático. (1993). Debate Constitucional - 1993. Lima: Congreso de la República del Perú.
- Cornejo, H. (1982). Derecho Familiar Peruano. Lima: Studium Editores.
- Cornejo, H. (1991). Derecho Familiar Peruano. Lima: Studium Editores.
- Dworkin, R. (1995). Los derechos en serio. Barcelona: Ariel.
- Espín, D. (1983). Protección a la familia. En: Comentarios a las Leyes Políticas. Tomo III. Madrid: Edersa
- Fernández, A. (1989). Derecho Natural. Introducción Filosófica al Derecho. Madrid: Areces S.A.
- Fernández, C. (1996). Daño al Proyecto de Vida. Tomo V. Lima.

- Fustamante, J. y García, M. (2010). Fundamentos del reconocimiento constitucional de los derechos hereditarios del concubino en equiparación al cónyuge. (Tesis de pregrado, Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, Perú). Recuperado de: [http://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/8289/FustamanteReyna\\_J%20-%20GarciaZavala\\_M.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/8289/FustamanteReyna_J%20-%20GarciaZavala_M.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- García, E. (1986). Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho. Madrid: Civitas.
- García, J. (1991). La Cláusula General de Igualdad. En: AA.VV. "Derecho Constitucional". Valencia.
- García, J. La Protección a la Familia. (1980). En: "El Régimen Constitucional Español". Editorial Labor: Madrid.
- Lagomarsino, C. y Salerno, M. (1994). Enciclopedia de Derecho de Familia . (Vol. III). Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- Lepin, C. (2014). Los Nuevos Principios del Derecho de Familia. *Revista Chilena de Derecho Privado*.
- Maldonado, R. (2014). Regular Taxativamente la Obligación Alimentaria en una Unión de Hecho Propio. Trujillo: Universidad Privada Antenor Orrego.
- Meléndez, F. (2015). Régimen de Separación de Patrimonios en las Uniones de Hecho Registradas en el Perú. Lima: Universidad Alas Peruanas.
- O'Donnel, Daniel. Ob. cit., p. 335). (...).
- Paradiso, M. (2013). La Juridicidad Intrínseca de las Relaciones Familiares. *Derecho de familia*. 18. p. 30-40.
- Perlingieri, P. (1972). Comentario a la Constitución Italiana.

- Petzold-Peruía, H. (1990). La igualdad como fundamento de los derechos de la persona humana, p. 211-212
- Plácido, Á. (2001). Manual de derecho de familia. Lima: Gaceta jurídica. Recuperado de: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ae7bc00046e11f139d709d44013c2be7/Medidas+Cautelares..pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ae7bc00046e11f139d709d44013c2be7>
- Plácido, Á. (2013). El Modelo Constitucional de Familia, La Orientación Sexual de los Padres y los Derechos del Hijo. *Vox Juris*. p. 45-80.
- Pérez, A. (1993). Los Derechos Fundamentales. Madrid: Tecnos. p. 20-22.
- Petzold-Peruía, H. (1990). La Igualdad como Fundamento de los Derechos de la Persona Humana. *En: "Anuario de Filosofía Jurídico Social"*. N° 10. p. 211-212.
- Puig, L. (2002). Constitución y Protección de la Familia. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*. p.177-191.
- Quiroz, (2018). Revista de Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional.
- Sánchez, Á. (2014). Concepto, Fundamentos y Evolución de los Derechos Fundamentales. *Revista de Filosofía*. p. 229- 237.
- Sánchez, M. (2000). Constitución y Parejas de Hecho. El Matrimonio y la Pluralidad de Estructuras Familiares.
- Valcuende del Río, J. (2006). De la Heterosexualidad a la Ciudadanía. *Antropología Iberoamericana*, p.125-142.
- Scheiber, M. & Schreiber, A. & Cárdenas, C. & Martínez, E. & Plácido, A. (2000). Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Lima: Gaceta Jurídica Editores.
- Varsi, E. (2011). Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y Uniones Estables. Lima: Gaceta Jurídica.

- Vega, Y. (2005). Ruptura del Concubinato y Reparación Civil. *Revista de Derecho PUCP*. (58). p. 131-171.
- Vega, Y. (2005). Unión de hecho. En W. Gutierrez, *La Constitución Comentada* (p. 392-400). Lima: Gaceta Jurídica.
- Vega Y. (2008). *Jurisprudencia Casatoria, Derecho Civil y Derecho Procesal Civil* (Vol. III). Lima: Moivensa Editora Jurídica.
- Victoria, C. (1988). Código Civil de 1852: Lo Nacional y lo Importado. *Revista Derecho PUCP*(42). p. 73-100.
- Zuta, E. (2018). La unión de hecho en el Perú, los derechos de sus integrantes y desafíos pendientes. *Revista ius et veritas*. (56). p.186-98.  
Recuperado de [revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/20298/20251](http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/20298/20251)

## **EXPEDIENTES**

- Tribunal Constitucional. Exp. N° 06572-2006-PA/TC (6 de noviembre de 2007).
- Tribunal Constitucional. Exp. N° 09708-2006-PA/TC (11 de enero de 2007).
- Tribunal Constitucional. STC Expediente N° 06572-2006-PA/TC.
- Tribunal Constitucional. STC Exp. N° 1399-2001-A/TC.
- Tribunal Constitucional. STC Exp. N° 0261-2003-AI/TC.
- Tribunal Constitucional. STC Exp. N° 0048-2004-AI/TC.
- Tribunal Constitucional. STC. Exp. N° 1975-2002-AA/TC.
- Tribunal Constitucional. STC Exp. N° 2050-2002-AA/TC.
- Tribunal Constitucional. STC Exp. N° 0018-2003-AI/TC.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia N°198-2012 (6 de noviembre de 2012). Recuperado de [revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/17170/17460](http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/17170/17460)

### **LEYES Y PROYECTOS DE LEY**

Ley N° 30007 de 2013. Ley que modifica los artículos 326, 724, 816 y 2030 del Código Civil y los artículos 35, 38 y el inciso 4 del artículo 39 de la ley 26662, a fin de reconocer derechos sucesorios entre los miembros de uniones de hecho. Abril 17 de 2013 en el diario oficial “El Peruano”.

Proyecto de Ley N° 2077/2017-CR, Ley que modifica el artículo 326° del Código Civil y el artículo 46° de la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos no Contenciosos.

Proyecto de Ley N° 5025/2015-CR, proyecto que modifica el artículo 326 del código civil y el artículo 46 de la ley 26662, ley de competencia notarial en asuntos no contenciosos, e incorpora el artículo 52-A a la ley de competencia notarial en asuntos no contenciosos.

### **PÁGINAS DE INTERNET**

Blog de PUC. (2008)

[Phttp://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/06/16/consideraciones-juridicas-sobre-la-union-de-hecho/](http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/06/16/consideraciones-juridicas-sobre-la-union-de-hecho/)

Derecho y cambio social. (s.f).

[http://www.derechoycambiosocial.com/revista033/UNIONES\\_DE\\_HECHO\\_EN\\_SEDE\\_REGISTRAL.pdf](http://www.derechoycambiosocial.com/revista033/UNIONES_DE_HECHO_EN_SEDE_REGISTRAL.pdf)

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (2013). Sobre el Plan Nacional de Fortalecimiento a las Familias 2013-2021. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/2967AF-FDEF7139B305257BF100776524/\\$FILE/plan-nacional-fortalecimiento-familias-2013-2021.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/2967AF-FDEF7139B305257BF100776524/$FILE/plan-nacional-fortalecimiento-familias-2013-2021.pdf)

Organización Mundial de la Salud. (13 de abril de 2018). Familia. Recuperado de <http://www.medicosfamiliares.com/familia/definicion-de-familia.html>.

Real Academia Española (2014). Familia. Recuperado de <https://dle.rae.es/?id=HZnZiow>

SPIJ. (s.f.)

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/9b13298046e11f009d449d44013c2be7/La+uni%C3%B3n+de+hecho.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=9b13298046e11f009d449d44013c2be7>

[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0716-54552001002300016](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552001002300016).

<http://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/3584/TESIS%20MAESTRIA%20DANNY%20WILSON%20CELIS%20GUERRERO%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

[http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/805/1/MALDONADO\\_RENZO\\_OBLIGACION\\_ALIMENTARIA\\_HECHO%20PROPIO.pdf](http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/805/1/MALDONADO_RENZO_OBLIGACION_ALIMENTARIA_HECHO%20PROPIO.pdf)

[http://www.comparazonedirittocivile.it/prova/files/gonzales\\_derecho.pdf](http://www.comparazonedirittocivile.it/prova/files/gonzales_derecho.pdf)

## **REVISTAS**

Castro, E. (2014). Análisis legal y jurisprudencial de la unión de hecho. Lima: Fondo Editorial. Recuperado de <https://legis.pe/wp-content/uploads/2017/Descarga-en-PDF-“Análisis-elga-jurisprudencial-de-la-unión-de-hecho”.pdf>

La Constitución Comentada. (2006). Análisis artículo por artículo, Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.

## **ANEXOS**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 09708-2006-PA/TC  
LIMA  
LUZ SOFÍA BACA SOTO

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 11 días del mes de enero de 2007, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Gonzales Ojeda, García Toma y Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia

#### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Luz Sofía Baca Soto contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 205, su fecha 20 de julio de 2006, que declara infundada la demanda de autos.

#### ANTECEDENTES

Con fecha 11 de marzo de 2005, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Educación, solicitando que se le otorgue pensión de viudez conforme al Decreto Ley N.º 20530. Manifiesta que, habiendo sido declarada judicialmente su unión de hecho con su difunto conviviente, tiene derecho a una pensión de viudez conforme al Decreto Ley N.º 20530.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Educación propone la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa y contesta la demanda manifestando que si bien es cierto que la unión de hecho de la demandante ha sido declarada judicialmente, para tener derecho a una pensión de viudez conforme al inciso a), del artículo 32.º del Decreto Ley N. 20530 se requiere ser la cónyuge sobreviviente del causante y no la conviviente.

El Trigésimo Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 18 de agosto de 2005, declara infundada la excepción propuesta y fundada la demanda, por considerar que al haberse declarado judicialmente la unión de hecho de la demandante con su conviviente difunto se han producido los mismos efectos del matrimonio, por lo que al haber fallecido su conviviente tiene derecho a una pensión de viudez conforme al Decreto Ley N.º 20530.

La recurrida, revocando la apelada, declara infundada la demanda, por estimar que el Decreto Ley N.º 20530 establece que sólo tienen derecho a la pensión de viudez la cónyuge sobreviviente del causante y no la conviviente.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### FUNDAMENTOS

1. De conformidad con el artículo 5° de la Constitución de 1993 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 326 del Código Civil, que constituye dentro del sistema jurídico nacional la norma de desarrollo y que hace operativa la Constitución vigente, que contiene la misma disposición constitucional vigente, determina que la unión de hecho debe estar destinada a cumplir deberes semejantes a los del matrimonio. Es decir, de varón y mujer como pareja teniendo entre ellos consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales obligados al sostenimiento del hogar que han formado con la obligación mutua a la alimentación, la fidelidad, la asistencia y que haya durado cuando menos dos años.

#### Delimitación del petitorio

2. La demandante solicita que se le otorgue pensión de viudez conforme al Decreto Ley N.º 20530. Alega que la unión de hecho que conformaba con su causante fue reconocida judicialmente, por lo que tiene derecho a percibir una pensión de viudez. En consecuencia, la pretensión de la recurrente está comprendida en el supuesto previsto en el fundamento 37.d) de la citada sentencia, motivo por el cual corresponde analizar el fondo de la cuestión controvertida.

#### Análisis de la controversia

3. Doña Luz Sofía Baca Soto, en el Proceso Judicial seguido ante el 9º Juzgado de la Familia sobre Declaración de Unión de Hecho obtuvo la Sentencia de 31 de octubre de 2002, que declaró fundada su demanda y reconoce la unión de hecho entre ella y el que fuera en vida don Mario Cama Miranda.
4. Asimismo, en el Proceso sobre Sucesión Intestada del que fue Mario Cama Miranda seguido por doña Luz Sofía Baca Soto, en la Sentencia de 24 de octubre de 2003 declaró a la demandante única heredera del causante.
5. Con dichos fundamentos jurisdiccionales y sustento del artículo 5 de la Constitución de 1993 y el artículo 326 del Código Civil, ha solicitado se le otorgue, el Ministerio de Educación, su pensión de viudez en su calidad de esposa conviviente de que en vida fuera Mario Cama Miranda, quien falleció el 6 de junio de 2000 y tenía la calidad de cesante del Ministerio de Educación.
6. Tanto la norma del artículo 5° de la Constitución como el artículo 326 del Código Civil, el reconocimiento de Unión de Hecho da a lugar la comunidad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, pero además la pareja se comportan como cónyuges asumiendo finalidades, obligaciones y



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

deberes semejantes a los del matrimonio y en el caso presente, el que fuera Mario Cama Miranda era la persona quien tenía a su cargo el mantenimiento del hogar y al fallecimiento de él, las declaraciones jurisdiccionales de Unión de Hecho y única heredera se ha establecido que doña Luz Sofía Baca Soto ha adquirido todos los derechos que como cónyuge le corresponde y la declaración de la Unión de Hecho sustituye a la Partida de Matrimonio; en tal razón le corresponde la pensión de viudez, además de considerar que las pensiones tienen la calidad de bienes que integran la sociedad de gananciales porque sirven para el sustento de de la familia y al fallecimiento del causante se reconoce a la viuda una pensión.

7. Por lo tanto, conforme con lo expuesto en los fundamentos precedentes, doña Luz Sofía Baca Soto, tiene derecho de percibir pensión de viudez al haberse reconocido la Unión de Hecho con don Mario Cama Miranda; por lo que la demanda debe ser estimada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

**HA RESUELTO**

Declarar **FUNDADA** la demanda y se ordena que el Ministerio de Educación pague la pensión de viudez que le corresponde a doña Luz Sofía Baca Soto.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**GONZALES OJEDA  
GARCÍA TOMA  
VERGARA GOTELLI**

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneira  
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 09332-2006-PA/TC  
LIMA  
REYNALDO ARMANDO SHOLS PÉREZ

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 30 días del mes de noviembre de 2007, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

#### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Reynaldo Armando Shols Pérez contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 273, su fecha 3 de agosto de 2006, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

#### ANTECEDENTES

Con fecha 23 de setiembre de 2003, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Centro Naval del Perú, solicitando que se le otorgue a su hijastra, Lidia Lorena Alejandra Arana Moscoso, el carné familiar en calidad de hija y no un pase de invitada especial, por cuanto constituye una actitud discriminatoria y de vejación hacia el actor en su condición de socio, afectándose con ello su derecho a la igualdad.

Manifiesta que durante los últimos años la emplazada otorgó, sin ningún inconveniente, el carné familiar a los hijastros considerándolos como hijos, sin embargo mediante un proceso de recarnetización, que comprende a los socios y a sus familiares, se efectuó la entrega de los mismos solamente al titular, esposa e hija; denegándose la entrega de este a su hijastra, no siendo considerada como hija del socio.

La emplazada contesta la demanda argumentando que en estricto cumplimiento del Acuerdo N.º 05-02 de la sesión del Comité Directivo del Centro Naval del Perú, de fecha 13 de junio de 2002, se aprobó otorgar el pase de invitado especial válido por un año, renovable hasta los 25 años, a los hijastros de los socios, y que en consecuencia, no se puede otorgar a la hijastra del demandante un carné de hija del socio, por no tener esta calidad, de acuerdo a lo expuesto en el Código Civil y las Normas Estatutarias.

El Primer Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 20 de marzo de 2006, declara infundada la demanda, estimando que el estatuto del Centro Naval del Perú en su artículo 23 no regula la situación de los hijastros, en consecuencia, no existe discriminación alguna porque el actor no tiene derecho a que su hijastra tenga carné familiar como hija del socio.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La recurrida, revocando la apelada, declara improcedente la demanda, considerando que es la referida hijastra quien se encuentra afectada con la negativa del demandado de otorgar el carné familiar, por lo que para su representación legal se deberán considerar las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela; que siendo ello así, se aprecia que el recurrente no es padre ni representante legal de la menor, y que alegar que está a cargo de su hijastra, no implica la acreditación de su legitimidad para obrar.

**FUNDAMENTOS**

1. El objeto de la presente demanda es que se le otorgue carné familiar a la hijastra del actor, cesando con ello la discriminación a la cual ha sido sujeto en su calidad de socio. En efecto, en la demanda se ha argumentado que el hecho de que la Administración se niegue a entregar un carné familiar a su hijastra contraviene el derecho a la igualdad del actor puesto que, según el recurrente, existen otros miembros de la Asociación a cuyos hijastros sí se les ha hecho entrega del carné familiar, reconociéndoles en el fondo los mismos derechos que a un hijo.
2. Los hechos del caso, no obstante, plantean cuestiones de suma relevancia como son los límites de la autoorganización de las asociaciones recreativas frente a la problemática de lo que en doctrina se ha denominado *familias ensambladas*, *familias reconstituidas* o *reconstruidas*. Es por ello que a fin de dilucidar la presente acción, se tendrá que superar el vacío que se observa en la legislación nacional sobre la materia.

**§ Legitimidad del demandante**

3. Antes de entrar a analizar tales temas, deben subsanarse los vicios procesales en los que ha incurrido el *ad quem* respecto de la legitimidad del demandante. Es claro que el recurrente, al ser socio titular de la Asociación, goza de ciertos derechos y obligaciones. Entre los derechos se encuentra el de solicitar carnés para su cónyuge e hijos. En tal sentido, comprende el actor que al denegársele el carné solicitado para su hijastra, cuando a otros socios sí se les ha hecho entrega de carné para sus hijastros, se materializa un trato diferenciado que no es sostenible bajo ningún criterio razonable. Es aquí donde claramente se aprecia el hecho generador de la supuesta lesión del actor, verificándose con ello la legitimidad para obrar del demandante.

**§ Modelo constitucional de Familia**

4. El artículo 4.º de la Constitución reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad. Es por ello que obliga al Estado y a la comunidad a prestarle protección. Por su parte, el artículo 16.º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil tienen derecho –sin restricción motivada en la raza, nacionalidad o religión–



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

a casarse y a fundar una familia, agregando que esta es un elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que “tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

5. El Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 23.º que la “familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad”, debiendo ser protegida de las posibles injerencias lesivas del Estado y la sociedad. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) dispone en su artículo 17.º que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”, e indica que el derecho a fundar familia se ejercerá siempre que se cumplan con las condiciones requeridas para ello, de acuerdo con las leyes internas que regulan la materia.
6. La acepción común del término *familia* lleva a que se le reconozca como aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo. Tradicionalmente, con ello se pretendía englobar a la familia nuclear, conformada por los padres y los hijos, que se encontraban bajo la autoridad de aquellos. Así, desde una perspectiva jurídica tradicional la familia “está formada por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco”.<sup>1</sup>
7. Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho<sup>2</sup>, las monopaterneales o las que en doctrina se han denominado *familias reconstituidas*.

**§ Las Familias Reconstituidas**

8. En realidad no existe un acuerdo en doctrina sobre el *nomen iuris* de esta organización familiar, utilizándose diversas denominaciones tales como familias ensambladas, reconstruidas, reconstituidas, recompuestas, familias de segundas

<sup>1</sup> BOSSERT, Gustavo A. y Eduardo A. ZANNONI, *Manual de derecho de familia*. 4.ª, ed., Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 6.

<sup>2</sup> Así lo ha explicitado este Tribunal en la sentencia del Expediente N.º 03605-2005-AA/TC, fundamento 3, cuanto indica; “Y pese a la promoción del instituto del matrimonio, se ha llegado a constitucionalizar una situación fáctica muy concurrente en el país pues existen familias que están organizadas de hecho, sin haberse casado civilmente”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

nupcias o familiastras.<sup>3</sup> Son familias que se conforman a partir de la viudez o el divorcio. Esta nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso. Así, la *familia ensamblada* puede definirse como “la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa”.<sup>4</sup>

9. Por su propia configuración estas familias tienen una dinámica diferente, presentándose una problemática que tiene diversas aristas, como son los vínculos, deberes y derechos entre los integrantes de la familia reconstituida, tema de especial relevancia en el presente caso, por lo que se procederá a revisarlo.
10. Las relaciones entre padrastros o madrastras y los hijastros/as deben ser observadas de acuerdo con los matices que el propio contexto impone. Por ejemplo, del artículo 237.º del Código Civil (CC), se infiere que entre ellos se genera un parentesco por afinidad, lo que, de por sí, conlleva un efecto tan relevante como es el impedimento matrimonial (artículo 242.º del CC). Es de indicar que la situación jurídica del hijastro no ha sido tratada por el ordenamiento jurídico nacional de forma explícita, ni tampoco ha sido recogida por la jurisprudencia nacional.
11. No obstante, sobre la base de lo expuesto queda establecido que el hijastro forma parte de esta nueva estructura familiar, con eventuales derechos y deberes especiales, no obstante la patria potestad de los padres biológicos. No reconocer ello traería aparejada una afectación a la identidad de este nuevo núcleo familiar, lo que de hecho contraría lo dispuesto en la carta fundamental respecto de la protección que merece la familia como instituto jurídico constitucionalmente garantizado.
12. Desde luego, la relación entre los padres afines y el hijastro tendrá que guardar ciertas características, tales como las de habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento. Es decir, tiene que reconocerse una identidad familiar autónoma, sobre todo si se trata de menores de edad que dependen económicamente del padre o madre afín. De otro lado, si es que el padre o la madre biológica se encuentran con vida, cumpliendo con sus deberes inherentes, ello no implicará de ninguna manera la pérdida de la patria potestad suspendida.
13. Tomando en cuenta todo ello es de interés recordar lo expuesto en el tercer párrafo del artículo 6.º de la Constitución, que establece la igualdad de deberes y derechos de todos los hijos, prohibiendo toda mención sobre el estado civil de los padres o la naturaleza de la filiación en los registros civiles o en cualquier otro documento de

<sup>3</sup> DOMÍNGUEZ, Andrés Gil, et ál. *Derecho constitucional de familia*. 1ed. Tomo I, Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 183.

<sup>4</sup> RAMOS CABANELLAS, Beatriz. “Regulación legal de la denominada familia ensamblada” *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Uruguay, 2006, p. 192.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

identidad. Surge frente a ello la interrogante de si, bajo las características previamente anotadas, es factible diferenciar entre hijastro e hijos.

14. Este Tribunal estima que en contextos en donde el hijastro o la hijastra se han asimilado debidamente al nuevo núcleo familiar, tal diferenciación deviene en arbitraria y contraria a los postulados constitucionales que obligan al Estado y a la comunidad a proteger a la familia. En efecto, tal como se ha expuesto, tanto el padrastro como el hijo afín, juntamente con los demás miembros de la nueva organización familiar, pasan a configurar una nueva identidad familiar. Cabe anotar que por las propias experiencias vividas por los integrantes de este nuevo núcleo familiar –divorcio o fallecimiento de uno de los progenitores– la nueva identidad familiar resulta ser más frágil y difícil de materializar. Es por ello que realizar una comparación entre el hijo afín y los hijos debilita la institución familiar, lo cual atenta contra lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución, según el cual la comunidad y el Estado protegen a la familia.

**§ Libertad de asociación y límites a su autonomía de autorregulación**

15. Frente a ello se encuentra la libertad de asociación, recogida en el artículo 2.º inciso 13, de la Constitución, que reconoce el derecho a toda persona a “asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser resueltas por resolución administrativa.”

16. Como ya lo ha anotado este Tribunal, tal libertad se erige como una manifestación de la libertad dentro de la vida coexistencial, protegiendo el que grupos de personas que comparten similares intereses para la realización de una meta común, puedan asociarse a fin de concretar estas. Tal derecho se sustenta en principios como el de autonomía de la voluntad, el de autoorganización y el de principio de fin altruista, a partir de los cuales se configura su contenido esencial, el que se encuentra constituido por: “a) el *derecho de asociarse*, entendiendo por tal la libertad de la persona para constituir asociaciones, así como la posibilidad de pertenecer libremente a aquellas ya constituidas, desarrollando las actividades necesarias en orden al logro de los fines propios de las mismas; b) el *derecho de no asociarse*, esto es, el derecho de que nadie sea obligado a formar parte de una asociación o a dejar de pertenecer a ella, y c) la *facultad de autoorganización*, es decir, la posibilidad de que la asociación se dote de su propia organización” (Expediente 4242-2004-PA/TC, fundamento 5).

17. Evidentemente tal libertad tiene límites. El disfrute de esta libertad puede ceder frente a imperativos constitucionales, como lo son otros derechos fundamentales y otros bienes constitucionales. En el caso de autos, interesa cuestionar los límites de la facultad de autoorganizarse, la que se ve reflejada en la posibilidad de que la directiva de la Asociación regule sus propias actividades. Desde luego, aquella regulación no puede contravenir el ordenamiento jurídico, ya que esta libertad se



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ejercita dentro de un espacio constitucional en el que se conjugan otros valores y bienes fundamentales.

§ Análisis del caso en concreto

18. En los casos en donde se alega un trato desigual, este Tribunal ha establecido que es el demandante el encargado de acreditar tal desigualdad. El recurrente, sin embargo, no ha presentado medio probatorio por medio del que demuestre el referido trato desigual. Es decir, no ha acreditado fehacientemente que existan hijastras de otros socios a las que se les reconozca y trate de manera similar a una hija.
19. No obstante ello, deben tomarse en cuenta otros aspectos, como los referidos en la presente sentencia, cuales son la protección de la familia y el derecho a fundarla. Esto último no puede agotarse en el mero hecho de poder contraer matrimonio, sino en el de tutelar tal organización familiar, protegiéndola de posibles daños y amenazas, provenientes no solo del Estado sino también de la comunidad y de los particulares. Tal facultad ha sido reconocida por tratados internacionales de derechos humanos, referidos en los fundamentos precedentes (*supra* 4 y 5), los que han pasado a formar parte del derecho nacional, de conformidad con el artículo 55 de la Constitución.
20. En tal sentido, es el derecho a fundar una familia y a su protección el que se encuentra bajo discusión, por lo que de conformidad con el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que obliga al juez a aplicar el derecho que corresponda aun cuando no haya sido invocado por las partes, se emitirá pronunciamiento tomando en cuenta ello.
21. De autos se aprecia el Acta de Matrimonio de fecha 3 de setiembre de 1999, por medio del cual se acredita la unión matrimonial entre el recurrente, don Reynaldo Armando Shols Pérez, y doña María Yolanda Moscoso García. Tal es el segundo matrimonio de cada uno de los cónyuges, por lo que se ha originado una nueva organización familiar, conformada por estos, por un hijo nacido al interior del nuevo matrimonio y la hija de la cónyugem fruto del anterior compromiso matrimonial.
22. Por su parte la propia demandada afirma que la diferenciación se efectuó tomando en cuenta la calidad de hijastra de Lidia Lorena Alejandra Arana Moscoso. Es más, este tipo de distinción es luego regulada por lo decidido en el Comité Directivo del Centro Naval del Perú, mediante Acta N.º 05-02, de fecha 13 de junio de 2002, por la que se aprueba otorgar pase de "invitado especial" válido por un año hasta los 25 años de edad a los "hijos (hijastros) de los socios que proceden de un nuevo compromiso" (fojas 191). Por su parte, el Estatuto del 2007 de la Asociación establece en su artículo 47 que los asociados podrán solicitar la expedición del Carné de Familiar de Asociado a favor de su "cónyuge, hijas e hijos solteros hasta



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

veinticinco (25) años de edad, hijas e hijos discapacitados”.<sup>5</sup>

23. A la luz de lo expuesto sobre la tutela especial que merece la familia –más aún cuando se trata de familias reconstituidas en donde la identidad familiar es muchos más frágil debido a las propias circunstancias en la que estas aparecen–, la diferenciación de trato entre los hijastros y los hijos deviene en arbitraria. Así, de los actuados se infiere que existe una relación estable, pública y de reconocimiento, que determina el reconocimiento de este núcleo familiar, al que evidentemente pertenece la hijastra. En tal sentido, si bien la Asociación argumenta que la medida diferenciadora se sustentó en la normativa interna de la Asociación, emitida en virtud de la facultad de autoorganizarse, esta regla colisiona con el derecho a fundar una familia y a su protección.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

**HA RESUELTO**

Declarar **FUNDADA** la demanda, debiendo reponerse las cosas al estado anterior a la afectación producida por la Asociación. Por consiguiente, ordena a la demandada que no realice distinción alguna entre el trato que reciben los hijos del demandante y su hijastra.

Publíquese y notifíquese

SS.

**LANDA ARROYO  
BEAUMONT CALLIRGOS  
ETO CRUZ**

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneira  
SECRETARIO RELATOR (F)

<sup>5</sup> Consultado en la página web de la Asociación. <[www.centronaval.org.pe/estatus.html](http://www.centronaval.org.pe/estatus.html)>



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06572-2006-PA/TC  
PIURA  
JANET ROSAS DOMINGUEZ

*facie*, las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, en la medida en que el acceso a las prestaciones pensionarias sí forma parte de él, son susceptibles de protección a través del amparo los supuestos en que se deniegue una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplirse los requisitos legales.

**§ Delimitación del petitorio y de la cuestión constitucional suscitada**

2. En el presente caso, la demandante solicita que se le otorgue una pensión de viudez, conforme con el Decreto Ley N.º 19990, alegando tener una declaración judicial de unión de hecho con quien fue su conviviente don Frank Francisco Mendoza Chang, ahora fallecido.
3. El problema a dilucidar en este caso es si procede reconocer la pensión de sobrevivientes a la pareja de hecho supérstite. Ello implica determinar si es que a pesar de la omisión expresa del Decreto Ley N.º 19990, procede el reconocimiento de tal beneficio a las parejas de hecho.
4. Debe recordarse que los pronunciamientos sobre la pensión de viudez entre parejas de hecho ha merecido la atención de este Tribunal Constitucional. Si bien en un principio tal posibilidad se encontraba implícita<sup>1</sup>, por medio de otra sentencia se rechazó tal supuesto<sup>2</sup>, aceptándose luego tal hipótesis<sup>3</sup>.

Así, en la sentencia del Expediente 02719-2005-PA/TC, este Colegiado desestimó la demanda interpuesta por la conviviente supérstite, que solicitaba una pensión de viudez, argumentando que el causante no había cumplido con la edad requerida para obtener una pensión de jubilación por lo que tampoco se había generado el derecho a la pensión de viudez. Por su parte, en la sentencia del Expediente 03605-2005-PA/TC se argumentó que; i) Puesto que la Norma Fundamental quiere favorecer el matrimonio, al ser este presentado como una institución constitucional, no es posible tratar igual al matrimonio y a las uniones de hecho; ii) Si no se puede obligar a nadie a casarse, tampoco se puede obligar a los integrantes de la unión de hecho a asumir los efectos previsionales propios del matrimonio; iii) Solo podrían generarse derechos pensionarios entre las parejas de hecho si la norma específica así lo dispone; iv) La Norma constitucional reconoce la relación concubinaria para efectos sólo de naturaleza patrimonial mas no se incluye dentro de él efectos de carácter personal, como son el derecho alimentario y el de carácter pensionario.

<sup>1</sup> Sentencia del Expediente 02719-2005-PA/TC.

<sup>2</sup> Sentencia del Expediente 03605-2005-PA/TC.

<sup>3</sup> Sentencia del Expediente 09708-2006-PA/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06572-2006-PA/TC  
PIURA  
JANET ROSAS DOMINGUEZ

Por último, en la sentencia recaída en el Expediente 09708-2006-PA/TC se esgrimió que de acuerdo al artículo 5º de la Constitución así como el artículo 326 del Código Civil (CC), la unión de hecho daba lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, pero 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. Se consideró además que las pensiones tenían la calidad de bienes que integran la sociedad de gananciales porque sirven para el sustento de la familia.

En vista de lo expuesto, a continuación se procederá a confirmar el criterio ya asumido por este Colegiado, argumentando de manera más profunda tal posición.

**§ Tutela de la Familia en el Estado Democrático y Social de Derecho y pluralidad de estructuras familiares**

5. Fue el constitucionalismo de inicios del siglo XX el que por primera vez otorgó a la familia un lugar en las normas fundamentales de los Estados. Precisamente fue la Constitución de Weimar (1919) en donde se reconoció expresamente el rol protector del Estado para con la Familia<sup>4</sup>. Sin embargo, es de precisar que en aquella época se identificaba al matrimonio como único elemento creador de familia. Se trataba pues de un modelo de familia matrimonial, tradicional y nuclear, en donde el varón era “cabeza de familia” dedicado a cubrir los gastos familiares y la mujer realizaba necesariamente las labores del hogar. Dentro de esta tendencia de reconocimiento de protección de la familia, constituciones posteriores a la segunda guerra mundial fueron recogiendo dicha institución, conceptuándola en muchos casos de manera muy similar.
6. A nivel de la región, los constituyentes se han referido a la familia como “núcleo fundamental de la sociedad”<sup>5</sup>, “elemento natural y fundamento de la sociedad”<sup>6</sup>, “fundamento de la sociedad”<sup>7</sup>, “asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas”<sup>8</sup>, “base de la sociedad”<sup>9</sup>,

<sup>4</sup> El artículo 119 de dicha Constitución indicaba: “El matrimonio como fundamento de la vida de la familia, de la conservación y del crecimiento de la nación se pone bajo la protección especial de la Constitución.”

<sup>5</sup> Artículo 42.º de la Constitución de Colombia y artículo 1 de la Constitución de Chile.

<sup>6</sup> Artículo 51.º de la Constitución de Costa Rica.

<sup>7</sup> Artículo 49.º de la Constitución de Paraguay; “La familia es el fundamento de la sociedad. Se promoverá y se garantizará su protección integral. Esta incluye a la unión estable del hombre y de la mujer, a los hijos y a la comunidad que se constituya con cualquiera de sus progenitores y sus descendientes.”

<sup>8</sup> Artículo 75.º de la Constitución de Venezuela.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06572-2006-PA/TC  
PIURA  
JANET ROSAS DOMINGUEZ

“célula fundamental de la sociedad”<sup>10</sup>, por citar algunos. Por su parte, el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) conceptúa a la familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad”, sujeta a la protección del Estado y la sociedad. Conviene tener presente también, que el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el 23 del PIDCP establecen que la familia debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

7. En el caso peruano, es la Constitución de 1933 la que por primera vez dispone, de manera expresa, la tutela de la familia. En su artículo 53 indicaba que “El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley.” La Constitución de 1979, por su lado, preceptuaba la protección que el Estado le debía a la familia que era referida como una “sociedad natural y una institución fundamental de la Nación”. Mientras que la Constitución vigente, dispone la protección de la familia, reconociéndola como un instituto natural y fundamental de la sociedad. En virtud de ello, la carta fundamental consagra una serie de mandatos que buscan dotar al instituto de protección constitucional adecuada. Así se tutela la intimidad familiar (artículo 2, inciso 7) y la salud del medio familiar (artículo 7). Ello se vincula a su vez, con lo establecido en el artículo 24, que establece el derecho que tiene el trabajador de contar con ingresos que le permitan garantizar el bienestar suyo y de su familia. De igual manera tendrá que ser apreciado el artículo 13.º que impone el deber de los padres de familia de educar a sus hijos y elegir el centro de educación.
8. A pesar de esta gama de principios tendentes a la tutela integral de la familia, el texto constitucional no abona en definir el concepto. Es claro entonces, que el texto constitucional no pretendió reconocer un modelo específico de familia. Por consiguiente, el instituto de la familia no debe relacionarse necesariamente con el matrimonio, como ocurría con el Código Civil de 1936, que manifestaba tal tendencia con la inconstitucional diferenciación de hijos “legítimos” y “no legítimos”
9. La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha reconocido la amplitud del concepto de familia, además de sus diversos tipos<sup>11</sup>. Ello es de suma

<sup>9</sup> Artículo 45.º de la Constitución de Uruguay.

<sup>10</sup> Artículo 39.º de la Constitución de Cuba.

<sup>11</sup> Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Protección de la familia, derecho al matrimonio e igualdad de los esposos (art. 23)*. 27/07/90, *Observación General 19*. En el documento se indica; “En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Partes deberían también indicar en qué



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06572-2006-PA/TC  
PIURA  
JANET ROSAS DOMINGUEZ

relevancia por cuanto la realidad ha venido imponiendo distintas perspectivas sobre el concepto de familia. Los cambios sociales generados a lo largo del siglo XX han puesto el concepto tradicional de familia en una situación de tensión. Y es que al ser éste un instituto ético-social, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Por lo tanto, hechos como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional como son las surgidas de las uniones de hecho<sup>12</sup>, las monopaternales<sup>13</sup> o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas<sup>14</sup>.

10. Bajo esta perspectiva la familia no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se materialice la dimensión generativa o de procreación únicamente. Por cierto, la familia también es la encargada de transmitir valores éticos, cívicos y culturales. En tal sentido, “su unidad hace de ella un espacio fundamental para el desarrollo integral de cada uno de sus miembros, la transmisión de valores, conocimientos, tradiciones culturales y lugar de encuentro intra e intergeneracional”, es pues, “agente primordial del desarrollo social”.<sup>15</sup>
11. De lo expuesto hasta el momento se deduce que, sin importar el tipo de familia ante la que se esté, ésta 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 una gran cantidad de familias extramatrimoniales. Es decir, se comprende que el instituto familia trasciende al del matrimonio, pudiendo darse la situación de que extinguido este persista aquella. Esto no significa que el Estado no cumpla con la obligación de

medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros.”

<sup>12</sup> Así lo ha explicitado este Tribunal en la sentencia del Expediente N.º 03605-2005-AA/TC, fundamento 3, cuanto indica; “Y pese a la promoción del instituto del matrimonio, se ha llegado a constitucionalizar una situación fáctica muy concurrente en el país pues existen familias que están organizadas de hecho, sin haberse casado civilmente.”

<sup>13</sup> Reconocida por la Constitución Brasileira de 1988, art. 226, numeral 4, que explica: “Se considera, también, como entidad familiar la comunidad formada por cualquier de los padres y sus descendientes.” *Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.*

<sup>14</sup> Ver sentencia del expediente N.º 9332-2006-AA/TC.

<sup>15</sup> *Plan Nacional de Apoyo a la Familia 2004-2011*, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 004-2005-MIMDES. p. 16.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06572-2006-PA/TC  
PIURA  
JANET ROSAS DOMINGUEZ

la Constitución en cuanto promover la familia matrimonial, que suponen mayor estabilidad y seguridad de los hijos.

#### § Unión *more uxorio* (Unión de hecho)

12. Como es conocido, tradicionalmente la unión de hecho -también denominada concubinato o unión extramatrimonial- concitaba una percepción negativa y de rechazo por parte de cierto sector de la sociedad, concibiéndola como una forma de vida inmoral, situación que no se condecía con la realidad, tradiciones y cultura de otro gran sector de la sociedad peruana. Reflejo de ello era la ausencia del reconocimiento de efectos legales a este tipo de uniones. No obstante, el incremento de las prácticas convivenciales y la mayor secularización de la sociedad y del Estado (y su legislación) fue imponiendo un contexto a partir del cual se comenzaron a plantear respuestas -primero jurisprudencialmente y luego a nivel Constitucional- a esta realidad social. Así, la Constitución de 1979 reconoce por primera vez a nivel constitucional la unión de hecho. En la constituyente, se argumentó que tal incorporación se debió al reconocimiento de una realidad social que involucraba a un gran número de peruanas y peruanos. De otro lado, se anotó que al momento de la separación de las uniones libres se presentaban situaciones inicuas. Y es que en muchas ocasiones una de las partes -en su mayoría el varón- terminaba por apoderarse de los bienes adquiridos por la pareja durante la convivencia<sup>16</sup>. Si bien, tal problemática ya había merecido la atención del órgano jurisdiccional, entendiendo que se estaba frente a un enriquecimiento ilícito, el constituyente de 1979 optó por reconocer ésta figura a fin de brindar una solución a tal problemática. Razones similares justificaron que el constituyente de 1993 mantuviera la unión de hecho, por lo que se recogió en la Constitución vigente sin mayores modificaciones. Con este reconocimiento constitucional se legitiman y se salvaguarda la dignidad de aquellas personas que habían optado por la convivencia. Asimismo pasan a ser considerados familia, por consiguiente merecedora de la protección del Estado.

13. Pero esta constitucionalización de la entidad, también implica el reconocer ciertos efectos jurídicos entre quienes conforman la unión de hecho. Si bien 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, no es menos cierto que el Estado puede intervenir y regular conductas a fin de evitar situaciones no deseadas en la sociedad. Así pues, la Constitución reconoce una realidad pero al mismo tiempo, la encausa dentro de los valores constitucionales a fin de hacerla compatible con el resto del ordenamiento. En tal

<sup>16</sup> Diario de Debates de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979, Tomo I, Publicación oficial, Lima, pp. 326-340.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06572-2006-PA/TC  
PIURA  
JANET ROSAS DOMINGUEZ

sentido, a fin de evitar que el aporte realizado por la pareja durante la convivencia sea apropiado por uno de ellos, en desmedro del otro, la Constitución reconoció expresamente el régimen de gananciales a estas uniones, en cuanto les sea aplicable. Con esto, fenómenos como el comentado se verían refrenados, brindando una dimensión de equidad a las uniones fácticas. Pero esta no sería la única obligación que se generaría entre los convivientes, como observaremos más adelante, la propia dinámica de la convivencia encuadrada en la disposición constitucional, implica el cumplimiento de ciertas acciones, por parte de los integrantes de la unión.

14. Dicho esto, es pertinente analizar el artículo 5.º de la Carta fundamental que recoge la unión de hecho de la siguiente manera;

“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.”

15. Importante doctrina ha considerado que la unión de hecho puede distinguirse de la siguiente manera; concubinato en sentido estricto (propio o puro) y concubinato en sentido amplio (impropio o concubinato adulterino). El primero de ellos supone que los individuos que conforman las uniones de hecho no tienen impedimento alguno para contraer matrimonio. Es decir, se encuentran aptos para asumir el matrimonio. En cambio, el segundo caso abarca a aquellas parejas que no podrían contraer nupcias debido a que uno de ellos o los dos tiene ya un vínculo matrimonial con tercera persona, o se encuentran impedidos de casarse por cualquier otra causal. Estando a lo expuesto por la Constitución es claro que nos encontramos ante un concubinato en sentido estricto, puro o propio.

16. De igual forma se observa, que se trata de una unión monogámica heterosexual, con vocación de habitualidad y permanencia, que conforma un hogar de hecho. Efecto de esta situación jurídica es que, como ya se expuso, se reconozca una comunidad de bienes concubinarios, que deberá sujetarse a la regulación de la sociedad de gananciales.

17. Ahora bien, el formar un hogar de hecho comprende compartir habitación, lecho y techo. Esto es, que las parejas de hecho lleven su vida tal como si fuesen cónyuges, compartiendo intimidad y vida sexual en un contexto de un fuerte lazo afectivo. Las implicancias de ello se verán reflejadas en el desarrollo de la convivencia, que deberá basarse en un clima de fidelidad y exclusividad. Se excluye por lo tanto, que alguno de los convivientes estén casado o tenga otra unión de hecho.

18. La estabilidad mencionada en la Constitución debe traducirse en la permanencia,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06572-2006-PA/TC

PIURA

JANET ROSAS DOMINGUEZ

que es otro elemento esencial de la unión de hecho. Siendo ello así, la unión de hecho, debe extenderse por un período prolongado, además de ser continua e ininterrumpida. Si bien la Constitución no especifica la extensión del período, el artículo 326º del CC sí lo hace, disponiendo como tiempo mínimo 2 años de convivencia. La permanencia estable evidencia su relevancia en cuanto es solo a partir de ella que se puede brindar la seguridad necesaria para el desarrollo adecuado de la familia.

19. De otro lado, la apariencia de vida conyugal debe ser pública y notoria. No se concibe amparar la situación en donde uno o ambos integrantes de la unión de hecho pretenden materializarla soterradamente.

**§ Hogar de hecho**

20. Tales son las consecuencias de la formación de un hogar de hecho entre personas con capacidad nupcial. De ahí que se generen vínculos patrimoniales otorgados expresamente por el legislador constituyente. Así, el reconocimiento de la comunidad de bienes, implica que el patrimonio adquirido durante la unión de hecho pertenecen a los dos convivientes. Con ello se asegura que a la terminación de la relación, los bienes de tal comunidad pueda repartirse equitativamente, con lo que se erradicarían los abusos e impediría el enriquecimiento ilícito.

21. No obstante, es de resaltar que estos efectos patrimoniales surgen de la comunidad de vida que llevan los convivientes. Esta comunidad debe ser comprendida como la coincidencia de fines, objetivos, modos de apreciar el mundo y expectativas sobre futuro, substrato sobre el cual se erige el aprecio y afecto que se proveen las parejas, precisamente por lo cual, comparten su vida en un "aparente matrimonio." De lo que se infiere que existe también ciertas obligaciones no patrimoniales. Por ejemplo, como ya se observó, la configuración constitucional de esta unión libre genera un deber de fidelidad entre quienes la conforman.

22. De igual modo, sería una interpretación bastante constreñida de la Constitución el concebir que en una unión de hecho no exista, por ejemplo, obligaciones de cooperación o de tipo alimentaria. Contémplese sino la situación en que uno de los convivientes requiera los auxilios pertinentes del otro por caer enfermo. Más aun, no debe dejarse de observar que frente a la terminación de la unión, por decisión unilateral, la pareja abandonada puede solicitar indemnización o pensión alimenticia [art. 326 CC]. Es decir, frente a la dependencia económica generada, se deben plantear contextos jurídicos que viabilicen y materialicen el sentido material y concreto de la Constitución.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06572-2006-PA/TC  
PIURA  
JANET ROSAS DOMINGUEZ

23. En suma, debe enfatizarse que la unión de hecho genera una dinámica a partir de la cual se originan dependencias entre los convivientes. Por ejemplo, es muy común que se de el caso en donde uno de ellos se ocupe de las labores que exige el hogar, dejando de lado el ámbito laboral, mientras que la pareja, se desarrollará en el espacio profesional, cumpliendo la tarea de brindar los medios económicos que sustenten la vida en comunidad. Esta sinergia incluye pues un deber de asistencia mutua.

#### § Seguridad Social y Pensión de sobreviviente

24. El artículo 10º de la Constitución reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la Seguridad Social, para hacer frente a las contingencias que la ley precise con la finalidad de elevar su calidad de vida. Como ya lo ha expresado este Tribunal Constitucional, la Seguridad Social;

“Se concreta en un complejo normativo estructurado -por imperio del artículo 10 de la Constitución- al amparo de la ‘doctrina de la contingencia’ y la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no sólo del mantenimiento, sino en ‘la elevación de la calidad de vida’.”

En tal sentido, debe recordarse que a diferencia de los derechos fundamentales clásicos, la Seguridad Social requiere de una configuración legal, estableciéndose ésta como la fuente normativa vital para delimitar su contenido protegido. De tal forma, por medio de las disposiciones legales se establecen las condiciones para la obtención de un derecho subjetivo a una determinada prestación. Esto es la manifestación de la “libre configuración de la ley por el legislador” conforme a la cual se comprende que;

“es el legislador el llamado a definir la política social del Estado social y democrático de derecho. En tal sentido, éste goza de una amplia reserva legal como instrumento de la formación de la voluntad política en materia social. Sin embargo, dicha capacidad configuradora se encuentra limitada por el contenido esencial de los derechos fundamentales, de manera tal que la voluntad política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de las fronteras jurídicas de los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06572-2006-PA/TC  
PIURA  
JANET ROSAS DOMINGUEZ

derechos, principios y valores constitucionales.”<sup>17</sup>

25. De otro lado, este Colegiado ya ha establecido que el único titular de la pensión es quien realiza los aportes, siendo las pensiones de sobrevivientes, el derecho del propio titular proyectado sobre la o las personas que cumplan con los requisitos para acceder a tales beneficios. De esta manera la pensión de sobreviviente;

“Debe ser concebida como una garantía para velar por el mantenimiento de una vida acorde con el principio de dignidad de aquellos que, en razón de un vínculo familiar directo, dependían económicamente de parte de dicha pensión, es decir, como una garantía derivada del reconocimiento de la familia como instituto fundamental de la sociedad (artículo 4 de la Constitución).

En consecuencia, *prima facie*, la posibilidad de que el monto o parte del monto de la pensión del causante se materialice en una pensión de sobrevivencia, debe encontrarse condicionada a la dependencia económica en la que se encontraba el o los sobrevivientes con relación a dicho monto”<sup>18</sup> (subrayado agregado).

#### § Decreto Ley 19990 y unión de hecho

26. El Decreto Ley 19990 regula el Sistema Nacional de Pensiones (SNP), disponiendo los requisitos para que el titular acceda a una pensión de jubilación, de invalidez, así como los requisitos que deben cumplir los sobrevivientes a fin de acceder a una pensión de viudez, orfandad o ascendentes. Debido a que el tema se plantea respecto a la pensión de viudez y su relación la convivencia se analizará el artículo 53 del aludido decreto ley, que regula lo referente a la pensión de viudez, estableciéndose lo siguiente;

“Tiene derecho a pensión de viudez la cónyuge del asegurado o pensionista fallecido, y el cónyuge inválido o mayor de sesenta años de la asegurada o pensionista fallecida que haya estado a cargo de ésta, siempre que el matrimonio se hubiera celebrado por lo menos un año antes del fallecimiento del causante y antes de que éste cumpla sesenta años de edad si fuese hombre o cincuenta años si fuese mujer, o más de dos años antes del fallecimiento del causante en caso de haberse celebrado el matrimonio a edad mayor de las indicadas.

Se exceptúan de los requisitos relativos a la fecha de celebración del matrimonio los casos siguientes:

- a) Que el fallecimiento del causante se haya producido por accidente;

<sup>17</sup> Sentencia del Expediente 01417-2005-PA/TC, Fundamento 12.

<sup>18</sup> Sentencia del Expediente 0050-2004-AI/TC, Fundamento 143.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06572-2006-PA/TC  
PIURA  
JANET ROSAS DOMINGUEZ

- b) Que tengan o hayan tenido uno o más hijos comunes; y
- c) Que la viuda se encuentre en estado grávido a la fecha de fallecimiento del asegurado.”

Como es de apreciarse, no se contempla en lo absoluto referencia alguna a la pareja conviviente. La explicación debe encontrarse en la inexistencia de la unión de hecho en la legislación nacional de aquella época. Como ya se expresó, ésta institución fue reconocida a nivel constitucional recién con la Carta Fundamental de 1979, desarrollándose legalmente en el artículo 326° del CC, casi un lustro después. Así, de una simple lectura del ordenamiento jurídico, podría concluirse que, puesto que no se contempla normativamente que las parejas de hecho sobrevivientes accedan a una pensión de viudez, la presente demanda tendría que ser desestimada. Y es que como ya se apreció, en el caso de la Seguridad Social, es el legislador ordinario quien configura legalmente los supuestos por los cuales se accedería al derecho.

27. No obstante, el defecto de tal argumentación estriba en interpretar la pretensión de la actora exclusivamente desde de la ley, cuando por el contrario, en el Estado social y democrático de Derecho, es a partir de la Constitución desde donde se interpretan las demás normas del ordenamiento jurídico. A propósito de ello, debe indicarse, como ya lo ha hecho este Tribunal en otras ocasiones, que el tránsito del Estado Legal de Derecho al de Estado Constitucional de Derecho supuso dejar de lado la tesis según la cual el texto fundamental era una norma carente de contenido jurídico vinculante, compuesta tan solo por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos.

“Es decir, significó superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso -de la mano del principio político de soberanía popular- al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder devino entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo.”<sup>19</sup>

<sup>19</sup> Sentencia del Expediente 05854-2005-PA/TC, Fundamento 3.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06572-2006-PA/TC  
PIURA  
JANET ROSAS DOMINGUEZ

### § Inconstitucionalidad sobreviniente y legislación preconstitucional

28. En rigor, corresponde en este extremo apreciar que los alcances de este precepto legislativo resultan ser una inconstitucionalidad sobreviniente<sup>20</sup>, fenómeno presentado cuando una norma primigeniamente constitucional, deviene en inconstitucional porque no compatibiliza con la vigente norma constitucional. En este caso, el Decreto Ley 19990, fue desarrollado bajo el marco de la Constitución de 1933. Actualmente, sin embargo, como ya se tiene explicitado, debe interpretarse bajo los alcances de la configuración constitucional que le otorga el texto fundamental de 1993.

29. En tal sentido, es de enfatizarse que el hecho de que el Decreto Ley 19990 sea una norma preconstitucional, no significa que la Constitución vigente no sea el parámetro bajo el cual se debe aplicar tal decreto ley. Todo lo contrario, tal norma, como cualquier otra, debe ser interpretada y aplicada tomando en cuenta los derechos, principios y valores recogidos en la Carta Fundamental vigente. En consecuencia, es la norma y específicamente su artículo 53, el que tendrá que interpretarse a la luz de los valores y principios materiales del texto constitucional.

30. De esta manera, al haberse consagrado la protección de la familia como mandato constitucional, y siendo que la unión de hecho es un tipo de estructura familiar, queda por precisar las concretizaciones de esta protección y si es que en el presente caso, la norma que regula el reconocimiento de la pensión de viudez se adecua a la Carta Fundamental.

31. La finalidad de la pensión de sobrevivientes es preservar y cubrir los gastos de subsistencia compensando el faltante económico generado por la muerte del causante, y puesto que la propia convivencia genera una dinámica de interacción y dependencia entre los convivientes, la muerte de uno de ellos legitima al conviviente superviviente a solicitar pensión de viudez. Más aun cuando uno de ellos ha visto sacrificadas sus perspectivas profesionales, debido a que tuvo que dedicarse al cuidado de los hijos y del hogar, perjudicando su posterior inserción -o al menos haciéndola más difícil- en el mercado laboral.

32. Pero ¿implica ello que no se estaría materializando el deber del Estado de promover el matrimonio? Tal argumentación parte de la errada premisa de que el otorgar pensión de sobreviviente a las parejas de hecho superviviente supone promover el

<sup>20</sup> Como ya lo expresó este Tribunal en nuestro ordenamiento se han asumido las teorías de la continuidad y de la revisión (Sentencia del Expediente 0010-2001-AI/TC, Fundamentos 10 al 16).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06572-2006-PA/TC  
PIURA  
JANET ROSAS DOMINGUEZ

matrimonio. Ello equivaldría a decir que desde que el Estado está obligado a promover el matrimonio, cierto número de uniones de hecho han tomado la decisión de casarse para poder acceder a la pensión de viudez. Lo cual resulta ilógico, atendiendo a la importancia institucional que el matrimonio tiene en nuestra sociedad. En tal sentido, no es coherente alegar que las personas contraigan matrimonio debido a que los convivientes no perciben pensión de sobrevivientes. Es otra la problemática y por tanto, otras las herramientas con las que el Estado promueve el matrimonio, como las que se derivarían del artículo 2.º, inciso j) de la Ley del Fortalecimiento de la Familia (Ley N.º 28542), que impulsa la unión marital de las uniones de hecho.

#### § Sistema Privado de Pensiones (SPP) y pensión de viudez

33. A mayor abundancia debe observarse la desigualdad plasmada entre una misma situación jurídica y los distintos efectos que el ordenamiento propone. Como se ha observado, el SNP no reconoce efectos jurídicos, al menos expresamente, a la situación que afrontan las parejas de hecho sobrevivientes. Por el contrario, en el SPP la parejas de hecho sobrevivientes son beneficiadas con la pensión de viudez.

34. Ello ha sido recogido por el artículo 117º del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (Decreto Supremo 004-98-EF) que establece;

“Tienen derecho a la pensión de sobrevivencia los beneficiarios del afiliado que no se hubiere jubilado, siempre que su muerte no resulte consecuencia de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, actos voluntarios o del uso de sustancias alcohólicas o estupefacientes, o de preexistencias. El orden es el siguiente: El cónyuge o concubino conforme a lo establecido en el Artículo 326 del Código Civil; Los hijos que cumplan con los requisitos previstos en el inciso e) del Artículo 113 que antecede; [...]”.

35. En consecuencia, a una misma situación se le da trato diferenciado, o puesto de otra forma, se hace una diferenciación entre iguales. La situación para este caso concreto es equivalente; la contingencia que implica la muerte del conviviente. Claramente, se está ante una vulneración del derecho-principio de igualdad. Esta diferenciación normativa no descansa sobre argumento objetivo y razonable que pueda justificar la diferencia de trato. La calidad y naturaleza, así como los mecanismos del SPP (forma y determinación de los aportes y del monto pensionario), en nada justifican que este reconocimiento sea legítimo y a nivel del SNP no lo sea.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06572-2006-PA/TC  
PIURA  
JANET ROSAS DOMINGUEZ

36. En definitiva, el artículo 53 del Decreto Ley 19990, visto a la luz del texto fundamental, debe ser interpretado de forma tal que se considere al conviviente supérstite como beneficiario de la pensión de viudez. Ello desde luego, siempre que se acrediten los elementos fácticos y normativos que acrediten la existencia de la unión hecho por medio de documentación idónea para ello.

§ Análisis del caso concreto

37. Una vez que se ha dilucidado el problema planteado, esto es, la procedencia de la pensión de sobreviviente al conviviente, queda analizar si es que en el caso de autos la demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión. Sobre tales requisitos debe interpretarse que estos son los mismo que los requeridos a las viudas en el artículo 53 del Decreto Ley N.º 19990.

38. En autos (fojas 5) obra copia de la sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Piura, que declara fundada la demanda que reconoce la unión de hecho entre doña Janet Rosas Domínguez y Frank Francisco Mendoza Chang.

39. Tomando en cuenta lo expuesto en los fundamentos precedentes, y al haberse acreditado la unión de hecho, en virtud del artículo 5 de la Constitución, del artículo 326 del Código Civil, así como del artículo 53 del Decreto Ley 19990, cuya interpretación es efectuada a la luz de la Constitución, le corresponde a la demandante la pensión de viudez.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

**HA RESUELTO**

Declarar **FUNDADA** la demanda, ordenándose a la ONP que, de acuerdo a la interpretación del artículo 53 del Decreto Ley 19990 realizada por este Colegiado, se abone la pensión de viudez a doña Janet Rosas Domínguez.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**LANDA ARROYO  
BEAUMONT CALLIRGOS  
ETO CRUZ**

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneira



Proyecto de Ley N° 5025/2015-CR



PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 326 DEL CÓDIGO CIVIL Y EL ARTÍCULO 46 DE LA LEY 26662, LEY DE COMPETENCIA NOTARIAL EN ASUNTOS NO CONTENCIOSOS, E INCORPORA EL ARTÍCULO 52-A A LA LEY 26662, LEY DE COMPETENCIA NOTARIAL EN ASUNTOS NO CONTENCIOSOS

Los Congresistas que suscriben, miembros del Grupo Parlamentario PPC-APP, a iniciativa de la Congresista **MARÍA SOLEDAD PÉREZ TELLO DE RODRÍGUEZ**, en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, y de conformidad con lo establecido en los artículos 22° inciso "c", 64° inciso "a", 75° y 76° numeral 2 del Reglamento del Congreso de la República, promueven la siguiente iniciativa legislativa:

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 326 DEL CÓDIGO CIVIL Y EL ARTÍCULO 46 DE LA LEY 26662, LEY DE COMPETENCIA NOTARIAL EN ASUNTOS NO CONTENCIOSOS E INCORPORA EL ARTÍCULO 52-A A LA LEY 26662, LEY DE COMPETENCIA NOTARIAL EN ASUNTOS NO CONTENCIOSOS

**Artículo 1°.-** Modifica el Artículo 326 del Código Civil

Modifícase el Artículo 326 del Código Civil, en los siguientes términos:

**"Artículo 326.- 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, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.**

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

**La calidad de convivientes se acredita con la inscripción del reconocimiento de la unión de hecho en el registro personal.**

**En la escritura pública de declaración de reconocimiento de unión de hecho, los convivientes pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios. A falta de precisión en la escritura pública, se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales. Durante la unión de hecho, los convivientes pueden sustituir un régimen patrimonial por otro, mediante el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el registro personal.**

*La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales. Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido.*

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, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge”.

**Artículo 2°.- Modifica el Artículo 46 de la Ley 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos**

Modifícase el Artículo 46 de la Ley 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, en los siguientes términos:

“Artículo 46.- La solicitud debe incluir lo siguiente:

1. Nombres y firmas de ambos solicitantes.
2. Reconocimiento expreso que conviven no menor de dos (02) años de manera continua.
3. **Declaración expresa del régimen patrimonial al que desean acogerse.**
4. 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.
5. Certificado domiciliario de los solicitantes.
6. 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.
7. Declaración de dos (02) testigos indicando que los solicitantes conviven dos (02) años continuos o más.
8. Otros documentos que acrediten que la unión de hecho tiene por lo menos dos (02) años continuos”

**Artículo 3°.- Incorpora el Artículo 52-A a la Ley 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos**

Incorpórase el Artículo 52-A a la Ley 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, en los siguientes términos:

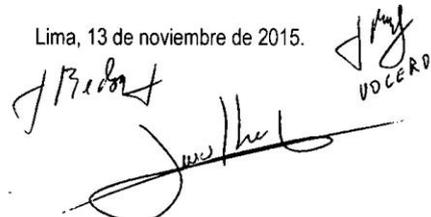
**“Artículo 52-A.- Sustitución del régimen patrimonial.- Los convivientes pueden sustituir un régimen patrimonial por otro, mediante escritura pública. Para este caso no se necesita hacer publicaciones. El nuevo régimen patrimonial de la unión de hecho tiene vigencia desde la fecha de su inscripción”.**

**Artículo 4°.- Deroga la Única Disposición Complementaria Final de la Ley 30311**

Derógase la Única Disposición Complementaria Final de la Ley 30311.

  
Página 2 de 9

Lima, 13 de noviembre de 2015.

  
UDLERD

**CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

Lima, 25 de enero del 2015

Según la consulta realizada, de conformidad con el  
Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la  
República: pase la Proposición N° 5025 para su  
estudio y dictamen, a la(s) Comisión(es) de  
Justicia y Derechos Humanos

.....  
.....  
.....



-----  
HUGO FERNANDO ROVIRA ZAGAL  
Oficial Mayor(e)  
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

## EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

### ANTECEDENTES

#### ***Sobre la necesidad de reconocer el derecho de optar por el régimen patrimonial en la sociedad de bienes de la unión de hecho.***

La sociedad de gananciales es el régimen económico patrimonial por el que se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por la mitad al disolverse. En cambio la separación de patrimonios es aquel escogido por los cónyuges mediante el cual cada uno conserva la propiedad, administración y disposición de sus bienes presentes y futuros y le corresponden los frutos y productos de dichos bienes.

La Constitución Política de 1979 reguló la institución de la "unión de hecho" en su Art. 9 (1); disposición que ha sido también recogida en el Art. 5 de la Constitución Política de 1993 que a la letra dice:

*"Art. 5.- 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".*

A partir de este dispositivo constitucional, el Art. 326 del Código Civil regula las uniones de hecho, contemplados diversos aspectos constitutivos, tales como: los requisitos para su existencia, los efectos patrimoniales y los plazos para que éstos surjan, la formalidad de su reconocimiento, las causales de terminación y los efectos sucesorios, entre otros; en los siguientes términos:

*"Artículo 326.- 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.*

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

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

<sup>1</sup> El Art. 9 de la Constitución Política de 1979, señalaba:

*"Artículo 9.- La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable".*





*Congreso de la República*

*Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indevido.*

*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 sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge”.*

(El subrayado es nuestro).

En cuanto a sus efectos patrimoniales, se contempla que toda unión de hecho reconocida por cumplir con los requisitos exigidos por la norma sustantiva origina una “sociedad de bienes” que se regula por el régimen de sociedad de gananciales; es decir, la normatividad civil define la aplicación automática de dicho régimen patrimonial a las uniones de hecho, sin que exista la posibilidad de que los integrantes puedan definir algo al respecto. A partir de una interpretación literal del citado dispositivo, la doctrina argumenta que los convivientes no pueden acogerse al régimen de separación de patrimonios, por cuanto este artículo no dejaría opción para ello, de donde se colige que el régimen patrimonial de sociedad de gananciales resulta el único aplicable a las uniones de hecho.

Al respecto, y sin que ello de ninguna manera pueda entenderse como una equiparación entre la “unión de hecho” y el “matrimonio”, es bueno recordar la forma cómo el mismo Código Civil regula la materia en el caso de los cónyuges y la institución del matrimonio, en los Art. 295y 327 del Código Civil, cuando señala:

*“Art. 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. A falta de escritura pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales”.*

*“Artículo 327.- 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”.*

De los dispositivos aludidos es fácil colegir:

- a) En el ordenamiento civil peruano existe el *derecho de opción entre los contrayentes para elegir entre las dos modalidades de régimen patrimonial existentes: la separación de patrimonios –en el que 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- o la sociedad de gananciales –donde puede haber bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad-. La existencia de ambos determina que si los cónyuges*

no se adhieren a ninguno necesariamente se admita un régimen legal supletorio, que es el de gananciales.

- b) En el caso de las uniones de hecho y los convivientes que las integran, la ley no indica expresamente la posibilidad de que los integrantes –entiéndase “los convivientes”– puedan optar por el régimen de separación de patrimonios al momento de definir el manejo de la *sociedad de bienes* aludida, tal y como expresamente sí se considerara en el caso de los cónyuges.

En el entendido que la aludida “sociedad de bienes” supone el patrimonio de la convivencia, que bien puede ser resultado del trabajo de ambos integrantes o del voluntario y libre aporte de uno de ellos, se podría argumentar que si se ha otorgado reconocimiento normativo constitucional y legal a la unión de hecho, resulta perfectamente razonable otorgarle a los convivientes la alternativa de optar por el régimen patrimonial que desean implementar en su unión de hecho, con miras a no generar una limitación de la libertad carente del criterio de razonabilidad, más aún cuando en el caso del matrimonio y de los futuros cónyuges, ellos sí tienen la facultad de definir libérrimamente ello, actuando en ese caso la ley sólo de manera supletoria, es decir, ante la no definición por los contrayentes, se asume que el régimen aplicable es el de sociedad de gananciales.

Con la modificación propuesta mediante esta iniciativa legislativa de permitir a los convivientes optar por definir libremente el régimen patrimonial aplicable a su unión de hecho, el ordenamiento jurídico nacional –en una lógica de respeto irrestricto a los derechos fundamentales de libre desarrollo de la personalidad y de propiedad– estaría brindando a los ciudadanos que integran una unión de hecho la facultad de decidir, sin condicionamiento legal y estatal alguno, la forma de desarrollar su convivencia.

***Sobre la necesidad de sistematizar la disposición sobre la acreditación de la calidad de conviviente de una unión de hecho.***

Mediante Ley 30311, publicada el 18.03.2015, se reguló que las parejas que conforman una unión de hecho puedan adoptar a menores de edad declarados judicialmente en abandono, para efecto de los cual se modificaron los Arts. 378 (requisitos para la adopción) y 382 (prohibición de pluralidad de adoptantes) del Código Civil; así como los Arts. 2 (condición del Adoptante) y 5 (inicio del proceso administrativo) de la Ley 26981, Ley de Procedimiento Administrativo de adopción de menores de edad declarados judicialmente en abandono.

Una revisión detallada de los dispositivos modificados de los textos normativos, nos lleva a colegir que el objeto de la citada ley era permitir la adopción de menores de edad en situación de abandono por parte de uniones de hecho y no tan solo matrimonios, como sucedía con anterioridad.

Sin embargo, en la Única Disposición Final Complementaria de la Ley 30311 se incorporó una materia que si bien no es contradictoria con el propósito de dicha norma –por estar referida a las uniones de hecho (que con dicho dispositivo eran autorizadas para adoptar)–, no tiene directa



vinculación con el aludido objeto de regulación sino más bien está referido a un aspecto formal que es propio del reconocimiento legal de las uniones de hecho, y no del procedimiento administrativo de adopción de menores en abandono por parte de éstas.

En nuestra opinión, tal regulación afecta la sistematización del ordenamiento jurídico, así como también –en algunos casos- el efectivo cumplimiento de las normas, en la medida que supone una regulación incompleta o dispersa de un tema que, por su propia naturaleza, debería estar contenido en un mismo dispositivo regulatorio, para efectos de su mejor difusión, publicidad y conocimiento por parte de la ciudadanía en general.

Por tal razón, consideramos que por razones de sistematicidad normativa, resulta necesario incorporar el citado dispositivo de acreditación de las uniones de hecho y de los convivientes que la integran en el Código Civil, específicamente en el mismo Art. 326, como segundo párrafo.

***Sobre la necesidad de adaptar las competencias notariales en asuntos no contenciosos a la propuesta contenida en esta iniciativa legislativa.***

En virtud de los efectos jurídicos patrimoniales que generan estas uniones de hecho al reunir los requisitos legales y desenvolverse en la dinámica social, por Ley N° 29560 del 16.07.2010 se modificó la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, y se estableció que los interesados pueden recurrir a un Notario Público para tramitar el reconocimiento de la unión de hecho, precisando además los requisitos para presentar la solicitud. En cuanto al aspecto procedimental, la Directiva N° 002-2011-SUNARP/SA aprobada por Resolución de Superintendente Adjunto de los Registros Públicos N° 88-2011-SUNARP-SA establece los criterios registrales para la inscripción de las uniones de hecho, su cese y otros actos inscribibles directamente vinculados.

En este marco normativo, es importante tener presente que la iniciativa legislativa propuesta para otorgar a los convivientes la facultad de definir en forma libre el tipo de régimen patrimonial para la unión de hecho que integran, exige también actualizar las competencias notariales en asuntos no contenciosos, específicamente en lo referido a declarar –en forma expresa- el régimen patrimonial al que desean acogerse los convivientes en la solicitud de reconocimiento de la unión de hecho.

De esta manera, teniendo en cuenta que este aspecto no solo es de interés para los participantes en el acto de reconocimiento de la unión de hecho sino también para los terceros, cuando se declare procedente la solicitud y se otorgue la escritura pública para la inscripción respectiva en el Registro Personal, dichos terceros podrán conocer los bienes que integran el patrimonio social de la sociedad convivencial e identificar los bienes propios de los convivientes, de ser el caso.

**DECLARACIÓN DE POSIBLE CONFLICTO DE INTERESES**

La presente iniciativa legislativa se promueve a propuesta de la señora Congresista María Soledad Pérez Tello de Rodríguez, quien en su ejercicio profesional –como es de público conocimiento- se desempeña como Notaria Pública de Lima.



Al respecto, es importante señalar que la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, modificada por la Ley N° 29560 del 16.07.2010, autorizó a los Notarios Públicos a tramitar el reconocimiento de las uniones de hecho reguladas en el Art. 326 del Código Civil, así como su respectivo cese, previendo, asimismo la inscripción de los mismos en el Registro Personal.

Siendo el objeto de la presente iniciativa legislativa la modificación del Art. 326 del Código Civil en lo referido a la posibilidad de que los convivientes de una unión de hecho tengan la facultad de definir el régimen patrimonial que desean para su convivencia y, a partir de tal supuesto, puedan sustituir el régimen patrimonial que establecieron al momento de solicitar el reconocimiento de la misma, de ser el caso (2); y siendo la proponente de esta iniciativa legislativa Notaria Pública de Lima, resulta perfectamente posible que se pueda advertir la posible existencia de un conflicto de intereses.

Sin embargo, consideramos que atendiendo a las razones esbozadas en líneas precedentes, la presente iniciativa constituye una medida legislativa importante para la ciudadanía y la sociedad en general.

Se deja constancia que la referida declaración de posible conflicto de intereses, se realiza a pesar de no constituir una obligación legal establecida por el inciso "e" del Artículo 4 del Código de Ética Parlamentario (3), cuerpo normativo en el que se considera como deber de conducta del Congresista hacer explícitas la posible existencia de un favorecimiento de intereses económicos directos personales al momento de *discutir temas, investigaciones y/o en el debate o aprobación de leyes*, no contemplándose expresamente el estadio de *presentación de una iniciativa legislativa*.

#### **EFECTOS DE LA PRESENTE INICIATIVA LEGISLATIVA**

Siendo el objeto de la presente iniciativa legislativa el reconocimiento del derecho de los convivientes integrantes de una unión de hecho para definir el régimen patrimonial al que desean acogerse; resulta necesario modificar el artículo 326 del Código Civil a efectos de consagrar tal atribución y precisar la forma de acreditar la condición de conviviente, según el siguiente detalle:

TEXTO VIGENTE DEL ART. 326 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA ÚNICA DISPOSICIÓN FINAL COMPLEMENTARIA DE LA LEY 30311	TEXTO PROPUESTO DEL ART. 326 DEL CÓDIGO CIVIL
<i>Código Civil:</i>	

<sup>2</sup> Adviértase que no puede aludirse la existencia de un posible conflicto de intereses con el acto de reconocimiento de la unión de hecho, puesto que el mismo ya se encuentra actualmente establecido en la Única Disposición Final Complementaria de la Ley 30311.

<sup>3</sup> El inciso "e" del Art. 4 del Código de Ética Parlamentaria, señala:

*Artículo 4.- Son deberes de conducta del Congresista los siguientes:*

*(...)*

*e) En el caso de participar en la discusión de temas, investigaciones y/o en el debate o aprobación de leyes en las cuales puedan estar favorecidos intereses económicos directos personales o familiares, deberá hacer explícitas tales vinculaciones.*

*(...)\*.*





<p><b>*Artículo 326.</b> - 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.</p> <p>La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.</p> <p>La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales.</p> <p>Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido.</p> <p>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 sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge*.</p>	<p><b>*Artículo 326.</b> - <u>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, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.</u></p> <p>La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.</p> <p><u>La calidad de convivientes se acredita con la inscripción del reconocimiento de la unión de hecho en el registro personal.</u></p> <p><u>En la escritura pública de declaración de reconocimiento de unión de hecho, los convivientes pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios. A falta de precisión en la escritura pública, se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales. Durante la unión de hecho, los convivientes pueden sustituir un régimen patrimonial por otro, mediante el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el registro personal.</u></p> <p>La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales.</p> <p>Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido.</p> <p>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, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge*.</p>
<p><b>Ley 30311 (Única Disposición Final Complementaria)</b></p> <p><b>*Única.</b> - Acreditación</p> <p>La calidad de convivientes conforme a lo señalado en el artículo 326 del Código Civil, se acredita con la inscripción del reconocimiento de la unión de hecho en el Registro Personal de la Oficina Registral que corresponda al domicilio de los convivientes*.</p>	

Por otro lado, habiéndose establecido mediante Ley N° 29560 del 16.07.2010 que los interesados pueden recurrir a un Notario Público para tramitar el reconocimiento de la unión de hecho, resulta indispensable que en la solicitud respectiva se contempla en forma expresa el régimen patrimonial al que desean los convivientes acogerse, según el siguiente detalle:

TEXTO VIGENTE DEL ART. 46 DE LA LEY N° 26662	TEXTO PROPUESTO DEL ART. 46 DE LA LEY N° 26662
<p><b>*Artículo 46.</b> - La solicitud debe incluir lo siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Nombres y firmas de ambos solicitantes.</li> <li>2. Reconocimiento expreso que conviven no menor de dos (02) años de manera continua.</li> <li>3. Declaración expresa de los solicitantes que se encuentran libres de impedimento matrimonial y que</li> </ol>	<p><b>*Artículo 46.</b> - La solicitud debe incluir lo siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Nombres y firmas de ambos solicitantes.</li> <li>2. Reconocimiento expreso que conviven no menor de dos (02) años de manera continua.</li> <li>3. <u>Declaración expresa del régimen patrimonial al que desean acogerse.</u></li> </ol>



Congreso de la República

<p>ninguno tiene vida en común con otro varón o mujer, según sea el caso.</p> <ol style="list-style-type: none"><li>4. Certificado domiciliario de los solicitantes.</li><li>5. 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.</li><li>6. Declaración de dos (02) testigos indicando que los solicitantes conviven dos (02) años continuos o más.</li><li>7. Otros documentos que acrediten que la unión de hecho tiene por lo menos dos (02) años continuos*.</li></ol>	<ol style="list-style-type: none"><li>4. 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.</li><li>5. Certificado domiciliario de los solicitantes.</li><li>6. 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.</li><li>7. Declaración de dos (02) testigos indicando que los solicitantes conviven dos (02) años continuos o más.</li><li>8. Otros documentos que acrediten que la unión de hecho tiene por lo menos dos (02) años continuos*.</li></ol>
---	---

Finalmente, habiéndose propuesta la posibilidad de que los convivientes puedan decidir variar o sustituir un régimen patrimonial de la unión de hecho, es necesario incorporar un dispositivo en la Ley 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos que permita –en la lógica del principio de paralelismo de formas- que los convivientes formalicen tal convenio mediante el otorgamiento de escritura pública.

#### **ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO**

La presente iniciativa legislativa no irroga gasto alguno al erario nacional ni afecta los ingresos del Tesoro Público, puesto que solo implica permitir que los convivientes puedan optar por definir libremente el régimen patrimonial aplicable a la unión de hecho que integran, de manera tal que el ordenamiento jurídico nacional –en una lógica de respeto irrestricto a los derechos fundamentales de libre desarrollo de la personalidad y de propiedad)- permita a dichos ciudadanos decidir, sin condicionamiento legal y estatal alguno, sobre la forma de desarrollar su convivencia en el aspecto patrimonial.

#### **VINCULACIÓN CON LAS POLÍTICAS DEL ACUERDO NACIONAL**

La presente iniciativa legislativa se enmarca dentro de la **Vigésimo Octava Política de Estado** – dentro del acápite IV. Estado Eficiente, Transparente y Descentralizado- referida a la "Plena vigencia de la Constitución y de los derechos humanos y acceso a la justicia e independencia judicial", señala:

*"(...) Asimismo, nos comprometemos a adoptar política que garanticen el goce y la vigencia de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre la materia".*

*Con este objetivo el Estado: adoptará medidas legales y administrativas para garantizar la vigencia y difusión de la Constitución y afianzará el respeto irrestricto de los derechos humanos (acápites "f").*

Lima, 13 de noviembre de 2015.