

Consideraciones Jurídicas sobre la Unión de Hecho

*(De la ceremonia a la vivencia; de la forma a la
sustancia; del silencio a la declaración de derechos y
deberes entre convivientes)*

Yuri Vega Mere

*Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad
Católica del Perú.*

*Profesor Honorario de la Universidad Católica Santa María
de Arequipa.*

Asesor de la Comisión de Reforma del Código Civil.

1. El estado actual de la cuestión: las cifras oficiales

Hasta la fecha no ha habido, de parte del legislador, mayor preocupación por una regulación amplia y detallada respecto de la familia no matrimonial. Pese a la pobreza del Código civil, nada se ha dicho sobre la necesidad de redefinir los escasos efectos que se reconocen a las parejas no casadas que día a día cobran mayores espacios en la realidad social.

Cualquier intento de dar mayor presencia en la ley a la unión convivencial infunde temor al legislador: temor de ir en contra de costumbres, dogmas, principios, conceptos o, finalmente, electores. Este temor se extiende a la escasa doctrina y a la tímida jurisprudencia.

Cuando se estudia un hecho social como el de la convivencia *more uxorio*, cada cual asume en el análisis una posición particular (no exenta de una coloración valorativa) y, con esa pretensión que no es escasa en los juristas, también cada cual se cree portador de las convicciones sociales y éticas del medio en el que, como observador, vuelca su atención. Por ello es que en un tópico como éste no es posible encontrar una única respuesta.

Un dato curioso. En realidades como las nuestras el matrimonio religioso se vive con más fervor que el matrimonio civil. A éste no se va ni se sale de blanco. A éste no van las amistades; no causa impacto. Es pro-

bable que un elevado número de parejas se sientan casadas por haber recibido la aprobación de alguna autoridad del culto que profesan y no por haber escuchado la usualmente tediosa y apresurada lectura de algunas normas del Código civil de boca de algún funcionario del Registro del estado civil. Sin duda sería interesante contar con la opinión de los psicólogos y de los sociólogos sobre este hecho que, muy probablemente, provenga de nuestras creencias o de la presión del medio.

A pesar de esta constatación, la unión de hecho ha comenzado a tener mayor aceptación, especialmente en otras latitudes. Los datos que Francis Fukuyama proporciona en su obra "La gran ruptura" son notables. Al analizar los cambios familiares y el incremento de las tasas de hijos no matrimoniales, Fukuyama da cuenta del incremento de la cohabitación en los países europeos. Según indica, entre los 20 y 24 años, el 45% de las mujeres danesas, el 44% de las mujeres suecas y el 19% de las mujeres holandesas viven con pareja sin haber contraído matrimonio, mientras que en los Estados Unidos el hecho alcanza sólo al 14% de las mujeres. En este último país, alrededor del 25% de todos los nacimientos extramatrimoniales corresponden a parejas que conviven; en Francia, Dinamarca o en Holanda, esta proporción es mucho más alta y en Suecia alcanza casi el 90% de los nacimientos. Según refiere el futurólogo, los observadores coinciden en que la sustitución del matrimonio por la cohabitación de la pareja ha sido

sustancial. En Suecia, la tasa de matrimonios es tan baja (3,6 habitantes de cada 1,000 habitantes), que se podría decir que se trata de una institución en crisis que se mantendrá por mucho tiempo.¹ Para este pensador postmoderno, si bien la ilegitimidad de los nacimientos se asocia con la pobreza, en los países occidentales, fenómenos como el divorcio y la cohabitación se encuentran más difundidos entre individuos de clase media y clase alta².

En el Perú, las cifras registradas por el Instituto Nacional de Estadística e Informática, INEI, en 1993 (año en el que se realizó el último censo) son de sumo interés³. De un total de 15'483,790 personas censadas en las áreas urbana y rural, 2'488,779 de personas se encontraban unidas en convivencia sin matrimonio, mientras que 5'384,534 individuos fueron censados como casados. Existe un número de personas solteras que asciende a 6'481,083 dentro de las cuales probablemente algunos han silenciado cohabitar con una pareja y un grueso de 176,495 que no han especificado su estado civil (si en este concepto se incluye, como lo hace el INEI, a los convivientes). Ello equivale a decir que el 16.07% de la población total del Perú, en 1993, fueron registrados como convivientes, mientras que 33.77% se reportaron como casados. A tales datos debemos añadir que, en la misma época, 617,750 personas manifestaron ser viudos, 65,654 divorciados y 269,495 separados, es decir, la preferencia por el matrimonio se mostraba como mayoritaria, dado que 6'337,433 personas del total censado, o sea, un 40.92% de la población del Perú, había sido parte de un matrimonio hasta el año 1993. Sin embargo, el porcentaje de concubinatos no aparecía como un dato carente de significado.

Si tomamos únicamente el área urbana, encontramos que en ella, de un total de 11'279,624 personas censadas en 1993, 1'561,853 vivían en concubinato (13.84% de la población urbana) en tanto que 3'965,167 (35.15% de la población urbana) se registraron como casados con matrimonio vigente a dicha fecha. A estos números se debe adicionar las cifras de los viudos (397,907), divorciados (56,881) y separados (216,627). En términos reales, en el área urbana el 41.10% de los individuos eligió el matrimonio como forma de constitución de una familia frente al 13.84% que cohabitaba sin previas nupcias.

En el ámbito rural, de un total de 4'204,166 personas, 926,926 (o sea, el 22.90%) eran convivientes y 1'419,367 individuos (es decir, el 33.76%) manifestaLos índices de convivencia también se pueden verificar por el sexo de las personas. Mientras que de un total de 7'626,084 de hombres, 1'199,914 varones manifestaron tener una convivencia more uxorio, 2'632,296 habían optado por el matrimonio. El 15.73% prefirió el concubinato frente a un 34.51% que eligió la unión conyugal. También contrajeron matrimonio los viudos (157,813), los divorciados (25,880) y los separados (71,810). Como cifra final, el 37.86% de los hombres había seguido el camino del matrimonio y el 15.73%.

En cambio, entre las mujeres, de una cifra de 7'857,706, un número de 1'288,865 prefirió la convivencia sin papeles (el 16.40%) frente a 2'752,238 (el 35.02%) que pasaron por la ceremonia matrimonial. Igualmente, se aprecia la existencia de un matrimonio previo o no disuelto en las mujeres viudas (459,937), divorciadas (39,774) y separadas (197,685). A esa fecha, el 43.90% de la mujeres creía o había creído en el matrimonio frente a un 16.40% que no consideró necesario celebrar ceremonia alguna para crear una familia.

En el año 2000, el INEI realizó encuestas demográficas y de salud familiar que también arrojaron algunas cifras interesantes⁴. De acuerdo con los datos recolectados, el 25% de las mujeres en edad fértil conviven sin estar unidas por matrimonio.

Las estadísticas no distinguen el tipo de matrimonio, pero se asume que es el civil y no el religioso.

En resumen, al año 1993 el 16.07% de la población del Perú vivía en concubinato, es decir, alrededor de la sexta parte de la misma. Y, si la referencia que se toma es la de las mujeres en edad fértil, el porcentaje de convivientes es, al año 2000, del 25% (es claro que esas mujeres conviven con un número similar de varones en edad reproductiva). No tenemos, desafortunadamente, cifras oficiales que abarquen a toda la población de más reciente data, pero los números son importantes y, por ello, el tema no puede ser ignorado por más tiempo. Es probable que, debido a la mayor tolerancia con que hoy en día se mira a los concubinatos, aquel porcentaje pueda haberse incrementado.

(1) FUKUYAMA, FRANCIS, *La gran ruptura*, Atlántida, Buenos Aires, 1999, pp. 68-73.

(2) FUKUYAMA, *La gran ruptura*, cit., p. 105.

(3) Datos en <http://www.inei.gob.pe>

(4) Encuesta Demográfica y de Salud Familiar, Instituto Nacional e Informática, Resumen Ejecutivo, p. 11.

Las cifras, por otro lado, deberían instar a cualquier investigador de toda ciencia social (léase sociólogos, antropólogos, juristas, etc.) a preguntarse qué es lo que viene ocurriendo. Las estadísticas, que le toman el pulso a la realidad, deben instarnos a reflexionar.

2. La consagración del modelo familiar único: el matrimonio

El modelo familiar elegido por el legislador se sustenta en el matrimonio pese a que la unión de hecho es históricamente más antigua. Ya hemos señalado, en otra oportunidad⁵, que debido a que la familia genera una serie de relaciones (entre la pareja, entre la pareja y los hijos, y entre la pareja y terceros), ellas no pueden quedar libradas siempre, in toto, a la decisión de los propios interesados, especialmente en lo atinente a los derechos personales. Se requiere de un adecuado estatuto que garantice derechos y deberes entre los componentes del grupo familiar y de pautas ciertas que protejan a los extraños que establecen relaciones con aquellos. Además, es fundamental que se propenda a la efectiva realización de tales derechos, con niveles mínimos de protección cuyo objetivo final no es otro que garantizar el bien común⁶. Esta tarea ha sido asumida por el Estado y para ello tomó como substrato de la familia a aquella basada en el matrimonio.

El modelo de familia protegido por el Estado se construyó sobre la base de la fusión entre el matrimonio romano y el derecho canónico. Debido al caos existente en el medioevo derivado de la confrontación de normas aplicables a los individuos, de la informalidad de las uniones entre varones y mujeres, así como del ejercicio libre y hasta incontrolado de la sexualidad, la Iglesia Católica, a través del Concilio de Trento (Sesión XXIV, del 11 de noviembre de 1563), impuso la obligación de formalizar las uniones entre varón y mujer ante la autoridad eclesiástica como único medio de legitimación de las familias. Con ello, los concubinatos fueron proscritos y los concubinos fueron condenados a la excomunión⁷. Por entonces, el matrimonio era únicamente un sacramento que debía sujetarse a los ritos católicos.

Si bien con la aparición de la burguesía se arrebató la exclusividad del matrimonio a la Iglesia, pues entonces se abrió camino a su secularización, el matrimonio civil no dejó de ser el único medio exclusivo para reconocer legalidad a los grupos familiares y como único substrato para el reconocimiento de derechos de naturaleza familiar.

El sistema legal liberal plasmado en los viejos códigos civiles, empero, muestra una paradoja. Por un lado, el derecho civil de la "modernidad" fue edificado sobre la base de una racionalidad lógica formal que se expresaba en la elaboración de conceptos autosuficientes que creasen un sistema legal seguro, predecible, que permitiera conocer anticipadamente las reglas de juego a los agentes económicos, un sistema que se acoplase armoniosamente con la necesidad de construir una sociedad que terminase con los particularismos y se convirtiese en una sociedad homogénea en cuyo interior los bienes y servicios fuesen fácilmente intercambiables por individuos movidos por sus propios intereses. A estos individuos, precisamente, el nuevo sistema les reconoció considerables espacios de autonomía para el juego de sus transacciones que calzaban con el naciente capitalismo signado por la racionalidad utilitaria⁸.

Pero, por otro lado, y específicamente en el terreno familiar, el derecho liberal fue excesivamente rígido. Si la familia no se basaba en el matrimonio, no merecía el favor del legislador. Por ello, se ha dicho con razón que el derecho familiar liberal fue excluyente⁹, quiso, como producto de la modernidad, ser uniforme, aun a costa de desconocer la realidad de las situaciones maritales no matrimoniales a las cuales simplemente condenó al ostracismo. Las palabras de Napoleón, al intervenir en los debates de lo que luego se convertiría en el Código civil de los franceses, fueron elocuentes: "Si los concubinos ignoran la ley, la ley los ignora" ("Puisque les concubins se désintéressent de la loi, la loi n'a qu'à se désintéresser d'eux"). La convivencia more coniugali, de esa manera, de haber sido una realidad fáctica casi mayoritaria hasta la llegada del Concilio de Trento, gracias al pacto implícito entre Estado e Iglesia

(5) VEGA MERE, YURI, La eclosión de las legislaciones protectivas de las uniones homosexuales, en Revista Jurídica del Perú, Editora Normas Legales, Trujillo, Agosto 2002, pp. 234 y 235.

(6) LENSEL, DENIS y LAFOND, JACQUES, La famille a venir. Une réalité menacé mais nécessaire, Economica, Paris, 2000, pp. 27 ss.

(7) CORNEJO CHÁVEZ, HÉCTOR, Derecho familiar peruano, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 65.

(8) Ver DE TRAZEGNIES GRANDA, FERNANDO, Postmodernidad y derecho, Ara Editores, Lima, 1996, pp. 21-31.

(9) SILVEIRA RAMOS, CARMEN LUCIA, Familia sem casamento: de relação existencial de fato a realidade jurídica, Renovar, Rio do Janeiro, 2000, pp. 46 a 48 y 57 ss.

(quizá como una forma de ganarse la simpatía de esta última al haber laicizado el matrimonio), pasó a ser vista como un situación censurable, inmoral, ajena al derecho, contraria a la ley, al grado de consagrarse una abierta discriminación contra los hijos no matrimoniales a los cuales se les regaló el distintivo de bastardos.

El Estado optó por reglas claras pero monolíticas que privaron de una fuerte dosis de autonomía a los individuos respecto de las decisiones de orden convivencial y familiar.

3. La terminología sobre la unión de hecho

Resulta de sumo interés constatar, siguiendo a Alpa¹⁰, cómo la terminología revela, en cierto grado, la actitud y la posición ideológica que asumen los juristas ante las uniones de hecho. Como bien dice Alpa, los términos usados traicionan, antes de los argumentos, el punto de partida del intérprete que, a menudo, contiene en sí las premisas para delinear el punto de llegada de su proceso hermenéutico.

En esta perspectiva, cuando la calificación de la unión viene dada por una fórmula lingüística que alude a la familia, ya sea como "familia paramatrimonial" o "familia de hecho", el término «familia» no sólo aproxima el fenómeno a la familia fundada en el matrimonio, sino que, además, transmite un patrimonio de valores y emociones, sensaciones que componen un cuadro de referencias importantes: la convivencia de dos personas de sexo diferente, fundada en la comunión material y espiritual, alegrada por la presencia de los hijos. Sin embargo, creo que también en aquella calificación de familia "de hecho" se puede advertir cierto giro oculto que, de una u otra manera, pretende acuñar que no es una familia de "derecho", es decir, una unión matrimonial.

En cambio, se usa la expresión «convivencia more uxorio», para hacer referencia a la ausencia de hijos aun cuando se aluda a la vida en común. En una

posición, si se quiere, más tirada a la libertad o facilidad de disolución, el jurista prefiere hablar de "unión libre", apuntalando la presencia de espacios de autonomía privada más amplios a los que suele encontrarse en el matrimonio.

Si, finalmente, la actitud del estudioso es la de connotar negativamente el fenómeno, se recurre a expresiones como «concubinato», «convivencia adulterina», «convivencia extramatrimonial», «convivencia fuera del matrimonio», «matrimonio de hecho»; precisamente para hacer notar que no se ajusta a la familia matrimonial y que, por ende, se trata de un hecho que se encuentra fuera del orden social, fuera del derecho, al estrellarse con los valores por todos reconocidos: es lo ilícito, lo anormal, lo reprobable¹¹.

No puede negarse que existe una carga ideológica que pone sobre el tapete una clara toma de posición¹², si bien es cierto que, en otros casos, los hombres de derecho, sin percatarnos, solemos intercambiar las expresiones sin querer revelar, necesariamente, la simpatía o el denuedo hacia quienes son parte de una unión de hecho. Más recientemente, en España, y desde el año 1998, las legislaciones forales (siguiendo el ejemplo de Cataluña) han optado por la expresión "pareja estable"¹³. Si tuviéramos que especular sobre las razones por las cuales se ha preferido esta etiqueta, muy probablemente encontraríamos dos motivos. Con el vocablo "pareja" entiendo que se alude a dos personas unidas, sin necesidad de la presencia de hijos, lo cual encuentra explicación desde el momento que las legislaciones autonómicas españolas admiten las uniones homosexuales. Y me parece que la calificación de "estable" tiene como propósito atacar el mito de la precariedad con la que se acostumbra tildar a las convivencias no matrimoniales. En Bélgica, a raíz de la reforma de su Código civil para dar espacio a las uniones de hecho, se habla de la "cohabitación legal" como una forma de legalizar la cohabitación no matrimonial, término que, por lo demás, es frecuentemente utilizado en los Estados Unidos de América.

(10) ALPA, GUIDO, Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, traducción a cura de Juan Espinoza, pp. 197-198.

(11) ALPA, Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones, cit., p. 198.

(12) SILVEIRA RAMOS, Família sem casamento: de relação existencial de fato a realidade jurídica, cit., p. 35, también hace notar cómo el empleo de la palabra "familia" (familia de hecho, familia sin matrimonio o sin casamiento) aproximaría el fenómeno de las uniones a la familia matrimonial, envolviendo un patrimonio de valores, de comunión de vida material y espiritual, aliada a la existencia de hijos; "convivencia more uxorio" o "convivencia paraconyugal" significaría neutralidad en el tratamiento de la cuestión, ya sea para referirse a la ausencia de hijos o a una situación de vida en común análoga a la de los cónyuges; "unión libre" importaría una noción más efímera y frágil, una hipótesis de fácil disolución, enteramente vinculada a la decisión de los interesados y que por ello se desarrolla en el ámbito de la autonomía privada sin intervención estatal; finalmente "concubinato", "convivencia fuera de matrimonio", "convivencia extramatrimonial", implicarían la atribución de una connotación negativa al fenómeno, situándolo fuera del orden social, en el ámbito de lo que es reprobable, ilícito.

(13) VEGA MERE, YURI, La eclosión de las legislaciones protectivas de las uniones homosexuales, cit. pp. 249-253.

El empleo del lenguaje no es gratuito. Responde a la opción del jurista o del propio legislador en torno al fenómeno familiar, al modo cómo ha decidido enfrentar el análisis y la pretensión de sentirse autorizado para marcar las fronteras de las uniones de hecho que, de modo inevitable, se confrontan con el modelo familiar institucionalizado en el matrimonio¹⁴.

4. Del lenguaje a la actitud

También se debe a Alpa el haber analizado, en una magnífica síntesis, la actitud de los juristas ante las familias de hecho, que resume en cuatro¹⁵:

- a) la actitud hostil, que niega a la familia de hecho todo reconocimiento jurídico por ser peligrosa para la estabilidad social (y del matrimonio) y los valores;
- b) la actitud indiferente, que simplemente respeta la elección de los individuos de no asumir vínculos, ni obtener las ventajas y las desventajas del matrimonio, siendo libres de disolver la convivencia sin obstáculos, por lo cual el ordenamiento debería respetar tal libertad y no preocuparse del fenómeno de la convivencia paraconyugal;
- c) la actitud favorable, de quien considera a la familia de hecho como una «sociedad natural» en la cual se realizan los valores de la convivencia, del afecto, del dolor y de la esperanza, del amor por los hijos, etc., y que, por ende, no debe ser discriminada sino, por el contrario, equiparada a la familia fundada en el matrimonio; y
- d) la actitud favorable provenientes de aquellos que entienden que la familia de hecho es un fenómeno jurídico, tutelado por la Constitución, disciplinado en algunos aspectos por la ley, que se debe acercar en algunos casos a la familia fundada en el matrimonio, sin discriminaciones.

Como afirma Alpa, la última de las posiciones es la hoy prevaleciente en doctrina italiana que él compar-

te y que entiendo se va abriendo camino en otras latitudes, dado que no equipara a la convivencia *more uxorio* a la familia matrimonial en todos sus aspectos.

En esta síntesis es posible advertir que el necesario punto de partida es el modelo institucionalizado de la familia matrimonial que, para quienes asumen una posición hostil, se erige como una única opción merecedora del favor de la ley

5. Razones de la hostilidad hacia la familia de hecho

El modelo de familia que ha prevalecido por años no es producto del azar. A su conformación han confluído una serie de factores que muestran que la familia, aun siendo una institución que se sustenta, fundamentalmente, en lazos de orden biológico, y en razones de orden social y hasta emocional, tarde o temprano se puede ver envuelta en una definición de tipo legal que implica, de suyo, la elección de un "tipo" de familia.

A partir de esa opción, que proviene del Estado (no sin consultar lo que acontece al interior de las convenciones sociales y éticas mayoritariamente aceptadas), se organiza toda una urdimbre de vinculaciones jurídicas, ya sea de orden personal o patrimonial entre los miembros del grupo familiar. Si bien la ley no puede ir en contra de hechos que tengan una raíz biológica, el sistema legal es el que, desde que asume un modelo, determina los derechos y obligaciones de cada uno de los componentes de la familia, establece su funcionamiento interno, norma el régimen de bienes y su administración, prevé las formas de asistencia, de suplir las carencias y fija las condiciones de separación y ruptura, etc¹⁶.

El Estado, se ha dicho, requiere de alguna forma de organización de los individuos. Siendo la familia (no el "modelo") una institución connatural al ser humano y una suerte de bisagra entre el individuo y la sociedad, su encuadramiento legal intenta juridificar las relaciones que se generan entre sus integrantes, con propósitos de organización y orden¹⁷ decíamos, cuando no con una función garantista de los derechos de sus miembros. Y

(14) Existen, además, otras calificaciones como "falso matrimonio", "parejas no casadas", "familia natural", etc. según comenta PÉREZ UREÑA, ANTONIO ALBERTO, *Uniones de hecho: estudio práctico de sus efectos civiles*, Edisofer, Madrid, 2000, pp. 12 ss.

(15) ALPA, *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones*, cit., pp. 199-200.

(16) DE TRAZEGNIES GRANDA, FERNANDO, *La familia, ¿un espejismo jurídico?*, en *La familia en el derecho peruano*, Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992, pp. 21 ss, esp. 37 ss.

(17) ADEZATI, GIOVANNI, *Nuove unioni e nuovi status*, en *Matrimonio, matrimonii*, a cura di Brunetta d'Usseaux, Francesca y D'Angelo, Antonino Giuffrè, Milano, 2000, p. 180.

también como una forma de canalizar la sexualidad de las personas, asunto que preocupa sobremanera a la Iglesia¹⁸. El modelo, además, fue concebido bajo una autoridad estricta del marido/padre como un mecanismo para diluir o evitar los conflictos intrafamiliares y apuntalar la cohesión del grupo.

Dado que el matrimonio se traduce en la creación de lazos de orden legal entre la pareja que lo contrae y sus descendientes, ello aporta certeza, no sólo a los contrayentes sino también a los terceros y al propio Estado vigilante. Todo aquello que pueda convulsionar la seguridad y estabilidad (y la ilusión que se quiera tener sobre ellas) debe ser rechazado, prohibido o, cuando menos, ignorado.

Se ha dicho, sobre el particular, que una de las fisuras que se advierte en la familia proviene del incremento de las uniones "ilegítimas" y de los hijos nacidos de parejas no casadas o de uniones esporádicas, así como de madres solteras. En respuesta, se postula un reforzamiento del modelo institucional como el único hábil para garantizar la supervivencia de la familia. En esta perspectiva, los defensores del matrimonio también son partidarios de reducir, cada vez más, el lugar que pueda ocupar el divorcio en el ordenamiento. Sin embargo, resulta incuestionable que una de las consecuencias de la liberación femenina y de los espacios ganados por las mujeres es la de optar, en no pocos casos, por tener descendencia sin haber formado previamente una familia dado que no tienen incentivos para ser parte de un grupo sino que, tan solo, aspiran a ser madres y, como es obvio, para ello no necesitan casarse o unirse en una relación de afectividad análoga a la conyugal.

En el caso específico de las uniones de hecho, los defensores del modelo único acusan a las parejas no

casadas de una actitud ambivalente. Y no les falta razón, en cierto grado. En efecto, sabido es que una gran parte de quienes deciden no contraer nupcias rechazan la formalidad del matrimonio al querer vivir "sin papeles". Pero con ello, como bien se ha anotado, también rechazan el plano sustancial del matrimonio pues huyen del status de cónyuge y del régimen que la ley dispensa a éstos, de los derechos y sobre todo de las obligaciones que les impone; en pocas palabras, no sólo huyen de la ceremonia, sino del modelo institucional que elimina la elección de la libertad¹⁹. Pese a querer mantener un amplio espacio para la adopción de decisiones relativas a la continuidad o terminación de la convivencia, sin los efectos que implica, por el contrario, la ruptura de un matrimonio, los concubinos demandan, cada vez con mayor vehemencia, protección legal a favor de sus uniones no conyugales. Es decir, huyen de la ley para luego recurrir a ella²⁰.

Es necesario, no obstante, precisar de modo adecuado cuál es el sentido de sus reclamos, dado que al privilegiar la autonomía privada para organizar su vida en común, así como la libertad para dar por concluida la unión de hecho y regular las consecuencias patrimoniales en caso de ruptura, lo que demandan es que se proteja legalmente ese particular modo de convivir -en el que, repito, reina la libertad antes que la sujeción a un régimen definido heterónomamente- y que se respete ese amplio margen de "maniobrabilidad" basado en los acuerdos privados entre los concubinos.

Ese juego entre el no al derecho (matrimonial) y el sí a un derecho *ad hoc* (especialmente concebido para las uniones libres: he allí el acento) ha sido denunciado como una forma de juridificar y de dar un trato equivalente e inclusive más favorable que el trato otorgado a los matrimonios, curiosamente a lo que brilla por ser

-
- (18) Ver las interesantes apreciaciones de POSNER, RICHARD, *Sex and reason*, Harvard University Press, 1992, pp. 243 ss, quien sostiene que, entre otras cosas, a la Iglesia le interesa concebir al matrimonio como una forma de evitar las relaciones sexuales fuera de dicho contexto, inclusive promoviendo su celebración a una corta edad ("but not too young", como dice POSNER).
- (19) Como dice ASTONE, MARIA, *Ancora sulla famiglia di fatto: evoluzione e prospettive*, en *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 1999, fasc. 4, Giuffrè, Milano, p. 1477, la decisión de vivir en concubinato proviene: "...dalla non accettazione di un vincolo che, nella sostanza, si vuole non incida sul rapporto affettivo esistente tra essi partners, oppure, ancora, da una preferenza verso scelte privatizzate, anziché istituzionalizzate".
- (20) Como dice PALAZZANI, *La famiglia "di fatto" è giustificabile giuridicamente?*, en *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2000, fasc. 1, Giuffrè, Milano, p. 246: "La richiesta di legittimazione della famiglia di fatto manifesta l'intenzione di volere e non volere, al tempo stesso, il diritto: più precisamente, di volere che il diritto configuri e tuteli, sul piano pubblico, la scelta soggettiva che deve rimanere privata. Insomma, i concubini vogliono che la loro scelta soggettiva e mutevole, analoga al rapporto occasionale, abbia un riconoscimento pubblico, analogo al matrimonio legale". Más adelante, p. 247, la misma autora señala que se trata de "...l'atteggiamento di ambivalenza tra antiguridismo e giuridificazione, tra ribellione e intolleranza nei confronti del diritto, vissuto come soffocante, e richiesta di intervento flessibile, aperto e leggero del diritto, al quale si chiede di garantire la libertà della coscienza soggettiva. I concubini esaltano la scelta privata (sul piano morale): in un certo senso, chiedono l'asservimento della dimensione pubblica alla scelta privata, l'asservimento del diritto alla volontà e alla sua estrinsecazione (se non, addirittura, amplificazione). In concreto, i concubini pretendono che il diritto li riconosca pubblicamente, distinguendoli dalle unioni episodiche, ma al tempo stesso manteniendo la libertà sulla scelta del modo di vivere la relazione, di sciogliere il legame in qualsiasi momento, anzi tutelando la possibilità dello scioglimento, la revocabilità della decisione e regolando le conseguenze della scelta nella protezione dei soggetti coinvolti".

precario, inestable, transitorio; amparándose, de ese modo, una suerte de liberalismo en materia familiar que conduce, simultáneamente, a una desjuridización del matrimonio, al vaciamiento de su contenido y a la pérdida de su importancia, lo cual implica, para una autora como Palazzani, privatizar el matrimonio (reduciéndose el control sobre la institucionalidad familiar²¹) y "publicar" las uniones no conyugales pero siempre dentro de los amplios espacios de autonomía reclamados por los concubinos²².

Además, se acusa la precariedad de la cohabitación que, según se dice, engendra con demasiada frecuencia familias monoparentales o el aumento del número de hijos de madres solteras que terminan siendo abandonadas²³.

En suma, se rechaza el intento de toda regulación debido a que aceptarla implicaría consagrar un régimen en pro del "individualismo" familiar que se estrella contra los intereses de la familia matrimonial concebida como grupo "formalizado". Y, por ello, se señala que no se puede tutelar la libertad absoluta; además, la configuración pública (es decir, de normas obligatorias) de la convivencia more coniugali podría violar la autonomía que tanto reclaman los concubinos, con lo cual un régimen legal a favor de las parejas no casadas no sólo termina causando estragos al matrimonio sino, también, a la propia unión libre²⁴.

En esta misma perspectiva, se afirma que proteger a las uniones extramatrimoniales es dispensar tutela a lo variable, a la libertad cambiante, a la asociación ocasional y precaria de intereses, a la entrega corporal caracterizada por falta de compromiso²⁵. Tutelar las uniones de hecho significaría optar por una concepción del derecho que se pone al servicio de voluntades privadas en un terreno tan álgido como el de la familia. Por ende, sólo se debe proteger al matrimonio²⁶, inclusive más allá

del pluralismo pues una cosa son las opciones que derivan de éste y que deben mantenerse en ese mundo de las diversidades y otra cosa son las instituciones que el ordenamiento debe acoger como propias del Derecho de familia²⁷.

Algunos juzgan que la apertura a otros tipos de familias como una desvinculación entre los fines trascendentes del matrimonio privilegiando lo físico, lo sexual, el hedonismo, la consagración de la "contractualización" de áreas en las que la presencia de "lo público" no puede desaparecer, si es que no queremos arriesgarnos a promover desorden, caos, promiscuidad.

En una posición más radical, pero no por ello menos importante, se sostiene que la simple unión de hecho no da lugar a relaciones jurídicas familiares, por lo que la relación que se establece en las parejas no casadas no puede encuadrarse en el modelo de familia que el ordenamiento protege, porque no hay vínculo jurídico y, por tanto, no existe una situación organizada unitariamente dentro del orden jurídico total por un especial principio jurídico²⁸.

En nuestro medio, un jurista de conocida formación conservadora como Cornejo Chávez, considera que en los países más industrializados, en los que el progreso científico, técnico y económico parece correr parejo con "cierta descomposición moral, típica por lo demás, de las épocas de decadencias de las culturas", el concubinato empieza a tener mayor significación, como una suerte de repudio al orden institucional o anhelo de una así entendida liberación²⁹. El argumento, en síntesis, en más una apreciación de matiz moral antes que legal, como suele ocurrir con todos aquellos que se oponen radicalmente a acoger a la cohabitación no basada en el matrimonio.

-
- (21) Igual posición asume NAVARRO-VALLS, *Matrimonio y derecho*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 67-68, para quien el proceso de reconocimiento de las uniones de hecho conduce a un proceso de contractualización del matrimonio.
- (22) PALAZZANI, *La familia "di fatto" è giustificabile giuridicamente?*, cit., p. 249.
- (23) Ver NAVARRO-VALLS, *Matrimonio y derecho*, cit., pp. 84.
- (24) PALAZZANI, *La familia "di fatto" è giustificabile giuridicamente?*, cit., p. 251.
- (25) JOSÉ M^a DÍAZ MORENO, S.J., *Las familias de hecho: aproximación a su vertiente ético-canónica*, en *Uniones de hecho. Una aproximación plural*, AAVV, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1999, p. 114, dice que: "... creemos que es un error, equiparar el matrimonio con otro tipo de uniones que no llevan consigo el compromiso público y libremente asumido, de estabilidad permanente, y otras determinadas obligaciones, que derivan de ese compromiso". Pese a ello, para este religioso la protección de tales uniones sí es necesaria, especialmente para atender los intereses de los hijos, que no eligieron nacer en un hogar no matrimonial.
- (26) PALAZZANI, *La familia "di fatto" è giustificabile giuridicamente?*, cit., p. 253 ss.
- (27) DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Las nuevas fronteras y la crisis del concepto de familia*, en *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, (Aída Kemelmajer de Carlucci, Coordinadora), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1999, Tomo I, pp. 26 y 27.
- (28) GONZÁLEZ MORENO, BEATRIZ, *Uniones de hecho y derecho a la adopción*, en *Uniones de hecho*, XI Jornades Jurídiques, J. M. Martiniell y M^a T. Arcecs Piñol (Eds.), Departament de Dret Privat, Facultat de Dret i Economia, Universitat de Lleida, 1998, p. 278.
- (29) CORNEJO CHÁVEZ, *Derecho familiar peruano*, cit., p. 65.

Sin embargo, y para no faltar a la justicia, el propio Cornejo Chávez explica que las razones por las cuales se pone empeño en extirpar el concubinato no son únicamente de orden religioso, sino de carácter sociológico y que pueden resumirse en que la libertad sin límites de que gozan los concubinos es incompatible con las familias que crean. Al efecto, explica el Ponente del Libro de Familia del Código civil, que existen tres razones para ello: a) desde el punto de vista de la mujer, generalmente el sujeto débil de la relación, el concubinato la coloca en el doble riesgo de quedar desamparada cuando ni los hijos que ha procreado, si su edad, ni el propio antecedente de su convivencia, le brindan la perspectiva de una unión duradera, y el de que además su conviviente la despoje del patrimonio que ella ayudó a formar con su trabajo o colaboración directa; b) desde el punto de vista de los hijos, la inestabilidad de la unión concubinaria no es la mejor garantía para su manutención y educación; c) para los terceros que, engañados por la apariencia de un matrimonio, contratan con una presunta sociedad conyugal³⁰. Sin duda, se trata de argumentos interesantes, que no pueden ser ignorados; pero también se evidencia un marcado prejuicio que posiblemente marcó su posición al momento de sugerir el tratamiento jurídico que la ley civil terminó por "obsequiar" (que se me perdone el sarcasmo) a las situaciones convivenciales no matrimoniales.

6. La crisis del modelo matrimonial como legitimador de la familia

La familia, considerada como una institución natural, quizá como la única institución social que ha estado presente en todas las culturas y civilizaciones a pesar que lo haya hecho de diversas formas, no ha escapado al influjo de los cambios sociales que presionan sobre su estructura o funciones, dado que no ha podido ser impenetrable o insensible a las transformaciones de su entorno³¹.

Como bien ha dicho Fukuyama, desde la década del sesenta, el Occidente ha experimentado una serie de movimientos de liberación que buscan despojar al individuo de las limitaciones impuestas por muchas de las tradicionales normas sociales y regulaciones morales vigentes. La revolución sexual, la liberación femenina, los movimientos feministas y, en las décadas del ochenta y noventa, los movimientos en favor de los derechos de los homosexuales y lesbianas han estallado en todo el mundo occidental³².

La tradicionales funciones de la familia relacionadas con la educación, la integración de sus miembros al seno social, cooperación entre los consortes y entre ellos para la crianza de los hijos, la asistencia y solidaridad que se predicada de aquella, vienen sufriendo serios embates. Quizá uno de los datos más importantes de esta transformación, que pasa hoy en día desapercibido, por ser una vieja conquista (pero que se actualiza constantemente por el crecimiento de los índices de violencia familiar), sea el hecho que la familia autoritaria, destinada a mantener una unidad intrafamiliar a todo costo (evitando los conflictos), y caracterizada por la imposición de las decisiones del marido y padre, ha sido sustituida por una familia "democrática" en la que las opiniones de todos los integrantes cuentan, expresión incontrastable, en mi concepto, del caudal de derechos individuales provenientes de la legislación nacional y supranacional del siglo XX que dejó de lado el modelo de la familia "entelequia" y que la posa, por el contrario, como medio de realización de aspiraciones personales, individuales³³.

En las sociedades postindustriales se asiste a una desvalorización de la familia. Ya no es más una unidad de producción sino de consumo³⁴ y, como bien dice el reconocido jurista argentino Ricardo Lorenzetti, en los tiempos actuales, cada miembro de la familia trabaja en una empresa distinta o es desocupado, teniendo hora-

(30) CORNEJO CHÁVEZ, Derecho familiar peruano, cit., pp. 67 y 68

(31) HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, GERARDO, Análisis y perspectivas sociodemográficas de las uniones de hecho, en Las Uniones de hecho. Una aproximación plural, AAVV, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1999, pp. 5 y 7.

(32) FUKUYAMA, La gran ruptura, cit., p. 32.

(33) Bien ha dicho la socióloga española, INÉS ALBERDI, La nueva familia democrática, en Temas para el Debate, Madrid, 38, 1998, pp. 38 ss y espec. p. 40, que en las relaciones entre iguales se producen conflictos más fácilmente y hay que negociar y entenderse para solucionarlos. No es posible imponer la voluntad y la autoridad de una de las partes. Además, continúa la autora, la libertad mantiene las posibilidades de todos los medios para tomar otra alternativa: marcharse. Líneas después (p. 41). ALBERDI sostiene que en la sociedad española de fines del siglo XX el individuo aparece como la base de la definición del bienestar y sólo es en función de la libertad y del bienestar individual que van a tomarse medidas de apoyo de la familia. Sin duda, se refiere al actual y preocupante conflicto entre individuo y familia advirtiendo, como también lo ha hecho en un extraordinario ensayo el jurista argentino RICARDO LORENZETTI, Teoría general del derecho de familia: el conflicto entre los incentivos individuales y grupales, en Actualidad Jurídica, Publicación mensual de Gaceta Jurídica, Lima, 2001, tomo 87, febrero, pp. 43 ss, que es un trabajo de ineludible lectura.

(34) FUKUYAMA, La gran ruptura, cit., p. 62.

rios, ingresos, expectativas de crecimiento y demandas externas disímiles, lo que hace que la organización del tiempo y de los recursos familiares se fragmenten según las necesidades del individuo y no del grupo, desapareciendo la unidad³⁵. Como se ha dicho con razón, la familia de clase media con una sola fuente de ingresos, se ha extinguido³⁶.

La función educadora es sustituida paulatinamente con la educación escolar y universitaria³⁷; los cuidados de los hijos fuera de la escuela se encomienda a terceros dado que los padres son trabajadores que salen al mercado laboral casi toda la jornada³⁸ y, en muchos casos, los intereses personales de los esposos suponen una postergación de la decisión de tener descendencia, incidiendo en las tasas de fertilidad. El cuidado de los ancianos y el cuidado de la salud son trasladados a la seguridad social³⁹, ya que ésta puede ser más eficiente⁴⁰, excluyéndose a los ancianos del grupo familiar que habita bajo el mismo techo para ser llevados a casas de retiro o de cuidados especiales.

Por otro lado, la revolución sexual, la ocupación laboral de la mujer y los movimientos feministas han mutado radicalmente el rol de la mujer. Gracias a los métodos de control de la natalidad, y al análisis económico del descenso de las tasas de fertilidad, que ha puesto en evidencia que el hecho de tener hijos supone altos costos (transferencia de recursos de los padres a los hijos)⁴¹, que en la actualidad son más altos por las exigencias propias de la sociedad de la información y de la competencia, la mujer de hoy privilegia, en el tiempo, su realización personal y profesional (al igual que el esposo) postergando, como antes se anotaba, la procreación⁴².

La familia nuclear, compuesta, en oposición a la familia extensa, por consortes e hijos, sigue diluyéndose. No sólo como consecuencia de la mayor independencia económica de la mujer, que en muchos casos le permite adoptar la decisión de tener descendencia sin necesidad de casarse o de convivir (inclusive mediante el recurso a técnicas de reproducción humana asistidas) sino también por el hecho de que la tasa de nacimientos ha caído dramáticamente en las sociedades postindustriales y en las clases de mayores recursos o en la clase media de los países en vías de desarrollo. Al mismo tiempo, se observa un crecimiento de hogares unipersonales que no son familia; personas que prefieren dedicarse a sus propios asuntos sin querer asumir responsabilidades y los costos derivados de una unión convivencial o de tener hijos, relajándose, de ese modo, los lazos sociales basados, en buena parte, en los vínculos de parentesco. Las familias sin hijos o los hogares unipersonales apuestan menos por el grupo que por ellos mismos.

Los de parentesco. Las familias sin hijos o los hogares unipersonales apuestan menos por el grupo que por ellos mismos.

Tubert considera que uno de los aspectos más relevantes que incidieron en la transformación de la familia es la crisis del matrimonio, que se manifiesta en

“...la familia autoritaria destinada a mantener una unidad a todo costo (...), y caracterizada por la imposición de las decisiones del marido y padre, ha sido sustituida por una familia “democrática”...”

la decadencia de su contenido institucional (registro de las uniones) y ritual (ritos sociales, religiosos y civiles que las acompañan). Según la autora, el número de uniones legales disminuye en razón de las relaciones prácticas y simbólicas que los individuos mantienen con la institución familiar al tiempo que se debilita el carácter sagrado de las formas más ritualizadas del matrimonio. Ello responde, afirma Tubert, a los cambios económicos, demográficos y sociales. Para la misma autora, desde un punto de vista ideológico, el avance del matrimonio por amor llega al punto de liquidar al matrimonio mis-

(35) LORENZETTI, RICARDO, Teoría general del derecho de familia: el conflicto entre los incentivos individuales y grupales, cit., p. 45.
 (36) TUBERT, SILVIA, Introducción al volumen dedicado a Familias y parejas: paradojas y nuevas opciones, en Revista de Occidente, Diciembre de 1997, N° 199, Madrid, p. 6.
 (37) FUKUYAMA, La gran ruptura, cit., p. 62.
 (38) VEGA MERE, YURI, La familia por venir: entre lo público y lo privado; entre la tradición y la modernidad (o lo dispartado), en Revista Jurídica del Perú, Trujillo, Junio 2002, pp. 78 y 79.
 (39) LORENZETTI, Teoría general del derecho de familia: el conflicto entre los incentivos individuales y grupales, cit., p. 45.
 (40) BECKER, GARY S., A Treatise on the family, (enlarged edition), Harvard University Press, 1993, p. 349.
 (41) Ampliamente, BECKER, A Treatise on the family, cit., pp. 135 ss.
 (42) BECKER, A Treatise on the family, cit., p. 352.

mo por cuanto opone la exigencia de sinceridad del compromiso interpersonal al formalismo de las convenciones⁴³.

Continúa diciendo Tubert que una de las mayores evoluciones de los últimos años es el cambio de actitud de las mujeres con respecto a las formas de establecerse socialmente: el matrimonio ya no es la forma principal de establecimiento social para ellas, como lo era hace treinta años. Ahora aspiran a preservar su autonomía en la orientación de su trayectoria vital y profesional. Existe rechazo al matrimonio debido a que de éste se deriva la división tradicional de los roles sexuales y, según afirma, en expresión que resulta de elevado interés: "... la adopción de la vida en pareja no tiene un carácter fusional sino que pretende ser asociativa y reversible"⁴⁴.

La erosión del modelo tradicional de familia basada en el matrimonio también tiene relación con los afectos. Bien dice Julio Iglesias de Ussel que los elementos considerados esenciales de la vida familiar de hoy son históricamente muy recientes, tienen un pasado muy corto: la elección de la pareja por los propios contrayentes, la selección fundada en el amor, la legitimación social para la ruptura en caso de desaparición de los afectos de la pareja, etc⁴⁵. ¿Es posible encontrar esos amplios espacios de elección hoy en día sin necesidad de recurrir al matrimonio si en el pasado éste prescindió, con frecuencia, de la opinión y los sentimientos de la pareja, al concertarse las nupcias por terceros y no por los propios interesados?

En el escenario actual de la familia se advierte el reconocimiento y reivindicación del pluralismo. Como dice Iglesias de Ussel, se ha pasado de una configuración monolítica de la familia a otra pluralista en la que las distintas modalidades de articular la vida familiar -cohabitación o matrimonio, hijos dentro o fuera del matrimonio, familias biparentales o monoparentales, uniones heterosexuales u homosexuales- reclaman

legitimidad social y, en ocasiones, regulación legal. Como anota este autor: "El reconocimiento del pluralismo supone la ruptura con el anterior tipo único de familia, con una fuerte protección legal y -en parte- social, que situaba cualquier otra modalidad de convivencia fuera de la legalidad cuando no condenada penalmente"⁴⁶. Pluralismo que ha alimentado la imagen de crisis del modelo único⁴⁷.

Al lado del pluralismo, es claramente perceptible que el profundo cambio en el modelo familiar único es sistematizado por algunos en la fórmula la familia para el individuo y no, como ocurría en el pasado, el *individuo para la familia*⁴⁸ que muestra la diferencia entre la familia-institución (el matrimonio), que es considerada como un valor en sí mismo, portadora de intereses colectivos que subordinan los individuales, y la "nueva" familia que emerge de una nueva visión de la misma como lugar privilegiado de afirmación y realización de la personalidad de los individuos⁴⁹, como espacio de afectos de sus miembros, reservado a satisfacer las necesidades de seguridad existencial y de relaciones sociales y emocionales que se signa como un proceso de progresiva interiorización o privatización del grupo⁵⁰.

Este "individualismo" familiar (sin tener connotación peyorativa) se ve respaldado, haciendo más las expresiones de Lorenzetti, por la explosión de los intereses individuales dentro del grupo familiar⁵¹.

La tendencia hacia la afirmación del individualismo en las relaciones familiares viene confirmada, como dice Del Dotto, en la realidad social por una serie de factores: aumento de divorcios, reducción de la natalidad, reducción de la tasa de nupcialidad y el surgimiento paralelo de una multiplicidad de realidades familiares alternativas respecto de aquella conyugal, teniendo singular relevancia las uniones de hecho como una evidente manifestación de las cada vez más difundidas exigencias de libertad y autonomía individual. Como dice la autora, el incremento de la convivencia more uxorio y las nuevas orientaciones sobre ella inci-

(43) TUBERT, Introducción al volumen dedicado a Familias y parejas: paradojas y nuevas opciones, cit., p. 7.

(44) TUBERT, Introducción al volumen dedicado a Familias y parejas: paradojas y nuevas opciones, cit., pp. 7 y 8.

(45) IGLESIAS DE USSEL, JULIO, Crisis y vitalidad de la familia, en Familias y parejas: paradojas y nuevas opciones, en Revista de Occidente, Diciembre de 1997, N° 199, Madrid, pp. 22.

(46) IGLESIAS DE USSEL, Crisis y vitalidad de la familia, en Familias y parejas: paradojas y nuevas opciones, cit., p. 29.

(47) IGLESIAS DE USSEL, Crisis y vitalidad de la familia, en Familias y parejas: paradojas y nuevas opciones, cit., p. 30.

(48) BILE, F., La famiglia di fatto: profili patrimoniali, en La famiglia di fatto, Atti del Convegno Nazionale di Pontremoli, Montereaggio, 1977, p. 71.

(49) ASTONE, Ancora sulla famiglia di fatto: evoluzione e prospettive, cit., p. 1463

(50) DEL DOTTO, BRUNELLA, Sui rapporti patrimoniali tra conviventi more uxorio, en Il Diritto di famiglia e delle persone, 1999, fasc. 2-3, Giuffrè, Milano, p. 876.

(51) LORENZETTI, Teoría general del derecho de familia: el conflicto entre los incentivos individuales y grupales, cit., p. 45.

den, inclusive, sobre una mayor demanda de flexibilización del matrimonio⁵² (que los opositores a su admisibilidad consideran, según vimos, como una desjuridización de las nupcias)⁵³.

Las uniones de hecho, gracias al pluralismo en materia familiar, no son miradas con recelo, reprobación moral y jurídica, especialmente en el mundo occidental⁵⁴. Existe una consideración más positiva del fenómeno, mayor tolerancia, más aceptación. Finalmente, se trata de una realidad ineludible, inocultable.

Además, las formas familiares que han surgido como alternativa al modelo único muestran que "... la familia se amolda a los intereses individuales al mismo tiempo que se desacomoda respecto de los parámetros que la sociedad ha establecido como típicos. Los individuos se «juntan» de distintas maneras según encuentren su satisfacción, y ello resulta «herético» en términos de la vida matrimonial típica oensada como base de la organización social"⁵⁵.

Como bien ha dicho Lorenzetti, la unión matrimonial sexual y la reproducción han dejado de ser el único modelo⁵⁶; surge, en palabras del lúcido autor, una "atipicidad" que viene dada por las múltiples relaciones que no se ajustan al modelo como ocurre, por ejemplo, con las uniones de hecho, que incide en el concepto mismo de familia⁵⁷.

Pese a la consagración de un modelo familiar único y excluyente, el concubinato nunca desapareció como realidad fáctica. Además, aunque se trate de argumentos frecuentemente expuestos por los colectivos de gays y lesbianas, o por quienes convienen en reconocer demandas de orden familiar a favor de estos colectivos, el matrimonio no fue siempre el prototipo de unión

verdaderamente libre. En la Europa del medioevo y de las monarquías fue un medio de alianzas para conservar el poder de los gobernantes (y distribuirse geográficamente el continente y las colonias) y, fuera de las relaciones de poder, las nupcias eran utilizadas como instrumento de consolidación de patrimonios sin importar los afectos de los contrayentes. La idea del amor como justificación aparece recién en el siglo XVIII, pero ello no desechó seguir recurriendo a la institución como una forma de crecimiento de las riquezas familiares⁵⁸, cuestión que, como es claro, no aplicaría a los descastados, al proletariado, diría Karl Marx. Asistimos, quiérase o no, a una etapa en la que se redimensiona los afectos -la *affectio maritalis*- como fundamento de la vida en común, exista o no vínculo conyugal.

La pretensión de querer englobar los sentimientos y las opciones raigalmente personales a los dogmas volcados en las normas no resiste el paso de los siglos ni es capaz de contener las mutaciones que se revelan en el plano sustancial, en la dimensión sociológica y en las convicciones colectivas. En un siglo recargado de demandas de libertad; en una fase histórica como la que hemos vivenciado en la última centuria, en la que se ha acentuado la vertiente individual de los sujetos, en la que el Estado y los organismos internacionales sancionaron instrumentos universales que se convirtieron en títulos de justificación o de plasmación de nuevos derechos y de mayores espacios de autonomía; en un inocultable período de transición que va de una sociedad que pretendió ser sometida a la consabida homogeneidad a una sociedad en la que se reconoce la diversidad, la necesidad de rescatar y respetar las culturas y los valores locales y regionales: el multiculturalismo; en un tiempo en que la postmodernidad implica las diferencias de opciones, de cosmovisión, de elección, de rechazo a la "uniformidad" con la que quiso arrasarse las

-
- (52) DEL DOTTO, *Sui rapporti patrimoniali tra conviventi more uxorio*, cit., p. 879. A estas alturas, creo que es del todo conveniente coincidir con GILDA FERRANDO, *Convivenze e modelli di disciplina*, en *Matrimonio, matrimonii*, a cura di Brunetta d'Usseaux, Francesca y D'Angelo, Antonino Giuffré, Milano, 2000, p. 302, y con gran parte de la doctrina italiana que ha abordado el tema de las uniones de hecho, cuando, contrariamente a lo que entienden los defensores a ultranza del modelo conyugal, tradicionalmente entendido como el único válido, que la llamada "desjuridización" o "privatización" del matrimonio debe ser entendida como un proceso que implica mayor autonomía al interior de la unión conyugal, mayores espacios para las decisiones de los propios interesados en lugar de definiciones heterónomas supuestamente más justas.
- (53) Me parecen fundamental las apreciaciones efectuadas en notable síntesis por ANA DE VITA, *Note per una comparazione*, en *Matrimonio, matrimonii*, a cura di Brunetta d'Usseaux, Francesca y D'Angelo, Antonino Giuffré, Milano, 2000, pp. 143 a 175, espec. p. 167., cuando señala que la "privatización" de la familia ha salvado el modelo (matrimonial) aunque destruya su unidad. En efecto, creo convenientemente que el rechazo a la rigidez institucional y el hecho de abrirle las puertas a la unión libre ha tenido como uno de los más importantes efectos (que suelen pasar por alto quienes ven el tema con malos ojos) el generar un favorable y conveniente clima de distensión en materia familiar que podría haber llegado a extremos impensables en desmedro de la institución matrimonial.
- (54) DEL DOTTO, *Sui rapporti patrimoniali tra conviventi more uxorio*, cit., p. 879.
- (55) LORENZETTI, *Teoría general del derecho de familia: el conflicto entre los incentivos individuales y grupales*, cit., p. 45.
- (56) LORENZETTI, *Teoría general del derecho de familia: el conflicto entre los incentivos individuales y grupales*, cit., p. 46.
- (57) LORENZETTI, *Teoría general del derecho de familia: el conflicto entre los incentivos individuales y grupales*, cit., p. 47.
- (58) MÉCARY, CAROLINE, y LEVOY-FORGEOT, FLORA, *Le Pacs*, Presses Universitaires de France, *Que sais-je?*, Paris, 2000, pp. 36-37.

invencibles divergencias; etc., resulta cuestionable seguir afirmando la existencia de un modelo familiar único e ignorar los cambios que la experiencia ha puesto ante nuestra mirada.

7. ¿Por qué no casarse?

Son muchos los factores que determinan a dos personas a vivir juntos sin casarse.

Quizá una de las principales razones sea el de no querer asumir el status de cónyuge con las consecuencias que ello implica: deberes, obligaciones, cargas, costos, etc.⁵⁹, por lo que termina siendo más llevadero, para muchos, vivir libre y voluntariamente sin necesidad de la imposición de tales deberes que se tendrán que respetar aun cuando haya desaparecido el afecto y que se afirma como el substrato de cualquier relación de convivencia, matrimonial o no. En algunos casos puede deberse a un serio cuestionamiento de la institucionalidad por implicar la reducción de los espacios de libertad que los concubinos quieren conservar, especialmente en cuanto a la forma en que organizarán la cohabitación o en lo que toca a la libertad para ponerle fin. Mayor rechazo proviene de quienes mantienen una posición ideológicamente contraria al matrimonio como institución caduca u obsoleta. Una suerte de aversión a tal tipo de vínculo.

Otra de las razones que motiva la elección de la unión de hecho viene dada por las limitaciones u obstáculos que pueden existir para alcanzar el divorcio. No falta razón a quienes señalan que evitar el matrimonio tiene relación directa con el modelo de separación y divorcio⁶⁰.

En relación con lo apenas señalado, podemos encontrar como una de las motivaciones para no contraer matrimonio el convivir maritalmente como una prueba antes de la decisión de enlazarse civilmente (evitar errores en la elección⁶¹) y no tener que atravesar por las peripecias del divorcio una vez que se descubra si la pareja es capaz de cohabitar y sostener una vida en común de afectos permanentes que resistan los avatares de toda convivencia.

En un sentido cercano se encuentran aquellas personas que, habiendo tenido una relación matrimonial de la cual "salieron", arrastran frustración o man-

tienen recuerdos no gratos del proceso de ruptura, especialmente cuando para ello debieron recurrir al juez para sostener una batalla de probanza de "culpas" a fin de obtener el divorcio y que, por tales motivos, prefieren no casarse otra vez.

No es extraño, por otro lado, que muchas uniones de hecho obedezcan a que uno de los miembros de la pareja no sea libre, es decir, que tenga impedimento matrimonial y que, aun cuando los concubinos deseen contraer nupcias, no puedan hacerlo. Esta situación quizá tienda a reducirse a raíz de la promulgación de la Ley N° 27945, Ley que incorpora la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y subsecuente divorcio, de reciente puesta en vigor. Para admitirse la ruptura de la convivencia como motivo legitimador para demandar el divorcio es necesario que se cumplan los plazos de dos años o de cuatro si hay hijos menores de edad y que el demandante acredite estar al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo. No debe pasarse por alto que aquel concubinato, generalmente llamado "impropio", recibe menos favores de la ley, según veremos.

También factores económicos pueden incidir sobre la constitución de una familia sin mediar matrimonio. Aunque parezca curioso decirlo, no deja de ser cierto que contraer nupcias tiene aparejado un costo que muchas personas no están dispuestas o en condiciones de asumirlo: publicaciones, exámenes médicos, la ceremonia (como "evento social"), etc.

No puede dejarse de lado la importancia de los factores culturales. Y en ello creo que nuestro país, como ningún otro, con excepción de Bolivia quizá, muestra una rica historia precolombina en torno al denominado *servinakuy* (palabra formada del vocablo castellano reducido *servi*, alusivo al servicio y del afijo *quechua nakuy*, que significa mancomunidad o participación). Si bien existe, como lo ha demostrado *Cornejo Chávez*⁶², una serie de interpretaciones de esta ancestral institución andina que van desde su concepción como matrimonio de prueba, matrimonio por compra o matrimonio indígena sin etapa convivencial previa a la unión, lo cierto es que se trata de una arraigada costumbre que ha sobrevivido al modelo oficial (primero al matrimonio-sacramento y luego al matrimonio-convención) y que, de alguna u otra forma, sobrevive en muchas zonas de la serranía o que, aun a pesar de que muchos lo nieguen,

(59) ASTONE, MARÍA, *Ancora sulla famiglia di fatto: evoluzione e prospettive*, cit., p. 1480.

(60) ROCA, ENCARNA, *Familia y cambio social (De la "casa" a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999, p. 128.

(61) DEL DOTTO, *Sui rapporti patrimoniali tra conviventi more uxorio*, cit., p. 881.

(62) CORNEJO CHÁVEZ, HÉCTOR, *El servinakuy*, en *Libro Homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilhem*, Cultural Cuzco, Lima, 1986, pp. 99 ss.

se ha infiltrado en las costumbres de los descendientes de los pobladores que migraron de los andes a las grandes ciudades e, incluso, a la capital. Lamentablemente, la diversidad de opiniones sobre sus alcances, así como la carencia de datos sobre las consecuencias que derivan de la unión que se produce a raíz del *servinakuy*, hacen, por ahora, poco posible darle una configuración propia al lado del matrimonio civil, dado que, a no ser que se lo quiera desfigurar, no se cuenta con suficiente información para darle un contenido propio que mantenga su esencia, pues ésta también es puesta en cuestión desde el momento mismo en que no se sabe a ciencia cierta si se trataba de una simple prueba o de una unión definitiva.

Los factores culturales en otras realidades tienen una traducción distinta a la apenas anotada. En los países postindustriales, en los que se percibe una mayor apertura al pluralismo, los nuevos tipos de familia conllevan la elección de un status diferenciado, de un estatus propio que no necesariamente coincide con el oficial; y exigen, como dice Carbonnier, que se reconozca "a cada familia su derecho".

No puede negarse que los factores culturales comprenden, incluso, la simple moda de convivir o de vivir "sin papeles", "libremente", "sin restricciones", muchas veces sin tomar conciencia del hecho de crear una familia.

8. Posibles sistemas legales para el concubinato

A pesar que para aquellos que se oponen a toda aproximación legal al concubinato les resulta muy cómodo reiterar las palabras condenatorias de Napoleón y, por ende, postulan una postura abstencionista, lo cierto es que tal argumento no resuelve ni aporta nada a "... la cuestión empírica de si realmente la voluntad de las parejas estables es mantenerse al margen de todos los efectos jurídicos del matrimonio, o si simplemente rechazan la forma de celebración o algunos de sus efectos. Defender que quienes no quieren (o no pueden) vincularse jurídicamente no tienen derecho a invocar, como medida de sus facultades y deberes, las reglas establecidas al vínculo mismo y a partir de él, no puede ser utilizado para negar toda tutela a los convivientes, sino única-

mente para rechazar determinadas pretensiones típicamente matrimoniales, y para preservar un amplio ámbito a la autodeterminación, respetando así el fundamento último de tales uniones que es el derecho al libre desarrollo de la personalidad"⁶³.

Como bien dice Martín Pérez, la tutela jurídica de las uniones libres se justifica, en primer lugar, por constituir una relación jurídica familiar, y como tal, ha de recibir protección social, jurídica y económica. Si bien no es una relación matrimonial, pero tampoco va en contra de las moral ni contra bonos mores, parece necesaria su tutela por tener una apariencia de matrimonio. En cualquier caso, las situaciones convivenciales exigen atención del derecho en la medida que cuando existe prolongada cohabitación se crea una serie de intereses dignos de tutela. Para este autor, la exigencia que se presenta no es tanto la de regular la relación en sí -creada al margen del derecho (*rectius*: del status de cónyuge)- como la de regular la situación jurídica de cada una de las partes que forman la unión y sus respectivos patrimonios. El que no exista matrimonio no significa que los intereses personales y patrimoniales de los concubinos no merezcan protección, tanto durante la convivencia como al momento de su ruptura⁶⁴.

Alguna vez, Pantaleón, siguiendo a Roppo, propuso una distinción sobre la base del objeto específico de las normas jurídicas: de un lado, aquellas destinadas a la regulación de la relación entre varón y mujer considerada en sí misma; de otro, las normas que no regulan la relación pero en cuyos supuestos de hecho tal relación aparece como relevante, como uno de los presupuestos de aplicación. Según señala, únicamente en este segundo grupo de normas se impone una clara equiparación entre uniones matrimoniales y convivenciales⁶⁵.

Martínez Rodríguez coincide cuando sostiene, con acierto, que en la actividad legislativa destaca un progresivo aumento del número de normas que contemplan la situación de la pareja no matrimonial. Son normas que regulan de manera fragmentaria y sólo en determinados aspectos en los que la unión no conyugal es un dato que la norma toma como supuesto de aplicación⁶⁶.

(63) MARTÍN PÉREZ, JOSÉ ANTONIO, Uniones de hecho: derechos sucesorios del conviviente supérstite, en *Uniones de hecho*, XI Jornades Jurídiques, J. M. Martinell y M^a T. Arecas Piñol (Eds.), Departament de Dret Privat, Facultat de Dret i Economia, Universitat de Lleida, 1998, en pp. 329 y 330.

(64) MARTÍN PÉREZ, Uniones de hecho: derechos sucesorios del conviviente supérstite, cit., p. 330.

(65) PANTALEÓN, FERNANDO, ¿Derechos sucesorios "ab intestato" del compañero o compañera en la Compilación del Derecho civil de Cataluña?, en *La reforma de la Compilació: el sistema sucesori*, Terceras Jornades de Dret Català a Tossa, Tossa del Mar, 1984, pp. 169.

(66) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, ¿Están los convivientes de hecho obligados a prestarse alimentos?, en *Uniones de hecho*, XI Jornades Jurídiques, J. M. Martinell y M^a T. Arecas Piñol (Eds.), Departament de Dret Privat, Facultat de Dret i Economia, Universitat de Lleida, 1998, en p. 345.

En una línea de pensamiento complementaria, Ferrando sostiene que una de las tendencias que viene afirmándose desde hace algún tiempo en diversas experiencias es aquella de disciplinar las uniones no formalizadas. De acuerdo al análisis agudo de esta autora italiana, es posible advertir tres modelos de disciplina⁶⁷.

En primer lugar, la ley puede considerar la convivencia como una mera situación de hecho y garantizarle una más o menos amplia parificación con la familia matrimonial. En este caso, sostiene Ferrando, se habla de sistema "presuntivo" o "no opcional" y se alude a la circunstancia que a las uniones convivenciales se les atribuye efectos independientemente de cualquier modalidad de formalización, siendo más bien necesario demostrar que la cohabitación efectivamente existe, y eventualmente su estabilidad por el transcurso de cierto tiempo o bien por el nacimiento de hijos. En sistemas de este tipo, los convivientes no tiene facultad de elección dado que la ley automáticamente asigne efectos a la unión, por lo general para asegurar a la parte débil protección económica que las partes no siempre prevén. Los interesados pueden limitar los efectos con pactos específicos. Este sistema existe, según Ferrando, en algunas legislaciones latinoamericanas (como Bolivia, Brasil, Costa Rica), en países como Canadá, Hungría, Israel o Sudáfrica, que contemplan un número más o menos amplio de derechos y obligaciones⁶⁸. Este sistema, que prescinde de la formalización de la convivencia, presenta beneficios y desventajas. Se presenta como más pragmático, inclusive cuando la parte más fuerte de la relación quiere sustraerse a todo tipo de control. Por lo general, se trata de un sistema que opera ex post y se actúa en la medida que se cumplan los requisitos que la ley exija (tiempo de convivencia, inexistencia de impedimentos matrimoniales, etc.). Pero, precisamente por tratarse de un régimen que prescinde de la elección hecha por las partes (pues se aplica de todos modos), surge la duda de si, en realidad, no atenta contra aquella libertad que quiso mantener la pareja, debido a que el derecho a no casarse debe ser protegido al igual que el derecho a casarse. Quizá por ello resulte menos polémico

regular situaciones específicas sin consagrar una disciplina al estilo de la que la se dispensa al matrimonio⁶⁹.

En un segundo sistema se requiere de cierta formalidad como el registro ante una autoridad pública. En este caso tiene suma importancia la elección hecha por los interesados pues se precisa de una solicitud expresa, pudiendo tener efectos limitados (como en Bélgica o en Francia con el Pacte civil de solidarité o PACS⁷⁰) o una equiparación casi completa con el matrimonio (como en Dinamarca, Suecia, Noruega, Holanda)⁷¹.

El registro o inmatriculación tiene la ventaja de aportar certeza. Simplifica la prueba de la convivencia y la atribución de derechos y deberes a los concubinos. Además, protege la libertad de elección, dado que sólo quien así lo desea registra el acuerdo de convivencia. Pero no resuelve el problema de las parejas que carecen de la inscripción de los pactos que hubieren celebrado⁷².

En otros sistemas, como en la experiencia norteamericana, priman los acuerdos entre los convivientes como una forma de homenaje o respeto a la autonomía que prevalece en esa realidad. Los acuerdos tienen plena validez y eficacia como cualquier pacto de naturaleza económica, con prescindencia de su registro en alguna entidad oficial⁷³. Aunque la autora señala que ello ocurre con el PACS en Francia, discrepamos de esta inclusión, pues en esta ley francesa existe un mínimo de derechos indisponibles, como se ha sostenido por dos autoras galas que han estudiado dicha norma⁷⁴.

Bastante cercanas a Ferrando, Dora Martinic y Graciela Weinstein resumen las opciones de tratamiento de las uniones libres en tres: 1) regularlas legislativamente; 2) entregar a los interesados la opción de regular la relación mediante pactos; y 3) dejar a los jueces la solución de los conflictos⁷⁵.

El panameño Ulises Pittí también advierte la elección entre tres sistemas: a) el de la penalización de las uniones de hecho (en proceso de retirada); b) el de reconocimiento directo de plenos efectos legales al concu-

(67) FERRANDO, GILDA, *Convivenze e modelli di disciplina*, cit., pp. 308 ss.

(68) FERRANDO, *Convivenze e modelli di disciplina*, p. 308.

(69) FERRANDO, *Convivenze e modelli di disciplina*, pp. 312 y 313.

(70) Amplio desarrollo de esta ley en MÉCARY, y LEVOY-FORGEOT, *Le Pacs*, antes citado.

(71) FERRANDO, *Convivenze e modelli di disciplina*, cit., p. 309.

(72) FERRANDO, *Convivenze e modelli di disciplina*, p. 312.

(73) FERRANDO, *Convivenze e modelli di disciplina*, p. 309.

(74) Por MÉCARY, y LEVOY-FORGEOT, *Le Pacs*, cit., pp. 64 ss.

(75) MARTINIC, DORA y WEINSTEIN, GRACIELA, *Nuevas tendencias de las uniones conyugales de hecho*, en *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, (Aída Kemelmajer de Carlucci, Coordinadora), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, Tomo III, 2000, p. 110.

binato; y c) la aplicación analógica de las normas del matrimonio⁷⁶.

A su turno, Navarro-Valls, conspicuo canonista contrario a la admisión de la regulación de las uniones de hecho por considerarla una institución "sombra" del matrimonio, y por estimar que la mayor aceptación de la cohabitación debilitaría la familia legítima, se pregunta si al concubinato se debe conceder determinados efectos o más bien se debe optar por una regulación orgánica. La pregunta que se formula el canonista deriva de la constatación que realiza de lo que denomina una situación "esquizofrénica" en la que, por un lado, se atribuyen a las uniones libres una serie de efectos de manera asistemática, sin conexión alguna y proveniente, más bien, del caos de la jurisprudencia, mientras que, por otro lado, se niega un estatuto orgánico a las convivencias paramatrimoniales.

Para este autor español, la tendencia a juridificar las uniones libres es una paradoja típica de la sociedad burocratizada, ávida de irmatriculaciones, que corre el riesgo de conculcar la libertad de quienes no quisieron quedar sujetos a la ley al evitar el matrimonio (el "non droit comme choix individuel"). Pero la paradoja existe pues son los interesados los que ahora piden la intervención del derecho⁷⁸. Para Navarro-Valls, la regulación orgánica supondría una doble desnaturalización: la de la propia unión libre al hacer perder libertad a los concubinos y, por otro lado, la dilusión de la familia matrimonial al equipararse a ésta la convivencia *more uxorio*. Por ello sostiene, que al no existir una vinculación como la del matrimonio, que implica fidelidad y socorro mutuo, comunidad de por vida, es mejor desplazar el marco jurídico del concubinato al derecho de obligaciones y aplicar figuras como la acción de enriquecimiento indebido, la *soluti retentio*, la gestión de negocios, la responsabilidad por acto ilícito, etc., lo cual se justifica -en su opinión- por la diversidad de tipología de la unión de hecho y por su precariedad, que no la hace merecedora de una institucionalización⁷⁹. Lamentablemente para este egregio canonista, la tendencia es contraria a su parecer.

La pretensión de querer aplicar a las uniones de hecho normas provistas por el propio ordenamiento jurídico para situaciones no familiares como las mencionadas por Navarro-Valls, obedece a varias razones. Para

los abstencionistas o para aquellos que prefieren evitar a toda costa una regulación orgánica del concubinato, diría que se trata de una actitud derivada de su rechazo o bien de la vieja creencia de la plenitud hermética de cualquier sistema legal, capaz de arbitrar soluciones normativas para todo hecho aun cuando no hubiere sido imaginado por el propio legislador y bajo el pretexto de mantener incólume el ordenamiento cubriendo o colmando las lagunas posibles de advertir. En segundo término, y siempre desde la postura de los opositores, el desviar el curso de las soluciones adecuadas que exigen las demandas sociales provenientes de conglomerados como los constituidos por las familias no matrimoniales, supone una forma encubierta de seguir condenando al exilio a los concubinatos por no encuadrar en el esquema de la familia legítima. Bajo el argumento de la libertad y del primado de la autonomía privada (que, sin embargo, luego es criticada severamente) en las relaciones entre convivientes, se arguye que se trata de un terreno que debe ser acotado por normas relacionadas con figuras como la sociedad de hecho, la gestión de negocios, enriquecimiento sin causa, etc., pero que en ningún caso se justifica la extensión o la aplicación analógica de normas creadas para las uniones matrimoniales. Desde esta perspectiva, que niega el acceso a normas de naturaleza familiar a las parejas estables no casadas, aquellos que recusan la liberalidad de tales uniones terminan admitiendo el acceso al derecho únicamente a las provincias de matiz patrimonial como aquellas que acabo de mencionar.

No imagino cómo es posible identificar una familia no matrimonial con una sociedad de hecho, ya sea civil o comercial, en la que los bienes y el esfuerzo de cada uno de ellos se identifiquen con aportes y los propios convivientes como socios; no entiendo cómo se igualaría los fines de una unión libre (comunidad de vida, de metas, de proyectos, de afectos) con los objetivos perseguidos por los socios de una sociedad, que no son otra cosa que réditos, ganancias, utilidades. Sólo un esfuerzo dialéctico permitiría encontrar rasgos sustancialmente idénticos o similares⁸⁰.

Sin embargo, y desde una óptica contraria, también puede justificarse que, en el pasado, e inclusive en los sistemas legales que evitan conceder mayores espacios a las uniones paraconyugales, tales figuras (sociedad de hecho, enriquecimiento sin causa, responsabili-

(76) PITTÍ G., ULISES, Las uniones de hecho (Sus nuevos paradigmas), en El derecho de familia y los nuevos paradigmas, (Aída Kemelmajer de Carlucci, Coordinadora), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2000, Tomo III, pp. 209 a 215.

(77) NAVARRO-VALLS, RAFAEL, Matrimonio y derecho, cit., pp. 84 ss.

(78) Como lo advierte PALAZZANI, LAURA, La familia "di fatto" è giustificabile giuridicamente?, cit., pp. 246-247.

(79) NAVARRO-VALLS, Matrimonio y derecho, pp. 82-89.

(80) Igual estupor muestran CORNEJO CHÁVEZ, Derecho familiar peruano, cit., p. 68 y SILVEIRA RAMOS, Familia sem casamento: de relação existencial de fato a realidade jurídica, cit., pp. 90 y 91.

dad extracontractual, etc.) han sido utilizadas por los Tribunales para intentar proteger al miembro menos favorecido de la relación, ante la deliberada ausencia de normas para las parejas no casadas por decisión del legislador⁸¹.

Actualmente se acentúa, cada vez con mayor definición, la tendencia de perfilar un régimen ad hoc para las uniones de hecho, especialmente para los casos de crisis y cuando asoma la ruptura sin que medie acuerdo de los convivientes sobre las consecuencias de la misma. Y, en un grado de menor reformulación, también es posible advertir que, cuando no existe una disciplina orgánicamente concebida para la convivencia more coniugali, se intenta conferir determinados derechos a los concubinos que son reservados al matrimonio pero sin tomar a éste como fundamento sino, antes al contrario, evaluando las razones mismas de un derecho específico y la conveniencia o justicia de hacerlo extensivo a uno o a los dos miembros de la pareja estable. Técnica que, en mi concepto, resulta extremadamente aguda y que dejaría incólume la protección del matrimonio.

En rigor, y tal como acabamos de reseñar, existen diversas soluciones. La elección, como es claro, depende no sólo de la aceptación del legislador para ofrecer una disciplina propia o la concesión de algunos derechos a las parejas no casadas, sino, por sobre todo, de la forma en que se entienda el fenómeno y de la proclividad a dar mayor relieve a los aspectos personales antes que a los patrimoniales, o viceversa, o bien comprendiendo ambos matices.

Pese a ello, permanece latente la duda expresada por casi todos aquellos que abordan el tema en el sentido de si una regulación prolija o una intervención pública acaso no terminará asfixiando de leyes a quienes deliberadamente han huido de su aplicación reservándose espacios de autonomía que no existen en el régimen matrimonial que en no pocos casos se aplica de modo extensivo o por analogía al concubinato⁸². Y, como se ha señalado, quizá relevando la actitud rebelde y reticente de quienes escapan a la imposición de un status, siempre existirán parejas "más libres" que decidirán autoexcluirse también del marco jurídico establecido para las uniones de hecho⁸³.

9. Razones para regular jurídicamente las situaciones convivenciales

En cualquier caso, creo que como fenómeno social, las uniones de hecho, hoy en día, tan igual como ocurre con el matrimonio, crean situaciones familiares⁸⁴ que deben ser atendidas por el derecho. Nadie duda que las relaciones con los hijos nacidos de la convivencia no conyugal se encuentran plenamente "juridificadas", pero el tema que concita mayor preocupación es el de la regulación de las relaciones, derechos y obligaciones de los convivientes entre sí, cuando no la protección que se debe a los terceros que, confiando en la apariencia matrimonial, entablan algún tipo de vinculación jurídica con los concubinos sin que la ley les provea de soluciones adecuadas. Quizá este sea uno de los puntos más problemáticos en los sistemas legales que carecen de todo tipo de pronunciamiento o que, aun teniéndolo, no se han sumado a la euforia de los países escandinavos (que se repite en la experiencia francesa) de querer registrar las uniones convivenciales con el propósito de darles certeza, no sólo para protección de los propios convivientes sino también de los terceros.

A lo apenas dicho creo que debe sumarse que las uniones de hecho han mostrado ser, como lo dice la frondosa legislación autonómica española sobre parejas estables, situaciones convivenciales de afectividad análoga al matrimonio, comunidades de vida, de metas, de proyectos, de asistencia y socorro mutuos, aun sin imposición de dicho deber ope legis. Muchas familias tienen su origen en un concubinato y sus miembros invierten en ellas sin importarles la existencia de un lazo de orden legal para asumir voluntariamente una serie de deberes, inclusive de solidaridad, de fidelidad y entrega recíprocas; en suma, estamos ante comunidades de afecto en las que todo se comparte: los ingresos, los afectos, el esfuerzo, la crianza de los hijos, la adquisición de los bienes materiales instrumentales que permiten una vida digna, etc.

A ello se añade que el desconocimiento legal de las uniones libres puede favorecer la irresponsabilidad paterna, o bien contribuir a someter a los más débiles, particularmente en el régimen económico y, en las relaciones personales, cuando hay maltrato y violencia

(81) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, ¿Están los convivientes de hecho obligados a prestarse alimentos?, cit., p. 348.

(82) DE VITA, Note per una comparazione, cit., p. 171.

(83) GONZÁLEZ MORENO, Uniones de hecho y derecho a la adopción, cit., p. 294.

(84) SILVEIRA RAMOS, Família sem casamento: de relação existencial de fato a realidade jurídica, cit., p. 40, señala que la "família sem casamento" es una situación de hecho que envuelve una realidad socio-afectiva que aflora espontáneamente en el mundo real, engendrando relaciones de tipo familiar. Para esta autora, la familia informal, como formación socio-jurídica, existe en función de la realización de exigencias humanas, implicando un espacio de solidaridad y colaboración mutuas tanto en el plano afectivo como en el material, incluido el patrimonial.

intrafamiliar. Por ello, no cabe el silencio legislativo para desconocer uniones que se sustentan en principios de solidaridad, igualdad, unidad, justicia y equidad⁸⁵.

Por supuesto que no podemos pasar por alto que la mayor duda mostrada por todos los que han abordado el tema: el no querer traicionar la elección libre de los concubinos que han querido evitar no sólo la formalidad sino también el estatuto que la ley contempla para el matrimonio. Duda que, al ser absuelta, implicará una toma de posición respecto de qué régimen aplicar al concubinato, si es esa la necesidad que se discute, ya sea en caso de vacío legal o cuando las normas que se refieren a aquel resultan insuficientes.

Algunos son partidarios de dejar todo a la autonomía privada, sin que ello signifique abandonar al conviviente débil al arbitrio del más fuerte. En tal perspectiva, se afirma como necesario tener confianza y, al mismo tiempo, revalorizar la autorresponsabilidad de cada cual, tomar conciencia en el sentido de asumir un nuevo tipo de temperamento ante las relaciones de convivencia que vea en la libertad de elección de vivir como pareja una manifestación y reivindicación de una ansiada (y obtenida con sumo esfuerzo) igualdad de sexos. Por ello, se alega la ilegitimidad de una aplicación por vía analógica de la normativa matrimonial. Para quienes profesan esta solución: "...la autonomía privada se presenta como el único instrumento jurídico capaz de garantizar una tutela más eficaz e incisiva, de carácter preventivo, al conviviente more uxorio, en un momento en el cual en el campo del derecho de familia se asiste al resurgimiento del instrumento negocial"⁸⁶. Debe quedar claro, en cualquier caso, que en esta posición lo que se discute es la reglamentación de los intereses patrimoniales entre concubinos.

Otros dudan sobre si, ante cualquier posible invasión que cercene la libertad de elección de la pareja estable, no sea mejor mantener la protección recurriendo a las tradicionales figuras que pertenecen al derecho de las obligaciones u otras ramas, sobre todo para tutelar intereses de orden patrimonial⁸⁷. Aun así, aquellos

que evidencian su hesitación y que no descartan la aplicación de estos remedios, no dejan de reconocer que las exigencias que son satisfechas por las uniones de hecho paraconyugales, inclusive similares a las que se colman por medio de las instituciones familiares tradicionales, se colocan, en realidad, en otro plano, igualmente digno de respeto y de garantía contra el abuso, la mala fe, el maltrato. Y es en el plano de la tutela de la persona en cuanto tal, en el que el sistema debe asegurar su desarrollo, las condiciones de igualdad económica y social. Es el plano en el que debe primar el valor de la solidaridad, como ha ocurrido con la legislación previsional, social y laboral que en no pocos países integran a los convivientes a los beneficios otrora reservados únicamente a los cónyuges. Lo mismo ocurre con algunas figuras civiles (sucesión en la locación, resarcimiento de daños, etc., que luego veremos), que demuestra que lo que está en juego es el reconocimiento de derechos o intereses fundamentales para la persona⁸⁸. A diferencia de Del Dotto que libra a la autonomía privada las decisiones sobre los intereses patrimoniales, De Vita, como

“Actualmente se acentúa, cada vez con mayor definición, la tendencia a perfilar un régimen ad hoc para las uniones de hecho, especialmente para los casos de crisis y cuando asome la ruptura sin que medie acuerdo de los convivientes sobre las consecuencias de la mismas.

es claro, parece poner mayor acento en los aspectos personales o en los derechos personales que la ley debería reconocer a los concubinos. Quizá resulte conveniente integrar, en cualquier intento de regular situaciones convivenciales no matrimoniales, ambos planos, el personal y el pa-

trimonial, sobre todo teniendo cuenta que la libertad de elección para vivir fuera del estatuto matrimonial que se reconoce a los concubinos no debe estar privada de cierto control en caso de ejercicio abusivo de dicha libertad⁸⁹, especialmente al momento de la terminación de la unión de hecho.

Como bien se ha señalado, una eventual intervención legislativa no podrá tener, sin más, carácter sectorial y permisivo, debiendo, al contrario, apuntar a garantizar adecuadamente en el ámbito de las diversas relaciones (entre los convivientes, entre éstos y el ordenamiento y entre los concubinos y terceros) la actuación de intereses y valores considerados imprescindibles en el actual ordenamiento de las relaciones familiares tal como resulta también del nuevo derecho de familia: la

(85) Según concluye PITTÍ, Las uniones de hecho (Sus nuevos paradigmas), cit., p. 210.

(86) DEL DOTTO, Sui rapporti patrimoniali tra conviventi more uxorio, cit., p. 882.

(87) DE VITA, Note per una comparazione, cit., p. 172.

(88) DE VITA, Note per una comparazione, cit., pp. 172 y 173.

(89) FERRANDO, Convivenze e modelli di disciplina, p. 314.

realización de principios de igualdad y de paridad entre los convivientes bajo el perfil personal, económico y patrimonial, cuando no en el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad humana y social previstos para el desarrollo y la promoción de la persona⁹⁰.

Quiero hacer más las apreciaciones agudas y acertadas del jurista uruguayo, Gustavo Ordoqui, cuando señala que:

"En la tendencia a equiparar consecuencias jurídicas, que es la que se advierte en nuestro medio, [se refiere a la realidad, doctrina y jurisprudencia orientales] no se desprestigia la institución familiar, sino que, por el contrario, se consolida en la medida en que las consecuencias jurídicas vendrán marcadas por la realidad de la vida y no por el cumplimiento de las formas.

"Todos los que conviven de determinada forma deben o deberían asumir las mismas responsabilidades. Éste es el aspecto medular de nuestro tema.

"Las soluciones vienen por el lado de la "asimilación" y no por el enfrentamiento.

"Lo grave sería habilitar la vía de la irresponsabilidad, permitiendo que quienes mantienen una relación more uxorio lo puedan hacer sin asumir responsabilidades, tanto respecto de su pareja como de sus hijos.

"En realidad, el Derecho no puede obligar a vivir juntos a tal persona con tal otra, sino que lo que puede hacer es regular las consecuencias de sus actos cuando en los hechos se constituyó una familia"⁹¹.

No se requiere mayor y mejor argumentación.

9 bis. Razones para regular jurídicamente las situaciones convivenciales (continuación)

Consideración aparte merece la posición del Profesor Ignacio Arechederra, cuyo trabajo inspiró el título de estas líneas dedicadas a la unión de hecho, especial-

mente por el derroche de conocimiento, de historia y de sarcasmo que contiene.

En un trabajo editado en el año 1995⁹², Arechederra sostiene que la Iglesia tardó bastante en proscribir, por medio del Decreto Tametsi del Concilio de Trento, el llamado matrimonio clandestino que hasta entonces coexistía con el religioso. Según entiende, la razón de la demora es tan consistente como la actual: la enorme consideración que tanto en el mundo eclesiástico como en el civil había adquirido la voluntad constitutiva de las personas implicadas en aquello que acordaban. La clandestinidad contaba con un poderoso aliado. Indica que la experiencia acumulada a través de siglos permitió que un principio organizativo -la forma-compartiese con el consentimiento la vis constitutiva.

Para el Profesor español hay instituciones jurídicas que se explican desde los fines que persiguen, desde lo que, con mayor o menor acierto, se denomina naturaleza jurídica, o, por último, desde su régimen de nulidad o disolución. El matrimonio civil -apunta- que es una cosa de dos, parece haber perdido una teleología precisa. Alega que su privatización (se refiere, en mi opinión, a su secularización) probablemente provenga de haber trasladado la institución de un ámbito de fines y funciones transpersonales a una fórmula de convivencia y complementariedad; a lo cual añade que adentrarse en el tema de su naturaleza jurídica es tortuoso e inútil⁹³.

Dice Arechederra que el régimen de nulidad puede dar cuenta de la contextura técnica del matrimonio, pero que lo que realmente aporta algo a la comprensión tal como hoy se lo concibe es la regulación del divorcio. Pese a que se refiere a la reforma sobre divorcio en España, que tuvo la misma finalidad que la Ley N° 27945, Ley que incorpora la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y subsecuente divorcio, promulgada en el Perú el año 2001, señala que el divorcio (basado en causas objetivas) se estructura sobre un dato de la experiencia: el cese efectivo de la convivencia conyugal. La virtualidad disolutiva de dicho dato -anota-se

(90) ASTONE, MARÍA, Ancora sulla famiglia di fatto: evoluzione e prospettive, cit., p. 1479.

(91) ORDOQUI, GUSTAVO, Matrimonio de hecho en la jurisprudencia uruguayo, en *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, (Aída Kemelmajer de Carlucci, Coordinadora), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, Tomo III, 2000, p. 159

(92) ARECHEDERRA, IGNACIO, El matrimonio informal (Nadie puede querer, lo que realmente quiere, sin quererlo), en *Diez años del Código civil peruano, Balance y perspectivas*, Universidad de Lima - W.G. Editor, 1995, pp. 449 ss.

(93) ARECHEDERRA, El matrimonio informal (Nadie puede querer, lo que realmente quiere, sin quererlo), cit., p. 450.

organiza combinándola con el factor tiempo. De allí deriva como consecuencia que el sólo cese de la convivencia conlleva a la disolución del matrimonio⁹⁴.

Para Arechederra si la ausencia de affectio maritalis disuelve el matrimonio, quiere decir que dicha affectio maritalis es la que lo sustenta⁹⁵. A ello es a lo que se refiere cuando señala que el matrimonio se entiende desde el divorcio. Añade que, evolucionando a lo largo del tiempo hemos llegado a un punto verdaderamente originario: el matrimonio como una situación de hecho. Ciertamente -indica el autor- el comienzo no es fáctico, es ceremonial (desde el siglo XVI). Si ello es simplemente así, no entiende por qué dar tantas vueltas al tema de las uniones de hecho. Para Arechederra: "Esas uniones de hecho son matrimonios"⁹⁶. ¿Cómo van a ser matrimonios si no hay casamiento?. Afirma que desde Trento no somos capaces de disociar matrimonio de celebración matrimonial, "... pero ello no supone que las vidas informalmente no sean matrimonios" y que "... discernir qué es y qué no es matrimonio es algo que permanece a la naturaleza de las cosas. No al legislador, ni tampoco a los que se unen informalmente". Sostiene, al efecto, que cuando dos personas deciden vivir juntos de forma estable, tendencialmente perpetua o indefinidamente, y la situación es notoria, están matrimonialmente unidos.

Agrega que, con respecto a los unidos en pareja "...se dice, con la óptica viciada de las uniones de hecho, que lo que quieren es la ausencia de toda norma. Y que, por consiguiente, si el legislador reglamentase donde los contrayentes no quieren ninguna regla, estaría infringiendo una voluntad que acaso constituye o es expresión de unos derechos de la personalidad"; a lo cual responde que "... Acerca de esto, conviene señalar -y mal le pese a Napoleón y su famosa frase- que a los humanos nos ha sido dado el constituirnos al margen de la legislación, pero no al margen del Derecho. Lo primero es posible y frecuente desde Caín. Lo segundo es sencillamente imposible. Pretender que entre dos convivientes, además de una corriente afectiva, no se da una comunicación jurídica, no incluso, sino sobre todo de orden personal es una memez. Memez a la que son más proclives las mentes jurídicamente trajinadas, auténticos odres viejos"⁹⁷.

A partir de esa crítica, Arechederra acota que "...esa comunicación es matrimonial porque la expresión de la misma es matrimonial. De aquí el subtítulo de estas líneas. Nadie puede querer, lo que realmente quiere, sin quererlo. Esta errática pretensión es la que se nos quiere vender a través de la noción de uniones de hecho..." [] "... porque desde el momento en que se dan todas las exigencias necesarias y toda la riqueza humana que permita calificar, con una óptica natural tal situación como matrimonial, no hay unión de hecho sino un auténtico matrimonio". Añade el jurista español, "... que para una mentalidad neopagana el encuentro heterosexual humano estable es matrimonio" [] "... el hecho de que nuestras pobres y mezquinas mentes razonen con el pie forzado del matrimonio como celebración constituye nuestra propia incapacidad para ver, constituye nuestro problema"⁹⁸.

Explica el jurista que, sin embargo, existe un problema de mayor entidad: la sociedad no tiene que desdecirse de lo que ha logrado, de sus conquistas culturales: entre ellas, así sea por la senda de la Iglesia, el matrimonio que tiene un acto constitutivo del que todos tienen noticia, entre otras cosas porque los propios contrayentes así lo quieren y es conveniente para la organización social. En este hecho ve Arechederra el planteamiento de un problema de la relación naturaleza - cultura y se pregunta si esta última puede imponerse, anotando que de hecho así lo hace pues la cultura presenta lo natural con unos parámetros que fluctúan en el tiempo.

No resisto a transcribir lo que señala seguidamente: "Cosa distinta -dice- es que la naturaleza cambie. De ahí que cuando se habla de que crece el número de uniones de hecho, de rechazo del matrimonio, lo que se nos indica es cómo presenta hoy la cultura la naturaleza. Y, al menos para mi una cosa es clara, dicha presentación no es contra "natura" aunque sí contra ley. Pero como el soporte de la ley es cultural, nos encontramos con que la cultura le hace higa a la ley. De ahí que desde una óptica matrimonial quien se encuentra en cuestión, sometido a sospecha, no es la así llamada unión de hecho, sino el matrimonio según el padrón legal. Y a esto no hay quien le vuelva la espalda. El problema no es qué hacemos con las uniones de hecho; el problema es, crecientemente, qué hacemos con el matrimonio le-

(94) ARECHEDERRA, El matrimonio informal (Nadie puede querer, lo que realmente quiere, sin quererlo), cit., pp. 450 y 451.

(95) Como dice TALAVERA FERNÁNDEZ, PEDRO A., Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España, Dickinson, Madrid, 1999, p. 46, la affectio maritalis supone algo más que un sentimiento de afecto recíproco entre compañeros y algo menos que un vínculo matrimonial; consiste en una voluntad específica de establecer una relación íntima y estable de pareja, compartiendo vida y bienes.

(96) ARECHEDERRA, El matrimonio informal (Nadie puede querer, lo que realmente quiere, sin quererlo), cit., p. 452.

(97) ARECHEDERRA, El matrimonio informal (Nadie puede querer, lo que realmente quiere, sin quererlo), cit., p. 452.

(98) ARECHEDERRA, El matrimonio informal (Nadie puede querer, lo que realmente quiere, sin quererlo), cit., p. 453.

gal en el que no creen las "folklóricas" (Isabel Pantoja, Rocío Jurado⁹⁹). El matrimonio-sacramento y el matrimonio informal son las dos versiones culturalmente vigentes de matrimonio. Lo demás son "papeles". Muy respetables, por cierto, pero que tienen un público un tanto singular. Si para el creyente no hay otra unión matrimonial que la que se contrae ante Dios, para la mentalidad neopagana -culturalmente hegemónica- el matrimonio es una realidad natural que ni se enfrenta a nada, ni pretende marginarse respecto de algo. Hay una tercera opción entre lo sagrado y lo natural: la actitud agnósticamente cívica. He aquí la clientela del matrimonio civil formal. En mi opinión, una actitud con escaso futuro. Pero encaramelada en el poder. Por ejemplo, en el Tribunal Constitucional. Recientemente¹⁰⁰, como intérprete de la Constitución y servidor de la legalidad ha tratado de que comprendamos algo que resulta difícil aceptar. En su sentencia de 28 de febrero de 1994 considera constitucionalmente correcto discurrir el concepto de viuda a partir de la formalización o no de la relación afectiva. De ese modo no considera viuda a quien convivió con el difunto desde 1934 hasta el 5 de octubre de 1989. Según esto una convivencia informal durante cincuenta y cinco años, que muestra tanto fidelidad como convicciones (anarquismo) carece de la consistencia matrimonial que se reconocería, por ejemplo, a la tercera secuencia matrimonial de Isabel Preisler¹⁰¹.

En suma, para el ilustre Profesor español, el matrimonio se define por la *affectio maritalis*, más allá de la ceremonia; es una vivencia, es un compromiso que quieren los que deciden vivir juntos, de manera estable. Como él mismo dice, tendencialmente perpetua.

Ello nos hace pensar, sin duda, que quienes deciden convivir maritalmente no se juntan para separarse o para ordenar su fácil salida huyendo del matrimonio. Es posible que el costo del proceso de salida de una relación matrimonial, tanto en términos económicos como humanos, no deje de ser importante. Pero creo que nadie se junta pensando en cómo liquidar la relación en la que se embarca; simple y llanamente se embarca, compromete sus afectos, sus esfuerzos y cree en la aventura que ha emprendido compartiéndola ante los demás no como una ceremonia, pero sí como una sentida vivencia a la que da notoriedad, publicidad, a veces haciendo gala de vivir bajo el mismo techo con la persona que es

destinataria de sus afectos. Y en esa apuesta se cree, las más de las veces, sin importar los papeles; papeles que son, como dice el jurista de origen vasco, importantes, pero no determinantes.

No puedo dejar de mencionar que también es posible interpretar la posición de Arechederra como una crítica feroz al matrimonio civil como secularización del matrimonio sacramento; pero creo que no se agota en ello. Quien quiere vivir como casado, sin estar casado, se siente casado, aun cuando al ponerse al margen de la ley matrimonial ésta no lo considere como tal y, por ello, con esa persistente negativa, le facilite un menos traumático proceso de ruptura; con lo cual, si queremos ponderar bien las cosas, por lo que son y no por lo que diga la ley o una ceremonia generalmente aburrida, la propia ley, al ignorar a los concubinos, propicia discusiones, problemas, diferencias enojosas y hasta abusos.

No se trata, por cierto, de querer tirar por la borda, como bien dice el Profesor español, conquistas culturales como el matrimonio. Lo que se trata es de descubrir si las invenciones humanas pueden ocultar la realidad de las cosas. O, si queremos darle la vuelta a la relación naturaleza - cultura, si en verdad no nos damos cuenta que las costumbres o incluso las modas también son invenciones humanas y, como tal, también culturales. En ese caso, la negativa a dar espacio a los matrimonios informales parece, pues, responder a una actitud que pretende "congelar" el tiempo y las creaciones culturales de otra época en las normas que considera más cómodas a su mentalidad, dejando de lado toda posible transformación de aquellas nuevas creaciones por no encajar en las leyes que, quizá también por el poco esfuerzo que se pone a las cosas nuevas, se defienden por la pereza de no cuestionarlas o por temor a perder piso, seguridad, amigos y la reputación que muchos se ganan abogando por una legalidad que ni siquiera terminan de entender.

10. Requisitos de la unión de hecho

Creo que es importante definir a qué unión de hecho nos estamos refiriendo, pues como ha sido señalado por diversos autores, existen variadas formas de convivencia¹⁰².

(99) Se refiere a dos conocidas cantantes españolas que han declarado no creer en el matrimonio.

(100) Téngase en cuenta que el artículo se escribió en 1995.

(101) ARECHEDERRA, El matrimonio informal (Nadie puede querer, lo que realmente quiere, sin quererlo), cit., pp. 453 y 454. Isabel Preisler fue esposa del cantante Julio Iglesias, que tras su divorcio, volvió a casarse y andaba en problemas maritales con su segundo esposo. No tengo información sobre si se divorció por segunda vez, pero así lo da a entender el autor.

(102) Así, DEL DOTTO, Sui rapporti patrimoniali tra conviventi more uxorio, cit., p. 880; GONZÁLEZ MORENO, Uniones de hecho y derecho a la adopción, cit., p. 273; BORGONOVO, OSCAR, El concubinato en la legislación y en la jurisprudencia, Hammurabi, Buenos Aires, 1987. pp. 25, 27, 37 y 47.

Para ello resulta ineludible referirnos a nuestro marco constitucional y legal, pues el ordenamiento peruano contiene una delimitación interesante. Así, el artículo 5 de la Constitución de 1993 establece 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"

Por su parte, el artículo 326 del Código civil reza:

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

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

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

Tratándose de una unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado

tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido".

Ambas normas son de enorme gravitación. De ellas se desprende, en primer término, que:

- a) La unión debe ser voluntaria, es decir, debe surgir de la espontaneidad, conocimiento y libre albedrío de las partes¹⁰³; no cabe, no es posible pensar en una convivencia forzada. Es en esta decisión en la que se revela el *affectio maritalis* aunque voluntad y afectos sean distintos (pero claramente complementarios).
- b) Además, debe ser una unión entre un hombre y una mujer, es decir, debe tratarse de una unión heterosexual, quedando descartadas las parejas homosexuales¹⁰⁴.
- c) Cuando ambas normas se refieren a "un" varón y a "una" mujer aluden a la exigencia de la singularidad, de la exclusividad o monogamia, que se traduce en el deber de fidelidad entre los convivientes, que muchos se niegan a concebir para los concubinos bajo la excusa (o denuncia) de que se trata de uniones libres. Por ello, no es posible que se mantenga varias relaciones a la vez, aun cuando todos los involucrados carezcan de impedimentos matrimoniales¹⁰⁵.
- d) Cuando se hace referencia a la estabilidad o permanencia, se entiende que la pareja debe tener una comunidad de vida estable y duradera. En el caso de la ley peruana, es claro que se exige un plazo mínimo de dos años. Pero debe tratarse de un lapso de dos años ininterrumpidos; la unión no puede ser sostenida -se ha dicho- de forma

(103) MANGIONE MURO, MIRTA H., Concubinato, FAS, Rosario, 1999, p. 19.

(104) BIGIO CHREM, JACK, El concubinato en el Código civil de 1984, en Libro Homenaje a Carlos Rodríguez Pastor, Cultural Cuzco, Lima, 1992; FLÁVIO ALVES MARTINS, O casamento e outras formas de constituição da família, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001, p. 151; MANGIONE MURO, Concubinato, cit., p. 19; MARTINIC y WEINSTEIN, Nuevas tendencias de las uniones conyugales de hecho, cit., p. 113; RUBIO CORREA, MARCIAL, Estudio de la Constitución Política de 1993, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 54 (refiriéndose a la Constitución); VEGA MERE, La eclosión de las legislaciones protectivas de las uniones homosexuales, cit., pp. 259 a 261.

(105) MARTINIC y WEINSTEIN, Nuevas tendencias de las uniones conyugales de hecho, cit., pp. 116 y 117 se preguntan qué ocurriría con dos cónyuges que se encuentran separados de hecho y que, simultáneamente, cada uno por su lado, mantienen una unión estable, duradera, monogámica, con una persona distinta. Para estas autoras chilenas tal hecho debe ser reconocido por el derecho y debe considerarse que el requisito de la monogamia (como patrón de la cultura judeocristiana occidental) debe entenderse satisfecho.

(106) ALAGNA, SERGIO, Famiglia di fatto e famiglia di diritto a confronto: spunti in tema di rapporti bancari, en Il Diritto di famiglia e delle persone, 2001, fasc. 1, Giuffrè, Milano, p. 287; LÓPEZ HERRERA, FRANCISCO, Estudios sobre derecho de familia, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1998, p. 107 ss.; PITTÍ, Las uniones de hecho (Sus nuevos paradigmas), cit., p. 207.

interrumpida, ni los dos años pueden ser producto de la acumulación de períodos discontinuos¹⁰⁷.

- e) La estabilidad implica, de suyo, compartir un techo común y además cohabitar¹⁰⁸, es decir, vivir maritalmente como pareja, tener vida sexual. Como dice Beatriz González, debe haber "...existencia efectiva de relación sexual", para añadir luego que, dado que estas uniones constituyen una relación de afectividad análoga a la conyugal, cuando no hay hogar común no hay concubinato, quedando excluidas por la ausencia de dicho requisito las uniones esporádicas o circunstanciales, las homosexuales, las de los transexuales, las adulterinas, las de los mal llamados matrimonios a prueba¹⁰⁹... , debiendo seguir la misma suerte aquellas situaciones en las que no se comparte una vida en común y sólo se comparte el lecho los fines de semana o de modo infrecuente. Así lo ha resuelto, además, la Corte Suprema mediante sentencia del 30 de enero de 1998, al señalar que hay concubinato cuando un varón y una mujer hagan vida de casados sin ser tales, siempre que exista carácter de permanencia o habitualidad, aunque calla sobre otros requisitos. Por ello, consideró que, en el caso materia de casación en el que se discutía la atribución de paternidad al demandado, no bastó que la demandada y el emplazado sostuvieran relaciones sexuales en forma esporádica en dos hoteles y que luego optaran por convivir cuando la actora resultó embarazada. Igual sentido tuvo la sentencia de la misma Corte de fecha 19 de mayo de 1994, en la cual se señaló que, en todo caso, el concubinato en la época de la concepción es uno de los supuestos para establecer la filiación extramatrimonial, de acuerdo al inciso 3 del artículo 402 del Código civil. En este fallo, a diferencia de la sentencia citada, se hace referencia al requisito de la notoriedad, al igual que en la sentencia de la misma Corte, del 22 de julio de 1996, en la que se alude a los requisitos de permanencia, notoriedad y singularidad.
- f) Los miembros de la pareja, además, deben encontrarse libres de impedimento matrimonial. Le asiste razón a Bigio cuando señala que, en este

sentido, no basta que no sean casados, pues este autor entiende que resultan aplicables los artículos 241 y 242 del Código civil que regulan los impedimentos absolutos y relativos, respectivamente, para contraer matrimonio¹¹⁰.

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 menor.

- g) La convivencia, sin embargo, no se "realiza y mantiene" (en palabras poco técnicas del Código civil) para tener sexo, compartir techo y nada más. Es indispensable que la unión cumpla deberes semejantes a los del matrimonio, lo cual "... implica que el comportamiento de la pareja deberá ceñirse a las pautas generales que el Código Civil señala respecto de las relaciones personales entre los cónyuges"¹¹¹.
- h) Debe ser una unión notoria, pública, cognoscible por los terceros; de allí que la propia norma civil haga referencia a la "posesión de estado". No debe ser oculta, clandestina, pues ello podría denotar que la situación de los convivientes podría encontrarse al margen de tales exigencias.
- i) Es evidente que las uniones libres, por ser tales, carecen de las formalidades que se requieren para la celebración del matrimonio. Los concubinos asumen una relación de manera voluntaria, y así la sostienen, sin recurrir a autoridad alguna, especialmente en nuestro medio en el que, a diferencia de las legislaciones escandinavas o de las que se inspiran en ellas (como Francia, Alemania y algunas autonómicas de España), no existen registros para las convivencia more coniugali.
- No es requisito el que la pareja tenga hijos, aunque sea un indicio de convivencia o de relaciones maritales.

(107) BIGIO CHREM, El concubinato en el Código civil de 1984, cit., pp. 155 y 156.

(108) Así, MANGIONE MURO, Concubinato, cit., p. 20. Para MARTINIC y WEINSTEIN, Nuevas tendencias de las uniones conyugales de hecho, cit., pp. 114 y 115 basta con que cohabiten aunque no vivan bajo el mismo techo; criterio que no compartimos, pues una situación de ese tipo no implica una verdadera comunidad de vida.

(109) GONZÁLEZ MORENO, Uniones de hecho y derecho a la adopción, cit., p. 273.

(110) BIGIO CHREM, El concubinato en el Código civil de 1984, cit., p. 155.

(111) BIGIO CHREM, El concubinato en el Código civil de 1984, cit., p. 155.

Pese a todo, aun cuando la convivencia presente los caracteres antes indicados, ella no genera estado civil distinto al que tengan los concubinos.

Cuando no se cumplen con los requisitos antes señalados se acostumbra a señalar que nos encontramos ante un concubinato "impropio", aunque no falta quien, con agudeza, señale que también podría considerarse como "forzosa" la convivencia en la que uno o los dos miembros tienen ligamen nupcial anterior del cual no pueden desprenderse¹¹², muchas veces por razones ajenas a su propia intención.

El cumplimiento de tales exigencias, por lo demás, pese a la exigua regulación que tiene la unión de hecho en nuestro medio, resulta de particular interés (de la lectura del texto se desprende que la ley exige estabilidad por dos años, singularidad o exclusividad, notoriedad, comunidad de techo y de lecho, cumplimiento de fines similares al matrimonio, heterosexualidad y ausencia de impedimentos, dándose por entendido que se trata de uniones que carecen de formalidad¹¹³), pues la no observancia de alguno o algunos de ellos tendrá notables diferencias en cuanto a los efectos que la norma reconocerá a los llamados concubinatos impropios o imperfectos.

Es cierto, por otro lado, que el Código no castiga de manera directa al concubinato adulterino en el sentido de asignarle efectos perjudiciales a la relación convivencial en sí misma, pero podría servir de justificación para el cónyuge a fin de poder demandar la disolución del matrimonio por causal, con las consecuencias que la ley prevé en contra del comúnmente calificado como cónyuge culpable dentro de las normas del divorcio-sanción que coexisten con la reciente modificación que introduce el divorcio por el cese efectivo de la convivencia y siempre que no se hubiere cumplido el plazo de caducidad establecido por el artículo 339 del Código civil para fundar la acción en el adulterio.

11. La regulación de la convivencia en el Código civil

Pese a que el legislador no ha tenido como intención instaurar un régimen de protección al concubinato, pues más bien su "ideal" es lograr su paulatina disminu-

ción y eventual desaparición (que quedará en simples deseos si se revisan las estadísticas), y no crear un matrimonio de segunda clase¹¹⁴, el artículo 326 del Código civil reconoce algunos efectos al concubinato "propio" o "perfecto", es decir, a aquel que satisface las notas referidas en el numeral anterior, que conviene explicar para tener una idea clara de los alcances de su regulación civil¹¹⁵.

a) Relaciones personales entre los convivientes. ¿Se deben alimentos los concubinos durante la convivencia?

El mismo legislador, que fue reticente y retrechero con las familias no conyugales, no pudo evitar reconocer que las parejas no casadas se unen para forjar una comunidad de vida, desde el momento mismo en que el artículo 326 del Código civil señala que la unión de hecho se decide para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio.

Por ello, Bigio considera que el comportamiento de la pareja deberá ceñirse a las pautas generales que el Código señala respecto de las relaciones personales entre los cónyuges. Ello implicará, en línea de principio, fidelidad y asistencia mutuas (artículo 288); especialmente lo primero, dado que es usual perfilar la figura sobre la base de la exclusividad o monogamia.

Se ha dicho, siempre con relación al matrimonio, que en el estatuto previsto para éste, la indicación de los deberes principales entre los cónyuges, es decir, la consagración de standars compartidos por la comunidad globalmente considerada, en temas de solidaridad, asistencia, fidelidad, protección, responsabilidad social, etc., tiene un valor simbólico profundo y constructivo. Y que, la objeción derivada de lo que acontece en la práctica, que traiciona el modelo, y por tanto amenaza de ineffectividad las indicaciones del orden jurídico, no es determinante. Aquello que vale en tales órdenes -asegura- es la "potencialidad", la actitud que puede devenir fuerza reguladora de la generalidad y de la normalidad de las relaciones intersubjetivas. Si ello es así en el matrimonio, extender este tipo de deberes a la unión libre complica el panorama por atentar contra la reinvindicación de autonomía que se manifiesta en ésta¹¹⁶.

(112) BORGONOVO, OSCAR, El concubinato en la legislación y en la jurisprudencia, cit., p. 37
 (113) También se refiere a los requisitos de comunidad de techo y lecho, singularidad, permanencia y ausencia de impedimentos PLÁCIDO, ALEX, Regímenes patrimoniales del matrimonio y de las uniones de hecho, Gaceta Jurídica, Lima, 1992, pp. 378 a 381.
 (114) CORNEJO CHÁVEZ, Derecho familiar peruano, cit., pp. 66 y 67.
 (115) Efectos que se justifican excepcionalmente para no fomentarlas, como dicen MAX ARIAS SCHREIBER PEZET, ANGELA ARIAS SCHREIBER MONTERO y ALEX PLÁCIDO V., Exégesis del Código civil peruano de 1984, Tomo VII, Derecho de Familia, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, pp. 263 y 264.
 (116) DE VITA, Note per una comparazione, cit., pp. 170 y 171.

Discrepo abiertamente de tal apreciación. Nada obsta, en mi concepto, a que los convivientes esperen e incluso (aun sin mandato legal expreso) se exijan fidelidad, independientemente de que la violación de la misma no sea causa de disolución de la unión dado que no se confiere al concubino ofendido ninguna acción sobre el particular, inclusive si decidiera dar por concluida la cohabitación aun a costa de perder los derechos que la ley reconoce al conviviente que ha sido abandonado. Más allá de esta constatación, me parece saludable que entre quienes comparten una vida sin estar casados sea deseable un comportamiento ceñido a la lealtad, a la exclusividad, a la monogamia. Generalmente se cree que este tipo de conductas sólo son posibles en el matrimonio y no en las familias de hecho bajo el insólito argumento que la libertad para ponerle fin relaja los patrones de conducta que se espera de la pareja.

En esta misma orientación, cabe preguntarse si los concubinos se encuentran "obligados" a hacer vida en común en el hogar de hecho que han constituido, tal como se exige a los cónyuges por mandato del artículo 289. Detengámonos un momento sobre este tópico.

Tengamos en cuenta que la obligación de vivir bajo un mismo techo no sólo conlleva convivir en la misma casa, sino también cumplir (así se dice) el débito conyugal (sexual)¹¹⁷.

Con agudez, Trazegnies se ha preguntado si el derecho puede obtener con todos los medios a su alcance que las obligaciones extrapatrimoniales de los cónyuges se cumplan. En referencia a la prestación sexual recíproca, advierte que los conflictos que se suscitan parecen imposibles de dirimir mediante un juicio. Comenta que en los Estados Unidos los jueces han creído inconveniente que el derecho ingrese a ese campo de las relaciones humanas¹¹⁸.

Siempre, con referencia a los cónyuges, el Profesor Arechederra se interroga si los esposos están obligados a vivir juntos. Según la ley, sí, añade. Sin embargo, anota que para la cultura actual dicha exigencia resulta extraña, pues el matrimonio no implica sometimiento a un imperativo categórico. Por otro lado, anota que los comportamientos familiares son difícilmente reconducibles a las categorías jurídicas usuales. No deja de comentar que el incumplimiento de dicha obligación se estrella contra la sustancia del matrimonio¹¹⁹.

Si trasladásemos, *mutatis mutandi*, estas apreciaciones a la convivencia marital sin nupcias, podríamos pensar, del mismo modo, que ese deber de cohabitación, aun siendo incoercible (nadie se imagina a la esposa o a la conviviente ante un Tribunal pidiendo el cumplimiento del débito sexual del consorte) por encontrarse ligado con la libertad de la persona, tiene un trasfondo irrefutable y fundamental: la *affectio maritalis*, especialmente en su dimensión interna (antes que externa, pero que tampoco es despreciable), es decir, más que la rigurosa observancia de un mandato legal (a todas luces de un alto grado de ineffectividad en su actuación judicial) traduce la decisión de vivir como una familia verdadera, que no sólo comparte afectos e ilusiones sino también la coexistencia diaria, con todo lo que ello implica. Si partimos desde esta óptica, no encuentro ningún inconveniente para hacer extensible el artículo 289 -en su primer enunciado, únicamente- al concubinato.

El artículo 290 presenta menos resistencia en cuanto a su aplicación. Los concubinos tienen el derecho y el deber de participar en el gobierno del hogar de hecho que han conformado, así como decidir el lugar en el que residirán y decidir los temas atinentes a la economía del hogar. Si los cónyuges se encuentran en la posibilidad de elegir entre diversos regímenes patrimoniales (inclusive viviendo bajo un régimen de separación de bienes, administrando cada cual sus bienes) y ello no obsta a que participen en la economía de la casa, no existe ninguna objeción para que los convivientes determinen de modo conjunto lo que más les convenga en este terreno.

El artículo 291 requiere de cierta matización. De acuerdo con su primer párrafo, si uno de los cónyuges se dedica exclusivamente al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos, la obligación de sostener a la familia recae sobre el otro, sin perjuicio de la ayuda y colaboración que ambos cónyuges se deben en uno y otro campo. Dejo a un lado el segundo párrafo que más bien abordaremos al momento de analizar las consecuencias de la terminación de la unión paramatrimonial.

Creo que tanto en las familias matrimoniales como en aquellas parejas no pasadas, ni siquiera cuando existe acuerdo de separación de patrimonios, no se acostumbra a estipularse nada sobre la contribución de cada cual al hogar; mucho menos en lo que respecta al

(117) ARIAS SCHREIBER, MAX, ARIAS SCHREIBER, ANGELA y PLÁCIDO, ALEX., *Exégesis del Código civil peruano de 1984*, Tomo VII, cit., p. 170.

(118) DE TRAZEGNIES GRANDA, FERNANDO, *La familia, ¿un espejismo jurídico?*, cit., p. 38.

(119) ARECHEDERRA, *El matrimonio informal (Nadie puede querer, lo que realmente quiere, sin quererlo)*, cit., p. 451.

cuidado de los hijos. Sería un trato extraño, al menos para una realidad como la nuestra. Pero esta ausencia de pactos se ve suplida por el comportamiento de los consortes, pues es claro que si uno de ellos deja el mercado laboral (y deja de producir para dicho mercado), a de fin de dedicarse al trabajo del hogar (y dedicarse a la producción familiar en palabras de Posner), quien percibirá ingresos será aquel que labore fuera de la casa. Es elemental deducir, de ello, que el presupuesto, las necesidades y los gastos tendrán que ser atendidos con tales ingresos. Además, el que la pareja se dedique a las tareas del hogar no constituye un trabajo improductivo. Antes al contrario, quien permanece en la casa aportará su trabajo (aunque no sea remunerado, pero tiene un valor concreto: ya sea el precio que se tendría que pagar a alguien que venga de fuera, el precio de aquello a lo que renuncia a seguir haciendo fuera del hogar quien se ocupa de éste, inclusive dejando a un lado el desarrollo profesional y de mantenerse apto para enfrentar la competencia del mercado laboral pues la labor doméstica lo desengancha y desactualiza).

Creo que el sostenimiento por parte de quien trabaja fuera del hogar responde a la interrogante de si los concubinos se deben alimentos durante la convivencia. Y es que, como bien se ha observado, esta cuestión se plantea normalmente a la extinción de la unión de hecho pues durante la convivencia la asistencia recíproca se producirá de modo espontáneo¹²⁰. Y es que, como dice Martínez Rodríguez, es más conveniente hablar de un deber de sostenimiento entre los convivientes en lugar de un deber de alimentos, siendo, inclusive, el primero, un deber más amplio que el de la obligación alimentaria.

Debido a la pobreza del Código se puede dudar sobre la exigibilidad del deber de asistencia y, más precisamente, del deber alimentario. Creo, inclusive, que el propio Código genera esta duda que podría derivar en una absurda doble contradicción.

En efecto, si los concubinos establecen una relación marital estable, no encuentro escollo para entender

que la pareja se debe asistencia (como ocurre en Brasil gracias a la Ley N° 9.278, de 10 de mayo de 1996) en la medida que su relación se forja para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, como dice el propio artículo 326. Y el socorro mutuo es uno de dichos deberes. Pero si nos detenemos a analizar el caso concreto y particular del deber alimentario, es probable que lleguemos a la primera de las contradicciones a las cuales me refería, pues dado que no existe norma o mandato especial, la conclusión es que los concubinos no están obligados a prestarse alimentos mientras conviven. Además, tampoco se encuentran comprendidos entre los obligados en el numeral 474 del Código. Sin embargo, si ellos lo han pactado de manera expresa, esos pactos son fuentes válidas de obligaciones sin más límites que los impuestos a la autonomía privada¹²¹, ya sea durante o después de la cohabitación¹²². Y en ello soy terco en reconocer la absoluta admisibilidad de estos acuerdos, pues no son, en nada, contrarios al orden público.

El problema se plantea cuando no hay pacto.

Pese a que el legislador no ha tenido como intención instaurar un régimen de protección al concubinato, pues más bien su ideal es lograr su paulatina disminución (...), el artículo 326 de código civil reconoce algunos efectos al concubinato "propio" o "perfecto"

Sobre el particular, el Tribunal Supremo de España, mediante fallos del 21 de octubre de 1992, 18 de febrero de 1993 y 11 de octubre de 1994, ha tomado en cuenta no sólo el acuerdo expreso sino también aquellos hechos concluyentes que inequívocamente evidencian la voluntad de asumir la obligación

alimentaria. Posiblemente se basó en el hecho mismo de la convivencia, que no bastará en algunos casos en el que los convivientes no han querido llegar a acuerdos que serían impuestos por medio de presunciones. Por ello, se ha sugerido que además de la vida en común sino se debe evaluar la forma en que ésta se ha desarrollado, ya sea porque uno de ellos asumió voluntariamente los gastos y el otro se dedicó sólo al hogar, o se dedicó a apoyar a quien trabaja fuera del hogar abandonado un puesto en el mercado laboral, etc¹²³. Es posible que para muchos ello no baste y que, ante la carencia de una norma en concreto, se señale que podrá haber deber de asistencia mas no obligación alimentaria. A ello nos conduce la parquedad del Código.

(120) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, ¿Están los convivientes de hecho obligados a prestarse alimentos?, cit., p. 348.

(121) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, ¿Están los convivientes de hecho obligados a prestarse alimentos?, cit., p. 349.

(122) PÉREZ UREÑA, Uniones de hecho: estudio práctico de sus efectos civiles, cit., p. 92. Este autor, sin embargo, equipara el deber de asistencia con el deber alimentario.

La segunda contradicción que advierto, y que abordaré líneas abajo, es que la propia ley reconoce alimentos en caso de conclusión de la unión paramatrimonial cuando termina por la decisión unilateral de uno de los consortes, que abandona al otro.

En una curiosa sentencia de nuestra Corte Suprema del 7 de junio 1993, se señala que el cese de la unión de hecho no sólo consiste en la terminación de la convivencia bajo un mismo techo sino, aun si ésta persiste, cuando uno de los concubinos se sustrae intencional y deliberadamente a las obligaciones emergentes de la unión de hecho. La Corte señala que, de acuerdo al artículo 326 del Código, la decisión unilateral de uno de los convivientes de terminar la unión faculta al juez a conceder, a elección del abandonado, una indemnización o una pensión de alimentos. En el caso resuelto la demandante exigía que el demandado la acudiera con una pensión alimenticia por haber terminado la unión de hecho de más de treinta años ininterrumpidos. El demandado, al salir a juicio, sostuvo que no era verdad que la unión hubiere cesado por cuanto seguía viviendo junto a la actora, en el mismo inmueble. Frente a tal alegación, la Corte entendió que debía considerarse como cesación de la unión la sustracción de los deberes emergentes de la misma (que no precisa, en nada) por parte de uno de los convivientes al margen que siguieran viviendo juntos y que nada le impedía señalar una pensión fija y permanente (sic) no obstante que el demandado pudiera estar acudiendo con una suma de dinero que resultaba exigua para subvenir las necesidades del otro. La Corte falló que el demandado asistiera a la actora con una pensión alimenticia adelantada del veinte por ciento de su haber líquido.

Esta sentencia contiene una serie de aspectos que vale la pena analizar. En primer lugar, el Supremo Tribunal alude a "deberes emergentes" de la unión de hecho que no detalla. Si quisiéramos forzar una interpretación no cabría otra que entender que se refiere a la asistencia recíproca que se deben los convivientes, a los cuales hemos considerado aplicable el artículo 288 del Código civil. En segundo lugar, si la Corte hubiera tenido en cuenta que la asistencia constituye un deber de mayor cobertura que la obligación alimentaria, podría haber condenado al conviviente al pago de tal pensión sin incurrir en la ficción de dar por terminada la unión de hecho. El artículo 326 no autoriza a incluir como cese de un concubinato el que uno de los miembros de

la pareja se sustraiga a sus deberes. Simple y llanamente, atendiendo al comportamiento que había observado el demandado por más de treinta años, debió derivar que el deber de asistencia que asumió voluntariamente había sido incumplido a partir de un cierto momento, pero debió deducir de tal comportamiento que su voluntad fue hacerse cargo de la situación económica de la actora y, por ende, obligarlo al cumplimiento del tanto veces mencionado deber de socorro. Pero como su fallo concluye en la fijación de una pensión alimenticia, no pudo escapar al condicionamiento impuesto por el artículo 474 que no sanciona la prestación alimentaria para los convivientes more uxorio. A fin de encontrar una solución, que se amparase en el propio artículo 326, decidió considerar terminada la unión de hecho aun cuando siguiera habiendo comunidad de techo y no sabemos si de lecho, pero dudamos que existiese a esas alturas.

Estas son las soluciones forzadas a las que obliga las flagrantes limitaciones del régimen legal del concubinato. En mi concepto bastaba sustentar la decisión en el artículo 288, aunque con ello resultará evidente que llegaríamos a la conclusión contraria que acabamos de sostener líneas arriba, pues entonces los concubinos sí se deberán alimentos en caso que no exista cese de la cohabitación pero se desatienda el deber de solidaridad que resulta exigible, como lo hace el hoy reformado Código de la Familia de Costa Rica (el mismo que dispone, desde 1995, que los concubinos se deben alimentos una vez que es reconocida judicialmente la unión de hecho).

Regresando al tema de otros debres de naturaleza personal, aparece como problemática la aplicación de los artículos 292 y 294 a las parejas estables no casadas. Todo parece inducir a la imposibilidad de extenderla a los concubinos, pues al carecer de estado civil y del reconocimiento del que goza el matrimonio no podríamos predicar una representación como la que plantea la primera de las normas citadas, aunque por cierto el numeral 294 sí podría ser aplicable sólo en lo que atañe a la conducción (no así a la representación) del hogar.

La primera parte del artículo 293 es del todo extensible, excluyendo la intervención del juez en caso no exista acuerdo entre los miembros de la pareja respecto del trabajo de uno de ellos.

(123) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, ¿Están los convivientes de hecho obligados a prestarse alimentos?, cit., pp. 350 y 351.

b) Las relaciones patrimoniales: la posibilidad de acuerdos privados entre los concubinos

A partir de la Constitución de 1979, se reconoce que la unión de hecho genera una sociedad de bienes (así la calificó el artículo 9 de dicha Constitución) entre los convivientes, que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable. La misma previsión proviene del artículo 326 del Código civil. La actual Constitución, en cambio, se refiere a una comunidad de bienes (calificación más adecuada según Cornejo¹²⁴).

A raíz de esta disposición, quienes se han ocupado del tema consideran que, cumplidos los requisitos que a ley exige al concubinato, se entiende configurada ipso iure esa sociedad (comunidad) de bienes. Además, se señala unánimemente que los convivientes no pueden acogerse al régimen de separación de patrimonios, por cuanto el artículo 326 no dejaría opción para ello, por lo que el régimen patrimonial aplicable y obligatorio es el de la sociedad de gananciales. Sólo los cónyuges pueden optar por uno u otro régimen¹²⁵. Pero para ello es necesario que transcurran los dos años exigidos por la ley, pues si no serán aplicables las normas sobre la copropiedad¹²⁶. Además, se sostiene que, una vez que surja tal comunidad de bienes, a la cual sean aplicables las reglas de la sociedad de gananciales (sin que se convierta en sociedad de gananciales), los concubinos no pueden variar de régimen patrimonial¹²⁷.

Discrepo abiertamente de esta apreciación, aun cuando resulte unánime la posición contraria. Para ello, parto de la premisa de la inexistencia de prohibición sobre los pactos que pueden celebrar los convivientes para regular sus relaciones patrimoniales. Simple y llanamente la norma se aplica de manera supletoria en ausencia de pacto específico y sólo en ese momento (cumplidos los requisitos de la unión de hecho) los bienes se presumirán comunes.

Los pactos patrimoniales entre concubinos, que tienen como fin garantizar recíprocamente los aspectos económicos de la convivencia, resultan ser válidos¹²⁸. Nada nos indica que ellos sean nulos o inválidos.

Si descendemos a aquello que podría ser el contenido de tales convenios podríamos incluir los acuerdos sobre la obligación recíproca de contribuir a la necesidad del menaje familiar, la puesta a disposición de los bienes que sean de uno o de ambos, la puesta a disposición de la propia capacidad laboral y los réditos que genere o la contribución que derive del trabajo doméstico¹²⁹, la adquisición conjunta de bienes o la adquisición separada, sin desatender las necesidades del hogar. Incluso, no veo inconveniente para que se pacte la asistencia económica en caso de estado de necesidad por encontrarse la pareja imposibilitada de generar ingresos¹³⁰, aun después de la conclusión de la unión. También pueden estipularse reglas para la administración de los bienes o sobre el uso de la casa común cuando no exista más comunidad de techo¹³¹.

A estos acuerdos se pueden añadir estipulaciones sobre los bienes que se adquirirán como comunes y que así serán publicitados ante terceros. El problema, en todo caso, es que tal acuerdo tendría que ser incluido en cualquier contrato que se celebre con terceros para que pueda ser eficaz dado que, como es obvio, las convivencias no se inscriben en ningún registro, o bien se podría convenir que si uno transfiere su cuota el otro queda obligado a hacerlo con la propia¹³², siempre que no se derive de ello un abuso. Por lo demás, aun cuando se adquiera de manera conjunta y se publicite así en un registro específico (en la medida que el bien acceda a un registro, claro está), dado que la cohabitación no genera estado civil oponible (e inscrito), es claro que cualquiera de los miembros de la pareja podría vender su cuota, con lo cual se hace inútil predicar que, cumplidos los requisitos del concubinato, se protegerá a los concubinos aplicando el régimen de la sociedad de ga-

(124) CORNEJO CHÁVEZ, Derecho familiar peruano, cit., pp. 72 y 73. En idéntico sentido, PLÁCIDO, ALEX, Regímenes patrimoniales del matrimonio y de las uniones de hecho, cit., p. 45.

(125) Así, ARIAS SCHREIBER PEZET, MAX, El derecho de familia y los contratos, en La familia en el derecho peruano, Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992, p. 272; ARIAS SCHREIBER, MAX, ARIAS SCHREIBER, ANGELA y PLÁCIDO, ALEX., Exégesis del Código civil peruano de 1984, Tomo VII, cit., p. 264; BIGIO CHREM, El concubinato en el Código civil de 1984, cit., pp. 156 y 157; PLÁCIDO, Regímenes patrimoniales del matrimonio y de las uniones de hecho, cit., p. 386.

(126) PLÁCIDO, Regímenes patrimoniales del matrimonio y de las uniones de hecho, cit., p. 386.

(127) PLÁCIDO, Regímenes patrimoniales del matrimonio y de las uniones de hecho, cit., p. 387; quien da cuenta que la misma solución ha sido observada por el Tribunal Registral de la Oficina de Lima y Callao mediante Resolución N° 343-98-ORLC/TR del 30 de setiembre de 1999.

(128) DEL DOTTO, Sui rapporti patrimoniali tra conviventi more uxorio, cit., p. 889.

(129) DEL DOTTO, Sui rapporti patrimoniali tra conviventi more uxorio, cit., p. 891.

(130) DEL DOTTO, Sui rapporti patrimoniali tra conviventi more uxorio, cit., p. 892.

(131) DEL DOTTO, Sui rapporti patrimoniali tra conviventi more uxorio, cit., p. 896.

(132) DEL DOTTO, Sui rapporti patrimoniali tra conviventi more uxorio, cit., p. 895.

nanciales y el artículo 315 del Código. ¿Cómo puede saber un tercero que los propietarios son consortes si en su título de adquisición (ni tampoco en la información registral) aparecen como casados? Todo parece indicar una de dos cosas: o bien el artículo 315 no tendrá efectividad y, por ende, el conviviente afectado tendrá que reclamar una indemnización, o bien se hace necesario modificar el sistema legal y registral para dar adecuada publicidad. Hasta la fecha el numeral citado resulta, a todas luces, inoperante, inútil. Es claro que un adquirente de buena fe se verá protegido por el artículo 948 en el caso de bienes muebles o por el numeral 2014 en el caso de inmuebles. ¿De qué sirvió pregonar la aplicación del régimen de la sociedad de gananciales si nada garantiza a los propios convivientes sus derechos patrimoniales? Por tal razón, mientras no se encuentra acreditada (o publicitada) la convivencia, serán improductivas las acciones que pueda seguir uno de los convivientes cuando un tercero agreda los bienes que figuran sólo a nombre de uno de ellos y el otro pretende ejercer una acción de tercería o de nulidad de disposición de los bienes comunes. Baste ver lo resuelto por la Corte Suprema mediante fallos de 12 de setiembre de 1996, 4 de junio de 1998 y 10 de marzo de 1999, en los que el Tribunal exigió que los demandantes debieron hacer reconocer en un proceso previo la existencia de la unión para poder ejercer sus reclamos ante terceros. Es notorio que urge una reforma legislativa para eliminar la desprotección que se advierte, inclusive, en la jurisprudencia.

Es claro que los pactos a los cuales aludo (compañados de una complementaria reforma del sistema de publicidad, cuando ello sea posible si se quieren hacer oponibles a terceros) se presentan como una mejor solución a la aplicación de un régimen legislativo¹³³ que pretende ser asfixiante. Se trataría, sin duda, de contratos atípicos¹³⁴ que posiblemente resolverían mejor las controversias patrimoniales entre los interesados por permitirles organizarse de manera adecuada y anticipada. Y que no se diga que no es conveniente ampararse en la doctrina italiana bajo el argumento de que, en Italia, al no existir normas para el concubinato, ha tenido que ser la Corte de Casación la que admita los pactos, mientras que en el Perú sí hay legislación al respecto. También son admitidos por el Supremo Tribunal en España¹³⁵. Lo que sostengo es que no veo impedimento, ni ilicitud ni inmoralidad, para dar cabida a estos acuer-

dos. ¿Qué lo prohíbe? ¿Una interpretación excesivamente literal del artículo 326 del Código? La sociedad de gananciales como régimen debería ser supletorio¹³⁶. Es la tendencia; así ocurrió en Francia con el PACS, en las algunas legislaciones autonómicas de España o en Bélgica.

En esta misma línea, considero admisible que los concubinos puedan sustituir o apartar la aplicación, en cuanto sea posible, del régimen de la comunidad de bienes, para lo cual podrían otorgar un documento en el cual den cuenta de aquellos bienes que adquirieron y estipular la forma en que liquidarán tal comunidad, los bienes que se atribuyen a cada cual, la manera en que se atenderán las deudas contraídas en interés común, etc.

c) Efectos adicionales derivados de la disolución: Admisibilidad de los pactos de liquidación. La liquidación por obra del juez. La indemnización y la extraña concesión de alimentos

Hace poco nos referíamos a las inconsistencias derivadas de la pobreza del régimen legal del concubinato en lo que atañe a las obligaciones alimentarias. Ahora trataremos de explicarlas con referencia al caso de la terminación del matrimonio informal.

El artículo 326 del Código dispone que la unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso -añade- el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de la sociedad de gananciales.

Comencemos por lo menos complejo. Si la unión de hecho termina por muerte (natural, cerebral o presunta), el tema parece no crear mayores problemas, salvo que el conviviente no tendrá derechos sobre la herencia del consorte difunto. Si, en cambio, concluye por decisión acordada, es previsible que los interesados pongan fin al régimen de comunidad de bienes que la ley les impone. Y me pregunto ¿puede ponerse fin a tal comunidad, a la cual se le aplica, en cuanto sea posible, el régimen de la sociedad de gananciales, por acuerdo privado, sin intervención del juez?. Evidentemente la res-

(133) ASTONE, Ancora sulla famiglia di fatto: evoluzione e prospettive, cit., p. 1485; FERRANDO, Convivenze e modelli di disciplina, pp. 305 y 316-317.

(134) ASTONE, Ancora sulla famiglia di fatto: evoluzione e prospettive, cit., 1487.

(135) PÉREZ UREÑA, Uniones de hecho: estudio práctico de sus efectos civiles, cit., p. 72.

(136) FERRANDO, Convivenze e modelli di disciplina, cit., pp. 317 y 318.

puesta es afirmativa y ello confirma el aserto de la plena admisibilidad de los pactos sobre el régimen económico.

En segundo término, es claro que la disolución que no se encuentra regulada por pactos ad hoc deberá seguir la suerte de la liquidación de la sociedad de gananciales en los aspectos patrimoniales. Es de esperarse que, si no existe acuerdo, las partes interesadas en reclamar alguna participación en los bienes adquiridos durante la convivencia deberán aportar las pruebas (no sólo del concubinato, que veremos después) de su contribución a la adquisición de tales bienes. Tal contribución, por lo demás, no implica siempre y necesariamente acreditar la entrega de dinero (que es la mejor prueba) para tal o cual compra o inversión. También deben valorarse aspectos como la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar y crianza de los hijos, su renuncia a participar en el mercado laboral y oportunidades de desarrollo profesional y personal como una prueba de la contribución al esfuerzo común, al ahorro o a dejar al consorte en la posibilidad de que se dedique a labores fuera de la casa. La entrega al trabajo doméstico es valiosa por sí misma. No descarto casos en los cuales se acredite que los aportes respondan a proporciones no idénticas, en cuyo caso el juez deberá evaluar las variantes que he comentado, de modo complementario.

Si no existen mayores pautas que den lugar a que el juez establezca cuotas de participación diversa, es claro que los bienes adquiridos (en ausencia de pactos, por cierto) serán reputados como adjudicarles a cada conviviente en una proporción similar. Así lo ha resuelto la Corte Suprema mediante sentencia del 21 de mayo de 1998, fallo en el cual el Tribunal, en un caso de cese por decisión unilateral de unos de los convivientes, decidió reconocer que a cada concubino correspondía la mitad del inmueble adquirido durante la convivencia. Sin embargo, no se debe olvidar que para ello las Cortes Superiores, mediante acuerdo N° 8 del Pleno Jurisdiccional de Familia del año 1998, entienden que previamente a la liquidación debe encontrarse acreditada (en previo proceso) la convivencia¹³⁷.

Por otro lado, retomando el artículo 291, en lo que respecta a su segundo párrafo, es evidente que si se pretendiera hacer extensivo a la unión de hecho, se advierte la carencia de justificación, pues si uno de los convivientes abandona sin razón el hogar común concluye la convivencia y se liquidarán los bienes comunes, que es la misma solución que se debe seguir en caso se pretenda aplicar el artículo 324 del Código civil¹³⁸.

Mayor dificultad presenta la solución prevista en el numeral 326 cuando la cohabitación cesa por decisión unilateral de uno de los convivientes. En este caso, la ley establece que, sin perjuicio de los derechos que resulten de la aplicación de las normas sobre el régimen de la sociedad de gananciales, el concubino abandonado tiene derecho a una indemnización o a una pensión alimenticia.

Respecto de la indemnización, la escasa doctrina es bastante concisa. Mientras Cornejo no dice nada, Plácido se limita a decir que tal reparación se ordena como consecuencia de la frustración del proyecto de vida, la aflicción de sentimientos, etc¹³⁹. Parece que Plácido encuentra como fundamento de dicha indemnización la mitigación del daño a la persona o del daño moral. Creo que la norma va más allá. En efecto, la disolución por ruptura unilateral -sin perjuicio de la liquidación de la comunidad de bienes- no sólo causa perjuicios personales o morales. Y aquí me quiero servir de la llamada indemnización compensatoria de la legislación española, tanto del Código civil hispano como de la legislación autonómica de Cataluña sobre parejas estables¹⁴⁰. La ley catalana de 1998 establece una interesante compensación económica al término de la convivencia a favor de aquel que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, cuyo fin es atender una eventual situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos miembros de la pareja que implique un enriquecimiento injusto y, además (creo), para poder subvenir los requerimientos de quien carece de una fuente de ingresos. La idea me parece fascinante debido a que no siempre, al momento de liquidar la comunidad de bie-

(137) Plenos Jurisdiccionales que, sin embargo, no tienen carácter vinculante pues nada dice al respecto la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo que su único propósito es dar uniformidad a los criterios seguidos por las Cortes Superiores, según comenta Federico Mesinas Montero en la Presentación del volumen Guía rápida de jurisprudencias vinculantes y Acuerdos Plenos Jurisdiccionales, *Diálogo con la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, pp. 5 a 9.

(138) PLÁCIDO, *Regímenes patrimoniales del matrimonio y de las uniones de hecho*, cit, pp. 388 y 389.

(139) PLÁCIDO, *Regímenes patrimoniales del matrimonio y de las uniones de hecho*, cit, pp. 398 y 399.

(140) obre la cual puede verse ZAMBRANO, VIRGINIA, *Parejas no casadas e tutela del conviviente. L'esperienza spagnola e la Llei Catalana 10/1998*, en *Matrimonio, matrimonii, a cura di Brunetta d'Usseaux, Francesca y D'Angelo*, Antonino Giuffré, Milano, 2000, pp. 393 ss; VEGA MERE, *La eclosión de las legislaciones protectivas de las uniones homosexuales*, pp. 249 a 253.

nes, los jueces considerarán que la dedicación de uno de los cónyuges al hogar le significará una pérdida de oportunidades que podría tener consecuencias negativas al momento en que el abandonado ya no cuente con los ingresos de quien aportaba al hogar de hecho. Además, encaja, en mi opinión, con el sentido que debe tener la indemnización a la que se refiere el artículo 326 pues, siendo una alternativa a la pensión alimenticia, no se la debe limitar a la simple reparación del daño personal o del daño moral. Pero siempre dentro de la causa del cese de la unión: el abandono, que no es el supuesto de las leyes españolas antes referidas.

El problema que suscita, en todo caso, tiene que ver con el quantum. Y ello resulta de especial interés por cuanto debe apuntarse dos criterios que los jueces deberían considerar. En primer lugar, que no puede tratarse de una suma que asfixie al demandado pues ello podría atentar contra su libertad de constituir una nueva familia. En segundo lugar, la indemnización no puede tener como objeto garantizar de por vida la colmación de las necesidades del abandonado.

Con relación a la pensión alimenticia, explica Cornejo que esa no fue la propuesta que formuló como miembro de la Comisión Reformadora del Código civil de 1936, pues la concesión de tal pensión le parece excesiva porque implica una modificación del artículo 474 del Código vigente, va más allá de la Constitución y consolida una forma de vida que para él no es merecedora de estímulo¹⁴¹. En rigor, el derecho a una pensión alimenticia en caso de abandono fue introducido por la Comisión Revisora (que estudió las propuestas de la Comisión Reformadora).

Sobre el particular, Bigio, que integró la Comisión Revisora, comenta que durante los debates de esta parte del numeral, el Dr. Carlos Montoya Anguerri, entonces Vocal de la Corte Superior de Lima, propuso a dicha Comisión que el derecho a pedir alimentos no sólo debía ser exigible entre personas que tuvieran vínculo de parentesco o de familia. Montoya expresó que consideraba justo que a quienes habían vivido como marido y mujer sin estar casados, si se les reconocía derecho a los bienes, con mayor razón debían, en caso de abandono, tener derecho a alimentos. Además, señaló que el derecho a pedir alimentos tiene una vía expeditiva mucho más rápida que la acción indemnizatoria y otorga al interesado una asignación provisional de alimentos. Bigio apoyó la propuesta dada la frecuencia del concu-

binato en el país. Otro miembro de la Comisión Revisora, el Dr. Haya de la Torre, manifestó que en muchos casos la pensión alimentaria podía ser más justa y necesaria que una indemnización, que por recibirse una sola vez podía ser administrada de forma inapropiada por el interesado¹⁴².

La concesión de una pensión de alimentos me parece curiosa y exige que nos detengamos por unos instantes sobre lo que, a mi parecer, deberían ser sus alcances.

Creo que si las partes hubieran celebrado algún pacto para regular la prestación alimentaria a cargo de quien decide retirarse del hogar, habrá que estar, de preferencia, a lo acordado por los propios interesados, inclusive cuando determinen el contenido de la obligación, los presupuestos para su nacimiento, el modo y plazo de cumplimiento, las causas de extinción y todas aquellas circunstancias que afecten a la misma¹⁴³. En esa medida, la norma que impone la obligación de indemnizar o de pagar una pensión alimenticia debería ser de aplicación supletoria, en caso de ausencia de pacto entre los convivientes.

Si no media acuerdo alguno entre los consortes, y el juez, a elección del abandonado, decide una pensión alimenticia, es claro que tendrá sustento normativo para fijarla y ordenar su pago. Sin embargo, es aquí donde surgen las paradojas y contradicciones derivadas de la deficiente regulación del concubinato y del apresuramiento de la Comisión Revisora sobre este tema.

Empecemos por decir que cuando se termina la unión de hecho que motiva el abandono, los afectos concluyeron pero eso no inhibe ni deja de hacer exigible un mínimo deber de solidaridad de quien deja el hogar. Pero el juez deberá valerse de argumentos concretos, puntuales, sólidos, que superen la dimensión moral del deber de solidaridad, basándose, al efecto, de la comprobación de las reales necesidades del abandonado y de la capacidad económica del concubino que puso fin a la unión.

Pero el tema no queda allí. ¿Cuánto tiempo va a ser exigible esa pensión alimenticia entre convivientes? Recordemos que el primer párrafo del artículo 350 del Código civil establece que por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer. Sin embargo, el segundo párrafo de esta norma prescribe que si el di-

(141) CORNEJO CHÁVEZ, Derecho familiar peruano, cit., pp. 72 y 73.

(142) BIGIO CHREM, El concubinato en el Código civil de 1984, cit., p. 161.

(143) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, ¿Están los convivientes de hecho obligados a prestarse alimentos?, cit., pp. 352 y 353.

vorcio se declara por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte del culpable. Este es el criterio que parece haber seguido la Corte Suprema en la sentencia del 7 de junio 1993 que comentamos en precedencia, en lo que respecta al monto y a que la convivencia había tenido más de treinta años, pues era claro que la conviviente a la cual no se le daba más la atención y asistencia que tuvo (pese a que los concubinos seguían viviendo juntos) posiblemente no estaba en condiciones de valerse por sí misma¹⁴⁴.

Y es que, dado que estamos analizando la imposición de una pensión a quien abandona el hogar de hecho, es fácil advertir que seguimos razonando en términos de culpabilidad, pero que no oculta las reales necesidades del abandonado. Por ende, creo que para determinar el monto y la propia duración de la pensión en el tiempo, es útil recurrir al artículo 350 del Código.

Si el abandonado no acredita ninguna de las situaciones referidas en el numeral 350, la pensión debería ser simbólica y muy limitada en el tiempo. Si las acredita, pero el obligado demuestra que el beneficiario de la pensión ya no la requiere, se debe ordenar la extinción de la obligación sin la posibilidad de que se active de nuevo. Es conveniente recurrir, en este caso, al primer párrafo del artículo 483 del Código civil. Y ello es así, con mayor razón en la medida que no estamos ante cónyuges sino ex convivientes.

También debe extinguirse la obligación cuando el ex concubino abandonado contrae nupcias o mantiene una nueva relación de hecho, pues será el nuevo consorte quien deberá asumir tal deber¹⁴⁵. Distinta solución se podrá obtener si quien se casa o forma un nuevo hogar convivencial es quien abandonó a su anterior compañero (a), pues si éste (a) todavía requiere de asistencia la obligación perseguirá al antiguo concubino, pudiendo afectar la sociedad de gananciales que tenga el abandonante con terceros o sus bienes propios si optó por el régimen de separación de patrimonios¹⁴⁶.

d) Prueba del concubinato. La necesaria eficacia retroactiva. Efectos entre los convivientes y ante terceros

Un tema que suscita cierta perplejidad es el de la prueba del concubinato. De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 326, la posesión constante de estado (de convivientes) 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.

Explica Cornejo que la fórmula adoptada por el Código, aunque de alguna manera es posible que haya tenido en cuenta los intereses de terceros, resulta obligando a los concubinos, en todo caso y para todos los efectos, a probar dentro de un juicio su condición de tales¹⁴⁷. Pero la ley exige un principio de prueba escrita.

La necesidad de un principio de prueba escrita resulta, como bien dice Plácido, excesiva, debido a que, como precisa este autor, la posesión constante es una relación familiar que se caracteriza por la oralidad o por la simple concurrencia de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia, siendo la prueba testimonial la que asume mayor relevancia. Por ello, considera que tal requerimiento debería eliminarse¹⁴⁸.

Bigio enumera supuestos de aquello que podría considerarse como un indicio y no una prueba plena: correspondencia, instrumentos privados, escritura pública, recibos de pago de materiales para la construcción de una casa edificada por ambos, cheques, recibos de servicios profesionales prestados al otro concubino, etc¹⁴⁹.

Como fuere, convengo con Plácido en que el principio de prueba escrita resulta excesivo y hasta contrario al hecho mismo de la posesión de estado. La exigencia traiciona el sentido mismo de ese permanente discorrir ante el otro y los demás, públicamente, como pareja; le quita significado.

Es cierto que en ello puede haber existido, de parte del legislador, temores o desconfianza a la prueba

(144) Para ESPINOZA ESPINOZA, JUAN, La necesaria purificación constitucional entre la unión de hecho y el matrimonio, en *Legal Express*. Año 2, N° 19, julio del 2002, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, p. 8, no sólo debería concederse alimentos cuando haya ruptura por decisión unilateral, sino también cuando el conviviente carezca de medios para subsistir.
 (145) PLÁCIDO, Regímenes patrimoniales del matrimonio y de las uniones de hecho, cit, pp. 399 y 400.
 (146) PLÁCIDO, Regímenes patrimoniales del matrimonio y de las uniones de hecho, cit, p. 400.
 (147) CORNEJO CHÁVEZ, Derecho familiar peruano, cit., p. 73.
 (148) PLÁCIDO, Regímenes patrimoniales del matrimonio y de las uniones de hecho, cit, p. 398. Ver también ARIAS SCHREIBER, MAX, ARIAS SCHREIBER, ANGELA y PLÁCIDO, ALEX., Exégesis del Código civil peruano de 1984, Tomo VII, cit., pp. 265 y 266.
 (149) BIGIO CHREM, El concubinato en el Código civil de 1984, cit., p.159.

testimonial que, a decir verdad, en los últimos tiempos ha perdido credibilidad. Pero ello no puede condenar a los concubinos a documentar su relación para que sea admitida por el derecho.

Pasando a otro aspecto de singular importancia, es necesario que la convivencia se pruebe ante el juez y que éste la reconozca. Sólo bajo esta pobranza se podrá alegar y exigir los derechos que la ley contempla para los concubinos. Ahora bien, los efectos de la sentencia deben ser retroactivos a fin de cautelar de manera adecuada los derechos de los concubinos durante el plazo que han vivido juntos y adquirido bienes. No pueden regir únicamente para el futuro, deben ser necesariamente retroactivos.

Pittí ha precisado que los efectos retroactivos podemos situarlos fundamentalmente en relación a la presunción de paternidad y en lo referente al régimen económico, no así en lo que atañe a los derechos personales¹⁵⁰.

Por otro lado, jurisprudencia y doctrina han convenido en desdoblarse la oportunidad de la pobranza en un proceso, según se trate de efectos entre los concubinos o frente a terceros. Sin embargo, la jurisprudencia no ha sido lo uniforme que se esperaba.

Respecto de derechos personales, como es el caso de la pensión alimenticia o del pago de la 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 pretensiones¹⁵¹. Ejemplo de ello lo constituye la sentencia de la Corte Suprema del 7 de junio de 1993 a la que antes me he referido.

En el caso de los derechos patrimoniales entre convivientes y de efectos frente a terceros, se sostiene que es necesario acreditar en un proceso previo y específico la convivencia y reclamar tales derechos patrimoniales en un segundo proceso. El énfasis recae de manera particular en el caso de ejercerse alguna pretensión ante los terceros a fin que éstos cuenten con seguridad¹⁵² y, por ello, no basta que en un juicio en el que se ve involucrado un tercero los convivientes, sin haber acreditado en un proceso previo la cohabitación, con vengan en que son pareja no casada.

Con relación a la necesidad de un juicio previo para ejercer una pretensión de orden económico por uno

de los convivientes ante el otro, se ha pronunciado la Corte Suprema mediante sentencia de 1 de julio de 1996, en un caso en que se demandó la partición de un bien inmueble adquirido por los concubinos. Sin embargo, no siguió el mismo criterio en la causa 3952-97 resuelta el 21 de mayo de 1998 en la que en el mismo proceso en que se probó la cohabitación se ordenó la división y partición de un inmueble. En relación a los efectos frente a terceros la misma Corte ha afirmado la necesidad de un proceso previo en el que se declare la existencia del concubinato; así lo ha resuelto mediante fallos de 12 de setiembre de 1996, 4 de junio de 1998 y 10 de marzo de 1999.

Debo confesar mi desacuerdo con la exigencia, proveniente de doctrina y jurisprudencia, en relación al proceso previo en el caso en que uno de los consortes reclame al otro derechos de naturaleza patrimonial. Al parecer se ha perdido la brújula de aquel principio de la economía procesal. Si de lo que se trata es de ejercer una pretensión de tal naturaleza y en el mismo litigio es posible acreditar la existencia de un concubinato, no entiendo por cuál razón atendible se posterga la necesidad de tutela de los justiciables. Bajo este argumento, que no traduce ninguna necesidad de seguridad o garantía del conviviente emplazado, se genera 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 entretanto, del bien o bienes, con una grave perjuicio del otro. Este criterio jurisprudencial debe ser prontamente abandonado, pues nada justifica esa insólita distinción en la relación de la pareja.

En el caso de terceros es comprensible que en un proceso en que alguien ajeno a la familia no casada reclame a uno de los miembros de ésta un derecho no baste que su pretensión se pueda ver afectada con la alegación de un tercero procesal (el concubino no emplazado). Sin embargo, esta solución es una ilusión. Si alguien contrata con uno de los consortes y luego el otro reclama, pese a que cuente con un pronunciamiento judicial previo, el tercer adquirente se verá protegido por los artículos 948 o 2014 del Código civil, según se trate de bienes muebles o inmuebles. Baste para ello revisar lo resuelto por la Corte Suprema en la causa 1620-98 mediante sentencia del 10 de marzo de 1999. La exigencia de juicio previo para oponer derechos a terceros es ociosa, a no ser que se le dé adecuada publicidad. De allí que resulte de sumo interés lo señalado en el quinto

(150) PITTÍ, Las uniones de hecho (Sus nuevos paradigmas), cit., p. 205

(151) PLÁCIDO, Regímenes patrimoniales del matrimonio y de las uniones de hecho, cit, p. 392.

(152) PLÁCIDO, Regímenes patrimoniales del matrimonio y de las uniones de hecho, cit, p. 395.

considerando de la sentencia del 12 de setiembre de 1996 del Tribunal Supremo (causa 688-95), en el que se dijo textualmente:

"Quinto.- Que, en ese sentido el doctor Cornejo Chávez indicaba que el medio que tienen los concubinos para dar a conocer a los terceros la existencia de la unión, es hacer que el Juez ante quien han acreditado su unión, notifique con dicha sentencia a los terceros que ellos indiquen, finalidad que también se consigue inscribiendo dicha resolución registralmente en las partidas correspondientes a los bienes comunes"¹⁵³

No obstante, sin una adecuada publicidad toda exigencia de juicio previo es inútil.

12. Efectos previstos para el concubinato impropio. ¿Se aplican a las parejas homosexuales?

El artículo 326, in fine, del Código dispone que cuando concluye una unión de hecho (no lo dice expresamente, pero así se entiende) que no reúna las condiciones señaladas en dicha norma, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido. Ha de tratarse de una pareja que no satisfaga alguno o varios de los requisitos que hemos tratado líneas arriba (vid. supra nº 10).

Nuestra doctrina se ha limitado a decir que la acción de enriquecimiento de uno de los concubinos debe tener como medida el empobrecimiento del otro. Sólo Plácido ha sabido incorporar como argumento que, en la realidad, suele ser el varón quien se encarga de la casi totalidad de las cuestiones económicas, y la mujer le entrega bienes o ayuda con su esfuerzo en la adquisición de otros nuevos bienes que aparecen luego incorporados en el patrimonio del varón; la mujer le ayuda con aportes materiales o con determinados servicios que le presta (sin ser relación laboral) y el hombre aumenta los beneficios de su actividad habitual¹⁵⁴.

Acertadas apreciaciones que debieran complementarse con las observaciones sesudas de Ordoqui. Según explica el jurista uruguayo, es necesario ampliar los alcances de la explicación del enriquecimiento in-

justificado para no reducirlo a la idea de que, para que exista empobrecimiento debe haber desplazamiento patrimonial. Para ello, indica que en la actualidad, la doctrina y la jurisprudencia de su país y extranjera sostienen que debe comprenderse el empobrecimiento "sin desplazamiento" denominado enriquecimiento "negativo", que se da cuando el patrimonio del que se empobrece no disminuye, pero causa ahorro o beneficios no justificados a un tercero¹⁵⁵. Por ello, sostiene que es un error pretender que "todo" enriquecimiento injusto debe aparecer vinculado un empobrecimiento correlativo¹⁵⁶.

Tras advertir la importancia de la contribución de quien se ocupa del hogar aunque no perciba ingresos (generalmente la mujer), Ordoqui entiende que debe revalorizarse el trabajo doméstico para darle la significación fundamental que tiene en la organización social y reconocerle las proyecciones económicas que indirectamente tiene en el ámbito familiar¹⁵⁷.

A un estudio de la talla de Ordoqui no se le puede pasar por alto una valoración de los fallos de su país. Y por ello -en importante conclusión- considera que deben apreciarse los enriquecimientos y empobrecimientos mutuos. La concubina puede haber actuado con liberalidad (lo tendrá que demostrar el concubino) y el conviviente también ha colaborado para el enriquecimiento de la consorte, en su desarrollo. Además, la mujer puede haberse dedicado a tareas fuera del hogar y colaborar con el conviviente en la formación del patrimonio común. Y, entonces, los esfuerzos se compensan¹⁵⁸.

Son cuestiones de hecho que, siendo materia de probanza, no pueden ser dejadas de lado por nuestra jurisprudencia.

Para culminar este punto, me pregunto, dado que algunos autores, al referirse a que la acción residual (es decir, cuando no existe otra vía para accionar) de enriquecimiento indebido se concede a la pareja que no satisface los requisitos del llamado concubinato "propio", incluyen como una de las exigencias la diversidad de sexos¹⁵⁹, me pregunto, decía, si con ello se abre el camino a las parejas homosexuales para intentar tal acción.

(153) En efecto, CORNEJO CHÁVEZ, Derecho familiar peruano, cit., p. 74, sugirió que el juez notifique a terceros. Me pregunto, ¿se tendrá que notificar a toda la sociedad?

(154) PLÁCIDO, Regímenes patrimoniales del matrimonio y de las uniones de hecho, cit., pp. 401 y 402

(155) ORDOQUI, Matrimonio de hecho en la jurisprudencia uruguaya, cit., pp. 142 y 143.

(156) ORDOQUI, Matrimonio de hecho en la jurisprudencia uruguaya, cit., p. 144.

(157) ORDOQUI, Matrimonio de hecho en la jurisprudencia uruguaya, cit., p. 156.

(158) ORDOQUI, Matrimonio de hecho en la jurisprudencia uruguaya, cit. pp. 156 y 157

(159) ARIAS SCHREIBER, MAX, ARIAS SCHREIBER, ANGELA y PLÁCIDO, ALEX., Exégesis del Código civil peruano de 1984, Tomo VII, cit., p. 266; PLÁCIDO, Regímenes patrimoniales del matrimonio y de las uniones de hecho, cit., p. 401.

La respuesta es negativa, pues tanto la Constitución (art. 5) como el Código civil (art. 326) se refieren, siempre y necesariamente a la unión estable de varón y mujer. Así lo he sostenido con anterioridad¹⁶⁰.

13. ¿Tienen los convivientes otros derechos?

Más allá del análisis que acabamos de realizar sobre el régimen legal del concubinato, y que parecería pertenecer al sistema "no opcional" al que se refería Ferrando (vid. supra nº 8), conviene ahora preguntarse si los convivientes tienen otros derechos. La respuesta, claro está, es negativa. Pero nos preguntamos si, habida cuenta de la realidad familiar que constituyen debería reconocérseles algunos otros. Inclusive, derechos que no necesariamente se vinculen con la situación familiar propiamente dicha sino con el fundamento de la prerrogativa que hoy en día les viene negada.

Veamos, brevemente, si es posible o no llegar a alguna conclusión.

a) Derechos sucesorios

El tema no presentaba, hasta hace poco, ningún cuestionamiento. Era unánime señalar, dentro de la escasa doctrina, que los convivientes no heredan. De manera imprevisible, cuando ningún civilista se había detenido a pensar sobre la materia, la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República, a la cual se le había encomendado elaborar un Anteproyecto de Ley de reforma de la Constitución, publicó, en abril del año 2002, su propuesta para el debate y generó un par de opiniones opuestas que vale la pena repasar.

En efecto, en el artículo 21 de dicho Anteproyecto, la referida Comisión propuso el siguiente texto:

"Artículo 21.- Uniones de pareja

La unión estable de varón y mujer, libres de impedimento matrimonial, genera derechos hereditarios y alimentarios así como da lugar a una comunidad de bienes, de conformidad con la ley"¹⁶³.

No me voy a detener en la deficiente redacción, pero creo que es evidente.

Preocupado por la inclusión de los derechos hereditarios, Guillermo Lohmann¹⁶⁴ se despachó en contra de dicha propuesta. Sostuvo Lohmann que la Constitución actual, en su artículo 2.16, confunde herencia con sucesión patrimonial por causa de muerte. La sucesión en los bienes, derechos y obligaciones puede ser a título de herencia o de legado. Aclara que el ordenamiento peruano distingue cuatro calidades hereditarias: a) heredero legal, hasta el cuarto grado consanguinidad (en ausencia de testamento); b) heredero testamentario, que puede ser o no legitimario; c) heredero voluntario, designado en testamento y no necesariamente legitimario; d) legitimario, el acreedor de la legítima (ascendientes, descendientes y cónyuge).

Para Lohmann, el Código reconoce al cónyuge sobreviviente los mismos derechos de legítima que a los ascendientes y descendientes con el objeto de reforzar la institución matrimonial. Por ello, estima que reconocer derechos hereditarios al concubino suscita una serie de problemas.

Entre tales inconvenientes, el autor entiende que con la propuesta se contradice el reconocimiento de la familia y del matrimonio. Para el jurista no se puede tratar por igual al matrimonio y a las uniones de hecho, pues a los desiguales hay que tratarlos desigualmente. Si no se puede obligar a nadie a casarse, añade, tampoco se puede obligar a los efectos hereditarios propios del matrimonio. Y lo que la ley quiere -indica- es favorecer el matrimonio.

Considera que reconocer una comunidad de bienes no significa que deba reconocerse, también, efectos hereditarios, dado que la regulación de la comunidad patrimonial en cuestión tiende a evitar el empobrecimiento de alguno de los convivientes cuando hubo de por medio un esfuerzo y sacrificio común. Distinto es, dice, regular derechos sucesorios, cuyo fin no es evitar un empobrecimiento injusto sino, más bien, un posible enriquecimiento.

(160) VEGA MERE, La eclosión de las legislaciones protectivas de las uniones homosexuales, cit., pp. 259 a 261.

(161) Dejo a salvo, sin embargo, la validez de los pactos entre concubines a los que me he referido antes (vid. supra nº 11, b)

(162) Así, BIGIO CHREM, El concubinato en el Código civil de 1984, cit., p. 162.

(163) Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales, Anteproyecto de Ley de reforma de la Constitución (texto para el debate), 5 de abril de 2002, Congreso de la República, p. 30.

(164) GUILLERMO LOHMANN ¿Derechos hereditarios para convivientes?, en Legal Express, Año 2, Nº 19, julio del 2002, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, pp. 6 y 7.

Además, se pregunta qué ocurrirá con la aplicación de instituciones como la desheredación, y cuál sería el tratamiento de un varón que hubiera tenido varias uniones. O el caso de quien luego se casa. Sobre ello alega que no sería razonable que el cónyuge supérstite tenga derechos iguales que el ex concubino, concluyendo que, en su opinión, la propuesta deforma todo el derecho sucesorio.

La propuesta, mientras se publicaba la opinión de Lohmann, fue suprimida en la última versión del Proyecto de reforma constitucional. Pese a ello, el joven jurista Juan Espinoza Espinoza, en la misma publicación, salió en defensa de la propuesta original¹⁶⁵.

En efecto, Espinoza cuestiona que se haya suprimido la inclusión de "derechos hereditarios y alimentarios" sugerida por la Comisión. Para este autor, la protección de la familia debe englobar todo tipo de familia, sea matrimonial o no. Anota que, en medios como los nuestros, la decisión de no casarse tiene más que ver con motivos culturales o económicos, antes que en un simple deseo de evitar el matrimonio.

Para este autor la ley debería desarrollar pormenorizadamente la equiparación de los derechos existenciales entre matrimonios y uniones de hecho, entre los cuales considera que se encuentran comprendidos los alimentarios y hereditarios.

Maticemos este asunto. Creo, siguiendo la opinión de Martín Pérez¹⁶⁶ (y del propio Lohmann), que no existe impedimento alguno para que en la sucesión testamentaria uno de los convivientes atribuya, dentro de los límites de la cuota de libre disposición, parte de su patrimonio al concubino, inclusive en caso de estar casado. Comparto la opinión del jurista español en el sentido que tal disposición no puede considerarse contraria al orden público ni a las buenas costumbres.

El primer problema se presenta a nivel de la legítima, pues la ley sólo reconoce al cónyuge como

legitimario; no así al conviviente. La decisión de incluirlo o no responde, en mi concepto, a una cuestión de política jurídica sobre el tópico y de los fundamentos que se le quiera dar. Si la legítima del cónyuge se sustenta en el matrimonio -como lo hace Pantaleón¹⁶⁷- es evidente que los consortes no casados no tendrán condición de legitimarios. Pero si, en cambio, como dice Martín Pérez, la legítima no regula propiamente ningún elemento de la institución matrimonial, sino, a un nivel más general, el cumplimiento de una obligación legal de favorecimiento de los miembros de la familia que mantenían una relación de dependencia o de especial vínculo de afecto con el causante. Para Martín Pérez cabe ver en la legítima un deber de asistencia pecuniaria mutua que la sangre y el afecto imponen a los más próximos miembros de la familia, fundado en el *officium pietatis*, que se manifiesta, en vida, a través de los alimentos, y post mortem, en las legítimas. Por ello, postula que la legítima no se funde en el matrimonio sino en la comunidad de vida y en el afecto¹⁶⁸. Otra cosa es el quantum y con quiénes concurre.

“Creo (...) que no existe impedimento alguno para que en la sucesión testamentaria uno de los convivientes atribuya, dentro de los límites de la cuota de libre disposición, parte de su patrimonio al concubino, inclusive en caso de estar casado”.

Como decía, la decisión es una cuestión de política jurídica. Y si de ello se trata, me siento más inclinado a la fundamentación de Martín Pérez que a la vinculación de la legítima con el matrimonio, como lo hacen Lohmann y Pantaleón. Sólo dos ejemplos: Bolivia y Ecuador reconocen derechos

sucesorios a los concubinos. Si algo ya se ha avanzado en materia alimentaria, no veo razón para no repensar la legítima e incluir a los convivientes. De no ser así, habría que preguntarse -en sentido inverso a las dudas de Lohmann- si es justo que la conviviente (o el concubino) se vea privada de participar en los bienes que adquirió con su pareja, con sumo sacrificio, y que ellos sean heredados por la esposa con la que no vivía hacía muchos años el causante, dejándole una ridícula acción residual de enriquecimiento indebido como único medio de tutela de sus intereses. Aquí lo que se prima son los papeles y no la comunidad de vida.

Ello nos conduce al segundo problema que tiene que ver con la sucesión intestada y que da lugar a la

(165) ESPINOZA ESPINOZA, La necesaria parificación constitucional entre la unión de hecho y el matrimonio, cit., pp. 8 y 9

(166) MARTÍN PÉREZ, Uniones de hecho: derechos sucesorios del conviviente supérstite, cit., p. 334.

(167) PANTALEÓN, ¿Derechos sucesorios "ab intestato" del compañero o compañera en la Compilación del Derecho civil de Cataluña?, cit., p. 171

(168) MARTÍN PÉREZ, Uniones de hecho: derechos sucesorios del conviviente supérstite, cit., p. 335.

repartición de los bienes del de cuius sobre la base de la presunción de la voluntad típica del causante medio. Pero esa presunción legal bien podría envolver una pura ficción que, de haber tenido el concubino que fallece la oportunidad de ordenar su patrimonio para después de la muerte en un testamento, termine inventando una voluntad contraria a los deseos y afectos del causante.

Reitero que resulta necesario repensar la inclusión de derechos hereditarios a favor del conviviente, quién sabe si bajo determinadas condiciones más seguras que la del plazo de los dos años que la ley prevé para la comunidad de bienes, estableciendo reglas seguras para quien dedicó su vida a un hogar que luego se verá privado de soporte material por la muerte de su compañero (a).

b) Derecho a la adopción

La ley tampoco reconoce el derecho a la adopción por parte de concubinos. Apenas se limita a señalar que nadie puede ser adoptado por más de una persona, a no ser por los cónyuges (artículo 382 del Código civil). El prejuicio legislativo es evidente, pues lo que se ha querido evitar, entre otras cosas, es que un hijo consanguíneo de padres casados pase a ser adoptado por varón y mujer que conviven sin matrimonio .

Una vez más creo que hemos perdido de vista el fundamento de la adopción. Si bien la ley pretende que se asimile al adoptado a una familia para que tenga un mejor desarrollo y un ambiente más cálido, dándole protección, afecto y cuidados, no existe ningún argumento que atente contra la finalidad de la institución cuando se incorpore al hijo adoptivo a una familia no casada. La teleología de adopción no puede ser entendida bajo la clave del matrimonio. Ello constituye una ceguera .

Es cierto que algunos alegarán que los hogares de hecho son precarios, inestables y efímeros y que, por tal razón, resulta de mayor seguridad acoger al adoptado en una familia matrimonial. Pero como bien dice el psiquiatra español Rafael Manrique, "conyugalidad" no significa calidad de la relación. Un hogar matrimonial también puede llegar a su fin y con ello se puede afectar al hijo al cual se dio cabida a través de la adopción.

c) Derecho a la continuación en el arrendamiento

También en esta materia conviene utilizar como clave de entendimiento la relación de arrendamiento y no la relación matrimonial o la calidad de heredero. Y señalo esto porque el artículo 1710 del Código civil sanciona la continuación en el arrendamiento únicamente a favor de los herederos que no expresen su voluntad de extinguir el contrato cuando fallece su antecesor que era quien tenía la condición de arrendatario¹⁶⁹.

Decía que es menester indagar por la finalidad de la norma. Ella no es, como es fácil entender, proteger al heredero en cuanto tal (ascendientes, descendientes, cónyuge y, si se quiere ser más concesivo, dado que la norma no establece la calidad del heredero, tíos, sobrinos, etc., y cuanto heredero legal resulte viviendo en la misma casa), sino, por el contrario, lo que garantiza es el derecho a permanecer en la vivienda, resolver el problema del techo bajo el cual habitan quienes convivieron con el causante. Si ello es así, y no creo equivocarme, el mismo derecho debe hacerse extensivo al concubino supéstitute¹⁷⁰.

En Italia, por ejemplo, la Corte Constitucional, mediante sentencia n° 404/88, afrontó la cuestión y declaró inconstitucional el art. 6 de la Ley N° 392/78 por contrastar con el artículo 3 de la Constitución, en la parte que no incluyó entre los sucesores del contrato de locación al cónyuge de hecho¹⁷¹.

En España, el artículo 12 de la Ley de arrendamientos urbanos (LAU), gracias a la reforma del año 1994, permite a la persona que hubiera convivido con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual (se refiere a los homosexuales) durante, al menos, los dos años anteriores al desistimiento o abandono, continuar en el bien. Y, en el caso de fallecimiento, el antiguo artículo 58 del Texto Refundido de la LAU de 1964, que excluyó al conviviente de las personas autorizadas a subrogarse en caso de fallecimiento del arrendatario, fue declarado inconstitucional por el Supremo Tribunal mediante sentencia del 11 de setiembre de 1992. Por tal razón, el artículo 16.1 de la LAU de 1994 incluyó al concubino hetero u homosexual a per-

(169) Es uno de los argumentos que da CORNEJO CHÁVEZ, Derecho familiar peruano, cit., p. 425.

(170) ASTONE, MARÍA, Ancora sulla famiglia di fatto: evoluzione e prospettive, cit., pp. 1473 y 1474, criticando la negativa a admitir la adopción por los concubinos en Italia, por parte de la Corte de Casación, entiende que si se hubiera reflexionado sobre el verdadero fundamento de la adopción, la exigencia de tutela del menor a un ambiente moral y socialmente sano, la Corte habría resuelto de manera diversa. También discrepa de la exclusión de la Ley de adopción en la Argentina, MANGIONE MURO, Concubinato, cit., p. 89

(171) ASTONE, MARÍA, Ancora sulla famiglia di fatto: evoluzione e prospettive, cit., pp. 1470 y 1471; FERRANDO, Convivenze e modelli di disciplina, cit., p. 305.

manecer en la vivienda si moría el arrendatario con quien convivía, exigiendo dos años de relación afectiva¹⁷².

En Francia, el mismo derecho fue consagrado mediante Ley 89-462 del 6 de julio de 1989, que ahora han sido modificados por la Ley sobre el Pacto civil de solidaridad (PACS) del 15 de noviembre de 1999¹⁷³, que incluye a las parejas del mismo sexo.

Urge, por ello, modificar el artículo 1710 de nuestro Código.

d) Derecho a la indemnización por muerte del concubino

Comentan Mécarry y Levoy-Forgeot que en 1937, la Cámara Civil de la Corte de Casación francesa rechazó la demanda de indemnización de una concubina que había emplazado al responsable de la muerte de su compañero. La Corte consideró que era indispensable exhibir un interés legítimo jurídicamente protegido para obtener la reparación, cuestión que no se había dado, pues la actora vivía fuera de matrimonio (único modelo legitimador de la familia, como hemos dicho). Después de más de veinte años, en 1959, la Cámara Penal (o Criminal) de la misma Corte admitió la indemnización siempre que el concubinato fuera estable y no adulterino.

Fue necesario esperar hasta el 27 de enero de 1970 para que la Cámara Mixta de la Corte de Casación (lo que en el Perú sería un Pleno Casatorio) unificara los criterios de ambas Salas, admitiendo la indemnización a favor del conviviente supérstite por la pérdida de su consorte aun cuando éste hubiere estado casado¹⁷⁴.

En Italia el panorama es similar, pues en este país la Corte de Casación, mediante fallo del 27 de octubre de 1994, ha considerado que: "dado que el daño sufrido por el tercero [daño moral] es excepcionalmente resarcible bajo el único presupuesto de haber sido "causado" por un hecho ilícito penalmente calificado, la tutela resarcitoria debe fundarse en una relación de interés del tercero con el bien protegido con la norma incriminatoria, argumentable, en vía de inferencia empírica, en base a un estrecho vínculo familiar (o parafamiliar, como la convivencia more uxorio"¹⁷⁵.

En nuestro medio, Espinoza ha reclamado el mismo derecho a favor del concubino, bajo la argumentación de que la conviviente, ante tal lesión, es titular de un interés legítimo que no puede quedar desamparado, basándose en el art. 4 de la Constitución, que protege a la familia sin distingos basados en el vínculo matrimonial¹⁷⁶.

En todo caso, debe tenerse presente dos cuestiones: a) no sólo se debe reparar el daño moral sino también la privación del sustento del conviviente de modo que no quede desamparado y, b) para ello será indispensable modificar el artículo VI del Título Preliminar del Código civil que limita la acción sustentada en el interés moral (no así el económico, y ello es ya bastante para reclamar el resarcimiento por la pérdida de los ingresos del concubino muerto) al agente (actor) y a su familia, dentro de la cual el Código no incluye a los convivientes.

f) Otros derechos

Para terminar, considero que, siguiendo la misma orientación, deben replantearse los fundamentos de instituciones como el patrimonio familiar, la curatela, la protección del honor e intimidad del consorte fallecido, así como en la legislación de trasplantes de órganos para dar lugar o cabida a los convivientes, siempre que cumplan las condiciones del artículo 326 del Código civil.

14. La legislación fuera del Código civil y el concubinato

La importancia del concubinato aprehendida como situación familiar se revela en una serie de normas ajenas a la legislación civil. Aunque no voy a pasar revista a la frondosa hojarasca, pues desborda mi intención y esfuerzo, mencionaré algunas normas que me parecen más que importantes.

Es apabullante, por lo demás, la innumerable cantidad de disposiciones que toman al conviviente como familiar para impedir determinados cargos, especialmente en la legislación que regula el ejercicio de funciones en la administración pública. Baste navegar en una de las compilaciones multimediales para comprobar el aserto.

(172) PÉREZ UREÑA, Uniones de hecho: estudio práctico de sus efectos civiles, cit., pp. 150 a 159.

(173) Cf. MÉCARY y LEVOY-FORGEOT, *Le Pacs*, cit.,

(174) MÉCARY y LEVOY-FORGEOT, *Le Pacs*, cit., pp. 85 y 86.

(175) FERRANDO, *Convivenze e modelli di disciplina*, cit., p. 305, nota 13.

(176) ESPINOZA ESPINOZA, La necesaria parificación constitucional entre la unión de hecho y el matrimonio, cit., p. 9

Así, por ejemplo, en materia penal, el Código penal considera (art. 107) parricidio a quien, a sabiendas, mata -entre otros- a su concubino, en cuyo caso será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años.

El artículo 180, que prevé el delito de rufianismo, sanciona al que explota la ganancia deshonesta obtenida por una persona que ejerce la prostitución imponiéndole una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años. Si la víctima es menor de catorce años, o cónyuge, conviviente, descendiente, hijo adoptivo, hijo de su cónyuge o de su conviviente o si está a su cuidado, la pena será no menor de cuatro ni mayor de doce años.

También se contempla, en el numeral 181, relativo al delito de proxenetismo, al conviviente, sancionando al que lo compromete, seduce, o sustrae para entregarlo a otro con el objeto de practicar relaciones sexuales, o que lo entrega con este fin, en cuyo caso la pena será no menor de cinco ni mayor de doce años.

En materia de faltas, se sanciona en el artículo 442 del Código penal a quien maltrata de obra a otro, sin causarle lesión, con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas o de treinta a sesenta días-multa, cuando el agente es cónyuge o concubino.

El Código Procesal civil, (con Texto Único Ordenado aprobado por D.S. N° 10-93-JUS) también contiene normas alusivas a la convivencia *more uxorio*.

Así, por ejemplo, el artículo 220, prescribe que nadie puede ser compelido a declarar sobre hechos que conoció bajo secreto profesional o confesional y cuando por disposición de la ley pueda o deba guardar secreto. Añade que tampoco puede el declarante ser obligado a contestar sobre hechos que pudieran implicar culpabilidad penal contra sí mismo, su cónyuge o concubino, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

A su turno, el artículo 229, prohíbe que declare como testigo el concubino, salvo en asuntos de derecho de familia o que lo proponga la parte contraria (inciso 3), porque entiende que se trata de una persona que pertenece al grupo familiar.

Con idéntico fundamento, el numeral artículo 229 del mismo Código prohíbe declarar como testigo al pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o ter-

cero de afinidad, al cónyuge o concubino, salvo en asuntos de derecho de familia o que lo proponga la parte contraria.

Las prohibiciones se extienden a los jueces, a fin que no dirijan un proceso cuando su concubino tiene vinculación con las partes del proceso (artículo 305), pudiendo ser recusado por tal razón (art. 307). Sin embargo, la Ley Orgánica del Poder Judicial, le permite defender o asesor una causa propia o de su concubino (art. 196, inciso 1).

En materia laboral, Decreto Legislativo N° 688, Ley de Consolidación de Beneficios Sociales, concede al trabajador empleado u obrero el derecho a un seguro de vida a cargo de su empleador, una vez cumplidos cuatro años de trabajo al servicio del mismo. El seguro de vida es de grupo o colectivo y se toma en beneficio del cónyuge o conviviente y de los descendientes (art. 1). Para tal efecto, el art. 16 de dicha Ley señala que, tratándose de las uniones de hecho, la compañía de seguros consignará ante el Juzgado de Paz Letrado el importe del capital asegurado que pueda corresponder al conviviente que figure en la declaración jurada o testamento por escritura pública.

La Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, con Texto Único Ordenado aprobado por D.S. N° 001-97-TR, en su artículo 39 dispone que la compensación por tiempo de servicios tiene la calidad de bien común sólo a partir del matrimonio civil, o de haber transcurrido dos años continuos de la unión de hecho.

De acuerdo al artículo 54 de dicha Ley, el depositario de la Compensación, a solicitud de parte, entregará, sin dilación ni responsabilidad alguna al cónyuge supérstite o al conviviente a que se refiere el Artículo 326 del Código Civil, que acredite su calidad de tal, el 50% del monto total acumulado de la compensación por tiempo de servicios y sus intereses, en caso el trabajador hubiese fallecido.

También las Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, (Decreto Supremo N° 003-98-SA), que conceden cobertura en caso de invalidez por trabajo de riesgo al servidor o sus beneficiarios contra los riesgos de invalidez o muerte producida como consecuencia de accidente de trabajo o enfermedad profesional, otorgando las siguientes prestaciones mínimas la pensión de sobrevivencia, de invalidez y gastos de sepelio, hace participar como uno de los beneficiarios del trabajador al concubino.

En materia de seguridad social, la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, Ley N° 26790, considera beneficiario al concubino a que se refiere el Artículo 326 del Código Civil, cuando no es afiliado.

La Ley del Sistema Privado de Pensiones, con Texto Único Ordenado aprobado por D.S. N° 004-98-EF, incluye al conviviente como beneficiario de las pensiones de sobrevivencia.

En materia tributaria, la Ley del Impuesto a la Renta, con Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 054-99-EF, considera como gasto deducible, a fin de establecer la renta neta de tercera cate-

goría, la prima de seguro de salud que pague el empleador para el cónyuge e hijos del trabajador, comprendiéndose, además, al concubino (a) del trabajador, según el artículo 326 del Código Civil.

Con este rápido recuento de las pocas normas mencionadas (que no son todas las existentes y es, por ello, incompleta), hemos podido comprobar que la situación jurídica del bien ha coloreado una diversidad de sectores de la legislación, lo que pone en evidencia que es necesario reconocer su inocultable gravitación para el derecho que nos debe instar a ponderar su verdadera posición al interior de la familia de hoy, pues en ésta el conviviente ha pasado a tener un lugar propio que sólo los ciegos se niegan a admitir. **D&S**