

# CRÍTICA AL TRATAMIENTO DE LAS UNIONES NO MATRIMONIALES EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO PERUANO\*

MARISOL FERNÁNDEZ REVOREDO

Abogada. Profesora Ordinaria en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

**Sumario:** 1. Introducción 2. El rol del Derecho de Familia 3. El derecho a formar una familia y a su protección 4. La imposición moral 5. El derecho a la intimidad y no injerencia del Estado. La libertad de elección de la pareja 6. Hacia una mejor regulación de las uniones no matrimoniales.

## 1. Introducción

Las uniones no matrimoniales, a nuestro juicio, no han sido adecuadamente abordadas por nuestro ordenamiento jurídico. Mientras que el matrimonio ha sido una institución pilar del Derecho de Familia, las uniones no matrimoniales han tenido una suerte muy distinta y que podríamos calificar de adversa.

Si hacemos un poco de historia, tenemos que recordar que fue recién con la Constitución de 1979 (art. 9°) que en el Perú se reconocieron las uniones de hecho, también llamadas concubinatos. Tales uniones fueron concebidas, en dicho texto constitucional, como las conformadas de manera estable por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, y que daban lugar a un hogar de hecho. Tiempo después, la Constitución de 1993 (art. 5°) repitió la fórmula de la Carta precedente.

Cabe señalar que, en ambos textos constitucionales, se le reconocieron a tales uniones el efecto patrimonial consistente en la conformación de una sociedad de bienes, sujeta a las reglas de la sociedad de gananciales.

Si nos trasladamos del ámbito constitucional al escenario que nos plantea el Código Civil de 1984, constataremos que el legislador, a través del artículo 326°, establece las condiciones para el reconocimiento de las uniones de hecho de la siguiente manera:

- La pareja debe ser heterosexual,
- La unión de la pareja debe ser voluntaria,
- La pareja debe estar libre de impedimento matrimonial,
- La unión debe ser estable; y
- Debe estar sustentada en finalidades y deberes semejantes al matrimonio, es decir, hacer vida en común.

Como consecuencia de esta regulación, la única forma de unión no matrimonial reconocida por nuestro ordenamiento es el concubinato heterosexual. En este punto radica nuestra primera objeción al tratamiento de las uniones no matrimoniales, pues se guarda silencio

respecto de las uniones homosexuales que incluso pueden tener en su seno a hijos que provienen de la adopción o del uso de técnicas de reproducción asistida.

Así como decíamos que se reconoce al concubinatos efectos patrimoniales como el de conformar una sociedad de bienes sujeta a las reglas de la sociedad de gananciales, también se prevén algunos efectos personales. En cuanto a estos, a nivel del Código Civil de 1984, el derecho alimentario entre concubinos sólo es contemplado cuando uno de ellos es abandonado, lo cual quiere decir que no existe un reconocimiento normativo de derecho alimentario durante la vigencia del concubinato. Tampoco se prevé, en ningún supuesto de uniones de hecho, derechos sucesorios. Aquí, entonces, nuestra segunda objeción de fondo: nuestro ordenamiento no sólo se conforma con reconocer un tipo de concubinatos, sino que, además, a este le desconoce importantes efectos personales, otorgándole una menor protección que al matrimonio.

Las dos objeciones a las que hemos hecho alusión, constituyen la base de nuestra crítica al ordenamiento previsto para las uniones no matrimoniales. A continuación, plantearémos un conjunto de argumentos a través de los cuales pretendemos demostrar la necesidad de avanzar hacia un tratamiento distinto en esta materia.

## 2. El rol del Derecho de Familia

Nuestro punto de partida para formular críticas y propuestas al ordenamiento familiar consiste en concebir al Derecho de Familia como un medio para la protección de los derechos fundamentales de los individuos que forman parte del grupo familiar. Como lo sostiene Encarna Roca, «el derecho de familia no es nada en sí mismo si no tiene como finalidad básica y esencial procurar la efectividad de los derechos fundamentales (...)».<sup>1</sup>

Bajo esta concepción, entonces, nuestra línea de crítica a la forma cómo nuestro Código Civil regula las uniones no matrimoniales se sustenta esencialmente en que existe un escenario de desprotección de los derechos fundamentales de aquellas personas que forman

\* Ponencia presentada en el evento «A 20 años del Código Civil. Análisis y Propuestas», organizado por la Asociación Civil «Foro Académico», en abril del 2004.

<sup>1</sup> ROCA, Encarna. «El Derecho a contraer matrimonio y la regulación de las parejas de hecho». En: Puntos Capitales del Derecho de Familia en su dimensión internacional. Madrid: Dykinson, 1999.

parte de un núcleo familiar no basado en el matrimonio, de tal manera que el Derecho de Familia no estaría cumpliendo su finalidad básica. Ello parece particularmente grave en un país pluricultural como el nuestro<sup>2</sup>, en el que el matrimonio no es ni será la única alternativa para todos.

Procurar la efectividad de los derechos fundamentales de los miembros de una familia implica, a nuestro modo de ver, al menos lo siguiente:

- Garantizar que toda persona pueda ejercer su derecho a formar una familia.
- Garantizar que toda persona tenga la libertad de decidir quién es su pareja sin ninguna injerencia de parte de terceros ni del Estado.
- Garantizar que cada persona pueda decidir libremente si contrae o no matrimonio.
- El derecho de las personas a no ser discriminadas en base a su opción sexual, por el ordenamiento familiar.
- El derecho a decidir si se tienen o no hijos.
- El derecho de los miembros de una familia a recibir igual protección por parte del ordenamiento, sin distinción.

Como consecuencia de lo que acabamos de plantear, resulta muy cuestionable que el legislador haya optado, como mecanismo para promover el matrimonio, por la diferencia de trato entre los miembros de una familia de casados y los que pertenecen a una unión no matrimonial. El mandato constitucional consistente en promover el matrimonio no puede llevarse a la práctica a través de medidas que afectan el ejercicio de los derechos individuales y que ponen en entredicho el rol del Derecho de Familia.

Recordemos en este punto el pronunciamiento del Tribunal Constitucional Peruano contenido en la sentencia dictada el 29 de abril de 1997, que al referirse a la colisión entre la finalidad de conservación del matrimonio, con los derechos a la igualdad y no discriminación, entre otros, señaló que *«si bien la finalidad de la conservación del matrimonio (...) es legítima, no debe preferirse ni sacrificarse a la consecución de ésta otras finalidades también legítimas y constitucionales referidas a la defensa y desarrollo de la persona humana como tal, pues, a juicio de este Tribunal, los derechos humanos citados tienen mayor contenido valorativo y constituyen finalidades más altas y primordiales que la conservación del matrimonio»*.<sup>3</sup>

Siguiendo la línea de argumentación de nuestro Tribunal Constitucional, se puede también afirmar que la finalidad de promover el matrimonio, que es muy legítima, no puede ser llevada a la práctica a través del desplazamiento de derechos fundamentales de ejercicio individual que tienen un mayor contenido valorativo.

### 3. El derecho a formar una familia y a su protección

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 16º, proclama a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad y como tal se señala que debe gozar de la protección de la sociedad y del Estado. Asimismo, convenios internacionales sobre

derechos humanos que han sido ratificados por el Estado Peruano también enuncian el derecho a fundar una familia. Así, tenemos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23º) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 17º).

Ni el ordenamiento constitucional ni legal definen lo que es una familia; sin embargo, sí se prevé en los citados cuerpos normativos un principio constitucional de protección a ésta. Si entendemos que la familia puede ser fundada no sólo a través del matrimonio sino también de otro tipo de uniones, la consecuencia lógica sería que éstas reciban, también, la protección por parte del Estado. Las formas no convencionales de familia pueden ser muchas: a manera de ejemplo, podríamos señalar los casos de hombres o mujeres que no desean tener una pareja pero que deciden adoptar un hijo o quizá someterse a alguna técnica de reproducción asistida, o el caso de las uniones homosexuales.

Lo que postulamos, entonces, es que el principio constitucional de protección a la familia no sólo sea de aplicación para el matrimonio, sino para todo grupo que pueda ser concebido como familia. Ello no ocurre en nuestro sistema, no sólo porque el Código Civil le da un tratamiento desfavorable al concubinato en comparación con el matrimonio y porque guarda silencio respecto de otro tipo de uniones dejando a sus miembros sin protección, sino porque los operadores del Derecho realizan una interpretación de las normas que muchas veces manifiesta que la única forma de familia es el matrimonio.

### 4. La imposición moral

Si examinamos en qué se fundamenta esta manera de regular de manera desfavorable a las uniones no matrimoniales, vamos a encontrar que lo que entra en juego es una compleja relación entre la Moral y el Derecho. Por ejemplo, en el contexto del debate sobre la Reforma Constitucional de la Carta de 1993, la Conferencia Episcopal Peruana emitió un pronunciamiento opuesto al igual reconocimiento de derechos para el matrimonio y las uniones de hecho, argumentando lo siguiente: *«El artículo 3º, segunda parte, del Proyecto pretende equipar la unión de hecho al matrimonio al reconocer que aquella tiene los efectos principales de éste. De esta forma, desaparecen todas las diferencias que existen entre ellas. Se destruye la sagrada institución del matrimonio, porque, en el futuro, la mayoría de personas preferirán las uniones de hecho que carecen de vínculo y de obligaciones entre las parejas; cada cual podrá tener pluralidad de parejas o cambiar de pareja cuando le plazca sin tener que responder ante nadie porque las obligaciones de fidelidad, de auxilio mutuo de lealtad, de respeto a la palabra empeñada libremente, la ausencia de hogar común y del recíproco respeto que derivan del matrimonio ya no existirán»*.<sup>4</sup>

Más adelante, en el mismo pronunciamiento, la Conferencia Episcopal Peruana, al abordar las diferencias de trato que el Código Civil otorga a casados y convivientes, señala que *«la ley no discrimina a los concubinos. Ellos son los que voluntariamente se discriminan, porque nada les impide contraer matrimonio formalizando así, con todas sus consecuencias, morales y jurídicas, la unión de hecho»*.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Recordemos que el artículo 2º, inciso 19, de nuestra Constitución reconoce el derecho de toda persona a su identidad étnica y cultural, así como vincula al Estado hacia la protección de la pluralidad étnica.

<sup>3</sup> Exp. N° 018-96-I/TC.

<sup>4</sup> [www.universia.net/CatalogaXXI](http://www.universia.net/CatalogaXXI).

<sup>5</sup> Ibidem.

Continúa el pronunciamiento diciendo: «La unión de hecho, en el fondo, implica un menosprecio a la pareja y a los hijos y a la sociedad que antes bien exigen un compromiso formal, jurídico y moral, estabilidad en el hogar, seguridad y exclusividad. Nadie está impedido de regularizar su situación con el matrimonio».<sup>6</sup>

Por otra parte, la doctrina en materia de Derecho de Familia, no ha permanecido ajena a estas concepciones y en ella podemos encontrar lo que nosotros llamaríamos un conjunto de prejuicios respecto de las uniones no convencionales, los cuales terminan sirviendo de sustento para no protegerlas de manera adecuada o simplemente no reconocerles ningún efecto jurídico. Así, por ejemplo, el jurista Bossert sostiene que «tomando en cuenta la seguridad, el orden y la mayor estabilidad que a la estructura social confieren los matrimonios formalmente constituidos, y sin perjuicio de otras consideraciones de índole ética y religiosa, la opinión mayoritaria, tanto en la doctrina de los autores como en la contenida en los fallos judiciales de los diversos países, considera que la relación concubinaría implica un valor negativo, desde el punto de vista ético para unos, religioso para otros, o en el campo del orden social».<sup>7</sup>

Así, entonces, frente a la posibilidad de regular el concubinato, algunos han adoptado posiciones abstencionistas, que sostienen que «la mejor forma de combatir el concubinato es negarle toda trascendencia jurídica, ignorándolo legislativamente».<sup>8</sup> Otros más bien han sostenido posiciones tendientes a la sanción y a la regulación. En el primer caso, lo que se postula es que «la ley debe intervenir, pero para perjudicar a los concubinos, creándoles cargas especiales, como un modo de combatir el concubinato».<sup>9</sup> En el supuesto de la opción reguladora, la idea subyacente es que la mejor forma de combatir el concubinato no es ignorándolo sino regulándolo de tal modo que se le ubique en un *status* inferior al del matrimonio.

No nos cabe duda, después de este recuento, que el reconocimiento de uniones no matrimoniales de diferente tipo, así como el derecho de las personas a tener hijos sin contar con una pareja, pueden ser sensibles a las opciones morales y religiosas, pero ello no puede llevarnos a la imposición de los criterios o concepciones morales de grupos dominantes en nuestra sociedad.

## 5. El derecho a la intimidad y no injerencia del Estado. La libertad de elección de la pareja

Una de las dimensiones a través de las cuales se proyecta el derecho a la intimidad es la de libertad individual, la cual significa que «la intimidad trasciende y se realiza en el derecho de toda persona a tomar por sí sola decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada».<sup>10</sup>

El reconocimiento del derecho de toda persona a su intimidad obliga a que no se indague lo que hacen o no sexualmente entre sí las personas. Bidart Campos sostiene sobre el particular que «lo que

dos personas –casadas o no, de igual sexo o de sexo distinto– hagan entre sí con su sexo sin dañar a terceros ni ofender la moral pública es cosa de su privacidad, y toda constitución democrática obliga a reconocerla y a respetarla»<sup>11</sup>.

Con esto queremos destacar que el Estado no debe interferir en la elección de la pareja, señalando impedimentos para el reconocimiento de las uniones de hecho, a no ser que tales limitaciones se justifiquen en un interés muy valioso y superior, que a nuestro entender no existe. Sin embargo, cuando se estipula que las uniones no matrimoniales sólo pueden darse entre hombre y mujer, el Estado está consolidando una vulneración al derecho a la intimidad.

## 6. Hacia una mejor regulación de las uniones no matrimoniales

Tomando como base los argumentos planteados, sostenemos que debe reformularse el tratamiento de las uniones no matrimoniales en aras de que a los miembros de éstas les alcance la protección que el Estado debe garantizar a la familia, así como la titularidad de los derechos fundamentales que a cada uno le corresponde en el seno de su familia.

Los cambios que proponemos son los siguientes:

- El concubinato no debe ser definido exclusivamente como heterosexual. Así, entonces, las uniones entre dos mujeres o dos hombres que se unen para llevar a cabo un proyecto de vida en común deben también ser comprendidas dentro del concepto de concubinato.
- Se debe atribuir a las uniones no matrimoniales los mismos efectos personales que se le reconocen al matrimonio. Es particularmente urgente que se contemple para el concubinato obligaciones alimentarias, así como derechos sucesorios.
- En cuanto a los efectos patrimoniales, se debe reconocer a los concubinos, al igual que lo que ocurre con los casados, el derecho a optar entre un régimen de sociedad de gananciales y de separación de patrimonios.
- Es apremiante el establecimiento de un registro público de uniones de hecho que permita –como sucede, por ejemplo, en la ciudad de Buenos Aires<sup>12</sup> o en la Comunidad Autónoma de Madrid<sup>13</sup>– dotar a quienes conforman estas uniones de una mayor garantía para el ejercicio de sus derechos.
- Se debe derogar toda norma que tenga como propósito limitar, por razón de estado civil, el uso de técnicas de reproducción asistida, de tal modo que no se vulnere el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de personas que no tienen pareja pero que desean tener un hijo o de parejas del mismo sexo que quieren tener un hijo a través de estas técnicas.

<sup>6</sup> Ibidem.

<sup>7</sup> BOSSERT, Gustavo. Régimen Jurídico del concubinato. Bs. As., Astrea, 4ta edición, 1999, p.17.

<sup>8</sup> Ibidem, p. 18.

<sup>9</sup> Ibidem, p. 18.

<sup>10</sup> Protección de los Derechos Humanos. Definiciones Operativas. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1997, p. 182.

<sup>11</sup> BIDART CAMPOS, José. «Matrimonio y unión entre personas del mismo sexo». En: Diálogo con la Jurisprudencia, Lima, Año 3, N° 4, p.273.

<sup>12</sup> Texto completo de la Ley de Unión Civil. Enero, 2001. [www.thegully.com](http://www.thegully.com).

<sup>13</sup> Ley de Uniones de Hecho de la Comunidad Autónoma de Madrid, Febrero, 2002. [www.ideasapiens.com/actualidad7/Documentos/](http://www.ideasapiens.com/actualidad7/Documentos/)

Somos pues de la opinión que nuestro ordenamiento debe avanzar hacia la protección de los derechos individuales en el marco de las relaciones familiares, así como de todas las formas de familia. El

respeto a la diversidad y al libre desarrollo de la personalidad constituye un valor que debe informar un replanteamiento de nuestra legislación en la materia que hemos abordado.