

UNIVERSIDAD NACIONAL “HERMILIO VALDIZÁN”

ESCUELA DE POST GRADO



**“LAS UNIONES DE HECHO O CONCUBINATO Y SU PARTICIPACION EN LA
SOCIEDAD DE GANANCIALES EN EL JUZGADO DE FAMILIA EN
ANDAHUAYLAS, PERIODO 2013-2014”**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADEMICO DE MAGISTER EN DERECHO
MENCION CIVIL COMERCIAL**

TESISTA: SABINO PICHIHUA TORRES

HUANUCO – PERÚ

2016

DEDICATORIA

A dios todopoderoso, a la virgen
de Cocharcas a mi
Esposa María Elena por su
apoyo incondicional y a mis
Queridos hijos Axel Jair
y Maritxell Alondra por ser el motor
Que ilumina mi
porvenir sin los cuales no hubiera sido posible
Culminar mis metas diseñadas.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Tecnológica de los Andes por hacerme un excelente profesional en derecho

A la Universidad Nacional Hermilio Valdizán, por brindarme la oportunidad de lograr mí objetivo

A mi asesora de tesis Dra.: María Luisa Maque Ponce

Al doctor: Pio Trujillo Atapoma por ser un excelente académico e investigador

A los alumnos de la Universidad Tecnológica de los Andes de la Escuela profesional de derecho

SABINO.

RESUMEN

La presente investigación tiene por objetivo establecer si la regulación jurídica de la unión de hecho influye en la desprotección legal de los efectos personales y patrimoniales de la unión de hecho. Con tal propósito, se analizó la constitución, el derecho civil, normas especiales y jurisprudencia.

Con la finalidad de analizar la influencia de la variable independiente sobre la variable dependiente, se tomaron como indicadores: los derechos y deberes económicos del régimen de la sociedad de gananciales de los cónyuges, el derecho a alimentos, y la pensión de viudez.

La investigación se inicia de la siguiente forma: Abarca el problema de investigación, donde se desarrolla la descripción y la formulación del problema; los objetivos generales y específicos; así como las hipótesis, las variables, la justificación e importancia, la viabilidad y las limitaciones del estudio. Luego nos centramos al estudio del marco teórico, donde se aborda los antecedentes, las bases teóricas, las definiciones conceptuales y las bases epistémicas, los mismos que se han ejecutado en base a las variables de estudio. Para luego pasar, a desarrollar el marco metodológico de la investigación, donde están el tipo de investigación, el diseño y esquema, así como la población y la muestra de estudio; los instrumentos de recolección de datos y las técnicas utilizadas para el recojo, procesamiento y presentación de datos. Y finalmente, se presenta los resultados, donde están los trabajos de campo con aplicación estadística, mediante la distribución de frecuencias y gráficos así como la contratación de las hipótesis secundarias resaltando la discusión de resultados, donde se consolida la contrastación de los resultados del trabajo de campo con los referentes bibliográficos de las bases teóricas. Así como la contrastación de la hipótesis

general y por supuesto el aporte científico de la investigación. La investigación termina con las conclusiones, las sugerencias, y la bibliografía.

SUMMARY

The present investigation has as its objective to establish if the legal regulation of the common law couple influences in the legal unprotection of the personal and economics effects of the cohabitant. With that purpose, the civil right was analyzed, special and jurisprudence regulations.

With the purpose to analyze the influence of the independent variable over the dependent variable indicators such as these will be taken: the rights and duties of the patrimonial regime of marriage, the right to food, widow's pension of the cohabitants.

This research is divided into four chapters.

The first chapter covers the research problem, where the description and problem formulation is developed; the general and specific objectives; and hypotheses, variables, the justification and importance, feasibility and limitations of the study.

The second chapter, the study has focused on the theoretical framework in which the background, the theoretical basis, conceptual definitions and epistemic bases, the same that have been executed based on the study variables addressed.

The third chapter deals with the methodological framework of the research, where the type of research, design and layout are as well as the population and the study sample; the data collection instruments and techniques used for the gathering, processing and presentation of data.

In the fourth chapter, the results where fieldwork with statistical application are, by frequency distribution and graphs as well as the testing of secondary hypothesis emphasizing the discussion of results, where the contrast of consolidated results is presented fieldwork with the bibliographical references of the theoretical basis. And contrasting the general hypothesis and of course the

scientific contribution of research.

The investigation ends with conclusions, suggestions, and bibliography.

INTRODUCCION

El modelo legal de la familia peruana ha sufrido una transformación por diversos factores sociales que han superado a la familia matrimonial, condición ideal que garantiza la estabilidad jurídica de pareja. Sin embargo, la realidad ha demostrado que existen otros tipos de familia que también requieren no sólo de protección legal, sino una de carácter especial, por sus propias particularidades o condiciones de vulnerabilidad.

El Tribunal Constitucional señala que la realidad ha venido imponiendo distintas perspectivas sobre el concepto de familia y que los cambios sociales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del páter familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional como son las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas.

Para nosotros la familia no tiene un concepto universal debido a que cada uno de los Estados establece su definición. Como observamos se nota una evidente crisis del matrimonio lo que provoca el incremento de las uniones de hecho y de las familias monoparentales. Con el fenómeno de la internalización de las relaciones familiares, se ha presentado el caso de la familia multicultural, la adopción internacional y la problemática de la sustracción internacional de menores.

Es verdad que los llamados nuevos modelos de familia han existido desde siempre, pero el asunto es que no fueron reconocidos legalmente por considerarlos contrarios a la moral o como desmembramientos del modelo

clásico. Basta recordar en el caso peruano, el Código Civil de 1852 sólo reconocía al matrimonio canónico porque era una réplica del Concilio de Trento, y este tipo de matrimonio tenía efectos civiles.

Posteriormente, con el Código Civil de 1936, el matrimonio civil desplaza al matrimonio canónico, de tal manera que éste último sólo surte efectos en el fuero eclesial y el primero es considerado válido para efectos civiles. La Constitución Política de 1979 protege y promueve el matrimonio civil y tiene una superioridad sobre la unión de hecho, pese a que ésta es reconocida por este marco constitucional.

El artículo 233 del Código Civil establece que la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú. Bajo estos principios, la Constitución peruana ha adoptado dos modelos de familia: la matrimonial y la unión de hecho, pero con preponderancia del matrimonio, razón por la cual el Código Civil sólo regula los efectos de la convivencia cuando ésta se extingue y no contempla su constitución y desarrollo como relación.

El término “reconocimiento de la unión de hecho” nos lleva a la reflexión que desde el punto de vista constitucional sólo procede el reconocimiento en la medida que previamente haya pre-existido una situación de convivencia por el término establecido en la ley. En nuestro país no se puede acudir al Registro Civil ni al notario y manifestar mediante escritura pública que una pareja desea constituir una unión de hecho. El legislador ha tenido como objetivo el priorizar la promoción del matrimonio por su carácter de estabilidad. La palabra reconocimiento nos lleva al pasado de la relación, la que puede estar vigente o se haya extinguido y en ambos casos se producirán efectos patrimoniales pero restringidos, ya que como lo señala la propia norma constitucional “al régimen de

la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable". Por ello, a lo largo de este trabajo de investigación averiguaremos cuáles son los derechos y beneficios del régimen de la sociedad de gananciales que se aplican a esta relación de pareja de hecho y que falta regular en nuestra legislación para introducir reformas que habiliten tener más derechos a los concubinos.

En consecuencia, el matrimonio en el Perú tiene una valoración superior que la unión de hecho, a la cual se le exige el cumplimiento del requisito de hacer vida en común como si tratase de una pareja matrimonial durante un tiempo ininterrumpido de dos años para sólo otorgarle determinados derechos del régimen de la sociedad de gananciales. Este régimen es forzoso, situación contradictoria con la naturaleza de la unión de hecho, a la cual le debiera corresponder la separación de bienes y otros derechos que les asiste.

El modelo legal de la familia peruana le otorga mayor valor jurídico a la institución matrimonial con relación a la unión de hecho. La unión de hecho en nuestro país tiene que ser reconocida ya sea notarial o judicialmente para que genere efectos personales y matrimoniales. La condición es que la unión de hecho carezca de impedimento matrimonial.

Basta citar como ejemplo el derecho a alimentos de los convivientes; es decir si la unión de hecho requiere de apariencia matrimonial para ser reconocida como tal judicialmente, una consecuencia de esta situación debería ser que los convivientes durante la relación convivencial, tengan derecho a alimentos.

¿Si uno de los convivientes se dedica exclusivamente al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos, la obligación de sostener a la familia deberá recaer sobre el otro conviviente, como funciona en el matrimonio? Hace unos años, en la legislación peruana sucesoria, los convivientes no se heredaban entre sí, ni tenían el carácter de herederos forzosos y que cuando la unión de hecho

terminaba por muerte, el conviviente sólo tenía derecho a la declaración, disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. Si bien es cierto, que la nueva normatividad civil ha otorgado los anhelados derechos sucesorios al conviviente, **continuamos con la problemática del reconocimiento judicial porque la ley civil exige que “la posesión constante de estado” se pruebe con “principio de prueba escrita”** además de todos los medios probatorios que la ley procesal reconoce. Si se trata de una relación familiar, en la que priman los aspectos afectivos, los cuales no necesariamente se reflejan en documentos, ¿no resulta excesivo el principio de prueba escrita para declarar el reconocimiento del estado convivencial?

Pero en cuanto a los efectos personales, ha quedado pendiente la pensión de sobrevivencia del Sistema Nacional de Pensiones, en aras de no olvidar lo señalado por el Tribunal Constitucional como una de las razones para la incorporación de las uniones de hecho a la pensión de sobrevivientes que es la existencia de un tratamiento diferenciado entre el Sistema Nacional de Pensiones y el Sistema Privado de Pensiones que vulnera el derecho a la igualdad, ya que este último otorga la pensión de viudez a los convivientes y por ello se debe de regular en igualdad de condiciones a las uniones de hecho porque está reconocido constitucionalmente.

La ley peruana señala que la unión de hecho se sujeta al régimen de sociedad de gananciales en lo que le fuera aplicable. En cuanto a los efectos patrimoniales de la unión de hecho, es importante conocer qué normas no se aplican del régimen de sociedad de gananciales. De la respuesta a esta pregunta emanan otras inquietudes: ¿Los convivientes deberían tener derecho a la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios? ¿El conviviente debería contar con la facultad de representación de la sociedad

concubinaria para actos de administración, conservación y necesidades ordinarias del hogar? ¿El conviviente debería contar con la facultad de disposición conjunta del matrimonio, así como el de asumir la dirección y representación legal de la unión de hecho cuando el conviviente esté impedido por interdicción u otra causa?

Como podemos apreciar, las uniones de hecho han sido reguladas hasta la fecha de manera insuficiente por la adopción de la teoría abstencionista, lo que ha provocado la desprotección legal de los convivientes a lo largo de muchos años en el Perú. Nuestro

Código Civil está basado en un criterio abstencionista, razón por la cual no ha regulado la constitución y el desarrollo de las uniones de hecho y otros derechos que les asiste.

Sin embargo, en el Derecho Comparado, la teoría reguladora considera que el reconocimiento legal de la unión de hecho no constituye una vulneración del orden público, la moral y las buenas costumbres, en razón de que las uniones de hecho entre un varón y una mujer sin impedimento matrimonial, por su “apariencia de estado matrimonial”, pueden convertirse en cualquier momento en matrimonio, por ello se le confiere mayores derechos que nuestra legislación nacional.

INDICE

DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTO.....	iii
RESUMEN.....	iv
SUMMARY.....	vi
INTRODUCCIÓN.....	viii
INDICE.....	xiii

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1. Descripción del problema.....	15
2. Formulación del problema.....	18
2.1 Problema Principal.....	18
2.2 Problemas específicos.....	18
3. Formulación de objetivos.....	18
3.1.-Objetivo General.....	18
3.2.-Objetivos específicos.....	19
4. Formulación de hipótesis de investigación.....	19
Hipótesis General.....	19
Hipótesis específicos.....	19
5. Variables e indicadores.....	19
5.1.-Variable independiente.....	19
5.2.-Variable dependiente.....	19
5.3.-Variable Interviniente.....	20
6. Justificación e importancia.....	20
7. Limitaciones.....	21
8. Delimitaciones.....	21
9. Viabilidad.....	22

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

1. Antecedentes.....	24
2. Antecedentes Históricos.....	24
3. Bases Teóricas.....	27
4. Marco Legal.....	37
5. Legislación Comparada.....	45

6. Marco Conceptual.....	47
7. Definiciones Conceptuales.....	99

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

1. Tipo y nivel de investigación.....	100
2. Método y Diseño de la investigación.....	100
3. Población y muestra.....	101
4. Técnica e Instrumentos de recolección de datos.....	102
a. Descripción de las técnicas de investigación.....	102
b. Descripción de los instrumentos de investigación.....	102
5. Presentación, análisis e interpretación de resultados.....	103
6. Análisis sobre las uniones de hecho o concubinato.....	103
7. Análisis sobre la sociedad de gananciales.....	108
8. Análisis sobre la naturaleza jurídica del régimen patrimonial.....	111

CAPITULO IV

INTERPRETACION Y DISCUSION DE RESULTADOS DEL TRABAJO DE INVESTIGACION:

a. Análisis de frecuencias.....	115
CONCLUSIONES.....	130
RECOMENDACIONES.....	133
BIBLIOGRAFÍA.....	135
ANEXOS.....	138

CAPITULO I

EL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACION

1.- DESCRIPCION DEL PROBLEMA:

Al tratar este tema que constituye parte de la realidad peruana, es innegable que cada día en nuestra sociedad, más parejas vienen optando por vivir juntos en esta situación, sin pasar previamente por las oficinas de los Registros Civiles de una Municipalidad, ni menos por los salones de una iglesia y esta modalidad no es nueva ni exclusiva en nuestro país.

Por otro lado si nos ponemos a recordar que es lo que sucedía en la época incaica, encontraremos que en esa época ya existía el servinacuy, un matrimonio según muchos considerados a prueba, donde el hombre y la mujer hacían vida en común por un tiempo determinado, y si esta unión de convivencia no funcionaba, simplemente optaban por separarse ambos de mutuo propio.

Siendo así el concubinato o las uniones de hecho, constituyen una situación tan evidente de nuestra realidad en el país, a pesar de que está regulado por el código civil y reconocido constitucionalmente, **su regulación legal es mínima frente a la institución que es el matrimonio, puesto que se limita a poner condiciones para que se configure dicha unión y su respectivo régimen patrimonial.**

Si nos trasladamos en el marco constitucional a revisar que es lo que sucedió en las últimas dos constituciones, encontramos por ejemplo que en la de 1979 en su Art 9° decía. “La unión estable de un varón y una mujer, libre de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en

las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la propiedad de gananciales en cuanto es aplicable”;

Por otro lado en la actual constitución del 1993 vigente hasta la fecha, prescribe en el Art. 5 **“la unión de hecho de un varón y de una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujetas al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”**

Como apreciamos en ambas cartas magnas del estado Peruano, son similares en cuanto a la relación del concubinato, sin embargo en la actual Constitución que nos ampara desde el año 1993 suprimen las condiciones tiempo y demás que determina la ley que nunca se dio durante la vigencia de la anterior Constitución, y si coinciden ambas en exigir que la pareja deban encontrarse libres de todo tipo de impedimento matrimonial, la cual es muy importante porque se estaría impidiendo que parejas que tengan un ligamento anterior no tengan ese derecho (concubinato sanción o ilegal).

Igualmente ambas Constituciones regulan únicamente el aspecto patrimonial.

Nos preguntamos ¿y por qué no conceder el derecho a la vocación hereditaria del conviviente supérstite cuando fallece el compañero (a) de su vida?, Y por qué no amparar al conviviente abandonado con una pensión de alimentos, cuando su pareja decide retirarse del hogar, cosa que si ocurre con los casados?

Como podemos analizar de ambas normas constitucionales, inferirnos si el Derecho esta para regular o no hechos sociales, debe entonces, contemplar las situaciones que nos hemos planteado en las formas interrogativas.

De otro lado, la ley sustantiva, si trata con bastante amplitud el matrimonio; tal es así que el Código Civil vigente regula dicha institución en un sin número de

artículos y que le otorga casi todos los derechos caso que no sucede con las uniones de hecho. Lo define, habla de la promesa de matrimonio, precisa los requisitos para la celebración, impedimentos, prohibiciones, invalidez, de los deberes y derechos entre los conyugues, sobre el régimen patrimonial, del decaimiento y disolución, etc.

Dentro de esta realidad, también es que analizamos que es lo que sucede cuando se presenta las uniones de hecho o convivencia en relación a la sociedad de gananciales, como es conocido dentro de marco del derecho, en la sociedad de gananciales los bienes que ambos conyugues tienen al momento de realizarse el matrimonio se constituye en un solo patrimonio es decir pertenecen a la sociedad de gananciales, la que fenece al terminarse esta, en cambio para la convivencia no es tácito, inclusive se llega previamente a declararse judicialmente esta unión de hecho después de un proceso judicial que genera costo de tiempo y dinero.

Las legislaciones modernas de las cuales no se excluye la peruana, trata este tema delineando cuales son los bienes propios y comunes, así como las limitaciones a la realización de actos que conlleven a la disposición de dichos bienes; pero el problema aun no explicitado se refleja en la aplicación de este régimen legal en las situaciones de hecho como es el concubinato.

No obstante ello, el tema es tratado en nuestro Código Civil vigente en el Art; 326 (uniones de hecho), donde se señala que la Unión de Hecho voluntariamente realizada por un varón y una mujer libre de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales en cuanto le fuera aplicable, siempre que dicha unión hubiera durado por lo menos dos años continuos.

Pero en nuestra realidad y desde el Código Civil derogado antes del vigente, se ha utilizado esta figura jurídica, se han reconocido las uniones de hecho y las consecuencias entre las que la practican como régimen de vida; es muy poco lo que se ha logrado por falta de voluntad política de nuestros legisladores, **de allí el interés en plantear este tema como una solución justa a la unión de las parejas que no adoptan el matrimonio como una opción de estado, sobre todo para la mujer que es siempre o casi siempre, la parte más afectada económica y moralmente al concluirse una situación irregular para nuestra legislación.**

2.- FORMULACION DEL PROBLEMA:

2.1.- Problema principal

¿De qué manera las uniones de hecho tienen garantizada su participación en las sociedades de gananciales según los magistrados, abogados, estudiantes dentro del marco de la normatividad civil peruana?

2.2.- Problemas específicos

1.- ¿De qué manera las uniones de hecho o concubinato carencial o legal genera sociedad de gananciales: Patrimonio común, derechos y deberes?

2.- ¿De qué manera el concubinato sanción o ilegal genera sociedad de gananciales: patrimonio común con derechos y deberes.

3.- FORMULACION DE OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION:

3.1.- Objetivo General

Conocer los alcances de la legislación y normatividad peruana sobre la participación en la sociedad de gananciales de las uniones de hecho o concubinato.

3.2.- Objetivos Secundarios

a.- Analizar como el concubinato carencial o legal generan sociedad de gananciales: Patrimonio común con derechos y deberes.

b.- Analizar la forma en que el concubinato sanción o ilegal generan sociedad de gananciales: Patrimonio común con derechos y deberes.

4.- FORMULACION DE HIPOTESIS DE LA INVESTIGACION:

4.1.- Hipótesis General

Las uniones de hecho o concubinato generan sociedad de gananciales en lo que respecta al patrimonio común con derechos y deberes cuando es reconocido judicialmente dicha convivencia.

4.2.- Hipótesis específicos

- a) Las uniones de hecho o concubinato carencial o legal generan sociedad de gananciales: patrimonio común con derechos y deberes de manera judicial.
- b) Las uniones de hecho o concubinato sanción o ilegal no generan sociedad de gananciales ni patrimonio en común ni derechos y deberes.

5.- VARIABLES E INDICADORES:

5.1 Variable independiente.

X. CONCUBINATO

Dimensiones:

X1 Concubinato carencial o legal

X2 Concubinato sanción o ilegal.

5.2 Variable dependiente

Y. SOCIEDAD DE GANANCIALES

Dimensiones:

Y1. Patrimonio común

Y2. Deberes y derechos.

5.3 Variable interviniente:

Z. EL SIRVINACUY

6.-JUSTIFICACION E IMPORTANCIA:

6.1.- Justificación

Esta investigación se lleva a cabo. Debido al interés que existe por conocer si el concubinato constituye un fenómeno social, cultural o económico en el país; y determinar por qué la ley (código Civil) lo trata superficialmente en un par de artículos la unión de hecho en cambio a la institución jurídica del matrimonio se le da mayor abundamiento y esto es justificación para realizar el presente trabajo, por el cual se hace necesario proponer mejoras legislativas sobre el particular para la protección jurídica de todas las uniones de hecho y que estas generen una sociedad de bienes sujetos al régimen de la sociedad de gananciales, sin necesidad de su reconocimiento judicial.

6.2.- Importancia

La presente investigación es de mucha importancia porque, tanto a nivel nacional como en la provincia de Andahuaylas, se da en grandes proporciones, y además, porque es muy necesario dotar de una adecuada legislación más integral que contemple a mayor profundidad el concubinato y su protección jurídica basada en el principio de igualdad de derechos porque la convivencia cumplido los requisitos establecidos en la norma, debe reconocerse de puro derecho sin que exista ninguna limitación ni proceso judicial de declaración judicial de unión de hecho para tener derechos patrimoniales, solo basta la convivencia por más de dos años en forma consecutiva y libres de impedimento matrimonial.

7.- LIMITACIONES:

Dentro del desarrollo de la presente investigación no existió ninguna limitación que afectó su perfecto desarrollo, por cuanto se cumplirá su finalidad.

8.-DELIMITACIONES EN LA INVESTIGACION:

Ante la problemática planteada para este estudio sobre las uniones de hecho y las sociedades de gananciales; la investigación metodológicamente la hemos delimitado en los siguientes aspectos:

a. Delimitación espacial

- Se llevó a cabo en la ciudad de Andahuaylas a nivel del módulo básico de justicia de Andahuaylas y la sala Mixta descentralizada e itinerante de la provincia de Andahuaylas y Chincheros de la Corte Superior de justicia de Apurímac.

b. Delimitación Temporal

- Dada la importancia del tema y por la forma en que se ha planteado, la investigación reúne las características de actualidad, y nos circunscribiremos a trabajar en el ámbito que señala el Código Civil vigente de 1984, sus modificatorias hasta la fecha y la Constitución Política del Perú de 1993.

c. Delimitación Social

- Se trabajó en cuanto a encuestas y entrevistas con personal magistrados y especialistas en este campo del derecho; así como también con abogados, estudiantes de derecho de los últimos ciclos y con parejas que se encuentran en situación de convivencia y los que se han separado por diferentes causas.

d. Delimitación Conceptual

(1) CONCUBINATO O UNION DE HECHO

“La palabra concubinato alude etimológicamente a la comunidad de hecho. Es así una voz que sugiere una modalidad de las relaciones sexuales mantenidas fuera del matrimonio, como una expresión de la costumbre” (Enciclopedia Jurídica OMEBA, editora Bibliográfica Argentina, 1979, p 116).

Por otro lado sobre dicho termino, VALVERDE, EMILIO en la obra “EL DERECHO DE FAMILIA EN EL CODIGO CIVIL PERUANO”, citado por CORNEJO CHAVEZ Héctor en su obra DERECHO PERUANO, 4TA. EDICION, 1982, P 34, Lima- Perú; señala lo siguiente “la convivencia habitual, esto es continua y permanente, desenvuelta de modo ostensible, con la nota de honestidad o fidelidad de la mujer y sin impedimento para transformarse en matrimonio”.

(2) SOCIEDAD DE GANANCIALES

“Sociedad que por disposición de la ley existe entre el marido y la mujer desde el momento de la celebración del matrimonio hasta su disolución, en virtud de la cual se hacen comunes de ambos conyugues los bienes gananciales, de modo que después se parten por mitad entre ellos o sus herederos, aunque el uno hubiera traído más capital que el otro, se llama conyugal” (Guillermo CABANELLAS-DICCIONARIO DE DERECHO USUAL, Tomo IV, 9na, Edición Buenos Aires_ Argentina, 1976, p, 676)

9.- VIABILIDAD:

Luego de haberse descrito la problemática del estudio y planteado las interrogantes, objetivos y conocerse las teorías y marco legal en el cual se

desarrollara el trabajo; consideramos que si es viable llevar a cabo dicha investigación, en vista que no demandara el empleo de demasiados costos, ni menos la aplicación de técnicas especializadas.

CAPITULO II

MARCO TEORICO

1.- ANTECEDENTES RELACIONADOS CON LA INVESTIGACION:

Como parte del trabajo de investigación, se consultó diferentes facultades de derecho y Escuela de Post-Grado a nivel de las Universidades, estableciéndose que con relación al tema específico materia de estudio no existen trabajos que hayan abordado en forma directa, específica y objetiva sobre el problema planteado; por lo cual tomando estas consideraciones se estima que la investigación reúne las condiciones temáticas y metodológicas suficientes para ser considerada de interés local, regional y nacional.

2.- ANTECEDENTES HISTORICOS:

A nuestro entender, el origen del concubinato como fenómeno social es tan remoto como la misma evolución del hombre, pues el instinto genésico de la procreación es anterior a cualquier sistema normativo. Era un hecho natural general.

Como institución, el concubinato debe su nombre, legalmente admitido, a la ley Julia de Adulteris, dictada por Augusto en el año 9 d. c. Con antelación a esa ley, que lo definió y lo reguló, el concubinato era un hecho ajeno a toda previsión legal, y a la mujer que integraba la unión irregular, se llamaba entonces *pellex*.

Con las disposiciones de la ley de Julia y de la ley Papia Poppeae, el concubinato adquiría el carácter de una institución legal que vio reafirmada su condición cuando en la compilación de Justiniano, se insertaron los

títulos de concubinos que le dieron su legislación con una reglamentación minuciosa.

Dentro de las características de esa legislación romana, podemos resaltar que tenía notorias semejanzas con el matrimonio legítimo o *justum matrimonium*, unión concertada conforme a las reglas del Derecho Civil. Así, el concubinato presupone la habilidad sexual, es decir, la pubertad, y excluye la posibilidad de mantener relaciones con más de una concubina como igualmente, que un hombre casado pueda, además, vivir en concubinato.

El derecho de suceder de la concubina era sumamente restringido, y tuvo vigencia recién a partir de Justiniano, quien le concedió vocación en las sucesiones ab-intestato.

Los emperadores cristianos combatieron el concubinato y procuraron que los concubenarios concertase el *justae nuptiae*. Sin embargo, subsistió como institución legal, y fue admitido por la Iglesia, que en el Concilio de Toledo (año 400) prohibió en su canon IV la posesión de esposa y concubina, pero permitió la unión monogámica.

En el caso de nuestro País, es una institución consagrada desde el Incanato y conservada en su estructura familiar y de obligación moral, especialmente en la región de la sierra, donde no es tan frecuente el matrimonio civil.

En efecto, una de las formas de uniones de hecho es el **servinacuy**, que es llamado también matrimonio de prueba, que es muy arraigado en los pobladores de nuestros andes. Es una costumbre ancestral, cuyo -origen puede remontarse al Incanato.

Milagros Terry¹, señala que las parejas andinas viven en *servinacuy* y que para ello se celebra un rito a partir del cual quedan unidos. Dice que es un

¹ TERRY GAMARRA, Milagros: Revista del Foro, Año LXXX N° 2, p.161-171.

proceso que al menos tiene tres etapas: primero, el conocimiento de los jóvenes entre sí; luego el rito o ceremonia de aceptación y finalmente la situación post-ritual.

Precisa las características de cada fase, señalando que la primera etapa es de enamoramiento o "mununakuy", consiste en una serie de acciones por parte del joven, buscando conquistar a la mujer.

En la siguiente etapa, existiendo ya el acuerdo entre los contrayentes, el novio comunica a sus padres la noticia, quienes se preocuparán de los preparativos para la realización del servinacuy. Luego envían un emisario a la casa de los padres de la novia a fin de informarles sobre la visita del novio y sus padres. Se produce una conversación entre los padres de los novios, al final del cual el padre de la joven decide o no entregar a su hija en servinacuy. Si es aprobada la petición, la ceremonia termina en una fiesta.

Después de la ceremonia, se hace vida en común pueden vivir en la casa de los padres del novio o de la novia o en una casa aparte.

Si no existe comprensión en la pareja formada, podrá procederse al repudio o la separación y objetivamente no se presentará ninguna dificultad para la ruptura. Los productos que puedan haber sido adquiridos durante el periodo del servinacuy, deberán ser entregados por el varón al padre de la mujer, en pago por el servicio que esta le ha prestado, incluyendo entre ellos a los hijos.

Esta realidad peruana es muy similar en los países latino americanos, apreciándose con mayor nitidez de antigüedad en Bolivia y Argentina.

Legalmente, tanto en el Perú como en otros países, y esta la entrada en vigencia de la Constitución de 1979 (28 de Julio de 1980), el concubinato no generó efectos jurídicos, salvo la filiación extramatrimonial, Llamada

anteriormente filiación ilegítima, donde se reducía la cuota hereditaria del hijo extramatrimonial a la mitad de la cuota del hijo matrimonial.

3.- BASES TEORICAS:

3.1.- TEORIA SOCIOLOGICA.

La sociedad peruana ha estado por mucho tiempo influenciada por la religión católica, razón por la cual el matrimonio era considerado la única forma moral y legal de constituir una familia, y cualquier tipo de relación que no fuera constituida de esta forma era mal vista y repudiada, pues se consideraba que estaba basada en un trato carnal, y por tal motivo fue ignorada social y jurídicamente. Es importante determinar las causas que generan el concubinato, no es posible calificarlo de moral o inmoral sin conocer la realidad de un país en un momento determinado. Tampoco es conveniente hacer referencia a legislaciones extranjeras, porque éstas no regulan las situaciones humanas semejantes a las de nuestro país. Muy frecuentemente se ha calificado al concubinato de inmoral **sin mayor investigación sociológica**, sin conocer la realidad social que llevó a conformar esa unión. Con el paso del tiempo y la transformación del comportamiento social, esta figura ha sido reconocida por nuestros ordenamientos jurídicos, dejando a un lado la influencia de la iglesia católica. El legislador tuvo que reflexionar sobre la necesidad social, al darse cuenta que cada día eran más las parejas que buscaban una familia en concubinato. Sin embargo, para la iglesia católica este tipo de uniones sigue siendo reprobado, pues considera que significa un desequilibrio para el matrimonio, y por ello ha tratado de intervenir indirectamente en las decisiones de los legisladores a nivel mundial, pues el Vaticano, en el año 2000, a través del Pontificio Consejo para la Familia, expidió un documento denominado: "Familia, matrimonio y uniones de hecho", en el cual se aprueba toda unión de hecho y exhorta a los legisladores a

no equiparar la institución del matrimonio con este tipo de uniones, señalando: “... el presente documento, en cuyas páginas se aborda una problemática actual y difícil, que toca de cerca la misma entraña de las relaciones humanas, la parte más delicada de la íntima unión entre familia y vida, las zonas más sensibles del corazón humano. Al mismo tiempo, la innegable trascendencia pública de la actual coyuntura política internacional, hace conveniente y urgente una palabra de orientación, dirigida sobre todo a quienes tienen responsabilidades en esta materia.

Son ellos quienes en su tarea legislativa pueden dar consistencia jurídica a la institución matrimonial, o por el contrario, debilitar la consistencia del bien común que protege esta institución natural, partiendo de una comprensión irreal de los problemas personales...”²

Como se puede apreciar, la iglesia católica descalifica totalmente cualquier unión que no sea la del matrimonio, a pesar de que la religión que más se profesa en nuestro país es la católica, lo que no ha sido impedimento para que este tipo de uniones se establezcan, lo cual quiere decir, que la iglesia no ha dejado de influir al menos en este aspecto, en las decisiones de las parejas que han decidido unir su vida en concubinato. Los motivos por los cuales una pareja decide unirse en concubinato, y no en matrimonio, pueden ser económicos o ideológicos. Económicos, porque en muchas ocasiones la pareja es joven y no cuenta con los recursos suficientes para solventar una boda;³ porque como es sabido, se acostumbra hacer una fiesta e invitar a familiares y amigos, razón por la cual se unen en concubinato, siendo así esta teoría sostiene el presente trabajo de investigación en el sentido de que lo sociológico ha predominado ante la ley y la

² www.vatican.va/index.htm octubre 20,2007.

³ Véase Chávez Ascencio Manuel, la familia en el derecho, relaciones jurídicas conyugales,³^a, ed. México, Porrúa, p.280.

iglesia que aún no tienen una concepción clara sobre las uniones de hecho que tiene la misma importancia que el matrimonio, para ello se tendrá que cumplir los requisitos que se establece y por ello en nuestro país existiendo diversidad de culturas y pensamientos se nota claramente que toda la sociedad en su conjunto sin distinción de estratos sociales utilizan el CONCUBINATO como una forma de unirse de hecho a su pareja para hacer vida en común como si se tratase del mismo matrimonio, la cual está permitido por la sociedad.

3.2.- TEORIA PSICOLOGICA.

En los últimos años muchas parejas de distintas edades se atraen, dicen amarse profundamente y deciden vivir juntos en lugar de casarse ya que no creen en el matrimonio y piensan que unos simples papeles no hacen la diferencia. Pero ¿qué hay detrás de no querer dar ese paso? ¿Qué representan realmente esos papeles?

Ocurre que esos documentos implican un "me juego por ti", un contrato y un pacto que se asume. El concubinato en cambio, significa un ir a ver qué tal funciona la relación, sería como probarse una ropa y si no me queda me cambio. Los partidarios de esta idea, simplemente quieren experimentar una emoción más sin meditar las responsabilidades de cada uno.

Varios pueden ser los motivos del rechazo al matrimonio, pero el principal constituye el TEMOR AL COMPROMISO, que debe existir antes de la llegada de los hijos. La gente tiende a evadir las obligaciones por eso huyen de los formalismos, los papeleos y se inclinan hacia la opción más sencilla que los libre de cualquier atadura.

Los novios toman la decisión de vivir juntos como algo muy ligero, como una aventura y no desde una perspectiva adulta. Es por esto que las relaciones de hoy ya no duran, las personas se unen sin llegar a conocerse a fondo. Para eso

existe el noviazgo, que debe servir como una etapa en la que se descubran los puntos en común los defectos y virtudes y recién ahí decidir si realmente queremos pasar el resto de nuestras vidas con ese alguien especial y luego contraer matrimonio, sino realiza el concubinato que es una institución jurídica admitida por la sociedad.

La psicóloga Espínola, indica que el rol de la pareja, es antes que nada, ser un amigo, un socio un compañero de vida que ayude a enfrentar los problemas. Es indispensable saber que ese ser amado está presente en los momentos difíciles para dar su apoyo o al menos para llorar juntos y compartir el dolor que cause una determinada situación.

Por otro lado, las discusiones también son necesarias y completamente normales. Cuando se involucran las emociones y chocan las ideas, ahí se pone a prueba al amor, pues para estar con alguien se requiere de una buena dosis de tolerancia. Se trata de amar a “pesar de”, cerciorarse de que la vamos a aceptar y aguantar sus defectos para siempre.

3.3.- TEORIA BIOLOGICA.

En el concubinato y con relación a los concubinarios está el derecho a heredar y el de exigir daños y perjuicios en caso y con las condiciones que el derecho fija. En nuestro medio, ya comentamos, la madre soltera ocupa un lugar importante en la constitución u origen de la familia y, por lo tanto, también se considera este hecho como fuente del estado de las personas; el concubinato crea relación de parentesco natural entre el hijo y sus progenitores, pero no hay parentesco alguno entre los concubinarios, respecto a los cuales existen algunos vínculos como son los relativos a los alimentos y a la sucesión legítima.

La procreación como hecho jurídico genera la filiación que se relaciona con el parentesco, pero independientemente del parentesco, este hecho atribuye a una

persona la calidad de soltero, hasta que por virtud del matrimonio cambia su estado familiar, es decir, la procreación genera para todos los nacidos el estado de familia de solteros.

Hecho el análisis anterior de lo que son las fuentes del estado de familia generado por las distintas figuras jurídicas antes expresadas, es necesario considerar lo siguiente, para determinar los efectos que se producen. La tesis tradicional del matrimonio. Es la de considerar el matrimonio como contrato ordinario desde que se separó el matrimonio civil del matrimonio religioso. Se ha considerado como contrato en el que existen tanto los elementos esenciales y de validez. Recuérdese al acto jurídico, no obstante, por diversos autores se ha sostenido que es falsa la tesis contractual (Bonnecase, Ruggiero), habiéndose también reconocido que aun cuando el matrimonio es una institución y constituye un acto complejo, tiene también carácter contractual (Planiol y Ripert).

3.4.- TEORÍA DE LA UNIFORMIDAD.

Esta teoría reconociendo a las uniones de hecho como un fenómeno social cierto y presente, que produce efectos jurídicos y que no puede ser ignorado, equipara al concubinato de forma plenaria con el matrimonio civil, brindándole a aquel sin hacer distinción alguna, todos los efectos jurídicos de este. Bastara para alcanzar dichos efectos, que se acredite la existencia, la permanencia y la estabilidad de la convivencia.

Esta teoría también se condice con la teoría de la no discriminación, manifestándose que no puede discriminarse ni a los concubinos, ni a los descendientes de estos, por el solo hecho de no existir vínculo matrimonial. Generalmente han asimilado esta teoría los países de influencia socialistas.

Para esta teoría, no puede establecerse un trato diferente entre individuos, considerándolos dentro de uno u otro grupo social, es inconciliable privilegiar a

un grupo sobre otro y más aún, es incompatible establecer diferencias entre uno u otro grupo social, desconociendo su análoga identificación.

Los críticos de esta teoría señalan que imponer a los concubinos el mismo tratamiento jurídico que a los consortes maritales, sería una forma de quebrantar su derecho a la libertad, pues estas personas en ejercicio de dicho derecho optaron por la convivencia *more uxorio* para desasirse de los derechos, obligaciones y formalidades del matrimonio. Así por ejemplo para Rafael Navarro, la regulación orgánica del concubinato supondría una doble desnaturalización: de la propia unión libre al hacer perder la libertad a los concubinos y, por otro lado la dilución de la familia matrimonial al equipararse ésta a la convivencia *more uxorio*⁴.

3.5.- TEORÍA NEGATIVAS.

Que a contrario sensu de la teoría de la uniformidad, son aquellas que no reconocen, ni otorgan ningún efecto jurídico a las uniones de hecho. Dentro de ellas encontramos las siguientes:

a.- Teoría Sancionadora

La teoría sancionadora que es la más radical de las antes indicadas, prohíbe y sanciona toda forma de concubinato, para esta teoría el concubinato pone en riesgo a la familia, al ser una unión frágil e informal, que puede terminar por el simple deseo de uno de los concubinos, en detrimento de su pareja convivencial y de los hijos nacidos de esta unión, para esta teoría por lo tanto, el concubinato es un verdadero peligro para la sociedad, para el matrimonio y debe ser erradicado, esta teoría radical sigue las ideas del Concilio de Trento, que en el pasado llegó a criminalizar a las uniones de hecho impropias y aun a las uniones de hecho propias.

⁴ VEGA MERE, Yuri. Las nuevas fronteras del Derecho de Familia. 3era. Edición. Edit., Motivensa. Lima, 2009. P. 67 **Apud**. NAVARRO-VALLS Rafael. Matrimonio y derecho. Tecnos, Madrid, 1995, pp. 82-89.

b.- Teoría de la Indiferencia

La teoría de la indiferencia, en cambio sigue las ideas napoleónicas, para esta teoría el concubinato simplemente tiene que ser ignorado, es inexistente para la norma, esta teoría se basa en ese viejo enunciado que ya hemos citado, por el cual se dice que así como los concubinos ignoran a la ley, la ley debe ignorar a los concubinos. En los países donde se ha aplicado esta teoría, han sido los jueces, es decir la jurisprudencia, la que ha debido determinar la solución a los conflictos originados al interior de las familias de hecho.

3.6.- TEORIA DE LA RETRACCION.

Esta teoría reconoce la existencia del concubinato y como fenómeno social real y palmario, le brinda ciertos efectos jurídicos muy limitados, principalmente de orden patrimonial, que procuren su no equiparación con la unión matrimonial.

Al momento de su dación, el Código Civil de 1984 acogió esta teoría, siguiendo los lineamientos de la Constitución Política de 1979, en esta no se condena a la convivencia *more uxorio*, no se le niega, ni se le ignora, más bien reconociendo que al interior de las uniones de hecho se producen relaciones familiares, es que se otorga a los concubinos efectos jurídicos personales y patrimoniales, con la característica precisa de la contracción o retracción, es decir de la limitación de estos efectos. Para la teoría de la retracción, la ley no puede desconocer, ni ignorar la relación de vida establecida entre los convivientes, debe protegerse a las partes débiles de las familias convivenciales, que comúnmente son la mujer y los hijos, razón por la que el concubinato debe ser reconocido por el derecho objetivo, pero de forma circunscrita, **lo cual implica impedir a los concubinos el acceso integral a los derechos matrimoniales**, pues estando esta teoría aun influenciada por el pensamiento

romano, es que el concubinato es visto todavía como una unión de segundo grado.

Esta teoría se resiste a asemejar jurídicamente a las uniones de hecho con los matrimonios civiles, pues originalmente el fin de la misma no es la equiparación de la unión de hecho con la unión matrimonial, sino la extirpación progresiva de aquella y la prevalencia de esta, en palabras menos extremas, busca desincentivar a las parejas de unirse en concubinato a través de la limitación de sus derechos personales y patrimoniales. Así decía Cornejo Chávez⁵, que el mero raciocinio parece conducir a la conclusión que en primer término se ha sugerido, esto es, a la necesidad de buscar la extirpación del concubinato y su sustitución por la unión matrimonial ajustada a la ley. En efecto, si lo que se pretendiera fuera prestar a los concubinos, a sus hijos y a los terceros las mismas garantías que la ley da a los casados, a su prole y a los terceros que contratan con la sociedad conyugal, se iría, en realidad, a establecer una segunda clase de matrimonio; idea que carece de sentido, porque para otorgar amparo al concubinato, habría que exigirle determinados requisitos referentes a su constitución y existencia y esos requisitos no podrían ser sino los mismos que se exige al matrimonio desde que se trata de prestar a aquel el mismo amparo que este.

3.7.- TEORIA DEL EQUILIBRIO.

Existiría una cuarta hipótesis, a la que nosotros hemos decidido llamar la teoría del equilibrio, también podríamos signarla como teoría de la proporción o teoría de la sensatez; que es la teoría a la cual creemos que viene asimilando nuestro Derecho de Familia actual, prueba de ello es el reconocimiento de derechos sucesorios o la pensión de viudez a los concubinos. Esta teoría propone que al

⁵ CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Ob. Cit. Pp.74-75.

ser las uniones de hecho un fenómeno recurrente en nuestra sociedad, al ser las mismas fuente de relaciones familiares y consecuentemente a ello, fuente de relaciones jurídicas, donde se producen efectos patrimoniales y personales similares al matrimonio; es que a fin de evitar situaciones injustas para los convivientes y a fin de brindarles seguridad jurídica, que en determinadas circunstancias deberán de resolver los conflictos de las uniones de hecho, aplicándose las mismas reglas jurídicas destinadas a los consortes maritales, al ser reglas más oportunas y eficaces, pues han tenido su origen en el Derecho de Familia y no así en el Derecho de Obligaciones, sin que esto signifique una paridad normativa entre ambas formas familiares.

Siguiendo las ideas de Guido Alpa, Yuri Vega Mere⁶ manifestaba que dentro de las actitudes asumidas por los juristas en cuanto a las familias de hecho, existe la actitud favorable proveniente 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, este autor señala que esta es la posición imperante en la doctrina italiana de hoy y que se va abriendo camino en otras latitudes, dado que no equipara la convivencia *more uxorio* a la familia matrimonial en todos sus aspectos.

Citaba este mismo autor, que 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*

⁶ VEGA MERE, Yuri. Ob. Cit. 50-51

coniugali, se intenta conferir determinados derechos a los concubinos que son reservados al matrimonio pero sin tomar a este 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 matrimonio⁷.

A pesar de esta realidad, nuestras normas civiles inicialmente han establecido límites muy restrictivos a los derechos personales de los convivientes, lo cual desprotegía a las personas de los concubinos y debilitaba a estas entidades familiares, en propia negación del Principio Constitucional de Protección de la Familia, es por ello que sin brindar a las uniones de hecho el mismo tratamiento jurídico que se brinda a las uniones matrimoniales y sin olvidar el rol del estado de promover el matrimonio, como forma familiar deseada por la sociedad, que a través de la teoría del equilibrio se propugna hacer extensivos a los concubinos, derechos que originalmente que estaban reservados con exclusividad para los cónyuges, tal y como viene sucediendo recientemente en materias previsional, laboral y civil. Esta protección a la convivencia more uxorio no tiene como fin equiparar jurídicamente al concubinato con el matrimonio, ni desnaturalizar a este último, su fin es más bien brindar seguridad jurídica a la persona de los concubinos y dar bienestar a las uniones estables, entendiendo que las soluciones a los conflictos surgidos al interior de las uniones de hecho, encuentran mayor eficiencia en la aplicación por analogía del derecho intrínseco de su semejante, que son las uniones matrimoniales.

⁷ Ibid. P. 68

4.- MARCO LEGAL:

A.- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ 1993

ARTICULO 4°

La Comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la Familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

La forma de matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la Ley.

ARTICULO 5°

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

B.- CÓDIGO CIVIL VIGENTE 1984

1.- Artículos del Código Civil relacionado con el Concubinato o Unión de Hecho.

ARTICULO 240°. (Efectos de la ruptura de los esponsales)

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

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

Dentro de una misma plaza cada uno de los prometidos puede revocar las donaciones que haya hecho a favor del otro por razón del matrimonio

proyectado. Cuando no sea posible la restitución, se observa lo prescrito en el artículo 635.⁵

ARTICULO 326° (UNIONES DE HECHO)

La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita, La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este Último caso el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero par concepto de indemnización o una pensión de alimentos además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedades de gananciales. Tratándose de la Unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido.

ARTICULO 402°

La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: Inc. 3.- Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casado entre si hacen vida de tales.

2.- Artículos del Código Civil Peruano relacionado con la sociedad de gananciales.

ARTICULO 301°

En el régimen de sociedad de gananciales puede haber bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad.

ARTICULO 302°

Son bienes propios de cada cónyuge:

Los que aporte al iniciarse el régimen de sociedad de gananciales.

Los que adquiera durante la vigencia de dicho régimen a título oneroso, cuando la causa de adquisición ha precedido a aquella.

Los que adquiera durante la vigencia del régimen a título gratuito.

La indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades, deducidas las primas pagadas con bienes de la sociedad.

Los derechos de autor e inventor.

Los libros, instrumentos y útiles para el ejercicio de la profesión o trabajo, salvo que sean accesorios de una empresa que no tenga la calidad de bien propio.

Las acciones y las participaciones de sociedades que se distribuyan gratuitamente entre los socios por revaluación del patrimonio social, cuando esas acciones o participaciones sean bien propio.

La renta vitalicia a modo gratuito y la convenida a título oneroso cuando la contraprestación constituye bien propio.

Los vestidos y objetos de uso personal, así como los diplomas, condecoraciones, correspondencias y recuerdos de familia.

ARTICULO 303°

Cada cónyuge conserva su libre administración de sus bienes propios y puede disponer de ellos o gravarlos.

ARTICULO 304°

Ninguno de los cónyuges puede renunciar a una herencia o legado o dejar de aceptar una donación sin el consentimiento del otro

ARTICULO 305°

Si uno de los cónyuges no contribuye con los frutos o productos de sus bienes propios al sostenimiento del hogar, el otro puede pedir que pasen a su administración, en todo o en parte. En este caso, está obligado a constituir hipoteca y si carece de bienes propios, otra garantía, si es posible según el prudente árbitro del Juez por el valor de los bienes que reciba.

ARTICULO 306°

Cuando uno de los cónyuges permite que sus bienes propios sean administrados en todo o en parte por el otro, no tiene este sino las facultades inherentes a la mera administración y queda obligado a devolverlos en cualquier momento a requerimiento del propietario.

ARTICULO 307°

Las deudas de cada cónyuge anteriores a la vigencia del régimen de gananciales son pagadas con sus bienes propios a menos de que hayan sido contraídas en beneficio del futuro hogar, en cuyo caso se pagan con bienes sociales a falta de bienes propios del deudor.

ARTICULO 308°

Los bienes propios de uno de los cónyuges no responden de las deudas personales del otro, a menos que se pruebe que se contrajeron en provecho de la familia.

ARTICULO 309°

La responsabilidad extracontractual de un conyugue no perjudica al otro en sus bienes propios ni en la parte de los de la sociedad que le correspondan en caso de Liquidación. (Modificado por Primera Disposición Modificatoria del D. Leg. N° 726-Código Procesal Civil del 29 FEB 92, vigente a partir del 01 de enero de 1993).

ARTICULO 310°

Son bienes sociales todos los no comprendidos en el Artículo 302 incluso los que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión, así como los frutos y productos de todos los bienes propios y de la sociedad y las rentas de los derechos de autor e inventor. También tienen la calidad de bienes sociales los edificios construidos a costa de caudal social en el suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose a este el valor del suelo al momento de reembolso.

ARTICULO 311°

Para calificación de los bienes, rigen las reglas siguientes:

- Todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario.
- Los bienes sustituidos o subrogados a otros se reputan de la misma condición de los que sustituyeron o subrogaron.
- Si vendidos algunos bienes, cuyo precio no consta haberse invertido, se compran después otros equivalentes, se presumen, mientras no se prueba lo contrario, que la adquisición posterior es hecha con el producto de la enajenación anterior.

ARTICULO 312°

Los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí respecto de los bienes de la sociedad.

ARTICULO 313°

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

ARTICULO 314°

La administración de los bienes de la sociedad y de los propios de uno de los cónyuges corresponde al otro en los casos del artículo 294, inciso 1 y 2. Si uno de los cónyuges ha abandonado el hogar, corresponde al otro la administración de los bienes sociales.

ARTICULO 315°

Para disponer de los bienes sociales o gravarlas, se requiere intervención del marido y la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitar la facultad, si tiene poder especial del otro.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges, Tampoco rige en los casos considerados en las leyes especiales.

ARTICULO 316°

Son de cargo de la sociedad:

- El sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes.
- Los alimentos que uno de los cónyuges este obligado por ley a dar a otras personas.
- El importe de lo donado o prometido a los hijos comunes por ambos cónyuges.

- Las mejoras necesarias y las reparaciones de mera conservación o mantenimiento hechas en los predios propios, así como las retribuciones y tributos que los afecten.
- Las mejoras Útiles y de recreo que la sociedad decida introducir en bienes propios de uno de los cónyuges con consentimiento de este.
- Los atrasos o créditos devengados de las obligaciones a que estuviesen afectos tanto los bienes propios como los sociales, cualquiera que sea la época a que correspondan.
- Las cargas que pesan sobre los usufructuarios respecto de los bienes propios de cada cónyuge.
- Los gastos que cause la administración de la sociedad.

ARTICULO 317°

Los bienes sociales y, a falta o por insuficiencia de estos, los propios de ambos cónyuges, responden a prorrata de las deudas que son de cargo de la sociedad.

ARTICULO 318°

Fenece el régimen de la sociedad de gananciales:

- Por invalidación del matrimonio
- Por separación de cuerpos
- Por divorcio
- Pos declaración de ausencia.
- Por muerte de uno de los conyugues
- Por cambio de régimen patrimonial.

ARTICULO 319°

Para las relaciones entre los cónyuges se considera que el fenecimiento de la sociedad de gananciales se produce en la fecha de la muerte o de la

declaración de muerte presunta o de ausencia; en la de notificación con la demanda de invalidez del matrimonio, de divorcio, de separación de cuerpos o de separación judicial de bienes; y en la fecha de la escritura pública, cuando la separación de bienes; se establece de común acuerdo.

Respecto a terceros, el régimen de sociedad de gananciales se considera fenecido en la fecha de la inscripción correspondiente en el registro personal.

ARTICULO 320°

Fenecida la sociedad de gananciales, se procede de inmediato a la formación del inventario valorizado de todos los bienes. El inventario puede formularse en documento privado con firmas legalizadas, si ambos cónyuges o sus herederos están de acuerdo. En caso contrario, el inventario se hace judicialmente. No se incluye en el inventario el menaje ordinario del hogar en los casos del artículo 318°, inciso 4 y 5, en que corresponden al cónyuge del ausente o al sobreviviente.

ARTICULO 321°

El maneje ordinario del hogar no comprende:

- Los vestidos y objetos de uso personal.
- El dinero.
- Los títulos valores y otros documentos de carácter patrimonial
- Las joyas.
- Las medallas, condecoraciones, diplomas y otras distinciones.
- Las armas.
- Los instrumentos de uso profesional u ocupacional.
- Las colecciones científicas o artísticas.
- Los bienes culturales-históricos.
- Los libros, archivos y sus contenedores.

-Los vehículos motorizados.

-En general, los objetos que no son de uso doméstico.

ARTICULO 322°

Realizando el inventario, se pagan las obligaciones sociales y las cargas y después se reintegra a cada cónyuge los bienes propios que quedaren.

ARTICULO 323°

Son gananciales los bienes remanentes después de efectuados los actos indicados en el artículo 322°. Los gananciales se dividen por mitad entre de ambos cónyuges o sus respectivos herederos.

5.- LEGISLACION COMPARADA:

En materia legislativa citaremos a los países que mayores aportes han dado para legitimar el concubinato y son:

a. Bolivia.

El art.158 del Código de Familia de Bolivia de 1973 define la unión conyugal libre o de hecho como la situación en la que el varón y la mujer sin impedimentos matrimoniales, y en forma voluntaria, constituyen hogar y hacen vida en común en forma estable y singular.

El art.159 del Código citado, prescribe textualmente: "Las uniones conyugales libres o de hecho que sean estables y singulares, producen efectos singulares al matrimonio, tanto en las relaciones personales como patrimoniales de los convivientes. Pueden aplicarse a dicha unión las normas que regulan los efectos del matrimonio en la medida compatible con su naturaleza, sin perjuicio de las reglas particulares que se dan a continuación...".

b. Panamá

c. El art. 1° de la Ley de la República de Panamá, dictada el 12.12.56, establece que "La unión de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio mantenida durante 10 años consecutivos, en condiciones de singularidad y estabilidad surtirá todos los efectos del matrimonio civil.

c. Paraguay

El art.281°del Proyecto del Código Civil para el Paraguay de 1964, elaborada por el Dr. Luis de Gásperi, confiere "Efectos Jurídicos a la unión de hecho concertada entre un hombre y una mujer exentos de los impedimentos para contraer legítimas nupcias, con el fin de vivir juntos bajo un mismo techo, compartir la misma mesa y lecho, procrear, alimentar, educar a los hijos habidos de su unión y auxiliarse mutuamente, mantenida en forma pública y consecutiva por más de cinco años siempre que ellos hubiesen fundado hogar y que ambos se hallan tratado como tales antes sus parientes y relaciones sociales."

d. Guatemala

El art.2 primera parte del Estatuto de las Uniones de Hecho de Guatemala de 1947, literalmente dice: "Las uniones verificadas y mantenidas públicamente por los elementos de raza indígena, celebradas de acuerdo con sus costumbres, tradiciones o ritos, se tienen como uniones de hecho y gozan de los derechos establecidos en la presente ley, aun cuando no hayan cumplido el tiempo previsto en el artículo anterior (tres años)

6.-MARCO CONCEPTUAL:

6.1 Las Uniones de Hecho o Concubinato Al tratar este tema muy arraigado en el Perú, CORNEJO CHAVEZ, Héctor ⁸, nos explica que debajo de la unión legal, que es el matrimonio existe la de hecho que es el concubinato.

La poca atención que la doctrina suele dedicar a esta figura y la forma fragmentaria y dispersa con que es tratada en la mayoría de legislaciones hacen que las características y consecuencias de la misma no aparezcan con entera claridad.

Puede, empero distinguir dos acepciones de la palabra concubinato, una amplia, según la cual lo habrá allí donde un varón y una mujer hagan sin ser casado vida de tales y otra, restringida que exige la concurrencia de ciertos requisitos para que la convivencia material sea tenida por concubinaria.

En el primer sentido, el concubinato puede darse entre personas libres o atadas ya por vínculo matrimonial con distintas personas o tenga impedimento para legalizar su unión o no lo tengan, dicha unión ostensible o no lo sea, pero siempre que exista un cierto carácter de permanencia o habitualidad en la relación. Quedan en consecuencia excluidos del concubinato, aun entendido este en su acepción amplia, la unión sexual esporádica y el libre comercio carnal.

En sentido restringido, el concubinato puede conceptuarse como la convivencia habitual, esto es, continua y permanente, desenvuelta de modo ostensible, con la nota de honestidad o fidelidad de la mujer y sin impedimento para transformarse en matrimonio de donde se infiere que no solamente la relación sexual esporádica y el libre comercio carnal, sino

⁸ CORNEJO CHAVEZ Héctor. DERECHO FAMILIAR PERUANO, Editorial Gaceta Jurídica 10ma. Edición Lima-Peru,1999,p.63

también la convivencia violatoria de alguna insalvable disposición legal relativa a los impedimentos para contraer matrimonio, queda excluida del concepto de concubinato.

En cuanto a su origen y evolución, el concubinato tiene un origen remoto, pues se admitió ya, como institución legal, en el código de Hammurabi que es el más antiguo que se conoce (2000 a.c.), pero no ha tenido siempre las mismas características, ni ha sido acogido en todos los pueblos y épocas en análogas condiciones legales. En Roma el concubinato fue regulado por el Jusgentium, con la tolerancia de Derecho Civil y alcanzo su mayor difusión a finales de la Republica. Se originó esta forma de convivencia por Las restricciones puestas al Jusconnubi y sobre todo al decir de Pacchioni, por la corrupción de las costumbres y la aversión cada día mayor hacia el matrimonio.

Es interesante hacer notar que el concubinato, aunque poco honroso para quienes lo practican y especialmente para la mujer (que perdía, si era ingenua y honrada la consideración social y el título de mater familia), no tenía entre los romanos el carácter de ilícito ni era practicado arbitrariamente, sino que estaba sometido a ciertas reglas. Así, la concubina era susceptible a la pena de adulterio, el parentesco en determinados grados producía impedimento y regia el principio monogamico etc.

Sin embargo, no era un matrimonio, pese a que la existencia de ciertas normas ha permitido que se califique a veces como un matrimonio inferior o de segundo orden. Porque no había entre los concubinos vínculo matrimonial, no tomaban estos las calidades de Vir y Uxor, ni existía dote; ni la mujer entraba en la familia del marido; ni tenía el padre potestad sobre los hijos; ni adquirirían estos la categoría de Justi-liberi, aunque poco era spuri, sino

naturales Jibed, ni podían pretender derecho alguno a la sucesión de los bienes paternos, ni eran precisos el divorcio o el acta de repudio, sino la mera voluntad de las partes y aun de uno solo de ellas, para poner fin a la relación concubinaría.

Entre los germanos existió también el concubinato, sobre todo para las uniones entre libres y siervos, de desigual condición pero después fue sustituido por el matrimonio de mano izquierda o morganático, en virtud del cual la mujer de condición inferior no participaba en los Mules de range del marido y los hijos seguían en condición de la primera sin heredar a este.

El concubinato subsistió en el curso de la Edad Media no obstante la creciente oposición del cristianismo. Así, en España lo consagraron a antiguas costumbres y aun ciertas disposiciones legales.

Distíngase dice Escriche “Tres clases de enlace de varón y mujer autorizados o tolerados por la ley: El matrimonio de bendiciones celebrado con la solemnidad de derecho y consagrado por la religión, el matrimonio a yuras o juramentado, que era legitimo pero clandestino, y la barraganía que era propiamente un concubinato fundado en un contrato de amistad y compañía cuyas principales condiciones eran la permanencia y la fidelidad”.⁹

De las disposiciones contenidas de los diversos fueros se desprende, que la barraganía obtenida (del árabe Barra, que significa fuera, y el castellano gana o ganancia; ganancia obtenida fuera del matrimonio), no tuvo al principio caracteres definidos, pero las partidas las reglamentaron tomando ciertas normas del derecho Romano, como la del principio monogámico, las referentes a algunos impedimentos derivados del parentesco la que de los gobernadores de provincias no podían tomar en ellas mujer y si barraganas,

⁹ ESCRIBE, Joaquín DICCIONARIO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA, p.120.

etc., e introduciendo otras nuevas, como la de que para ser barragana la mujer debía ser tal que no hubiese impedimento para casarse con ella, la que tanto se podía tomar entre las siervas y libertas, como entre las ingenuas, etc. Siendo el sacramento del matrimonio la Única forma lícita de unión sexual, la iglesia católica comenzó por mirar con cautela la extendida costumbre del concubinato y luego formuló contra la más abierta condenación ya en los primeros tiempos del cristianismo, San Agustín había sentenciado *Competitibus dico fornicar vobis non licet, sufficiant vobis uxores, et si non habetis uxores, tamen non licet habere concubinas*.

En 1228, al celebrarse el Concilio de Valladolid con asistencia de los prelados de Castilla y León, la barraganía fue objeto de especial reprobación y el concilio de Trento dispuso la excomunión para los concubinos que no mudaran inmediatamente de conducta.

El derecho moderno muestra aun ciertos vestigios del antiguo en materia de concubinato. En Alemania por ejemplo, le admitió la Ley de 1875, aunque restringido a los individuos de las casas soberanas y el código de Guillermo (1900), que lo rechaza, deja sin embargo, a salvo los efectos de la autonomía reservada a determinadas familias.

El concubinato sigue siendo en la actualidad, sobre todo en algunos países, un serio problema sociológico y jurídico. Más aun en una modalidad que empieza a tener significación en los países más industrializados, en los que el progreso científico, tecnológico y económico parece correr parejas con cierta descomposición moral, típica por lo demás, de las épocas de decadencia de las culturas. En efecto mientras en otros lugares del mundo actual el concubinato suele originarse en el bajo nivel cultural, la estrechez económicas o las costumbres, en algunos de los más avanzados se registra,

junto con estos casos, el de la unión de hecho deliberadamente elegida por hombre y mujeres de alto nivel cultural, como una expresión de repudio del orden-tradicional o anhelo de una extendida "liberación".

El fenómeno no es enteramente nuevo en la historia, pero presenta al derecho un problema de solución más difícil que la ya difícil de los casos ordinarios del concubinato.

Empero, no son muchas las legislaciones que se ocupan de este fenómeno acaso porque comparten la opinión de los codificadores Franceses en el sentido de que si los concubinos prescinden voluntariamente la ley y se colocan a sabiendas al margen de garantías que ello ofrece, esta debe, recíprocamente despreocuparse de los concubinos.

Entre las legislaciones que se ocupan del concubinato, hay algunas que lo prohíben y sancionan y otras que al contrario brindan a la concubina y a sus hijos ciertos derechos. A este último grupo pertenece la ley Mexicana que reconoce a la concubina dentro de la paternidad y de hacer valer una presunción de filiación en favor de los hijos.

En el Brasil, la ley equipara para los efectos de las obligaciones resultantes de los accidentes de trabajo, la concubina a la esposa legítima y en el mismo terreno, un acuerdo Municipal de Bogotá otorga a la concubina, en ciertos casos, un derecho al seguro del empleado u obrero.

Hay en fin, legislaciones que no aluden directamente al concubinato, Pero la hacen indirectamente, como cuando determinan que no hay impedimento matrimonial si uno de los pretendientes ha mantenido relaciones sexuales con algún ascendiente o descendiente del otro.

Por otro lado cuando nos referimos a la doctrina y el concubinato, deja esclarecido que el concubinato no es solo un fenómeno histórico, sino un

hecho en todas o la mayoría de las sociedades modernas, el primer problema, **que la doctrina ha de resolver es el de si la ley debe ocuparse de él, para regularlo en la forma que mejor convenga con la justicia y el interés social**, o si, atenta sus consecuencias, es preferible que lo ignore, como hace la mayoría de las legislaciones.

Ahora bien, si se considera, de un lado, que el derecho y la ley son fenómenos sociales, concebidos y dictados en vista de una realidad determinada que deben gobernar y encausar y si, de otro lado, se tiene en cuenta, que cualquiera que sea la apreciación que se haga del concubinato, la Única manera de rodearlo de garantías o de proveer a su extirpación es cogerlo dentro de los cauces de una norma coercible, se llega por fuerza a la conclusión de que la deliberada ignorancia del concubinato por parte del legislador es un camino que a nada conduce, sino a la agravación de las consecuencias prácticas del fenómeno social.

En realidad, pues, el problema no es el de saber si conviene o no que la ley regule y gobierne el concubinato, sino el de establecer en qué sentido y con que mira final debe hacerlo, es decir si debe procurar, con medidas adecuadas, su paulatina

Disminución y eventual desaparición o si, al contrario, debe presentarle amparo y confiere así la solidez que le falta para asignarle todos los derechos.

El mero raciocinio parece conducir a la conclusión que en primer término se ha sugerido, esto, es a la necesidad de buscar la extirpación del concubinato y su sustitución por la unión matrimonial ajustada a la ley. En efecto, si lo que se pretendiera fuera prestar a los concubinos, a sus hijos y a los terceros las mismas garantías que la ley da a los casados, a su prole y a los terceros que contratan la sociedad conyugal, se iría en realidad a establecer una segunda

clase de matrimonio, idea que carece de sentido, porque para otorgar amparo al concubinato, habría que exigirle determinados requisitos referentes a su constitución y existencia y esos requisitos no podrían ser sino los mismos que se exige al matrimonio desde que se trata de prestar a aquel, el mismo amparo que a este.

Tal camino, pues no conduce a afirmar y dar solidez al concubinato, sino a extirparlo, identificándolo con el matrimonio mismo, y si lo que se pretenden es rodear al concubinato de algunas garantías, pero sin llegar a ponerlo al nivel del matrimonio tal intento, no solo sería inequitativo, deprimente y perjudicial al casamiento desde que el menor número de obligaciones y responsabilidades seguiría derivando muchas uniones hacia el concubinato, sino que carecería de fundamento, representaría un retorno a la antigua idea de un matrimonio de segunda orden, como se califica el concubinato romano.

Las razones por las cuales se pone empeño en extirpar el concubinato, no son únicamente, como lo hacen notar Planiol y Ripert, de orden religioso, sino de carácter sociológico, y puede resumirse en que la libertad sin límites de que gozan los concubinos es incompatible con las familias que se crean. En efecto:

a.- Desde el punto de vista de la mujer, que es 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, ni su edad, ni el propio antecedente de su convivencia sexual, le brindan la perspectiva de una unión duradera con distintas personas, y el que de amen de esto, la despoje concubina del matrimonio, modesto o cuantioso, que ella ayudo a formar con su trabajo o su colaboración indirecta.

b.- Desde el punto de vista de los hijos, la inestabilidad de la unión concubinaria, no es ciertamente la mejor garantía de su mantenimiento y educación.

c.- Para los terceros que, engañados por la apariencia de la unión matrimonial, que ostenta el concubinato, contratan con una presencia sociedad conyugal, el descubrimiento tardío de la verdadera índole de la unión puede hacerles víctimas de manejos dolosos de los concubinos.

De todas estas consecuencias, la que más ha preocupado al jurista y aun al legislador, lo que no significa que sea la más importante, es la referente a la posibilidad que la mujer, al disolverse la unión, sea despojada por su concubino y para poner una solución a semejante posibilidad se ha sugerido varias alternativas, de las cuales se ha podido mencionar las siguientes :

-La de considerar la unión concubinaria como una sociedad a efecto que quede disuelta la relación, se proceda a una liquidación patrimonial que atribuya a cada cual lo que en justicia le corresponde.

-Se ha pensado por otros factores en la procedencia de ver en el concubinato solo para los efectos, a cuyo amparo sea posible obligar al concubino a pagar cierta suma a la concubina abandonada, por concepto de retribución de prestaciones personales, pero no hay duda que esta concepción fuerza intolerablemente la figura contractual de la locación de servicios y desconoce la índole de la unión concubinaria, cuya esencia es la reciprocidad de afectos y deberes, es incompatible con la idea de patrono y empleado.

-Por último un sector de la doctrina sostiene que en el caso de abandono de la concubina, acompañado de despojo, no es sino un enriquecimiento indebido y como a tal debe juzgarsele.

Esta solución que por lo demás franquea un amplio pero no siempre fácil, campo de prueba a la mujer, haría prescindir juzgamiento por un criterio de equidad, alguna jurisprudencia suprema avala esta interpretación.

Por otro lado CABANELLAS, Guillermo, nos indica que el concubinato es la relación o trato de un hombre con su concubina. La vida material de esta con aquel Estado en que se encuentran el hombre y la mujer cuando comparten casa y vida como si fueran esposos, pero sin haber contraído ninguna especie de matrimonio, ni canónico ni civil.

En el Derecho Romano y en el Canónico de los primeros siglos, el concubinato era un verdadero matrimonio, pero contraído con mujer de inferior clase social o de dudosa moralidad. Tal vez por suprimirse las formalidades en uniones mal vistas socialmente, la relación evoluciono al significado exclusivo actual.

Donde el fanatismo religioso o el apasionamiento laicista extreman el rigor de sus ataques, los defensores de una y otra potestad, la temporal del Estado y la espiritual de la Iglesia, tildan de simple concubinato el exclusivo matrimonio civil o religioso, según la respectiva posición. Más correcta actitud espiritual, probablemente, sería hablar de una limitación con referencia al matrimonio civil, mientras el concubinato sería una falsificación, con apareamiento por exceso natural y no muy alejado del que practican algunas especies zoológicas donde existen ya vestigios de fidelidad.

El argumento civil se funda en la evidencia de que, al diseñar las leyes u omitirlas, no cabe reconocer efectos jurídicos a lo hecho sin autorización ni

conocimiento de los funcionarios competentes. Además, como las creencias no pueden imponerse, pero si cabe exigir la sumisión de creyentes o incrédulos a la ley estatal, se justifica la obligatoriedad a la improvisación, inestable por esencia de concubinato.

Difundido en ciertos estratos sociales, el concubinato intenta reivindicarse hasta en lo idiomático y adopta hoy, con mucha frecuencia, el rotulo de unión libre, e incluso se intenta equipararla con el matrimonio legítimo, o sea, la situación de hecho con la de derecho. La seguridad y estabilidad de una institución cual es la del matrimonio no pueden parangonarse jurídicamente con la versatilidad y la fragilidad vincular que caracterizan a la unión libre. Fundada está más en impulso sexuales transitorios que en la responsabilidad de permanente convivencia y en la noble finalidad de crear una familia, su solidez a merced de cualquier veleidad unilateral no ofrece garantía alguna. Darle al concubinato la misma categoría que al matrimonio, en relación a personas con capacidad para contraer legítimas nupcias, significaría nada menos y nada más que la destrucción del principio en el cual se basa la unión: la mutua asistencia y defensa de los cónyuges, que consagra el matrimonio, frente a la espontanea constancia que se brindan en su iniciación los "compañeros" o amantes. Lo inestable, característica del concubinato, hace por no decir imposible, reconocer derechos que solo subsisten mientras las partes viven en común y que desaparecen en el momento en que se separan por libérrima decisión de cualquiera de ellas.

Frente a ese planteamiento, el Derecho moderno tiende a reconocerle algunos derechos al "matrimonio de hecho" Se alega que ciertas relaciones concubinarias ofrecen, para quien no está en el secreto toda la apariencia de

un matrimonio, y que perdura hasta la muerte incluso contra la fugacidad conyugal allí donde existe un facilitado divorcio.

El concubinato es mirado como contrario a las buenas costumbres, pero no está prohibido, al menos penalmente, por la ley, ni podría serlo. Surgen de las ciertas relaciones de Derecho, principalmente en cuanto a los bienes y a los hijos. Los primeros deben ser considerados como formando parte de una sociedad irregular, los hijos se califican de ilegítimos, pues la ley no concede validez jurídica al concubinato, competencia peligrosa del matrimonio civil entonces y no refuerzo de la familia en general, En este orden se están produciendo notables modificaciones en el Derecho, por cuanto se pretende conocer a las relaciones concubinarias ciertos efectos jurídicos, tales como la sucesión entre los ellos y el reconocimiento de una sociedad de bienes entre ellos. En cuanto a los hijos, la tendencia es no establecer diferencias entre legítimos y naturales.

En materia de accidentes del trabajo, en modo especial, se le reconocen derechos a disfrutar de la indemnización, en caso de fallecimiento de la víctima, a la concubina y a los hijos ilegítimos, a través del fundamental concepto de dependencia económica, básica en tal materia.¹⁰

Si nos remontamos a lo que vino y viene sucediendo en el Perú, encontramos un término conocido como servinacuy que no es quechua ni castellano, sine un híbrido surgido durante la Colonia. Se forma con la abreviación castellana, serví, alusiva a servicio y el afijo quechua nakuy, que tiene una connotación de mancomunidad, ayuda o participación. El vocablo resulta así suficientemente expresivo aunque eufemístico.

¹⁰ CABANELLAS, Guillermo, DICCIONARIO INCICLOPEDICO DE DERECHO USUAL, p.262.

Señálese, por lo demás, que este nombre, es el más conocido como referencia en el Perú occidental, no es unánimemente utilizado por quienes practican esa forma de unión marital. La denominación varía según la región se llama warmichakuy en el Cuzco, ujtasiña y Servinakuy en parte de Puno, uywanakuy, servinaki o rimaykukuy en Ayacucho, phaway tinkuska en Apurímac, champatiqraqchay en Huancavelica, muchada civilsa o civilia en Junín, la pañaca Servinakuy o sirvicia en Huánuco, mushiapanaki, tinkunakuspa, watanakuy, taatsinakuy, mansiba a Servinakuy en Ancash.

No está, a nuestro juicio suficientemente esclarecido, Si se trata solo de diferentes nombres de un mismo fenómeno, o si aquellos esconden fenómenos diferentes en aspectos esenciales. Aparte de permitir la comprobación de que el fenómeno se da en extensas zonas de la sierra central y meridional del país, no hay todavía datos para encontrar los elementos que uniformen eventualmente la figura. Esta insuficiencia explica, tal vez, por que para algunos se trata de un matrimonio de prueba, para otros de un matrimonio por compra, en tanto que hay quienes prefieren denominarlo matrimonio natural, consuetudinario o sociológico.

Se trata, en todo caso, de un fenómeno socio-cultural de muy antigua raigambre, principal pero no exclusivamente en el Perú.

Von Tschudi afirma que la "copula anticipada" existió en numerosos pueblos del Nuevo y del Viejo Mundo.

Servinacuy, según Georges Roma, es el nombre dado al matrimonio a prueba por los indios del altiplano boliviano. La prueba duraba un año y si de ella quedaba satisfecho el indio y si además esta unión tenía frutos se iba al casamiento, pero a veces el servinacuy duraba años.

Estas informaciones y opiniones guardaban relación con antiguos testimonios de diversa fuente. El mozo ha de venir a la casa del suegro cargado de leña y paja y chicha y entonces el suegro le da a su hija diciendo estas palabras "cata aquí a mi hija, si ella fuese mala, no me pongas la culpa, porque yo te dije la verdad".

El arraigo del servinacuy debió haber sido muy hondo desde que los españoles tropezaron con gran dificultad en su intento, no logrado sino en parte, de extirparlo el Concilio Provincial de Lima, reunido en 1582, las Sinodales del Arzobispado de 1613 y las Ordenanzas Toledo prohibieron el "matrimonio a prueba" a veces bajo severas sanciones.

No obstante, en 1631, según el testimonio Arriaga, los mismos parientes de la mujer solían oponerse tenazmente al matrimonio si previamente había hecho convivencia con el pretendiente y hasta el marido miraba con desprecio a la mujer a quien "nadie había conocido ni querido antes que se case".

Es probable que por la novedad del fenómeno a ojos de los de los conquistadores o por la deficiencia de sus investigaciones o por obra de los prejuicios.

Estas informaciones, no siempre congruentes, no correspondan por entero a la realidad. Se debe reconocer que esta situación se mantiene, en buena parte hasta hoy,

En un meritorio trabajo de investigación basado en experiencias directas. Luis Ernesto Mercado Cárdenas ha recogido algunas aportaciones interesantes sobre la materia.¹¹

Así, la investigadora Alma Zamalloa Gonzales, refiriéndose a la cultura campesina del Distrito de Sayllapata (Paucartambo, Cuzco), expresa que

¹¹ TESIS PARA EL BACHILLERATO EN DERECHO. Universidad Católica del Perú.

el servinacuy viene después del rimanakuy, consiste en una etapa probatoria, en la que la mujer tiene que servir al hombre y este trabajar para la mujer, mientras los padres hacen los preparativos del matrimonio, el cual es costoso y dura de tres días a una semana. Esto da lugar a que muchos no se casen por no poder soportar los gastos y se quedan con el servinacuy.

"Entre los indígenas del Cuzco se usa el mañakuy o ramayukuy. Declaración de amor entre los padres. Hechas estas, el novio se lleva a la novia a prueba y la prueba suele ser larga pues a veces dura dos y tres años, al cabo de los cuales viene la separación que Llamam ttacanacu, desconocerse o continua la pareja amancebada y el hombre sigue siendo el "respeto de la mujer".¹²

Dícese, de otro lado que "inicialmente fueron los sociólogos quienes se ocuparon de las uniones matrimoniales Llevadas a cabo en la población andina. Sea por deficiente información o por error metodológico, esos primeros estudios llevaron a la conclusión de que el matrimonio andino no existía. Estas uniones se llevaban a cabo sin obligaciones ni responsabilidades, dentro de una "supuesta" institución a la que se le denomina "matrimonio a prueba" o servinacuy termino este último tomado de los estereotipos mentales de la población mestiza.

Los codificadores de 1936, por su parte, consideraron que el servinacuy "es un compromiso entre el pretendiente y el padre de la futura, quien contrae la obligación de recibir a su hija con prole y todo y la de devolver al pretendiente los obsequios recibidos o su equivalente en dinero o en trabajo si el enlace no llega a formalizarse o adquirir carácter duradero".

Servinacuy o concubinato pre-matrimonial -y no matrimonio de prueba" como se le nombra vulgarmente, muy arraigado en los departamentos de

¹² BASADRE Jorge. HISTORIA DEL DERECHO PERUANO.

Junín, Huánuco, Ancash y Huancavelica, consiste en que el hombre casadero toma una mujer, con conocimiento de sus padres y familiares y convive con ella algunos meses o años".

Refiriéndose, por su parte, al warmichakuy, **Oscar Núñez del Prado** sostiene que es "aquel en el cual, con un ritual sencillo y algunas frases estereotipadas, se constituye la unión de la pareja Conyugal, una unión que, siendo reconocida por la sociedad, garantiza la permanencia de ella, la colaboración económica de las partes, su cohabitación residencial y sexual y las consecuencias vinculadas a la herencia y la filiación legítima, es decir constituye sociológicamente un matrimonio real y con todos los atributos para establecer una unidad intermediaria entre el individuo y la sociedad, sobre una base conyugal.." ¹³ .

Alfonsina Barrionuevo, ha dicho, por su parte, que el servinacuy es una institución de derecho natural que se basa, en primer lugar, en un profundo respeto a sus normas, respaldada por el control de los mayores (la sociedad), cuya palabra todavía es ley en las comunidades de cordillera y en segundo término, es un orden de propósitos bien establecidos. No se trata de tomar a prueba a una mujer con el solo fin de convivir con ella y apreciar sus cualidades físicas y espirituales.

En el Servinacuy también el hombre tiene que someterse a un análisis, a una crítica justa de su conducta, de su capacidad tanto para crear o conducir una familia, cuanto para demostrar que puede mantenerla. Superado el periodo de prueba, con el esfuerzo y la buena voluntad de ambos, es ínfimo el número de parejas que se deshacen.

¹³ NUÑEZ DEL PRADO Oscar. EL HOMBRE Y LA FAMILIA; su matrimonio y organización política social en Q'ero; citado por CORNEJO CHAVEZ, Héctor.

En una posición crítica, Núñez del Prado dice textualmente mucho me temo que gran parte de las sociedades indígenas en que se considera el Servinacuy como matrimonio de prueba, no se trate sino de un error debido a la observación algo superficial o también al hecho harto frecuente de que los observadores tomen como referencia única de los patrones de su propia cultura, tratando de identificarlos por su forma, antes que por su función. De aquí que se toma en cuenta solo la práctica ceremonial con desmedro de la institución fundamental, autentica. De nuestra parte, estamos en condiciones de afirmar que, por lo menos es que no existe el Servinacuy de que hablan los sociólogos.

De otra parte, se puede describir el fenómeno como un proceso de convivencia entre varón y mujer y se manifiesta en dos fases una pre-concubinaria y otra concubinaria. En la primera no hay vida en común y puede o no haber relaciones sexuales esporádicas. Comprende dos etapas: el aqllanakuy y el munaykukuy.

El primero significa seleccionarse mutuamente. La elección es independiente de la voluntad de los padres o de terceros. En el segundo se desarrolla una vida sentimental amorosa y esotérica. los enamorados son adictos a la adivinación de su futuro, acuden al watacuq o adivino. "El destino (o kausay pacha) del hombre y su familia depende del destino de la mujer que haya escogido, dice Núñez del Prado. Una vez realizada la unión definitiva, aun en el supuesto de haberse constatado la incompatibilidad del kausay pacha de la pareja, no es ya posible separarse y deben las personas aceptar su nuevo estado hasta el fin". La segunda fase del servinacuy se agrega - corresponde al concubinato, previa la celebración de ciertos ritos para hacer pública la convivencia, estrechar los lazos entre ambas familias y crear

las bases económicas de la unión. Este proceso presenta tres etapas el rimaykukuy (diálogo o conversación), en que la joven, luego del rapto, vuelve al hogar paterno acompañada del marido y de los padres y familiares de este, lo que ocurre también si no ha habido rapto previo). La actitud del varón es entonces muy cortes, poética, suplicatoria. Casi siempre se produce esta visita por la noche, el kintuy o masticación ceremonial de la coca que consolida la unión y en el cual los padres se aprestan a hacer los anticipos de herencia, y el tiakuy o tinkunakuspa, que es ya la convivencia (fusión).

Frente a este cúmulo de apreciaciones, divergentes a veces aun en materia de hechos, **Mercado Cárdenas**, deduce “que muchos han definido el servinacuy a partir de sus ritualidades y costumbres exóticas, así, por ejemplo, como matrimonio de compra, por los obsequios que se otorgan los contrayentes, como un servicio, por los trabajos realizados sea por el varón, por la mujer o por ambos durante las relaciones concubinarias, y como matrimonio de prueba en razón del tiempo de la convivencia para probar la compatibilidad de caracteres o bien las aptitudes domésticas y laborales de cada cual”.

En su mencionado trabajo, recoge, sin embargo, diversos testimonios de los cuales fluiría la semejanza entre el servinacuy y el matrimonio tal como lo concibe el Código. la comunidad toda, por ejemplo, repudia al hombre o a la mujer que hallándose en servinacuy mantiene relaciones sexuales permanentes o esporádicas con tercera persona (suerte de adulterio al que se llama pantanakuy, que significa "camino equivocado"), la comunidad solo admite que el q'ari (varón adulto) conviva en servinacuy con la p'asña (mujer de 16 a 20 años), que pueden estimarse pobres, las personas que sufren de alteraciones mentales no participan por lo general en el servinacuy

(si bien ello debe atribuirse, no a la insuficiencia del consentimiento, sino a la ineptitud para el trabajo, razón por la cual tampoco participan en el servinacuy los tullidos, ciegos, sordomudos, mancos o cojos), los padres y familiares de la pareja contribuyen, mediante anticipos de Herencia o regalos a la formación de un patrimonio, cada uno de los miembros de la nueva familia- el padre, la madre, los hijos- tiene su propia función, etc.

Son circunstancias como las reseñadas las que han inducido a varios estudiosos a sostener que el servinacuy con este nombre o con otro constituye en verdad un matrimonio "sociológico" o "de Derecho natural o consuetudinario", suficientemente difundido y merecedor, por ello, de no seguir siendo ignorado por el ordenamiento oficial del país. Son ellas también, sin duda, las que explican por qué, por ejemplo, el Decreto Ley N° 17716 sobre reforma agraria ha acogido la figura.

El panorama asume una complejidad mayor o por el contrario, entreabre una posibilidad de solución si es que, como parece, el servinacuy llega a ser en algunos lugares una etapa previa al matrimonio católico. En la comunidad de Sayllapata, dice Zulma Zamalloa. "Muy pocos son casados civilmente". El poco conocimiento que el campesino tiene de las leyes de su país no le permite entender cuan importantes son los efectos del matrimonio civil. Especialmente para el futuro de los hijos.

Sobre la base de su propia experiencia como maestro en escuelas situadas en comunidades indígenas del Cuzco, Mercado Cárdenas señala la vigorosa presencia del cristianismo entre los indígenas casi no hay uno que no haya sido bautizado, la celebración de festividades religiosas es costumbre muy arraigada y durante el servinacuy se realiza el casarakuy, que es el matrimonio católico.

En definitiva, parece no haber consenso en cuanto a determinar si el servinacuy es hoy una experiencia previa al matrimonio católico si una vez cumplida, se hace permanente sin formalización canónica ni civil, o si es, desde el inicio, un “matrimonio sociológico o de derecho consuetudinario” con vocación de permanencia indefinida.

Se conoce, pues, la existencia del fenómeno, el área geo-demótica de su práctica, varias de las denominaciones que recibe, algunas de las características que lo tipifican según los lugares, y la presencia de factores ancestrales, educativos, geográficos, económicos y jurídicos que contribuyen a su persistencia, mas no existe todavía, que sepamos, un esfuerzo sistemático para acoger información más completa, para someter o someterla a una apreciación crítica, para integrar orgánicamente los elementos cuya gravitación sea seriamente comprobada, para configurar, en suma, un cuadro al mismo tiempo completo, coherente, profundo y extenso, sobre cuya base sea posible diseñar una política legislativa y fijar un tratamiento jurídico-legal adecuado (además, por cierto, de otras políticas no jurídico-legales cuya importancia es igual o aun mayor).

En tanto no exista esa base, difícilmente podía el Código Civil asimilar el servinacuy al matrimonio o incluirlo entre las formas de celebrarlo.

Un paso importante hacia la formalización matrimonial de estas uniones lo efectúa el artículo 262 del Código Civil vigente, en cuanto extienden la facultad de tramitar y celebrar el matrimonio civil o comités especiales formados por dos miembros de la colectividad y la autoridad educativa del lugar en las comunidades campesinas y nativas.

No es extraño señalar, sin embargo, que desde que la Constitución, en lugar de hacer referencia específica al matrimonio canónico como fue propuesto

y aprobado oficialmente en la Comisión Principal de la Asamblea Constituyente, prefirió la fórmula más general de remitir a la ley la regulación de las formas de matrimonio, y por mucho que, esta no haya sido la intención del legislador constituyente, ha quedado planteada la posibilidad de admitir por ley al servinacuy como una de esas formas.

Luego agrega, abonaría esa posibilidad, aunque con menos énfasis que en el caso de matrimonio canónico, la razón sociológica de que el servinacuy llámese así o con otros nombres es una suerte de unión matrimonial de Derecho Consuetudinario, que se practica desde hace siglos en extensos sectores de la población campesina del Perú.

Finalmente en esta extensa exposición sobre el tema del concubinato y el servinacuy, **CORNEJO CHAVEZ, Héctor**, concluye diciendo que de nuestra parte, y como queda ya dicho, creemos que las investigaciones efectuadas hasta el presente acerca del Servinacuy son insuficientes para adoptar semejante decisión; pero que tampoco se justifica que la Constitución Política de 1979, soslayando una vez más el problema no acogiera la proposición del autor de ese libro, en el sentido de que el estado asumiera por mandato Constitucional, la tarea de propiciar el análisis exhaustivo del asunto para dictar en su oportunidad la legislación correspondiente.

Luego agrega, que desde el punto de vista jurídico - legal, el problema del servinacuy queda exactamente en la misma situación que se arrastra desde la Colonia. Está abierta únicamente la posibilidad de que dicho análisis se haga por iniciativa de los estudiosos de la materia, tarea esta que debiera ser asumida preferentemente a nivel de Universidades y mediante equipos polivalentes o interdisciplinarios.

En este panorama que presenta la unión de hecho, la sociedad de hecho o el concubinato, **VASQUEZ GARCIA Yolanda**; al abordar este tema manifiesta lo siguiente:

"A pesar de la constante evolución del derecho de acuerdo a la transformación socio-jurídica de los pueblos, los Códigos civiles, no siempre recogen los nuevos ordenamientos jurídicos que se derivan del cambio de estructura, que reclaman el reordenamiento de las normas legales, ya que la ley siempre se encuentra en el pasado regula las relaciones jurídicas del momento en que fue dictada, en cambio la realidad de la vida humana se halla en el presente y el futuro, por lo tanto es necesario institucionalizar algunos hechos que como el Concubinato en el Perú, merece amparo del derecho y protección de la ley, no obstante de que los efectos jurídicos originados por relaciones concubinarias, se hallan plena y expresamente reconocidos dentro del Código Civil peruano vigente.

El derecho en las sociedades modernas, aparece como tema de investigación, para explicar los fenómenos sociales en términos diferentes a los tradicionales, por eso la investigación en el área jurídica, afecta muy de cerca el problema del orden social, por lo que como sostiene Couture: "el derecho esta enraizado profundamente en la cultura humana, porque el derecho de hoy, es pequeña partícula en la historia del hombre".

Entonces es preciso mirar al derecho con la magnitud cambiante del tiempo y en la infinidad del espacio, en base a la investigación jurídica y aquí radica la razón del presente trabajo de investigación de un hecho realmente existente en el Perú, como el concubinato o la "Unión de Hecho" o las Sociedades irregulares de hecho". ¹⁴

¹⁴ VASQUEZ GARCÍA Yolanda. DERECHO DE FAMILIA P.176

Sin embargo como parte de esta auscultación investigatoria sobre el concubinato, **CARBONNIER Jean**, en forma concreta nos expresa:

“Que se trata de relaciones sexuales que se mantienen fuera del matrimonio, si bien presentan ciertos caracteres de estabilidad y duración, diciéndose en tal caso que el varón y la mujer hacen vida marital”.¹⁵

Por otro lado, dentro de esta realidad, existen diferentes puntos de vista que definen al Concubinato, tal es así, que **PEREZ VARGAS Víctor** nos da su aporte doctrinal en los siguientes términos:

“En el matrimonio la voluntad se expresa mediante una declaración ante un oficial público, en el matrimonio de hecho la voluntad de unirse se manifiesta por medio del comportamiento continuado de los convivientes”.¹⁶

Dicho autor amplía su apreciación sobre el concubinato, indicando que el termino Concubinato puede entenderse de dos maneras.

a.- De una forma amplia, por la que habrá Concubinato cuando sin estar casada la pareja hacen vida de casados.

b.- De una forma restringida, cuando se requiere de ciertas condiciones para que la vida en común sea vista como Concubinaria (que se conviva por dos años ininterrumpidos, per ejemplo).

Se encuadra dentro de la forma amplia del Concubinato aquella convivencia entre dos personas libres o vinculadas a otra (en matrimonio), de ser libres los concubinos podría ocurrir que entre ellos existan impedimentos para contraer matrimonio o que tales impedimentos recaigan en uno de los concubinos. Es exigible la estabilidad en la relación, excluyéndose por lo tanto de la figura del Concubinato las relaciones sexuales ocasionales.

¹⁵ CARBONNIER, Jean DERECHO CIVIL. TOMO I

¹⁶ PEREZ VARGAS Víctor, HACIA LA TUTELA DEL MATRIMONIO DE HECHO. P.370

Se enmarca dentro de la forma restringida del Concubinato la convivencia habitual (estable), que se desarrolla no clandestinamente, sino de un modo manifiesto, caracterizándose por la finalidad entre ambos concubinos, y porque estos no tienen impedimento alguno para contraer enlace matrimonial escapan a la concepción limitada o restringida del Concubinato, además de los casos de relaciones sexuales ocasionales, la convivencia que atenta contra alguna forma de orden público.

De igual forma **CORNEJO CHAVEZ Héctor**, jurista de amplia experiencia en el campo del Derecho Civil, al tratar sobre el Concubinato nos dice:

“En las familias estables pero de hecho, las hay de Concubinato strictu sensu, en que un varón y una mujer viven como casados, sin serlo, de Concubinato lato sensu, que no puede convertirse en matrimonio por un impedimento legal.¹⁷

Por otro lado, el autor señalado, toma en consideración al magistrado y maestro Universitario con amplia experiencia en el campo del derecho civil, **MIRANDA CANALES Manuel**, que a la letra expresa que “la formación del Concubinato no convierte al Concubinato en matrimonio, sino que simplemente para los efectos patrimoniales, lo sujeta a las reglas de la Comunidad de Gananciales que funciona en el matrimonio”.¹⁸

En lo que respecta a la expresión "Sociedad de Gananciales", hubiera sido preferible que fuera “Comunidad de Gananciales”, denominación que se utiliza en la doctrina y en la legislación comparada y que alude a dos regímenes de gananciales. El de participación y el de comunidad de gananciales, se ha impuesto en el común de la gente, no deja de ser errado.

¹⁷ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. En su obra DERECHO DE FAMILIA. Cito a CORNEJO CHAVEZ Héctor pp. 54.55

¹⁸ MIRANDA CANALES, Manuel. Fue citado por HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto.P.58

En lo referente a la prueba de la Unión de Hecho, esta debió obviarse cuando son los propios concubinos los que se pronuncian sobre la clase de relación que tienen. Parece ser que la obligatoriedad de la prueba se exige el inclusive principio de prueba escrita - obedece a asegurar los intereses de terceras personas que tengan que ver con el patrimonio de los concubinos; sin embargo, creemos, no debió generalizarse lo que respecta a la prueba, porque no existe ningún inconveniente en prescindir de la prueba cuando los concubinos conjuntamente se pronuncian sobre la configuración de la Unión de Hecho, especialmente tratándose de relaciones personales.

De igual forma cuando consultamos a MIRANDA CANALES, Manuel; indica que de acuerdo al artículo 326° del Código Civil, el concubinato strictu sensu, ha quedado diseñado bajo las siguientes características:

- Debe ser unión libre y voluntaria entre un varón y una mujer.
- Debe ser una unión que alcance fines y cumpla deberes semejantes al matrimonio (hacer vida común, fidelidad, asistencia recíproca, etc.).
- Deben de estar libres de impedimentos matrimoniales.
- Debe tener por lo menos, dos años continuos de convivencia.
- Puede probarse la posesión constante del concubinato con cualquiera de los medios admitidos por la Ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.
- Puede terminar por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral.
- En caso de fenecimiento de decisión unilateral, el concubino abandonado puede solicitar, judicialmente, un derecho que en forma excluyente, puede ser:
 - Una cantidad de dinero por concepto de indemnización, o
 - Una pensión alimenticia

Bajo estas características, ha quedado diseñada la regulación de las Uniones de Hecho, sobre las que merece comentar dos aspectos que nos parece de suma importancia.

El primero, relacionado a la última característica, cuando fenece la relación concubinaria por decisión unilateral. La norma establece que, aparte de los derechos que le corresponden de conformidad con el régimen de sociedades gananciales, le asiste, al concubino abandonado, un derecho que puede ser una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión alimenticia.

La norma franquea dicha disyuntiva, excluyendo una de otra, quedando a elección del concubino abandonado.

El segundo, respecto a la pensión alimenticia, en realidad, nos parece un exceso contraproducente, salvo que se esgrima que la abandonada o el abandonado, que ha estado conviviendo por muchos años, este en la imposibilidad de atender su propia subsistencia.

Sin embargo, aun así, no es muy conveniente, y más bien la figura genera algunas implicancias.

De igual manera en lo concerniente al derecho alimentario de que eventualmente puede gozar el abandonado, en caso de rotura de la unión de hecho HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto, dice en su apreciación que:

"Hay que decir que debe incluirse en el artículo 474° (referido a las personas que se deben alimento recíprocamente) precisamente al concubino abandonado.

- hay pues un vacío legislativo que debe ser señalado para evitar distorsiones en la interpretación de los artículos 326 y 474 del Código Civil.

Queda claro que la unión de hecho se da entre varón y mujer otras formas de unión entre personas del mismo sexo, además de ser una aberración, no son aplicables al concubinato por que el artículo 326° del citado cuerpo de leyes establece expresamente que la unión debe ser entre varón y mujer y, es más sin impedimento alguno para contraer Matrimonio.

La Unión de Hecho, finalmente, trae consecuencias perjudiciales para los terceros, porque estos no tienen como saber la existencia de dicha unión, y esto es importante pues al asimilarse los bienes concubinarios al régimen de la sociedad de gananciales los concubinos.

Deben expresar su consentimiento común para grabar o disponer de aquellos bienes; producto de la ignorancia de terceros de la unión de hecho es que pueden originarse no pocas situaciones fraudulentas"¹⁹

En cuanto a esta realidad del concubinato o unión de hecho, también el especialista en Derecho Civil **MIRANDA CANALES, Manuel**. También da su punto de vista sobre estos aspectos y para lo cual se plantea las siguientes interrogantes. Tan querido los miembros de la Comisión Revisora del Código Civil de 1936, crear una sugeneris figura del concubino alimentista en analogía al hijo alimentista? Y si no se casa o se une de hecho la concubina alimentista con otra persona: **¿hasta qué tiempo debe continuar vigente la pensión alimenticia? ¿Debe obligarse al ex concubino otorgarle siempre alimentos, aunque ya no exista ningún tipo de relación personal?**

“Luego agrega, estimamos que era más saludable que el proyecto de la comisión reformadora, hubiera establecido otro aspecto que fluye en relación al fenecimiento de la relación concubinaria, que es la existencia de vocación

¹⁹ HINOSTROZA MINGUEZ , Alberto .Ob.Cit, pp.58-59

sucesoria del conviviente supérstite. El artículo 818° del Código Civil ha tenido el acierto loable de normar que todos los hijos tienen iguales derechos sucesorios respecto de sus padres. Sin embargo, en el artículo 822°, al referirse a la determinación de los herederos legales en la sucesión intestada, menciona que: el cónyuge que concurre con hijos o con otros descendientes del causante hereda una parte igual a la de un hijo. Dicho precepto, al mencionar el cónyuge, deja de lado y margina al o la conviviente.

No había hasta antes de la dación de la Ley 30007, una modificatoria o inclusión en el código civil sobre derechos sucesorios que le corresponde a los miembros de una unión de hecho, es decir existen a partir de dicha ley efectos sucesorios para las uniones de hecho; sin embargo sigue existiendo vacíos y defectos en la Ley porque no hay regulación adecuada, por ejemplo para la hipótesis de que mueran dos convivientes, cada uno de ellos con diferentes herederos legales, con relación a los bienes que son frutos del esfuerzo común, en síntesis, no hay reglas para una justa distribución sucesoria en materia de convivencia, de la misma forma el concubino que queda deberá realizar la inscripción registral de la unión de hecho que puede efectuarlo notarialmente o judicialmente, es decir la misma norma ha establecido “para efectos de la presente Ley, se reconocen derechos sucesorios a favor de los miembros de la uniones de hecho inscritas en el registro personal, en caso de que no estén registrado y han incumplido este requisito no será merecedor de derechos sucesorios, entonces la exigencia legal está dada en cuanto a que el derecho sucesorio, solo se va dar, cuando al fallecer el concubino, su compañera estuvo viviendo con él, sino es así, pese al haber estado conviviendo por mucho tiempo y satisfaciendo las exigencias legales del artículo 326 del código civil NO PODRIA HEREDAR.

En síntesis sigue el problema vigente de las parejas unidos por las uniones de hecho y la vocación hereditaria, porque a pesar de que existe modificatoria pero estas no han resuelto el problema planteado.

Es cierto, que la normatividad civil, le otorga amparo a la compañera o conviviente, estableciendo una justa distribución de los bienes adquiridos con el esfuerzo conjunto y alternativamente, una indemnización al concubino inocente o una declaración judicial de derecho alimentario, empero no concede derechos hereditarios a la compañera supérstite sino cumplen los requisitos sine quanon la inscripción registral de la unión de hecho sino existe este requisito no puede heredar.

Siendo una relación concubinaria *strictu sensu* (legal), debe legislarse dicho vacío y garantizársele al conviviente que sobrevive, una vocación sucesoria, equitativamente a la sucesión del cónyuge, sin acudir notarialmente o judicialmente para su reconocimiento, con la sola prueba que haya convivido por más de dos años libres de impedimento matrimonial y que la misma haya sido con carácter público y continuo, de esta forma existiría una desigualdad de derechos que si protegen al matrimonio de puro derecho .

Después de todo, la diferencia fundamental entre una convivencia adecuadamente regulada y el matrimonio, es de orden formal, mientras que en el matrimonio la voluntad se expresa mediante una declaración ante un oficial público, en la unión de hecho en cambio, la voluntad se manifiesta diversamente, precisamente por medio del comportamiento continuado de los mismos convivientes”.²⁰

²⁰ MIRANDA CANALES, Manuel. Ob. Cit, pp.76-77

6.2 Conceptualizaciones sobre la Sociedad de Gananciales.

La unión matrimonial conlleva particularísimas circunstancias en las acciones patrimoniales entre los cónyuges y en las de ellos con terceros, que requieren regulación legal. Tal regulación ha determinado en los antecedentes históricos y motiva en el Derecho comparado la formación de distintos sistemas o regímenes basados en diferentes principios, que corrientemente son denominados "regímenes matrimoniales".

Técnicamente esta denominación es incompleta. Sería más exacto hablar de regímenes patrimoniales del patrimonio; mas como su utilización general le da un significado indudable, y también en virtud de la comodidad del empleo de una expresión lo más sintética posible, nada obsta para admitirla²¹.

Por consiguiente, se entiende por régimen patrimonial el sistema jurídico que rige las relaciones patrimoniales emergentes del matrimonio.

Otras definiciones doctrinarias tienen igual o similar contenido expresado de diferentes maneras. Así, para Roguin es la reglamentación de la unión matrimonial, o que caracterizan la asociación conyugal²²; Para Planiol Ripert y Nast, el estatuto que regula los intereses pecuniarios de los esposos, sea en las relaciones entre ellos sea en las relaciones con terceros²³; y para Colin y Capitant, el conjunto de reglas que fijan las relaciones secundarias de los esposos durante el matrimonio, los derechos de los terceros que contraen con ellos o que, por una u otra causa, lleguen a ser sus acreedores y finalmente, los derechos respectivos de cada esposo el día en que llegue a

²¹ FASSI Santiago C.; REGIMENES MATRIMONIALES, p.241. N°1.

²² ROGUIN, Ernest; TRAIDE DE DROIT CIVIL COMPARE, t. II LE REGIME MATRIMONIA (Paris 1905) N°17.

²³ PLANIOL Marcel, Ripert, Georges y Nast, Marcel: TRAIDE PRATIQUE DE DROIT CIVIL FRANGAIS , t. VIII(Paris 1925) N°2

disolverse el matrimonio ²⁴, para Josereand, el estatuto que rige los intereses pecuarios de los esposos²⁵; Para Ripert y Boulanger, el conjunto de los esposos durante el matrimonio²⁶; para Julliot de la Morandiere, el conjunto de disposiciones concernientes a las relaciones patrimoniales de los esposos contribución a los bienes del marido, de la mujer suerte de las economías y ganancias hechas durante el matrimonio, derecho de persecución de los acreedores, etc.²⁷ para Cornejo, el conjunto de normas que garantiza y fija las relaciones patrimoniales entre sí y con respecto a terceros.

Sostenían Planiol y Ripert que en teoría pura puede concebirse un sistema jurídico que no tenga en cuenta el estado matrimonial para regular los derechos y obligaciones de los cónyuges, dejando sometidos al Derecho común los contratos y relaciones pecuniarias entre ellos, lo que ocurriría si se admitiese como régimen matrimonial exclusivo la separación de bienes sin ninguna incapacidad de la mujer, Afirmaban, sin embargo, que no se presentaba en ninguna legislación positiva.

Rebora y Fassi, estima, por el contrario, que no es así, pues la comunidad de vida y de descendencia exige una regulación jurídica que no puede proveer el Derecho común. La opinión fue también rectificada por Ripert y Boulanger. En ella se sostiene que no es posible que el matrimonio no implique ninguna modificación en el régimen de bienes de los esposos y que mantenga una separación completa de los intereses pecuniarios. “La vida en común engendra necesariamente una cierta confusión de intereses, los bienes se mezclan, se realizan adquisiciones y se consumen gastos en interés del

²⁴ COLIN Ambrosio y CAPITANT, Henry: CURSO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL, T.VI(Madrid 1926), p5.

²⁵ JOSSERAND , Lous , DERECHO CIVIL, t III, vol VNº2

²⁶ DRIPER, Georges y BOULANGER, Jean. TRATADO DE DERECHO CIVIL, t. IX (Buenos Aires 1965) Nº2

²⁷ DE LA MORANDIERE Julliot, León, DROIT CIVIL, t.IV (Paris 1959) Nº1

hogar, Luego, ni acción en caso de separación de bienes dejan de presentarse cuestiones de prueba de propiedad o contribución a las cargas del hogar.

En realidad la separación de bienes también es un régimen patrimonial y no representa la exclusión de todo régimen. Con él se presentan varias cuestiones en especial la determinación de la propiedad de los bienes existentes en el hogar común, la contribución a los gastos de este y a la manutención de los hijos, la responsabilidad por las obligaciones contraídas en provecho del hogar o de los hijos que deben ser reguladas por la ley. Si esta no la hiciese, se presentaría un vacío que debería ser llenado por la jurisprudencia al resolver en algún sentido las cuestiones concretas que se suscitasen, De modo que no puede concebirse en Derecho la ausencia de régimen matrimonial.

Es así como el Código soviético de la familia de 1918 prohibió los regímenes matrimoniales, pero debió establecer reglas especiales para la asistencia recíproca entre cónyuges y la manutención de los hijos, lo que en realidad no es suprimir los regímenes sino establecer en separación de bienes. Por otra parte, la fuerza de la costumbre y la tradición era tal, que en el Código de 1926 debió volverse a establecer una forma de comunidad.

Muchos autores han intentado, adoptando diferentes criterios, establecer una clasificación de los regímenes matrimoniales.

En la doctrina francesa es común establecer la división en regímenes de comunidad y de separación. Así los clasifican los Mazeand, para quienes el criterio es que exista o no una masa común de régimen mixto, el de participación en los gananciales. Desde otro punto de vista, los mismos autores dividen los regímenes según los poderes del esposo sobre los bienes,

distinguen así aquellos en que no tiene ningún poder sobre los bienes de la mujer (separación de bienes) de los que se los confieren, y dentro de estos, los que le dan la administración y goce de todos los bienes de la mujer (régimen sin comunidad) y los que le dan la administración y goce de parte de ellos (régimen total y regímenes comunales).

CORNEJO, distingue según los poderes del marido los regímenes de concentración (absorción y unidad). De separación (separación de bienes propiamente dicho, unión de bienes y total) y de tipo mixto (comunidad en todos sus tipos)²⁸.

En realidad, el establecimiento de una clasificación, necesariamente distinta según el criterio que se adopte para efectuarla, carece de importancia práctica. Lo necesario es distinguir los elementos de cada régimen, y para ello es posible, siguiendo las ideas de FASSI, que tienen su antecedente en ROGUIN, Ernest, distingue los regímenes típicos y las instituciones especiales que pueden ir unidas a algunos de ellos dando lugar a regímenes que pueden ser calificados de mixtos o conformados por la unión de tales instituciones a los regímenes típicos. Los regímenes típicos son los siguientes:

- **De Absorción de la personalidad** económica de la mujer por el marido, en el cual, por el hecho de celebrarse el matrimonio. Todo el patrimonio de la esposa se transfiere al marido, y ella nada obtiene a la disolución del régimen si no es por sucesión hereditaria.

- **De unidad de bienes.** En este régimen también el patrimonio de la mujer se transfiere al marido al contraerse al matrimonio pero a la disolución del régimen el marido o sus herederos deben hacer entrega a la mujer o a sus herederos del valor de los bienes recibidos. De tal modo. El derecho de

²⁸ CORNEJO, Raúl, REGIMEN DE LOS BIENES EN EL MATRIMONIO , Buenos Aires , pp.6-10

propiedad de la mujer se transforma en un derecho de crédito por el valor de sus bienes, sujeto a plazo incierto de la disolución del régimen, sin que le corresponda parte alguna en los frutos o en las ganancias.

- **De unión de bienes.** En la unión de bienes, se transfiere al marido la administración y el usufructo de los bienes de la mujer, que conserva la nula propiedad. Por consiguiente, a la disolución del régimen, la mujer o sus herederos reciben los bienes aportados, los que responden por las deudas del marido, pero los frutos devengados durante el matrimonio benefician exclusivamente a este.

- **De comunidad.** El régimen de comunidad se caracteriza por la formación de una masa común de bienes que se divide entre los cónyuges o sus herederos a la disolución del régimen. Según la formación de la masa común, la comunidad puede ser universal o restringida, sea que comprenda la totalidad de los bienes de los cónyuges o solo parte de ellos, respectivamente.

- **De separación de bienes.** En este régimen, los intereses económicos de los cónyuges siguen siendo independientes a pesar del matrimonio. Cada uno administra, goza y dispone libremente de su propio patrimonio. Sin embargo, ambos deben contribuir a los gastos de la familia, y la ley establece reglas a ese respecto como también con relación a la propiedad de los bienes confundidos y a la responsabilidad frente a terceros

- **De participación.** En el régimen de participación, a la disolución surge un crédito de uno de los cónyuges contra el otro, cuyo fin es igualar sus patrimonios o los aumentos de estos operadores durante la vigencia.

- En cuanto a las instituciones especiales que suelen unirse a uno o varios de esos regímenes, son:

- **La dote.** Es un aporte de la esposa al marido, en propiedad o en usufructo, destinado a contribuir a las cargas del hogar, que a la disolución del matrimonio debe ser le restituido en especie o en valor.

- **Los bienes reservados.** La institución de los bienes reservados tiene lugar en los regímenes que ordinariamente confieren el marido la Propiedad o la administración de los bienes de la mujer, y consiste en la separación de determinados objetos de uso personal, a de las ganancias del trabajo de la mujer, o en una porción de su patrimonio, sobre el cual se reserva generalmente ilimitadas facultades de administración y goce y muy poco limitadas facultades de disposición.

- Regímenes Legales y convencionales, mutabilidad a inmutabilidad.

Algunas legislaciones establecen un régimen matrimonial Única, del dual los cónyuges no pueden apartarse ni aun de común acuerdo, hay en tal caso, régimen legal Único.

Otras en cambio, permiten la elección de otros regímenes, elección que puede ser totalmente libre, limitada a ciertos regímenes previstos y también reglamentados por la ley, o bien limitada por la prohibición de adoptar algunos regímenes en particular.

En estos casos hay un régimen legal y otros convencionales.

A la vez, cuando se prevé un régimen legal u otros convencionales, es posible que la opción pueda ser ejercitada en cualquier momento o que deba serlo necesariamente antes del matrimonio. En el primer caso, el régimen es mutable y en el segundo es inmutable.

El principio de inmutabilidad del régimen matrimonial, originado en la parte de Francia sometida al derecho consuetudinario, fue consagrado en el artículo 1395 del Código Napoleón, de donde paso a otras legislaciones modernas

que admiten la posibilidad de regímenes convencionales al lado del legal, aunque no todas. Pero en Francia ha ido desapareciendo con la reforma introducida por la ley 65,570 del 13 de julio de 1965. Los artículos 1396 y 1397 en su redacción actual permiten los cambios de régimen durante el matrimonio, por acuerdo de ambos esposos o sentencia judicial a pedido de ambos esposos a sentencia judicial a pedido de uno de ellos, en interés de la familia y después de dos años de aplicación del régimen anterior.²⁹

- Tendencias modernas en materia de regímenes matrimoniales:

Según ROUAST, las transformaciones económicas y sociales del mundo contemporáneo influyen sobre el régimen matrimonial.

Así, la pérdida de importancia de la distinción entre muebles e inmuebles lleva a preferir la comunidad de gananciales a la de muebles y ganancias. Y el cambio del papel de la mujer en el matrimonio favorece el desarrollo del régimen de separación de bienes y de participación en las ganancias, o bien la introducción de ideas separatistas en la comunidad, mediante la institución de los bienes reservados, o la administración separada o conjunta de los bienes comunes.

Concepto y característica.- En este régimen el matrimonio produce la transferencia de todo el patrimonio de la mujer, como universalidad, al marido, quien se convierte en único propietario, administra y goza como tal de los bienes aportados por la mujer que se han confundido con los de él en un solo patrimonio soporta todas las cargas del hogar y responde exclusivamente por las deudas. A la disolución, si la mujer recibe alguna porción de los bienes es como heredera y no como esposa. No tiene vigencia

²⁹ ROUGIN Ernest. Ob.cit, pp 61-67

en el derecho positivo actual, pero la tuvo en el Derecho romano y en el antiguo Derecho angloamericano.

En el Derecho romano este régimen era una consecución del matrimonio cum manu. En tal forma de matrimonio, la mujer quedaba sujeta a la manus del marido o del pater familias de este, según que fuese sus iuris o alieni iuris. La constitución de la manus importaba la adquisición por quien la ejercía de todo el patrimonio de la mujer sometida a ella.

El “common law”. El common law, partiendo del principio bíblico de que marido y mujer son una sola carne, estableció la unidad patrimonial de los esposos, es decir, que trato de hacerlos una sola carne ante el Derecho, mediante la atribución del patrimonio de ambos al marido, que es la característica del régimen de absorción.

EL origen de este sistema en los países británicos se halla en el Derecho feudal establecido después de la conquista normada.

En el antiguo Derecho feudal, la mujer era incapaz respecto de muchos actos, pero luego la incapacidad se redujo a la casada, al tiempo que adquirieron la capacidad plena la soltera y la viuda. Aquella formaba con el marido una sola personalidad legal y por lo tanto tenían un solo patrimonio.

Sin embargo, había una importante excepción al régimen de absorción el marido no podía enajenar ni gravar los inmuebles de la mujer ni constituir sobre ellos derechos reales perpetuos; los que constituyese se extinguían a la disolución del matrimonio. Por consiguiente, el marido se hacía propietario de la fortuna mobiliaria de la mujer y usufructuario de los inmuebles, que eran inalienables. Se hacía a la vez deudor de todas las obligaciones de ella, por las que respondía aun con sus bienes personales; la fusión de los patrimonios

era así activa y pasiva. Respondía también por los hechos ilícitos cometidos por la mujer.

Aunque en general la capacidad legal del marido no era afectada por el matrimonio, y aunque la mujer tuviese capacidad de adquirir bienes, por las reglas del common law aquel no podía transmitirle nada directamente, ni contratar con ella, ya que sería absurdo que alguien contratase consigo mismo.

El marido es cabeza de la familia, como consecuencia de la proposición de que marido y mujer eran uno.

A comienzo del siglo XIX la mujer estaba clasificada en los libros de Derecho junto con los idiotas y lunáticos, no tenían capacidad personal, no podía ser propietaria ni contratar; sus bienes eran tomados por el marido y no podía actuar en juicio en su propio nombre³⁰.

La "equity". Las normas del common law, de origen feudal, fueron modificadas por las de la equity, basadas más bien en el Derecho romano y el canónico, aplicadas por tribunales especiales hasta la reforma judicial inglesa de 1873 y que pueden definirse como la aplicación de consideraciones de fairness (limpieza, rectitud, de fair play, juego limpio) y justicia frente a la letra del Derecho.

La institución de equity que tuvo aplicación en esta materia es el trust, según la cual una persona que se halla investida de una propiedad persona denominada trustee- está obligada en equity a tener esa propiedad en nombre, en el interés o al uso de otra persona, o con alguna finalidad que le es ajena.

³⁰ SANTA PINTER, José Julio, SISTEMA DEL DERECHO ANGLOSAJON.

El tribunal de equidad disminuyó la rigidez del sistema del common law, al permitir que la mujer, que en este no podía tener bienes por sí, los tuviese por cuenta suya por medio de un trustee, esto no fue motivado por un principio de igualdad de sexos, sino para hacer prevalecer la voluntad del padre de la mujer. Los bienes donados a un trustee antes o después del matrimonio fueron bienes propios de la mujer (separate property) sin ningún derecho del marido sobre ellos; pero esto no daba a la mujer capacidad contractual plena, ni aun de testar sino sobre los bienes propios. El sistema de trust fue adoptado al contraer el matrimonio para retener la propiedad de los bienes de la mujer, o bien en las donaciones hechas por los padres a la hija, que se hacían a un trustee. Este sistema era utilizado generalmente en las clases ricas.

También se recurrió a ficciones jurídicas para eludir otras consecuencias del régimen, en especial para poder vender o alquilar los bienes de la mujer. El tercero que deseaba adquirir o alquilar el bien demandaba sosteniendo ser su propietario, o que una cierta persona que era su propietario se lo había dado en locación, respectivamente; los esposos se dejaban condenar, con la complicidad de los jueces, quienes dictaban sentencia después de asegurarse de la adhesión libre de la mujer a la combinación proyectada. Finalmente, Enrique VIII permitió al marido arrendar los bienes de la mujer con consentimiento de esta, y Guillermo IV enajenarlos con la misma condición, como decía ROUGUIN:

Utilizándose también la institución continental del dowaire, usufructo vitalicio que la mujer adquiría sobre ciertos bienes del marido al morir este; pero era menos usado por el inconveniente de que una vez constituido los bienes se hacían inalienables.

En el Siglo XIX la absorción subsistía como principio, pero había sufrido numerosas brechas.

Lo mismo que en el de absorción en el régimen de unidad de bienes el patrimonio de la mujer se transfiere como universalidad del marido, este lo administra, goza y dispone del como si se tratase de sus propios bienes pero a la disolución del matrimonio, marido sus sucesores deben devolver a la mujer el valor de los bienes recibidos, de modo que el derecho de propiedad de la mujer se transforma en un Derecho de crédito. El principio de este sistema es, pues, la adjudicación al marido de la fortuna de la mujer con cargo de restituir su valor. El marido se hace cargo también de las deudas de la mujer, pero a la disolución del régimen puede descontar el valor que debe restituir las deudas de la mujer pagadas durante el matrimonio. Todas las economías hechas durante la unión pertenecen solo al marido.

Se distingue de la absorción en que el valor de los bienes de la mujer debe ser restituido, y de la unión de bienes, en que en esta la restitución se hace en especie y no en valor.

El régimen de unidad de bienes tiene su origen en el Derecho Germánico, pero por lo general en su aplicación práctica iba combinado con el de la unión de bienes que debían ser restituidos en valor y el segundo a los inmuebles, que deban ser restituidos en especie.

Subsistió en algunos cantones suizos hasta la sanción del Código Civil. Así en el de Purgovia se aplicaba en cuanto al dinero, combinado con la comunidad o con la unión de bienes para el resto del patrimonio de la mujer. En Vaud, si bien a la fortuna mobiliaria de la mujer se aplicaba la unión de bienes, por una declaración expresa podía adoptarse la unidad, y estaba controvertido si el régimen era uno u otro con relación al dinero efectivo. En Friburgo se aplicaba

a la fortuna femenina no inmobiliaria. En Berna se combina con la absorción: todos los bienes de la mujer, salvo el que ella se reservase, se hacían propiedad del marido, inclusive los adquiridos durante el matrimonio aunque fuera por herencia de los padres; pero el marido debía devolver del valor de los inventarios, y a la muerte de uno de cónyuges el otro recibía toda la fortuna común, salvo en caso de segundo matrimonio subsistiendo hijos del primero, en que estos recibían la parte del fallecido³¹. En Argovia el marido adquiría la propiedad de los bienes muebles de la mujer, con el mismo supuesto de devolución del valor que en Berna.

En el régimen Francés de comunidad subsiste aun una aplicación muy parcial de la unión de bienes. El dinero y las cosas fungibles que no entran en comunidad pasan a ser propiedad de esta a título de casi usufructuaria, con cargo a recompensas.

En su forma pura, este régimen tiene iguales caracteres que el de una unidad de bienes mientras dura la unión. Pero al disolverse el régimen surge la diferencia, pues los bienes de la mujer deben ser restituidos en especie y no en valor. Por lo tanto, en lugar de transformarse la propiedad de la mujer en un derecho de crédito, se mantiene como propiedad, pero el usufructo de los bienes se transfiere al marido.

En el Código Alemán se le denominaba régimen de administración y disfrute del marido, y en el Código Francés, régimen sin comunidad, denominación esta que deriva de la circunstancia de que se aplicaban las reglas de la comunidad en cuanto a la administración, pero no se formaba masa común. Otras denominaciones son comunidad de administración, comunidad de bienes exteriores o formal, excluyente de comunidad de usufructo marital.

³¹ ROGUIN, Ernest, ob.cit.pp.80-91

En este régimen hay dos masas de bienes: el patrimonio del marido- que el administrara y dispone libremente, y los bienes aportados por la mujer, de los que tiene la administración y el usufructo, pero no puede disponer. Toda la ganancia del marido le corresponde a él. Lo que lo distingue netamente del régimen de comunidad. Hay pluralidad de pasivo; cada cónyuge es deudor de las obligaciones anteriores al matrimonio y de las contraídas posteriormente, con pocas excepciones, en especial las derivadas de la potestad de dirección domestica de la mujer o “potestad de la Llave”. Las cargas del hogar pesan sobre el marido, aunque en realidad la mujer contribuye con los frutos de los bienes que aporto.

A la ventaja para la mujer de que su fortuna no puede disminuir se une el inconveniente de que tampoco puede aumentar, ya que las ganancias obtenidas durante la unión corresponde exclusivamente al marido. Se ha dicho en consecuencia, con razón, que reúna para la mujer los inconvenientes de la separación y los de la comunidad, porque como en aquella no toma parte en las ganancias del marido y como en esta queda privada de la administración de sus bienes. Sin embargo, estos inconvenientes pueden reducirse en la práctica por la adjunción de la institución de los bienes reservados, como ocurría en el Código Alemán.

El régimen de bienes matrimoniales en el Derecho Germánico más antiguo no es conocido con seguridad, pero las fuentes de la época franca permite a la mayor parte de los autores suponer que ya entonces comenzó la evolución del derecho marital de administrar los bienes de la mujer. El marido como sucesor del padre de la novia, alcanzaba la potestad sobre la persona de la mujer y también sobre sus bienes una potestad y un derecho de administración Solo quedaban a disposición de la mujer los utensilios caseros

y femeninos (gerade), mientras que el resto del patrimonio, en especial la dote, en tanto no formase parte de la gerade, entraba en la gewere del marido, administrada por este sin adquirir su propiedad. Las donaciones que el prometía a la mujer (morgengabe o donación de la mañana, efectuada después de la noche de bodas y que representaba el precio de la virginidad, y wittum o viudedad, donación prometida para después de la muerte) eran retenidas durante el matrimonio, ya en conceptos de bienes de la mujer que caía bajo su potestad de administración. Ya el concepto de bienes propios de su patrimonio, pues no cumplía su promesa sino después de la disolución del matrimonio.

Roguin, Ernest, por el contrario, considera que este origen no puede afirmarse con absoluta certeza. Pues se trata de una conclusión basada en conjeturas.

El sistema de administración marital de los bienes de la mujer se conservó durante la Edad Media, especialmente en Wesfalia y Sajona; se aplicaba a los inmuebles, combinado con la unidad o la absorción para los muebles. La administración se unificaba en el marido mientras que la propiedad quedaba separada. Pero aquel podía disponer libremente de los muebles de la mujer y con consentimiento de ella de los inmuebles. Este régimen pudo desarrollarse bajo la influencia de la idea de inferioridad femenina y la tutela marital, y evoluciono hacia la aplicación completa de la Unión de Bienes.

Al tiempo de la sanción del Código Alemán la unión de bienes regia en la parte norte del país territorios prusianos de Brandemburgo Sajonia, Silesia, Frisisa Oriental, partes de Pomerania y de Schleswing Holstein, Lubeck, ducado de Oldenburg, muchas ciudades de Meckinburgo y en la mayor parte de Turingia.

La Unión de Bienes en el Código Civil Alemán. Al ser sancionado el código civil Alemán. Regia en el territorio de Alemania las máximas variantes de contenido en cada régimen. También variaban mucho los supuestos de aplicación de cada uno, fuese por las clases sociales, las profesiones o las razas. En algunos lugares tenían aplicación un régimen, pero por el transcurso de un año y un día o por el nacimiento de un hijo entraba a regir la comunidad. Finalmente en otros casos se adoptan un régimen para el primer matrimonio y otro para el Segundo.

El Código Civil estableció la uniformidad legislativa, abandonando el principio regional, adopto como régimen **legal el de unión de bienes**, al que denomina de administración y disfrute maritales, inspirado en el Landrecht prusiano y en una ley de 01 Denburgo de 1873.

En casos excepcionales poco frecuentes el régimen legal era el de separación de bienes, son ellos cuando al contraer matrimonio la mujer tenía limitada su capacidad, especialmente si era menor de edad y su representante legal no había consentido el matrimonio; cuando la comunidad conyugal suprimida por sentencia, era restablecida, y cuando se extinguía el régimen de bienes del matrimonio, pero subsistía este. El régimen legal era dispositivo. Los cónyuges podían pactar otro por contrato de matrimonio, o después de la celebración de este ante tribunal o notario. Pero la libertad contractual estaba limitada al mantenimiento del régimen legal con modificación de aspectos singulares de él o a su sustitución por la separación de bienes, la comunidad universal, la comunidad de ganancias y la comunidad de muebles y ganancias. Se permitía modificar la regulación legal. Se permitía modificar la regulación, pero no crear otro fuera del marco de ellos ni remitirse simplemente al Derecho extranjero o una ley antigua.

El régimen legal no es puramente la unión de bienes, pues al lado de los que entran en la administración y disfrute del marido se acepta la existencia de bienes reservados de la mujer. Ya en la edad media muchos bienes de la mujer, especialmente en virtud de un contrato sucesorio quedaban exceptuados de la administración marital. En concepto de los bienes reservados se amplía en los nuevos derechos de Prusia, Sajona y Lodenburg y el Código amplio más su esfera.

Existen tres masas de bienes el patrimonio del marido, los bienes aportados por la mujer y los bienes reservados de ella. El marido administra y dispone libremente de la primera masa; la segunda masa bajo su administración y disfrute, hace suyo los frutos y rentas, pero no puede disponer de los bienes que la componen sin consentimiento de la mujer; la tercera permanece bajo la libre administración y disfrute de la mujer.

Son bienes reservados de la mujer

- En virtud de la Ley

- Los objetos destinados exclusivamente a su uso personal

- Las ganancias de su trabajo percibidas durante el Matrimonio, sea por trabajo anterior o posterior a su celebración.

- Lo adquirido por la mujer durante el matrimonio por la explotación independiente de un negocio.

- 2°. En virtud de negocio jurídico:

- Los reservados por contrato matrimonial

- Los adquiridos por herencia, legado a donación si el testador o donante determine que el bien es reservado (cláusula de reserva).

• 3°. En virtud de subrogación:

- Los adquiridos en base a un derecho que tenga la categoría de bien reservado (fruto de bienes reservados, créditos que sean bienes reservados, posesión convertida en propiedad por la usurpación)

- Lo adquirido en concepto de indemnización por la destrucción, daño o privación de un bien reservado.

- Lo adquirido en virtud de un negocio jurídico relativo a los bienes reservados.

Los bienes reservados constituyen un patrimonio especial de la mujer que recibe el mismo trato que la totalidad de su patrimonio en el régimen de separación.

Además se reconoce a la mujer la potestad de dirección doméstica o “potestad de llave”, consistente en el derecho de gestión de negocios y representación del marido en los asuntos de la esfera doméstica.

El régimen del Código Alemán subsistió hasta el 31 de Marzo de 1953, fecha que entro en vigor el principio de igualdad de derechos de hombres y mujeres establecido por la Constitución de Bonn de 1949.

En Suiza el régimen legal, a la falta de contrato de matrimonio es el de unión de bienes, modificable aun durante el matrimonio por convención entre los esposos aprobada por la autoridad tutelar. Pero no es el régimen puro, sino que esta modificado por la introducción de elementos correspondientes a los regímenes de unidad de bienes y de participación, y por la existencia de bienes reservados.

La unión de bienes comprende todos los bienes de los cónyuges con excepción de los reservados, que quedan sometidos a las reglas de la separación de bienes. Los no reservados forman una masa común denominada de bienes matrimoniales.

De ellos, la propiedad se mantiene separada, salvo para el dinero, las cosas fungibles y los títulos al portador, que si se confunden con los bienes del marido se hacen propiedad de él, con cargo de restitución del valor, lo que implica un elemento de la unidad de bienes pero la administración y usufructo, de los bienes de la mujer corresponde al marido, que con los frutos debe servir al interés de la comunidad, cuyas cargas el soporta. La masa común comprende los aportes de la mujer, los del marido y las adquisiciones.

El marido administra, usufructúa y dispone de los bienes que forman la masa común, pero necesita consentimiento de la mujer para disponer de los aportes por ella que no pasaron a su propiedad, aunque el consentimiento se reputa presumido por los terceros de buena fe. A la vez, la mujer puede disponer de esos bienes con consentimiento del marido.

De las deudas corresponde a cada cónyuge con sus bienes. En la práctica, la regla se atenúa para las deudas del marido por la presunción de que los bienes pertenecen a él. Se requiere su consentimiento para que los aportes de la mujer respondan por las deudas de ella; de lo contrario, solo responden los bienes reservados.

Si ejerce profesión separada necesita consentimiento del marido, y en ese caso responden sus aportes. El marido responde a las deudas resultantes de la gestión del hogar contraídas por la mujer; ella solo responde subsidiariamente en caso de insolvencia del marido.

El producto del trabajo de la mujer fuera de su actividad doméstica pertenece a sus bienes reservados por la ley; a los que se aplican las reglas de la separación de bienes, el marido no tiene sobre ellos derechos de

administración, usufructo ni disposición; sin embargo, las rentas del trabajo de la mujer deben ser empleadas para las necesidades del hogar.

En la participación, las reglas del régimen puro de unión. De bienes se modifican por la institución del beneficio, según el cual se atribuye a la mujer un tercio de las ganancias obtenidas durante el matrimonio, elemento que aproxima el régimen a la comunidad o a la participación.

Si la partición se hace por muerte, se restituye a la mujer los bienes reservados y los aportes, estos en especie si existen y en valor si no existen.

Regladas las recompensas, se hace la división del beneficio, saldo resultante después de la restitución de los bienes reservados, los aportes de cada cónyuge, la realización de las recompensas y la deducción de las deudas, si es el marido el que falleció la mujer tiene derecho a un tercio del beneficio. Si falleció la mujer, el marido recibe $2/3$ del beneficio si hay descendientes y la totalidad si no las hay. Todas estas reglas pueden ser modificadas por convención matrimonial. Si hay déficit carga con el marido, salvo que pruebe que fue causado por la mujer.

En caso de divorcio, se mantiene la separación de los bienes reservados y se restituyen los aportes de cada cónyuge, este especie si existen, y si no existen mediante el reconocimiento de una recompensa. Regladas las recompensas y repartido el pasivo, se atribuyen los dos tercios del beneficio al marido y el tercio restante a la mujer. Si hay déficit, se procede como en caso de muerte.

Dentro de esta realidad referida a la comunidad de gananciales, CORNEJO CHAVEZ Héctor, nos dice que repitiendo la fórmula del Código anterior, **el artículo 301 del Código Civil de 1984, preceptúa que en el régimen de sociedades gananciales puede haber bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad.**

En esto radica, por lo demás, la nota característica de este régimen. Ahora bien, para calificar los bienes como propios de uno de los cónyuges o comunes, el Código derogado recurrió en ambos casos a una enumeración casuística— con el riesgo de omisión inherente a este tipo de enumeraciones— que, en algunos casos además, devino anacrónica.

El nuevo texto sustantivo civil, asumiendo la posición del anteproyecto ha preferido, en primer lugar, completar al máximo posible la enumeración de los bienes propios y, en segundo lugar, preceptuar que todos los demás son bienes sociales; formula con la cual queda subsanada automáticamente cualquier omisión.³²

En lo referente a la sociedad concubinaria de bienes, también encontramos que VASQUEZ GARCIA, Yolanda, nos dice, que la constitución, al definir y reconocer el concubinato, establece que este da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de gananciales en cuanto sea aplicable (artículo 5°). Sobre el particular, el autor también destaca a ESTRADA CRUZ, Arnaldo, en un trabajo sin precedentes en la doctrina nacional quien ha desarrollado en esta Institución conceptualizándolo de la siguiente forma:

“Es una sociedad de bienes que se constituye de hecho entre concubinos y en la que puede haber bienes propios de cada concubino y bienes comunes de la unión concubinaria, esto por analogía con la sociedad de gananciales. La sociedad concubinaria de bienes nace del concubinato conceptualizado **stricru sensu**, cuando resulta de la unión sexual de un hombre y una mujer, sin impedimentos matrimoniales, que cohabitan en forma habitual y continua constituyendo un hogar semejante al hogar conyugal”³³

³² CORNEJO CHAVEZ, Héctor. ob.cit, pp.264-265

³³ ESTRADA CRUZ, Arnaldo. REGULACION JURIDICA DE LA SOCIEDAD CONCUBINARIA DE BIENES; citado por VASQUEZ GARCIA, Yolanda, ob.cit,p.189

Comentando la Constitución peruana, el autor del párrafo anterior, precisa que la norma constitucional contiene tres aspectos.

-Reconoce la existencia de la sociedad de bienes durante el concubinato, como una sociedad de hecho real, concreta, material y un fenómeno social inocultable para el legislador.

-Dispone, por primera vez en la historia del país, la regulación jurídica de dicha sociedad, y

-Determina que la sociedad de bienes del concubinato se sujeta al régimen jurídico de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable, es decir, asimila la sociedad de hecho, por analogía, a la sociedad conyugal, en cuanto sea compatible.

Por otro lado en lo referente a las características de la sociedad concubinaria de bienes, que establece el código civil, MIRANDA CANALES, Manuel, indica que la sociedad concubinaria de bienes al régimen de la sociedad de gananciales, tendría como característica:

- Pueden haber bienes propios (artículo 302°) de cada compañero o conviviente y bienes de la sociedad (artículo 310°)

- Los bienes propios pueden disponerse en forma autónoma (artículo 303°) y los bienes de la sociedad per común acuerdo de los convivientes (artículo 315°)

-Puede administrar, uno de los convivientes, los bienes propios de su compañero o competiera en caso de no contribuir al sostenimiento del hogar de hecho (artículo 305°)

- Existe la facultad de uno de los convivientes de administrar los bienes propios del otro, teniendo en este caso, solamente facultades inherentes a

la misma administración y la obligación de devolverlos a requerimiento del propietario (artículo 306°)

- Los bienes propios de cada conviviente responde por las deudas anteriores a la sociedad concubinaria de bienes (artículo 307°)

- Los bienes propios no responden por las deudas personales del otro conviviente (artículo 313°)

- La administración de la sociedad concubinaria corresponde a ambos (artículo 313°).

- Los bienes de la sociedad y, supletoriamente, los bienes propios de los convivientes, responden por las deudas de la sociedad convivencial

(Art.317°)

- Fenece la sociedad concubinaria de bienes por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral (artículo 326°)

- Fenecida la sociedad concubinaria de bienes, se procede de inmediato a la formación del inventario valorizado de todos los bienes (artículo 320)

- Liquidada la sociedad concubinaria, se paga las obligaciones y cargas, después se reintegran a cada conviviente los bienes propios que quedaren.

(Artículo322°)

- Son bienes de la sociedad concubinaria los remanentes después de efectuados el pago de las obligaciones y cargas.

- Los bienes de la sociedad concubinaria se dividen por mitad entre ambos convivientes o sus respectivos herederos.

En lo referente a estas características BIGIO, Chrem, indica que asiste a cualquiera de los convivientes la facultad de promover individualmente, acción reivindicatoria, acción posesoria, de desalojo, etc. Así mismo, cualquiera puede solicitar la partición de bienes, hacer uso del derecho de tanteo en caso

de remate público del bien y ejercer el derecho de retracto en caso de que el otro ex concubino enajenara parte del bien común³⁴.

Finalmente, CORNEJO CHAVEZ, Héctor, interpretando la parte final del artículo 319° del Código Civil, que a la letra dice: respecto a terceros, el régimen de sociedades gananciales se considera fenecido en la fecha de Inscripción correspondiente en el registro personal.

Al respecto indica que en el caso de terceros el régimen de gananciales se considera fenecido en la fecha de la inscripción correspondiente en el registro personal, pues ni en ese registro cabe inscribir uniones de hecho, ni puede crearse otro destinado a ello, no solo porque semejante formalización de la unión de hecho es poco compatible con la condición de pacto de la misma unión, sino porque si alguna inscripción registral debiera propiciarse al respecto, más valdría que, formalizada matrimonialmente la unión misma, se inscribiera en el Registro de Estado Civil correspondiente (solución final que en nuestro concepto, sería la más deseable, ética y socialmente).

Esta circunstancia, propia del concubinato, por la cual no cabe crear una fuente registral de información a terceros interesados, suscitado por cierto, uno de los problemas más importantes, Como puede funcionar la unión de hecho frente a terceros si estos no disponen de la posibilidad de consultar ningún registro de uniones de hecho, ni otro de fenecimiento de la misma? dificultad que se pone en -especial evidencia cuando, por ejemplo, se trata de actos de gravamen o de disposición de bienes pertenecientes a cada uno de los concubinos o a la sociedad de hecho por ellos constituido.

Luego agrega, en nuestro concepto, son los mismos concubinos quienes deben hacer conocer fidedignamente a los terceros con quienes pretenden

³⁴ BIGIO, Chrem. Citado por VASQUEZ GARCIA, Yolanda, ob.cit, pp.190-191

contratar la existencia de la unión y el medio de hacerlo consistirá en pedir al juez ante quien han acreditado dicha unión que mande notificar con la sentencia a los terceros que ellos mismos indiquen, o que en cada caso lo acrediten con la copia certificada de tal resolución.

Sobre esta materia, es pertinente aludir precisamente al modo de probar la existencia de la unión de hecho amparada por la Constitución Política y por el Código Civil. El ponente planteo la formula, existente en otras leyes, de que a falta de acuerdo de los mismos interesados la prueba del concubinato se refiriese a la posesión constante de tal estado de hecho. Esta fórmula tenia, sin duda, la ventaja practica de no obligar a todos los concubinos a recurrir a la vía judicial, sino solamente en aquellos casos en que uno de ellos lo negase ahorrándose de esta manera una sobre carga masiva sobre la labor de los jueces y gastos innecesarios a los mismos interesados, pero acaso el inconveniente de dificultar la probanza ante terceros. Consideramos, sin embargo, que este obstáculo podría ser salvado si ambos concubinos utilizan la vía judicial sin forma de juicio o la simplemente notarial, para hacer de conocimiento de terceros el hecho de la unión. De no utilizarse algunas de estas vías, los terceros no estarían obligados a darse por enterados del hecho del concubinato para ello, se trataría de persona soltera.

El código civil, acepte este temperamento; pero este código prefirió la forma Procesal de un juicio dentro del cual se prueba el concubinato por la posición constante de tal estado, acreditada por cualquiera de los medios admitidos por la Ley Procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita (formula que se plantea para el caso de no haber acuerdo en los concubinos acerca de su unión), concluyo.³⁵

³⁵ CORNEJO CHAVEZ, Hector, ob.cit,pp.292-293

7.- DEFINICIONES CONCEPTUALES.

a. Concubinato carencial o legal.

Es aquel que está integrado por una pareja que carece de impedimentos matrimoniales que viven en posesión de estado matrimonial, pero que, sin embargo, carece de motivación para celebrar su matrimonio civil.

b. Concubinato sanción.

Es aquel donde uno o ambos integrantes de la pareja de concubinos, con posesión de estado matrimonial tienen un ligamen anterior.

c. Servinacuy

Llamado también matrimonio a prueba, practicado mayormente por los pobladores de nuestra serranía, como continuación de una costumbre ancestral.

d. Patrimonio Común

Conjunto de bienes y deudas, estimables en dinero, pertenecientes a varias personas en que constituyen una inversión jurídica.

e. Sociedad de Gananciales.

Régimen legal de patrimonio conyugal, mediante el cual el marido y la mujer harán suyo por mitad al disolverse el matrimonio las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio.

CAPITULO III

MARCO METODOLOGICO

1.- TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACION:

1.1 Tipo de investigación.

De acuerdo al propósito de la investigación, y por la forma en que se han planteado los problemas y objetivos del trabajo, el presente estudio reúne las condiciones metodológicas suficientes para calificarla como una investigación “Aplicada”; en razón que para su desarrollo en la parte teórico- conceptual, se utilizará doctrina sobre **“Las uniones de hecho y la sociedad de gananciales”**; las mismas que servirán de sustento para la investigación.

1.2 Nivel de Investigación

En cuanto al nivel de la investigación fue **“descriptiva”** en un primer momento, luego **“explicativa”**, niveles estos que estarán presentes en el desarrollo del estudio.

2.- METODO Y DISEÑO DE LA INVESTIGACION

2.1. Método

Durante el desarrollo de la investigación, se empleó principalmente el método deductivo e inductivo y el descriptivo.

2.2 Diseño

Se tomará una muestra en la cual:

M= O

Donde:

M = Muestra de Magistrados que conocen de esta problemática, estudiantes universitarios, abogados y personas que se encuentran dentro de esta realidad **(Concubinos)**

O = Observación

Unión de Hecho

Sociedad de Gananciales.

3.- POBLACION Y MUESTRA

3.1 Población

La población de estudio estuvo conformado por magistrados de los juzgados en familia del módulo básico de justicia de Andahuaylas **(dos magistrados)** y sala Mixta descentralizada e itinerante de la provincia de Andahuaylas y Chincheros **(tres jueces superiores- vocales)**, abogados (50 abogados colegiados y habilitados), 204 estudiantes universitarios-alumnos de la universidad Tecnológica de los Andes sub sede Andahuaylas y 100 aproximadamente de personas que viven en concubinato en la provincia de Andahuaylas.

3.2 Muestra

Por ser asequible y contar con los medios y recursos para el estudio se tomó en cuenta como muestra los siguientes:

Jueces : 02

Vocales : 03

Abogados : 10 (especialistas en derecho civil-familia)

Estudiantes universitarios 13 (los que se encuentran en el último ciclo de estudios)

Personas que viven en concubinato 15 (los que tiene problemas judiciales)

Haciendo un total de 43 personas investigadas.

4.- TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS:

4.1. Descripción de las Técnicas de Investigación

Las técnicas de recolección de datos serán la revisión bibliográfica (doctrina y jurisprudencia) de las fuentes en el proceso de teorización, análisis documental; la encuesta, la entrevista semiestructurada.

4.2. Descripción de los Instrumentos de Investigación:

Con los objetivos establecidos, los datos que se quieren conseguir pueden hacer uso de los siguientes instrumentos para su hallazgo:

- Análisis documental y bibliográfico teniendo en cuenta los antecedentes dentro del derecho comparado, a nivel nacional desde la época incaica (sirvinacuy) y el comportamiento de la legislación actual (Constitucional y Ley sustantiva y adjetiva civil).
- Entrevistas.
- Encuestas

4.3. Procedimiento para la recolección de datos

El procedimiento de recolección documental de datos se ha iniciado con recopilación de la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, de igual forma se ha revisado los archivos de los Juzgados de familia del módulo básico de justicia de Andahuaylas y la Sala Mixta de descentralizada e itinerante de la provincia de Andahuaylas y Chincheros, la Universidad Tecnológica de los Andes sub sede de Andahuaylas (biblioteca), archivos públicos y privados así como de otros documentos tanto bibliográficos como estadísticos. De igual forma se tomará en cuenta la participación de la población estudiantil de la universidad, de los abogados de la defensa libre (especialistas en derecho civil-Familia), los

señores magistrados y las Personas que viven en concubinato a la fecha por medio de *entrevistas* y *encuestas*, Así mismo el dialogo con las autoridades más representativas de la provincia de Andahuaylas.

5.- PRESENTACION, ANALISIS E INTERPRETACION DE RESULTADOS:

Este capítulo tiene el propósito de presentar el proceso que conduce a la demostración de la hipótesis en la investigación "Si las uniones de hecho o concubinato es una situación irregular del matrimonio, entonces la permanencia de esta por más de dos años le genera derecho en la sociedad de gananciales según la normatividad civil peruana".

a.- Analizar como el concubinato carencial o legal generan sociedad de gananciales: Patrimonio común con derechos y deberes.

b.- Analizar la forma en que el concubinato sanción o ilegal generan sociedad de gananciales: Patrimonio común con derechos y deberes.

Los logros obtenidos en el desarrollo de cada objetivo específico, nos conduce metodológicamente al cumplimiento del objetivo general de la investigación, Cada vez que cada objetivo específico constituye un sub-capítulo de este análisis y consecuentemente nos permite contrastar la hipótesis de trabajo para aceptarla o rechazarla de acuerdo al grado de su significación.

6.- Análisis sobre las Uniones de Hecho o Concubinato

Al abordar sobre este tema referido a las Uniones de Hecho o Concubinato, encontramos tal como se presenta la información en el Capítulo correspondiente, que existen diferentes autores que dan sus punto de vista y enfoques doctrinarios y jurídicos en cuanto a esta problemática; encontrándose si nos remontamos a la parte histórica que ya se practicaba

dicha convivencia en la época del imperio Incaico, así como también era conocida y legislada en el Código de Hammurabi.

De igual manera, analizando la información disponible, también encontramos que el concubinato se viene dando desde épocas remotas; tal es así que por ejemplo en Roma no se le consideraba como lícito y se practicaba en base a ciertas normas, que la concubina podía ser condenada por adulterio, es decir se seguía el sistema monogámico, como también cuando existían relación parental se generaban impedimentos y no era calificado ni representaba un matrimonio *Strictu Sensu*, al no haber dote así como tampoco la mujer no podía ingresar en la familia del esposo, ni el padre ejercía la patria potestad sobre los hijos. Además, estos eran considerados naturales, y no tenían derecho a buscar la sucesión del padre; como también el divorcio no se daba, toda vez que era suficiente la voluntad de uno de ellos para dar por terminada dicha forma de concubinato.

En el incanato, se conoció una especie una unión de hecho bajo el nombre de o “servinacuy” o “servinakuy”. Este terminó “servinakuy” no es quechua ni castellano, sino un híbrido surgido durante la Colonia. Se forma con la abreviación castellana, *servi*, alusiva a servicio, y el afijo quechua *nakuy*, que tiene una connotación de mancomunidad, ayuda o participación³⁶.

El *servinakuy* era un institución prematrimonial, si quiere llamarse en otras palabras un “matrimonio de prueba”, se basaba en un conocimiento previo de la pareja, en un trato intersexual previo, la pareja convivía por un tiempo, si la convivencia no funcionaba, la pareja se separaba y la doncella simplemente regresaba a su casa, en caso contrario se pasaba a la etapa del matrimonio; su origen se remonta a épocas anteriores a los Incas, esta

³⁶ CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Tomo I. 5ta Edición. Edit., Studium S.A. Lima, Perú, 1985, p.82

institución era y es tan arraigada a las costumbres indígenas, sobretudo de la sierra central del Perú, que logró sobrevivir al catolicismo impuesto por la conquista que lo condeno y a los tres siglos de coloniaje, manteniéndose en la época republicana hasta el día de hoy.

De otro lado en la edad media también existían las Uniones de Hecho pese a la oposición de la iglesia. La iglesia tomando en consideración su defensa al matrimonio como única forma valida de unión sexual, su posición era condenar el concubinato, Llegándose a la época del Concilio de Trento, ordeno como medida extrema, la excomuniación de los concubinos, así como también se complementó con otras medidas.

Si analizamos en si a las Uniones de Hecho o Concubinato, encontramos que este se encuentra inmerso en la Legislación Comparada, y podría decirse sin lugar a equivocaciones que tiene como origen a factores sociológicos y jurídicos; hechos que no solamente se viene dando en países en vía de desarrollo, sino también en países desarrollados; lo cual nos demuestra que ante una serie de principios existentes en países adelantados, actualmente se viene dando en forma progresiva una degradación moral y principista; y en el caso de los sub-desarrollados, obedece principalmente al bajo nivel cultural, las dificultades económicas, las costumbres e idiosincrasia de los pueblos.

Por otro lado si nos trasladamos a nuestra realidad, encontramos que las uniones de hecho o concubinato no solamente se viene dando en las zonas del interior del país y/o urbano marginales, sino también en la clase media, baja y sectores de menor nivel; lo cual nos demuestra que como costumbre tiene raíces ancestrales.

Analizando también a diferentes especialistas, cada uno tiene sus diferentes puntos de vista en relación a las Uniones de Hecho, unos la reconocen como tales, otros las cuestionan y finalmente un gran sector la acepta como hechos naturales que se da a nivel de la sociedad.

En nuestra realidad es bastante claro, que si nos trasladamos en muchos de los casos a familias numerosas, encontramos por ejemplo una gran mayoría en esta situación, lo cual debe ser una preocupación permanente a nivel de gobierno.

Finalmente, estadísticas muestran que la intención del legislador de 1984 de suprimir progresivamente al concubinato descentivando esta unión, a través de la confinación de los derechos personales y patrimoniales de los convivientes, no ha surgido el efecto deseado, pues en lugar de disminuir, el porcentaje de las convivencias more uxorio se ha incrementado en nuestra sociedad. Así de acuerdo al último censo del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), en ciudades grandes del Perú como Arequipa, el 20.44% de la población mayor convivía con su pareja, mientras que el 31.41% eran casados, pero el 40% dijo ser soltero. Mientras que a nivel nacional, el número de mujeres convivientes en Perú se incrementó en 16.2% en los últimos veinte años, en tanto que el de casadas disminuyó en 14.3% en ese mismo periodo³⁷.

Según los estudios y cuadros estadísticos del INEI, en los últimos diez años, se han advertido cambios notorios que repercuten en la conformación de las familias, así en una década disminuyó el número de personas solteras de 41,3% (año 2004) a 38.2% (año 2013); aumentaron las uniones de hecho de 17.6% (año 2004) a 2.4% (año 2013), este aumento se ha experimentado

³⁷ Datos extraídos del Diario El Pueblo. Edición miércoles 12 de marzo del 2014. P. 4

tanto en el ámbito rural como el ámbito urbano donde el crecimiento ha sido mayor, lo que demuestra que la convivencia more uxorio dejó de ser casi exclusiva de ámbitos rurales, del campesinado o de pueblos alejados del Perú como antes se creía, estando cada vez más presente en las metrópolis peruanas, en efecto, en el ámbito rural en el año 2004, se registró un porcentaje de concubinato de 21.1%, en el año 2013 dicho porcentaje se incrementó levemente llegando al 22,1%, mientras que el ámbito urbano se registro un porcentaje de uniones estables del 16,3% en el año 2004 que se incrementó en el año 2013 hasta el 19,9% para el INEI la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y su relativa autonomía es como la alta movilidad laboral del hombre y mujeres tendrían relación con el mayor porcentaje de uniones de hecho, así como el incremento de porcentaje de divorcios.

Así mismo en esta situación habría influido la legislación que efectivizó el divorcio de mutuo consentimiento. Contrariamente a lo que ocurre con el concubinato, el matrimonio ha ido en detrimento en esta última década, así en el año 2004 se registró un porcentaje de 30,8% de personas casadas mientras que en el año 2013 este porcentaje cayo hasta el 28,1%; las tasas de personas divorciadas también se incrementaron del 5,5% (año 2004) al 7,9% (año 2013).

Otro estudio interesante que nos muestra el INEI, es el referido al estado conyugal de las adolescentes embarazadas, así el estudio ha concluido que la maternidad adolescente ocurre principalmente en las uniones de hecho, en efecto en el año 2013, el 64% de adolescentes embarazadas provienen de una relación de concubinato, apenas un 2.9% están casadas y un 25% son padres solteras.

7.- Análisis sobre la Sociedad de Gananciales

Al tratar sobre la Sociedad de Gananciales, encontramos abundante literatura en lo referente a la sociedad que se genera entre el marido y la mujer desde el momento que existe el matrimonio hasta su disolución, por lo cual debemos entender que los bienes gananciales deben ser repartidos entre ellos.

En esta situación se encuentra que existen diferentes ejemplos y legislaciones que han tratado dicha temática, en el Perú estudiosos en el campo del Derecho Civil como CORNEJO CHAVEZ Héctor, nos señala que de acuerdo al código Sustantivo en su artículo 301°, el Régimen de Sociedades Gananciales contempla en su tenor Sobre los bienes propios que aporta cada uno de los cónyuges, como también los bienes que se adquieren dentro de la Sociedad.

Por otro lado, si nos trasladamos dentro de esta contrastación real de la situación que viven muchas familias contempladas en el Concubinato conocido como el "Strictu Sensu" (Concubinato legal), vamos a encontrar que dicha situación se da en el país principalmente en sectores de la clase media y baja; y por ende las gananciales en las cuales están comprendidos.

Tal es así que si analizamos en artículo 5° de la Constitución Política del Perú, encontramos que esta reconoce la existencia de dicha sociedad de gananciales en el concubinato y sobre la cual dicha realidad no se puede ocultar; así como y también dicho reconocimiento es una forma de regulación jurídica de la Sociedad de Gananciales, y determina que dicha Sociedad se sujeta al régimen jurídico existente en cuanto sea aplicable; es decir se aplica por analogía a la sociedad conyugal, en cuanto le sea competente.

Dentro de este panorama de la Sociedad de Gananciales, **MIRANDA CANALES, Manuel**, en un estudio analítico y pormenorizado sobre la Sociedad Concubinaria en cuanto a los bienes, encuentra un conjunto de características en la parte concerniente al Código Civil vigente, los mismo que van desde el artículo 302° al 322°; destacando principalmente que en el Concubinato Strictu Sensu (carencial o legal) es reconocida la Sociedad de Gananciales, señalándose además una clara distinción entre los que son bienes propios y bienes comunes de la Sociedad de Gananciales.

Sin embargo, si nos ponemos analizar también sobre el concubinato "Latu Sensu" (Concubinato sanción o ilegal), este carece de todo derecho en relación a la Sociedad de Gananciales, según la Normatividad Civil vigente. Por otro lado CORNEJO CHAVEZ, Héctor, dentro de la minuciosidad jurídica, interpreta la parte final del artículo 319° del Código Civil, en lo referente a terceros y dice que el Régimen de Sociedades Gananciales no existe para estos últimos; en razón que todo lo que se compra o posee dentro del matrimonio, si no existe una separación jurídica, le sigue perteneciendo a los cónyuges reconocidos legalmente. Finalmente, la Sociedad de Gananciales en el caso del concubinato, conociendo el espíritu de la Ley, la hace extensiva hasta el "Strictu Sensu"; circunstancia esta que a no dudarlo, constituiría uno de los factores por los cuales una gran cantidad de familias peruanas, no buscan su reconocimiento legal, teniendo gran incidencia para tal fin, el entorno socio-cultural donde se desenvuelve la pareja.

La constitución del régimen patrimonial convivencial, conforme establece el artículo 5 del texto constitucional de 1993, cita que la unión de hecho, da lugar a una comunidad bienes sujeta al régimen de la sociedad de

gananciales es cuando sea aplicable; el artículo 326 del Código civil que fue dado tiempo antes siguiendo los lineamientos de la constitución política de 1979, ostenta además el elemento temporal, citando que la unión de hecho origina una sociedad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. En consecuencia por mandato constitucional y sin que sea necesario que se celebre el matrimonio civil, los concubinos se hayan circunscritos a un régimen patrimonial de comunidad de bienes que se rigen cuando le fuera aplicable, por las disposiciones legales del régimen patrimonial, matrimonial de sociedad de gananciales, el requisito principal que determina la ley para acceder a dicho régimen, es la estabilidad de la unión de hecho en el tiempo, es por eso que se reconocerá el régimen patrimonial de comunidad de bienes a aquellos concubinatos que hayan durado por lo menos 2 años continuos.

Es importante lo manifestado por la Corte Suprema en el recurso de casación Nro: 4066-2010- la libertad, pues como bien lo ha señalado el supremo tribunal, la sentencias emitidas en esta clase de procesos son sentencias declarativas, es decir aquellas sentencias que declaran la existencia de una situación jurídica pre existente solo tiene como fin manifestar certeza respecto de un escenario jurídico real; en efecto, el órgano jurisdiccional únicamente se limitara a constatar la existencia de la unión de hecho, constatar la concurrencia de los elementos constitutivos de la unión de hecho propia (artículo 326 del código civil) y para efectos patrimoniales, verificara el trascurso del tiempo en el cual tuvo vigencia la comunidad de bienes convivenciales, vigencia que automáticamente tiene su inicio luego de

trascurridos dos años de convivencia y que tendría su término al disolverse la unión de hecho.

8.- NATURALEZA JURÍDICA DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL.

El código civil y el actual texto constitucional utilizan denominaciones distintas para designar al régimen patrimonial de las uniones de hecho. Así siguiendo los lineamientos de la constitución de 1979, el código civil se refiere a este régimen patrimonial como “sociedad de bienes”, mientras que el artículo 5 del texto constitucional vigente utiliza la denominación “comunidad de bienes” denominaciones algo confusas que no han sido plenariamente delimitadas ni explicadas ni por la jurisprudencia ni por la doctrina.

Para Javier Peralta, la comunidad de bienes puede ser de dos tipos:

a.- La absoluta o universal, que comprende todos los bienes de los cónyuges, aportados o adquiridos durante el matrimonio, presentes o futuros, muebles o inmueble, corporales o incorporeales, etc.

b.- relativa o parcial, como la comunidad de adquisiciones, la comunidad de gananciales y los llamados regímenes intermedios.³⁸

Enrique Varsi manifiesta refiriéndose a estos regímenes de comunidad que se caracterizan por la existencia de un patrimonio común, llámese mancomunado pertenecientes a ambos cónyuges, y dos patrimonios privativos, es decir de cada uno de los cónyuges.

También llamado la sociedad de gananciales o de asociación conyugal.

Así mismo manifiesta este autor que un régimen típico de esta clase, es la sociedad de gananciales, en donde la mujer no pierde su derecho al patrimonio, sino que, conjuntamente, con el marido son propietarios de los

³⁸ Peralta Andia Javier Rolando , Ob. Cit. Pag.24.

bienes sociales una especie de copropiedad, a pesar de utilizarse dos denominaciones distintas, el tratamiento jurídico que se le brinda al régimen patrimonial del concubinato según el propio texto de ambas leyes, es el de la “sociedad de gananciales matrimonial en cuanto sea aplicable”. Dogmáticamente la norma ha brindado a la comunidad de bienes convivencial, la misma naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales matrimonial por lo tanto los bienes adquiridos por los concubinos luego de dos años de convivencia son en esencia “bienes sociales” respecto de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales matrimonial que es la naturaleza jurídica de la comunidad o sociedad de bienes convivenciales, a citado sin faltarle razón Roxana Jiménez, lo siguiente: “mucho se ha especulado y escrito acerca de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, esbozándose diversas teorías y propuestas, tales como que es un contrato de sociedad, una persona jurídica, una copropiedad, entre otras, siendo la mayor parte de ellas insuficientes, sino erróneas. Sin embargo, la que se acerca más a su realidad es la teoría Alemana es un patrimonio en mano común (origen del termino mancomunidad), en el que no existe partes alícuotas; cada parte participa en el todo.”³⁹

9.- PRINCIPIO DE PRUEBA ESCRITA:

El segundo párrafo del artículo 326 del código civil establece que la posición constante de estado a partir de la fecha próxima puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.

El principio de prueba escrita está reconocido en el artículo 238 del código procesal civil, que a la letra dice que: “cuando un escrito no produce en el

³⁹ JIMENEZ VARGAS MACHUCA Roxana, Código Civil Comentado Tomo II. Derecho de familia, segunda edición Edit. Gaceta Jurídica. Lima 2007 Pag.195.

juez, convicción por sí mismo, requiriéndose completado por otros medios probatorios, es un principio de prueba escrita siempre que reúna los siguientes requisitos:

- 1.- que el escrito emane de la persona a quien se opone, o a quien representa o haya representado; y.
- 2.- que el hecho alegado sea verosímil

Como la partida de matrimonio religioso, las partidas de nacimiento de los hijos, escrituras públicas y contratos celebrados por los concubinos, constancias de convivencia declaraciones asimiladas hechas en otros procesos, certificados domiciliarios , denuncias, etc.

Existe casi un consenso doctrinal en las que las razones del legislador para exigir a la uniones de hecho este principio, obedecen a una desconfianza así la prueba testimonial y en una mayor exigencia, a efecto de corroborarse el cumplimiento cabal de los requisitos legales exigidos para configurar una unión de hecho propia.

Este requisito de prueba escrita, ha sido objeto de múltiples críticas doctrinales al hacer a la convivencia de difícil probanza para los concubinos y prácticamente obligar a los concubinos a documentar su convivencia, para poder reclamar sus derechos. Es arto conocida la postura crítica de especialistas en derecho de familia, como el profesos **Alex Placido, quien ha tildado a este requisito bajo el rotulo de excesivo, manifestando que 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.**

Luis Cárdenas ha señalado que sería beneficioso la asunción de una actitud más abiertas en términos probatorios, pues no hay que olvidar que estas uniones configuran una relación familiar, caracterizada por la confianza mutua y el comportamiento correspondiente al de una pareja estable, y que no siempre será posible contar con un documento para hacer valer su existencia.⁴⁰

De otra parte manifiesta Evelia Castro que desde el punto de vista constitucional, el estado peruano tiene un compromiso con la igualdad material y la protección de los más vulnerables; por ello el proceso de reconocimiento judicial de las uniones de hecho debe proteger a la parte más débil de la relación.

⁴⁰ Cardenas Rodriguez , Luis. Elusion del principio de prueba escrita en la unión de hecho. Dialogo con la jurisprudencia Tomo 181. Edit. Gaceta Jurídica, lima 2014 Pagina 137.

CAPITULO IV

RESULTADOS

1.- INTERPRETACION Y DISCUSION DE RESULTADOS DEL TRABAJO DE INVESTIGACION:

1.1 Formas más comunes de las uniones de hecho

A la pregunta ¿Cuáles son las formas de las uniones de hecho que reconoce la legislación Peruana?

a.	Las uniones de hecho o concubinato carencial o legal	32
b.	La uniones de hecho o concubinato sanción o ilegal	11

ANALISIS DE FRECUENCIAS

a.	32	74%
b.	11	26%
TOTAL	43	100%

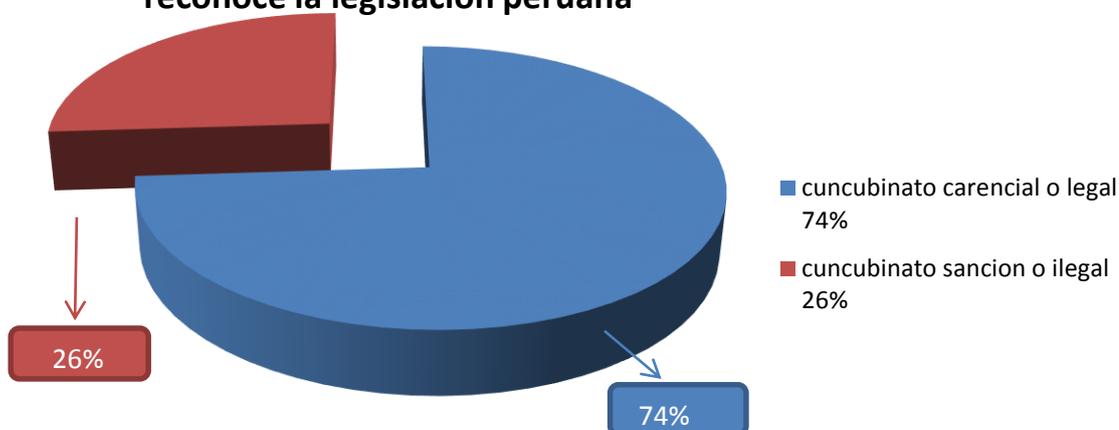
INTERPRETACION

El 74% de los entrevistados consideran que una de las formas de Uniones de Hecho que más se presentan es la convivencia, Estricto Sensu (convivencia legal); y el 26% de casos restantes es por el lato Sensu (convivencia ilegal).

Como podemos apreciar, estas formas en las cuales se da la convivencia, tiende a incrementarse debido a una serie de factores, que tiene origen Socio-cultural y/o idiosincrasia del país.

FIGURA N° 01

cuales son las formas de las uniones de hecho que reconoce la legislacion peruana



a. 32

b. 11

FUENTE.-

Encuesta a magistrados, abogados, personas concubinas y estudiantes de derecho.

1.2 Las Uniones de Hecho y la Sociedad de Gananciales en la Normatividad Civil peruana.

A la pregunta ¿Ud. considera que las Uniones de Hecho generan Sociedad de gananciales, según la normatividad civil peruana vigente?

a.	SI	40
b.	NO	3

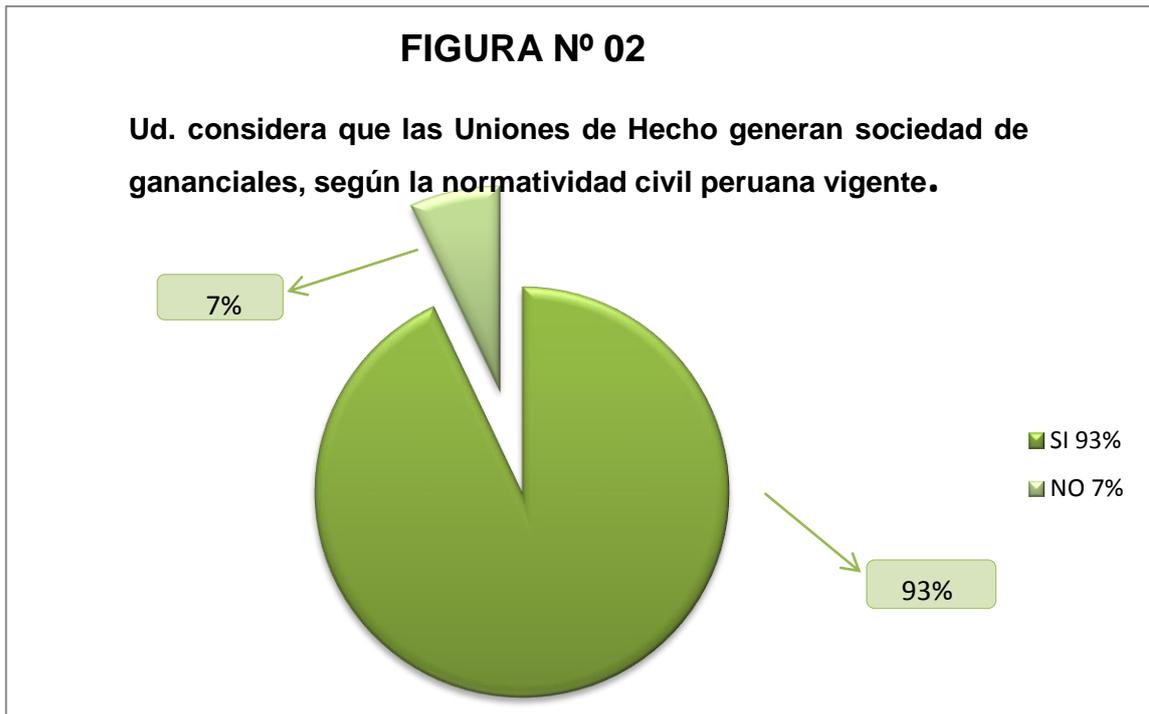
ANALISIS DE FRECUENCIAS

a.	40	93%
b.	3	7%
TOTAL	43	100%

INTERPRETACION

El 93% de las personas investigadas consideran que las uniones de hecho generan sociedad de gananciales, según la normatividad civil peruana vigente, mientras que el 7% opina lo contrario.

Al respecto, es pertinente tener presente que así lo prevé la Constitución Política del Perú y el Código Civil, (Stictu Sensu).



🍷 a.

40

🍷 b.

3

FUENTE.- Encuesta a magistrados, abogados, personas concubinas y estudiantes de derecho.

1.3 ¿Usted cree que el libre impedimento en la pareja facilita la sociedad de gananciales?

a.	Totalmente de acuerdo.	17
b.	De acuerdo.	17
c.	No sabe, no opina.	4
d.	En desacuerdo.	3
e.	Totalmente en desacuerdo.	1
f.	No marco	1

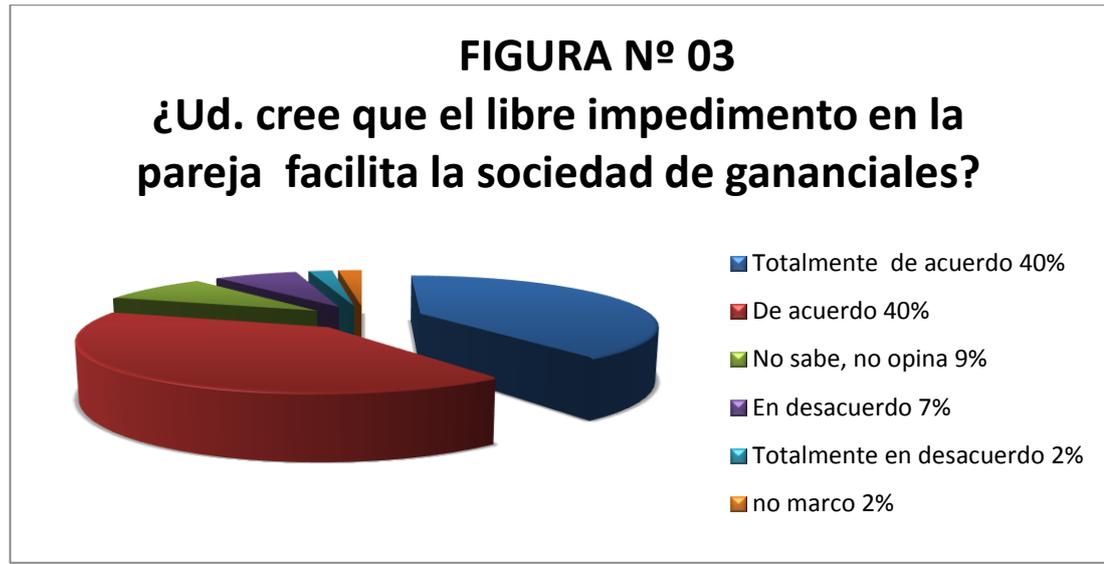
ANALISIS DE FRECUENCIAS

a.	17	40%
b.	17	40%
c.	4	9%
d.	3	7%
e.	1	2%
f.	1	2%
TOTAL	43	100%

INTERPRETACION

En cuanto, que el libre impedimento en la pareja facilita la sociedad de gananciales, el 80 % de las personas encuestadas manifiestan su acuerdo favorable; en cambio el 9 % están en desacuerdo y totalmente en desacuerdo y el restante 7% indican no saber o no opinan respecto este punto.

Sobre este particular, se debe tener en cuenta lo establecido en el marco legal respectiva; así como, que al no existir impedimento es factible la convivencia y por ende la sociedad de gananciales.



a.	17	b.	17	c.	4
d.	3	e.	1	f.	1

FUENTE.-

Encuesta a magistrados, abogados, personas concubinas y estudiantes de derecho.

1.4. Sabía que la convivencia sanción o ilegal no tiene participación en la sociedad de gananciales.

A la pregunta ¿sabía que la convivencia sanción o ilegal no tiene participación en la Sociedad de Gananciales?.

a.	SI	21
b.	NO	22

ANALISIS DE FRECUENCIAS

a.	21	49%
b.	22	51%
TOTAL	43	100%

INTERPRETACION

El 51% de los entrevistados consideran que la convivencia sanción o ilegal no tiene participación en la sociedad gananciales; en cambio el 49% restante indican lo contrario.



 a.

21

 b.

22

FUENTE.- Encuesta a magistrados, abogados, personas concubinas y estudiantes de derecho.

1.5.- cuales son los deberes de las parejas Concubinas.

A la pregunta ¿Cuáles son los deberes de las parejas concubinas?

a.	Fidelidad.	2
b.	Cohabitación.	15
c.	Asistencia.	4
d.	Ninguna.	1
e.	A,B.	1
f.	B,C	1
g.	A,C	2
h.	A,B,C.	17

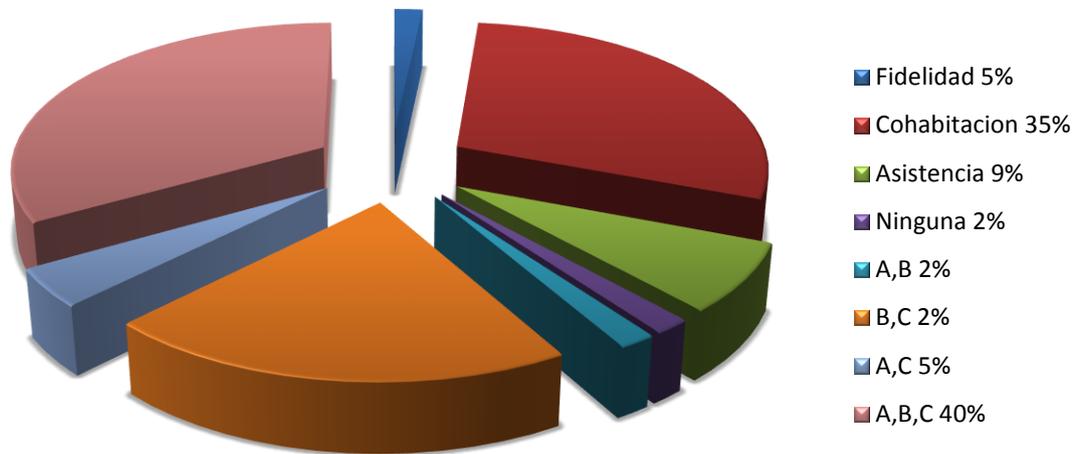
ANALISIS DE FRECUENCIAS

a.	2	5%
b.	15	35%
c.	4	9%
d.	1	2%
e.	1	2%
f.	1	2%
g.	2	5%
h.	17	40%
TOTAL	43	100%

INTERPRETACION.

Los principales deberes que deben tener las parejas concubinas son la fidelidad, cohabitación y asistencia que tiene un 40 % de las personas encuestadas, manifiestan su acuerdo favorable, de la misma forma en forma individualizada la cohabitación tiene 35%; en cambio la asistencia tiene 9%, solo el 2% considera que los concubinos no tiene deber alguno

FIGURA N° 05
Cuales son los deberes de las parejas concubinas?



a.	2	b.	15	c.	4	d.	1	e.	1	f.	1
g.	2	h.	17								

FUENTE.-

Encuesta a magistrados, abogados, personas concubinas y estudiantes de derecho.

1.6 A la pregunta Según experiencia profesional, ¿cree Ud. que los deberes y derechos existentes en las parejas concubinas, siempre se reflejan en la sociedad de gananciales?

ANALISIS DE FRECUENCIAS

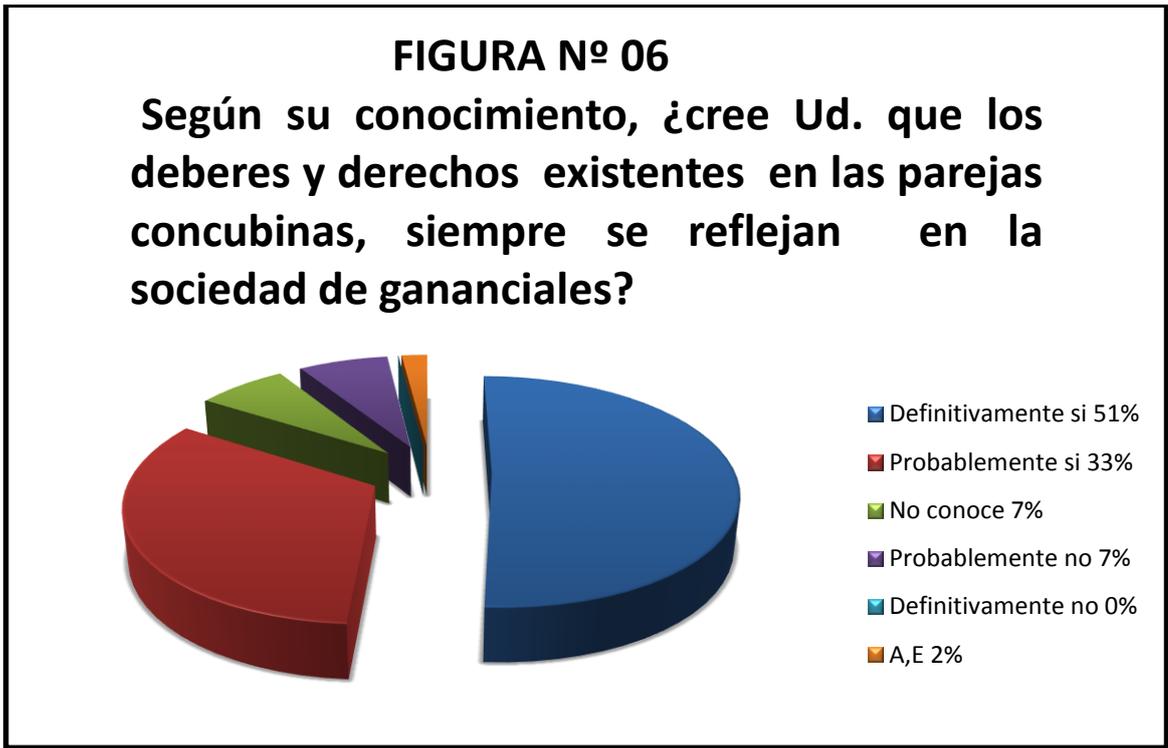
a.	Definitivamente Sí.	22
b.	Probablemente Sí.	14
c.	No conoce.	3
d.	Probablemente No.	3
e.	Definitivamente No.	0
f.	A, E.	1

ANALISIS DE FRECUENCIAS

a.	22	51%
b.	14	33%
c.	3	7%
d.	3	7%
e.	0	0%
f.	1	2%
TOTAL	43	100%

INTERPRETACION

El 51% de los entrevistados manifiestan su total acuerdo y un 33% de los mismos están de acuerdo en que los deberes y derechos de las parejas concubinas se reflejan en la sociedad de gananciales; mientras que un 7% no cree que las parejas concubinas siempre se reflejan en la sociedad de gananciales; en cambio el 7% de los entrevistados, manifiestan no tener conocimiento de estos deberes.



a.	22	b.	14	c.	3	d.	3
e.	0	f.	1				

FUENTE.- Encuesta a magistrados, abogados, personas concubinas y estudiantes de derecho.

1.7. La normativa legal vigente en el Perú, Generan sociedad de Gananciales a favor de las concubinas?

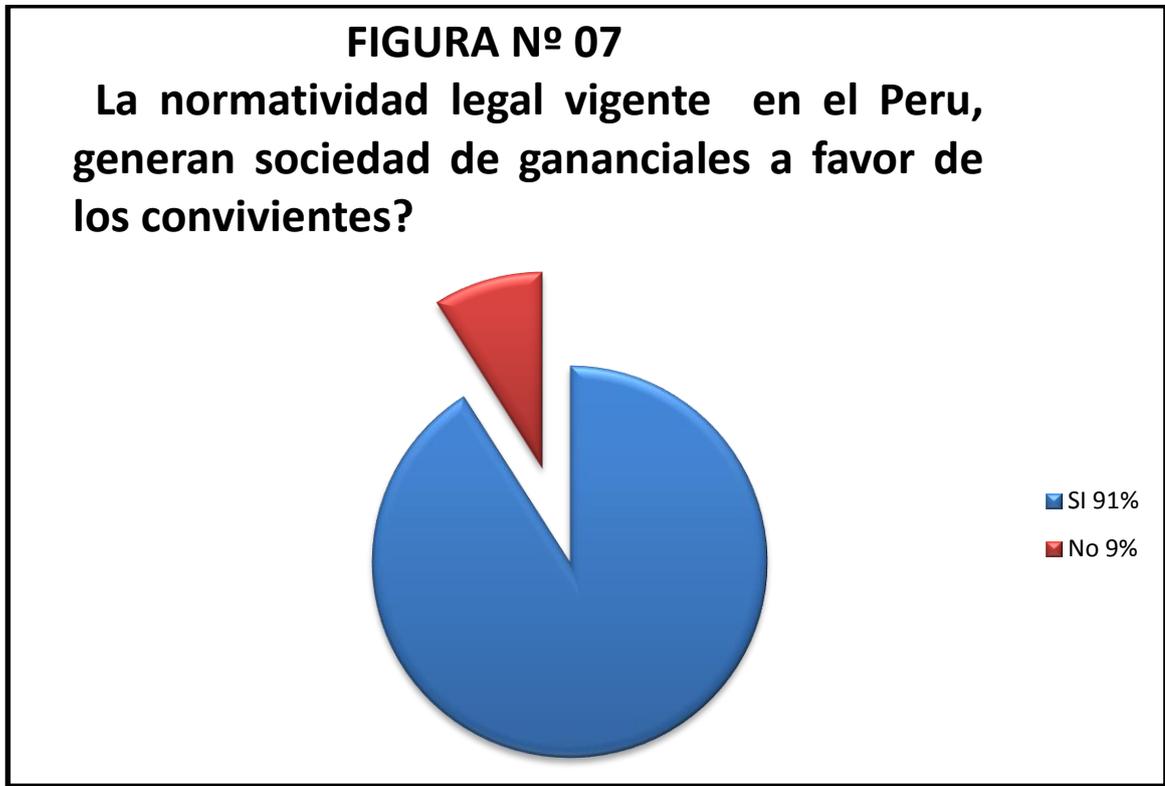
a.	SI	39
b.	NO	4

ANALISIS DE FRECUENCIAS

a.	39	91%
b.	4	9%
TOTAL	43	100%

INTERPRETACION

El 91% de los entrevistados consideran que la normatividad legal vigente en el Perú, generan sociedad de gananciales a favor de las concubinas; en cambio el 4% restante indican lo contrario.



a. 39

b. 4

FUENTE.- Encuesta a magistrados, abogados, personas concubinas y estudiantes de derecho.

1.8. Las uniones de Hecho, ¿Cree Ud. Que generan patrimonio común en la pareja?

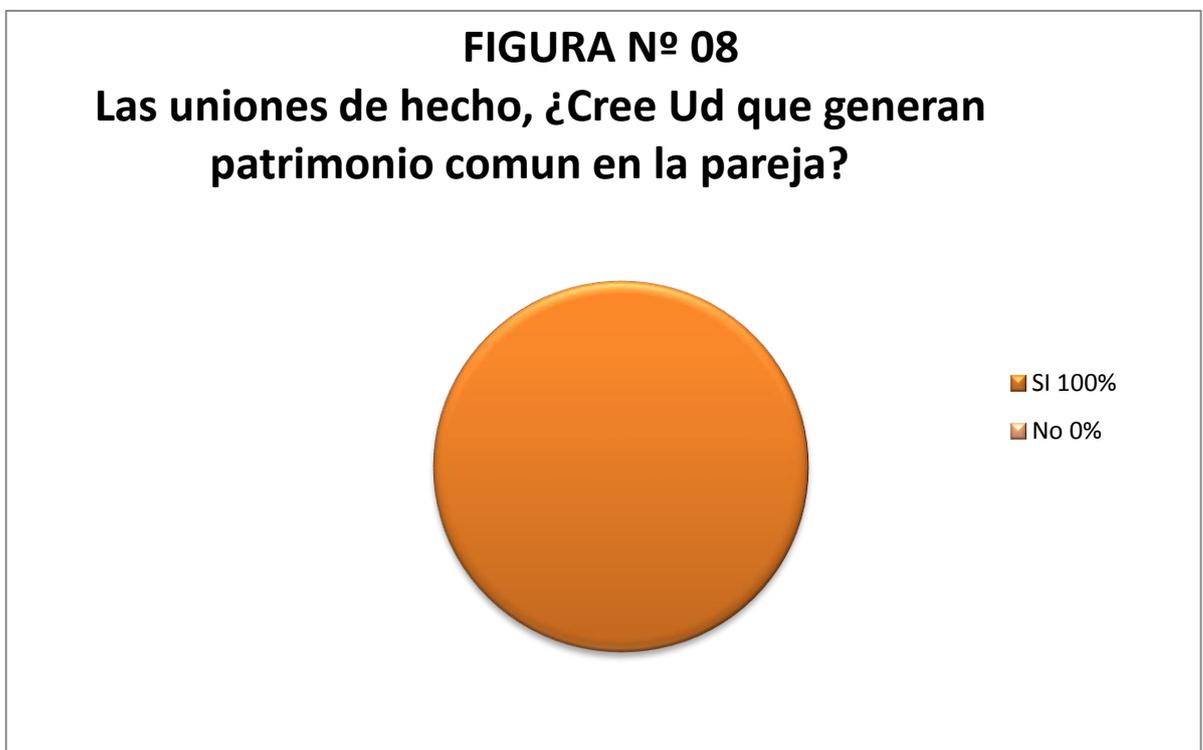
a.	SI	43
b.	NO	0

ANALISIS DE FRECUENCIAS

a.	43	100%
b.	0	0%
TOTAL	43	100%

INTERPRETACION

En cuanto a las uniones de hecho, generan un patrimonio común en la pareja, el 100% manifiestan que sí generan un patrimonio común entre concubinos, es decir están de acuerdo.



0	a.	43	b.
----------	-----------	-----------	-----------

FUENTE.- Encuesta a magistrados, abogados, personas concubinas y estudiantes de derecho.

1.9 Ud. considera que el nivel socio cultural en la pareja, es factor que genera el concubinato en el país?

a.	Definitivamente sí.	20
b.	Probablemente sí.	14
c.	No conoce.	0
d.	Probablemente no.	6
e.	Definitivamente no.	1
f.	No marco	2

ANALISIS DE FRECUENCIAS

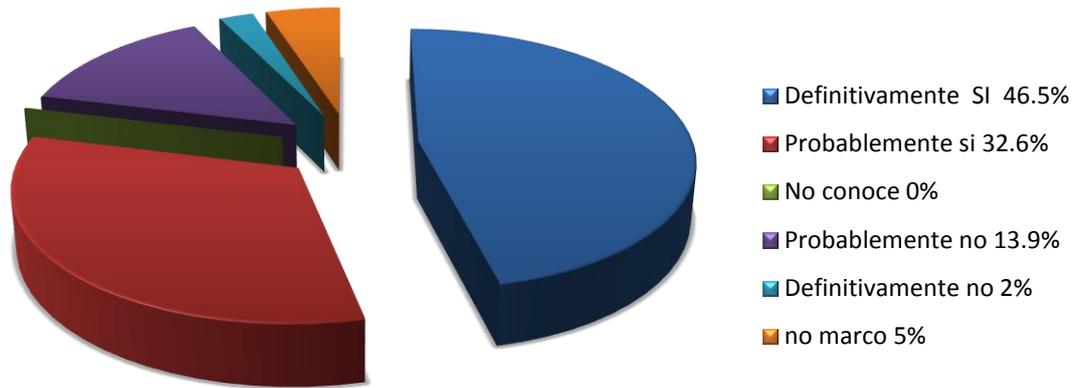
a.	20	46.5%
b.	14	32.6%
c.	0	0%
d.	6	13.9%
e.	1	2.0%
f.	2	5%
TOTAL	43	100%

INTERPRETACION

El 79.1% de los entrevistados consideran que probablemente y definitivamente el nivel socio cultural sea un factor importante del concubinato en el país y el 15.9 % considera que el nivel socio cultural no es factor predominante para que exista concubinato y el 5% no marco y no conoce.

FIGURA N° 09

Ud. Considera que el nivel socio cultural en la pareja, es factor que genera el concubinato en el pais?



a. 20 b. 14 c. 0 d. 6
 e. 1 f. 2

FUENTE.-

Encuesta a magistrados, abogados, personas concubinas y estudiantes de derecho.

1.10.- Cree Ud. la convivencia o las Uniones de hecho se presentan más en las personas?

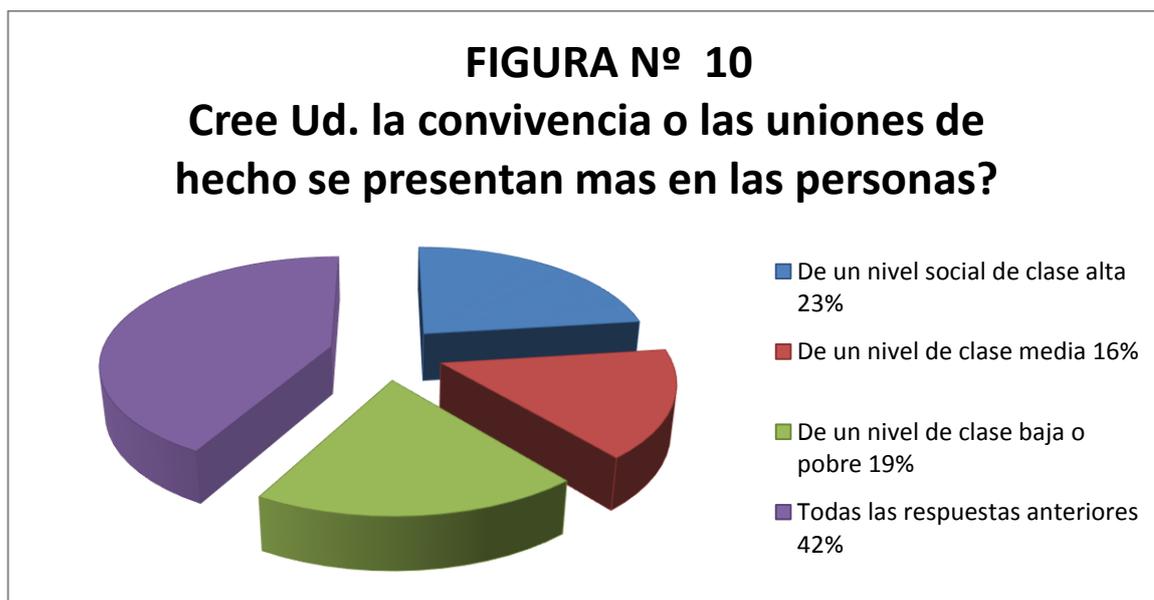
a.	De un nivel social de clase alta.	10
b.	De un nivel de clase media.	7
c.	De un nivel de clase baja o pobre.	8
d.	Todas las respuestas anteriores.	18

ANALISIS DE FRECUENCIAS

a.	10	23%
b.	7	16%
c.	8	19%
d.	18	42%
TOTAL	43	100%

INTERPRETACION

El 42% de los encuestados refieren que las uniones de hecho se presentan en personas de todo nivel socio cultural en parejas, un 23% dicen que la convivencia se da en nivel sociocultural de clase alta y un 16% se da en clase baja y el 19% se da en clase baja y pobre



a. 10 b. 7 c. 8 d. 18

FUENTE.- Encuesta a magistrados, abogados, personas concubinas y estudiantes de derecho.

CONCLUSIONES

1. Analizando los aspectos centrales de la hipótesis general, se ha demostrado que los efectos jurídicos de la unión de hecho son similares a los de una pareja matrimonial. Adicionalmente, hemos comprobado, que la regulación jurídica de la unión de hecho debe otorgarle a los convivientes sin impedimento matrimonial que cumplen con los requisitos que exige la ley, los mismos efectos del matrimonio generando derechos y deberes respecto al patrimonio en común y el pleno reconocimiento de la sociedad de gananciales, esto en aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Constitucional y las nuevas tendencias y reformas de otros ordenamientos jurídicos tanto latinoamericanos como europeos.

De igual forma he comprobado que no se aplican los siguientes derechos y deberes de la sociedad de gananciales: el sistema de actuación conjunta en la adquisición, disposición y administración de los bienes sociales, la aplicación de la teoría del reembolso y del principio de subrogación real. Esta desregulación ocasiona que la conviviente se pueda perjudicar en la adquisición y disposición de la propiedad de bienes inmuebles o bienes muebles de mediano o gran valor adquiridos durante la convivencia. Por ello, no es conveniente seguir evitando, el regular la constitución y desarrollo de las uniones de hecho, ni es suficiente complementarlo únicamente con la jurisprudencia porque se desprotege económicamente al conviviente, mas al contrario se tiene que regular en más artículos del código civil normas de protección de las uniones de hecho y la sociedad de gananciales.

2. Estudiando las hipótesis específica (a), Existe una postura predominante en la doctrina y jurisprudencia, que señala que para reclamar los efectos jurídicos personales del concubinato, entiéndase los alimentos y indemnización, no es necesario obtener el reconocimiento judicial previo de la unión estable, pudiendo actuarse la prueba de la existencia de la unión de hecho dentro del mismo proceso; **situación contraria ocurren con los efectos jurídicos patrimoniales, del concubinato**, entiéndase los derechos que les corresponde de la sociedad de bienes convivencial (sociedad de gananciales), los que para ser otorgados a los concubinos, **exigen necesariamente el reconocimiento judicial previo de la convivencia more uxorio** y cumplimiento de los requisitos exigidos por Ley y que la posición constante de estado debe probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista **un principio de prueba escrita**, haciendo dilatorio el cumplimiento cabal de los derechos patrimoniales que le asiste a los concubinos por el solo hecho de existir la permanencia, pero en todos los casos debe declararse judicialmente el reconocimiento de dicha unión de hecho para tener derechos extramatrimoniales y patrimoniales expeditos para los concubinos.
3. Analizando la hipótesis específica (b), se ha comprobado, conforme a la Constitución, Ley civil, la doctrina y la jurisprudencia las uniones de hecho que no cumplen los requisitos exigidos por Ley no generan sociedad de gananciales ni patrimonio en común ni pueden tener derechos ni obligaciones, porque dicha convivencia es considerado ilegal o sanción porque a uno o los dos convivientes les falta el requisito que exige la Ley sustantiva civil el de “SER LIBRES DE IMPEDIMENTO MATRIMONIAL”,

significa que la doctrina y la jurisprudencia comparte con lo establecido en la Ley, por ello analizando se llega a la conclusión que la convivencia que no cumplan los requisitos que la Ley exige NO ORIGINA UNA SOCIEDAD DE BIENES QUE SE SUJETE AL REGIMEN DE LA SOCIEDAD DE GANACIALES, en consecuencia no tienen derechos patrimoniales.

RECOMENDACIONES

1. En aplicación del principio de interpretación dinámica de los derechos humanos, se advierte la necesidad de adecuar la normatividad interna sobre uniones de hecho tanto a las disposiciones de la Constitución de 1993 como al “Protocolo de San Salvador” y a la realidad peruana. Esto significa que se requiere la modificación del artículo 326 del Código Civil para otorgarle los derechos matrimoniales básicos a la pareja de convivientes sin impedimento matrimonial siempre que cumpla con los requisitos legales.
2. Al haber comprobado que la regulación jurídica de la unión de hecho debe otorgarle a los convivientes sin impedimento matrimonial que cumplan con los requisitos de ley los mismos derechos y deberes que a los cónyuges, **sugerimos que el marco legal a proponer contemple la constitución, administración, el desarrollo de la unión de hecho y la disposición de los bienes sociales, el fenecimiento y liquidación de la sociedad de bienes de las uniones de hecho y la supresión en parte del artículo 326 del código civil en el extremo que establece como requisito “Que exista un principio de prueba escrita”.**
3. Al haber comprobado que la legislación civil y previsional vigente vulnera el derecho de igualdad que establece la constitución Política del Perú, al existir desigualdad en la aplicación de derechos patrimoniales, esto en cuanto a la asignación de una pensión por viudez a la concubina (o), la misma que no está reconocida por Ley, sin embargo la pensión de viudez del cónyuge (matrimonio) si está protegido por Ley, Sugerimos que se incorpore en la codificación civil vigente el derecho de percibir una pensión por parte de los integrantes de la unión de hecho, y la modificatoria del artículo 53 del decreto Ley Nro.: 19990, En el sentido siguiente “Tiene

pensión de viudez la cónyuge **y la conviviente** del asegurado o pensionista fallecido, y el **cónyuge y conviviente** invalido mayor de sesenta años de la asegurada o pensionista fallecido que haya estado a cargo de esta...//, de la misma forma la modificatoria de los artículos 32 y 33 del decreto Ley 20530 concerniente a que se debe **incluir dicha pensión de viudez a las uniones de hecho legales y estables.**

BIBLIOGRAFÍA

1. ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. Exegesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo VII. Edit., Gaceta Jurídica. Lima 2002.
2. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La constitución de 1993. Tercera Edición. Edit. ICS Editores. Lima 1997.
3. CABANILLAS, Guillermo. Diccionario enciclopédico de Derecho. (14 ed.) Buenos Aires, Argentina: Usual Tomo II; 1980.
4. CARBONNIER, Jean. Derecho Civil. Tomo I (M. Z. Ruiz, Ed.), Barcelona, España: Bosch; 2008.
5. CASTRO AVILES, Evelia Fátima R. El principio de prueba escrita para el reconocimiento judicial de unión de hecho. Dialogo con la jurisprudencia. Tomo 195. Edit. Gaceta Jurídica. Lima 2014.
6. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henry. Curso Elemental de Derecho Civil. Traducción y notas de Demofilo de Buen ed. Madrid, España; 1926.
7. CORNEJO CHAVEZ, Hector, Derecho de familiar Peruano. Tomo I, 5ta. Edición. Editorial Studium S. A. Lima peru. 1985
8. CORNEJO CHAVEZ, Hector. Derecho Familiar Peruano Tomo II Sociedad Conyugal. 7ma Ed. Lima, Perú: Rocarme; 1988 reeditado 2008.
9. CORNEJO, Raúl. Régimen de los Bienes en el Matrimonio Buenos Aires, Argentina: Bosh; 1961 actualizado 2005.
10. DRIPER, Georges y BOULANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil, según tratado de Planiol Buenos Aires, Argentina: Bosh; 1965.
11. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Comentario al artículo 5 del código civil. Código Civil Comentado. Tomo I. 3ra Edición. Edit. Gaceta Jurídica, Lima 2003.

12. FERRERO COSTA, Augusto, tratado de derecho de sucesiones 7ma Edición. Edit., Gaceta Jurídica. Lima 2007.
13. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho de las personas. 12 Edición. Edit. MOTIVENSA SRL. Lima 2012.
14. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. 1era. Edición. Edit. Motivensa. Lima 2009.
15. FRANKE, Pedro. Políticas Sociales: Balance Y Propuestas Lima, Perú: PUCP; 2010.
16. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. (1999 reimpresión 2004). *Derecho de familia*. Lima, Perú: San Marcos.
17. JIMENEZ VARGAS MACHUCA, Roxana. Código Civil. Tomo II. Derecho de Familia. Segunda Edición. Edit. Gaceta Jurídica. Lima 2007.
18. JURISTAS EDITORES. Código civil vigente comentado Lima, Perú: Juristas editores; 2015.
19. JURISTAS EDITORES. Constitución Política del Perú comentado Lima, Perú: Juristas editores; 2013.
20. MIRANDA CANALES, Manuel. Derecho de familia y derecho genético Lima, Perú: Ediciones Jurídicas; 1998.
21. NUÑEZ DEL PRADO, Oscar. El hombre y la familia (Su matrimonio y organización político social en Qero) Cuzco: Cultural Cuzco; 1998.
22. OLIART, Patricia. El estado peruano y las políticas sociales aplicadas a los pueblos indígenas en la década de los noventa USA: Center for Latin America Social Policy, CLASPO, The University of Texas at Austin ; 2003.
23. ORTIZ DE CEVALLOS, Gabriel. Desafíos de las políticas sociales Lima Perú: Economía y Sociedad 48, CIES; 2003.

24. PARDO LOPEZ, María del Carmen. La administración de la política social: cuatro estudios. El diseño de administrativo de programas de emergencia México: Tesis de Doctorado. Universidad Iberoamericana Santa Fe de México; 1998.
25. PEREZ VARGAS, Víctor. Hacia a tutela del matrimonio de hecho de hecho Cuzco: Cultural Cuzco; 1998.
26. PETIT, Eugene. Tratado elemental de derecho Romano. Traducido de la 9na. Edición Francesa. Edit. Albatros. Buenos Aires, 1983.
27. PLACIDO V. Alex. Regímenes Patrimoniales del Matrimonio. Edit. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Lima, 2002.
28. ROUGUIN, Ermes. (1998). *Traide de droit civil compare*. Paris: Bush.
29. TERRY GAMARRA, Milagros. (1998). *evista del foro, año LXXX Nro.: 02 "Trabajo beneficio ignorar el Concubinato? Desaparecerá acaso el sirvinacuy"*. Lima: Economía y Sociedad.
30. TORRES VASQUEZ, Aníbal, Acto Jurídico. Segunda Edición. Edit. IDEMSA. Lima 2001.
31. TORRES VASQUEZ, Aníbal, Código Civil. Tomo I. Séptima Edición. Edit. IDEMSA. Lima 2011.
32. VEGA MERE, Yury. Amor, familia, Unión de hecho y relaciones patrimoniales. Y sobre cómo y desde cuando considerar constituida la comunidad de bienes entre los concubinos. Dialogo con la Jurisprudencia. Nro: 129. Edit. Gaceta Jurídica Lima 2009.
33. VEGA MERE, Yury. Las Nuevas Fronteras del derecho de familia. 3ra Edición. Edit. Motivensa. Lima 2009.

ANEXOS:

Se adjunta el formato tipo, del cuestionario de las encuestas y entrevista que se desarrolla dentro de la investigación a la muestra conformada de 43 personas.

ENCUESTA

INSTRUCCIONES:

La técnica de la encuesta, tiene por finalidad recopilar información referente a la investigación científica sobre **“LAS UNIONES DE HECHO O CONCUBINATO Y SU PARTICIPACION EN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES EN EL JUZGADO DE FAMILIA DE ANDAHUAYLAS, PERIODO 2013-2014”**, Al respecto, se le presentan a continuación un conjunto de preguntas con diferentes alternativas, debiendo para tal fin elegir una de ellas y marcar con un aspa (X), en la que Ud., considera correcta.

1.- Cuales son las formas de las uniones de hecho que reconoce la legislación Peruana?

- a) Las uniones de hecho o concubinato carencial o legal ()
- b) Las uniones de hecho o concubinato sanción o ilegal ()

2.- ¿Ud. Considera que las uniones de hecho generan sociedad de gananciales, según la normatividad civil peruana vigente?

- a.- SI..... ()
- b.- NO..... ()

Porque.....
.....
.....
.....

3.- ¿Ud. Cree que el libre impedimento en la pareja facilita la sociedad de gananciales?

- a.- Totalmente de acuerdo. ()
- b.- De acuerdo. ()
- c.- No sabe, no opina ()
- d.- En desacuerdo ()
- e.- Totalmente en desacuerdo ()
- f.- No marco. ()

Justifique su respuesta.....

4.- Sabia que la convivencia sanción o ilegal no tiene participación en la sociedad de gananciales?

- a.- Si ()
- b.- No ()

5.- Cuales son los deberes de las parejas concubinas?

- a.- Fidelidad ()
- b.- Cohabitación ()
- c.- Asistencia ()
- d.- Ninguna. ()
- e.- a, b. ()
- f.- b, c. ()
- g.- a, c. ()
- h.- a, b, c. ()

6.- Según su conocimiento, ¿cree Ud. Que los deberes y derechos existentes en las parejas concubinas, siempre se reflejan en la sociedad de gananciales?

- a.- Definitivamente si ()
- b.- Probablemente si ()
- c.- No conoce ()
- d.- Probablemente no ()
- e.- Definitivamente no. ()
- f.- A, E. ()

7.- La normatividad legal vigente en el Perú, Generan sociedad de gananciales a favor de las concubinas?

- a.- SI ()
- b.- NO ()

Porque.....
.....

8.- Las uniones de hecho, ¿Cree Ud. Que generan patrimonio común en la pareja?

- a.- SI ()
- b.- NO ()

Porque.....
.....

9.- Ud. considera que el nivel socio cultural en la pareja, es factor que genera el concubinato en el país?

- a.- Definitivamente si ()
- b.- Probablemente si ()
- c.- No conoce ()
- d.- Probablemente no ()

e.- Definitivamente no. ()

f.- No marco. ()

Justifique su respuesta.....

.....

10.- Cree Ud. La convivencia o las uniones de hecho se presentan más en las personas:

a.- De un nivel social de clase alta. ()

B.- De un nivel de la clase media. ()

c.- De un nivel de la clase baja o pobre ()

D.- Todas las respuestas anteriores ()