

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
METODO DE CASO JURÍDICO**

**“LA ACCIÓN DE RECONOCIMIENTO DE UNION DE HECHO ES UNA PRETENSIÓN
IMPREScriptIBLE – CASACIÓN Nº 1532-2013 LAMBAYEQUE”**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:
ABOGADA**

AUTOR : NORA MELISSA BARDALES LOZANO

**San Juan Bautista - Loreto – Maynas – Perú
2017**

PÁGINA DE APROBACIÓN

Trabajo de suficiencia profesional (Método de Caso Jurídico) sustentada en acto público el día: Jueves 03 de Agosto del 2017, en la Facultad de Derecho de la Universidad Científica del Perú, identificado por el jurado calificador y dictaminador siguiente:



DR. ROGER CABRERA PAREDES
PRESIDENTE



ABOG. NESTOR FERNANDEZ HERNANDEZ
MIEMBRO



ABOG. THAMER LOPEZ MACEDO
MIEMBRO



DR. ARISTOTELES ALVAREZ LOPEZ
ASESOR

DEDICATORIA

El presente trabajo de investigación va dedicado en primer lugar a mi familia y a Dios quien me guía en este sendero lleno de bendiciones.

A mi hija Alexandra, el motor y motivo para todo lo que he podido lograr en esta vida.

La Autora

AGRADECIMIENTO

A la “UNIVERSIDAD CIENTIFICA DEL PERÚ” por ser mi Alma Mater.

A los Profesores del Programa de Suficiencia Profesional, por brindarme sus conocimientos, experiencias y sobre todo por dame las pautas necesarias para realizar el presente trabajo de investigación.

A mis compañeros de promoción por todo su apoyo y compañerismo.

La Autora



FACULTAD
DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

En la ciudad de Iquitos, a las 19:00 horas del día Jueves 03 del mes de Agosto del año 2017, se reunió el Jurado Examinador, que firma al final del presente documento, para evaluar la sustentación de la bachiller:

NORA MELISSA BARDALES LOZANO

En la modalidad de: **TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL – METODO CASO JURIDICO**, con el tema **'La Acción de Reconocimiento de Unión de Hecho es una Pretensión Imprescriptible – Casación N° 1532-2013- Lambayeque**

Después de las deliberaciones correspondientes, se procedió a evaluar:

Indicador	Examinador 1	Examinador 2	Examinador 3	Promedio
Dominio del Tema	4	4	4	
Calidad de redacción	3	3	3	
Competencia expositiva (calidad conceptual, coherencia y argumentación)	3	3	3	
Calidad de las respuestas	3	1	3	
Uso de terminología especializada	3	3	3	
Calificación final	16	16	16	

Calificación final (en letras) **BIENESTAR**

Leyenda:

Indicador	Descripción	Puntaje
A	Deficiente	1
B	Regular	2
C	Satisfactoria	3
D	Optima	4

Presidente : Dr. ROGER A. CABRERA PAREDES

Miembro : Abog. NESTOR FERNANDEZ HERNANDEZ

Miembro : Abog. THAMER LÓPEZ MACEDO

(Firma)
(Firma)
(Firma)

RESUMEN

El presente trabajo de análisis jurídico, se refiere a un importante caso resuelto por la Sala Civil de la Corte Suprema de Lima, sobre imprescriptibilidad de unión de hecho. **Objetivo** determinar si la unión de hecho se encuentra **sujeta a algún plazo prescriptorio**, **Material y método** se empleó el análisis de documentos, analizando una muestra consistente en una Casación N° 1532-2013. LAMBAYEQUE; a través del método descriptivo explicativo, y el diseño no experimental ex post facto. **Resultados.** Se declaró fundado en parte el recurso de casación interpuesto por Olga Tomasa Cruzado Armas, por tanto, casaron la resolución en vista que revoca la apelada y reformándola declara fundada la prescripción extintiva de la acción, nulo lo actuado y concluido el proceso. **Conclusión.** La Corte Suprema concluyó que la acción de reconocimiento de la unión de hecho no se encuentra sujeta a plazo de prescripción, pues los derechos humanos son imprescriptibles por su propia naturaleza., asimismo fijó como criterio que, tratándose de demandas de reconocimiento de unión de hecho, no es aplicable el plazo de prescripción de 10 años previsto para la acción personal en el inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil.

PALABRAS CLAVES: Unión de hecho/imprescriptibilidad/familia/preensión

ÍNDICE DE CONTENIDO

	Pág
DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
RESUMEN.	v
CAPÍTULO I	
Introducción	1
CAPÍTULO II	
2.1. MARCO REFERENCIAL.	3
2.1.1. Definiciones Teóricas.	3
2.1.2. DEFINICIONES CONCEPTUALES	5
2.1.2.1. La unión de Hecho	5
2.1.2.1.1. Etimología	5
2.1.2.1.2. Concepto	6
2.1.2.1.3. Doctrinas acerca la Naturaleza Jurídica	6
2.1.2.1.3. Antecedentes	8
2.1.2.1.3.1. Antecedentes Históricos	8
2.1.2.1.3.2. Antecedentes Nacionales	11
2.1.2.1.3.3. Antecedentes Legislativos	12
2.1.2.1.3. Clasificación de Uniones de hecho	13
2.1.2.1.4. Tipos de unión de hecho	14
2.1.2.1.5. Efectos	14
2.1.2.1.5.1. Efectos personales	15
2.1.2.1.5.2. Efectos patrimoniales	15
2.1.2.1.6. Elementos tipificadores de la unión de hecho	15
2.1.2.1.7. Causas de las uniones de hecho	17
2.1.2.1.8. División de las gananciales entre los ex concubinos sus herederos.	18
2.1.2.1.8.1. Concubinato impropio	18
2.1.2.1.8.2. Concubinato propio	18
2.1.2.1.9. Extinción de la Unión de Hecho	19
2.1.2.1.10. Reconocimiento Legal	19
2.1.2.1.10.1. Proceso Judicial	19
2.1.2.1.10.2. Proceso Notarial	20
2.1.2.1.10.3. ¿Es necesaria la declaración judicial o notarial de convivencia para reconocer efectos a la unión de hecho?	23

2.1.2.1.11. Las uniones de hecho y su regulación normativa en el Perú	23
2.1.2.1.11.1. Constitución de 1993	24
2.1.2.1.11.2. Las uniones de hecho y su regulación en el código civil de 1984	25
2.1.2.1.11.3. La regulación normativa de las uniones de hecho en la ley 26662	26
2.1.2.1.11.4. Las uniones de hecho y su regulación normativa en el ámbito registral	27
2.1.2.1.12. La unión de hecho en el Derecho Comparado	28
2.1.2.1.12.1. El Concubinato en Argentina	28
2.1.2.1.12.2. El Concubinato en Chile	28
2.1.2.1.13. Sentencias de la Corte Suprema sobre la unión de hecho	29
2.1.2.1.13.1. Casación N° 4687–2011.Lima. Análisis de la sentencia	29
2.1.2.1.13.2. Expediente. Casación N° 981-2011. Lima. Análisis de la sentencia.	30
2.1.2.1.13.3. Casación N° 638-99- Jaén	31
2.1.2.2. La prescripción extintiva	31
2.1.2.2.1. Noción genérica de la prescripción	31
2.1.2.2.2. Concepto	32
2.1.2.2.3. Fundamento	33
2.1.2.2.4. Antecedentes históricos	33
2.1.2.2.5. La prescripción en la codificación civil moderna	34
2.1.2.2.6. La prescripción en la codificación civil peruana	35
2.1.2.2.7. Prescripción usucupativa y prescripción extintiva	37
2.1.2.2.8. Prescripción extintiva y caducidad	38
2.2. Definiciones teóricas	39
2.3. OBJETIVOS	40
2.3.1. Objetivo General	40
2.3.2. Objetivo Especifico	40
2.4. VARIABLE.	40
2.4.1. Variable Independiente	40
2.4.2. Variable Dependiente	40
2.5. INDICADORES DE LAS VARIABLES	40
2.5.1. De la Variable Independiente	40
2.5.2. De la Variable Dependiente	40
2.6. SUPUESTOS.	41
2.6.1. Supuesto General	41

2.6.2. Supuesto Específico	41
-----------------------------------	-----------

**CAPÍTULO III
METODOLOGÍA**

3.1. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN	42
3.2. MUESTRA	42
3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	42
3.4. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS	42
3.5. VALIDEZ Y CONFIABILIDAD DEL ESTUDIO	42
CAPÍTULO IV: Resultados	44
CAPÍTULO V: Discusión	46
CAPÍTULO VI: Conclusiones	49
CAPÍTULO VII: Recomendaciones	51
CAPÍTULO VIII: Referencias Bibliográficas	52
CAPÍTULO IX: Anexos	53

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

La unión de hecho es un derecho fundamental que está regulado en el artículo 5 de la Constitución Política del Perú, que sostiene que “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes, sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable. **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA** en este caso, nos concierne determinar si la unión de hecho se encuentra sujeta a plazo prescriptorio, y si la demanda de reconocimiento de la misma resulta procedente.

ANTECEDENTES. En nuestro país, la unión de hecho es una suerte de matrimonio informal reconocido y protegido por la Constitución Política de 1993, dicha protección se manifiesta en determinados efectos jurídicos derivados de su reconocimiento judicial, siendo entre todos, el más importante, la sujeción al régimen de sociedad de gananciales. Es decir, la unión de hecho reconocida judicialmente se sujeta al régimen de sociedad de gananciales.

Asimismo se evidencia **la importancia** del análisis de esta figura jurídica, ya que como se podrá advertir, el efecto más importante del reconocimiento judicial de la unión de hecho es que el régimen patrimonial de la unión se rige por las reglas del régimen de la sociedad de gananciales, lo que hace que muchas parejas lo soliciten, por lo tanto cualquiera de los ex concubinos puede solicitar judicialmente la declaración de unión de hecho, sin que esa pretensión se encuentre sujeta a algún plazo prescriptorio.

Por estas **razones**, resulta necesario analizar el presente caso, ya que la declaración de unión de hecho, tiene como propósito inmediato cautelar los derechos de cada concubino sobre los bienes adquiridos durante la unión, por ello se asimila legalmente al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuera aplicable. Pero no se trata sólo de la protección patrimonial sino también de la familia. Así tenemos, el artículo 4 de la Constitución Política del Estado que consagra la protección a la familia sin discriminar su origen, promoviendo al matrimonio como base de la sociedad, pero además se reconoce la unión de hecho, de manera similar al matrimonio, fuente generadora de la familia, conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la propia Constitución.

Por lo que el **objetivo** a investigar es sobre imprescriptibilidad de la unión de hecho, mediante la cual debe entenderse en el sentido que el plazo prescriptorio se refiere a las acciones derivadas de los actos jurídicos que se hubiesen podido celebrar entre los convivientes, mas no encierra una previsión respecto a la prescripción de la acción de reconocimiento, citando como ejemplo la Casación N° 1532-2013-Lambayeque, interpuesto por Doña Olga Tomasa Cruzado Armas contra don Segundo Wilson Coronel, solicitando se declare el reconocimiento de la unión de hecho por haber convivido con el demandado por un periodo de más de 14 años, habiendo tenido tres hijos y adquirido determinados bienes, de lo que la Sala Civil consideró que la unión de hecho, según la Constitución, es una fuente generadora de familia, y como tal merece protección.

CAPÍTULO II

2.1. MARCO REFERENCIAL.

2.1.1. Definiciones Teóricas.

CELIS GUERRO, Dany Wilson (2016), en su investigación titulada ““PROPUESTA PARA PROTEGER LOS BIENES INMUEBLES DE LA UNIÓN DE HECHO IMPROPIA EN EL PERÚ”, llegó a las siguientes conclusiones:

-En la investigación realizada se demuestra que existe necesidad de proteger los bienes inmuebles de la unión de hecho impropia ya que al tener relación convivencial necesitan la protección futura de sus bienes inmuebles. - En las uniones de hecho impropia existe un alto porcentaje convivencial y que tienen la necesidad que los bienes inmuebles se registren en los registros públicos. En el Perú la unión de hecho impropia es un fenómeno social teniéndose en cuenta que existe la necesidad que se proteja los bienes inmuebles a fin de evitar el aprovechamiento indebido de unos de los convivientes debiéndose registrar los bienes inmuebles en el registro público.

SANDOVAL CASTILLO, Sandra (2016), en su investigación titulada “UNIONES CIVILES EN EL PERÚ”, llegó a las siguientes conclusiones:

Las parejas integrantes de las uniones civiles reclaman la institucionalización de la comunidad de vida a la que dan origen, sin embargo, es importante tener en cuenta que el derecho no regula afectos, por lo que no debe ponerse en marcha el funcionamiento legislativo estatal con la finalidad de satisfacer intereses de determinados sectores de la población. A diferencia del matrimonio que se protege porque sí tiene trascendencia social y jurídica. El hecho de considerar que la comunidad de vida que forman los integrantes de las uniones civiles necesita ser institucionalizada, lleva también a considerar que el patrimonio conjunto que se forma en ese contexto, se encuentra desprotegido, por lo que se reclama la protección del mismo bajo el régimen de sociedad de gananciales. Sin embargo, es importante señalar que esa comunidad de vida que se forma, al no perseguir los fines matrimoniales, no amerita ser albergada bajo el régimen de bienes anteriormente mencionado. En este punto conviene señalar que el eventual patrimonio que formen en conjunto no se encuentra desprotegido, sino que le son aplicables otras 98 figuras del ordenamiento jurídico, como la copropiedad, y a nivel sucesorio, la desheredación, Asimismo, también se encuentra la protección tan

reclamada, en otros aspectos del derecho, tales como el régimen migratorio ya establecido, la protección en el derecho penal respecto a las lesiones tanto graves como leves y el sistema de seguridad social existente con los planes que han venido siendo implementados en los últimos gobiernos.

ENRIQUE ROSERO, María Mercedes. (2014), en su investigación titulada “La Unión de Hecho en el Sistema Jurídico en la nueva perspectiva Constitucional Ecuatoriana”, llegó a las siguientes conclusiones:

La Unión de Hecho, como el matrimonio son generadoras de familias, las mismas que se encuentran garantizadas por normas protectoras, conscientes del surgimiento de una variedad de derechos y obligaciones, con respecto a las relaciones familiares. En nuestra sociedad, la Unión de Hecho se la ha practicado en forma mayoritaria y generalizada, dentro de los diferentes estratos sociales y en todos los lugares, con ligeras diferencias en ciertas regiones determinadas, con tendencia a extenderse en forma considerable, demostrando el ocaso de la institución del matrimonio. La sociedad de bienes generada por la Unión de Hecho, se encuentra desprotegida, en parangón con la sociedad conyugal surgida por el matrimonio; ya por el estado civil de los convivientes, ya por las medidas cautelares no aplicadas a su favor. Lo que ha generado la inseguridad jurídica de los bienes adquiridos en la Unión de Hecho.

ARMADO RAMIRÉZ, Elizabeth del Pilar (2013), en su investigación titulada “LA UNIÓN DE HECHO Y EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS SUCESORIOS SEGÚN EL DERECHO CIVIL PERUANO”, llegó a las siguientes conclusiones:

Se podría indicar que las uniones de hecho propias en nuestro país están reguladas a nivel normativo en forma completa, ya que tienen regulación normativa contemplada en el Código Civil de 1984, incluyendo las modificatorias conforme a la Ley 30007, la Constitución Política de 1993, Ley 26662 para la vía notarial, y en el ámbito registral con la dación de la Directiva 002-2011-SUNARP-SA, Res. 088-2011-SUNARP-SA y el Precedente del XLLV Pleno Registral. A nivel normativo, los prejuicios que obedecieron al concepto cerrado de la familia y al matrimonio han quedado de lado a partir de la Constitución de 1993, la cual, siguiendo la tendencia de los tratados internacionales que hoy protegen a la familia, otorga tutela amplia aun cuando no medie una unión matrimonial, e incluso “promociona el matrimonio bajo dos fines: promover que las uniones de hecho se aproximen al matrimonio y garantizar el derecho al matrimonio sin limitar la preocupación del Estado a la familia conyugal”

MONROY LEY, Manuel Vicente (2007), en su investigación titulada “LA NECESIDAD DE REGULAR EL RECONOCIMIENTO DE LA UNIÓN DE HECHO POST - MORTEM EN LA VÍA EXTRAJUDICIAL”, llegó a las siguientes conclusiones:

La legislación civil de Guatemala, reconoce los efectos legales que produce la unión de hecho, no con el objeto de reconocer otra forma de matrimonio, sino con el fin de brindar protección legal a las relaciones familiares, evitando dejar desamparados al otro conviviente y a los hijos menores, en caso, que una de las partes decida en forma unilateral dar por terminada dicha unión.

2.1.2. DEFINICIONES CONCEPTUALES

2.1.2.1. La unión de Hecho

2.1.2.1.1. Etimología

GUSTAVO BOSSERT y EDUARDO ZANNONI. (2004). “Unión” proviene de la palabra latina “UNUS” que significa uno, y esto a su vez se refiere a la acción y efecto de unir o unirse, juntar o acercar dos o más cosas para hacer un todo, ya sea físico o simbólico. También para nuestro estudio se la utiliza para referirse a la acción de unirse en matrimonio, a través de la unión religiosa u unión civil ante las instituciones del Estado.

Por otra parte, la palabra “hecho” se derivado del latín factus, permite describir a aquello que ocurre. Según el diccionario jurídico de Guillermo Cabanellas de Torres, se lo define como una acción, acto humano, suceso, acontecimiento. Dentro de lo jurídico esto se refiere a un acontecimiento trascendente en el ámbito del derecho.

Si fusionamos el concepto de estas dos palabras nos da un concepto simple que no tiene mayor transcendencia práctica ni pedagógica.

Tradicionalmente, se ha utilizado el término concubinato, palabra que etimológicamente proviene de cum cubare, esto es comunidad de lecho, dándosele así una importancia esencial a las relaciones sexuales que se mantienen fuera del matrimonio. Sin embargo, actualmente existe cierto consenso en que el término concubinato tiene una connotación peyorativa, toda vez que se centra exclusivamente en las relaciones sexuales mantenidas

en forma extramatrimonial, sin hacer alusión al resto de los elementos que llevan a configurar este tipo de uniones.

2.1.2.1.2. Concepto

BELLUSCIO AUGUSTO, César. (2004). Es una unión de hecho o fáctica, por la cual un hombre y una mujer conviven sin estar casados legalmente, o sea sin constituir una unión legal o de derecho, como sí lo es el matrimonio, aunque actualmente produce algunos efectos legales, debido a la gran cantidad de parejas que optan por no casarse y prefieren vivir juntos pero sin atadura legal, tal vez por el costoso trámite de divorcio si la pareja no llegara a funcionar, o simplemente por no creer en la institución matrimonial.

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.

El concubinato, para un sector de la doctrina, es a veces el resultado del egoísmo de quienes no desean contraer lazos permanentes y así quedar en libertad de cambiar de compañero; otras porque alguno está legalmente impedido de casarse; y finalmente por la ignorancia o corrupción del medio en que viven.

2.1.2.1.3. Doctrinas acerca la Naturaleza Jurídica

Es preciso establecer, si las uniones de hecho constituyen un status jurídico, autónomo e independiente, con identidad jurídica propia para los convivientes; o por el contrario, sólo forman una unión de hecho, que presenta características de notoriedad y estabilidad. La unión de hecho o concubinato es el tema más controversial del derecho de familia. En virtud de no ser reconocida en forma unánime en todas las legislaciones, los tratadistas de la materia no tratan este tema, pues ante muchos de ellos es ilógico hablar de la naturaleza jurídica de una situación reconocida por el Derecho.

Cornejo Chávez, explica algunas doctrinas que explican la naturaleza jurídica de la unión de hecho, menciona las siguientes

a. El concubinato como hecho ilícito: Esta posición doctrinal ha sido superada; y se la menciona solamente por su valor histórico, ya que se postulaba la ilicitud del concubinato por ser una figura contraria a la moral y buenas costumbres. Fundamenta su posición,

afirmando que, en materia civil, lo inmoral se confunde con lo ilícito, toda vez que una conducta contraria a las “buenas costumbres” es capaz de generar sanciones civiles.

b. El concubinato como contrato: Una segunda doctrina estima que por el hecho de existir comunidad de vida entre los sujetos de una unión, sin que exista vínculo matrimonial, se configura entre ellos un contrato, el cual produce efectos jurídicos entre los concubinos.

c. El cuasicontrato de concubinato: Para explicar la naturaleza jurídica del concubinato también se ha recurrido a la noción, del todo controvertida, de cuasicontrato, el cual establecía que el hecho voluntario del hombre de aceptar estar de forma continua con la mujer.

d. El concubinato como un hecho simple: En virtud de esta doctrina, el concubinato es un simple hecho carente de relevancia jurídica. Constituye un acontecimiento material que la ley ignora, puesto que constituye una situación de ipso, que imita al matrimonio, sin traer aparejadas sus consecuencias jurídicas.

e. El concubinato como un hecho jurídico: Se puede establecer que esta es la más acertada, ya que indica que la convivencia de un hombre y una mujer con los mismos fines del matrimonio, procede declararla, para que se cumpla de manera retroactiva con los mismos derechos y obligaciones del matrimonio

2.1.2.1.3. Antecedentes

2.1.2.1.3.1. Antecedentes Históricos

En una unión de hecho o fáctica, un hombre y una mujer conviven sin estar casados legalmente, o sea sin constituir una unión legal o de derecho, como sí lo es el matrimonio. Ciertamente, una gran cantidad de parejas optan por no casarse y prefieren vivir juntos, pero sin atadura legal, tal vez por el costoso trámite de divorcio que tendrían que enfrentar si la relación no llegara a funcionar, o simplemente por el descreimiento en la institución matrimonial. Actualmente, la unión de hecho produce algunos efectos legales, en consonancia con la realidad. Esta figura era ya conocida en el famoso Código de Hammurabi, dos mil años antes de Jesucristo. En el antiguo Derecho Romano, fue una

unión aceptada, constaba legalmente, según se extrae de un texto de Ulpiano contenido en el Digesto (D.25.7.1). Para que el matrimonio se configurara en aquella época, los romanos exigían un elemento de hecho: la cohabitación, y uno afectivo: la affectio maritalis. Ellos consideraron que el concubinato solo contenía el primer elemento señalado: la cohabitación, que se ejercía con carácter duradero.

Surgió en Roma como una necesidad, ante la imposibilidad de que parejas de distinta condición social pudieran contraer justas nupcias. El emperador Augusto reconoció esta institución en la Ley Iulia de adulteriis, donde se estableció esa posibilidad para quien no hubiera contraído justas nupcias, y además, ningún hombre podía tener más de una concubina. Se exigía para reconocer esta unión lícita que los concubinos no fueran parientes en el grado prohibido por la ley para contraer matrimonio y fueran púberes. Los hijos fruto de esa unión de hecho eran sui iuris, o sea no se reconocía vínculo agnaticio (parentesco civil) con el padre.

Peralta Andia en su obra “Manual de Derecho de Familia” expone, *“que la diferencia entre el matrimonio y el concubinato romano era casi nula a diferencia de la que existe en la actualidad, el matrimonio no requería de mayor formalidad, ya que las ceremonias que eran parte del mismo no eran requisitos del acto, únicamente el matrimonio era consensual”.*

En la época del emperador Constantino, los hijos fruto de la unión de hecho pasaron a ser hijos naturales, y con el emperador Justiniano se le impuso al padre natural la obligación de brindarles alimentos, reconociéndoseles derechos sucesorios a estos hijos con respecto a su padre. Sin embargo, en lugar de seguir evolucionando la institución para lograr mayores derechos para el concubinato, con los emperadores cristianos se comenzaron a quitar efectos, para lograr reivindicar a la institución matrimonial, concediéndose la posibilidad de legitimar a dichos hijos, en caso de ser posible, con el subsiguiente matrimonio.

El Dr. **García Farconi** nos enseña que algunos de los efectos de este tipo de unión en Roma eran que: *a) La mujer no era elevada al nivel social del marido, y no tenía el título de mater familiae, el cual era de distinción en la civilización romana. b) Asimismo, la mujer no constituía dote como en las justas nupcias; y c) para la terminación de esta unión no se exigía formalidad alguna como en el caso del divorcio.*

El emperador bizantino León el Filósofo (886-912) prohibió el concubinato. A pesar de la oposición de la iglesia católica, el concubinato continuó durante la Edad Media, y según Escriche, en España existieron tres clases de enlaces de varón y mujer autorizados o tolerados por la ley: el matrimonio de bendiciones, celebrado con las solemnidades de derecho y consagrado por la religión; el matrimonio a juras o juramentado, que era legítimo pero clandestino; y la barraganía, que era propiamente “un contrato de amistad y compañía”, cuyas principales condiciones eran la permanencia y la fidelidad”.

A pesar de los esfuerzos constantes que hizo y hace la iglesia católica, el concubinato sigue creciendo en el mundo, y no solo en países de incipiente cultura y escasa formación integral, sino también en naciones altamente desarrolladas en todo orden de cosas, al punto que hoy en día es común que las jóvenes parejas constituyan uniones de hecho que traen aparejados graves problemas de orden social, psicológicos y jurídicos que al final de cuentas maltratan a la institución familiar, conocida como la piedra angular de toda sociedad. Por todas estas consideraciones, hay que ser sumamente prudentes en la dación de leyes que pueden tener justificaciones pero que indudablemente alientan las uniones de hecho y desalientan el matrimonio.

Actualmente, el concubinato es, al igual que en Roma, una relación de hecho estable entre dos personas de distinto sexo que no han celebrado matrimonio legal y, por lo tanto, su situación jurídica no está asentada en ningún registro público, lo que ocasiona algunos inconvenientes con respecto a la prueba, que generalmente es de testigos. Hay que hacer la salvedad de que puede concedérsele varios derechos afines a una unión matrimonial, en la medida en que obtenga el reconocimiento legal. En algunos países, ciertos derechos emergentes de la convivencia se extienden a parejas del mismo sexo u homosexuales, situación que hasta la fecha no se da en nuestro país, pese a que se han presentado ante el Congreso varios proyectos sobre el tema. Por ejemplo, en Argentina solo se les otorga derechos en la ciudad de Buenos Aires, en Río Negro y en Villa Carlos Paz. En Uruguay se les otorga a estas parejas prestaciones de salud.

En abril de 2008, una jueza de Montevideo reconoció la legalidad del concubinato formado por una pareja homosexual, aplicando la ley 18.246, que así lo establece. En Colombia, paralelamente, se había acordado jurisprudencialmente otorgar derechos a las parejas homosexuales desde el año 2007. En México y en Brasil, solo en el estado de Río Grande do Sul, se reconoce este tipo de unión. Países como España, Países Bajos, Bélgica y Noruega (Europa), Canadá y Estados Unidos —solo en los Estados de California y Massachusetts— (América), y Sudáfrica (en el continente africano) no solo

reconocen como concubinos a los homosexuales sino que incluso se les permite contraer matrimonio legal. En el Perú, el interés del Estado incaico en las uniones de hecho era formalizarla a través del gobernador, con el afán de recibir tributos y contribuciones. Las uniones de hecho en la época de la Colonia tuvieron su origen en la desigualdad social, debido a que los españoles no podían casarse con las mujeres de raza incaica. El concubinato fue en aquella época un fenómeno latente, porque como realidad cultural y sociológica existió tanto en el Derecho precolonial como colonial.

2.1.2.1.3.2. Antecedentes Nacionales

Las Uniones de Hecho en el Perú, también conocidas como concubinato o relaciones de convivencia, son una forma de unión intersexual muy vetusta y longeva que lleva consigo ribetes muy parecidos a los del matrimonio y que ha tenido existencia en nuestro País desde épocas muy remotas. En el incanato, se conoció una especie de unión de hecho bajo el nombre de servinacuy, en realidad el servinacuy era una institución prematrimonial, si quiere llamarse un “matrimonio de prueba”; su origen se remonta a épocas anteriores a los incas, esta institución era y es tan arraigada a las costumbres indígenas, que logró sobrevivir al catolicismo impuesto y a los tres siglos de coloniaje, manteniéndose y robusteciéndose hasta el día de hoy, motivo por el cual el maestro Cornejo Chávez al momento de elaborar el libro de familia del Código Civil vigente, no pudo obviar su regulación. El profesor Mac Lean y Estenos define esta institución desde diversos puntos de vista: jurídicamente se define como “un compromiso entre el padre y el pretendiente de la futura novia”, este último contrae el compromiso de recibir a su hija como parte de su prole, el padre por su parte adquiere la obligación de devolver al pretendiente los obsequios o su equivalente en dinero o en trabajo en caso de que no llegara a formalizarse la relación, socialmente se basa en la necesidad de un previo conocimiento íntimo y completo, sin reserva alguna, aun de índole biológico, para construir después de esta convivencia y siempre que la misma tuviera éxito, un hogar estable y feliz, finalmente servinacuy es un vocablo híbrido, castellano quechuizado que significa “mutuos servicios”.

Si el servinacuy no funcionaba, la joven sometida a tratos sexuales por parte de su eventual pareja regresaba a su hogar, esto no suponía ninguna clase de perjuicio moral, si hubieran procreado un hijo, este permanecía bajo el cuidado de la madre, el hecho de que la mujer haya perdido la virginidad y que no se considere inmoral la convivencia, demuestran que los incas no valoraban la virginidad y que por el contrario las relaciones sexuales eran un síntoma de prestigio.

El historiador **ENCINAS RAMIREZ, Irma. (1991)**, en su libro “La vida cotidiana en el tiempo de los últimos incas” señala lo siguiente del servinacuy: **“Este ensayo permite al joven darse cuenta de las actitudes de su futura y eventual esposa, que debe hacer su comida, confeccionar sus trajes, ayudarle a los trabajos agrícolas. Además, y a título secundario, permitía a la joven apreciar al carácter de su pretendiente y evitar así atar su existencia a la de un borracho o un bruto”, agregando lo siguiente: “La joven que ha tenido relaciones con hombres ha probado con ello, simplemente, la atracción que ejerce y de esto saca prestigio”.**

El concubinato también tuvo sucesión en otras partes del mundo, en Roma no fue considerado como una práctica ilícita, fue considerado como una forma de cohabitación que no poseía “*efectio maritalis*”. En el derecho germano, fue considerado como la unión de dos personas en desigualdad condición social. El catolicismo patrocinado por el concilio de Trento, le dio al concubinato el carácter de “unión ilegítima”, siempre se le colocó en rangos inferiores al matrimonio.

2.1.2.1.3.3. Antecedentes Legislativos

En el Código Civil de 1852 no se regulaban las uniones de hecho, porque se adhirió a la doctrina del Código Canónico sobre el matrimonio.

El Código Civil de 1936 indicaba que las uniones de hecho eran una sociedad de hecho en la que el hombre y la mujer conservan su independencia social y económica, no constituyendo una sociedad como el matrimonio, en el que sí están vinculados en dichos aspectos. Según la Constitución de 1979, la unión de hecho era definida así: “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” SPIJ. (2011), tal como se señalaba en el artículo 9 de la Constitución ya derogada. Existió y existe en el Derecho Republicano como una costumbre muy arraigada, particularmente entre los habitantes de la sierra centro y sur del país, sin contar a los que viven en zonas occidentalizadas. Según Cornejo Chávez (1999), el concubinato adopta diferentes nombres, como *warmichakuy* en el Cusco; *ujtasiña* y *sirvinakuy* en parte de Puno; *uywanakuy*, *servinaki* o *rimaykukuy* en Ayacucho; *phaway tinkuska* en Apurímac; *champtiqraqchay* en Huancavelica; *muchada*, *civilsa* o *civilia* en Junín; la pañaca *sirvinakuy* o *sirvicia* en Huánuco; *mushiapanaki*, *tinkunakuspa*, *watanacuy*, *taatsinakuy*,

mansiba o sirvinakuy en Áncash, entre otros. Etimológicamente, refiere Reyes Ríos, el término concubinato deriva del latín concubinatus, del verbo infinitivo concubere, que literalmente significa dormir juntos o comunidad de lecho. Se trata de una situación fáctica que consiste en la cohabitación de un varón y una mujer para mantener relaciones sexuales estables. Siendo el matrimonio la regla general, por excepción nuestro ordenamiento constitucional y civil admite las uniones de hecho, más conocidas como “concubinato”. En efecto, y recogiendo una realidad en el pueblo peruano, el artículo 5 de la Constitución vigente dispone que la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable. El artículo 326 del Código Civil añade que la unión haya durado por lo menos dos años continuos, sin perjuicio del último párrafo agregado en mérito a la Ley 30007 del 17 de abril del 2013.

2.1.2.1.3. Clasificación de Uniones de hecho

Me parece muy acertada la aportación que hace el abogado **Manuel Monroy Ley** acerca de la clasificación de las uniones de hecho, veamos dos criterios que sostienen para dicha clasificación:

a) Concubinato perfecto o more uxorio: en este caso se da concurrencia de la totalidad de los elementos tipificadores de las uniones de hecho, y se caracteriza por la vida en común de los convivientes de forma asidua y permanente, con semejanza tal al matrimonio, que a los ojos de terceros no hay distinción de importancia. El autor manifiesta que se trata de un matrimonio al cual sólo han faltado las normas de constitución formal, según la ley o religión respectiva. A este tipo de unión se le atribuyen la totalidad de efectos jurídicos, y para un sector de la doctrina, sólo ella es jurídicamente relevante.

b) Simple concubinato: Es aquél que se identifica con la existencia de relaciones sexuales estables, mantenidas en forma extramatrimonial. La diferencia con la precedente sub-clasificación, está en la ausencia de comunidad de vida; si bien existen relaciones estables, pero cada parte conserva su propia habitación. No existe comunidad de vida, ni habitación. No es necesaria la fidelidad recíproca, ni la notoriedad de la unión. Por estas características podemos hablar de adulterio. Esta especie de unión de hecho, por regla general, no produce consecuencias jurídicas.

c) Unión accidental o pasajera: Es la unión sexual extramarital sin estabilidad ni continuidad. Corresponde a la unión sexual pasajera y desprevenida, sin caracteres de continuidad y permanencia. En este sub tipo, no puede ser objeto de análisis por cuanto no contiene ninguno de los requisitos necesarios de un concubinato.

-Dependiendo su forma de inicio:

a) Concubinato directo: Lo que distingue este tipo de concubinato es la intención de los sujetos o su voluntad inicial de mantenerse fuera del marco legal, compartiendo una unión de hecho. Por lo que la intención de los convivientes es simple y sincera de mantener una comunidad de vida estable y permanente, sin sujetarse a las formalidades que se requieren dentro del matrimonio. Las razones por las que no desean establecerse legalmente varían, algunas de estas pueden ser por no querer contraer matrimonio o porque no pueden celebrarlo.

b) Concubinato indirecto: este se forma como una consecuencia ya que en principio la voluntad de los convivientes ha sido adquirir el estado civil de casados, pero no lo adquieren por defecto de forma o fondo en la celebración del matrimonio. El concubinato indirecto deriva de un matrimonio que no ha sido reconocido por la ley como tal. Los miembros de la unión manifiestan la voluntad de celebrar un matrimonio, pero dicha manifestación de voluntad no es idónea para generar los efectos deseados por las partes, sea porque no se cumplió con los requisitos de forma señalados por la ley, o no se cumplió con las solemnidades exigidas por ésta para el reconocimiento jurídico del vínculo matrimonial, siendo el acto celebrado inexistente o, en su defecto, nulo sin cumplir con las condiciones necesarias para ser considerado nulo putativo, quedando los pseudo-contrayentes en situación de concubinato, hasta aquí lo manifestado por el autor.

2.1.2.1.4. Tipos de unión de hecho

- **UNIÓN DE HECHO IMPROPIO:** Un conviviente casado y el otro soltero o cuando ambos son casados.
- **UNIÓN DE HECHO PROPIO:** Aquella convivencia donde ambos solteros.

2.1.2.1.5. Efectos

2.1.2.1.5.1. Efectos personales

- a. Genera una sociedad Gananciales (convivencia). El conviviente no puede separar matrimonios.
- b. La mujer tiene que dar una declaración judicial de convivencia.
- c. Deber de asistencia no es legal, es moral, tiene carácter natural.

- d. Terminar por decisión unilateral, el que se considera perjudicado puede pedir alimentos o indemnización tiene que pedir declaración. La indemnización es que repara el daño.
- e. Conviviente que se fue termino la convivencia.
- f. Deber de cohabitación (deber natural), la ley no lo señala.
- g. Deber de fidelidad no genera adulterio porque no son casados.

2.1.2.1.5.2. Efectos patrimoniales

- a) Genera comunidad de bienes regido por el marco legal que regula la sociedad de gananciales en el matrimonio.
- b) Este régimen patrimonial (común bienes) es único y forzoso.
- c) El artículo 326 c.c condiciona la común de bienes por los 2 años continuos de convivencia.

2.1.2.1.6. Elementos tipificadores de la unión de hecho

Rojina Villegas. Entendemos por elementos tipificadores, aquellos sin los cuales no es posible que la unión de hecho se configure, o aquellos sin los cuales la unión de hecho no es capaz de producir efecto alguno en el ámbito del derecho. Si bien es cierto que no existe unanimidad en torno a los elementos que tipifican la unión de hecho, es posible afirmar que al menos deben concurrir los siguientes:

a) Cohabitación: De acuerdo a las definiciones señaladas, cohabitar implica llevar una comunidad de vida; esto quiere decir, que la pareja debe participar, en mayor o menor medida, en sus aspectos íntimos. Como señalan algunos autores, los sujetos de la unión deben compartir aquellos aspectos personales que en el ámbito matrimonial comparten los cónyuges. Esto no significa que la pareja debe tener las mismas actividades individuales, pero si es necesario que comparta aquellas situaciones que en cierto grado tienen consecuencias para el Derecho, como el matrimonio.

b) Permanencia y Estabilidad: Sin lugar a dudas la permanencia y estabilidad unidas a la comunidad de vida, permiten diferenciar las uniones de hecho de las simples relaciones accidentales o circunstanciales sin trascendencia en el ámbito jurídico. Para estar en presencia de una unión more uxorio, la relación entre los sujetos no debe ser accidental ni momentánea, sino que debe ser constante; la relación que da origen a la unión debe ser continua, de manera que se prolongue con el transcurso del tiempo.

c) Singularidad: es un elemento tipificador de las uniones de hecho tiene relación con la necesidad de que los requisitos exigidos para estar en presencia de este tipo de uniones, deben darse solamente entre dos sujetos, es decir entre un hombre y una mujer. Con esto quedan excluidas las uniones de hecho comunales o grupales. Para algunos autores, este requisito se cumple en la medida de que exista fidelidad recíproca entre los concubinos, es decir, en la medida que estos sean fieles recíprocamente, la unión de hecho se entiende singular.

d) Apariencia de matrimonio o notoriedad: Para estar en presencia de una unión de hecho es necesario que la comunidad de vida, estabilidad y singularidad sean de público conocimiento, es decir, que los elementos que tipifican la unión trasciendan la vida privada de los sujetos. Es imprescindible que la comunidad de vida presente pública notoriedad, de manera que se forme una aparente vida conyugal. Esto quiere decir, que los sujetos deben aparecer frente a terceros como un verdadero matrimonio y que los convivientes tengan un trato de marido y mujer.

e) Ausencia de impedimentos matrimoniales o Aptitud nupcial: Probablemente este sea el elemento más discutido en la doctrina, ya que se trata de determinar si para reconocer la existencia de una unión de hecho es necesario que exista aptitud nupcial entre los convenientes, en el sentido de no encontrarse afectos a algún impedimento matrimonial contemplado en la legislación civil.

f) Ausencia de solemnidades: Sin lugar a dudas este es el elemento que marca la mayor diferencia entre el matrimonio legítimamente constituido y las uniones de hecho declaradas. En efecto, el matrimonio se encuentra regulado por un conjunto de normas jurídicas de carácter imperativo, las cuales no pueden ser modificadas por la sola voluntad de las partes. Dicho estatuto jurídico se encarga de regular el inicio del matrimonio por el cumplimiento de determinadas formalidades; efectos y consecuencias que se producen a lo largo de su desarrollo; y por último su disolución, por las causales que específicamente contempla la legislación

2.1.2.1.7. Causas de las uniones de hecho

Al ser las uniones de hecho producto de un fenómeno sociológico, sus causas pueden ser múltiples. En un intento de sistematización, podrían enunciarse de la forma que sigue:

a. Causas económicas: En los sectores de menos ingresos, puede suponerse que existe una mayor dificultad para establecer, por medio del matrimonio, un vínculo familiar regularmente organizado. Se posterga la decisión matrimonial, y se reemplaza por el mantenimiento de meras convivencias, que no crean cargas ni obligaciones de base legal. Es por ello que, suele señalarse que la frecuencia de la unión de hecho entre un hombre y una mujer es inversamente proporcional a la respectiva elevación en la escala socioeconómica.

b. Causas culturales: Junto al atraso cultural y la falta de seguridad económica, se destaca, como causa principal de la unión de hecho, la falta de desarrollo educacional de los concubinos.

c. Causas de índole religiosa: Esto se da entre la pareja cuando pierden el sentido religioso y espiritual del matrimonio, asimismo la relación de las costumbres que tienen en la sociedad.

d. Causas de índole ideológicas: La familia, como toda institución inserta en una sociedad determinada, participa de los cambios socio-culturales que se producen. Las transformaciones de la estructura social que históricamente se han dado, suelen explicarse por la necesidad de los miembros de la comunidad para adecuarse a los cambios que generan la ciencia y la técnica.

e. Causas jurídicas: Dentro de este tipo de causas, se señala el exceso de formalidades requeridas para la celebración del matrimonio

f. Auge del feminismo: En la actualidad, en virtud de la autonomía económica que ha llegado a obtener la mujer, ésta presenta una mayor capacidad de elección y no necesariamente debe recurrir a la figura del marido proveedor, pudiendo optar por un tipo de unión alternativa al matrimonio.

2.1.2.1.8. División de las gananciales entre los ex concubinos sus herederos.

2.1.2.1.8.1. Concubinato impropio

Denominado impuro donde la unión concubinaria se presenta como una unión extramatrimonial ilegítima por existir un impedimento legal que obstaculiza la realización del matrimonio. En este caso los concubinos no pueden contraerlo porque uno de ellos o

ambos a la vez se hallan unidos a otro enlace civil anterior. Viven en concubinato impropio el varón casado que se une a una mujer soltera, casada, viuda, separada judicialmente, y él divorciado cuyo matrimonio ha sido declarado inválido. Es de advertir, que en el concubinato impropio no solo no pueden contraer matrimonio civil en razón de que uno o ambos están ligados anteriormente a otro enlace de igual naturaleza sino porque además median otras causas expresamente determinadas por la Ley. Este tipo de unión concubinaria exige el cumplimiento de los siguientes requisitos a) Que, se trate de una unión de hecho voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer b) Que, uno de de ellos o ambos tengan un obstáculo legal que es impida contraer matrimonio) Que, los concubinos lleven vida de casados sin estarlo realmente D) Que, se forme el patrimonio concubinario.

2.1.2.1.8.2. Concubinato propio

Denominado puro y se presenta como una unión extramatrimonial duradera entre un varón y una mujer de modo que pueden transformar su situación de hecho en una de derecho por no existir impedimento alguno que obste la realización del matrimonio civil. Viven en concubinato propio los solteros los viudos los divorciados ya que los cuyo matrimonio ha sido declarado nulo judicialmente. Se puede efectuar combinaciones como a aquella unión de varón soltero que convive con una mujer soltera, viuda divorciada y cuyo matrimonio ha sido declarado inválido o como la mujer soltera que se une al hombre soltero, viudo, divorciado, y cuyo matrimonio ha sido declarado también nulo

2.1.2.1.9. Extinción de la Unión de Hecho

El tercer párrafo del artículo 326°, que habla de la extinción del concubinato, expresando que “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 corresponden de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales. Bastará, entonces, la declaración de ausencia, el mutuo acuerdo e inclusive el sólo deseo personal de uno de los convivientes para el conviviente que abandona a su par sin justificación, en efecto el abandono puede optar por una indemnización o por una pensión de alimentos.

2.1.2.1.10. Reconocimiento Legal

2.1.2.1.10.1. Proceso Judicial

Como ya lo dejamos expuesto, la declaración judicial de convivencia o unión de hecho tiene como propósito el cautelar los derechos de cada conviviente sobre los bienes adquiridos durante la unión, entendiéndose que por esta unión de hecho se ha originado una sociedad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto fuera aplicable. Los requisitos que se exigen para instaurar un proceso judicial de reconocimiento de convivencia son los descritos en el artículo 326 del Código Civil: unión libre y voluntaria entre un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, la convivencia debe tener una duración mínima de 2 años continuos y debe gozar de notoriedad y publicidad por terceros. El juez competente es el Juez de Familia y se tramita en la vía del proceso de conocimiento. Legalmente se establece que la declaración de convivencia se prueba a través de la posesión constante de estado a partir de fecha cierta aproximada, con cualquiera de los medios probatorios procesales admitidos, siempre que exista principio de prueba escrita. Este principio alude a que se puede probar con cualquier documento público o privado que demuestre indubitadamente la existencia del concubinato. También se acepta la prueba testimonial.

En ese sentido, constituyen medios de prueba típicos la declaración de parte, la declaración de testigos, partidas de nacimiento de hijos en caso los hubiera, fotografías, inspección judicial, entre otros. Reiteramos que el reconocimiento judicial de convivencia tiene carácter declarativo, en tanto reconoce una situación de hecho ya existente, y cuyos efectos tienen el carácter de retroactivo, esto es, desde el instante mismo en que se cumplen los requisitos exigidos por la ley para la configuración de la unión de hecho.

Como puede apreciarse, la legislación peruana consagra la unión de hecho, estableciendo explícitamente que para ser reconocida como tal requiere el cumplimiento de los requisitos exigidos por la norma constitucional y sustantiva para este tipo de uniones, los mismos que deberán ser acreditados en un procedimiento judicial o notarial, y en donde se declare el reconocimiento convivencial; por lo que no podría sostenerse que la mera declaración de una de las parejas convivenciales como parte de una convivencia será suficiente para configurar de pleno derecho la unión de hecho y, consecuentemente, la comunidad de bienes. Considero –hasta aquí– se ha dado un paso importante para un mayor reconocimiento y formalización de las uniones de hecho, lo que supondría un avance para cautelar cuestiones patrimoniales derivadas de estas uniones.

Sin embargo, la expedición de la Ley N° 29560 requiere de suma concretar su operatividad sino no tendría sentido la intervención del notario si es que la declaración del reconocimiento de la unión de hecho no se haría oponible a terceros, ni tampoco tendría razón de ser la actuación del juez en ese sentido. El mecanismo idóneo para ello es el registro, resultando necesario que en él se pueda publicitar sobre todo los efectos patrimoniales de dicha unión. Sobre las uniones de hecho en sede registral trataremos en seguida.

2.1.2.1.10.2. Proceso Notarial

Declaración notarial de la unión de hecho Originalmente para que una unión de hecho sea declarada como tal, debía acudirse necesariamente ante el Poder Judicial. Sin embargo, con la dación de la Ley N° 29560²¹ que modifica la Ley N° 26662²², se amplía las competencias notariales en asuntos no contenciosos, autorizando a los notarios a declarar una unión de hecho siempre que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 326 del Código Civil, asimismo se autoriza a tramitar su cese, así como la inscripción de tales actos en el Registro Personal. Constituyendo el otorgamiento de aquella ley una alternativa a la competencia de la entidad judicial, buscando lograr de esta manera la descongestión de procesos que tanto aqueja a ésta. Pero, la promulgación de dicha norma no solamente evidencia un claro intento de disminuir la sobrecarga procesal, sino también, y es lo más importante, un paso adicional a favor de un mayor reconocimiento de las uniones de hecho. Sin embargo, creo que al legislador le queda un largo camino por recorrer. El proceso hacia su consolidación aún se encuentra en etapa de avance. Se requiere derribar no pocas barreras jurídicas y sociales, a fin que la unión de hecho logre una efectiva protección a nivel constitucional²⁵ y con ello consolide los derechos que le son inherentes.

i. Requisitos para su tramitación

Las correspondientes disposiciones de la Ley N° 29560 solo se aplica para el caso de parejas convivientes que de común acuerdo decidan tramitar su reconocimiento como tales, pues es un asunto no contencioso en el cual no cabe la formulación de un conflicto por ambos concubinos o por uno de ellos pretendiendo que se le reconozca esa condición. De existir conflicto deben recurrir al órgano judicial. Luego, los convivientes deben cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 326 del Código Civil (concubinato propio o strictu sensu), esto es: mantenida por un varón y una mujer de forma libre y voluntaria, con fines y deberes semejantes al de casados, ninguno de ellos

debe tener impedimento matrimonial, sea conocida por los demás y haya durado por lo menos dos años continuos.

De no cumplir con estas exigencias, estaríamos frente a un concubinato impropio, no procediendo la declaración del reconocimiento de la unión de hecho entre los concubinos. Cumpliendo las parejas convivenciales los requisitos antes indicados, pueden acudir al notario y solicitar la declaración de su reconocimiento como convivientes. Conforme lo indica el artículo 46 de la Ley N° 26662, modificado por la Ley N° 29560, dicha solicitud debe incluir:

- (i) nombres y firmas de ambos solicitantes y también debe llevar firma de abogado, conforme el artículo 14 de la Ley N° 26662;
- (ii) reconocimiento expreso de los solicitantes de que están conviviendo por lo menos dos años de manera continua;
- (iii) 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;
- (vi) certificado domiciliario de los solicitantes, el que debe consignar la misma dirección domiciliaria, pues sería ilógico que se presente certificado domiciliarios con diferentes direcciones de los convivientes si lo que se pretende es demostrar que hacen vida en común compartiendo el mismo techo;
- (iv) certificado negativo de unión de hecho tanto del varón como de la mujer otorgado por el Registro Personal de la oficina registral donde domicilian los solicitantes. Actualmente la emisión de este certificado ya no supone un problema pues existen mecanismos registrales para su otorgamiento;
- (v) declaración de dos testigos indicando que los solicitantes conviven dos años continuos o más; y
- (vi) otros documentos que acrediten que la unión de hecho tiene por los menos dos años continuos. Dichos documentos pueden consistir en recibos de servicios de agua, luz eléctrica o teléfono, partidas de nacimiento de los hijos si los hubiere, etc Las declaraciones o reconocimientos expresos pueden hacerse mediante declaración jurada. Además, si los solicitantes proporcionan información falsa al notario para sustentar su pedido de reconocimiento de unión de hecho, serán pasibles de responsabilidad penal (artículo 51).

Recibida toda la documentación requerida, el Notario, luego de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos por Ley, mandará publicar un extracto de la solicitud en el diario oficial "El Peruano" y en otro de amplia circulación (artículos 13 y 47). Transcurridos

quince días útiles desde la publicación del último aviso, sin que se hubiera formulado alguna oposición²⁷ al reconocimiento de la unión de hecho en trámite, el notario extenderá la correspondiente escritura pública declarando el reconocimiento de dicha unión entre los convivientes (artículo 48). Ahora bien, cumplido el trámite y habiéndose otorgado la escritura pública que reconoce la unión de hecho entre los convivientes, conteniendo la fecha de su inicio y su cese, de ser el caso, además de ciertos requisitos esenciales como los documentos de identidad de ambos concubinos y otros como veremos más adelante, el notario remitirá partes que contiene dicho reconocimiento convivencial (y su cese, de ser el caso) al Registro Personal del lugar donde domicilian los solicitantes para su correspondiente inscripción (artículo 49).

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

Se discute si la declaración judicial o notarial constituye requisito previo para reconocer efectos (derechos y obligaciones) a una unión de hecho o convivencia. Se dice, por un lado, que aquella declaración es contraria a lo que la propia Constitución establece, esto es, no se puede condicionar el nacimiento de derechos de una convivencia a una declaración cuando su reconocimiento se infiere directamente de la norma constitucional y de la norma sustantiva, al cumplir con los requisitos por ellas establecidos. Por otro, es imprescindible esa declaración tanto para proteger derechos de los convivientes de los actos indebidos de uno de ellos, como para los terceros en sus relaciones con los convivientes.

2.1.2.1.11. Las uniones de hecho y su regulación normativa en el Perú

Como es reconocido, 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 en 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 prácticas convivenciales y la mayor secularización de la sociedad y del Estado fue imponiendo a 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 uniones libres se presentaban situaciones inicuas y es que en muchas ocasiones una de las partes-en su mayoría varón- terminaba por apoderarse de los bienes adquiridos por la pareja durante la convivencia. Si bien tal problemática ya había merecido atención del órgano jurisdiccional, entendiendo que estaba frente a un enriquecimiento ilícito, el constituyente de 1979 optó por reconocer esta 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.

2.1.2.1.11.1. Constitución de 1993

Actualmente el Artículo 4 de la Constitución Política del Perú de 1993

Protección del niño, madre, anciano, y la familia. El matrimonio:

“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 de matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”

Artículo 5 de la Constitución Política del Perú de 1993:

Unión de hecho:

“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”

Con la dación principalmente 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.

Debe precisarse que ella 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. Al respecto, cabe precisar 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.

2.1.2.1.11.2. Las uniones de hecho y su regulación en el 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 los cumplen. La idea ha sido otorgar protección jurídica a las uniones de hecho denominadas propias, entre un varón y una mujer sin impedimento matrimonial, que pueden convertirse en matrimonio, diferenciándolas de las impropias.

Artículo 240 del Código Civil de 1984

“Si la promesa de matrimonio se formaliza indubitadamente entre personas legalmente aptas para casarse y se deja de cumplir por la culpa exclusiva de uno de los promitentes, ocasionando con ello daños y perjuicios al otro o terceros, aquel estará obligado a indemnizarlos.

La acción debe interponerse dentro del plazo de un año a partir de la ruptura de la promesa.

Dentro de un mismo plazo, cada uno de los prometidos puede revocar las donaciones que haya hecho a favor del otro por razón del matrimonio proyectado. Cuando no sea posible la restitución, se observa lo prescrito en el artículo 1635”.

Artículo 326 del Código Civil de 1984

“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. 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. 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”. (Este último párrafo ha sido incorporado en mérito a la Ley 30007 del 17 de abril del 2013.)

2.1.2.1.11.3. La regulación normativa de las uniones de hecho en la ley 26662

Según lo comentado en los puntos precedentes, ha quedado claro que el reconocimiento de las uniones de hecho propias en nuestro país estaba a cargo única y exclusivamente del Poder Judicial; sin embargo, la Ley 26662, denominada Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, ha sido ampliada o modificada por la Ley 29560, publicada en El Peruano el 16 de julio del 2010. En esta Ley se autoriza a los notarios a realizar el reconocimiento de la unión de hecho propia contemplada en el artículo 326 del Código Civil de 1984, así como su cese, y su inscripción en el Registro Personal. “Ley considerada como un nuevo mecanismo de protección de la familia y un signo de promoción de las uniones no matrimoniales”. Asimismo, la Ley 26662 ha sido modificada por la Ley 30007 del 17 de abril del 2013.

Por consiguiente, ahora el reconocimiento de las uniones de hecho propias en nuestro país está a cargo o es de competencia del Poder Judicial o de la vía notarial, quedando a libre elección de los miembros de la unión de hecho la decisión de optar por una u otra vía, sin perjuicio de citarse que en caso de algún conflicto o desacuerdo de las partes intervinientes no podrá proseguir el trámite en la vía notarial, sino solo en la vía judicial, ya que el juez es el único que tiene facultades jurisdiccionales y de resolución de los conflictos, mas no los notarios. Este criterio es sustentado en el artículo 6 de la Ley 26662, referido al consentimiento unánime que debe existir en todo procedimiento no contencioso seguido a nivel notarial.

Pero como casi todo en Derecho es cambiante y debe ir de acuerdo con la realidad en tiempo y espacio, desde el día siguiente de la publicación de la Ley 29560, se ha ampliado tácitamente el artículo 2030 del Código Civil de 1984, artículo que regula los actos inscribibles en el Registro Personal, al permitir el acceso a dicho registro del reconocimiento notarial de las uniones de hecho y su cese, así como también se permite desde ese momento el acceso a dicho registro del reconocimiento judicial de las uniones de hecho y su cese, a pesar de que en reiteradas oportunidades se emitieron Resoluciones del Tribunal Registral en el sentido de que la unión de hecho no era un acto inscribible en el registro personal, así como no es un acto inscribible el matrimonio, a manera de comparación.

2.1.2.1.11.4. Las uniones de hecho y su regulación normativa en el ámbito registral

La Ley 26366 crea la SUNARP (organismo público técnico especializado), y en su artículo 2 inciso a) indica los registros que conforman el Sistema Registral Peruano, y dentro de ellos encontramos al Registro de Personas Naturales, el cual a su vez se divide en varios registros, y dentro de este grupo encontramos el Registro Personal (SITRA ZR IX, 2009, pp. 5-10);⁵⁰ por consiguiente, según lo establecido en la Resolución 088-2011-SUNARP-S.A. del 29 de noviembre del 2011, se aprueba la Directiva Nro. 002-2011-SUNARP/SA publicada en el diario oficial El Peruano el miércoles 30 de noviembre del 2011 (a más de un año de la publicación de la Ley 29560, que modifica la Ley 26662), que establece los criterios para la inscripción de las uniones de hecho, su cese y otros actos inscribibles en dicho registro relacionados con el tema materia de comentario, así como el Precedente del LXXV Pleno Registral.

La finalidad de la Directiva Nro. 002-2011-SUNARP/SA es el establecimiento de criterios registrales para la inscripción de las uniones de hecho, su cese y otros actos inscribibles directamente vinculados con el tema.

2.1.2.1.12. La unión de hecho en el Derecho Comparado

2.1.2.1.12.1. El Concubinato en Argentina

El concubinato está constituido por la convivencia de carácter estable y permanente. No es concubinato la unión sexual circunstancial o momentánea de varón y mujer. Se requiere la comunidad de vida que confiera estabilidad a la unión y se proyecta en posesión de estado. No es concubinato la unión que carece de permanencia en el tiempo. Esta permanencia está ligada a su estabilidad. La posesión de estado conyugal o estado conyugal aparente, se nutre del carácter de permanencia, de la perdurabilidad en el tiempo en que ambos convivientes han asumido el rol de marido y mujer, por eso se dice que nada distingue exteriormente, el estado de las personas casadas de las que viven en concubinato. Las causas del concubinato en cada país y según la circunstancia histórica por la que atraviesa puede sostenerse que prevalecen distintas causas, para el aumento de las uniones concubinarias en los países latinoamericanos el desarrollo admite como causa fundamentalmente el factor económico, que inclina a vastos sectores de la sociedad, de escasos recursos, a apartarse del establecimiento de una relación que crea cargas y obligaciones de tipo legal, también el factor cultural. En el norte argentino antiguas tradiciones indígenas son el origen de una convivencia permanente entre hombre y mujer sin incluir la celebración del matrimonio.

2.1.2.1.12.2. El Concubinato en Chile

El concubinato admite un tipo de concubinato completo y se admite otro que se diferencia de la anterior en que falta la comunidad de vida y que por la misma razón constituye una situación clandestina, existe relaciones sexuales estables, pero cada parte conserva su propia habitación. Otra clasificación que se hace del concubinato es la que distingue, entre concubinato directo e indirecto. Directo es aquel en que la voluntad de los concubinos es lisa y llanamente en mantener relaciones sexuales con visos de estabilidad e indirecto es aquel en que la intención inicial no es la de construir tal estado, sino de tenerse como marido y mujer, pero que viene a resultar concubinato por haber faltado algún requisito de existencia de matrimonio. La razón fundamental de que exista una regulación legislativa de la unión de hecho en gran parte en los países

hispanoamericanos se debe sobre todo a que las condiciones sociales y económicas en las que vive gran parte de su población dificultan en la mayoría los casos la celebración del matrimonio. La forma de dar protección varía de un país a otro en algunos casos, se hace en forma tímida, sin más pretensión que evitar situaciones de evidente injusticia, en otros se trata de regular en forma sistemática los efectos de estas uniones, permitiendo que sean los propios interesados, los que en primer lugar puedan adoptar los acuerdos que se acomoden a sus intereses y solo a falta de ellos, otorgar soluciones legislativas y que busquen conciliarlos dos valores fundamentales que están en juego; la libertad personal de los integrantes de la pareja, y la solidaridad para que ninguno quede desprotegido.

2.1.2.1.13. Sentencias de la Corte Suprema sobre la unión de hecho

2.1.2.1.13.1. Casación N° 4687–2011.Lima. Análisis de la sentencia

Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandado Juan Gonzalo Salinas Tapia. Y siendo la demandante doña Olinda Pandia Tapia, dicha demandante sostiene que durante la unión de hecho con el demandado adquirieron tres bienes inmuebles y habiendo sido dispuestos unilateralmente y sin consentimiento de su parte por el demandado, causándole un grave perjuicio económico. Sin embargo, el demandado cuando fundamenta su recurso de apelación a la Sala Superior señalando que la unión de hecho no reconoce el derecho de propiedad. En la sentencia de vista se indica que la actora se separó del demandado en mil novecientos ochenta y cinco al enterarse que se había casado con otra persona, lo que se corrobora con el acta de matrimonio de fecha diez de Enero de mil novecientos ochenta y cuatro, habiéndose frustrado su proyecto de vida, a pesar de catorce años de convivencia. Asimismo, el daño es por haber abandonado a su conviviente, pese haber mantenido una relación de catorce años y habiendo dispuesto y lucrado el patrimonio social. Es el hecho que el bien inmueble ubicado en la calle Cánepa número ciento sesenta y cinco en la Victoria, lo adquirió en mil novecientos sesenta y ocho y que no podían formar parte de los bienes de la unión de hecho y que cuyo inicio empezó en mil novecientos sesenta y nueve. Y que el único bien inmueble que se habría adquirido durante la vigencia de la unión de hecho es el ubicado en la calle Cánepa ciento sesenta y ocho en la Victoria y que la demandante no ha adjuntado pruebas de su contribución a la adquisición de bienes. Y que el bien inmueble de la unión de hecho fue adquirido en vigencia convivencial y que el bien inmueble constituía un patrimonio en común y que impedía al demandado disponer de los inmuebles en perjuicio de la demandada como si se tratar de un bien propio. Por lo que la

sala Civil Permanente Declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por el demandado no casaron la sentencia de vista.

2.1.2.1.13.2. Expediente. Casación N° 981-2011. Lima. Análisis de la sentencia.

Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandante Betty Chiquilin Cruzado, contra la sentencia de vista de fecha veintidós de Septiembre del dos mil diez, Tercer Sala Civil de la corte Superior de Justicia de Lima, que revoca la sentencia apelada y reformándola declararon infundada la demanda e infundada la tacha. La Corte Suprema indica que haciendo un resumen de la controversia señala que con fecha diecisiete de Mayo del dos mil dos, la demandante Betty Chiquilin Cruzado interpone nulidad del contrato de compra venta de bien inmueble y que fue suscrito por su conyugue el demandado Luciano Cano Torres, a favor de Rosa Bolívar Magallanes respecto de una posición de terreno de cuatrocientos metros cuadrados. La sentencia de primera instancia de fecha dieciséis de Noviembre del dos mil nueve el Décimo Juzgado Civil de la Corte Superior de Lima, declaró fundada la tacha formulada por la demandante y fundada en parte la demanda. Sin embargo el contrato celebrado con doña Rosa Bolívar Magallanes deviene en nulo, por no haber participado la conyugue demandante. Empero, apelada la sentencia de primera instancia la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. Resuelve revocar la sentencia apelada en consecuencia declaró INFUNDADA la tacha y la demanda. Y expone la Sala que la declaración judicial, es de carácter voluntario el mismo que no puede sustituir una declaración judicial de unión de hecho, ya que la acreditación corresponde mediante sentencia judicial y no mediante conciliación entre las partes. Por lo que la Corte Suprema manifiesta que lo decidido en segunda instancia resulta congruente con lo decidido en la casación N° 688-95 Lambayeque, en la que se estableció que para poder oponer la existencia de concubinato a terceros este debe ser declarado judicialmente por lo que se declara INFUNDADO el recurso de casación. No casaron la sentencia de vista.

2.1.2.1.13.3. Casación N° 638-99- Jaén

Se trata del recurso de casación interpuesto por Hildebrando Jiménez Peña, contra la resolución de vista de fecha cinco de Marzo de mil novecientos noventa y nueve, expedida por la Sala Mixta Descentralizada de Jaén que confirmando la pelada declara INFUNDADA la demanda en los seguidos por don Hildebrando Jiménez Peña, contra doña Rosalía Sánchez Sánchez, sobre nulidad del acto jurídico de compra venta y otros. Que, el demandante al impugnar la sentencia de vista denuncia la aplicación indebida de

los artículos seiscientos sesenta y ochocientos noventa y ocho del Código Civil, por considerar que en la vista se sustenta por el facimiento de doña Hermenegilda Peña Neyra y que se adicionó a la posesión del predio materia de Litis don Samuel Jiménez Núñez, asimismo se centra en determinar la propiedad del predio, denominado Michinal que doña Hermenegilda Peña Neyra cuando estaba en vida, pudo haber transmitido la propiedad en su condición de heredera y que como consecuencia de la adjudicación efectuada por la dirección agraria a favor de su padre don Samuel Jiménez Peña y con respecto a este extremo declaran infundado el recurso de casación.

2.1.2.2. La prescripción extintiva

2.1.2.2.1. Noción genérica de la prescripción

En una noción genérica, la prescripción se puede entender como un medio o modo por el cual, en ciertas condiciones, el decurso del tiempo modifica sustancialmente una relación jurídica. La prescripción, en esta noción genérica según la explica **Ennecerus**, **“es el nacimiento y la terminación o desvirtuación de derechos en virtud de su ejercicio continuado o de su no ejercicio continuado y, en consecuencia, distingue la prescripción adquisitiva — que nosotros preferimos llamar usucupativa o simplemente usucapión — de la prescripción extintiva. Advierte el tratadista alemán que la prescripción no se configura de un modo uniforme para todas las relaciones jurídicas y que, por tanto, hay que prescindir de una doctrina general de la prescripción, aunque algunas de sus manifestaciones concretas se repitan en las distintas clases de prescripción”.**

La opinión de Ennecerus, que resume la de la doctrina alemana, representa una corriente doctrinal muy acentuada en cuanto a un desarrollo dual de la prescripción: de un lado, la adquisitiva o usucupativa y, de otro, la extintiva o liberatoria. Así, dentro de esta corriente doctrinal ambas clases de prescripción tienen en común que se fundan en el transcurso del tiempo, pese al razonamiento atribuido a Giorgi en el sentido de que nadie puede conquistar un derecho si no es a expensas de quien lo pierde, por lo que la prescripción sería adquisitiva y extintiva al mismo tiempo.

Así planteado el dilema frente a la prescripción, legislación y doctrina peruanas han optado por la diferenciación de las dos clases de prescripción, desde que cada una constituye un instituto jurídico distinto, con sus propias características, aun cuando puedan tener como sustento común el transcurso del tiempo y que ambas sean

instituciones jurídicas que se fundamentan en consideraciones de orden público. El decurso del tiempo es, pues, el que produce los efectos jurídicos necesarios para que operen tanto la prescripción adquisitiva como la prescripción extintiva. Por la primera, el simple poseedor de un bien puede devenir en propietario y, por la segunda, el titular de un derecho no podrá ejercitar útilmente la acción que le es correlativa para hacer efectiva su pretensión.

2.1.2.2.2. Concepto

La prescripción extintiva es una institución jurídica creada por el derecho a fin de que, ante la inacción del acreedor de una relación jurídica patrimonial durante el transcurso de un tiempo determinado por ley se genere el nacimiento de un derecho potestativo a favor de su deudor, de modo tal que éste último pueda destruir el derecho de crédito que el primero tenía en su contra.

De esta manera, la prescripción extintiva otorga al deudor una relación jurídica patrimonial el derecho a no pagar su acreencia sin que ello le signifique incurrir en incumplimiento. Nuestra jurisprudencia casatoria ha recogido dicho criterio al señalar que la normativa referida a la prescripción está orientada a destruir el derecho, esto es, a extinguir definitivamente el derecho material.

2.1.2.2.3. Fundamento

La prescripción pareciere favorecer al deudor, es decir a quien no cumple una obligación. Pero no es así, por los fundamentos siguientes: el orden público y la presunción de pago.

El Orden Público. Si uno de los fines del Derecho es la paz y el orden público, sin la prescripción no sería eficaz para mantener ese orden público. El deudor estaría atado por una eternidad al acreedor, habría procesos civiles entre unos y otros en cualquier tiempo. El odio entre las partes sería inacabable. Por eso el derecho provee al acreedor un tiempo prudente para cobrar. Si en ese plazo o hace uso de su acción para cobrar, castiga su negligencia, extinguiendo la acción. Por eso la prescripción mantiene la paz.

LA PRESUNCIÓN DE PAGO: Si el deudor ha pagado tiene derecho a recibir una nota de pago o recibo y la ley le obliga a que guarde ese recibo por cinco años. Es por eso que la ley presume jure et jure que si el acreedor no cobra por ese lapso de tiempo, es como si el deudor le hubiera pagado.

2.1.2.2.4. Antecedentes históricos

Los antecedentes históricos de la prescripción se remontan al derecho romano, que le dio el perfil de institución jurídica, habiendo, en el tiempo, precedido la prescripción usucupativa a la prescripción extintiva. La usucapio (de usucapere: adquirir por el uso), según **Petit**, apareció en Roma como un modo de adquirir la propiedad de las cosas por una posesión suficientemente prolongada, siendo necesario para usucapir, apoderarse de una cosa y hacer uso de ella. La inacción prolongada del propietario equivalía al abandono tácito de su derecho y, al cabo de un tiempo, la adquisición quedaba consumada en beneficio del poseedor. El peligro que significaba ese modo de adquirir lo limitó la Ley de las XII Tablas, que prohibió la usucapio de las cosas robadas, introduciendo la idea del justo título y de la buena fe en la posesión. Mucho tiempo después, según el propio Petit, luego de haberse fijado por los jurisconsultos romanos las condiciones necesarias para la usucapio, apareció otra institución destinada a proteger a los poseedores de fundos, para los cuales no se aplicaba la usucapio, y que era la praescriptio longi temporis. La gran obra de Justiniano, que resumió las instituciones jurídicas romanas en el Corpus Iuris Civilis, fusionó la praescriptio longi temporis con la usucapio, siendo así receptada por la codificación civil moderna.

2.1.2.2.5. La prescripción en la codificación civil moderna

Con los remotos antecedentes que han quedado expuestos, la prescripción fue receptada, básica y fundamentalmente, por la codificación civil. Así, en 1804 el Código francés la legisó en sus dos modalidades, como usucapio y como prescripción extintiva, estableciendo que “la prescripción es un modo de adquirir o de liberarse por transcurrir un espacio de tiempo en las condiciones determinadas por la ley” (artículo 2219°), para luego desarrollar un tratamiento unitario, tanto en lo atinente a la prescripción adquisitiva como en lo correspondiente a la prescripción extintiva. El tratamiento que el Código de Napoleón dispensó a la prescripción influyó en los Códigos del siglo XIX y es así como, entre otros, los Códigos chileno, colombiano, argentino, de Costa Rica y de España, aún vigentes, por ejemplo, regularon la prescripción adquisitiva y la prescripción extintiva como si fueran los aspectos de una sola institución jurídica. El Código Civil de 1852, también bajo la influencia del Code Civil, le dio este tratamiento. Considerando inconveniente el tratamiento legislativo unitario, la doctrina comenzó a formular el planteamiento dual impulsado por la doctrina alemana y que ha sido seguido por la codificación civil a partir de 1900, fundándose en que, aparte del elemento fáctico del

transcurso del tiempo, los requisitos exigibles para una y otra prescripción son distintos. Según anota De Gasperi, razón tuvo Savigny al impugnar por falsas las expresiones adquisitiva y extintiva, pues, en su opinión, no había una prescripción construida con reglas sencillas, por lo que propugnó la doctrina que concluye en que no puede haber una teoría general de la prescripción aplicable a todas las relaciones jurídicas y a los derechos que emergen de ellas, fueran absolutos o relativos. Acogiendo las ideas de Savigny, el Código alemán, vigente desde 1900, legisló por separado la usucapión, como un modo de adquisición de la propiedad de las cosas, y, la prescripción, como un modo de extinción de las pretensiones.

Similar tratamiento le dieron a la prescripción el Código brasileño de 1917 —de gran influencia en el Código Civil peruano de 1936—, el Código italiano, el Código boliviano y el Código paraguayo, así como el vigente Código Civil peruano, al legislar sobre la usucapión como un modo de adquirir la propiedad o como un efecto de la posesión, y, separadamente, sobre la prescripción extintiva, siendo éste el tratamiento que recibe en la codificación contemporánea, pese a que Códigos del siglo XX como el mexicano para el Distrito Federal y el venezolano han mantenido el tratamiento unitario.

El Código brasileño que ha venido a derogar al de 1917 mantiene el tratamiento dual de la prescripción. Paralelamente a la codificación civil, la codificación mercantil comenzó también a legislar sobre la prescripción, aunque, obviamente, sólo sobre la extintiva y sin introducir una normatividad sistemática y completa más allá de precisar características muy propias, pero dejando su tratamiento y desarrollo, básicamente, a la codificación civil, por lo que nunca se ha desarrollado una doctrina de la prescripción distinta a la desarrollada por la doctrina civilista. La desmembración de la codificación mercantil ha traído como consecuencia que las leyes especiales en las que se ha ido desmembrando legislen sobre la prescripción extintiva.

2.1.2.2.6. La prescripción en la codificación civil peruana

El Código Civil de 1852, como los demás Códigos del siglo XIX, como ya hemos advertido, no pudo sustraerse a la influencia del Código napoleónico y dio a la prescripción el mismo tratamiento al desarrollar de manera unitaria tanto la que denominó de dominio (usucupativa) como la de acciones (extintiva). El Código de Comercio de 1902, que adaptó a nuestro medio el Código de Comercio Español de 1885, obviamente legisló sólo sobre la prescripción extintiva. El Código Civil de 1936 acogió criterio distinto al de 1852 y, siguiendo la corriente doctrinal impuesta por los pandectistas alemanes que

trazaron la distinción que se adoptó en el BGB y que se reflejó en el Código brasileño de 1917, legisló por separado la prescripción adquisitiva o usucupativa y la prescripción extintiva. De este modo, llevó la prescripción adquisitiva al Libro Cuarto dedicado a los Derechos Reales, legislando separadamente la usucapión inmobiliaria de la mobiliaria, y, la prescripción extintiva al Libro Quinto dedicado al Derecho de las Obligaciones, aunque sin hacer una radical desvinculación, ya que, según su artículo 876º, “rigen en esta prescripción (la adquisitiva), las reglas establecidas para la extintiva en cuanto sean aplicables”.

Esta disposición fue calificada por **Jorge Eugenio Castañeda** como **“ilógica e incongruente, si se acepta que la prescripción adquisitiva y la extintiva son instituciones disímiles, pues así parece haberlo entendido el legislador cuando las instaló en diferentes Libros”**.

Planteada la reforma del Código Civil de 1936, como ponentes que fuimos ante la Comisión Reformadora, propugnamos el mantenimiento del tratamiento dual de la prescripción a fin de que la prescripción adquisitiva continuara tratada en el Libro de los Derechos Reales, por ser este instituto un modo de adquirir la propiedad de los bienes y constitutivo de derechos reales, y que la prescripción extintiva se llevara a un Libro especial y no se le mantuviera ligada al Libro de las Obligaciones. Indicamos que el transcurso del tiempo, que es el sustento de ambas clases de prescripción, en la usucupativa produce un efecto erga omnes en favor del prescribiente, lo que no ocurre en la extintiva, que libera al prescribiente únicamente respecto del sujeto con quien tenía entablada una relación jurídica particular, a lo que debemos precisar ahora, atendiendo a la posición asumida por el Código Civil, que no se trata de liberarlo del cumplimiento de una prestación sino de reconocerle la posibilidad de oponer la prescripción frente a la pretensión que contra él se quisiera hacer valer. Concluimos en que tan sustancial diferencia eximía de mayor abundamiento para justificar el mantenimiento del trato legislativo del Código Civil de 1936, aunque, como hemos indicado, no solo sustrayendo la prescripción extintiva del Libro de las Obligaciones, sino instalándola en un Libro especial.

El Código Civil vigente desde el 14 de noviembre de 1984 llevó, pues, a la prescripción extintiva a un Libro especial —el Libro VIII— que legisla también sobre la caducidad. A la prescripción adquisitiva, tanto mobiliaria como inmobiliaria, la legisla al hacerlo sobre los modos de adquisición de la propiedad (artículos 950º y 953º) y sin reproducir la norma del artículo 876º del Código anterior. Según el artículo 950º, la propiedad inmueble se

adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años y, a los cinco años, cuando median justo título y buena fe.

Por el artículo 951º, la adquisición por prescripción de un bien mueble requiere la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante dos años si hay buena fe, y por cuatro si no la hay. El artículo 952º faculta al prescribiente a entablar juicio para que se le declare propietario, indicando que la sentencia es título para la inscripción de la propiedad en el Registro de la Propiedad Inmueble y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño. Por último, el artículo 953º —reiterando el texto del artículo 875º del derogado Código de 1936— mantiene como causal de interrupción del decurso prescriptorio la pérdida o la privación de la posesión, salvo que se recupere antes de un año o si por sentencia se restituye.

Como excepción al principio que regula las normas que hemos dejado expuestas y a la doctrina que las informa, el Código Civil legisla también sobre la pérdida de derechos reales por el no uso. Se trata de la extinción del usufructo por el no uso del usufructuario durante cinco años, conforme al inciso 2 del artículo 1021º, y de la extinción de las servidumbres, también por el no uso durante cinco años, conforme al artículo 1050º. En ambos casos, la prescripción es usucupativa y no extintiva porque no es una praescriptum actionem, pues opera en favor del titular del derecho sobre la cosa fructífera y del titular del derecho sobre el predio sirviente, respectivamente. Por último, la regulación del arbitraje, materia desprendida del Código Civil vigente, en la actualidad sometida a la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, ha introducido también normas sobre prescripción extintiva, que se suman a las de otras leyes especiales

2.1.2.2.7. Prescripción usucupativa y prescripción extintiva

Considerando el tratamiento dual que a partir de 1936 la codificación civil peruana viene dando a la prescripción, es conveniente establecer el fundamento doctrinal de la separación de la prescripción usucupativa de la prescripción extintiva. Contra la posición sostenida por la doctrina unitarista, que estima a la prescripción como la transformación reconocida por la ley de una situación de hecho en una situación de derecho por el transcurso del tiempo, la doctrina dualista sostiene que si bien tal transformación se produce en la prescripción adquisitiva, salvo el caso que opere por el no uso, no ocurre lo mismo con la prescripción extintiva, porque en esta lo que se desvanece es la situación jurídica como consecuencia del no ejercicio de la correspondiente acción protectora del derecho.

El transcurso del tiempo, según escribió León Barandiarán en sus comentarios al Código Civil peruano de 1936, puede tener un efecto decisivo en cuanto a las recíprocas situaciones del titular de un derecho frente al sujeto pasivo del mismo dentro de la órbita de la prescripción extintiva, puesto que el resultado que sobreviene es la modificación de la situación entre los dos sujetos, en razón de que uno de ellos puede liberarse ante el accionar del otro oponiéndole, precisamente, la prescripción extintiva. En la prescripción usucupativa, por el contrario, se crea una modificación en la posición jurídica del usucapiente que no solo atañe al anterior propietario, contra el cual la prescripción adquisitiva se produce, sino erga omnes, porque se ha constituido un derecho real en favor del prescribiente. La doctrina que distingue la usucapión de la prescripción, encuentra, pues, fundamentos de diversa índole para justificar y explicar el tratamiento diferenciado.

Así, atendiéndose a los requisitos para prescribir, en la adquisitiva se requiere, como factor determinante, de la posesión del usucapiente, que es un hecho positivo; mientras que en la prescripción extintiva se requiere, también como factor determinante, de la inacción del titular del derecho que está en la posibilidad de accionar, que es un hecho negativo. Por el ámbito de aplicabilidad de la prescripción, la adquisitiva solo es susceptible de aplicarse a los derechos reales que pueden ser materia de posesión, mientras que la extintiva se aplica no solo a los derechos reales, sino también a los creditorios, y en general, a los de naturaleza patrimonial. Por los efectos de la prescripción, en la usucupativa los efectos son adquisitivos y extintivos, pues los derechos los adquiere el usucapiente y los pierde el anterior titular del derecho; mientras que en la extintiva, los efectos son meramente extintivos, porque solo liberan al deudor de la acción del acreedor para hacer efectiva su pretensión y le dan un medio de defensa que oponerle. Por último, es del caso destacar que el tratamiento dual de la prescripción no permite determinar una sola naturaleza jurídica, como tampoco, es obvio, un concepto único de ella. Siendo un vocablo anfibológico, solo la dualidad permite su explicación: de un lado, como prescripción adquisitiva y, de otro, como prescripción extintiva.

2.1.2.2.8. Prescripción extintiva y caducidad

El decurso del tiempo dota de afinidad a la prescripción extintiva y a la caducidad, lo que determina una relativa confusión. Sin embargo, la doctrina ha establecido la diferenciación que ha sido acogida por el Código Civil peruano. En efecto, el Código Civil las diferencia con nitidez, pese a las confusiones que ofrecen, pues para la prescripción

extintiva se extingue la acción, que debe interpretarse como la pretensión, mas no el derecho (artículo 1989º), mientras que para la caducidad se extingue el derecho y la acción correspondiente (artículo 2003º), ya no entendida como pretensión sino como el derecho de acción, esto es, como derecho a la jurisdicción.

2.2. Definiciones teóricas

- **Pretensión:** La Pretensión procesal es el acto de declaración de voluntad exigiendo que un interés ajeno se subordine al propio, deducida ante juez, plasmada en la petición y dirigida a obtener una declaración de autoridad susceptible de ser cosa juzgada que se caracteriza por la solicitud presentada.

- **Derecho imprescriptible:** Imprescriptible es un término que pertenece al ámbito del derecho, y está relacionado con la prescripción. Imprescriptible es la condición de un hecho delictivo que no puede ampararse en su invalidez por el paso del tiempo. Imprescriptible significa que no puede prescribir, es decir, que no pierde vigencia ni perece por el transcurso del tiempo. Un derecho imprescriptible es un derecho que nunca perderá validez.

- **Unión de hecho:** Es una unión de hecho o fáctica, por la cual un hombre y una mujer conviven sin estar casados legalmente, o sea sin constituir una unión legal o de derecho, como sí lo es el matrimonio, aunque actualmente produce algunos efectos legales, debido a la gran cantidad de parejas que optan por no casarse y prefieren vivir juntos pero sin atadura legal, tal vez por el costoso trámite de divorcio si la pareja no llegara a funcionar, o simplemente por no creer en la institución matrimonial.

- **Familia:** La familia, según la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. En muchos países occidentales, el concepto de la familia y su composición ha cambiado considerablemente en los últimos años, sobre todo, por los avances de los derechos humanos y de los homosexuales.

2.3. OBJETIVOS

2.3.1. Objetivo General

-Determinar si resulta posible que el reconocimiento de la unión de hecho es una pretensión imprescriptible

2.3.2. Objetivo Especifico

-Establecer si mediante jurisprudencia es posible el reconocimiento de la unión de hecho como una pretensión imprescriptible.

-Analizar cuáles fueron las razones para que, mediante resolución judicial, la Corte suprema haya determinado que el reconocimiento de la unión de hecho es una pretensión imprescriptible

-Indicar la diferencia entre derechos prescriptibles e imprescriptibles.

-Analizar la importancia de regular la imprescriptibilidad de la unión de hecho.

2.4. VARIABLE.

2.4.1. Variable Independiente

- Acción de Reconocimiento de unión de hecho

2.4.2. Variable Dependiente

-Imprescriptibilidad

2.5. INDICADORES DE LAS VARIABLES

2.5.1. De la Variable Independiente

- Demandas de unión de hecho de los Juzgados

2.5.2. De la Variable Dependiente

- Excepciones amparadas de imprescriptibilidad de unión de hecho

- Demandas amparadas de reconocimiento de la unión de hecho

- Ausencia de Desarrollo legislativo

2.6. SUPUESTOS.

2.6.1. Supuesto General

- La unión de hecho es imprescriptible

2.6.2. Supuesto Específico

1. La acción de reconocimiento de dicha unión no está sujeta a plazo prescriptorio

2. Los derechos humanos son por su propia naturaleza imprescriptibles

3. La unión de hecho, es un derecho fundamental y tiene una protección

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.

La presente investigación se enmarca dentro del nivel de investigación DESCRIPTIVA EXPLICATIVA de tipo socio jurídico.

3.2. MUESTRA.

La muestra de estudio estuvo constituida por Casación N° 1532-2013. Lambayeque- declaración de unión de hecho.

3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

Las técnicas a utilizarse en el presente trabajo de investigación son las que a continuación se detallan:

ANÁLISIS DOCUMENTAL, con esta técnica se obtendrá la información sobre la Casación N° 1532-2013. Lambayeque- declaración de unión de hecho.

- Constitución Política del Perú
- Código Civil
- Ley No. 26662- LEY DE COMPETENCIA NOTARIAL EN ASUNTOS NO CONTENCIOSOS

3.4. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

Para la recolección de datos se realizó las siguientes actividades:

- Se solicitó la Casación N° 1532-2013 Lambayeque- declaración de unión de hecho al Catedrático responsable del Programa de titulación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UCP.
- Luego se realizó el análisis de la Casación N° 1532-2013. Lambayeque- declaración de unión de hecho, desde el punto de vista normativo y legal mediante el método descriptivo-explicativo partiendo desde el marco constitucional, civil y ley especial.
- Se procedió posteriormente a la elaboración de los resultados encontrados.

- La recolección estuvo a cargo de la autora del método de caso.
- El procesamiento de la información se realizó mediante el uso de la Constitución Política del Perú (1993), Código Civil y Código Procesal Civil.
- Durante toda la recolección de información se aplicaron los principios éticos y valores.

3.5. VALIDEZ Y CONFIABILIDAD DEL ESTUDIO.

Los instrumentos utilizados no fueron sometidos a validez y confiabilidad, por tratarse de instrumentos documentarios, exentos de mediciones y por tratarse de una investigación de tipo descriptivo con respecto a la Casación N° 1532-2013. Lambayeque- declaración de unión de hecho.

PLAN DE ANÁLISIS, RIGOR Y ÉTICA.

En todo momento de la ejecución del anteproyecto, se aplicó los principios de la ética, así como los valores de la puntualidad, orden y se tuvo en cuenta la confidencialidad, anonimato y privacidad.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

Con respecto al análisis de la Casación N° 1532-2013. Lambayeque- emitido por la Sala Plena de la Corte Suprema, sobre la prescripción de la unión de hecho, se tiene los siguientes resultados:

1. La Sala Suprema afirma que la Comunidad y el Estado, de acuerdo al artículo 4 de la Constitución, protegen a la Familia, y promueven el matrimonio, y que la unión de hecho esta reconocido en el artículo 5 de la misma norma, y que esta, además del matrimonio, también es fuente generadora de una familia, a la que, la Constitución, le brinda su protección.

2. Asimismo, sostiene que el derecho a fundar una familia, es un derecho humano que está reconocido en al artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el artículo 15.1 del Protocolo de San Salvador, los que son fuente generatriz de derechos como lo consagra la Cuarta Disposición Final de la Constitución Política en concordancia con el artículo 3; y que encontrándose implícito el artículo 5 de la Carta Magna, que reconoce la unión de hecho, y el derecho a fundar una familia, la acción de reconocimiento de dicha unión no está sujeta a plazo prescriptorio, pues los derechos humanos son por su propia naturaleza imprescriptibles, según la convención de Viena.

3. La unión de hecho es un derecho fundamental que está regulado en el artículo 5 de la Constitución Política del Perú, que sostiene que La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes, sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

4. La unión de hecho, es un derecho fundamental y tiene una protección especial de parte del Estado. En su dimensión subjetiva, la unión de hecho protege, por un lado, a los convivientes de las intervenciones injustificadas del Estado y de los particulares; y por otro lado, cautela los intereses de uno de los convivientes frente al otro, en caso separación unilateral.

5. La unión de hecho no está regulado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tampoco en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y menos en la Convención Americana de Derechos Humanos; pero si regula el derecho a fundar una familia, y a protegerla, de lo cual se puede desprender una protección internacional, producto de una interpretación infraexcluyente a favor de los derechos humanos, la misma que está a cargo del Comité de Derechos Humanos y la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos.

6. La Sala, prescribe que la previsión contenida en el artículo 1994.3 del Código Civil, relacionada con la aplicación del artículo 2001, inciso 1 del Código Civil, en la cual sustenta la Sala de Mérito la apelada, debe entenderse en el sentido que el plazo prescriptorio se refiere a las acciones derivadas de los actos jurídicos que se hubiesen podido celebrar entre los convivientes, mas no encierra una previsión respecto a la prescripción de la acción de reconocimiento, por lo que la resolución que declara fundada la excepción de prescripción se sustenta en una errónea interpretación del artículo 1994.3 del Código Civil, y siendo uno de los fines de la casación la correcta interpretación de la norma jurídica, corresponde casar la recurrida y actuando en sede de instancia declararla nula y confirmar la de la primera instancia.

7. Sobre el particular, si el derecho a la unión de hecho es imprescriptible, no es aplicable al caso el artículo 2001, inciso 1 del Código Civil que se refiere a la prescripción de las acciones personales; tampoco se debe tener en cuenta las causales de suspensión de la prescripción reguladas en el artículo 1994, inciso 3 del Código Civil, que como acertadamente lo ha sostenido la Sala Suprema, que el plazo prescriptorio de este último artículo se refiere a las acciones derivadas de los actos jurídicos que se hubiesen podido celebrar entre los convivientes, mas no respecto a la acción de reconocimiento de la unión de hecho.

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN

1. Doña Olga Tomasa Cruzado Armas interpone demanda de declaración de unión de hecho contra don Segundo Wilson Coronel, con quien tuvo una relación convivencial desde 1983, por un periodo de más de 14 años, habiendo tenido tres hijos y adquirido determinados bienes.

1. Don Segundo Wilson Coronel Ruiz formula excepción de prescripción extintiva de la acción, niega la relación convivencial; y en último caso, considera que la acción para reclamar judicialmente la declaración de unión de hecho es una acción personal, por lo que ya prescribió, al haber pasado más de diez años.

2. La Juez del Primer Juzgado de Familia de Chiclayo declaró infundado la excepción de prescripción extintiva deducida por don Segundo Wilson Coronel Ruiz porque considera que la unión de hecho tiene como propósito cautelar los derechos de cada concubino, entendiéndose que por la unión de hecho se ha originado una sociedad de gananciales sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto fuera aplicable y como tal es imprescriptible, siendo éste derecho absoluto y perpetuo y como tal no se extingue por el transcurso del tiempo.

3. Al ser apelada dicha resolución la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambaye que resolvió declarar nula la resolución que declaró infundada la excepción de prescripción extintiva porque la resolución apelada que desestimó la excepción de prescripción extintiva por considerar que “tiene como propósito el cautelar los derechos de cada concubino de los bienes adquiridos durante la unión, la que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales” no precisó en qué norma jurídica se apoya dichos fundamentos para exceptuar de la prescriptibilidad a la demanda, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 122.3 del Código Procesal Civil.

4. Al regresar el cuaderno de excepción nuevamente al Primer Juzgado de Familia de Chiclayo, la Juez vuelve a declarar infundada la excepción de prescripción extintiva deducida por el demandado Segundo Wilson Coronel Ruiz, señalando que anteriormente la demandante solicitó el reconocimiento de la unión de hecho ante el Segundo Juzgado de Familia de Chiclayo en el expediente N° 1136-2004, el mismo que se archivó sin pronunciamiento sobre el fondo, por lo que el plazo de prescripción se ha visto

interrumpido por la nueva demanda de acuerdo al artículo 1994, inciso 3 del Código Civil que señala expresamente que se suspende los plazos de prescripción en los casos de la uniones de hecho.

5. Al ser apelada dicha resolución la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque resuelve revocar la resolución apelada que declara infundada la excepción de prescripción extintiva de la acción y reformándola lo declaran fundada, en consecuencia nulo lo actuado y por concluido el proceso.

6. La decisión se fundamenta en que la pretensión para pedir la declaración de la existencia de la unión de hecho constituye una acción personal, y conforme al artículo 2001.1 del Código Civil dicha clases de acciones prescriben a los 10 años a partir del momento en que resulta ejercitable, que no se acreditado supuesto de derecho ni razón de hecho que conduzca asumir que la unión de hecho es imprescriptible; y que al haber concluido el proceso anterior (Expediente N° 1136-2004) en abandono debió asumirse implícitamente que la pretensión era prescriptible, ya que de otro modo debió haberse desestimado dicha declaración de abandono y que la resolución confirmatoria no asume la tesis de imprescriptibilidad; y teniendo en cuenta los términos finales de la relación convivencial y la adición de los lasos de omisión de ejercicio de la acción arrojan un plazo mayo a los diez años que establece el artículo 2001.1 del código civil, por lo que en el presente caso el trámite de la Litis vulnera la seguridad jurídica, por significar el procesamiento de una reclamación prescrita, debiendo procederse conforme al artículo 451.5 del Código Procesal Civil.

7. El recurso de casación interpuesto por doña Olga Tomasa Cruzado Armas señala que el auto revisor de la Sala Civil que resuelve revocar la resolución apelada, carece de motivación jurídica, porque la pretensión de la existencia de la unión de hecho no es una acción civil personal, que la unión de hecho es un derecho fundamental y por lo tanto es imprescriptible, que el Código Civil no regula la prescripción de esta acción, que está prohibido aplicar la analogía y los principios generales del derecho a este caso y bajo el análisis del principio de proporcionalidad en sentido estricto (ponderación) los derechos de la demandante en su calidad de conviviente tienen una protección intensa frente a la seguridad jurídica del demandado; y que no ha sido valorado las nuevas pruebas presentadas por la demandante.

8. El recurso de casación fue declarado procedente por la causal de infracción normativa y procesal.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES

- La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema declara fundado el recurso de casación interpuesto por doña Olga Tomasa Cruzado Armas, casaron la resolución de vista que revoca la apelada y reformándola declara fundada la prescripción extintiva de la acción, nulo lo actuado y concluido el proceso, en consecuencia, NULA la misma, y actuando en sede de instancia, CONFIRMARON la apelada que declaro infundada la excepción de prescripción.

- La Sala sostiene que la sentencia de la vista ha cumplido con los requisitos mínimos de toda resolución judicial; es decir, que contiene las consideraciones fácticas y jurídicas en las cuales el Colegiado Superior fundamenta su decisión; sin embargo, se ha dado una errónea interpretación a la norma contenida en el artículo 1994, inciso 3 del Código Civil.

- La Sala afirma que la Constitución consagra en su artículo 4, la protección que la Comunidad y el Estado brindan a la Familia, a la par que promueven el matrimonio. Que el artículo 5 de la Constitución reconoce 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. Que la unión de hecho es también fuente generadora de una familia[6] a la que, la Constitución, le brinda su protección.

- Asimismo, la Sala, sostiene que el derecho a fundar una familia, es un derecho humano que está reconocido en al artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el artículo 15.1 del Protocolo de San Salvador, los que son fuente generatriz de derechos como lo consagra la Cuarta Disposición Final de la Constitución Política en concordancia con el artículo 3.

- La Sala, señala que encontrándose implícito el artículo 5 de la carta Magna, que reconoce la unión de hecho, el derecho a fundar una familia, la acción de reconocimiento de dicha unión no está sujeta a plazo prescriptorio, pues los derechos humanos son por su propia naturaleza imprescriptibles, según la convención de Viena.

- La Sala, prescribe que la previsión contenida en el artículo 1994.3 del Código Civil, relacionada con la aplicación del artículo 2001, inciso 1 del Código Civil, en la cual sustenta la Sala de Mérito la apelada, debe entenderse en el sentido que el plazo prescriptorio se refiere a las acciones derivadas de los actos jurídicos que se hubiesen podido celebrar entre los convivientes, mas no encierra una previsión respecto a la prescripción de la acción de reconocimiento, por lo que la resolución que declara fundada la excepción de prescripción se sustenta en una errónea interpretación del artículo 1994.3 del Código Civil, y siendo uno de los fines de la casación la correcta interpretación de la norma jurídica, corresponde casar la recurrida y actuando en sede de instancia declararla nula y confirmar la de la primera instancia.

CAPÍTULO VII

RECOMENDACIONES

- Se recomienda al Estado Peruano para que vele por la nueva propuesta legislativa y permita que se garantice el principio de eficacia dentro de este tema que ya tiene sus procedimientos bien definidos, en cuanto al reconocimiento de la no prescriptibilidad de la unión de hecho.
- A las universidades para que se incentive a los estudiante a profundiza en el estudio de la unión de hecho y no permitan que el día de mañana sean vulnerados los principios y garantías constitucionales.
- Es necesario que se modifique la Constitución Política del Perú en su Art. 5° y se establezca la protección de los bienes inmuebles de la unión de hecho impropia
- Es necesario, que se modifique el Art. 326 del C.C. y se precise que los bienes inmuebles de la unión de hecho impropia les corresponde, si primeramente el inmueble se encuentran registrado en los registros públicos

CAPÍTULO VIII

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- GUSTAVO BOSSERT y EDUARDO ZANNONI. (2004) *.Manual e Derecho de Familia tomo I 6° edición actualizada .Editorial Astrea. Ciudad de Buenos Aires Argentina*
- BELLUSCIO AUGUSTO, César. (2004) *.Manual de derecho de familia tomo II 7 ° edición actualizada .Editorial Astrea. Ciudad de Buenos Aires Argentina.*
- CORNEJO CHAVEZ, Héctor. (1999). *Derecho familiar peruano. Gaceta Jurídica editores SR L Lima Perú.*
- ENCINAS RAMIREZ, Irma. (1991).*Teoría y Técnicas en la investigación educacional. Editorial AVE SA.2da.Edición*
- GARCIA FARCONÍ, José “Análisis Jurídico sobre la existencia de la Unión de Hecho y su Terminación en la legislación ecuatoriana”. *Editorial Regis. Quito, Ecuador.*
- MONROY LEY, Manuel Vicente. *La necesidad de regular el reconocimiento de la Unión de Hecho post - mortem en la Vía Extrajudicial”, pág. 30*
- PERALTA ANDIA, Javier R.(1996).*Derecho de familia a en el Código Civil. Editorial Idemsa .Lima Perú.*
- ROJINA VILLEGAS; Rafael. (1979) *Compendio de derecho civil. Personas y familia .Editorial Porrúa S.A México 1.D.F.*

CAPÍTULO IX

ANEXOS

Código Civil

Irrenunciabilidad de los derechos fundamentales Artículo 5º.-

El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el Artículo 6º

Noción Artículo 1302º.- Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado. Con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes. La transacción tiene valor de cosa juzgada.

Contenido de la transacción Artículo 1303º.- La transacción debe contener la renuncia de las partes a cualquier acción que tenga una contra otra sobre el objeto de dicha transacción.

Formalidad de la transacción Artículo 1304º.- La transacción debe hacerse por escrito, bajo sanción de nulidad, o por petición al juez que conoce el litigio.

Derechos transigibles Artículo 1305º.- Sólo los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción.

Código Procesal Civil

“Artículo 82.- Patrocinio de intereses difusos Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor. Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la Ley y criterio del Juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello.

Las Rondas Campesinas que acrediten personería jurídica, tienen el mismo derecho que las Comunidades Campesinas o las Comunidades Nativas en los lugares donde éstas no existan o no se hayan apersonado a juicio. Si se promueven procesos relacionados con la defensa del medio ambiente o de bienes o valores culturales, sin la intervención de los Gobiernos Locales indicados en el párrafo anterior, el Juez deberá incorporarlos en calidad de litisconsortes necesarios, aplicándose lo dispuesto en los Artículos 93 a 95. En

estos casos, una síntesis de la demanda será publicada en el Diario Oficial El Peruano o en otro que publique los avisos judiciales del correspondiente distrito judicial. Son aplicables a los procesos sobre intereses difusos, las normas sobre acumulación subjetiva de pretensiones en lo que sea pertinente.

En caso que la sentencia no ampare la demanda, será elevada en consulta a la Corte Superior. La sentencia definitiva que declare fundada la demanda, será obligatoria además para quienes no hayan participado del proceso. La indemnización que se establezca en la sentencia, deberá ser entregada a las Municipalidades Distrital o Provincial que hubieran intervenido en el proceso, a fin de que la emplee en la reparación del daño ocasionado o la conservación del medio ambiente de su circunscripción.”

Artículo 446.- Excepciones proponibles.- El demandado sólo puede proponer las siguientes excepciones:

1. Incompetencia;
2. Incapacidad del demandante o de su representante;
3. Representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado;
4. Oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda;
5. Falta de agotamiento de la vía administrativa;
6. Falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado;
7. Litispendencia;
8. Cosa Juzgada;
9. Desistimiento de la pretensión;
10. **Conclusión del proceso por conciliación o transacción;**
11. Caducidad;
12. Prescripción extintiva; y,
13. Convenio arbitral.

Artículo 453.- Amparo de las excepciones de litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión o conclusión del proceso por conciliación o transacción.- Son fundadas las excepciones de litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión o conclusión del proceso por conciliación o transacción, respectivamente, cuando se inicia un proceso idéntico a otro:

1. Que se encuentra en curso;
2. Que ya fue resuelto y cuenta con sentencia o laudo firme;
3. En que el demandante se desistió de la pretensión; o,
4. En que las partes conciliaron o transigieron.

ANEXO 1

MATRIZ DE CONSISTENCIA

MÉTODO DE CASO: “LA ACCIÓN DE RECONOCIMIENTO DE UNION DE HECHO ES UNA PRETENSIÓN IMPRESCRIPTIBLE – CASACIÓN N° 1532-2013 LAMBAYEQUE”

AUTOR: Nora Melissa Bardales Lozano

PROBLEMA	OBJETIVOS	SUPUESTOS	VARIABLE	INDICADORES	METODOLOGÍA
La procedibilidad de la prescripción en el reconocimiento de la unión de hecho	GENERAL: Determinar si resulta posible que el reconocimiento de la unión de hecho es una pretensión imprescriptible ESPECÍFICOS: -Establecer si mediante jurisprudencia es posible el reconocimiento de la unión de hecho es una pretensión imprescriptible. -Analizar cuáles fueron las razones para que mediante resolución judicial la Corte suprema haya determinado el reconocimiento de la unión de hecho es una pretensión imprescriptible -Indicar la diferencia entre derechos prescriptibles e imprescriptibles. -Analizar la importancia de regular la imprescriptibilidad de la unión de hecho.	Supuesto General La unión de hecho es imprescriptible. Supuestos Específicos 1. La acción de reconocimiento de dicha unión no está sujeta a plazo prescriptorio 2. los derechos humanos son por su propia naturaleza imprescriptibles 3. La unión de hecho, es un derecho fundamental y tiene una protección	Variable Independiente --Acción de Reconocimiento de la Unión de hecho Variable Dependiente -Imprescriptibilidad	De la Variable Independiente - Demandas de unión de hecho de los Juzgados De la Variable Dependiente - Excepciones amparadas de imprescriptibilidad de unión de hecho - Demandas amparadas de reconocimiento de la unión de hecho - Ausencia de Desarrollo legislativo	MÉTODO DE INVESTIGACIÓN. La presente investigación se enmarca dentro del nivel de investigación DESCRIPTIVA EXPLICATIVO socio-jurídico MUESTRA. La muestra de estudio estuvo constituida por la Casación N° 1532-2013. Lambayeque TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS. Las técnicas a utilizarse en el presente trabajo de investigación fue el análisis documental de la Casación N° 1532-2013. Lambayeque. - Constitución Política del Perú - Código Civil - Ley No. 26662- LEY DE COMPETENCIA NOTARIAL EN ASUNTOS NO CONTENCIOSOS

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1532-2013
LAMBAYEQUE
DECLARACIÓN DE UNIÓN DE HECHO**

UNIÓN DE HECHO: Encontrándose implícito en el reconocimiento de la unión de hecho, por el Art. 5° de la Constitución Política del Estado, el derecho humano a fundar una familia, la acción para la declaración de la existencia de dicha unión es imprescriptible.

Lima, siete de marzo
de dos mil catorce.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: Vista la causa número mil quinientos treinta y dos – dos mil trece, en audiencia pública de la fecha, producida la votación con arreglo a la ley, emite la siguiente sentencia.-----

MATERIA DEL RECURSO DE CASACIÓN: Se trata del recurso de casación interpuesto por Olga Tomasa Cruzado Armas a fojas ciento noventa y cinco, contra el auto de vista de fecha veintiocho de diciembre de dos mil doce, que revoca la apelada que declaró infundada la excepción de prescripción extintiva de la acción; y, reformándola, la declara fundada; en consecuencia, nulo lo actuado y concluido el proceso.-----

FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO: El recurso de casación fue declarado procedente mediante Resolución de fecha cuatro de julio de dos mil trece, **por la causal de**

infracción normativa material y procesal, en la cual se denuncia que se ha infringido: **a) El artículo 2001 inciso 1 del Código Civil:** Alega la impugnante que la Sala Superior considera que al haberse superado el supuesto de interrupción del decurso prescriptorio el cómputo se reinicia y se ha superado el plazo que prevé el inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil; sin embargo, la Sala Superior no ha tomado en cuenta la declaración del demandado de fecha ocho de julio de mil novecientos noventa y nueve, en la cual sostiene que a tal fecha no tenía ningún bien; que tampoco se ha tenido en cuenta la constancia emitida por la Directora del Colegio Santa Ángela de fecha catorce de marzo de dos mil doce, en el sentido que ambas partes han asistido a reuniones pedagógicas y actividades extracurriculares hasta el año dos mil uno; que no se ha valorado el acta extrajudicial de fecha trece de junio de dos mil trece, en

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1532-2013
LAMBAYEQUE
DECLARACIÓN DE UNIÓN DE HECHO**



la cual el demandado se compromete a entregar un inmueble y darle una pensión de ciento cincuenta nuevos soles; que no se ha tenido en cuenta la demanda de declaración de unión de hecho de fecha veinte de diciembre de dos mil cuatro; y **b) Falta de motivación y fundamento jurídico, infracción del inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial e inciso 4 del artículo 122 del Código Procesal Civil:** Alega la impugnante que el fundamento 3.7 de la recurrida, concluye que teniendo en cuenta los términos finales de la conclusión de la relación convivencial reclamada por la actora, la adición de los plazos de omisión en el ejercicio de la acción arrojan un plazo inevitable mayor a los diez años, por lo que el trámite de la *litis* vulnera la seguridad jurídica; que la Sala Superior no ha tomado en cuenta para el cómputo de la prescripción algunos medios de prueba que ponen en duda lo que dice, esto es, que ya han transcurrido más de diez años desde la separación convivencial.-----

CONSIDERANDO: -----



Primero.- Olga Tomasa Cruzado Armas, interpone demanda de declaración de unión de hecho contra Segundo Wilson Coronel Ruiz. Fundamenta su demanda en que: **a)** Desde el año mil novecientos ochenta y tres ha mantenido relaciones convivenciales con el demandado, de las cuales aproximadamente catorce años han sido consecutivas; **b)** Que durante ese tiempo, lograron ahorrar una considerable suma de dinero para la compra de un lote de terreno (dinero que era guardado por el demandado), la cual no pudo concretarse, pues en el año mil novecientos noventa y ocho encontró al demandado en actos de infidelidad con la empleada del hogar, hecho que ocasionó que éste abandonase el hogar convivencial; **c)** Que al requerir la devolución del dinero que le corresponde, no encontró respuesta alguna; **d)** Que con dicho dinero el demandado ha adquirido bienes muebles e inmuebles.-----



Segundo.- El demandado Segundo Wilson Coronel Ruiz formula la excepción de prescripción extintiva de la acción, sustentándola en que: **a)** La supuesta convivencia que argumenta la demandante se produjo desde el año mil novecientos ochenta y tres es falsa, ya que nunca convivió con la demandante

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1532-2013
LAMBAYEQUE
DECLARACIÓN DE UNIÓN DE HECHO**

en forma continua por más de los dos años que exige la ley, pues gran parte del tiempo siempre tuvieron conflictos e incompatibilidad para hacer vida de familia o vida en común; **b)** La única relación que tuvo con la demandante se dio por sus hijos, pero el nacimiento de éstos no acredita el plazo de convivencia.-----

Tercero.- Olga Tomasa Cruzado Armas absuelve la excepción alegando que: Anteriormente interpuso una demanda de unión judicial de hecho (Expediente número 2004 - 1136), el cual terminó sin declaración sobre el fondo en el año dos mil siete, por tanto no ha existido pronunciamiento firme al respecto; por consiguiente, en virtud al artículo 1996 inciso 3 del Código Civil ha existido una interrupción del plazo de prescripción, el que recién comienza a regir desde esa fecha hacia adelante, es decir, si el proceso anterior terminó en el año dos mil siete sin declaración sobre el fondo, la demandante tiene hasta el año dos mil diecisiete para interponer la presente demanda.-----

Cuarto.- Mediante auto de fojas cuarenta y nueve, se declaró infundada la excepción de prescripción extintiva al concluir que: **a)** Si bien el inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil establece como plazo de prescripción para las acciones personales diez años; sin embargo, debe tenerse en cuenta que la presente acción es de reconocimiento de unión de hecho, y tiene como propósito cautelar los derechos de cada concubino sobre los bienes adquiridos durante la unión, la que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto fuera aplicable y como tal es imprescriptible siendo éste derecho absoluto y perpetuo y como tal no se extingue por el transcurso del tiempo. Al ser apelada dicha resolución, la Sala Superior expide el auto de vista de fojas ochenta declarando nula la resolución apelada, al concluir que: **a)** El interés de la actora es obtener participación patrimonial en los bienes adquiridos por el demandado por considerar que corresponden a la comunidad de bienes resultante de la relación convivencial entre ambos, advirtiéndose que no existen hijos menores de edad; **b)** La apelada ha desestimado la excepción deducida por considerar que *“tiene como propósito el cautelar los derechos de cada concubino respecto a los bienes adquiridos durante la unión, la que se*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 1532-2013
LAMBAYEQUE
DECLARACIÓN DE UNIÓN DE HECHO

sujeta al régimen de la sociedad de gananciales”, sin precisar en qué norma jurídica se apoya para exceptuar de la prescriptibilidad a la demanda, contraviniendo lo dispuesto por el artículo 122 inciso 3 del Código Procesal Civil.-----

Quinto.- En cumplimiento de lo dispuesto por el superior jerárquico, se emite el Auto de fojas ciento dieciocho, que declara infundada la excepción de prescripción extintiva, en razón de que: **a)** Si bien nuestro ordenamiento legal señala expresamente los casos que por mandato de la ley son imprescriptibles y, si como señala el demandado, el interés de la demandante es la participación en los gananciales de los bienes adquiridos, ésta solo se dará durante el período de vigencia de la unión convivencial; así se tiene que si los cónyuges durante la vigencia del matrimonio han adquirido bienes, éstos serán considerados como bienes sociales que serán repartidos en una eventual liquidación de la sociedad en un cincuenta por ciento para cada uno de los cónyuges; que, en el caso de las uniones de hecho, los gananciales generados de los bienes comunes que se hubieren adquirido durante el período de dicha unión, serán comprendidos dentro del régimen similar al de la sociedad de gananciales, la que en el caso de autos será materia de pronunciamiento en la decisión final; **b)** Realizando un parangón entre la institución del matrimonio y la unión de hecho, en el supuesto negado que habiendo transcurrido más de diez años sin que uno de los cónyuges hubiera solicitado el divorcio, ya no tendría el derecho de pedirlo conforme corresponda, así la prescripción extintiva o liberatoria es el medio por el cual el transcurso del tiempo unido a la inacción del titular del derecho extingue la acción, pero no el derecho mismo. El derecho de acción, es un derecho por el cual todo sujeto en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva recurre a través de su representante legal o apoderado al órgano jurisdiccional, a fin de solucionar un conflicto de intereses. Todas las acciones son prescriptibles, con excepción de aquéllas que la ley declara inmunes a la acción del tiempo y al silencio o inacción que guarda el titular del derecho respectivo, como lo señala el artículo 1994 inciso 3 del Código Civil.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1532-2013
LAMBAYEQUE
DECLARACIÓN DE UNIÓN DE HECHO**



Sexto.- El demandado Segundo Wilson Coronel Ruiz interpone apelación contra dicho auto. La Sala Superior mediante auto de vista de fojas ciento cincuenta y dos, revoca la apelada y reformándola declara fundada la excepción de prescripción extintiva de la acción; en consecuencia, nulo lo actuado y concluido el proceso, al considerar que: **a)** La pretensión para pedir la declaración de la existencia de una unión de hecho constituye una acción personal y, conforme al artículo 2001 numeral 1 del Código Civil dicha clase de acciones prescribe a los diez años, a partir del momento en que resulte ejercitable; **b)** No se ha acreditado el supuesto de derecho ni la razón de hecho que conduzca a asumir la imprescriptibilidad de la pretensión contenida en la demanda, tanto mas si el móvil determinante es exclusivamente patrimonial, con el añadido que ya ha existido un proceso anterior sobre la misma materia, entre las mismas partes (Expediente número 1136-2004) que ha concluido por abandono y sin pronunciamiento sobre el fondo, lo que significa que: **i)** Al declararse la conclusión del proceso por abandono, ha debido asumirse implícitamente que la pretensión era prescriptible, ya que de otro modo, por aplicación directa del artículo 350 inciso 3 de Código Procesal Civil debería haberse desestimado dicha declaración de abandono; y, **ii)** La resolución de vista confirmatoria de fojas treinta y seis, tampoco asume la tesis de la imprescriptibilidad, sino que a efecto del cómputo de la excepción considera el lapso entre el término de la relación convivencial y la de la interposición de la demanda; que al haberse superado el supuesto de interrupción del decurso prescriptorio, el cómputo del plazo se ha reiniciado y se ha superado el plazo que prevé el artículo 2001 numeral 1 del Código Civil; **c)** Así, el fundamento 4.2.3 de la resolución de vista de fojas ochenta y uno ha establecido que la pretensión materia del presente proceso no es imprescriptible; **d)** Ni la demandante, al absolver el traslado de la excepción, ni el juzgador al resolverla han asumido similar posición respecto a la imprescriptibilidad, sino que solo han argumentado aspectos relativos a la interrupción o a la vigencia más reciente de la convivencia; que, en el caso del Juzgado, éste ha determinado la aplicación analógica de las reglas legales sobre el divorcio, en el entendido



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 1532-2013
LAMBAYEQUE
DECLARACIÓN DE UNIÓN DE HECHO

que, como no hay término para declarar el divorcio, tampoco lo hay para reclamar la declaración de la unión de hecho; no obstante, este argumento contiene una fractura lógica, por cuanto la Constitución ni la ley autorizan a favor de la unión de hecho un traslado en bloque y sin restricción de las normas reguladoras de la institución matrimonial, sino en cuanto sean aplicables, por lo que si bien es cierto las normas que regulan el matrimonio civil no han establecido plazo para demandar el divorcio, sin embargo en el presente caso no se ha propuesto una demanda para poner fin a la unión convivencial -que puede terminar por la sola decisión unilateral de uno de los convivientes- sino para declarar su existencia durante un lapso determinado y procurar la liquidación patrimonial de la pretendida comunidad de bienes; e) Finalmente, teniendo en cuenta cualquiera de los términos de la conclusión de la relación convivencial, el ejercicio de la acción arroja un plazo inevitablemente mayor a los diez años que prevé el artículo 2001 numeral 1 del Código Civil. Que contra dicha resolución de vista, Olga Tomasa Cruzado Armas interpone recurso de casación, correspondiendo resolver según los términos en que ha sido admitido.-----

Séptimo.- Que existiendo denuncias por vicios *in iudicando* e *in procedendo*, corresponde verificar primero si se ha configurado o no esta última causal, pues en caso de ser estimada, se dispondrá el reenvío de la causa al estadio procesal correspondiente, impidiendo que sea factible el análisis de las normas materiales en las que se sustenta o debió sustentarse la resolución recurrida----

Octavo.- Analizando el agravio contenido en el acápite **b)** de la presente resolución, cabe señalar que revisada la sentencia de vista, se observa que se ha cumplido con los requisitos mínimos de toda resolución judicial, es decir, contiene las consideraciones fácticas y jurídicas en las cuales el Colegiado Superior fundamenta su decisión; sin embargo se advierte que se ha dado una errónea interpretación a la norma contenida en el artículo 1994 inciso 3 del Código Civil, conforme se analiza a continuación.-----

Noveno.- La Constitución Peruana consagra en su artículo 4° la protección que la Comunidad y el Estado brindan a la familia a la par que promueven el

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 1532-2013
LAMBAYEQUE
DECLARACIÓN DE UNIÓN DE HECHO

matrimonio. En tanto que el artículo 5° reconoce que la unión estable de varón y 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. Se advierte, en principio, que el artículo 4° protege a la familia sin discriminar su origen, aunque tampoco sin desconocer que debe promoverse al matrimonio como base de su constitución. Eso quiere decir que según la Constitución Política del Estado del año mil novecientos noventa y tres, la unión de hecho es también fuente generadora de una familia a la que brinda su protección, a diferencia de la Constitución del año mil novecientos setenta y nueve que solo la otorgaba a la familia matrimonial¹. Así debe considerarse al matrimonio como la principal fuente de la que surge una familia. Pero no significa que sea la única fuente²-----

Décimo.- El que la unión de hecho, según la Carta Magna del año mil novecientos noventa y tres sea fuente generadora de una familia, la que también merece su protección así como la de la comunidad, nos conduce a su vez al derecho humano a fundar una familia, reconocido en el artículo 17° de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 23° del Pacto

¹ El Tribunal Constitucional respecto al modelo constitucional de la familia en la Constitución de 1993, en el Exp. 04493-2008-PA/TC ha señalado que: 7. *El constitucionalismo de inicios del siglo XX otorgó por primera vez a la familia un lugar en las normas fundamentales de los Estados. Sin embargo, es de precisar que en los inicios del referido siglo se identificaba al matrimonio como único elemento creador de la familia... No obstante ello, en las últimas décadas del siglo XX, la legislación y jurisprudencia comparada se esmeraron en distinguir los conceptos de familia y matrimonio, estableciendo que el matrimonio no era la única manera de generar familia. Por ejemplo, en las constituciones de 1979 y 1993 se recoge como conceptos distintos la familia y el matrimonio. 8. En lo que respecta a la familia, siendo un instituto constitucional, ésta 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 todo ello es que se hayan generado estructuras familiares distintas a la tradicional, como son las familias de hecho, las monoparentales o las reconstituidas.*

De igual forma, el Tribunal Europeo ha interpretado el concepto de "familia" en términos amplios: *La noción de familia no está circunscrita a relaciones basadas en el matrimonio y puede abarcar otros vínculos de "familia" de facto donde las partes están viviendo juntas fuera del matrimonio* (Corte IDH, Caso Atala Rizzo vs. Chile, parr. 172. Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, parr. 69).

² PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F. "Familia, Matrimonio, Convivencia y Constitución", en *Jus Constitucional*, 6/2008, pp.83-142

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1532-2013
LAMBAYEQUE
DECLARACIÓN DE UNIÓN DE HECHO**



Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³ y artículo 15.1. del Protocolo de San Salvador⁴, los que son fuente generatriz de derechos en nuestro país, como así lo consagra la Cuarta Disposición Final de la Constitución Política⁵, que contiene el principio de los derechos humanos implícitos, en concordancia con el artículo 3 de la Carta⁶.-----



Décimo Primero.- Ahora bien, encontrándose implícito en el artículo 5° de la Carta Magna, que reconoce a la unión de hecho, el derecho humano a fundar una familia, la acción de reconocimiento de dicha unión no está sujeta a plazo prescriptorio, pues los derechos humanos son por su propia naturaleza imprescriptibles, según la Convención de Viena.-----



Décimo Segundo.- Que, en esa línea de argumentación, la previsión contenida en el artículo 1994.3 del Código Civil –y que se halla relacionada con la causal denunciada en el ítem **a) del recurso de casación** en relación con la aplicación del artículo 2001 inciso 1 del Código Civil– en la cual sustenta la Sala de Mérito la apelada, debe entenderse en el sentido que el plazo prescriptorio se refiere a las acciones derivadas de los actos jurídicos que se hubiesen podido celebrar entre los convivientes, más no encierra una previsión respecto a la prescripción de la acción de reconocimiento, sentido al que se refiere el fundamento quinto de la Resolución Suprema de fecha cuatro de julio de dos mil trece, que declara procedente la casación.-----



Décimo Tercero.- Que así la resolución recurrida que declara fundada la excepción de prescripción se sustenta en una errónea interpretación del artículo 1994.3 del Código Civil, y siendo uno de los fines de la casación la



³ Ambos tratados de derechos humanos consagran “el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”

⁴ Según el art. 15.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador): *Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna.*

⁵ Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

⁶ Art. 3 de la Constitución Política del Estado: La enumeración de los derechos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1532-2013
LAMBAYEQUE
DECLARACIÓN DE UNIÓN DE HECHO**

artículo 1994.3 del Código Civil, y siendo uno de los fines de la casación la correcta interpretación de la norma jurídica, corresponde casar la recurrida y actuando en sede de instancia, declararla nula y confirmar la de primera instancia.-----

Por tales fundamentos y en aplicación del artículo 396 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley número 29364, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Olga Tomasa Cruzado Armas, a fojas ciento noventa y cinco; **CASARON** la resolución de vista de fecha veintiocho de diciembre de dos mil doce, de fojas ciento cincuenta y dos, que revoca la apelada y reformándola declara fundada la prescripción extintiva de la acción, nulo lo actuado y concluido el proceso, en consecuencia **NULA** la misma; y **actuando en sede de instancia: CONFIRMARON** la apelada de fecha seis de julio de dos mil doce, de folios ciento dieciocho que declaró infundada la excepción de prescripción; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Olga Tomasa Cruzado Armas con Segundo Wilson Coronel Ruíz, sobre Declaración de Unión de Hecho; y los devolvieron. Ponente señora del Carpio Rodríguez, Jueza Suprema.

S.S.

TICONA POSTIGO

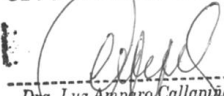
VALCÁRCEL SALDAÑA

DEL CARPIO RODRÍGUEZ

MIRANDA MOLINA

CUNYA CELI

SE PUBLICO CONFORME A LEY


Dra. Luz Amparo Callapina Cosio
Secretaria (e)
Sala Civil Transitoria
CORTE SUPREMA

9

13 MAY 2014

Viernes, 16 de julio de 2010

Ley que amplía la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, y la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades

LEY N° 29560

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE AMPLÍA LA LEY NÚM. 26662, LEY DE COMPETENCIA NOTARIAL EN ASUNTOS NO CONTENCIOSOS, Y LA LEY NÚM. 26887, LEY GENERAL DE SOCIEDADES

Artículo 1.- Modificación del artículo 1 de la Ley núm. 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos

Modifícase el artículo 1 de la Ley núm. 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, el cual queda redactado de la siguiente forma:

“Artículo 1.- Asuntos No Contenciosos.- Los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante el notario para tramitar según corresponda los siguientes asuntos:

(...)

8. Reconocimiento de unión de hecho.

9. Convocatoria a junta obligatoria anual.

10. Convocatoria a junta general.”

Artículo 2.- Incorporación de los títulos VIII y IX a la Ley núm. 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos

Incorpóranse el título VIII, Declaración de unión de hecho, y el título IX, Convocatoria a junta obligatoria anual y a junta general de accionistas, a la Ley núm. 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, los cuales quedan redactados de la siguiente forma:

“TÍTULO VIII

DECLARACIÓN DE UNIÓN DE HECHO

Artículo 45.- Procedencia.- Procede el reconocimiento de la unión de hecho existente entre el varón y la mujer que voluntariamente cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 326 del Código Civil.

Artículo 46.- Requisito de la solicitud.- La solicitud debe incluir lo siguiente:

1. Nombres y firmas de ambos solicitantes.
2. Reconocimiento expreso que conviven no menos de dos (2) años de manera continua.

21/07/2010 4:54
Actualizado al: 24/06/10

Página 1

3. 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.

4. Certificado domiciliario de los solicitantes.

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.

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

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

Artículo 47.- Publicación.- El notario manda a publicar un extracto de la solicitud de conformidad con lo establecido en el artículo 13.

Artículo 48.- Protocolización de los actuados.- Transcurridos quince (15) días útiles desde la publicación del último aviso, sin que se hubiera formulado oposición, el notario extiende la escritura pública con la declaración del reconocimiento de la unión de hecho entre los convivientes.

Artículo 49.- Inscripción de la declaración de unión de hecho.- Cumplido el trámite indicado en el artículo 48, el notario remite partes al registro personal del lugar donde domicilian los solicitantes.

Artículo 50.- Remisión de los actuados al Poder Judicial.- En caso de oposición, se procede conforme a lo dispuesto en el artículo 6.

Artículo 51.- Responsabilidad.- Si cualquiera de los solicitantes proporciona información falsa para sustentar su pedido ante el notario público, será pasible de responsabilidad penal conforme a la ley de la materia.

Artículo 52.- Cese de la unión de hecho.- Si los convivientes desean dejar constancia de haber puesto fin a 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 reconocimiento del cese de la convivencia se inscribe en el Registro Personal.

TÍTULO IX

CONVOCATORIA A JUNTA OBLIGATORIA ANUAL Y A JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS

Artículo 53.- Procedencia.- Procede la convocatoria notarial a junta general cuando el órgano social encargado de la convocatoria no lo hubiera hecho, pese a haberlo solicitado el mínimo de socios que señala la ley y se haya vencido el término legal para efectuarla.

En el caso de junta obligatoria anual, procede cuando un socio o el titular de una sola acción con derecho a voto lo soliciten.

En ambos casos se verifica el cumplimiento de lo establecido en los artículos 117 y 119 de la Ley núm. 26887, Ley General de Sociedades.

Artículo 54.- Requisitos para la solicitud.- La solicitud para la convocatoria debe incluir lo siguiente:

1. Nombre, documento nacional de identidad y firma del solicitante o de los solicitantes.
Sistema Peruano de Información Jurídica Ministerio de Justicia

21/07/2010 4:54
Actualizado al: 24/06/10

Página 2

2. Documento que acredite la calidad de socio. En el caso de sociedades anónimas:

- a) Matrícula de acciones y/o
- b) presentación del certificado de acciones.

3. En el caso de otras formas societarias, el testimonio de escritura pública donde conste la inscripción de una o varias participaciones y/o la certificación registral.

4. En el caso de sociedades en comandita, el socio acredita su condición de tal según modalidad establecida en la Ley núm. 26887, Ley General de Sociedades.

5. Copia del documento donde se expresa el rechazo a la convocatoria y/o copia de la carta notarial enviada al directorio o a la gerencia, según sea el caso, solicitando que se celebre la junta general.

Artículo 55.- Publicación.- El notario manda a publicar el aviso de la convocatoria respetando las formalidades establecidas en el artículo 116 de la Ley núm. 26887, Ley General de Sociedades.

Artículo 56.- Protocolización de los actuados.- El notario encargado de la convocatoria a petición de él o los socios debe dar fe de los acuerdos tomados en la junta general o en la junta obligatoria anual, según sea el caso, levantando un acta de la misma, la que protocoliza en su Registro Notarial de Asuntos No Contenciosos en caso que no se le ponga a disposición el libro de actas respectivo, dejando constancia de este hecho, si se le presenta el libro de actas y hay espacio suficiente, el acta se extiende en él. Si no se le presenta el libro matrícula de acciones, deja constancia de este hecho en el acta y se procede con la junta con la información que se tenga. El parte, el testimonio o la copia certificada del acta que se levante es suficiente para su inscripción en los Registros Públicos.

Artículo 57.- Remisión de los actuados al Poder Judicial.- En caso de tramitarse la convocatoria y presentarse la oposición de uno o más socios titulares de participaciones y acciones con derecho a voto o de la misma sociedad, el notario tiene la obligación de remitir lo actuado al juez competente.”

Artículo 3.- Modificación de los artículos 117 y 119 de la Ley núm. 26887, Ley General de Sociedades

Modifícanse los artículos 117 y 119 de la Ley núm. 26887, Ley General de Sociedades, los cuales quedan redactados en los términos siguientes:

“Artículo 117.- Convocatoria a solicitud de accionistas

Cuando uno o más accionistas que representen no menos del veinte por ciento (20%) de las acciones suscritas con derecho a voto soliciten notarialmente la celebración de la junta general, el directorio debe indicar los asuntos que los solicitantes propongan tratar.

La junta general debe ser convocada para celebrarse dentro de un plazo de quince (15) días de la fecha de publicación de la convocatoria.

Si la solicitud a que se refiere el acápite anterior fuese denegada o transcurriesen más de quince (15) días de presentada sin efectuarse la convocatoria, el o los accionistas, acreditando que reúnen el porcentaje exigido de acciones, pueden solicitar al notario y/o al juez de domicilio de la sociedad que ordene la convocatoria, que señale lugar, día y hora de la reunión, su objeto, quién la preside, con citación del órgano encargado, y, en caso de hacerse por vía judicial, el juez señala al notario que da fe de los acuerdos.

Artículo 119.- Convocatoria judicial

Si la junta obligatoria anual o cualquier otra ordenada por el estatuto no se convoca dentro Sistema Peruano de Información Jurídica Ministerio de Justicia

21/07/2010 4:54
Actualizado al: 24/06/10

Página 3

del plazo y para sus fines, o en ellas no se tratan los asuntos que corresponden, es convocada a

pedido del titular de una sola acción suscrita con derecho a voto, ante el notario o el juez del domicilio social, mediante trámite o proceso no contencioso.

La convocatoria judicial o notarial debe reunir los requisitos previstos en el artículo 116.”

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, al uno de julio de dos mil diez.

LUIS ALVA CASTRO
Presidente del Congreso de la República

MICHAEL URTECHO MEDINA
Segundo Vicepresidente del
Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los quince días del mes de julio del año dos mil diez.

ALAN GARCÍA PÉREZ
Presidente Constitucional de la República

JAVIER VELASQUEZ QUESQUÉN
Presidente del Consejo de Ministros

LA UNION DE HECHO

1. Nociones

Existe diversas formas de denominarla, así tenemos que se suele llamar convivencia more uxorio, pareja de hecho, matrimonio de hecho, unión libre, concubinato, pareja no casada, unión extramatrimonial, etc.

Concubinato o unión de hecho, es una situación de hecho derivada de la convivencia de un hombre y una mujer no unidas por matrimonio, pero si para cumplir finalidades semejantes al matrimonio y que comparten un proyecto de vida común basada en relaciones afectivas de carácter singular y dotadas de estabilidad y permanencia. Empero, de esta definición, falta algunas notas distintivas para caracterizarla de otras uniones de las que goza de protección jurídica.

El matrimonio y las uniones de hecho, tienen una regulación jurídica distinta, y la elección entre una de ellas recae en las personas, y dicha elección por ser libre y voluntaria obedece a las opciones y perspectivas personales, las que requieren el respeto a la diferencia tanto en los diversas esferas de la vida en sociedad.

El derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio o formar una Unión de Hecho, y a fundar una familia está inmerso en el derecho a la libertad personal y de desarrollar sus proyectos de vida. En la Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente No. 2868-2004-AA/TC) en el Décimo Cuarto Considerando, se precisó "El Tribunal considera que el derecho de contraer libremente matrimonio, si bien no tiene la autonomía propia de un derecho constitucional específico, como lo tienen la libertad contractual, de empresa, tránsito, religión o cualquier otra que se reconozca en la Norma Fundamental, sí se encuentra en el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la persona, reconocido en el artículo 2, inciso 1), de la Constitución".

2. Reconocimiento Jurídico de la Union de Hecho

Actualmente, la Unión de Hecho no cuenta con una regulación sistemática e integral, únicamente es recogido por el artículo 5 de la Constitución del Estado, y concordante con el principio de amparo de la unión de hecho, es regulado en el único artículo 326 del Código Civil. "La tesis de la apariencia al estado matrimonial, que sigue nuestro ordenamiento jurídico, está admitida también en el artículo 326 del Código Civil cuando señala que con la unión de hecho se persigue "alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio". Se comprueba, por tanto, que no hemos adoptado en el Perú la teoría de la equiparación al estado matrimonial, según la cual la unión de hecho produce los mismos efectos que el matrimonio.

La tesis de la apariencia al estado matrimonial no trata de amparar directamente a la unión de hecho, sino de elevarla a la categoría matrimonial cuando asume similares condiciones exteriores, esto es, cuando puede hablarse de un estado aparente de matrimonio, por su estabilidad y singularidad" [10].

Surgiendo de la unión de hecho una familia, ésta merece la protección que confiere el ordenamiento jurídico a la institución; sin desconocer que debe promoverse al matrimonio como su base de constitución [11].

La familia tiene reconocimiento a nivel constitucional e internacional, que como valor, dotado de significativa importancia para la vida humana en sociedad, y en esa dimensión lo hace digno de ser tutelado; así, en su artículo 4 Constitucional, a la letra dice: "La familia y el matrimonio como institutos naturales y fundamentales de la sociedad".

En los Tratados Internacionales sobre derechos humanos, en los cuales el Perú es suscriptor, se reconoce a la Familia como "elemento natural y fundamental de la Sociedad, por lo que debe ser protegida por la Sociedad y el Estado" (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos y Pactos Internacionales de Derecho Civil y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

El artículo 5 de la Constitución del Estado establece "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". Concordante a esta previsión legal, el artículo 326 del Código Civil prescribe "La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un hombre 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 unión de hecho conlleva una serie de relaciones en su interior, al igual que sucede en la familia originada en el matrimonio, desde las más naturales como el afecto a los hijos, las relaciones de pareja, las obligaciones naturales para la conservación de dicha unión, hasta las que tienen que ver con terceros ajenos a dicha relación; como familia, la unión de hecho también se proyecta a la sociedad donde se encuentra inmersa, porque conlleva relaciones y situaciones con relevancia jurídica que el derecho no puede estar al margen de esa realidad, de ahí que se hace necesario una regulación adecuada, que precise en cuanto a los efectos personales y patrimoniales que se derivan de la indicada institución.

De esta relación concubinaria se puede precisar que derivan los efectos personales y los efectos patrimoniales, que serán abordados y precisados brevemente, previamente hemos de hacer mención a algunos temas peculiares en esta materia.

- a) Nuestra legislación no hace distingo en cuanto a la protección que confiere a la familia, la originada en el matrimonio o en una Unión de Hecho, por tanto, la familia que se protege es una sola con independencia de su fuente.
- b) Nuestra Legislación ampara la unión de hecho propia, la que pretende alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio; sin embargo, no confiere exigencia legal a uno de los concubinos a exigir el cumplimiento de los deberes legales que se derivan del matrimonio, como son los deberes de asistencia, fidelidad, o de cohabitación, los que en la convivencia son obligaciones naturales que subyacen de la misma relación concubinaria.
- c) Nuestra legislación no otorga derecho sucesorio a los concubinos luego de fallecido uno de ellos.
- d) No existe posibilidad jurídica en la unión de hecho propia que los concubinos puedan sustituir el régimen patrimonial por el de separación de bienes, por ser el régimen patrimonial de la unión de hecho único.
- e) No existe un tratamiento equiparable del matrimonio y la unión de hecho, al haber acogido nuestro Código Civil el Sistema de Regulación Parcial de la unión de hecho, pero con cierta tendencia al Sistema de la Regulación Integral producto de su exigencia social.
- f) En nuestra legislación, contiene la exigencia de una prueba escrita de la Unión de Hecho para su acreditación, lo cual conlleva a que sea de difícil probanza dicha unión cuando no exista esa prueba, teniendo en cuenta que las relaciones en la unión de hecho se caracterizan por su naturalidad y sin exigencias formales o escriturarias.

3. EFECTOS DE LA UNION DE HECHO

La convivencia genera relaciones diversas de carácter intersubjetivo, muchas de las cuales recaen en las esferas personal y patrimonial, de los cuales se abordará solo algunos tópicos.

3.1. EFECTOS PERSONALES

3.1.1.- Efectos en cuanto a los hijos

Filiación y Prestación alimentaria

Durante la unión de hecho se establecerán relaciones personales y sexuales entre la pareja, lo que dará origen a la procreación de los hijos, producto de ese affectio familiaris, y con ellos se originará un nuevo vínculo, el del parentesco, la filiación extramatrimonial, y con ello, por ende, la obligación alimentaria y la educación de la prole.

Cuando nace un hijo en la unión de hecho no es aplicable la presunción de paternidad la que se aplica en el vínculo matrimonial (artículo 361 y 362 del Código Civil). Pero, en caso que un hijo no se encuentre reconocido por su progenitor, la situación fáctica de las relaciones sexuales en la época de la concepción deberá acreditarse para establecer judicialmente la prestación alimentaria (artículo 415 del Código Civil).

En cuanto a la prestación alimentaria a favor de los hijos, existe distinto tratamiento legislativo sean los nacidos dentro o fuera de matrimonio, teniendo especial relevancia tratándose de hijos extramatrimoniales no reconocidos, pero cuyo tema por ahora no se profundiza dada la temática tratada.

3.1.2.- Indemnización de Daños en caso de falta de Reconocimiento voluntario

Cuando falta el reconocimiento de un hijo extramatrimonial fruto de una convivencia, no existe un marco legal preciso que pueda conferir un derecho a pedir indemnización por daño moral sobre todo cuando no exista reconocimiento voluntario. En el Perú, se encuentra vigente la ley 28457 de Filiación, en la que se regula el procedimiento a seguir estableciéndose la relevancia de la prueba del ADN para fines de establecer judicialmente la filiación.

Empero no se ha previsto el caso en la cual cuando no hay reconocimiento voluntario por su progenitor conlleve algún tipo de indemnización, que en realidad, en esos casos se está afectando además del derecho a la identidad del hijo y con ello el goce de sus derechos a plenitud, un daño adicional, cual es, el daño moral que subyace de dicha negativa.

En el VII Congreso Internacional de Derecho de Daños, Responsabilidades en el Siglo XXI, se propuso como Conclusiones por la Comisión No. 5: "Daños derivados de la falta de reconocimiento:

- 1) se propone otorgar legitimación activa a la madre para reclamar por derecho propio el resarcimiento de daño moral causado por la falta de reconocimiento espontáneo de la filiación paterna (mayoría).
- 2) debe incorporarse expresamente al C.C. la obligación de reparar el daño patrimonial y moral derivado de la falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial. Es una responsabilidad de carácter extracontractual siendo el factor de atribución el dolo o la culpa. (Unanimidad).
- 3) Son resarcibles los daños derivados de la negativa a someterse a las pruebas biológicas en las acciones de filiación.

Se recomienda: que en la acción de reclamación de estado de hijo, ante la falta de reconocimiento espontánea, la realización de la prueba biológica sea obligatoria" [12].

Merece poner especial relevancia la conclusión de la Ponencia No. 57 en dicho Congreso, respecto a dicha temática, "La realidad del concubinato, también denominado uniones de hecho, no escapa a ningún observador; sin embargo, la polémica que se genera en torno a la legitimación activa de los concubinarios, tiene su razón de ser en la inexistencia de un interés legítimo jurídicamente protegido, ante el silencio del codificador. Pero de ahí no ha de concluirse que el concubinato no sea merecedor de la protección de un marco legal que le posibilite la producción de efectos jurídicos propios.

En este sentido, recordamos las palabras de Rafael Núñez Lagos Los valores no son impresiones subjetivas,... sino que son determinados objetos fijados en una escala externa a nosotros. Ningún legislador ha inventado los valores, como ningún gramático ha inventado el idioma. El legislador recoge los valores jurídicos siglo a siglo de la historia y la dogmática ... para incluirlos en el orden jurídico" [13].

3.1.3 Equiparación jurídica de los hijos

Otro aspecto que merece tener en cuenta es la equiparación jurídica del hijo matrimonial con el extramatrimonial, que es la tendencia que propugna la igualdad de derechos de los hijos con independencia de su filiación sea matrimonial o extramatrimonial. En la Constitución del Estado, se establece el derecho a la igualdad ante la ley (artículo 2 inciso 2), la que guarda concordancia con el artículo 6 tercer párrafo "Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes"; y lo dispuesto en el artículo 235 del Código Civil establece que "Todos los hijos tienen iguales derechos".

En la Convención sobre Derechos del Niño, encontramos el artículo el artículo 2, que contiene el compromiso de los Estados para el goce de los derechos de los niños, "Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen

nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

3.1.4 Ejercicio de la Patria Potestad

En el régimen matrimonial la patria potestad se ejerce conjuntamente por ambos cónyuges (artículo 418 del Código Civil).

En cambio, “la patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales se ejerce por el padre o por la madre que los ha reconocido. Si ambos padres han reconocido al hijo, el juez de menores determina a quien corresponde la patria potestad, atendiendo a la edad y sexo del hijo, a la circunstancia de vivir juntos o separados los padres y, en todo caso, a los intereses del menor”. (artículo 421 del Código Civil).

Es decir, en caso que ambos padres lo hayan reconocido corresponde al Juez determinar a quien corresponde la patria potestad. No se regula con precisión el ejercicio conjunto en este supuesto, cuando éstos lo hayan reconocido, más aún cuando se encuentren conviviendo, tal como se hace en otros países, en cuya regulación jurídica se encuentra precisada.

Al respecto, se afirma “Una cierta relevancia jurídica al grupo familiar de hecho parecen conceder algunos ordenamientos que atribuyen la patria potestad del hijo no matrimonial a ambos progenitores cuando conviven; caso en el cual disponen la aplicación de las mismas reglas que regulan el ejercicio de la patria potestad de los hijos concebidos en matrimonio” (14).

La patria potestad de acuerdo a nuestro Código Civil en el caso del hijo extramatrimonial reconocido por ambos padres, corresponde al Juez de Familia la determinación a quien debe ejercerlo, atendiendo a determinadas circunstancias.

Sin embargo, como bien se aprecia, la patria potestad en la realidad social, se observa que se ejerce conjuntamente por ambos concubinos sobre todo cuando se trata de hijo reconocido por ambos y estén en convivencia.

Una regulación precisa en este sentido, la encontramos en el Código Civil Italiano, en su artículo 317, “el ejercicio de la patria potestad corresponde conjuntamente a ambos cuando sean convivientes”.

Similar regulación existe en el Código Civil español, que consagra que la patria potestad del hijo sea de origen matrimonial o fuera de ella, se ejerce conjuntamente por ambos progenitores o por solo uno de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro. (artículo 156), en tanto el último párrafo de esa norma indica “Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor, o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio”.

Como se aprecia, en España, se confiere amplia potestad primero a ambos progenitores para que ejerzan la patria potestad cuando hay convivencia, pero a la vez que se faculta a cualquiera de ellos a pedir el ejercicio conjunto, en interés del hijo.

En Argentina, al igual que la legislación peruana, tratándose de hijo matrimonial corresponde a ambos cónyuges el ejercicio de la patria potestad (Código Civil, artículo 264 numeral 3). En cambio, en el caso de los hijos extramatrimoniales, se presenta dos supuestos:

- a) En caso que los hijos extramatrimoniales fueran reconocidos por ambos padres, corresponde la patria potestad a ambos.
- b) En caso contrario, a aquel que tenga la guarda otorgada en forma convencional, o judicial, o reconocida mediante información sumaria. (Artículo 264 numeral 5).

3.2. Efectos entre los concubinos

3.2.1 Deberes que nacen de la convivencia

Nuestro Código Civil, al no regular con mayor integridad a la unión de hecho, se encuentra limitada hacia el tratamiento de los deberes que nacen naturalmente de la unión de hecho, pues, como se dijo ésta también debe cumplir las finalidades semejantes al matrimonio, tales como los deberes de ayuda mutua y auxilio entre los concubinos, de la cohabitación, fidelidad, de las prestaciones alimentarias, entre otras.

En la convivencia, más bien estos, son deberes naturales que subyacen de la misma naturaleza humana para la conservación de la convivencia y sus relaciones armoniosas como se dijo, porque la pareja comparten su proyecto de vida en común, caso contrario de incumplirse esos deberes naturales podría originar el término de la convivencia al no haber posibilidad legal de reclamar por ejemplo, la cohabitación del concubino que abandone el hogar convivencial; sin embargo, notamos que por expresa disposición del artículo 326 del Código Civil, la convivencia que se ampara, además de las condiciones previstas, es la unión formada para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio; pero no existe obligación legal de exigencia en ese concubinato de cumplimiento de esos deberes, por ejemplo, el alimentario entre convivientes, el de fidelidad, de cohabitación, quedando así debilitada legalmente esta institución por conllevar únicamente obligaciones naturales.

3.2.2 Prestación alimentaria

En nuestro ordenamiento legal se confiere la posibilidad de la obligación alimentaria entre los convivientes, sólo en el caso de la ruptura unilateral de la unión de hecho, cuya obligación recaerá en el abandonante, estipulado en el artículo 326 del Código Civil, y esta obligación es alternativa a la indemnización que se pueda conferir a petición del abandonado(a). Sin embargo, no existe obligación legal de prestar alimentos durante la convivencia entre los concubinos en el eventual caso de su incumplimiento, que puede darse en la realidad que de hecho se presenta, pues únicamente se prestará a favor de la prole.

En este aspecto se dice "La doctrina tiende a rechazar la posibilidad de que el o la concubina puedan gozar de un derecho legal de alimentos similar al que se atribuye a los cónyuges" [15].

3.2.3 Derecho sucesorio

Nuestra legislación no confiere derecho sucesorio entre los convivientes. Al respecto, sin duda uno de los aspectos más resaltantes es la sucesión entre los convivientes a la muerte de uno de ellos, "ante la muerte de uno de los concubinos, no puede darse la situación que el patrimonio del fallecido no vaya a parar en manos de su concubina o concubino, siendo esta persona con la cual paso muchos años de su vida. Francamente que resulta injusto dejar de lado a la persona que convivió e hizo vida en común con el concubino o concubina fallecido (a), porque uno que pasó penurias con esa persona por varios años ve como con el esfuerzo que hizo, se consiguió constituir un patrimonio, pero se vería privado a acceder a ello porque por desgracia nuestra legislación no toma en cuenta esta situación, que de veras refleja una injusticia. Es triste ver como nuestro ordenamiento jurídico a pesar de los constantes casos que se dan en la sociedad donde desgraciadamente el concubino sobreviviente ante la muerte del otro no perciba un quinto del patrimonio del fallecido, esto si yo invertí para que junto con mi concubino forjáramos un patrimonio en beneplácito de nuestros hijos no se me pueda permitir el derecho a acceder a esos bienes. El derecho como expresión de la justicia no puede hacerse de la vista gorda frente a esta situación por demás criticable, a veces caemos en aspectos teóricos y abstractos pero nos alejamos de las exigencias de nuestra realidad, por eso se hace imperiosa la regulación de los derechos sucesorios en caso de los concubinos, ante la muerte de uno de ellos" [16].

A la par hay también, otros argumentos en contra de esta posición, así "conferir a estas uniones de hecho, la posibilidad de generar... "derechos hereditarios y alimentarios..." puede conducir a la idea errónea de que existen dos formas de contraer matrimonio, una plena, el matrimonio civil; y otra, menos plena, la unión de hecho.

Se trata, pues, de un texto problemático al establecerse las mismas consecuencias en el matrimonio y en la unión de hecho que prácticamente iguala estas dos formas de vínculo entre el hombre y la mujer. De ello se seguiría, de otro lado, que las actuales uniones de hecho, que

podrían terminar en matrimonio, sean disueltas más rápidamente antes de que se configuren como tales para impedir que se generen "derechos hereditarios". Ello promovería una cada vez mayor "inestabilidad" en las relaciones entre el hombre y la mujer, sobre todo en la mujer" [17].

Sin embargo, creemos que la tendencia debe ser hacia una protección integral de las uniones de hecho, configurando determinadas situaciones, sobre todo cuando la unión de hecho reúne las condiciones previstas en la ley.

4. LIQUIDACIÓN DE BIENES

4.1 En cuanto a los bienes de la Unión de Hecho

Como se dijo, cuando la convivencia reúna los requisitos de ley, que se precisara con anterioridad, se origina una comunidad de bienes siendo de aplicación las reglas de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable. Pero en caso que la convivencia no reúna los requisitos, la parte perjudicada tiene expedito el derecho de reclamar la pretensión de enriquecimiento indebido. Esto significa que en caso de fenecimiento de la convivencia de hecho propia, se procede a su liquidación, que de acuerdo a la misma normativa del artículo 326 puede terminar la convivencia por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral.

Cuando la unión de hecho haya alcanzado los requisitos exigidos, a la comunidad de bienes entre los convivientes se aplica las normas de la sociedad de gananciales en lo que resulte aplicable. Significando que alcanzado dicho requisito los bienes del concubinato se presumen comunes, y que en caso de discusión de los mismos se deberá probar la calidad de bien propio.

4.2 Posibilidad de sustitución de régimen patrimonial en la unión de hecho

En nuestra legislación no existe la posibilidad de pretender por los concubinos un cambio o sustitución de régimen, por cuanto el régimen en la convivencia es único, el de comunidad de bienes sujeta a las reglas de la sociedad de gananciales, previsto en el mencionado artículo 326 del Código Civil. En consecuencia, no resultan aplicables los artículos 296, que faculta a los cónyuges la variación de régimen patrimonial, o el artículo 297 que confiere la posibilidad de recurrir al Juez pidiendo la sustitución del régimen por el de separación de patrimonios, en los supuestos precisados en el artículo 329.

4.3 Posibilidad de pérdida de gananciales por el concubino culpable de la ruptura de la relación concubinaria

El artículo 324 del Código Civil establece la pérdida de gananciales por el cónyuge culpable de la separación de hecho. En la convivencia el fenecimiento se puede producir por muerte, declaración de ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral, en cuyos casos ocasiona el fenecimiento del concubinato, procediéndose a su liquidación. En estos casos se extingue la unión de hecho, pero cuando se produce el fenecimiento por decisión unilateral de uno de los concubinos no otorga derecho para determinar la culpabilidad del concubino culpable de la separación y ulterior pérdida de gananciales, como ocurre en el matrimonio.

4.4 Efecto en cuanto a terceros

Siendo que la familia se proyecta a la sociedad donde está inmersa, en sus variadas relaciones familiares, de éstas pueden resultar afectados terceros ajenos a la indicada relación, sobre todo en el ámbito patrimonial.

4.4.1 Derecho a pedir indemnización en caso de muerte causada culpablemente

Otro de los temas es la facultad legal de los concubinos a pedir indemnización en caso de muerte de uno de los concubinos ocasionada por un tercero, aún cuando el Código Civil, faculta accionar a quien tiene legítimo interés económico o moral, siendo éste último que autoriza la acción sólo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley (artículo V del Título Preliminar del Código Civil).

4.4.2 Efectos patrimoniales de los bienes de la unión de hecho respecto a terceros

Otra problemática es la referida a los efectos patrimoniales de la convivencia referidos a los bienes comunes respecto a terceros que pudieran ser afectados, que por seguridad de dicho

patrimonio, se necesita previa declaración judicial de la unión de hecho, a fin que, de un lado, proteger dichos bienes, y de otro, que los terceros tengan certeza y mayor seguridad de otros bienes que no sean comunes. En el Pleno Jurisdiccional de Familia, de 1998, en el Tema No. 8 "Unión de Hecho: Ejercicio de los derechos derivados de esta relación". Se Acordó por consenso, "Que para la relación con terceros y respecto de la liquidación de gananciales, si es exigible el Reconocimiento Judicial previo de la Unión de Hecho".

A nivel jurisdiccional se suele entablar demanda a fin que se declare la Unión de Hecho, o también acumulativamente la declaración de determinado bien o bienes como sociales. Sin embargo, como quiera que el debate en este tipo de proceso será la determinación si esa unión concubinaria cumple los requisitos de ley como tal, siendo parte sustantiva obviamente los concubinos, y por ende, serán también en la relación jurídica procesal; pero, cuando se trata de la declaración de un bien como social, dicha decisión puede afectar derechos de terceros ajenos a la relación concubinaria, sobre todo cuando los bienes no están inscritos en Registros Públicos.

Así, en la Casación No. 746-2004 Lambayeque. Se trata de una demanda de reconocimiento de la sociedad convivencial y de propiedad adquirida dentro de la misma, dirigida en contra de su concubina, precisándose que se proceda a calificar al único inmueble de propiedad de la sociedad convivencial, como bien social, correspondiendo a cada parte el cincuenta por ciento del mismo. En cuyo caso, se precisó en el Considerando Octavo: "... Sin embargo, la pretensión del actor contiene, además del reconocimiento judicial de su estado convivencial, una pretensión patrimonial, en donde también se afecta los intereses y derechos de otro sujeto procesal, como lo es Mutua ..., quien a su vez, también es titular de la relación jurídica sustantiva, pero en lo referido al bien, sobre el que tiene un derecho personal de embargo, por ende, es inobjetable que tiene legítimo interés en esta controversia y debe ser emplazado con la demanda, atendiendo a que lo decidido en este proceso, afectará a Mutua ...". Agregándose en el Considerando Décimo Segundo: "Que, en este caso, también se hace evidente el comportamiento procesal reprochable del actor y de la demandada, quienes a sabiendas de que Mutua ..., debía de intervenir en este proceso, puesto que éste pretende reclamar sus acreencias, ejecutando el bien inmueble, y habiéndose ya opuesto el actor, a la ejecución de Mutua ..., a través de una acción de tercería, que ha sido desestimada por ambas instancias, pretendieron mantenerla ajena a este proceso, y realizarlo a espaldas de ésta entidad, a pesar que, como se ha señalado, los efectos de la decisión que se adopte, en lo referido al bien, puede afectarle directamente".

Como se puede advertir, en primer lugar, se trata de dos pretensiones, una de reconocimiento de la unión concubinaria, y otra de declaración de propiedad de un bien inmueble como bien social, correspondiendo a cada parte el cincuenta por ciento de indicado bien.

En segundo lugar, salta su relevancia jurídica que al no existir mecanismos legales más eficaces para garantizar los bienes de una convivencia, como por ejemplo la falta de un Registro de Uniones de Hecho, sobre todo con fines de preservar los bienes de la comunidad patrimonial de esa unión, o de protección a terceros que puedan tener derechos que pudieran verse afectados, por seguridad jurídica, se suele recurrir al órgano jurisdiccional a fin de conseguir su previa declaración de Unión de Hecho, como en el presente caso, pero este resulta peculiar, pues hubo un tercero ajeno a la relación concubinaria que tenía un interés en el bien que se pretendía su declaración judicial, al tener un derecho de embargo sobre el mismo.

Cabe afirmar que si bien cualquier concubino puede recurrir a la justicia en busca de una declaración judicial de unión de hecho, empero, si ésta no ha fenecido o terminado con arreglo a las causas previstas en el artículo 326 del Código Civil, mal podría demandarse el correspondiente cincuenta por ciento para cada concubino, que no es materia de dicha pretensión principal, sino únicamente la declaración judicial de dicha unión, cuyos efectos para terceros surtirán en cuanto a los bienes a partir de su inscripción; y así por seguridad jurídica pudiera evitarse afectación de terceros que puedan tener derechos.

Así también, se encuentra determinado en materia registral: "7. Inscripción de la adquisición de un bien con la calidad de social a nombre de una unión de hecho: A efectos de inscribir la

adquisición de un bien por una unión de hecho con la calidad de social, debe acreditarse ante el Registro el reconocimiento judicial mediante el cual se declare que la misma origina una sociedad de bienes"

Resumen

El decurso del tiempo como fenómeno jurídico y, más concretamente, como hecho jurídico, tiene especial relevancia en cuanto que puede ser extintivo de una relación jurídica, ya porque dé lugar a la constitución de una nueva, como en la prescripción usucupativa; ya porque también puede extinguir la pretensión que deriva del derecho integrado a ella, como en la prescripción extintiva; o porque puede extinguir el derecho mismo, como en la caducidad.

Palabras clave: Usucapio - Prescripción usucupativa – Prescripción extintiva – Caducidad

Abstract

The course of time as a legal phenomenon and, more concretely, as a legal event, has special importance as it can extinguish a legal relationship either because it originates a new one, as in the case of usucapio or adverse possession; or it can also extinguish the claim deriving from the right inherent to it, as it is the case of negative prescription (lashes), or because it can extinguish the right itself, as it is the case of lapsing.

Key words: Usucapio – Adverse possession – Negative prescription (lashes) – Lapsing.

Sumario

1. Noción genérica de la prescripción. 2. Antecedentes históricos. 3. La prescripción en la codificación civil moderna. 4. La prescripción en la codificación civil peruana. 5. Prescripción usucupativa y prescripción extintiva. 6. Prescripción extintiva y caducidad.

1. NOCIÓN GENÉRICA DE LA PRESCRIPCIÓN

En una noción genérica, la prescripción se puede entender como un medio o modo por el cual, en ciertas condiciones, el decurso del tiempo modifica sustancialmente una relación jurídica.

* Miembro del Consejo Consultivo del Poder Judicial y Miembro de la Comisión Revisora del Código Civil.

La prescripción, en esta noción genérica según la explica Ennecerus¹, es el nacimiento y la terminación o desvirtuación de derechos en virtud de su ejercicio continuado o de su no ejercicio continuado y, en consecuencia, distingue la prescripción adquisitiva —que nosotros preferimos llamar usucupativa o simplemente usucapión— de la prescripción extintiva. Advierte el tratadista alemán que la prescripción no se configura de un modo uniforme para todas las relaciones jurídicas y que, por tanto, hay que prescindir de una doctrina general de la prescripción, aunque algunas de sus manifestaciones concretas se repitan en las distintas clases de prescripción.

La opinión de Ennecerus, que resume la de la doctrina alemana, representa una corriente doctrinal muy acentuada en cuanto a un desarrollo dual de la prescripción: de un lado, la adquisitiva o usucupativa y, de otro, la extintiva o liberatoria. Así, dentro de esta corriente doctrinal ambas clases de prescripción tienen en común que se fundan en el transcurso del tiempo, pese al razonamiento atribuido a Giorgi en el sentido de que nadie puede conquistar un derecho si no es a expensas de quien lo pierde, por lo que la prescripción sería adquisitiva y extintiva al mismo tiempo.

Así planteado el dilema frente a la prescripción, legislación y doctrina peruanas han optado por la diferenciación de las dos clases de prescripción, desde que cada una constituye un instituto jurídico distinto, con sus propias características, aun cuando puedan tener como sustento común el transcurso del tiempo y que ambas sean instituciones jurídicas que se fundamentan en consideraciones de orden público.

El decurso del tiempo es, pues, el que produce los efectos jurídicos necesarios para que operen tanto la prescripción adquisitiva como la prescripción extintiva. Por la primera, el simple poseedor de un bien puede devenir en propietario y, por la segunda, el titular de un derecho no podrá ejercitar útilmente la acción que le es correlativa para hacer efectiva su pretensión.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Los antecedentes históricos de la prescripción se remontan al derecho romano, que le dio el perfil de institución jurídica, habiendo, en el tiempo, precedido la prescripción usucupativa a la prescripción extintiva. La usucapio (de usu capear: adquirir por el uso), según Petit², apareció en Roma como un modo de adquirir la propiedad de las cosas por una posesión suficientemente prolongada, siendo necesario para usucapir, apoderarse de una

cosa y hacer uso de ella. La inacción prolongada del propietario equivalía al abandono tácito de su derecho y, al cabo de un tiempo, la adquisición quedaba consumada en beneficio del poseedor. El peligro que significaba ese modo de adquirir lo limitó la Ley de las XII Tablas, que prohibió la usucapión de las cosas robadas, introduciendo la idea del justo título y de la buena fe en la posesión. Mucho tiempo después, según el propio Petit, luego de haberse fijado por los jurisconsultos romanos las condiciones necesarias para la usucapión, apareció otra institución destinada a proteger a los poseedores de fundos, para los cuales no se aplicaba la usucapión, y que era la *praescriptio longi temporis*. La gran obra de Justiniano, que resumió las instituciones jurídicas romanas en el *Corpus Iuris Civilis*, fusionó la *praescriptio longi temporis* con la usucapión, siendo así receptada por la codificación civil moderna.

3. LA PRESCRIPCIÓN EN LA CODIFICACIÓN CIVIL MODERNA

Con los remotos antecedentes que han quedado expuestos, la prescripción fue receptada, básica y fundamentalmente, por la codificación civil. Así, en 1804 el Código francés la legisló en sus dos modalidades, como usucapión y como prescripción extintiva, estableciendo que “la prescripción es un modo de adquirir o de liberarse por transcurrir un espacio de tiempo en las condiciones determinadas por la ley” (artículo 2219°), para luego desarrollar un tratamiento unitario, tanto en lo atinente a la prescripción adquisitiva como en lo correspondiente a la prescripción extintiva.

El tratamiento que el Código de Napoleón dispensó a la prescripción influyó en los Códigos del siglo XIX y es así como, entre otros, los Códigos chileno, colombiano, argentino, de Costa Rica y de España, aún vigentes, por ejemplo, regularon la prescripción adquisitiva y la prescripción extintiva como si fueran los aspectos de una sola institución jurídica. El Código Civil de 1852, también bajo la influencia del Code Civil, le dio este tratamiento.

Considerando inconveniente el tratamiento legislativo unitario, la doctrina comenzó a formular el planteamiento dual impulsado por la doctrina alemana y que ha sido seguido por la codificación civil a partir de 1900, fundándose en que, aparte del elemento fáctico del transcurso del tiempo, los requisitos exigibles para una y otra prescripción son distintos. Según anota De Gasperi³, razón tuvo Savigny al impugnar por falsas las expresiones adquisitiva y extintiva, pues, en su opinión, no había una prescripción construida con reglas sencillas, por lo que propugnó la doctrina que concluye en que no puede haber una teoría general de la prescripción aplicable a todas las

relaciones jurídicas y a los derechos que emergen de ellas, fueran absolutos o relativos.

Acogiendo las ideas de Savigny, el Código alemán, vigente desde 1900, legisló por separado la usucapión, como un modo de adquisición de la propiedad de las cosas, y, la prescripción, como un modo de extinción de las pretensiones. Similar tratamiento le dieron a la prescripción el Código brasileño de 1917 —de gran influencia en el Código Civil peruano de 1936—, el Código italiano, el Código boliviano y el Código paraguayo, así como el vigente Código Civil peruano, al legislar sobre la usucapión como un modo de adquirir la propiedad o como un efecto de la posesión, y, separadamente, sobre la prescripción extintiva, siendo éste el tratamiento que recibe en la codificación contemporánea, pese a que Códigos del siglo XX como el mexicano para el Distrito Federal y el venezolano han mantenido el tratamiento unitario. El Código brasileño que ha venido a derogar al de 1917 mantiene el tratamiento dual de la prescripción.

Paralelamente a la codificación civil, la codificación mercantil comenzó también a legislar sobre la prescripción, aunque, obviamente, sólo sobre la extintiva y sin introducir una normatividad sistemática y completa mas allá de precisar características muy propias, pero dejando su tratamiento y desarrollo, básicamente, a la codificación civil, por lo que nunca se ha desarrollado una doctrina de la prescripción distinta a la desarrollada por la doctrina civilista. La desmembración de la codificación mercantil ha traído como consecuencia que las leyes especiales en las que se ha ido desmembrando legislen sobre la prescripción extintiva.

4. LA PRESCRIPCIÓN EN LA CODIFICACIÓN CIVIL PERUANA

El Código Civil de 1852, como los demás Códigos del siglo XIX, como ya hemos advertido, no pudo sustraerse a la influencia del Código napoleónico y dio a la prescripción el mismo tratamiento al desarrollar de manera unitaria tanto la que denominó de dominio (usucupativa) como la de acciones (extintiva).

El Código de Comercio de 1902, que adaptó a nuestro medio el Código de Comercio Español de 1885, obviamente legisló sólo sobre la prescripción extintiva.

El Código Civil de 1936 acogió criterio distinto al de 1852 y, siguiendo la corriente doctrinal impuesta por los pandectistas alemanes que trazaron la distinción que se adoptó en el BGB y que se reflejó en el Código brasileño

de 1917, legisló por separado la prescripción adquisitiva o usucupativa y la prescripción extintiva. De este modo, llevó la prescripción adquisitiva al Libro Cuarto dedicado a los Derechos Reales, legislando separadamente la usucapión inmobiliaria de la mobiliaria, y, la prescripción extintiva al Libro Quinto dedicado al Derecho de las Obligaciones, aunque sin hacer una radical desvinculación, ya que, según su artículo 876º, “rigen en esta prescripción (la adquisitiva), las reglas establecidas para la extintiva en cuanto sean aplicables”. Esta disposición fue calificada por Jorge Eugenio Castañeda⁴ como “ilógica e incongruente, si se acepta que la prescripción adquisitiva y la extintiva son instituciones disímiles, pues así parece haberlo entendido el legislador cuando las instaló en diferentes Libros”.

Planteada la reforma del Código Civil de 1936, como ponentes que fuimos ante la Comisión Reformadora, propugnamos el mantenimiento del tratamiento dual de la prescripción a fin de que la prescripción adquisitiva continuara tratada en el Libro de los Derechos Reales, por ser este instituto un modo de adquirir la propiedad de los bienes y constitutivo de derechos reales, y que la prescripción extintiva se llevara a un Libro especial y no se le mantuviera ligada al Libro de las Obligaciones. Indicamos que el transcurso del tiempo, que es el sustento de ambas clases de prescripción, en la usucupativa produce un efecto *erga omnes* en favor del prescribiente, lo que no ocurre en la extintiva, que libera al prescribiente únicamente respecto del sujeto con quien tenía entablada una relación jurídica particular, a lo que debemos precisar ahora, atendiendo a la posición asumida por el Código Civil, que no se trata de liberarlo del cumplimiento de una prestación sino de reconocerle la posibilidad de oponer la prescripción frente a la pretensión que contra él se quisiera hacer valer. Concluimos en que tan sustancial diferencia eximía de mayor abundamiento para justificar el mantenimiento del trato legislativo del Código Civil de 1936, aunque, como hemos indicado, no solo sustrayendo la prescripción extintiva del Libro de las Obligaciones, sino instalándola en un Libro especial⁵.

El Código Civil vigente desde el 14 de noviembre de 1984 llevó, pues, a la prescripción extintiva a un Libro especial —el Libro VIII— que legisla también sobre la caducidad. A la prescripción adquisitiva, tanto mobiliaria como inmobiliaria, la legisla al hacerlo sobre los modos de adquisición de la propiedad (artículos 950º y 953º) y sin reproducir la norma del artículo 876º del Código anterior. Según el artículo 950º, la propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años y, a los cinco años, cuando median justo título y buena fe. Por el artículo 951º, la adquisición por prescripción de un bien

mueble requiere la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante dos años si hay buena fe, y por cuatro si no la hay. El artículo 952º faculta al prescribiente a entablar juicio para que se le declare propietario, indicando que la sentencia es título para la inscripción de la propiedad en el Registro de la Propiedad Inmueble y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño. Por último, el artículo 953º —reiterando el texto del artículo 875º del derogado Código de 1936— mantiene como causal de interrupción del decurso prescriptorio la pérdida o la privación de la posesión, salvo que se recupere antes de un año o si por sentencia se restituye.

Como excepción al principio que regula las normas que hemos dejado expuestas y a la doctrina que las informa, el Código Civil legisla también sobre la pérdida de derechos reales por el no uso. Se trata de la extinción del usufructo por el no uso del usufructuario durante cinco años, conforme al inciso 2 del artículo 1021º, y de la extinción de las servidumbres, también por el no uso durante cinco años, conforme al artículo 1050º. En ambos casos, la prescripción es usucupativa y no extintiva porque no es una *praescriptum actionem*, pues opera en favor del titular del derecho sobre la cosa fructífera y del titular del derecho sobre el predio sirviente, respectivamente.

Por último, la regulación del arbitraje, materia desprendida del Código Civil vigente, en la actualidad sometida a la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, ha introducido también normas sobre prescripción extintiva, que se suman a las de otras leyes especiales.

5. PRESCRIPCION USUCUPATIVA Y PRESCRIPCION EXTINTIVA

Considerando el tratamiento dual que a partir de 1936 la codificación civil peruana viene dando a la prescripción, es conveniente establecer el fundamento doctrinal de la separación de la prescripción usucupativa de la prescripción extintiva.

Contra la posición sostenida por la doctrina unitarista, que estima a la prescripción como la transformación reconocida por la ley de una situación de hecho en una situación de derecho por el transcurso del tiempo, la doctrina dualista sostiene que si bien tal transformación se produce en la prescripción adquisitiva, salvo el caso que opere por el no uso, no ocurre lo mismo con la prescripción extintiva, porque en esta lo que se desvanece es la situación jurídica como consecuencia del no ejercicio de la correspondiente acción protectora del derecho.

El transcurso del tiempo, según escribió León Barandiarán⁶ en sus comentarios al Código Civil peruano de 1936, puede tener un efecto decisivo en cuanto a las recíprocas situaciones del titular de un derecho frente al sujeto pasivo del mismo dentro de la órbita de la prescripción extintiva, puesto que el resultado que sobreviene es la modificación de la situación entre los dos sujetos, en razón de que uno de ellos puede liberarse ante el accionar del otro oponiéndole, precisamente, la prescripción extintiva. En la prescripción usucupativa, por el contrario, se crea una modificación en la posición jurídica del usucapiente que no solo atañe al anterior propietario, contra el cual la prescripción adquisitiva se produce, sino *erga omnes*, porque se ha constituido un derecho real en favor del prescribiente.

La doctrina que distingue la usucapación de la prescripción, encuentra, pues, fundamentos de diversa índole para justificar y explicar el tratamiento diferenciado. Así, atendiéndose a los requisitos para prescribir, en la adquisitiva se requiere, como factor determinante, de la posesión del usucapiente, que es un hecho positivo; mientras que en la prescripción extintiva se requiere, también como factor determinante, de la inacción del titular del derecho que está en la posibilidad de accionar, que es un hecho negativo. Por el ámbito de aplicabilidad de la prescripción, la adquisitiva solo es susceptible de aplicarse a los derechos reales que pueden ser materia de posesión, mientras que la extintiva se aplica no solo a los derechos reales, sino también a los creditorios, y en general, a los de naturaleza patrimonial. Por los efectos de la prescripción, en la usucupativa los efectos son adquisitivos y extintivos, pues los derechos los adquiere el usucapiente y los pierde el anterior titular del derecho; mientras que en la extintiva, los efectos son meramente extintivos, porque solo liberan al deudor de la acción del acreedor para hacer efectiva su pretensión y le dan un medio de defensa que oponerle.

Por último, es del caso destacar que el tratamiento dual de la prescripción no permite determinar una sola naturaleza jurídica, como tampoco, es obvio, un concepto único de ella. Siendo un vocablo anfibológico, solo la dualidad permite su explicación: de un lado, como prescripción adquisitiva y, de otro, como prescripción extintiva.

7. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA Y CADUCIDAD

El decurso del tiempo dota de afinidad a la prescripción extintiva y a la caducidad, lo que determina una relativa confusión. Sin embargo, la doctrina ha establecido la diferenciación que ha sido acogida por el Código Civil peruano.

En efecto, el Código Civil las diferencia con nitidez, pese a las confusiones que ofrecen, pues para la prescripción extintiva se extingue la acción, que debe interpretarse como la pretensión, mas no el derecho (artículo 1989º), mientras que para la caducidad se extingue el derecho y la acción correspondiente (artículo 2003º), ya no entendida como pretensión sino como el derecho de acción, esto es, como derecho a la jurisdicción.

¹ Ennecerus. *Tratado de Derecho Civil*. T. I. Parte General III. Vol. 2, pp. 1009-1010.

² Petit. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. p. 206.

³ De Gasperi. *Tratado de Derecho Civil*. III, p. 382.

⁴ Castañeda, Jorge E. *Instituciones de Derecho Civil. Los Derechos Reales*. T.I, p. 242.

⁵ Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. T.II, pp. 695-696.

⁶ León Barandiarán, J. *Tratado de Derecho Civil*. T. VIII, pp. 80-81.



UNIONES DE HECHO EN SEDE REGISTRAL Declaración de reconocimiento judicial o notarial previa.

Criterios registrales para su inscripción y Desarrollo jurisprudencial

Ivan Manuel Haro Bocanegra ^(*)

Fecha de publicación: 01/07/2013

SUMARIO: I. IDEAS PRELIMINARES. II. MARCO CONSTITUCIONAL Y NORMATIVO DE LA UNION DE HECHO. III. DECLARACIÓN JUDICIAL Y NOTARIAL DE LA UNION DE HECHO. IV. EL ACCESO AL REGISTRO PÚBLICO DE LA DECLARACIÓN DE RECONOCIMIENTO DE LA UNIÓN DE HECHO COMO PRESUPUESTO PARA UNA MAYOR CAUTELA DE DERECHOS PATRIMONIALES DE LOS CONVIVIENTES Y DE TERCEROS CONTRATANTES. V. DOS PROTECCIONES: RECONOCIMIENTO E INSCRIPCION. VI. UNIONES DE HECHO EN SEDE REGISTRAL. CRITERIOS REGISTRALES PARA SU INSCRIPCION Y PUBLICIDAD. VII. LAS UNIONES DE HECHO EN LA JURISPRUDENCIA REGISTRAL. VIII. IDEAS CONCLUSIVAS.

I. IDEAS PRELIMINARES

En la sociedad actual en que vivimos, el matrimonio civil continúa siendo la forma de unión más aceptada. Sin embargo, a raíz de diversos cambios fundamentalmente sociales y económicos acaecidos en las últimas décadas, otro tipo de uniones de carácter estable y reconocidas ampliamente por la sociedad demandan una mayor regulación por parte del poder estatal. Son las denominadas “*uniones de hecho*” – también llamadas concubinato, unión convivencial o unión extramatrimonial–, las que **poco a poco han dejado atrás el sitio marginado que le otorgaba la sociedad de antaño pasando a ser toda una realidad de la sociedad de ahora.**

^(*) Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Nacional de Trujillo.

Diplomatura de Especialización en Derecho Registral por la Universidad Nacional de Trujillo y el Colegio de Abogados de La Libertad. Ex Practicante Profesional y actual Casista en el Registro de Propiedad Inmueble de la Zona Registral N° V – Sede Trujillo.
E-mail: harobocanegra@hotmail.com

Hoy se puede decir, sin ambages, que el número de parejas convivenciales está a la par de las parejas nacidas del matrimonio civil².

Empero, esta realidad incuestionable por el porcentaje de parejas que conviven en situaciones de hecho, paradójicamente está recogida en una norma escueta a nivel constitucional y en otra, de igual modo, a nivel sustantivo. Aunque aquélla por ser norma de mayor rango no se exigiría una regulación amplia. No así a nivel sustantivo, que no ha complementado y materializado los valores constitucionales de aquel mandato y cuya insuficiencia genera la dificultad de una correcta configuración y desarrollo del fenómeno de la convivencia dentro de la sociedad, sobre todo cuando se trata de cautelar sus efectos patrimoniales. Y acaso –imagino– si para salvar ese brete la respuesta más adecuada y más razonable sea su reconocimiento vía judicial o notarial y el necesario acceso a los Registros Públicos, en tanto el sistema registral por medio de la publicidad otorga una consistente garantía jurídica a aquellos efectos. A lo largo de este trabajo veremos la inseparabilidad de ambos momentos: la declaración y la inscripción y la necesaria ocurrencia de ambos.

En ese sentido, el presente trabajo está orientado, principalmente, dar a conocer que hoy por hoy existe un sistema normativo registral si no modelo sí adecuado sobre publicidad de las uniones de hecho y de su inmediata consecuencia: la protección de los derechos patrimoniales de sus miembros y de los terceros que contratan con ellos. Aunque, como punto crítico, hago saber que no se ha consolidado la protección a las uniones convivenciales, en cuanto realidad inobjetable. Asimismo, se destaca la ineludible declaración del reconocimiento notarial o judicial de la unión de hecho antes de su acceso al registro público. Igualmente está encaminado a desarrollar sino toda (que por cierto es escasísima) sí la más importante jurisprudencia registral en torno a dichas uniones. Por lo demás, elaboro un desarrollo constitucional, normativo civil, notarial y sobre todo registral, de las uniones de hecho.

II. MARCO CONSTITUCIONAL Y NORMATIVO DE LA UNION DE HECHO

La unión de hecho o concubinato es un fenómeno social muy antiguo y cuya admisión como institución legal lo hizo el Código de Hammurabi (año

² Según el estudio denominado "*Perú: Tipos y Ciclos de Vida de los Hogares, 2007*" con los resultados del XI Censo de Población y VI de Vivienda del 2007, llevado a cabo por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), se ha determinado que del total de jefes (as) de hogar que registró el Censo del 2007, el 74,5% tienen pareja, sea estén casados o conviviendo:

42,2% (2 millones 847 mil 765) casados (as), **el 32,3% (2 millones 182 mil 132) en relación de convivencia**. El 10,5% (713 mil 988) son solteros, el 8,2% viudo, el 5,8% separado y el

1,0% divorciado. Este estudio se puede observar en la página web del INEI: www.inei.gob.org.

200 a.C.). Pero como dice Cornejo Chávez, no ha tenido siempre las mismas características, ni ha sido acogido en todos los pueblos y épocas en análogas condiciones legales³; es más, no solo no era aceptada, sino era percibida como una forma de vida inmoral, en tanto ello no armonizaba con la realidad, tradiciones y cultura de un gran sector de la sociedad, como la peruana. Como lo hace ver nuestro Tribunal Constitucional, reflejo de esta

percepción negativa y de rechazo era la ausencia del reconocimiento de efectos legales a este tipo de uniones; pero que el incremento de las prácticas convivenciales y el progresivo cambio de la sociedad y el Estado, fue imponiendo un contexto en el que era necesaria una regulación a esta realidad social⁴. Regularlo en la forma que mejor condiga con la justicia y el interés social⁵.

Así, nuestra Constitución Política de 1979 consagró por primera vez⁶ la protección de la unión de hecho, otorgándole, además, efectos legales similares a los del matrimonio. Precisamente en su artículo 9 establecía que: “[l]a unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la Sociedad de Gananciales en cuanto es aplicable”. Con este reconocimiento constitucional se tutela a las parejas de hecho al reconocérseles un régimen de sociedad de bienes, en cuanto sea aplicable. Esto en parte a las injusticias en las que incurría uno de los convivientes (generalmente el hombre) al efectuar apropiaciones ilícitas de los bienes generados o adquiridos durante el periodo convivencial al término del mismo, afectando los derechos que la conviviente abandonada había obtenido.

Al amparo de este marco constitucional, el legislador sustantivó dicha institución en el Código Civil de 1984 dentro del Capítulo de Sociedad de Gananciales en el Título correspondiente al Régimen Patrimonial del Libro de Derecho de Familia. En su artículo 326°, en lo atinente, prevé que: “[l]a unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar las finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de Sociedad de Gananciales, en cuanto le

³ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. 10 edición, Gaceta Jurídica, Lima, 1999. p. 63.

⁴ De este modo en la STC N° 06572-2006-PA/TC de 6/11/2007, fundamento 12.

⁵ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Op. Cit., p. 66.

⁶ Ni las constituciones precedentes ni los Códigos Civiles de 1852 y de 1936 contienen alguna regulación en torno a la figura del concubinato.

fuere aplicable siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. (...)”.

De esta forma, teniendo como sustento la Constitución del 79, se reconoció a la unión de hecho como una institución que conllevaría las mismas consecuencias jurídico-económicas que el matrimonio: el origen del régimen de sociedad de gananciales⁷, es decir, equipara la sociedad de hecho a la sociedad legal, en cuanto sea compatible, con lo que el patrimonio adquirido durante la unión de hecho pertenecen a los dos convivientes⁸. Para ello tendría que cumplir con determinados requisitos, cuales son:

- i. *Unión sexual libre y voluntaria entre un varón y una mujer.* Implica que la convivencia no debe ser forzada y debe tratarse de una relación monogámica heterosexual, dejando de lado a las parejas homosexuales⁹.
- ii. *Deben estar libres de todo impedimento matrimonial.* Es decir, los que forman una unión de hecho no deben tener los impedimentos matrimoniales establecidos por los artículos 241, 242 y 243 del Código Civil¹⁰, vale decir pueden ser solteros, viudos, divorciados o aquellos cuyo matrimonio ha sido declarado nulo judicialmente, en general deben encontrarse aptos para contraer matrimonio¹¹. Este requisito le

⁷ En ese sentido véase el fundamento 7 de la STC N° 04777-2006-PA/TC de 13/10/2008.

⁸ Conforme al Código Civil la **sociedad concubinaria de bienes** sujeta al régimen de sociedad de gananciales, tendría las siguientes connotaciones (solo enumeraremos algunas): a) puede haber bienes propios de cada conviviente o bienes de la sociedad (artículo 301); b) los bienes propios pueden disponerse y gravarse libremente (artículo 309); c) los bienes de la sociedad se disponen y gravan por común acuerdo de los convivientes (artículo 315); d) la administración de la sociedad corresponde a ambos convivientes (artículo 308); e) existe la facultad de que uno de los convivientes administre los bienes propios del otro (artículo 306); f) los bienes propios no responden por las deudas personales del otro (artículo 308); g) fenece la sociedad concubinaria de bienes por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral (artículo 326); entre otros.

⁹ BIGIO CHREM se pregunta si quedan excluidas las parejas conformadas por un transexual y un heterosexual si este último ha logrado modificar su nombre y sexo en su propia partida de nacimiento. En ese sentido BIGIO CHREM, Jack. “El Concubinato en el Civil Código de

1984”, en *Libro Homenaje a Carlos Rodríguez Pastor*, Cultural Cuzco, Lima, 1992, p. 154.

¹⁰ Estos impedimentos matrimoniales determinados expresamente son los casados, los que adolecen de enfermedad crónica, contagiosa y transmisible o vicio que constituya para la prole, los enfermos mentales crónicos, los sordomudos, ciegosordos y ciegomudos, los adolescentes, salvo dispensa correspondiente, la consanguinidad en línea recta, el adoptante y el adoptado, el raptor con la raptada, el tutor con el menor o el curador con el incapaz, entre otros.

¹¹ “Por cierto, el que uno de los concubinos hubiera procreado hijos en una relación distinta a la concubinaria no implica que tenga impedimento matrimonial, como lo ha resuelto la Corte Suprema mediante fallo del 9 de octubre de 1996, en el que una tercera pretendió demostrar que el concubino se encontraba incurso en tal impedimento por haber exhibido una partida de nacimiento en la que el conviviente –que había fallecido– figuraba como el padre de una

otorga al concubinato el carácter de propio o estricto, distinguiéndolo del impropio o amplio. Este último supone que una pareja convivencial o ambos a la vez se encuentran unido en vínculo matrimonial con tercera persona, y en general se encuentran en cualquiera de los supuestos de los artículos antes señalados.

iii. *Unión que alcance fines y cumpla deberes semejantes al matrimonio.*

Lo cual no es otra cosa que hacer vida en común, compartir habitación, lecho y techo, que se comporten como si fueran cónyuges, que intimen,

se asistan mutuamente y se deban fidelidad.

iv. *Dos años continuos de convivencia.* Supone habitualidad y permanencia en el tiempo, en el que los concubinos se comportan como marido y mujer. No cabe la admisión de relaciones circunstanciales, pasajeras u ocasionales.

v. *Debe ser pública y notoria.* La convivencia debe ser conocida por terceros, por parientes, vecinos y por aquellos relacionados con la pareja convivencial. No cabe que uno de ellos o ambos pretendan materializar su convivencia de manera secreta.

Por su parte, la actual Constitución, al tratar sobre los Derechos Sociales y Económicos, reconoce el estado convivencial, otorgándole los mismos efectos legales que la Constitución precedente, pero obviando el requisito de temporalidad dispuesto por aquélla. Justamente, según su artículo 5: “[l]a unión estable de un varón y una mujer, libre de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”. De esta manera, hoy por hoy no solo se reconoce con una norma de máximo rango la existencia de esta institución, sino que con ello se legitima y salvaguarda la dignidad de aquellas personas que habían optado por la convivencia, antes ignorada y rechazada, pero que tanta aceptación tenía de una gran sector de la sociedad.

De igual modo cabe mencionar que el Tribunal Constitucional ha definido la unión de hecho como: “una unión monogámica heterosexual, con vocación de habitualidad y permanencia, que conforma un hogar de hecho. Efecto de esta situación jurídica es que (...) se reconozca una comunidad de bienes concubinarios, que deberá sujetarse a la regulación de la sociedad de gananciales”. Así se lee en la STC N° 6572-2006- PA/TC, fundamento 16.

menor”. VEGA MERE, Yuri: “Consideraciones Jurídicas sobre la Unión de Hecho. (De la ceremonia a la convivencia; de la forma a la sustancia; del silencio a la declaración de derechos y deberes entre convivientes)”. En las *Nuevas Fronteras del Derecho de Familia. Familias de hecho, ensambladas y homosexuales*. 1ra edición, Editora Normas Legales, Lima, 2003, pp.

175-176.

Entonces, de lo indicado hasta aquí se advierte que tanto las Constituciones del 79 y del 93, el Código Civil del 84, como el propio Tribunal Constitucional han reconocido la unión de hecho en sentido estricto o restringido, en tanto cumple con los requisitos indicados, sin ninguna concesión adicional, pues la no observancia de alguno o algunos de ellos supondría la calificación de lo que la norma los viene a llamar concubinatos impropios o imperfectos, cuyos efectos son muy distintos¹².

III. DECLARACIÓN JUDICIAL Y NOTARIAL DE LA UNIÓN DE HECHO

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

Se discute si la declaración judicial o notarial constituye requisito previo para reconocer efectos (derechos y obligaciones) a una unión de hecho o convivencia. Se dice, por un lado, que aquella declaración es contraria a lo que la propia Constitución establece, esto es, no se puede condicionar el nacimiento de derechos de una convivencia a una declaración cuando su reconocimiento se infiere directamente de la norma constitucional y de la norma sustantiva, al cumplir con los requisitos por

ellas establecidos¹³. Por otro, es imprescindible esa declaración tanto para proteger derechos de los convivientes de los actos indebidos de uno de

ellos, como para los terceros en sus relaciones con los convivientes¹⁴.

¹² El propio artículo 326 del Código Civil en su parte final expresa que si la unión de hecho no cumple con los requisitos establecidos en ese artículo (que ya lo hemos visto), a su término el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido, el cual debe entenderse no solo como una ventaja o incremento patrimonial obtenido, sino como el ahorro de gastos o la preservación de un patrimonio. Es decir, debe haber una relación entre el enriquecimiento de uno y el empobrecimiento del otro.

¹³ Esta apreciación se encuentra descrita en el fundamento 14 de la STC N° 04777-2006-PA/TC, en el cual, además, indica que dicha declaración previa constituye un trámite mucho más engorroso que el matrimonio civil y una traba que tiene efectos desalentadores para la unión de hecho.

¹⁴ Esta es la postura de una amplia jurisprudencia civil que ve en la declaración judicial un requisito previo ineludible para otorgar derechos a los concubinos y a los terceros. Así puede verse: CAS. N° 688-95/LAMBAYEQUE de 12/09/1996, publicada en el diario oficial “El Peruano” (EP) el 09/12/1996, p. 2471; CAS. N° 1824-96/HUAURA de 04/06/1998, publicada en EP el 04/08/1998, p. 1510; CAS. N° 1620-98/TACNA de 10/03/1999, publicada en EP el

23/04/1999, p. 2925; CAS. N° 2623-98/JAEN de 13/05/1999, publicada en EP el 12/10/1999, pp. 3704-3705; CAS. N° 2279-98/AREQUIPA de 12/07/1999, publicada en EP el 08/08/2000,

p. 5778-5779; CAS. N° 638-99/JAEN de 27/06/2001, publicada en EP de 02/02/2002, pp.

8205-8206; CAS. N° 321-2001/LIMA de 04/09/2002, publicada en EP de 02/12/2002, p. 9578;

y CAS. N° 1851-2001/LAMBAYEQUE de 24/06/2002, publicada en EP de 03/12/2002, p.

9705.

i. Derechos adquiridos por causa de su misma condición: ser convivientes

No dudo que **los derechos y obligaciones nacidos de una unión convivencial, sus miembros los adquieren por causa de su misma condición: ser convivientes, en tanto cumplan con las condiciones que para ello taxativamente el artículo 5 de nuestra actual Constitución Política y el artículo 326 del Código Civil de 1984 establecen.** Es decir, cumpliendo esos requisitos permite a las parejas convivenciales el goce de esos derechos y cumplimiento de esas obligaciones de manera inherente. La misma situación de facto en la que se encuentran así lo determina. Que es innata aquella adquisición al interior del seno convivencial, siempre en la medida de aquel cumplimiento.

Entonces, desde este punto de vista, **sería intrascendente cualquier declaración** de reconocimiento de convivencia libre y voluntaria de sus miembros por parte de una autoridad judicial o notarial, si los mismos convivientes ya lo han reconocido como tal y se saben como tales, al amparo de normas de rango constitucional, que precisamente reconocen su naturaleza fáctica al otorgarle derechos y obligaciones, en tanto cumplen las condiciones exigidas.

ii. Exigencia y cautela: necesidad de una declaración de reconocimiento de convivencia

Sin embargo, el asunto no queda allí, pues una cosa es la adquisición de derechos y su goce inherente y otra distinta su exigencia y protección jurídica. En mi opinión **los convivientes para exigirse mutuamente y proteger derechos adquiridos durante su convivencia, como consecuencia del régimen de sociedad de bienes y para que esos convivientes se relacionen con terceros y éstos cautelen un derecho adquirido como consecuencia de esa relación, es necesario que dicha convivencia se pruebe ante un juez o ante un notario y que éstos la DECLAREN como tal.** Simplemente declaren la convivencia, no que la reconozcan, porque el reconocimiento viene del mandato constitucional con el cumplimiento de requisitos que éste exige. Por eso se dice que la decisión judicial o notarial es meramente declarativa, con lo cual los derechos y obligaciones no nacen con la declaración del juez o notario, si no desde el instante mismo en que dicha convivencia

cumple con las condiciones legales, siendo aquella declaración una con efectos retroactivos¹⁵.

Argumentemos por qué es ineludible que el reconocimiento de convivencia sea declarada por una juez o notario.

Quizás los convivientes se pregunten: ¿de qué sirve la declaración de reconocimiento de nuestra convivencia por una autoridad judicial o notarial, si nosotros nos reconocemos como tales y lo declaramos de ese modo, al amparo de normas constitucionales? La situación de facto que aquel mandato constitucional ha reconocido otorga a esos convivientes totalmente la razón. Desde luego, esa condición que ellos asumen, libre y voluntaria, a ambos, de manera innata, les otorga derechos y obligaciones.

Ahora bien, fíjese me he referido a que ambos convivientes reconocen esa condición y ambos gozarán de derechos y se exigirán a cumplir obligaciones. Pero, qué sucedería si uno de ellos no quiere reconocer la convivencia mantenida con el otro; o si uno de ellos fallece y existen bienes sociales que deben ser repartidos con herederos; o si uno de ellos dispone o grava bienes adquiridos durante la vigencia de la unión de hecho; o vivos ambos deseen tratar con un tercero sobre un bien social, de manera que este último no se vea engañado con la calidad del bien y luego padecer cualquier nulidad; o deseen hipotecar un bien social; y más... Estas y otras cuestiones surgen de las relaciones entre ambos convivientes y entre éstos y terceros. Y las cuales merecen cautela, sin que ninguno quede perjudicado. Es decir estos son algunos de los casos en los cuales se hace necesario con una prueba de reconocimiento. Y esa prueba es la declaración judicial o notarial de convivencia, cuyo fin es cautelar derechos patrimoniales nacidos de esa convivencia, y a mi entender esa cautela está direccionada en **DOS ÁMBITOS**: una **INTERNA** y otra **EXTERNA**. Así:

a) Cautela interna

La cautela interna no es otra cosa que la **PROTECCIÓN JURÍDICA que se hace a los derechos de cada conviviente sobre los bienes adquiridos durante su unión convivencial, mediante la declaración judicial o notarial de esa unión**. Supone cautelar las relaciones entre convivientes, de manera tal que ninguno vea afectado su derecho. De allí que se torne hondamente necesario contar con una declaración judicial o notarial de convivencia, cuya

¹⁵ A diferencia del matrimonio, en el cual la declaración del alcalde es un acto constitutivo, pues solo a partir de esta declaración nacen derechos y obligaciones, más aun si han optado por el régimen patrimonial de sociedad de gananciales.

probanza se hace con los medios probatorios idóneos que la ley exige para ello y en donde no quede duda alguna que los convivientes verdaderamente han adquirido derechos y obligaciones que como tales les corresponden, a fin que uno de ellos alcance protección ante cualquier acto ilícito que pretenda el otro.

La trascendencia de los efectos patrimoniales que la convivencia genera obliga a que ésta sea declarada legalmente, más aún si tenemos en cuenta la informalidad que la caracteriza, en donde se hace propensa la desprotección de uno de sus miembros. Se requiere de un documento válido que sustente que la convivencia ha sido reconocida con las condiciones legales y la misma haya generado una comunidad de bienes. A cualquier conviviente le resultaría sumamente importante saberse que su situación de hecho está sustentada en ese documento, pues nada asegura que uno de ellos actúe de un modo tal que perjudique los derechos del otro obtenidos al interior de la convivencia, cuando por ejemplo dispone bienes sociales o adquiera alguno no como parte de una unión convivencial reconocida sino como ‘soltero’. Esta consideración constituye una razón de peso (no la única por cierto) para exigir la declaración de reconocimiento judicial o notarial.

En definitiva, es una cuestión de cautelar derechos patrimoniales que nacen de una convivencia y cuyos efectos se mantienen en dicho seno, en las relaciones entre convivientes.

b) Cautela externa

Por el contrario, la cautela externa, sin desligarse de la interna¹⁶, **protege las relaciones patrimoniales entre convivientes y los terceros, para lo cual también se requiere de una declaración de reconocimiento de convivencia.** Aquí el asunto es, si por ciertas conveniencias uno de los convivientes o ambos a la vez desea o desean relacionarse con terceros respecto de derechos patrimoniales adquiridos como consecuencia de su situación de hecho, a dichos terceros no les debe generar dudas de que efectivamente están tratando con los titulares de esos derechos. Es la seguridad y garantía que debe otorgarse a los terceros en sus relaciones patrimoniales con los convivientes. Y dicha seguridad solamente se lograría con la declaración del reconocimiento de convivencia de

¹⁶ La protección a los terceros exige, de modo correlativo, de una protección a nivel del seno convivencial, pues en las relaciones con terceros, en principio tiene que quedar claramente determinado los derechos y obligaciones que le corresponden a cada conviviente, para luego, una vez blindado esos derechos, hacer frente a cualquier circunstancia contractual que tenga que darse con algún tercero.

quienes se relacionan con esos terceros. Una declaración de ese tipo fortalece esas relaciones.

En definitiva, con esto quiero decir que **la cautela de los efectos patrimoniales nacidos de una convivencia, en principio debe mirarse dentro de su ámbito, de manera interna, pues solamente a ellos les va afectar cualquier acto que implique alguna disposición o adquisición de derechos y que un conviviente no termine por verse afectado por las acciones ilícitas de su par; y luego hacia afuera, de manera externa, considerarse que estos derechos en cualquier momento van a tener que ser vinculados con terceros y es a esta esfera que también debe protegerse. Y la protección a los dos ámbitos le otorga la declaración de reconocimiento de convivencia.**

Conviene aclarar sin embargo que, siendo la unión de hecho una situación de facto, informal, su declaración judicial o notarial no le va quitar ese carácter, sino que solamente apunta a cautelar derechos que los convivientes como tales, en su situación de hecho, adquieren, y de los terceros que en su condición de contratantes con aquéllos también adquieren.

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

Habiéndose determinado por ley que los convivientes, cumpliendo los requisitos exigidos, adquieren derechos y obligaciones, debe determinarse a partir de cuándo se adquieren tales, a fin que se tenga el pleno conocimiento de que tal o cual derecho u obligación se adquirieron en tal o cual tiempo y si éstos se encuentran dentro de una situación que merecen tutela especial, es decir si caen dentro de lo que se llama comunidad de bienes. Y no puede ser de otro modo que **a partir de la confluencia de los requisitos exigidos claramente por ley para la configuración de la unión de hecho**, lo que normalmente ocurriría desde el día uno del año tres. Es decir, los bienes que se adquieren a partir de este día, en tanto se haya cumplido con los requisitos, tienen la condición de sociales y es a partir de esa fecha que entre los convivientes nace una comunidad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales.

Debe tenerse en cuenta que una cosa es el inicio de la sociedad de bienes y otra muy distinta el inicio de la convivencia. Ésta última ocurre desde el día uno del año uno y aquélla – en términos normales- desde el día uno del año tres. Vemos pues que el criterio diferenciador principal es el tiempo: dos años.

Asimismo debe recalcar que el reconocimiento de la unión de hecho será meramente declarativo, pues reconoce una situación ya nacida en los hechos, y los efectos de la sentencia judicial o la declaración notarial deben ser retroactivos, esto es, desde que se cumplieron las condiciones legales.

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

Alguna doctrina y jurisprudencia civil refieren que no en todos los casos se hace imprescindible la declaración previa del reconocimiento de la convivencia. Tal necesidad va depender si se trata de derechos personales y de derechos patrimoniales entre convivientes y de la relación de éstos con terceros.

Así se ha determinado que para reclamar **derechos personales**, como el pago de una pensión alimenticia o de una indemnización, no se requiere de una declaración judicial previa, en tanto el reclamo de esas pretensiones, luego de la terminación de forma unilateral por uno de los convivientes, puede efectuarse en un proceso en el que también se determine la existencia de la unión convivencial¹⁷.

Contrariamente, se considera que cuando se trata de **derechos patrimoniales** entre convivientes y de efectos frente a terceros, es necesario contar con una declaración judicial¹⁸ previa que acredite la existencia de la convivencia. Como se indica en el Pleno Jurisdiccional de Familia del año 1998:

“(...)ésta [la declaración previa] se efectúa por seguridad jurídica, dado que en la mayoría de casos, la convivencia resulta precaria, por lo que la declaración de unión de hecho contribuiría a crear un clima de confianza, garantía y certidumbre frente a terceros; verbigracia: el

¹⁷ Plácido es uno de los autores que hace referencia que en el caso de la pensión alimenticia o del pago de indemnización en caso de cese de la unión por decisión unilateral, la prueba se puede llevar a cabo en el mismo proceso en el que se ejerzan tales pretensiones. PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex. “Regímenes patrimoniales del matrimonio y de las uniones de hecho”, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 392.

En el Pleno Jurisdiccional de Familia del año 1998 también se hace alusión a que no es necesario la declaración judicial previa de la unión de hecho para solicitar derechos personales entre los concubinos como son los alimentos e indemnización.

¹⁸ Nos referimos solamente a que se debe contar con una **declaración judicial previa** y no declaración notarial, pues recuérdese que un requisito para que se dé esta última es el acuerdo entre los convivientes, y el mismo acuerdo debe existir para el cese y la liquidación del patrimonio social, acuerdo que no existe cuando se reclama derechos patrimoniales nacidos dentro de una unión convivencial. Claro está que nada obsta para que la declaración notarial de reconocimiento de convivencia constituya el “requisito previo” para iniciar pretensiones de orden patrimonial entre los convivientes y éstos y terceros o viceversa en la vía judicial.

otorgamiento de un préstamo bancario, la constitución en prenda o hipoteca de un bien mueble o inmueble, su afectación por medida cautelar, etc., requieren necesariamente de una sentencia declarativa dictada en un proceso jurisdiccional competente, a través de la cual se declare el derecho en cuestión y puedan determinarse a cabalidad los supuestos a que hace referencia el acotado artículo 326 del Código Civil (...)”.

La jurisprudencia ha determinado esta circunstancia en una sólida tendencia jurisprudencial¹⁹. Por ejemplo la CAS. N° 3750-2001- CAJAMARCA confirmó la necesidad de contar con una declaración judicial de convivencia, como requisito previo para iniciar cualquier proceso de nulidad de actos jurídicos por los cuales alguno de ello haya dispuesto bienes comunes adquiridos durante la vigencia de la sociedad de

gananciales conformada por ambos. De este modo se indicó:

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

En este último caso considero justificable la exigencia de una declaración de reconocimiento convivencial previo, en tanto, dada la naturaleza de las pretensiones que se reclaman, debe actuarse en un proceso distinto y anterior²⁰ y además por seguridad jurídica, para evitar perjuicios

¹⁹ Véase el pie de página 14.

²⁰ Aunque hay autores como VEGA MERE que consideran que no hay mayor justificación de índole procesal ni apegado a la justicia para exigir una declaración judicial previa de reconocimiento de convivencia para reclamar derechos de naturaleza patrimonial entre los convivientes (aunque considera justificable dicha declaración en la relación con terceros), cuando en el mismo proceso en el que uno de ellos pretende reclamar esos derechos se puede acreditar la existencia de una convivencia. Afirma este autor que se ha perdido la brújula del principio de economía procesal y que postergar la necesidad de tutela de los justiciables no traduce ninguna necesidad de seguridad o garantía del convivientes emplazado, generando una innecesaria y viciosa duplicidad de juicios, de pleitos, de gastos, de esfuerzo, de pérdida de tiempo, que puede conducir a que el concubino que pretenda ser astuto disponga, en el

tanto a los propios convivientes como a terceros. Pues, en el caso del tercero, éste no tendría que verse afectado por los actos ilícitos de cualquier conviviente y verse envuelto en un lío que le es ajeno. Por ejemplo en un proceso de nulidad de acto jurídico planteada por uno de los convivientes a fin que se declare nula la enajenación de un bien inmueble social efectuada por el otro, aquel conviviente para oponer la existencia de su convivencia a un tercero previamente debe acreditar la existencia de la convivencia y el único medio para hacerlo es la vía judicial (no la notarial porque en ésta se requiere acuerdo entre convivientes y es obvio que en este caso no habría). Sin embargo, debemos considerar en este caso que el derecho del tercero adquirente puede verse protegido por el artículo 2014 del Código Civil, en tanto haya actuado de buena fe y a título oneroso. Entonces previamente debe demandarse el reconocimiento de convivencia ante el juez de familia, y obtenida sentencia favorable, demandar nulidad de acto jurídico ante el juez civil.

Igualmente debemos indicar (de manera somera por cuanto lo trataremos ampliamente más adelante) que a nivel registral para acreditar la calidad de un bien social, adquirido durante la vigencia de la unión de hecho, debe ésta tener el reconocimiento judicial o notarial mediante el cual se declare que la misma origina una sociedad de bienes. No basta la sola afirmación de los convivientes que dicho bien adquirido por ellos tiene la condición de social, sino que resulta imprescindible la actuación de pruebas suficientes que acrediten la naturaleza de aquel bien y ello solamente debe hacerse dentro de un proceso judicial o notarial que para dicho efecto se promueva.

4. Declaración notarial de la unión de hecho

Originalmente para que una unión de hecho sea declarada como tal, debía acudirse necesariamente ante el Poder Judicial. Sin embargo, con la dación de la Ley N° 29560²¹ que modifica la Ley N° 26662²², se amplía las competencias notariales en asuntos no contenciosos, autorizando a los

entretanto, del bien o bienes, con un grave perjuicio del otro. VEGA MERE Yuri. Op. Cit., p.

176. Por ejemplo, en apreciación de este autor, nada impide que un mismo proceso se pueda dilucidar las pretensiones de declaración de reconocimiento de convivencia y división y partición de bienes sociales, acción reivindicatoria, acción posesoria o desalojo. En mi opinión, dada la naturaleza de pretensiones que se discuten, se requiere procesos distintos; además que existen normas procesales que así lo han establecido.

²¹ Promulgada el 15 de Julio del año 2010 y publicada al día siguiente en el diario oficial “El Peruano”.

²² Promulgada el 20 de setiembre de 1996, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 22, y según la tercera disposición final vigente a los 60 días de su publicación.

notarios a declarar²³ una unión de hecho siempre que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 326 del Código Civil, asimismo se autoriza a tramitar su cese, así como la **inscripción de tales actos en el Registro Personal**. Constituyendo el otorgamiento de aquella ley una alternativa a la competencia de la entidad judicial, buscando lograr de esta manera la descongestión de procesos que tanto aqueja a ésta²⁴.

Pero, la promulgación de dicha norma no solamente evidencia un claro intento de disminuir la sobrecarga procesal, sino también, y es lo más importante, un paso adicional a favor de un mayor reconocimiento de las uniones de hecho. Sin embargo, creo que al legislador le queda un largo camino por recorrer. **El proceso hacia su consolidación aún se encuentra en etapa de avance. Se requiere derribar no pocas barreras jurídicas y sociales, a fin que la unión de hecho logre una efectiva protección a nivel constitucional²⁵ y con ello consolide los derechos que le son inherentes.**

i. Requisitos para su tramitación

Las correspondientes disposiciones de la Ley N° 29560 solo se aplica para el caso de parejas convivientes que **de común acuerdo** decidan tramitar su reconocimiento como tales, pues es un asunto no contencioso en el cual no cabe la formulación de un conflicto por ambos concubinos o por uno de ellos pretendiendo que se le reconozca esa condición. De existir conflicto deben recurrir al órgano judicial. Luego, los convivientes deben cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 326 del Código Civil (concubinato propio o strictu sensu), esto es: mantenida por un varón y una mujer de forma libre y voluntaria, con fines y deberes semejantes al de casados, ninguno de ellos debe tener impedimento matrimonial, sea conocida por los demás y haya durado por lo menos dos años continuos. De no cumplir con estas exigencias, estaríamos frente a un concubinato impropio, no

²³ Debemos aclarar que el notario no “**reconoce**” la unión de hecho, sino que se limita a “**declarar**” un estado convivencial ya existente reconocido por los propios convivientes, amparados en el reconocimiento que otorga la Constitución y quienes acuden al notario para que éste declare ese reconocimiento, en tanto cumple con los requisitos que la ley exige. Por tanto, en ese sentido debe entenderse lo dispuesto por la Ley N° 26662 en su artículo 45, esto es, que “procede la declaración de reconocimiento” y no solamente “procede el reconocimiento”.

²⁴ El mismo artículo 1 de la Ley N° 26662 indica que los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante Notario para tramitar según corresponda los asuntos no contenciosos contemplados en dicha Ley.

²⁵ En los últimos años se ha dado una importante, pero aún insuficiente jurisprudencia constitucional a favor de las familias no matrimoniales. Así: STC N° 06572-2006-PA/TC de 6/11/2007; STC N° 04777-2006-PA/TC de 13/10/2008; STC N° 09708-2006-PA/TC de 11/01/2007.

procediendo la declaración del reconocimiento de la unión de hecho entre los concubinos.

Cumpliendo las parejas convivenciales los requisitos antes indicados, pueden acudir al notario y solicitar la declaración de su reconocimiento como convivientes.

Conforme lo indica el artículo 46 de la Ley N°26662²⁶, modificado por la Ley N° 29560, dicha solicitud debe incluir: (i) nombres y firmas de ambos solicitantes y también debe llevar firma de abogado, conforme el artículo 14 de la Ley N° 26662; (ii) reconocimiento expreso de los solicitantes de que están conviviendo por lo menos dos años de manera continua; (iii) 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; (iii) certificado domiciliario de los solicitantes, el que debe consignar la misma dirección domiciliaria, pues sería ilógico que se presente certificado domiciliarios con diferentes direcciones de los convivientes si lo que se pretende es demostrar que hacen vida en común compartiendo el mismo techo; (iv) certificado negativo de unión de hecho tanto del varón como de la mujer otorgado por el Registro Personal de la oficina registral donde domicilian los solicitantes. Actualmente la emisión de este certificado ya no supone un problema pues existen mecanismos registrales para su otorgamiento (como veremos en el punto V. 6); (v) declaración de dos testigos indicando que los solicitantes conviven dos años continuos o más; y (vi) otros documentos que acrediten que la unión de hecho tiene por los menos dos años continuos. Dichos documentos pueden consistir en recibos de servicios de agua, luz eléctrica o teléfono, partidas de nacimiento de los hijos si los hubiere, etc.

Las declaraciones o reconocimientos expresos pueden hacerse mediante declaración jurada. Además, si los solicitantes proporcionan información falsa al notario para sustentar su pedido de reconocimiento de unión de hecho, serán pasibles de responsabilidad penal (artículo 51).

Recibida toda la documentación requerida, el Notario, luego de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos por Ley, mandará publicar un extracto de la solicitud en el diario oficial “El Peruano” y en otro de amplia circulación (artículos 13 y 47). Transcurridos quince días útiles desde la publicación del último aviso, sin que se hubiera

²⁶ Cuando aluda a algún artículo éste se entenderá de la Ley N° 26662.

formulado alguna oposición²⁷ al reconocimiento de la unión de hecho en trámite, el notario extenderá la correspondiente escritura pública declarando el reconocimiento de dicha unión entre los convivientes (artículo 48).

Ahora bien, cumplido el trámite y habiéndose otorgado la escritura pública que reconoce la unión de hecho entre los convivientes, conteniendo la fecha de su inicio y su cese, de ser el caso, además de ciertos requisitos esenciales como los documentos de identidad de ambos concubinos y otros como veremos más adelante, el notario remitirá partes que contiene dicho reconocimiento convivencial (y su cese, de ser el caso) al Registro Personal del lugar donde domicilian los solicitantes para su correspondiente inscripción (artículo 49)²⁸.

ii. Cese. Consentimiento de ambos convivientes como requisito necesario

Asimismo, si los convivientes desean poner fin a su estado convivencial podrán hacerlo también mediante escritura pública en la cual además podrán liquidar el patrimonio social²⁹, no necesitando para este caso hacer publicaciones. Dicho reconocimiento de cese también debe inscribirse en el Registro Personal (artículo 52), pues requiere ser publicitado para interés de los convivientes y los terceros.

Debemos recalcar que el cese de la unión de hecho en la vía notarial se entiende que debe ser por acuerdo de ambos convivientes, sin embargo **qué ocurriría si unilateralmente uno de los convivientes lo solicita.**

¿Procedería el trámite? Considero que no, por cuanto para el trámite

notarial de unión de hecho (y general para todos los procedimientos no

contenciosos que regula la Ley N° 26662, conforme lo indica su dispositivo 6) es requisito indispensable el consentimiento unánime de los interesados, y si alguno de ellos en cualquier momento de la tramitación manifiesta oposición, el notario debe suspender

²⁷ El artículo 50 concordante con el artículo 6 de la Ley N° 26662 establecen que en caso de oposición al reconocimiento de la unión de hecho por persona con interés de quebrantar su trámite, el notario debe suspender inmediatamente su actuación y remitir lo actuado al juez correspondiente, bajo responsabilidad, ello porque para dicho trámite es requisito indispensable el consentimiento unánime de los interesados.

²⁸ Esta disposición es concordante con lo establecido por la primera parte del artículo 2033 del Código Civil el cual indica que las inscripciones se hacen en la oficina que corresponda al domicilio de la persona interesada.

²⁹ La liquidación del patrimonio social es aquel acto que tiene por finalidad partir en partes igual los gananciales entre ambos convivientes o sus respectivos herederos. Para ello previamente debe realizarse un inventario valorizado de los bienes de la sociedad concubinaria, pagar las cargas y obligaciones contraídas por dicha sociedad y restituir los bienes propios a cada uno de los convivientes.

inmediatamente su actuación y remitir lo actuado al juez correspondiente, bajo responsabilidad. Ese decir, esta causal de cese por decisión unilateral de uno de los convivientes, si bien está contemplada en el artículo 326 del Código Civil, no ha así dentro del procedimiento no contencioso en la vía notarial, **requiriéndose que la escritura pública de cese convivencial sea otorgada por ambos convivientes.** Y si se pretende el cese de la unión de hecho por voluntad exclusiva de uno de los convivientes, éste tiene expedito su derecho para instaurarlo en la vía judicial.³⁰

5. Declaración judicial de la unión de hecho

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

Los requisitos que se exigen para instaurar un proceso judicial de reconocimiento de convivencia son los descritos en el artículo 326 del Código Civil: unión libre y voluntaria entre un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, la convivencia debe tener una duración mínima de 2 años continuos y debe gozar de notoriedad y publicidad por terceros.

El juez competente es el Juez de Familia y se tramita en la vía del proceso de conocimiento.

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

Reiteramos que el reconocimiento judicial de convivencia tiene carácter declarativo, en tanto reconoce una situación de hecho ya existente, y cuyos efectos tienen el carácter de retroactivo, esto es, desde el instante mismo en

³⁰ Este criterio ha sido determinado en una reciente resolución emitida por la Segunda Sala del Tribunal Registral, bajo el N° 624-2013-SUNARP-TR-L del 12 de abril de 2013, el cual indica en su texto sumillado: *“Si bien la unión de hecho puede cesar por decisión de uno de los convivientes, la inscripción del reconocimiento del cese de la unión de hecho, no se puede efectuar en mérito a la escritura pública otorgada sólo por uno de los convivientes”*.

que se cumplen los requisitos exigidos por la ley para la configuración de la unión de hecho.

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

Considero –hasta aquí– se ha dado un paso importante para un mayor reconocimiento y formalización de las uniones de hecho, lo que supondría un avance para cautelar cuestiones patrimoniales derivadas de estas uniones. Sin embargo, la expedición de la Ley N° 29560 requiere de suma **concretar su operatividad** sino no tendría sentido la intervención del notario si es que la declaración del reconocimiento de la unión de hecho no se haría oponible a terceros, ni tampoco tendría razón de ser la actuación del juez en ese sentido. El mecanismo idóneo para ello es el registro^{31 32}, resultando necesario que en él se pueda publicitar sobre todo los efectos patrimoniales de dicha unión. Sobre las uniones de hecho en sede registral trataremos en seguida.

IV. EL ACCESO AL REGISTRO PÚBLICO DE LA DECLARACIÓN DE RECONOCIMIENTO DE LA UNIÓN DE HECHO COMO PRESUPUESTO PARA UNA MAYOR CAUTELA DE

³¹ CORNEJO CHÁVEZ no estaba de acuerdo con la inscripción de la unión de hecho en el registro público porque consideraba que transgredía la naturaleza misma de esta clase de unión, la cual es ser una cuestión de facto que no necesita de formalidad ni inscripción alguna para su existencia y viabilidad, promoviendo más bien la formalización de dicha unión a través del matrimonio y la consiguiente inscripción a través del Registro Civil. En CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Ob. cit.*, p. 292. No compartimos esta respetable opinión pues considero que la vía idónea para publicitar la unión de hecho y sus efectos patrimoniales es el registro público porque otorga mayor seguridad jurídica a los intereses patrimoniales de los concubinos.

³² A decir verdad, algunas municipalidades provinciales y distritales han tenido ya la iniciativa de crear registros de uniones de hecho. Tal es el caso de la Municipalidad Provincial del Callao mediante Ordenanza N° 000012-CALLAO, publicada en “El Peruano” el 13/08/2003 o la Municipalidad Distrital de Breña, mediante Ordenanza N° 139-MDB, publicada en “El Peruano” el 18/02/2005. Sin embargo, éstos no tienen la ventaja de ser publicitados ni tampoco gozan de la presunción de cognoscibilidad legal (presunción de conocimiento) que lo haga oponible a terceros, como lo hace el registro público, quien además otorga seguridad jurídica a los derechos de los convivientes y lo terceros cuando traten con ellos.

DERECHOS PATRIMONIALES DE LOS CONVIVIENTES Y DE TERCEROS CONTRATANTES

Hemos visto que el sólo cumplimiento de los requisitos exigidos por las normas constitucional (artículo 5) y sustantiva (artículo 326), hacen a los convivientes merecedores de derechos y obligaciones y les permite su goce y cumplimiento de manera inherente. Asimismo se ha indicado que la sola adquisición de esos derechos y su respectivo goce son insuficientes cuando de cautelar derechos patrimoniales de los convivientes se trata. Es imprescindible que para exigirse y proteger los convivientes derechos y obligaciones nacidos de la unión convivencial sobre los bienes adquiridos durante dicha unión, como consecuencia del régimen de sociedad de bienes (cautela interna), y para que aquéllos se relacionen con terceros y éstos cautelen un derecho adquirido como consecuencia de esa relación (cautela interna), dicha convivencia debe ser probada ante un juez o ante un notario y que éstos la declaren como tal. Simplemente declaren la convivencia, no que la reconozcan, porque el reconocimiento viene del mandato constitucional con el cumplimiento de requisitos que éste exige.

Sin embargo, considero que para lograr una mayor protección de los derechos patrimoniales no basta que la convivencia sea declarada reconocida por un juez o notario, sino que **es sumamente necesaria la inscripción de esa declaración en el registro público correspondiente.**

En este punto debemos determinar de qué manera la declaración judicial o notarial de reconocimiento de la unión convivencial y su acceso al registro público cautela derechos patrimoniales de los miembros de esa unión y de los terceros contratantes con ellos.

El fundamento radica en que **el sistema registral por medio de la publicidad otorga una consistente garantía jurídica a los derechos patrimoniales** nacidos como consecuencia de la sociedad de bienes generada por el cumplimiento de los requisitos que la norma constitucional y sustantiva exigen para ello. Y también lo hace de **dos modos**: una INTERNA, principal, protegiendo a los titulares de esos derechos que son los convivientes y a su inmediata consecuencia: el régimen de sociedad de gananciales, cuando por ejemplo uno de ellos realiza actos indebidos de apropiación de los bienes sociales; y otra EXTERNA, para quienes quieren vincularse con alguno de ellos, esto es, para los terceros, cuando por ejemplo el tercero adquiera un bien social que en el registro tiene esa condición al haberse inscrito la convivencia.

Asimismo, dado que en la mayoría de casos dicha convivencia resulta precaria, la efectiva seguridad jurídica que brinda la declaración del reconocimiento de una convivencia y su consecuente inscripción en el registro correspondiente, **contribuiría a crear un clima de confianza,**

garantía y certidumbre no solo para los convivientes sino frente a terceros. Y es que los convivientes requieren, en principio, necesariamente de un pronunciamiento declarativo dictado sea en un proceso jurisdiccional o notarial competentes, a través de los cuales se declare el derecho en cuestión y puedan determinarse a cabalidad los supuestos a que hace referencia las normas civil y constitucional; y luego, que ese pronunciamiento sea dado a conocer a terceros mediante la publicidad que otorga el registro, se haga oponible, a fin que se logre una mayor cautela sobre los bienes inscritos de titularidad de los convivientes que pretendan ser enajenados por uno de ellos, y a los terceros que deseen adquirir esos bienes.

De igual modo la inscripción en el registro de la unión convivencial **promueve el tráfico jurídico patrimonial**, en tanto los bienes sociales pueden enajenados o gravados sin mayores dificultades y sin las posteriores consecuencias negativas como alguna nulidad.

He ahí su importancia. En tanto lo que se prioriza es la PROTECCIÓN O CAUTELA de derechos nacidos de una institución que aún no cuenta con las bases normativas suficientes que le permita desenvolverse dentro de una sociedad todavía llena de perjuicios sociales y con recelo para dejar atrás el sitio marginado que le otorgaba la sociedad de antaño.

V. DOS PROTECCIONES: RECONOCIMIENTO E INSCRIPCION

Hemos visto a lo largo del presente trabajo que en si existe una doble protección de los derechos patrimoniales de los convivientes, tanto en el modo interno (a los convivientes) como externo (a los terceros). Esa doble protección se manifiesta en dos niveles o DOS MOMENTOS. **Primero, una protección a nivel judicial o notarial cuando se declara el reconocimiento del estado convivencial y luego a nivel registral, con la oponibilidad de ese reconocimiento.** En donde este segundo momento, de protección sea interna (a los convivientes) o externa (a los terceros), está condicionado a que se lleve a cabo el primer momento, de protección con el reconocimiento, también sea interna o externa, la cual, precisamente, resulta insuficiente, un poco inútil, si es que no se materializa el segundo momento, y ello ocurre con la inscripción en el registro público correspondiente. Es imposible que el registro otorgue protección cuando antes no ha habido pronunciamiento judicial o notarial idóneos, pues las inscripciones no podrían efectuarse sin este requisito previo y SIN INSCRIPCION no habría publicidad, no habría oponibilidad de derechos.

En consecuencia, se aprecia que ambos momentos son **indesligables**, uno complemento del otro, uno de mera declaración y otro de inscripción, de donde el primero requiere fortalecerse con el segundo y éste no podría efectuarse sin aquél, siendo que el cumplimiento de ambos instantes genera

una mayor protección a los derechos patrimoniales de los concubinos y de los terceros contratantes con ellos.

VI. UNIONES DE HECHO EN SEDE REGISTRAL. CRITERIOS REGISTRALES PARA SU INSCRIPCION Y PUBLICIDAD

Como lo he venido recalcando, la unión de hecho regulado en los artículos 5 de la Constitución y 326 del Código Civil genera como principal efecto patrimonial la conformación de una sociedad de bienes sujeto al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión marcada por la voluntariedad y estabilidad de quienes se encuentran unidos, haya durado por lo menos dos años continuos.

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

1. Antes y después. La unión de hecho como acto inscribible y no inscribible

Antes del 17 de abril de 2013, la unión de hecho no constituía taxativamente acto inscribible en el Registro Personal. Sin embargo, recientemente con la publicación de la Ley N° 30007³³, se introduce como tal en el artículo 2030 del Código Civil³⁴.

Como lo dejamos indicado, con el otorgamiento de la Ley N° 29560 se autoriza a los notarios a declarar el reconocimiento de la unión de hecho y que la misma haya generado una comunidad de bienes sujeto al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, contemplada en el artículo 326 del código sustantivo, asimismo se le autoriza declarar eventualmente el cese de dicha unión, previendo además su inscripción de ambos en el Registro Personal. Por lo que, en

³³ Ley N° 30007, publicada el 17 de abril último en el diario oficial “El Peruano”, que modifica los artículos 326, 724, 816 y 2030 del Código Civil, 831 y 425.4 del Código Procesal Civil y 35,

38 y 39.4 de la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, cuyo objeto es reconocer derechos sucesorios entre un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que conforman una unión de hecho.

³⁴ “Artículo 2030.- Actos y resoluciones inscribibles

Se inscriben en este registro:

(...)

10. Las uniones de hecho inscritas en vía notarial o reconocidas por vía judicial.”

ese entonces, con aquel otorgamiento legal tácitamente se ha habido ampliado los actos inscribibles contemplados en el artículo 2030 aludido, al permitir la inscripción registral de dichos actos, precisándose que también tendrá acceso al registro la declaración del reconocimiento judicial de convivencia. Debe señalarse que la Ley N° 29560 no contemplaba una modificación expresa al artículo 2030, lo cual generaba un problema para la inscripción de las uniones de hecho, por cuanto este último dispositivo contenía de manera expresa y taxativa los actos inscribibles en aquel Registro. Ahora, con la promulgación de la Ley N° 30007, ya no supone mayor problema.

2. Lo que dice la jurisprudencia registral al respecto

Cabe mencionar que antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 29560 acontecido el 17 de julio del 2010, los títulos ingresados al Registro que contenían rogatorias sobre uniones de hecho declaradas judicialmente, reiteradamente su inscripción era negada³⁵ por el Registrador bajo el argumento que conforme al artículo 2030 del Código Civil la declaración judicial de unión de hecho no constituye acto inscribible en el Registro Personal³⁶. No sin razón, desde el punto de vista legal este argumento era válido³⁷. Estos pronunciamientos evidentemente generaban perjuicio para aquellas parejas convivenciales que deseaban otorgar publicidad a su situación jurídica y con ello proteger los efectos patrimoniales que dicha convivencia generaba, así como para los terceros que quieran tratar con alguno de los convivientes. Al ser apeladas dichas observaciones, el Tribunal Registral algunas las confirmaba sin más³⁸, otras igualmente las confirmaba pero señalando que el Registrador debe requerir aclaración al juez en el sentido que la unión de hecho no es un acto inscribible en el Registro Personal y si

³⁵ Al pronunciamiento que niega la rogatoria de inscripción de un acto o derecho contenido en un título bajo el argumento que el defecto del cual adolece es insubsanable se le denomina tacha. Y conforme al artículo 42, inciso b), del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos (aprobado por resolución N° 126-2012-SUNARP-SN de 19/05/2012) *el Registrador tachará el título presentado cuando contenga acto no inscribible.*

³⁶ En ese sentido véase las Resoluciones N° 973-2007-SUNARP-TR-L de 12/12/2010; N° 379-2010-SUNARP-TR-A de 11/10/2010; N° 648-2010-SUNARP-TR-L de 14/05/2010; N° 565-2010-SUNARP-TR-L de 23/04/2010.

³⁷ Y para reforzar este criterio se indica que “...si el matrimonio y el régimen patrimonial de sociedad de gananciales, no constituyen actos inscribibles en el Registro Personal, de conformidad con el artículo 2030 del Código Civil, tampoco será inscribible en dicho registro la unión de hecho declarada judicialmente y la sociedad de bienes resultante que se rige por el régimen de la sociedad de gananciales...” (fundamento 6 de la Resolución N° 973-2007-SUNARP-TR-L).

³⁸ Véase en ese sentido la Res. N° 565-2010-SUNARP-TR-L de 23/04/2010 (fundamento 7), emitida por la Segunda Sala del Tribunal Registral.

esté disponía su inscripción era bajo su responsabilidad, además recomendaba el Tribunal que lo que correspondería era publicitar la situación de hecho en la respectiva partida registral de los bienes adquiridos por los concubinos y así oponer frente a terceros la situación jurídica de cotitularidad de dichos bienes³⁹; y en otra⁴⁰, ciertamente es la única, con mejor criterio la revocaba disponiendo su inscripción,

alegando que si bien la unión de hecho no constituye un acto inscribible pues la misma ha sido declarada antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 29560, el mandato imperativo del juez contenido en el segundo párrafo del artículo 2011⁴¹ del Código Civil, concordante con el tercer precedente de observancia obligatoria aprobado en el Quinto Pleno del Tribunal Registral⁴², lo hacía inscribible. Este último criterio **envuelve**

³⁹ Véase en ese sentido los fundamentos 3 y 4 de la Res. N° 648-2010-SUNARP-TR-L de

14/05/2010, emitida por la Tercera Sala del Tribunal Registral, en la cual se indica que si

“...toda inscripción debe tener como efecto natural la oponibilidad a terceros de la situación jurídica que publicita...” y si *“...se aprueba la unión de hecho que implica el reconocimiento de una comunidad o sociedad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales, razón por la cual su inscripción buscaría publicitar y oponer frente a terceros la situación jurídica de titularidad de los bienes adquiridos por los concubinos”, “...lo que correspondería es publicitar esta situación [de unión de hecho] en la respectiva partida registral de los bienes adquiridos por los concubinos...”* (así se lee del Fundamento 4). Es decir, ante la imposibilidad de inscribir la unión de hecho en el Registro Personal, al menos ésta se debe publicitar en las partidas de los bienes adquiridos por los concubinos. Una salida insuficientemente beneficiosa para los convivientes. En este último sentido también se pronuncia la Res. N° 973-2007- SUNARP-TR-L de 12/12/2010 (fundamento 7), emitida por la Primera Sala.

⁴⁰ Véase la Res. N° 379-2010-SUNARP-TR-A de 11/10/2010, fundamento 6.

⁴¹ Artículo 2011. Principio de Rogación. *“Los registradores califican la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, la capacidad de los otorgantes y la validez del acto, por lo que resulta de ellos, de sus antecedentes y de los asientos de los registros públicos.*

Lo dispuesto en el párrafo anterior no se aplica, bajo responsabilidad del Registrador, cuando se trate de parte que contenga una resolución judicial que ordene la inscripción. De ser el caso, el Registrador podrá solicitar al Juez las aclaraciones o información complementarias que precise, o requerir se acredite el pago de los tributos aplicables, sin perjudicar la prioridad del ingreso al Registro” (la negrita es nuestra).

⁴² Precedente aprobado en la sesión ordinaria realizada los días 5 y 6 de setiembre de 2003 y publicado en el diario oficial “El Peruano” el 20 de octubre de 2003, el cual indica:

“Calificación de Resoluciones Judiciales.- El Registrador no debe calificar el fundamento o adecuación a la ley del contenido de la resolución judicial. Conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 2011 del Código Civil, el Registrador está autorizado para solicitar aclaración o información adicional al Juez, cuando advierte el carácter no inscribible del acto que se solicita inscribir o la inadecuación o incompatibilidad del título con el antecedente registral. Si en respuesta a ello el Juez reitera el mandato de anotación o inscripción mediante una resolución, incorpora al fondo del proceso dicha circunstancia, y en consecuencia, al emitir pronunciamiento sustantivo, el mismo no puede ser objeto de calificación por parte del Registrador, siendo en estos casos, responsabilidad del

magistrado

el

sin dudas un haz de razonabilidad de cara a la realidad, tradiciones y cultura de un sector de la sociedad, lejos de una mezquina percepción y rechazo.

Como vemos, es a través de la jurisprudencia registral que las uniones de hecho han tenido cierta acogida en este ámbito (aunque con criterios disparejos), lo que ha conllevado a disminuir una situación de indefensión por la falta de su regulación sobre la publicidad registral, falta de regulación que genera inseguridad jurídica y, adicionalmente, fomenta un inadecuado sistema de garantía del derecho de propiedad de los convivientes⁴³. Un claro ejemplo de indefensión se puede dar en el caso que un bien inmueble de la sociedad de hecho se encuentre inscrito a nombre de uno de los convivientes y éste lo disponga, desprotegiendo al otro; o, del lado del adquirente (tercero), éste ve en peligro su adquisición al haberse guiado por la ficha registral que no publicita que dicho bien es de carácter social.

3. Criterios registrales para la inscripción de unión de hecho

A fin de subsanar la deficiencia normativa de ese entonces y permitir el acceso de la declaración del reconocimiento notarial o judicial de la unión de hecho al registro, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) fijó mediante la Directiva N° 002-2011- SUNARP-SA⁴⁴ ***los criterios registrales para la inscripción del***

reconocimiento de las uniones de hecho declaradas en la vía notarial o judicial, su cese y otros actos inscribibles directamente vinculados, como la anotación de demanda o sentencia de nulidad de dicha unión.

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

acceso al Registro del título que contiene el mandato judicial, de lo que deberá dejarse constancia en el asiento registral”. (La negrita es nuestra).

⁴³ Esta falta de regulación sobre la publicidad registral de las uniones de hecho ha sido evidenciada por el Tribunal Constitucional mediante la STC N° 04777-2006-PA/TC a la que antes he hecho referencia.

⁴⁴ Estos criterios están fijados en la **DIRECTIVA N° 002-2011-SUNARP-SA**, aprobado por Resolución N° 088-2011-SUNARP-SA de fecha 29/11/2011 y publicada en el diario oficial “El Peruano” el 30/11/2011, modificada por la Directiva N° 002-2011-SUNARP-SA, aprobado por Resolución N° 050-2012-SUNARP/SN de fecha 16/03/2012, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 21/03/2012.

4. Oficina registral competente

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

Asimismo, en sus consideraciones la Directiva indica que, en aras de un servicio menos costoso para los interesados, no es necesario que se repita dicha inscripción en el Registro Personal de la oficina registral en donde se encuentre la partida registral de los bienes inscritos de los convivientes que solicitaron el inicio del trámite notarial o judicial, en su caso. Apartándose de este modo de lo regulado por la segunda parte del artículo 2033 que hace referencia que las inscripciones se harán, además, en el lugar de ubicación de los bienes inmuebles, de ser el caso. Coincidimos plenamente con lo establecido por la Directiva, pues, precisamente, a partir de su entrada en vigencia se crearon sistemas informáticos interconectados a nivel nacional que son el Índice Nacional de Uniones de Hecho y el Índice Nacional del Registro Personal, del cual aquél forma parte, y que a la fecha la SUNARP lo ha implementado y concentra y consolida la información, a través de una base de datos centralizada, de la totalidad de las Zonas Registrales que lo conforman, por lo que una inscripción adicional en el lugar de ubicación de los bienes inmuebles de los convivientes no solo generaría un costo adicional para éstos sino sería contrario a lo que la misma

Directiva ha establecido: creación de índices nacionales⁴⁵.

⁴⁵ La razón por la cual la segunda parte del artículo 2033 exige, además, la inscripción en el lugar de ubicación de los bienes inmuebles se fundamenta en que cuando se promulgó el Código Civil de 1984, las oficinas registrales no estaban interconectadas. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la realidad actual es diferente, pues existen sistemas informáticos interconectados que permiten no solo a los registradores acceder a la información de partidas registrales a nivel nacional, sino también a los propios administrados. El Tribunal Registral ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto sobre el artículo 2042 del Código Civil, que también exige la inscripción de la sucesión intestada en el lugar de ubicación de los bienes del causante y que también guarda concordancia con el artículo 2033. Así en la Resolución N° 135-

2012-SUNARP –TR-A del 14/03/2012, ha indicado que de una aplicación conjunta del literal h) del artículo 32 del Reglamento General de los Registros Públicos y el artículo 40.1) de la Ley de Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444), se debe proscribir que, si una entidad posee información relativa que sirva para un trámite, la requiera nuevamente al administrado,

5. Actos inscribibles y no inscribibles

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

- La declaración de reconocimiento de la unión de hecho;
- El cese de la unión de hecho; y,
- Las medidas cautelares y sentencias ordenadas por la autoridad jurisdiccional relacionadas con la unión de hecho⁴⁶.

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

Por otro lado, se indica que **no son inscribibles** en el Registro Personal los actos sobre modificaciones o aclaraciones relativos a los aspectos patrimoniales del reconocimiento de la unión de hecho ya inscrito y referido a la sola liquidación o adjudicación de bienes. Esta consideración obedece a que los aspectos netamente patrimoniales tales como adquisiciones, gravámenes y transferencias sobre bienes muebles o inmuebles acaecidos al interior de la unión de hecho se inscriben en los registros de Propiedad Mueble o Inmueble, según el caso.

6. Títulos que dan mérito a las inscripciones

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

- a) Para la *declaración de reconocimiento de la unión de hecho*: parte notarial o judicial respectivo, en el que deberá indicarse los nombres

más aun si ello supone un mayor costo de transacción, cuya reducción es una de las políticas de la SUNARP. De este modo, refiere el Tribunal que en vista del conflicto normativo entre el artículo 40.1.1) de la Ley N° 27444 y la segunda parte del artículo 2042, por temporalidad o vigencia en el tiempo de las normas, debe entenderse que esta última norma (perfectamente aplicable al artículo 2033) ha quedado derogada.

⁴⁶ Evidentemente estos actos están englobados en el inciso 10 del artículo 2030 del Código Civil, recientemente agregado por la Ley N° 30007.

y apellidos completos de los convivientes, su tipo y número de documento de identidad, su lugar de domicilio, el inicio de la comunidad o sociedad de bienes y otros datos relevantes a consignar en el asiento registral. En el caso que el documento contenga tanto la declaración de reconocimiento convivencial como su cese, debe indicar claramente las fechas de inicio y fin de convivencia.

- b) Para el *cese de la unión de hecho*, según corresponda: a) parte notarial de la escritura pública del reconocimiento de cese de la unión de hecho y, de ser el caso, de la liquidación del patrimonio social; b) copia certificada de la partida de defunción o parte judicial que contenga la declaración de muerte presunta; c) parte judicial que contenga la declaración de ausencia. Debe indicarse que de encontrarse ya inscrita en el Registro de Personas Naturales la declaración de ausencia, muerte presunta, sucesión intestada o testamentaria, no se requerirá los documentos señalados en a) y b), sino que la inscripción del cese se efectuará en mérito a la inscripción que obra en dicho registro personal. Cabe preguntarnos

¿la sola presentación de la partida de matrimonio de uno de los convivientes, cuya fecha coincide con la relación convivencial,

constituye documento suficiente para declarar el cese?

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

7. Alcances de la calificación registral

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

origina	la	comunidad
---------	----	-----------

de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable.

También se verificará en el Índice Nacional de Uniones de Hecho la no existencia de inscripciones convivenciales anteriores de uno o de ambos concubinos, imposibilitando que se inscriba diferentes uniones de hecho en los registros personales llevados por las diferentes oficinas registrales del país respecto de una sola persona⁴⁷, y en el Índice Nacional del Registro Personal que no existan inscripciones incompatibles o contradictorias referidas a ellos (por ejemplo que obre inscrito la declaración de muerte presunta, de ausencia o sucesión testamentaria o intestada) de modo tal que vicie la inscripción del reconocimiento de la unión de hecho. Asimismo, para la inscripción del cese de la unión de hecho se tendrá en cuenta la previa o simultánea inscripción de la declaración del reconocimiento de dicha unión, constituyendo éste acto previo necesario para la inscripción de aquél.

De otro lado, teniendo en consideración que las inscripciones de las uniones de hecho en el Registro Personal generan efectos en la calificación de actos sobre derechos o bienes en otros Registros (mueble o inmueble, por ejemplo), para la inscripción o rectificación de la calidad de un bien o derecho correspondiente a una unión de hecho o su adjudicación por liquidación sobreviniente al cese de la convivencia, se requiere la previa inscripción de la declaración del reconocimiento de la unión de hecho o su cese en el Registro Personal del domicilio de los convivientes⁴⁸.

Otro aspecto relevante es que siendo el instrumento notarial auténtico y que produce todos sus efectos mientras no se rectifique o se declara judicialmente su invalidez⁴⁹, no es materia de calificación por las instancias registrales la validez de los actos procedimentales ni el fondo o motivación de la declaración notarial, ello por cuanto el reconocimiento de la unión de hecho regulado es de naturaleza procedimental notarial, pues solo al notario le compete evaluar los documentos presentados por los solicitantes y que acrediten la convivencia de un varón y una mujer libres de impedimentos matrimoniales por un plazo de dos años continuos, como sustento de su

⁴⁷ Evidentemente nada obstaría la inscripción de la unión de hecho, si otra obra inscrita y cuyo cese también lo está.

⁴⁸ Esta precisión guarda concordancia con lo establecido por el Reglamento General de los Registros Públicos que en el artículo 32, inciso f) indica que al calificar y evaluar un título ingresado para su inscripción, las instancias registrales deberán verificar la información de las partidas del Registro Personal.

⁴⁹ Artículo 12 de la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos no Contenciosos.

“declaración del reconocimiento de la unión de hecho entre los convivientes”, conforme al artículo 48 de la Ley N° 26662, no correspondiendo a la esfera de calificación registral cuestionar asuntos de exclusiva competencia funcional del notario. En el mismo sentido, el Registrador no debe calificar el fundamento o adecuación a la ley, cuando se trate de resoluciones judiciales.

8. Publicidad formal

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

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

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

9. La fecha de inicio y de cese

Como lo dejamos indicado líneas arriba, la permanencia constituye otro elemento esencial a fin que la unión de hecho se sujete al régimen de la sociedad de gananciales. Si bien la Constitución no especifica la extensión del periodo, el artículo 326 del Código Civil sí lo hace, disponiendo como mínimo dos años de convivencia. En ese sentido, el numeral 2 del artículo 46 de la Ley 26662, modificado por Ley N° 29560, prescribe que la solicitud presentada al notario debe incluir *“el reconocimiento expreso de que conviven no menos de dos años de manera continua”*. Además, la Directiva en el literal b).1 del punto 5.4 indica debe verificarse que *“la escritura pública o documento público respectivo contenga la declaración de los convivientes sobre la fecha de inicio de la unión de hecho. Asimismo deberá contener la declaración de la fecha de cese, de ser el caso”*. Como vemos, dado los efectos jurídico-patrimoniales que generan estas uniones de hecho, **resulta relevante que en el documento notarial o judicial, según, se consigne la fecha de inicio de la unión convivencial**, la cual equivale al inicio de la comunidad o sociedad de bienes, como consecuencia de la declaración del reconocimiento notarial o judicial. Entre los efectos patrimoniales se puede mencionar: la administración del patrimonio social corresponde a ambos convivientes, la intervención de ambos para disponer o gravar bienes sociales, cada conviviente conserva la libre administración de sus bienes y puede disponerlos y gravarlos a voluntad, entre otros⁵⁰.

Con respecto a **la fecha de cese** de la unión convivencial, sea por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral (esta última sólo a nivel judicial), **resulta relevante su determinación dado que constituye el límite hasta donde la comunidad de bienes surgida por la declaración de aquella unión deba producir efectos patrimoniales**. Más allá de ese límite es infructuoso pretender la atribución de derechos patrimoniales a cualquiera de los convivientes. Su término extingue cualquier atribución. Lo mismo ocurre con la fecha inicial: menos de esa fecha tampoco se debe pretender atribuir tales derechos. Si nada inició nada se debe atribuir. Por lo demás, la fecha del cese convivencial por cualquiera de aquellas causas debe determinarse en un proceso idóneo y consignarse en el documento público respectivo y plasmarlo en el asiento registral para conocimiento de terceros. En caso de muerte será suficiente la presentación de la partida de defunción, aunque es común que primero se inscriba la sucesión testamentaria o intestada y en mérito de ello solicitar el cese.

⁵⁰ Para un conocimiento completo de los efectos patrimoniales, véase los artículos 301 al 326, dentro del Capítulo Tercero del Código Civil, referente a la sociedad de gananciales

Este tema de la fecha de inicio y del cese de las uniones de hecho que debe constar tanto en el documento público como en el asiento de inscripción respectivo, ha sido objeto de modificación⁵¹ a raíz de diversos pronunciamientos contradictorios por parte del Tribunal Registral. En efecto, por un lado el Tribunal confirma la observación del Registrador en el sentido que *“corresponde al Notario señalar la fecha de inicio de la unión de hecho”*⁵², y por otro lado revoca la observación en la medida que la fecha de inicio de la unión de hecho *“se desprende de la solicitud de los convivientes”*⁵³. Bajo este estado en cuestión se ha determinado mediante un precedente de observancia obligatoria aprobado en el Pleno Registral LXXXV⁵⁴ que *“[n]o resulta necesario que el notario de manera expresa señale la fecha de iniciación de la unión de hecho, cuando dicho dato consta en la solicitud presentada por los convivientes, la misma que obra inserta en la escritura pública”*. Estamos plenamente de acuerdo con este último razonable criterio por cuanto resulta redundante que el notario señale en su declaración notarial la fecha de inicio de la unión de hecho cuando dicha fecha se desprende de la solicitud de los convivientes.

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

⁵¹ La Resolución N° 050-2012-SUNARP/SN, publicada el 21 de marzo de 2012, modifica la Directiva N° 002-2011-SUNARP-SA, precisándose que en la declaración de los convivientes debe constar la fecha de inicio de la unión de hecho y de su cese, de ser el caso.

⁵² Ver la Resolución N° 2227-2011-SUNARP-TR-L de 09/12/2011.

⁵³ Ver las Resoluciones N° 2249-2011-SUNARP-TR-L de 09/12/2011 y N° 351-2012-SUNARP-TR-L de 02/03/2012.

⁵⁴ Realizado en sesión extraordinaria no presencial el día 02 de marzo de 2012 y publicado en el diario oficial “El Peruano” el 10 de marzo de 2012.

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

VII. LAS UNIONES DE HECHO EN LA JURISPRUDENCIA REGISTRAL

Sin duda, la principal dificultad que presenta cualquier indagación sobre las uniones de hecho a nivel de jurisprudencia registral estriba en su propia limitación. Empero existen pronunciamientos sino suficientes sí útiles a tener en cuenta para no naufragar en el intento.

En efecto, por un lado la jurisprudencia registral sobre uniones de hecho en cuanto acto inscribible en el Registro Personal es exigua, menos de media docena de resoluciones publicadas a final de diciembre de 2012 y dos recientes en este último cuatrimestre⁵⁵. Éstas básicamente desarrollan cuestiones formales de las uniones de hecho reconocidas notarialmente, como la fecha de inicio y cese que debe contener el documento público o el consentimiento unánime de los convivientes para otorgar la escritura pública sobre el cese. Cabe agregar que sobre aquél tema se ha emitido un precedente de observancia obligatoria que detallaremos más adelante.

De otro lado, como acto no inscribible la unión de hecho (como fuera en su momento) también la jurisprudencia es limitada, ello obedece estrictamente a que el Código Civil no lo recogía como tal⁵⁶. Aunque ello no quiere decir que las solicitudes presentadas para la inscripción de la declaración del reconocimiento de la unión de hecho también sean limitadas, pues estamos seguros que muchas de ellas no fueron apeladas y lógicamente no cabría pronunciamiento del Tribunal Registral.

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

⁵⁵ Así se puede constatar de la página Web de la SUNARP: www.sunarp.gob.org/tribunalregistral. Visitado por última vez el 15.05.2013 a horas 17:23:56.

⁵⁶ Hoy en día la Ley N° 30007, publicada el 17 de abril de 2013, lo recoge como acto inscribible.

Por lo demás, en esta parte del trabajo además de indicar las resoluciones relevantes emitidas por el Tribunal Registral sobre las uniones de hecho como acto no inscribible y como acto inscribible por mandato judicial y por mandato legal, su declaración de reconocimiento a nivel judicial y notarial y como presupuesto previo para la adquisición de derechos patrimoniales, también haremos breves comentarios y apreciaciones sobre las mismas. Igualmente, debemos indicar que el orden en que serán enunciadas las resoluciones, en cierta forma tiene como fin mostrar el desarrollo evolutivo que las uniones de hecho han tenido en sede registral.

1. Sobre la unión de hecho como acto no inscribible

Ya hemos dejado indicado que antes del 17 de julio del 2010, fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 29560, las uniones de hecho no constituían actos inscribibles en el Registro Personal de conformidad con el artículo 2030 del Código Civil⁵⁷. La declaración del reconocimiento judicial era el único modo de que los convivientes hicieran prevalecer sus derechos como tales, empero éstos tenían el inconveniente de no poder dar a conocer a terceros su situación jurídica de hecho y los derechos que esta situación generaba, en tanto el Registro denegaba su inscripción en base a argumentos legalmente válidos pero en cierta forma injustos.

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

Resolución N° 973-2007-SUNARP-TR-L de 12/14/2007

Acto no inscribible

*“El matrimonio y el régimen patrimonial de sociedad de gananciales no constituyen actos inscribibles en el Registro Personal, de conformidad con el artículo 2030 del Código Civil. Por lo tanto, **tampoco será inscribible en dicho registro la unión de hecho declarada judicialmente y la sociedad de bienes resultante que se rige por el régimen de la sociedad de gananciales**” (la negrita es nuestra⁵⁸).*

⁵⁷ Reiteramos que hoy por hoy ya se ha efectuado una modificatoria expresa al artículo 2030 del Código Civil mediante la Ley N° 30007, publicada el 17 de abril de 2013, agregando como inciso 10 a las uniones de hecho inscritas en vía notarial o reconocidas por vía judicial como acto inscribible en el Registro Personal. Empero, antes de ello, las instancias registrales tenían en cuenta la modificación tácita efectuada por la Ley N° 29560 del 17 de julio del 2010.

⁵⁸ En todas las citas textuales que se hagan de alguna jurisprudencia registral, las resaltadas con negrita son nuestras y son para recalcar el punto en cuestión.

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

Acto no inscribible

“El matrimonio y el régimen patrimonial de sociedad de gananciales no constituyen actos inscribibles en el Registro Personal, de conformidad con el artículo

2030 del Código Civil. Por lo tanto, tampoco será inscribible en dicho registro la unión de hecho

declarada judicialmente y la sociedad de bienes

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

Pedido de aclaración de resoluciones judiciales

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

2. Sobre la inscripción de la unión de hecho por mandato judicial

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

2030 del Código Civil. Dicha Sala lo resume del modo siguiente:

Resolución N° 565-2010-SUNARP-TR-L de 4/23/2010

Inscripción de mandato judicial de declaración de unión de hecho

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

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

3. Sobre la declaración del reconocimiento judicial y notarial de la unión de hecho

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

Sobre este tema a nivel jurisprudencial se presentó un caso en que debía dilucidarse si era procedente la inscripción del reconocimiento de una unión de hecho contenido en un testamento. Indudablemente se negó la inscripción pues este último, si bien instrumento público, no constituye el título formal ni material idóneos para su inscripción debido que contiene una declaración unilateral de su otorgante sin la intervención de su supuesta conviviente, asimismo no consta el cumplimiento de los requisitos exigidos para la configuración estricta de la unión de hecho; en tanto para que sea reconocida una unión de hecho como tal se requiere de una declaración judicial o notarial, la cual será emitida en

un procedimiento en el que se pruebe cumplir con todos los requisitos exigidos. De esta manera lo ha entendido el Tribunal en la siguiente resolución:

**Resolución N° 1376-2010-SUNARP-TR-L de
9/24/2010**

Reconocimiento de unión de hecho [por testamento]

“No es procedente la inscripción en el Registro Personal del reconocimiento de una unión de hecho contenido en un testamento”.

“la declaración efectuada por (...) en su testamento respecto de la existencia de una unión de hecho con (...) no constituye el título material que dará mérito a la inscripción del reconocimiento de la unión de hecho; no pudiendo considerarse la declaración unilateral del otorgante del testamento como título material”. (Fundamento 7).

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

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

Resolución N° 161-2011-SUNARP-TR-A de 4/11/2011

[Vías para declarar la] unión de hecho

“El reconocimiento de la existencia de una unión de hecho puede hacerse por dos vías: La judicial, según la cual será competente del Juzgado de Familia, y la notarial en virtud de Ley N° 29560 (que entró en vigencia 17 de julio del 2010), siendo ambos inscribibles en el Registro Personal”.

Asimismo, debemos indicar que la declaración del reconocimiento notarial de las uniones de hecho ha generado pronunciamientos con criterios totalmente contradictorios por dos salas registrales, a pesar de que los títulos apelados contenían la misma rogatoria, el instrumento público había sido emitido por la misma notaria y, aún más, habían sido observadas en la misma forma por el mismo registrador público, en el sentido que deberá establecerse en la declaración notarial (la escritura) la fecha de inicio de la unión de hecho y el de la sociedad de bienes. Desde luego, las apelaciones efectuadas por la propia notaria fueron bajo los mismos términos, indicando en ambas que la fecha de declaración del reconocimiento de la unión de hecho se remite a la fecha de extensión del instrumento público que consta al inicio, resultando en tal virtud redundante que el notario señale en la declaración notarial la fecha de dicho reconocimiento, más aun si la fecha de inicio se desprende de la solicitud de los convivientes.

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

Resolución N° 2227-2011-SUNARP-TR-L de 12/9/2011

[Declaración del] reconocimiento de la unión de hecho

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

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

Resolución N° 2249-2011-SUNARP-TR-L de 12/9/2011

Unión de hecho

“No resulta necesario que la notaria de manera expresa señale la fecha de iniciación de unión de hecho, cuando dicho dato consta en la solicitud presentada por los convivientes”.

En este mismo sentido, se pronunció la Tercera Sala:

Resolución N° 351-2012-SUNARP-TR-L de 3/2/2012

Declaración notarial de unión de hecho

“No se requiere que el notario señale de manera expresa la fecha de inicio de la unión de hecho, cuando dicho dato consta en la solicitud presentada por los convivientes, inserta en la escritura pública, en tanto la indicada fecha no ha sido objeto de cuestionamiento ni ha sido modificada mediante la declaración notarial”.

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

Unión de hecho

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

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

Unión de hecho

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

Debemos indicar que no siempre (o casi nunca) la iniciación de la convivencia, cumpliendo ésta con los requisitos exigidos por la ley, va a coincidir con la fecha del otorgamiento de la escritura pública, sino por el contrario, la fecha de inicio será la que declaren los solicitantes (convivientes), siempre que así se determine con los documentos aportados al proceso notarial y el criterio razonado del notario. Asimismo también debe tenerse en cuenta que una cosa es el inicio de la convivencia y otra es el inicio de la sociedad de bienes, ya que ésta se iniciara el día uno del año tres, en tanto durante los dos años previos la convivencia haya sido libre y voluntaria mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial y con la notoriedad y publicidad que se requiere. Es decir, los bienes que se adquirieron luego de superados los dos años y se haya cumplido con los requisitos que la ley exige, tienen la condición de sociales y es a partir de esa fecha que entre los convivientes nace una comunidad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales.

4. Sobre el reconocimiento del cese de la unión de hecho

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

En ese sentido, recientemente la Segunda Sala del Tribunal Registral a emitido la Resolución N° 624-2013-SUNARP-TR-L del 12 de abril de

2013, en la cual claramente indica que la inscripción del reconocimiento de cese de la convivencia en mérito a escritura pública debe ser otorgada por ambos convivientes y no por solamente uno de ellos. Así en su texto sumillado lo dispone:

Inscripción del reconocimiento del cese de la unión de hecho

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

5. Sobre la declaración del reconocimiento previo de la unión de hecho como sustento para la adquisición de derechos patrimoniales

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

No es materia del presente trabajo desarrollar aspectos sustancialmente patrimoniales como la adquisición o disposición de bienes que corresponden a una determinada unión convivencial; sino más bien las procedencia de inscripción de ésta y los efectos patrimoniales que produce, lo cual es diferente, pues el acceso de las uniones de hecho y su cese al Registro permiten publicitar ante terceros el inicio y fin de estas comunidades de bienes sujetas al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuera aplicable, contribuyendo de este modo a proteger al conviviente frente a actos indebidos de apropiación ilícita del otro conviviente (desarrollado líneas arriba). Sin embargo, es oportuno citar algunos pronunciamientos registrales relevantes sobre cuestiones patrimoniales relacionados a este tipo uniones, en tanto la jurisprudencia nos otorga un marco importante en su tratamiento.

La jurisprudencia registral en este tema está fijada en una tendencia, la cual viene forjada por la aprobación de un Precedente de Observancia Obligatoria en el Pleno V⁵⁹, que señala:

Inscripción de la adquisición de un bien con la calidad de social a nombre de una unión de hecho

“A efectos de inscribirse la adquisición de un bien con la calidad de bien social y tratándose de una unión de hecho, debe acreditarse ante el Registro el reconocimiento judicial⁶⁰ como unión de hecho de la parte compradora” (la nota de pie es nuestra).

⁵⁹ Realizado en sesión ordinaria los días 05 y 06 de setiembre de 2003 y publicado en el diario oficial “El Peruano” el 20 de octubre de 2003. El criterio adoptado por dicho precedente está sustentado en las Resoluciones N° 343-98-ORLC/TR de 30/09/1998 y por mayoría en la N° 11-2003-SUNARP-TR-L de 10/01/2003.

⁶⁰ Desde luego –reiteramos– en la actualidad no solamente la resolución judicial que declara el reconocimiento de la unión de hecho constituye título para inscribir la adquisición de un bien por los convivientes con la calidad de social, sino también el documento notarial.

Naturalmente, para acreditar ante el Registro la calidad de un bien social, adquirido durante la vigencia de la unión de hecho, no basta la sola afirmación de los convivientes que dicho bien adquirido por ellos tiene la condición de social, sino que resulta imprescindible la actuación de pruebas suficientes que acrediten la naturaleza de aquel bien y ello solamente debe hacerse dentro de un proceso judicial o notarial que para dicho efecto se promueva. Como también lo indica Vega Mere, sólo bajo esta probanza se podrá alegar y exigir los derechos que la ley contempla para los concubinos⁶¹.

Sin embargo, sobre este último tema es oportuno mencionar que en la resolución N° 11-2003-SUNARP-TR-L de 10/01/2003, que sirvió de sustento al precedente aprobado en el antes referido Pleno V, se emitió un voto en discordia⁶² en el sentido que la declaración judicial (ahora también notarial) de la existencia de una unión de hecho será indispensable cuando no se cuente con la manifestación de voluntad del varón y de la mujer en ese sentido. En cambio –se indicó– si estos declaran tener una unión de hecho conforme al artículo 326 del Código Civil, el Registro debe inscribir el bien con la calidad de social. Por ello –agrega– no debe interpretarse el segundo párrafo⁶³ de dicho artículo en el sentido que toda unión de hecho requerirá de reconocimiento judicial, sino que por el contrario debe interpretarse que dicha norma regula la prueba que puede admitirse en aquellos casos en los que sea necesario el reconocimiento judicial. Sobre este tema ya he dejado establecido que la mera declaración de que se es conviviente con otro es insuficiente cuando importantes derechos patrimoniales están en juego. Es necesario una declaración de reconocimiento judicial o notarial de convivencia que cautele derechos patrimoniales y no solamente dentro del seno convivencial, en las relaciones entre convivientes (interna), sino también las relaciones patrimoniales entre convivientes y los terceros (externa), de manera tal que ninguno vea afectado su derecho. En cierto modo, no le falta razón a la ponente de este voto discordante, en el sentido que el reconocimiento judicial (y notarial) debe exigirse en ciertos casos, los que como he manifestado, son cuando los convivientes se deben exigir derechos patrimoniales

⁶¹ Además señala que “...los efectos de la sentencia deben ser declarativos y retroactivos a fin de cautelar de manera adecuada los derechos de los concubinos durante el plazo que han vivido juntos y adquirido bienes...” Así VEGA MERE, Yuri. Op. Cit., p. 202.

⁶² Emitido por la Vocal Nora Marianella Aldana Durán.

⁶³ “(...) 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 (...)”.

nacidos de su convivencia y cuando esos convivientes se relacionen con terceros.

Ahora, no en este último sentido sino en aquél, se han pronunciado las siguientes resoluciones, relevantes:

**Resolución N° 1494-2012-SUNARP-TR-L de
10/12/2012**

Adquisición de un bien a nombre de una unión de hecho

*“A efectos de inscribir la adquisición de un bien por una unión de hecho **debe acreditarse ante el Registro el reconocimiento judicial o notarial mediante el cual se declare que la misma origina una sociedad de bienes**; no siendo suficiente la sola declaración de los adquirentes en el sentido que son convivientes. (...)”⁶⁴.*

**Resolución N° 378-2011-SUNARP-TR-A de
5/31/2011**

Inscripción de la adquisición de un bien con la calidad de social a nombre de una unión de hecho

*“De conformidad con el Precedente de Observancia Obligatoria aprobado en el Quinto Pleno del Tribunal Registral, que señala: A efectos de inscribir la adquisición de un bien por una unión de hecho con la calidad de social, **debe acreditarse ante el Registro el reconocimiento judicial mediante el cual se declare que la misma origina una sociedad de bienes**”.*

**Resolución N° 112-2012-SUNARP-TR-A de
13/03/2012**

Rectificación de la calidad de bien

*“Para proceder a rectificar la calidad de un bien inscrito a nombre de uno solo de los convivientes como si se tratara de un bien propio **se debe acreditar ante el Registro el reconocimiento judicial o notarial***

⁶⁴ En ese mismo sentido, véase las Resoluciones N° 011-2003-SUNARP-TR-L de 12/13/2003; N° 674-2005-SUNARP-TR-L de 11/25/2005; N° 290-2006-SUNARP-TR-L de 5/22/2006; N° 157-2006-SUNARP-TR-T de 9/29/2006. N° 1089-2008-SUNARP-TR-L de 10/9/2008; N° 335-2009-SUNARP-TR-T de 9/25/2009; N° 239-2010-SUNARP-TR-T de 6/25/2010; N° 565-2010-SUNARP-TR-L de 4/23/2010; y, N° 230-2012-SUNARP-TR-L de 2/10/2012.

mediante el cual se declare que la misma origina una sociedad de bienes”.

**Resolución N° 466-2012-SUNARP-TR-T de
6/14/2012**

Situación del conviviente en el dominio de un bien

“El conviviente tendrá status de cónyuge y, como tal, con participación en el dominio del bien sólo si la unión de hecho ha sido reconocida judicial o notarialmente. Antes de ello, el conviviente tendrá capacidad dispositiva sobre el bien inscrito en la medida que haya participado en el acto adquisitivo”⁶⁵.

VIII. IDEAS CONCLUSIVAS

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

Los derechos y obligaciones nacidos de una convivencia, sus miembros los adquieren por causa de su misma condición: ser convivientes, en tanto cumplan con ciertos requisitos que para ello legalmente se establecen.

Existe una doble protección de los derechos patrimoniales de los convivientes, tanto en el modo interno (a los convivientes) como externo (a los terceros). Esa doble protección se manifiesta en dos momentos: una protección a nivel judicial o notarial cuando se declara el reconocimiento del estado convivencial y otra a nivel registral, con la oponibilidad de ese reconocimiento. Y en donde este segundo momento está condicionado a que se lleve a cabo el primer momento, es decir existe una inseparabilidad.

El acceso al registro público a fin de publicitar ante terceros la declaración de la unión de hecho reconocida en sede notarial o judicial es de suma importancia, pues, no solo contribuye a proteger al conviviente frente a los actos indebidos de apropiación del otro conviviente, sino también al tercero

⁶⁵ También en cuanto a la legitimación por parte del conviviente para disponer de su cuota ideal, si de la partida o de los antecedentes registrales no aparece que dicha convivencia haya sido declarada judicialmente, véase la Res. N° 370-2009-SUNARP-TR-T de 30/10/2009,

que contrata con uno o ambos convivientes y, además, es de fundamental interés para el tráfico jurídico patrimonial.

Con la regulación por la Directiva de los criterios registrales para la inscripción de las uniones de hecho, su cese y otros actos inscribibles directamente vinculados se concretó la operatividad del reconocimiento notarial y judicial de dichas uniones, que se manifiesta en la publicidad registral material y formal que se les otorga y que supone la cautela de efectos patrimoniales que generan.

Con la acogida registral de las uniones de hecho se elimina la deficiencia del sistema normativo sobre la publicidad formal de las mismas, pudiendo acceder cualquier persona al conocimiento efectivo del contenido de una partida registral sobre determinada inscripción de una unión de hecho, y, en general, de cualquier título sobre ésta que obra en el archivo registral.

El proceso hacia la consolidación de la institución jurídica de la unión de hecho aún se encuentra en etapa de avance. Se requiere derribar no pocas barreras jurídicas y sociales dejando atrás el sitial marginado que le otorgaba la sociedad de antaño a fin que la unión de hecho logre una efectiva protección a nivel constitucional y con ello consolide los derechos que le son inherentes.



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

UNIONES CIVILES EN EL PERÚ

Claudia Sandoval-Castillo

Piura, abril de 2016

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho

Sandoval, C. (2016). *Uniones civiles en el Perú*. Tesis de pregrado en Derecho. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.

CLAUDIA ISABEL SANDOVAL CASTILLO

UNIONES CIVILES EN EL PERÚ



**UNIVERSIDAD DE PIURA FACULTAD
DE DERECHO**

Tesis para optar el título de abogado

ÍNDICE DE CONTENIDOS

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO PRIMERO: LAS UNIONES CIVILES Y LOS DERECHOS COMPROMETIDOS	3
I. DEFINICIÓN DE UNIÓN CIVIL	3
II. LOS DERECHOS COMPROMETIDOS	7
A. El derecho a la igualdad.....	8
B. El derecho a contraer matrimonio	13
C. El derecho a formar una familia	17
CAPÍTULO SEGUNDO: NECESIDAD DE REGULAR LAS UNIONES CIVILES EN EL PERÚ	23
I. EN EL DERECHO CIVIL	28
A. En el Derecho patrimonial.....	28
B. En el Derecho de personas.....	35
1. Estado Civil.....	35
2. Régimen migratorio	37
C. En el Derecho de familia	38
1. Alimentos	39
2. Violencia familiar.....	44
D. En el derecho sucesorio	48
1. Sucesión testamentaria	50
2. Sucesión intestada	53
II. EN EL DERECHO PENAL.....	55
A. Delito de Parricidio	55
B. Delito de feminicidio	59

C.	El beneficio de la visita íntima para los integrantes de las Uniones Civiles.....	61
III.	EN EL DERECHO PREVISIONAL	63
IV.	SOBRE LA “NUEVA” TUTELA QUE OFRECERÍA EL PROYECTO DE LEY N°2647/2013-CR, QUE REGULA LAS UNIONES CIVILES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO	69

**CAPÍTULO TERCERO: ASPECTOS NO CONTEMPLADOS EN EL PROYECTO DE
LEY N°2647/2013-CR, QUE REGULA LAS UNIONES CIVILES ENTRE PERSONAS
DEL MISMO SEXO.....73**

I.	EN EL DERECHO DE FAMILIA	73
A.	Adopciones.....	73
B.	Reproducción asistida.....	80
III.	EN EL DERECHO LABORAL	87
A.	Licencia y subsidio por maternidad	87
B.	Licencia por paternidad.....	89
C.	Licencia por adopción	90
III.	EN EL DERECHO A LA SALUD.....	91
IV.	DEL ANÁLISIS COSTO BENEFICIO	91
V.	SOBRE EL RÉGIMEN DE SOCIEDAD SOLIDARIA	92

CONCLUSIONES.....97

ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES99

BIBLIOGRAFÍA.....101

Libros consultados101

Recursos electrónicos consultados.....104

ANEXOS DE LA INVESTIGACIÓN107

**Anexo N° 1: Proyecto de Ley N°2647/2013-CR, Proyecto de Ley que
establece las uniones civiles entre personas del mismo
sexo.....109**

**Anexo N° 2: Proyecto de Ley N°3273/2013-CR, Proyecto de Ley
que propone la ley del régimen de sociedad solidaria....126**

INTRODUCCIÓN

En el Perú, la familia y el matrimonio son reconocidos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad, sujetos a protección y promoción. Sin embargo, en los últimos años estas instituciones vienen siendo cuestionadas por un sector de la población demandante de institucionalización, como es el colectivo homosexual, reclamando se dé reconocimiento a las relaciones que forman a través de la inclusión de las uniones civiles en el ordenamiento peruano.

Aduciendo la vulneración de distintos derechos, los colectivos homosexuales han buscado a través de algunos proyectos de ley, la protección de sus derechos. De esa manera, hace algunos años se planteó el Proyecto de Ley N°4181/2010-CR, Proyecto de ley que establece las uniones civiles entre personas del mismo sexo, el mismo que no prosperó.

Posteriormente, se presentó el Proyecto de Ley N°2647/2013-CR, Proyecto de ley que establece las uniones civiles entre personas del mismo sexo, del cual hemos tenido noticias especialmente en el 2015 debido a que, en los días previos a ser debatido, se formaron marchas y diversas manifestaciones, sobre todo a nivel de medios de comunicación y redes sociales, siendo finalmente archivado por el Congreso de la República.

Es así como esta situación y estas manifestaciones llevan a cuestionar el hecho de si realmente la población homosexual ha sido discriminada por el legislador, que debería prestarle protección y amparo,

surgiendo de esa manera la presente investigación, con la finalidad de poder contribuir con la respuesta a dicho cuestionamiento.

De esa manera, tomando como base el Proyecto de Ley N°2647/2013-CR, Proyecto de ley que establece las uniones civiles entre personas del mismo sexo, se buscará dar algunos alcances acerca de si efectivamente la población homosexual en el Perú carece del mismo reconocimiento de derechos con los que sí cuenta la población heterosexual.

En ese sentido, este trabajo está estructurado en tres capítulos. En el primero de ellos se busca analizar si se han vulnerado derechos como el derecho a la igualdad, a contraer matrimonio y a formar una familia, teniendo por objeto estudiar cuáles han sido los criterios que ha usado el legislador peruano para el reconocimiento de los mismos.

El segundo capítulo estudia la necesidad de regular las uniones civiles en el Perú, haciendo referencia a los derechos que se reconocían en el Proyecto de Ley N°2647/2013-CR. Así, se analizan aspectos del Derecho civil, que abarca a su vez aspectos del Derecho civil patrimonial, Derecho de personas, Derecho de familia y del Derecho sucesorio. Asimismo, aspectos del Derecho penal y del Derecho laboral.

En el tercer capítulo se hace hincapié en los aspectos que no han sido considerados en el Proyecto de Ley N°2647/2013-CR, relacionados con el Derecho de familia, con el Derecho Laboral y con el Derecho a la salud. También se hace referencia al Régimen de sociedad solidaria, el cual se presentó mediante el Proyecto de Ley N°3273/2013-CR Proyecto de Ley que propone el régimen de sociedad solidaria, el cual busca sobre todo la protección de los intereses patrimoniales de dos personas integrantes de una relación sentimental homosexual.

En conclusión, se busca que al final de esta investigación se pueda tener una idea global acerca de si constituye o no una necesidad la inclusión de las Uniones Civiles en el Perú y si quienes las integrarían se encuentran amparados en el ordenamiento jurídico peruano.

CAPÍTULO PRIMERO:

LAS UNIONES CIVILES Y LOS DERECHOS COMPROMETIDOS

I. DEFINICIÓN DE UNIÓN CIVIL

Las uniones de hecho en general han existido en el ordenamiento peruano desde el incanato, en donde se les reconocía como “*servinakuy*”. El reconocimiento de esta situación se ha dado a lo largo de los diversos textos legales que ha tenido el ordenamiento desde entonces, exceptuando el Código civil de 1852 que no la contiene porque adopta la doctrina canónica; así es recogida en el Código civil de 1936, en la Constitución Política de 1979, en la vigente de 1993 y en el Código Civil de 1984.

El reconocimiento otorgado por el ordenamiento jurídico peruano a esta figura no supone que su objetivo es promoverla para que constituya una alternativa más al establecimiento en pareja junto al matrimonio; sino que se ha visto obligado a contemplarla en vistas a una realidad existente, sobre todo para brindar protección al hogar que, de facto, se forma en el seno de tal convivencia. Por lo que se entiende que el ordenamiento, al reconocer las uniones de hecho está adoptando la tesis de la apariencia de estado matrimonial¹.

¹ Cfr. Plácido V., Alex F. *Manual de derecho de familia*. 1era. Ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2001. Pág. 249 y ss.

El derecho y la potestad legislatora siempre actúan en función del bien común y el interés general, con el objetivo de brindar el mejor ambiente posible de desarrollo para los integrantes de la sociedad. Es por ello que el Estado peruano reconoce el concubinato en el artículo 5 de la Constitución. Así, el legislador peruano hace un reconocimiento subsidiario, porque ante la ausencia del matrimonio no debe darse un vacío legal para el no reconocimiento de las obligaciones que eventualmente se generan entre los convivientes y los hijos que puedan concebirse en el seno de esta convivencia.

Las uniones de hecho no son precisamente el marco de cohabitación en el que el ordenamiento jurídico considera que haya un mejor desarrollo social. No lo promueven, sino que solamente lo toleran, razón por la cual no goza de los mismos privilegios que el matrimonio. El legislador ha promulgado pocas leyes en esta materia, sin embargo, existe abundante jurisprudencia que recoge las controversias suscitadas en esta materia: los derechos del conviviente supérstite, los derechos de alimentos, los derechos a alguna pensión de viudez, etc.

El derecho debe ir acorde con las situaciones que se generen y debe establecer las leyes necesarias y convenientes para ordenar una sociedad y hacerla más justa. Pero no sólo debe regirse por un carácter de utilidad porque, de ser así, terminaría promoviendo y amparando disposiciones incluso, inconstitucionales, que atentarían contra el bienestar de los integrantes de la misma sociedad que busca proteger.

A lo largo de la historia, el mundo ha venido contemplando una situación que ha pretendido obtener, de alguna manera, cierto protagonismo. Esto se aprecia en los medios de comunicación e incluso en diversos ordenamientos legales de países que se denominan del primer mundo, que tienen un avance industrial y económico inversamente proporcional a su avance social.

En este contexto, el protagonismo de las parejas homosexuales ha repercutido en el deseo de que sus derechos sean reconocidos en diversos textos legales, sin embargo la protección jurídica que reclaman está ya establecida. En el derecho peruano, que para el caso es el que nos ocupa, cuenta por ejemplo con el artículo 2° del texto constitucional, en el que, si bien no se establece expresamente el factor «orientación sexual» como

causa de no discriminación, sí se establece el factor dignidad humana, que pertenece a todos los sujetos de derecho.

Así pues, desde los inicios de la humanidad se ha tenido conocimiento de que la heterosexualidad no es la única que rige las relaciones personales afectivas. Con el transcurrir del tiempo, la vida no fue fácil para esta parte de la población, quienes carecían de mínima protección, llegando a considerárseles de distinta manera: desde enfermos mentales hasta delincuentes, por el hecho de mantener relaciones afectivas con personas de su mismo sexo. Si bien incluso hoy no se sabe a ciencia cierta cuál es el origen de la homosexualidad, ésta ya ha sido retirada del catálogo de enfermedades de la Organización Mundial de la Salud y también se le ha retirado la consideración de delito en muchos países en donde se recibían castigos de tipo penal.

Por otro lado, las denominaciones usadas para hacer referencia a las personas homosexuales han gozado de una amplia variedad desde los inicios de los tiempos. Desde “sodomitas”, haciendo referencia a la tradición bíblica que cuenta que Dios decidió reducir un pueblo a cenizas a causa de diversas prácticas inmorales y homosexuales, hasta “maricones”, “pederastas” o “desviados” por citar algunas.

De esa manera se ha dado también diversos tipos de denominaciones a las relaciones sentimentales entre personas del mismo sexo, y en lo que a la investigación respecta, se hará referencia sobre todo a las denominaciones que se les ha dado al momento de dárseles reconocimiento legal.

El artículo 1 del Proyecto mencionado establece que: *«A los efectos de esta Ley, se entiende por Unión Civil No Matrimonial, a la unión voluntaria conformada por dos personas del mismo sexo con el fin de establecer y garantizar derechos y deberes, el uno para con el otro, dispuestos en la presente Ley (...)»*

Así mismo, para poder tener una visión clara de qué sería y qué no una unión civil en Perú debe también tenerse en cuenta lo que dice el artículo 5 del Proyecto de Ley:

Artículo 5 Impedimentos: No pueden constituir una unión civil:

- a) Los menores de edad
- b) Los consanguíneos en línea recta y/o en línea colateral hasta el segundo grado.
- c) Los afines en línea recta y/o en el segundo grado de la línea colateral.
- d) El adoptante, el adoptado y sus familiares en las líneas recta y/o colateral dentro de los grados señalados en los incisos b y c para la consanguinidad y la afinidad.
- e) El condenado o el procesado como partícipe en el homicidio doloso de una persona que conforma la Unión Civil No Matrimonial, matrimonio o unión de hecho, con el sobreviviente.
- f) Los que se encuentren unidos en matrimonio o unión de hecho, mientras subsista.
- g) Los que deseen establecer una segunda unión civil no matrimonial mientras subsista una primera no disuelta.
- h) Los declarados incapaces.

Para Graciela Medina, las Uniones de hecho homosexuales, que es así como les llama, cuentan con las siguientes características:

«Cohabitación; singularidad; estabilidad; publicidad; inexistencia de impedimentos de parentesco, incesto; imposibilidad de engendrar hijos comunes; incapacidad para educar hijos con los roles diversificados de hombre y mujer; ineptitud para la continuación de la especie; ineptitud para la transmisión de valores culturales tradicionales».²

En nuestro ordenamiento la brevedad y la poca especificidad de los requisitos que se exigen para constituir una unión civil dejan ver, como no es novedad, un Proyecto salido de la improvisación de quien lanza al ruedo una medida populista. Y es que claro, si la estrategia ha funcionado en el terreno electoral para varios candidatos a nivel internacional, permitiéndoles incluso llegar a ocupar la presidencia de algunos países, por qué no habría de funcionar en Perú, que es el país de las nuevas modas.

De ese modo y de lo dicho, se puede llegar a la conclusión de que la descripción dada por el Proyecto de ley nacional no ha procurado ser más

² Medina, Graciela. *Uniones de hecho. Homosexuales*. Buenos aires: Rubinzal – Culzoni editores, 2001. Pág. 55

específica porque no se tiene una visión clara de lo que implica reconocer una unión de este tipo, ni de las finalidades que persigue.

II. LOS DERECHOS COMPROMETIDOS

La Constitución Política del Perú a lo largo de sus doscientos seis artículos y sus dieciséis disposiciones transitorias contiene, entre otras cosas, una serie de derechos y deberes para los ciudadanos nacionales. Estos derechos atribuidos a cada uno, no se tienen en virtud de determinada característica o de ciertas habilidades o aptitudes, sino que se tienen por el hecho de ser persona y así se encuentra recogido en el artículo 1 de nuestra carta magna, de la siguiente manera: *«La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado»*.

Pero la constitución no es la única fuente de derechos en el ordenamiento peruano, ya que en la cuarta disposición final y transitoria de la misma se establece que: *«Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú»*.

Entonces, es así como los derechos que son atribuidos a todos los peruanos deben ser interpretados en virtud a los tratados suscritos por el Perú a nivel internacional, siendo inconstitucional toda norma que vaya en contra de lo dispuesto en los mencionados tratados internacionales.

Dentro de los tratados suscritos en materia de derechos humanos por el Perú, se encuentran, en primer lugar, la Declaración Universal de los Derechos humanos, adoptada en París en 1948 y ratificada por el Perú en 1959. Luego vendría el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos vigente en el Perú desde julio de 1978, así también el Protocolo Facultativo del pacto internacional de derechos civiles y políticos vigente desde 1981. Posteriormente, vendrían el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, la Convención americana sobre Derechos humanos, el Protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, vigentes en el país desde 1978, los dos primeros y desde 1999, el último mencionado.

Ahora bien, los colectivos homosexuales siempre que han luchado porque se les reconozca algunos derechos que según afirman, el ordenamiento les niega, han tratado de dejar muy claro que se encuentran totalmente desamparados y que no hay en el Perú disposiciones de ningún tipo que les permitan lograr un desarrollo personal óptimo por el simple hecho de ser homosexuales.

Los derechos de la persona son manifestación de la naturaleza que esta posee y en esa medida corresponde al Estado garantizar lo necesario para su protección y libre ejercicio, con la finalidad de que la persona consiga su máximo desarrollo y plenitud en adecuación con el desarrollo social.

A continuación haré una exposición que tratará de dar luces sobre si resulta adecuado afirmar que las personas de orientación sexual homosexual no se encuentran protegidas en nuestro ordenamiento.

Principalmente, la discusión se ha tejido, por lo general, en torno al derecho a la igualdad, derecho a contraer matrimonio y el derecho a formar una familia. Por lo que se hará especial exposición sobre la naturaleza de estos derechos en nuestro ordenamiento y en tratados internacionales suscritos por el Perú en materia de derechos humanos.

A. El derecho a la igualdad

La Constitución política del Perú en su artículo 2, establece un catálogo de derechos no taxativo, y en el inciso 2 establece que todos los peruanos tienen derecho *«A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole»*.

Como se aprecia en este artículo y por su propia naturaleza, el derecho a la igualdad está estrechamente relacionado con el derecho a la no discriminación por motivo alguno, entonces, a nivel internacional en los tratados sobre derechos humanos que ha suscrito el Perú, puede encontrarse también abundante referencia y protección a este derecho.

Así se tiene, en primer lugar, la Declaración Universal de Derechos humanos³, incorporada a la legislación peruana desde diciembre de 1959, que aunque no habla precisamente de una «no discriminación», emplea la frase «no distinción» y en su artículo 2 señala que *«Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición»*.

La convención americana de derechos humanos, mejor conocida como Pacto de San José de Costa Rica⁴, vigente en Perú desde julio de 1978, en su primer artículo sí habla expresamente de una «no discriminación» y señala la obligación de respetar todos los derechos, así *«Los estados partes en esa Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social»*.

El Pacto internacional de Derechos económicos, sociales y culturales⁵ vigente en nuestro país también desde 1978, al igual que el anterior, también habla expresamente de una «no discriminación» y en el artículo 2, inciso 2 señala que *«Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el*

ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

³Tratado adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), en París, el 10 de diciembre de 1948. Incorporado por Perú bajo Resolución Legislativa Nº 13282 del 09 de diciembre de 1959.

⁴Adoptado en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Perú lo suscribió el 27 de julio de 1977. Se aprobó por Decreto Ley Nº 22231 de 11 de julio de 1978 y se encuentra vigente a partir del 28 de julio de 1978.

⁵Pacto adoptado por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 3 de enero de 1976.

El Perú lo firmó el 11 de agosto de 1977. Fue incorporado al Perú por Decreto Ley Nº 22129 de 28 de marzo de 1978. Se encuentra vigente desde el 28 de julio de 1978.

Por otro lado el Pacto internacional de Derechos civiles y políticos⁶, vigente desde 1978 en su artículo 2 establece que «Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

Entonces, de los artículos de Pactos internacionales suscritos por el Perú y a los que se encuentra vinculado, puede afirmarse que los ciudadanos nacionales tienen garantizado un trato que les permita competir y vivir con la seguridad de que serán evaluados de acuerdo a criterios objetivos en las oportunidades a las que accedan, no viéndose ni favorecidos ni perjudicados en virtud de su origen étnico, opiniones, razas entre otros y además, para el caso concreto que se está tratando, a su orientación sexual.

De esa manera, el contenido del derecho tratado en este apartado puede ser definido de la siguiente manera: «El derecho a la igualdad implica que todas las personas deben ser tratadas en forma igual por parte del Estado. En consecuencia, todo trato diferente se encuentra prohibido. Este trato desigual entre los iguales se conoce como discriminación»⁷.

Tal y como se menciona en el párrafo anterior, el trato desigual entre los iguales es el que se conoce como «discriminación», estando perfectamente admitido un trato desigual entre los desiguales, debido a que sería sí más bien perjudicial sostener el mismo trato para todos, debido a que las circunstancias de cada uno, no van a ser iguales a la de los demás.

⁶El Pacto fue adoptado en la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución

2200 A (XXI), el 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Perú lo firma el 11 de agosto de 1977. Aprobado por Decreto Ley Nº 22128 de 28 de marzo de 1978. Se encuentra vigente para el Perú desde el 28 de julio de 1978.

⁷ HUERTA, Luis. “El derecho a la igualdad: su desarrollo en la Constitución de 1993 y

en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú”. En: Mosquera Monelos, Susana (coord.). *El derecho fundamental de igualdad: Segundas Jornadas sobre Derechos Humanos*. Lima: Palestra Editores, 2006, Págs. 59-125.

De la lectura del artículo 2.2 de la Constitución peruana, puede desprenderse que la protección del ordenamiento se da para una lista específica de circunstancias por las cuales no se puede emitir un trato discriminatorio, pero está claro que estas circunstancias mencionadas no constituyen una lista cerrada y taxativa, sino que son simplemente indicadoras de algunas situaciones en las que se podría tener un trato discriminatorio.

En innumerables situaciones ha constituido materia de reclamo de los colectivos homosexuales el hecho de que se incluya específicamente una cláusula que diga «por razones de orientación sexual», pero si se hace una lectura analítica del artículo 2, puede deducirse que esta mención sería innecesaria, debido a que al constar la cláusula «*de cualquier otra índole*» cualquier persona que vea vulnerado su derecho a la igualdad por razón de orientación sexual, encontrará amparo en el ordenamiento nacional.

Lo dicho en el párrafo anterior se ve materializado en resoluciones jurisprudenciales. Así se tiene el recurso de agravio constitucional EXP. N° 00926-2007-PA/TC interpuesto por un ciudadano de iniciales C. F. A. D. contra una sentencia de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en la que se le declara improcedente el recurso de amparo que interpuso.

En el caso en controversia, C. F. A. D. manifestaba que su separación de la institución policial en la que estudiaba se había hecho en violación a su derecho de defensa y en el camino, se había vulnerado más derechos al haber sido discriminado por su orientación sexual.

Así lo advierte el magistrado Mesía Ramírez a lo largo de su voto, en primer lugar en el considerando número veinte y veintidós en el que manifiesta que la práctica de exámenes psicológicos y pericias médicas para establecer si el demandante es homosexual o no, constituyen prácticas vejatorias.

De igual modo, en el considerando número veintitrés, en el que manifiesta que «La homosexualidad, la heterosexualidad o el celibato son opciones sexuales legítimas cuya decisión corresponde única y exclusivamente al fuero íntimo y subjetivo de la persona. El

ejercicio de esta libertad, dentro de los límites establecidos por la ley, tiene su razón de ser en el derecho a la intimidad y al libre desenvolvimiento de la personalidad. Por ello, cualquier mecanismo de discriminación que tenga como origen la opción sexual, sea a través de normas, reglamentos, prácticas estigmatizadoras o segregacionistas, así como de un lenguaje ofensivo, es contrario a la Constitución y vulneratorio de los derechos fundamentales de la persona».

Entonces, de lo dicho en este apartado se tiene que la integridad y el derecho a la igualdad de las personas de preferencias homosexuales están plenamente garantizados por el ordenamiento por el hecho de ser personas y por la dignidad que tienen al serlo, y que no son discriminadas por este al haberse obviado la cláusula «orientación sexual».

En este punto se tiene que la Constitución recoge derechos teniendo como base la dignidad humana, la misma que poseen no sólo los peruanos, sino todas las personas, y este criterio se muestra sin lugar a dudas más consistente que el criterio de orientación sexual para establecer algún derecho.

Tal vez eso hubiera podido ser considerado una buena alternativa en vigencia de textos legales anteriores, en donde se permitía hacer diferencias claramente vejatorias no sólo en torno a la orientación sexual, sino también, por ejemplo, en torno a la diferenciación que se hacía respecto a la filiación de los hijos. Pero en legislaciones como la actual en la que se han superado las diferencias de diversos tipos y la negación de derechos sin justificación alguna, la protección del derecho de igualdad de las personas homosexuales, se encuentra implícita en la legislación actual del ordenamiento peruano.

Por lo tanto, no resulta cierto lo que se señala en el Proyecto de Ley N°2647/2013-CR Proyecto de Ley que establece las Uniones Civiles entre personas del mismo sexo, que en la exposición de motivos refiere que «Los prejuicios de la sociedad contra personas lesbianas y gais no deben ser tomados en cuenta por el Estado para restringir derechos civiles. Si bien algunas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el

sexo, la religión o la orientación sexual de las personas, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios», en tanto de acuerdo a lo señalado en el ordenamiento peruano no existe discriminación alguna y mucho menos por factores de orientación sexual.

B. El derecho a contraer matrimonio

A diferencia del derecho tratado en el punto anterior, que sí se encuentra expresamente tipificado, en la constitución no se encuentra establecido algo como «Toda persona tiene derecho a contraer matrimonio», lo que sí se tiene es el artículo 4, en el que se establece 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 de la sociedad»*.

Ahora bien, sobre el matrimonio se tejen actualmente mil y un opiniones, que llegan a darle consideraciones desde una mera formalidad innecesaria para llevar una buena convivencia en pareja, hasta un simple contrato como los demás existentes en el código civil o incluso de menor categoría que estos.

En el Perú varón y mujer pueden casarse de dos formas: religiosa y civil. De cara a esta investigación, resultaría conveniente analizar cuál es la naturaleza de esta institución en el ámbito civil. Para esto puede encontrarse que se han concebido tres teorías⁸, una que nos presenta al matrimonio como un contrato, otra al matrimonio como una institución y otra teoría mixta que trata de conciliar los elementos de las dos primeras.

Según la teoría del matrimonio contrato «La doctrina clásica veía en el matrimonio un contrato que requiere el acuerdo de los cónyuges. Este punto de vista fue defendido tenazmente desde dos campos opuestos y con propósitos muy distintos: (a) los canonistas lo sostuvieron para dignificar la unión del hombre y de la mujer,

⁸ Cornejo Fava, María Teresa. *Matrimonio y familia su tratamiento en el Derecho*. Lima: Tercer milenio, 2000. Pág. 506 y ss.

superando los resabios de la *coemptio* y el *usus* romanos, y para combatir los matrimonios de conveniencia hechos por los padres sin consultar la voluntad de los hijos: el matrimonio debía fundarse, pues, en el amor y en la libre decisión de los interesados; (b) los juristas liberales de la Revolución francesa vieron en esta idea un apoyo para el divorcio pues, tratándose de un contrato, las partes podían dejarlo sin efecto de común acuerdo».⁹

Por otro lado la teoría del matrimonio institución «Esta teoría ostenta como punto de partida que el matrimonio se propone fundar una familia, crear una comunidad plena de vida, concebir hijos, educarlos: es un elemento vital de la sociedad; es, en fin, una institución y busca expresar que el matrimonio se gobierna por un conjunto orgánico e indivisible de normas que determinan las condiciones y requisitos, los deberes y derechos y las relaciones internas y al exterior de la sociedad conyugal a los cuales deben someterse llanamente quienes deseen casarse».¹⁰

En cambio, para la tesis mixta «el matrimonio participa, a un tiempo, de las notas características de un contrato y de una institución. Se unen así los elementos volitivos e institucional, convirtiéndolo en acto jurídico complejo o mixto».¹¹

Ahora bien, en nuestro ordenamiento, de la lectura del artículo 4, descrito al inicio de este apartado, se tiene claramente que, tanto el matrimonio como la familia son reconocidos como institutos naturales de esta sociedad. Entonces, de esto se deduce que para el legislador peruano, el matrimonio no es sólo un contrato.

De esa manera, se acoge la solución a la controversia, brindada por María Teresa Cornejo Fava, en el sentido de que el matrimonio es como acto un contrato, pero como estado es una institución.

⁹ Ibidem. Pág. 511-512

¹⁰ Ibidem. Pág. 514

¹¹ Ibidem. Pág. 511

Habiendo analizado la naturaleza de esta institución, ahora se verá cómo este derecho es recogido en los diversos pactos a los cuales se ha suscrito el Perú, para poder evaluar así su total alcance en el ordenamiento peruano.

Como se ha mencionado anteriormente, el primer pacto internacional suscrito en materia de derechos humanos fue la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948. Esta declaratoria establece en su artículo 16 lo siguiente: «1. *Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*».

Posteriormente el Pacto internacional de derechos civiles y políticos en su artículo 23 reconoce que «1. *La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.*

4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos».

Así también el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales en el inciso 1 del artículo 10 en él contenido, establece que «*Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El*

matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges».

A nivel nacional, como ya se ha dicho, este derecho se haya establecido en la Constitución y reglamentado en el libro de Derecho de familia, en el artículo 234 en el que se establece que *«el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este código, a fin de hacer vida en común (...)».*

Entonces, todo aquel que cumpla con los requisitos de la reglamentación de esta institución, puede casarse. Ahora bien ¿Qué implica este derecho? ¿Cómo debe ejercerse? Como se desprende de la lectura tanto de los textos nacionales, como de los internacionales, se tiene que “Hombre y mujer”, “Marido y mujer” tienen derecho a casarse, pero de la interpretación de la lectura de estas disposiciones, se entiende que hombre y mujer tienen derecho a casarse pero la manera de ejercer este derecho es hacerlo entre varón y mujer, uno y una, entre sí, debido a las finalidades de esta institución, y no que el hombre es libre de contraer matrimonio con quien libremente decida, es decir, un varón con una mujer, y no dos hombres o dos mujeres.

Si bien en la Constitución política nacional, al mencionar el matrimonio no se hace referencia al sexo de los contrayentes, es por una simple y sencilla razón: porque el matrimonio existe desde siempre con sus elementos naturales, y no se otorga el derecho a contraer matrimonio entre sí a dos personas del mismo sexo porque no corresponde, del mismo modo que no correspondería, por ejemplo, otorgar este derecho a dos hermanos.

No podría decirse que se vulnera el derecho al matrimonio de una persona que desea contraerlo con otra de su mismo sexo, porque como se ha visto, esta institución ha sido reconocida para que se ejerza entre varón y mujer, de manera conjunta y entre sí. De esa manera, nadie les impide que contraigan matrimonio, ese derecho no les está prohibido, de manera que no lo ejercen porque así lo han dispuesto ellos mismos, porque, como se ha dicho, la

única manera de ejercerlo en nuestro ordenamiento es llevándolo a cabo con una mujer, si se es varón, y con un hombre si se es mujer.

Lo anterior, no por un capricho del legislador, sino porque el matrimonio es un instituto natural cuyos elementos han sido simplemente reconocidos jurídicamente, y no uno producto de una invención jurídica.

C. El derecho a formar una familia

Que *«la familia es célula básica de la sociedad y raíz de su grandeza, así como ámbito natural de la educación y la cultura»* rezaba el preámbulo de la Constitución de 1979. El texto constitucional actual, heredero del anterior, que institucionalizaba la familia, lo hace también, reconociéndole amparo y protección.

A nivel internacional, el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, vigente en Perú desde 1978, en el inciso 1 de su artículo 23, establece que *«La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado»*. De igual manera, el artículo 10 del Pacto de Derechos económicos, sociales y culturales manifiesta que *«Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges»*.

La familia es acreedora de todo tipo de protección, apoyo, regulación e impulso por parte gubernamental y en esto no existe discordancia, pero en lo que sí no se llega a un pacífico acuerdo es en la delimitación de lo que es exactamente considerada una familia.

Para Belluscio puede afirmarse que se dan tres conceptos distintos de familia¹²:

- Familia en sentido amplio (como parentesco): es el conjunto de personas con las cuales existe una relación de parentesco.
- Familia en sentido restringido (pequeña familia- familia conyugal, parentesco inmediato o núcleo paterno- filial): es la agrupación formada por el padre o la madre y los hijos que viven con ellos.
- Familia en sentido intermedio (como un orden jurídico autónomo): es el grupo social integrado por las personas que viven en una casa, bajo la autoridad del señor en ella.

En Perú la familia es concebida como aquella institución que se forma a partir del matrimonio, la filiación o la adopción y en la que lógicamente, median lazos de parentesco, lo cual se deduce de la regulación que a esta institución se le ha dado en el código civil, tanto como de los derechos que del matrimonio derivan entre sus miembros.

Esto en tanto la familia no es producto de una creación caprichosa del hombre o de algún gobernante o legislador, sino que surge naturalmente de la necesidad humana y del asociarse con fines de solidaridad y colaboración, y con un proyecto de vida en común¹³.

Lo anterior hace que resulte preocupante la línea en la que se ha ido pronunciando el Tribunal Constitucional peruano señalando que «En lo que respecta a la familia, siendo un instituto constitucional, ésta se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. (...) Consecuencia de todo ello es que se hayan generado estructuras familiares distintas a la tradicional, como son las familias de hecho, las monopaternales o las reconstituidas. Al respecto, debe preciar-se que, de lo expuesto no debe deducirse que la familia se encuentra en una etapa de

¹² Belluscio, Augusto César. Manual de Derecho de Familia. 6ta. Ed. Depalma, 1996. Ts I y II. Pág. 5. Citado en Medina, Graciela. *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina. 2001. Pág. 209.

¹³ Cfr. Varsi Rospigliosi, Enrique. *Tratado de derecho de familia. La nueva teoría institucional y jurídica de la familia*. Tomo 1. Lima: Gaceta jurídica, 2011. Pág. 12

descomposición, sino de crisis de transformación; se trata por el contrario de la normal adaptación de esta institución a los rápidos cambios sociales, políticos históricos y morales de la mayoría de la población».¹⁴

De igual modo resulta cuestionable también el reconocimiento de las denominadas “familias ensambladas, reconstruidas o reconstituidas”, en las cuales «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».¹⁵

Y resulta cuestionable en la medida en que al parecer para el máximo intérprete constitucional el concepto de familia es mutable de acuerdo a las nuevas modas o a las nuevas épocas, a pesar de que la familia no es una construcción jurídica temporal, sino una institución que ha perdurado en el tiempo, a la que el derecho ha garantizado reconocimiento y protección a los efectos que de ella derivan.

Entonces, partiendo del hecho de que el concepto de familia no está sujeto a reestructuraciones, no habría cabida para las familias “homoparentales”, entendiéndose por esto a familias con “padres” del mismo sexo.

Lo anterior, a diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento argentino en donde lo distintivo exclusivo de la familia no son los lazos sanguíneos, sino la convivencia, pero no como en nuestro ordenamiento, sino que lo hace de manera tan extensiva que esa institución tal y como está regulada en Argentina, sería impensable en nuestro ordenamiento.

¹⁴ EXP. N.º 04493-2008-PA/TC Considerando 8

¹⁵ EXP. N.º 09332-2006-PA/TC Considerando 12

El artículo 2953 del Código Civil argentino dispone que: *«La familia comprende la mujer y los hijos legítimos y naturales, tanto los que existan al momento de la constitución, como los que naciesen después, el número de sirvientes necesarios, y además las personas que a la fecha de la constitución del uso o de la habitación vivían con el usuario o habitador, y las personas a quienes éstos deban alimentos»*.

Esto lleva a Graciela Medina a afirmar que, según el modelo establecido en el Código Civil argentino «podría afirmarse que la unión homosexual conforma una familia, ya que ésta puede devenir no sólo de los vínculos dados por el parentesco o por el matrimonio, sino también por la convivencia y el apoyo solidario económico»¹⁶, siendo esto último bastante cuestionable, en vista de que «la convivencia y el apoyo solidario económico» se pueden dar entre personas que no tienen más que vínculos amicales o estrictamente obligacionales.

Bajo ese razonamiento, si una persona comparte el alquiler de departamento con otra y el mantenimiento de la casa y surgen lazos amicales entre ellos, implicando esto aportar iguales cantidades de dinero para los gastos de pago de servicios y alimentación en el sentido estricto de la palabra, además del apoyo y el cariño que se profesen mutuamente, como es propio de toda relación amical ¿Podría decirse entonces que ellos llevarían fácticamente una unión civil y serían sujetos a ese reconocimiento?

Así pues, en respuesta a la pregunta realizada debe decirse que la concepción de la institución familiar en el Perú, hace inviable el hecho de que el resultado de la convivencia de dos personas del mismo sexo unidas por un vínculo afectivo dé origen a una familia y que por lo mismo se haga acreedora a los derechos y deberes que ello acarrea.

¹⁶ Medina, Graciela. *Los homosexuales y...* Op. Cit. Pág. 210

Entonces, siendo consecuentes con ello, el derecho a formar una familia, por llamarlo de algún modo, no se encuentra vulnerado para las personas que deseen compartir su vida con otra persona de su mismo sexo, sino que por las características que posee la unión familiar, el resultado de la convivencia de ambas no puede llevar la denominación de familia desde el punto de vista del ordenamiento jurídico peruano.

CAPÍTULO SEGUNDO:

NECESIDAD DE REGULAR LAS UNIONES CIVILES EN EL PERÚ

Las parejas homosexuales han venido reclamando entre otros y con primacía, el reconocimiento de sus derechos “familiares” (Matrimonio, regímenes patrimoniales, adopciones y demás) desde hace muchos años. Esto sobre todo se puede apreciar en países de otras latitudes del mundo y aunque, tímidamente, también vienen reclamándose en el Perú.

En realidad, ninguno de estos derechos les está negado, es decir, en ninguna parte del ordenamiento hay alguna disposición que establezca que por el hecho de ser homosexual ninguna persona puede contraer matrimonio o comprar un inmueble junto con otra, por ejemplo. Sino que ellos son libres también de ejercer estos derechos, pero claro, siempre dentro de los parámetros delimitados por el ordenamiento.

Con lo anterior, no podría decirse que esa delimitación tiene un carácter discriminador, debido a que el sistema de derechos en nuestro ordenamiento está establecido en base al criterio más objetivo que podría tenerse en cuenta al momento de establecer un catálogo de derechos, como es la dignidad humana.

Perú, no ajeno a las tendencias internacionales, también ha contado con propuestas legislativas que han intentado “proteger” los derechos de las personas homosexuales. El primero fue presentado en 1993 por el entonces congresista Julio Castro. Diez años después seguía la posta Martha Moyano, cuyo proyecto era más osado, reconociéndoles, incluso

un régimen matrimonial salvo por la adopción. El 2010 fue un año particularmente productivo en materia de iniciativas para el reconocimiento de estas uniones: en febrero, Carlos Bruce presentaba un proyecto titulado Proyecto de ley del patrimonio compartido, el cual tenía por finalidad que dos personas, sin importar de qué sexo fueran, tuvieran la posibilidad de ser sujetos a un régimen similar al de sociedad de gananciales, por lo que tenía una razón de ser meramente patrimonial; y, en agosto del mismo año, José Vargas, entonces congresista, presenta el Proyecto de ley que establece las uniones civiles entre personas del mismo sexo. Este último más deficiente que los anteriores, y a modo de último recurso de quien busca atención mediática, que con siete artículos y dos disposiciones finales en las que no hace más que establecer normas sin sentido, intenta salvar la situación.

Continuando con las iniciativas que buscan otorgar derechos y protección, sobre todo patrimonial, a las parejas formadas por personas del mismo sexo, en setiembre de 2013 el congresista Carlos Bruce presenta el Proyecto de Ley que establece la unión civil no matrimonial para personas del mismo sexo. Así pues, este nuevo Proyecto de Ley, con una Exposición de Motivos más grande que el propio articulado, consta de diez artículos, una disposición complementaria y dos disposiciones finales.

En este punto cabe preguntarse si es que efectivamente sus derechos “colectivos” no encuentran amparo en nuestro ordenamiento. Con la palabra “colectivos” se hace referencia a los derechos que pretenden ejercer en pareja, es decir, uno con uno, una con una.

El principal argumento, por no decir el único, del que se han venido valiendo quienes han venido proponiendo proyectos legislativos para regular jurídicamente la convivencia afectiva sostenida entre dos personas del mismo sexo es lo referido sobre todo al tema patrimonial. Y es que se ha planteado muchas veces que en el caso de estas convivencias y al presentarse la súbita muerte de uno de los miembros de la misma, el otro quedaría en total desamparo, pero ¿es esto del todo cierto?

Como se ha ido mencionando en apartados anteriores, el matrimonio goza de la protección legal que tiene por la envergadura social que significa. Si bien, en la Constitución peruana no se hace directa referencia al sexo de los contrayentes, esta referencia se hace en

el Código Civil, en donde se establece que pueden contraerlo varón y mujer que expresen su libre consentimiento de contraerlo. Entonces, de esa lectura se desprende que el derecho a contraer matrimonio sólo puede ejercerse de dos en dos, es decir, uno con una.

Entonces, el no dar lugar al homosexualismo en esta institución no significa una práctica discriminatoria, porque cómo podría ejercerse ese derecho si no se hace teniendo en cuenta uno de sus aspectos constitutivos, como es la heterosexualidad. En este sentido «Si se adopta el criterio de que la heterosexualidad forma parte integrante de ese reducto esencial, no ha lugar a reivindicar otro alcance aquí del principio general de igualdad que el que propiamente se deriva de la imposibilidad de discriminar a un ciudadano en el ejercicio del derecho a contraer matrimonio heterosexual, en razón a cualquiera de las circunstancias enumeradas en el artículo 14 de la Constitución, así como del que se desprende también de la imposibilidad de otorgar mayores derechos a uno de los cónyuges, como consecuencia precisamente de la referencia a la prohibición de discriminación por razón de sexo contenida en el artículo 14 y reafirmada en el artículo 32».¹⁷

En el mismo sentido compartimos en este punto la misma opinión que Vega Mere quien manifiesta que «(...) es innegable que históricamente, y especialmente en el proceso de formación sucesiva del modelo familiar occidental, la heterosexualidad ha sido y sigue siendo una nota señalativa inseparable de las uniones matrimoniales. Ello no tiene nada de sorprendente ni de discriminatorio».¹⁸

Así pues, si bien es cierto que tal y como está estructurado nuestro ordenamiento actualmente, no resultaría factible homologar matrimonialmente las relaciones homosexuales a las heterosexuales, otra figura a la que han intentado acogerse las parejas homosexuales es la de las denominadas uniones de hecho.

Las uniones de hecho cuentan con una escasa regulación. El artículo 5 de nuestra Constitución en el que es definida como «*La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que*

¹⁷ Polo Sabau, José Ramón. *Matrimonio y Constitución ante la Reforma del Derecho de*

Familia. Madrid: Thomson Civitas, 2006. Pág. 54

¹⁸ Vega Mere, Yuri. *Las nuevas fronteras del derecho de familia: familias de hecho, ensambladas y homosexuales*. Lima: Motivensa, 2009. Pág. 172

forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable».

Del artículo anterior, es necesaria la remisión al artículo 326 del Código civil en el que se establece que *«La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le 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. 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, 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».*

Ahora bien, teniendo a la vista la regulación que en nuestro ordenamiento tienen las uniones de hecho, es importante resaltar que es a nivel jurisprudencial en donde han encontrado una mayor protección, pues algunos jueces les han hecho extensivos, por analogía, algunos derechos propios del matrimonio, razón por la cual se ha implementado la última parte, mediante la «Ley que modifica los artículos 326, 724, 816 y 2030 del Código Civil, el inciso 4 del artículo 425 y el artículo 831 del Código Procesal 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».

Frente a esa escasez de normas expresas para las uniones de hecho habría que referir que la razón de su mención en el texto constitucional no implica que en nuestro ordenamiento existan de manera alternativa junto al matrimonio, sino que ante su existencia en el mundo fáctico al Estado no le queda más que regularla pero de manera subsidiaria, ya que si no fuera así, daría igual formar parte de un matrimonio o de una unión de hecho. Además, no podría decirse que en el fondo de esta escasa regulación haya un transfondo discriminatorio, porque quienes pudiendo contraer matrimonio para acogerse a todo un amplio sistema de sujeción de derechos, no lo hacen, implica una decisión personal y libre.

En el Proyecto de Ley N°4181-2010-CR Proyecto de Ley que establece la unión civil entre personas del mismo sexo, predecesor al materia de análisis en esta investigación, la aparente solución que se pretendía dar a la situación de hecho de la convivencia de parejas homosexuales era la asimilación a la regulación que tienen las uniones de hecho. Sin embargo, en el actual, llegaría un punto en el que, de aprobarse en un futuro, se exija un completo catálogo de derechos familiares, pues si el argumento para no dárselos a las uniones de hecho es que los integrantes de esta, pudiéndose casar no lo hacen, sería muy fácil para quienes conforman una pareja homosexual argumentar que no habría entonces nada en virtud de qué negarles tales derechos, porque ellos no tienen ninguna institución a la que podrían acogerse y no lo hacen.

Como se dijo en los primeros párrafos de este apartado, la situación patrimonial de los integrantes de una pareja homosexual podría encontrar amparo en nuestro ordenamiento, haciendo uso de las figuras que de momento se ofrecen en el Código civil, no siendo lo mismo si hablamos de derechos relacionados con aspectos como la filiación por ejemplo, tema que se ampliará en unos apartados posteriores. Entonces, habría que tener en cuenta que si bien va a haber figuras del ordenamiento prestas a ser usadas para amparar sus intereses, va a haber otras que no, y esto en miras a intereses superiores, como el interés superior del menor, por ejemplo, no constituyendo esto en lo absoluto un trato discriminatorio.

De esa manera, resulta conveniente enfatizar que nuestro Código Civil alberga muchas instituciones que en su mayoría salvaguardarían los intereses patrimoniales de estas parejas, y es aquí donde de acuerdo a los argumentos que se expondrán a lo largo de la investigación, hay cierta

discrepancia con lo planteado por Vega Mere quien afirma que «no siempre colman las expectativas de la pareja puesto que se ensancha indebidamente la aplicación de figuras ideadas para supuestos distintos».¹⁹

Y es que resulta lógico que si el legislador ha previsto instituciones que ofrezcan garantía patrimonial, los ciudadanos deberían usarlas si es que esto les permite proteger sus intereses, sin que por ello pueda hablarse de un “ensanchamiento indebido” de las figuras jurídicas establecidas. Además, las personas que forman parte de estas uniones, al no contar con una institución propia como el matrimonio, deberían usar un medio supletorio para respaldar su patrimonio “conjunto”, como son las instituciones que el ordenamiento ofrece.

De esa manera puede afirmarse que más que buscar amparo de intereses patrimoniales, que es lo que siempre se ha argumentado para darle una regulación específica a este tipo de uniones, lo que se ha buscado entonces es institucionalizarla, olvidando que el Derecho no regula afectos, lo cual no podría argumentarse para el matrimonio, que como se ha escrito en apartados anteriores, genera una situación tal que lo hace sujeto de protección y promoción por parte del Estado.

Dicho esto, en los siguientes apartados procederá a explicarse de manera más detallada si la institucionalización de las uniones civiles en el Perú resultan o no una necesidad.

I. EN EL DERECHO CIVIL

A. En el Derecho patrimonial

Como he venido diciendo, el ordenamiento jurídico ofrece diversas figuras para salvaguardar el patrimonio de los ciudadanos en sus relaciones *inter vivos*, independientemente de si mantienen una convivencia homosexual o heterosexual. Tal vez el desconocimiento o la falta de asesoría, hace pensar a las personas que mantienen relaciones de convivencia homosexuales que el hecho de mantener una relación de este tipo, implica la negativa al