



**UNIVERSIDAD NACIONAL
PEDRO RUIZ GALLO**



**ESCUELA DE POST GRADO
MAESTRIA EN DERECHO**

**“EL DERECHO HEREDITARIO EN LAS UNIONES DE HECHO EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO”**

TESIS

**PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAESTRO EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL.**

AUTORA:

Abog. MELISSA DE LOS MILAGROS AQUINO QUIROZ

ASESOR:

Mg. LEOPOLDO YZQUIERDO HERNÁNDEZ

LAMBAYEQUE – PERÚ

2018



**UNIVERSIDAD NACIONAL
PEDRO RUIZ GALLO**



**ESCUELA DE POST GRADO
MAESTRIA EN DERECHO**

**“EL DERECHO HEREDITARIO EN LAS UNIONES DE HECHO EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO”**

TESIS

**PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAESTRO EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL.**

AUTORA:

Abog. MELISSA DE LOS MILAGROS AQUINO QUIROZ

ASESOR:

Mg. LEOPOLDO YZQUIERDO HERNÁNDEZ

**LAMBAYEQUE – PERÚ
2018**

EL DERECHO HEREDITARIO EN LAS UNIONES DE HECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.

Abg. Melissa de los Milagros Aquino Quiroz
Autor

Mg. Leopoldo Yzquierdo Hernández
Asesor

Presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo para optar el Grado de: MAESTRO EN DERECHO.CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL.

APROBADO POR:

Dr. Miguel Arcángel Arana Cortez
Jurado Presidente

Mg. Carlos Manuel Antenor Cevallos de Barrenechea
Jurado Secretario

Mg. Oscar Ramón Vélchez Vélez
Jurado Vocal

Enero, 2018

DEDICATORIA

A Dios por haberme permitido llegar hasta este punto y haberme dado salud para lograr cada uno de mis objetivos, además de su infinito amor, a mi hijo Rodrigo Sebastián Chuquival Aquino, por ser mi impulso para seguir siendo mejor casa día.

AGRADECIMIENTO

En primer lugar, debo agradecer a Dios, por haberme permitido la realización de esta investigación, la cual significa la acumulación de una de mis metas personales. A mis padres, a mi esposo Rodrigo Antonio Chuquival del Aguila, por el apoyo constante que me brinda. Por esa razón mi agradecimiento a todas las personas que han colaborado para cumplir con mis objetivos, en especial a mis asesores por la indicación firme.

RESUMEN

La investigación se basó en la problemática que la falta de regulación específica sobre los Derechos hereditarios que se les podrían otorgar a aquellas personas que viven en la condición de concubinos o parejas en un régimen de unión de hecho; esta situación no puede ser ignorada ni quedar en el desamparo legal, ya que dichas uniones libres son una realidad latente en nuestro país; si bien el legislador tiene el afán de proteger la institución del matrimonio, también debe enfrentar ésta dinámica social; no se debe cerrar las puertas a estas uniones, lo cual sólo trae consigo la desprotección e incertidumbre jurídica.

Teniendo como objetivo general analizar que la regulación de la sucesión hereditaria en las uniones de hecho del conviviente que convivió muchos años con el causante, pero que al momento de su fallecimiento ya no estuvo conviviendo, protegería específicamente los derechos patrimoniales del conviviente supérstite, teniendo como hipótesis de que la regulación de la sucesión hereditaria en las uniones de hecho del conviviente que convivió muchos años con el causante, pero que al momento del fallecimiento ya no estuvo conviviendo, protegería específicamente los derechos patrimoniales del conviviente supérstite.

Palabras claves: derecho hereditario, uniones de hecho, ordenamiento jurídico peruano

ABSTRAC

The research is based on the problematic that the lack of specific regulation on the hereditary Rights that could be granted to those people who live in the condition of concubines or couples in a de facto union regime; This situation can not be ignored nor be left in the legal helplessness, since these free unions are a latent reality in our country; Although the legislator has the desire to protect the institution of marriage, must also face this social dynamic; The doors to these unions should not be closed, which only brings about the lack of protection and legal uncertainty.

With the general aim of demonstrating that the regulation of hereditary succession in the de facto unions of the cohabitant who lived many years with the deceased, but who at the time of his death was no longer living, would specifically protect the patrimonial rights of the surviving cohabitant, having as Hypothesis that the regulation of hereditary succession in the de facto unions of the cohabitant who lived many years with the deceased, but who at the time of death was no longer coexisting, would specifically protect the patrimonial rights of the surviving cohabitant.

Keywords: *hereditary right, unions of fact, Peruvian legal system*

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación lleva por título “EL DERECHO HEREDITARIO EN LAS UNIONES DE HECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO”, el mismo que se ha llevado a cabo producto de una investigación integral y sistemática, que tiene por finalidad describir y discutir los conceptos básicos y más relevantes de la figura del concubinato o unión de hecho, relacionándolos con el Derecho de Sucesiones y el Derecho de Familia, así como determinar de qué manera la regulación de la sucesión hereditaria, en las uniones de hecho, del conviviente que vivió muchos años con el causante, pero que al momento de su fallecimiento ya no estuvo conviviendo, se protegería los derechos patrimoniales del conviviente supérstite.

Esta investigación se generó debido a la falta de regulación específica sobre los Derechos hereditarios que se les podrían otorgar a aquellas personas que viven en la condición de concubinos o parejas en un régimen de unión de hecho; esta situación no puede ser ignorada ni quedar en el desamparo legal, ya que dichas uniones libres son una realidad latente en nuestro país; si bien el legislador tiene el afán de proteger la institución del matrimonio, también debe enfrentar ésta dinámica social; no se debe cerrar las puertas a estas uniones, lo cual sólo trae consigo la desprotección e incertidumbre jurídica.

Por otro lado la falta de regulación al respecto, en varios países del mundo, genera un grave problema para todas aquellas personas que viven en uniones de hecho y que inclusive tienen hijos y bienes en común, la falta de una regulación legal se debe a que existen diversas teorías al respecto, tanto a favor como en contra del concubinato, y a la vez para algunas legislaciones contraviene al orden fundamental de la unión conyugal, creyendo que el otorgamiento de mayores derechos para los concubinos genera un desmedro para el matrimonio, hecho que es refutable debido a que las personas unidas de hechos quedan desamparadas legalmente. 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 su extirpación es acogerlos dentro de los cauces de una norma coercible, se llega por la 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 prácticamente del fenómeno.

El concubinato sigue siendo en la actualidad, sobre todo en algunos países, un serio problema sociológico y jurídico. Mas a un en una modalidad que empieza a tener significación en los países más industrializados, en los que el progreso científico, técnico y económico por lo demás, de las épocas de decadencias de las

culturas. En efecto, mientras en otros lugares del mundo actual el concubinato suele originarse en el bajo nivel cultural, la estrechez económica o las costumbres, en algunos más avanzados se registra juntos con estos casos, el de la unión de hecho deliberadamente elegida por hombres y mujeres de alto nivel cultural, como una expresión de repudio del orden tradicional o anhelo de una así entendida “liberación”. El fenómeno no es enteramente nuevo en la historia, pero presente en el Derecho un problema de solución más difícil que ya difícil solución de los casos ordinarios de concubinato.

INDICE

RESUMEN	vi
ABSTRAC.....	vii
INTRODUCCIÓN	viii
CAPITULO I.....	2
ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO.....	2
1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA	3
1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	3
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	6
1.4. JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO	6
1.4.1. JUSTIFICACION	6
1.4.2. IMPORTANCIA.....	7
1.5. OBJETIVOS.....	8
1.5.1. GENERAL	8
1.5.2. ESPECÍFICOS.....	8
1.6. HIPÓTESIS Y VARIABLES.	8
1.6.1. HIPÓTESIS.....	8
1.6.2. VARIABLES	9
1.7. MARCO METODOLÓGICO.....	10
1.7.1. DISEÑO DE CONTRATACIÓN DE LA HIPÓTESIS	10
1.7.2. POBLACIÓN Y MUESTRA.....	12
1.7.3. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	12
1.7.3.1. Técnicas e instrumentos de recolección datos	12
1.7.4. METODOS Y PROCEDIMIENTOS PARA EL PROCESAMIENTO DE DATOS	13
1.7.5. ANALISIS ESTADISTICOS DE LOS DATOS	13
CAPITULO II.....	14

MARCO TEÓRICO	14
SUB CAPÍTULO I: EL DERECHO SUCESORIO	15
2.1. Nociones generales.....	15
2.1.1. Transmisión sucesoria.....	15
2.1.2. Testamento.....	15
2.1.2.1. Clases de testamento.....	16
2.1.3. Legítima	17
2.1.4. Herederos	17
2.1.5. Ley aplicable a la sucesión en el derecho peruano.....	18
2.1.6. Sucesión testamentaria.....	18
2.1.7. Sucesión intestada – herencia vacante	21
2.1.8. Problemas comunes a las sucesiones testamentarias y a las intestadas.....	23
2.1.9. Régimen patrimonial del matrimonio y derechos sucesorios del <i>conyuge superstite</i>	25
SUB CAPITULO II: LA UNIÓN DE HECHO	27
2.2. El principio constitucional del pluralismo familiar	27
2.2.1. Conceptualización de la unión de hecho.....	30
2.2.2. Reconocimiento de la unión de hecho notarial y judicial	41
2.2.3. Derechos por reconocer a la unión de hecho	45
2.2.4. Derechos reconocidos a la unión de hecho	48
SUB CAPITULO III: DERECHO CONCUBINATO.....	69
2.3. El concubinato en el Perú.....	69
2.3.1. Tipos de concubinato	75
Se distinguen en las siguientes clasificaciones:	75
2.3.2. Otros autores consideran los siguientes tipos:.....	78
2.3.3. Requisitos del concubinato o unión de hecho en sentido restringido.....	79

2.3.4.	La prueba de la existencia de la unión de hecho	87
2.3.5.	Naturaleza jurídica del concubinato o unión de hecho	89
2.3.6.	La familia	93
2.4.	Derechos sucesorios en el derecho internacional privado	96
2.4.3.	El derecho sucesorio en España	98
2.4.4.	El derecho sucesorio en Brasil.....	108
2.4.5.	El derecho sucesorio en Colombia	117
CAPITULO III		121
RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN.....		121
CAPITULO IV.....		129
ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS		129
4.1.	ANÁLISIS EN FUNCIÓN A LA VARIABLE INDEPENDIENTE	130
4.2.	ANÁLISIS EN FUNCIÓN A LA VARIABLE DEPENDIENTE.....	135
CONCLUSIONES		144
RECOMENDACIONES		147
BIBLIOGRAFÍA GENERAL		149
ANEXOS		152

CAPITULO I

ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

A la unión de hecho, entendida como aquella unión voluntaria entre un varón y una mujer, libres de impedimentos matrimoniales, que se realiza con la finalidad de cumplir deberes semejantes a los del matrimonio y que requiere que haya durado por lo menos dos años continuos, para que dé lugar a una sociedad de bienes, régimen patrimonial propio y único de esta unión y que se sujeta al régimen de gananciales en cuanto le sea aplicable, se le ha venido reconociendo, en los últimos años, una serie de efectos personales y patrimoniales, entre ellos, el acceso al derecho a la pensión ante la muerte del conviviente, la posibilidad de adoptar y más recientemente, se le ha otorgado la posibilidad de acceder a derechos sucesorios, situación a la que pueden acceder los convivientes siempre y cuando dicha unión se encuentre vigente, generándose como se verá a continuación, que los artículos 725, 727, 730, 731, 822 a 825 del Código Civil se apliquen al conviviente supérstite en idéntica forma, que si se tratara del caso de unos cónyuges.

1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El problema que se plantea en la investigación, es determinar de qué manera la regulación de la sucesión hereditaria, en las uniones de hecho, del conviviente que vivió muchos años con el causante, pero que al momento de su fallecimiento ya no estuvo conviviendo, se protegería los derechos patrimoniales del conviviente supérstite, puesto que la unión de hecho aparte de ser un hecho social, es

también un hecho jurídico voluntario que en el campo del Derecho crea consecuencias jurídicas, entonces es preciso que se le reconozcan a dichas uniones los Derechos hereditarios correspondientes, cuando cumplen a cabalidad los elementos constitutivos antes mencionados. Teniendo en cuenta que respecto del conviviente que vivió muchos años con el causante pero ya no estuvo conviviendo al momento del deceso ¿cómo quedaría protegido sus aportes patrimoniales dentro de dicha convivencia?

De lo antes mencionado se puede observar que sólo existe regulación en nuestro país respecto de las uniones de hecho, o del conocido comúnmente como concubinato o uniones libres, otorgándole sólo derechos a los concubinos respecto de los bienes que han adquirido durante su unión; asimismo de disolverse o darse por finalizada dicha unión, rige para estos la figura del régimen de sociedad de gananciales; como se puede apreciar no existe regulación alguna en nuestro país respecto de los derechos hereditarios que le pudiera corresponder al concubino supérstite, tras la muerte de su pareja con quien cohabitaron y realizaron vida en común, inclusive con quien han procreado hijos y hasta han adquirido bienes. (Arlene. T y Cyntia V, 2013:28)

La parte prioritaria del problema consiste en que existen diversas teorías que dan puntos de vista opuestos respecto del reconocimiento de los derechos hereditarios en las Uniones de Hecho, para los concubinos sobrevivientes, de igual forma es

importante analizar las ventajas que significaría el reconocimiento de los derechos hereditarios para los concubinos en las uniones de hecho, puesto que nuestro Ordenamiento Jurídico en sus normas vigentes no ha recogido.

Haciendo un símil con el matrimonio en cuanto a los derechos hereditarios, diremos que para que proceda la sucesión entre los cónyuges es necesario que cuando se abre la sucesión, momento preciso de la muerte de uno de ellos, debe estar vigente el matrimonio, institución ésta que precisamente termina en ese acto por el deceso; ahora bien, si se trata de un matrimonio vigente, pero que por diversos motivos la pareja no vive juntos, ello resulta irrelevante, pues aun así el sobreviviente termina heredando a su consorte fallecido, tan es así, que nuestro

El problema está en que el derecho sea más humano, para resolver este hecho real, existen en base a los actos voluntarios de dos personas que han compartido juntos las alegrías y las adversidades, durante su relación concubinaria, puesto que la unión de hecho aparte de ser un hecho social, es también un hecho jurídico voluntario que en el campo del derecho crea consecuencias jurídicas, entonces es preciso que se le reconozcan a dichas uniones los derechos hereditarios correspondientes, cuando cumplen a cabalidad los elementos constitutivos.

Los efectos patrimoniales que se reclamen entre los convivientes o frente a terceros, como son los derechos que les correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales, la prueba

de la existencia de la unión de hecho se requiere en forma previa al ejercicio de tales pretensiones; por lo que debe actuarse en un proceso distinto y anterior. Este criterio también se sustenta en la naturaleza de las pretensiones que se reclaman y por la seguridad jurídica necesaria para evitar perjuicios a terceros.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿POR QUE LA REGULACIÓN DE LA SUCESIÓN HEREDITARIA, EN LAS UNIONES DE HECHO, DEL CONVIVIENTE QUE VIVIÓ MUCHOS AÑOS CON EL CAUSANTE, PERO QUE AL MOMENTO DE SU FALLECIMIENTO YA NO ESTUVO CONVIVIENDO, PROTEGERÍA LOS DERECHOS PATRIMONIALES DEL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE?

1.4. JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO

1.4.1. JUSTIFICACION

El presente estudio permitió la necesidad de conocer los fundamentos teóricos doctrinarios adecuados para regular el derecho hereditario en las uniones de hecho en función a de qué manera la regulación de la sucesión hereditaria, en las uniones de hecho, del conviviente que vivió muchos años con el causante, pero que al momento de su fallecimiento ya no estuvo conviviendo, se protegería los derechos patrimoniales del conviviente supérstite, en el ordenamiento jurídico peruano, de esta manera, se busca calar en las autoridades del Estado para atender el problema de las personas

que por motivos de que no se encuentran casados, pero si han tenido una convivencia probada por los organismos pertinentes. Reformulando la normativa vigente Ley N° 30007, que regula las uniones de hecho e incorpora el derecho sucesorio dentro de su normativa pero de una manera poco precisa, así mismo podemos delimitar que dicho cuerpo normativo se encuentra desactualizado en el tema materia de análisis; por lo tanto, resulta necesario incorporara nuevas teorías en materia sucesoria dentro de las uniones de hecho.

1.4.2. IMPORTANCIA

Es importante debido a que se consideró que las familias originadas de la unión de hecho, también deberían reconocérseles todos los efectos personales y patrimoniales que generan las familias que surgen del matrimonio, con la única distinción que para acceder a los mismos, estaría configurada en su acreditación, de forma tal que los casados tendrían derecho a exigir los efectos en forma inmediata, dada la acreditación de su condición de casados, con su partida de matrimonio y los convivientes, en forma mediata, es decir, previo reconocimiento de la convivencia mediante procedimiento judicial o notarial.

1.5. OBJETIVOS

1.5.1. GENERAL

Analizar que la regulación de la sucesión hereditaria en el matrimonio, como en las uniones de hecho, protegería específicamente los derechos patrimoniales del esposo o del conviviente supérstite.

1.5.2. ESPECÍFICOS

1. Identificar la naturaleza jurídica del Derecho hereditario en las uniones de hecho en el Perú., tomando como base normatividad, doctrina y jurisprudencia comparadas, a fin de demostrar su eficacia en la materia sucesoria.
2. Plantear una regulación legislativa eficaz del Derecho hereditario de las uniones de hecho en el Perú en base a la normatividad aplicable al derecho hereditario en el matrimonio.

1.6. HIPÓTESIS Y VARIABLES.

1.6.1. HIPÓTESIS

La regulación de la sucesión hereditaria en las uniones de hecho del conviviente que convivió muchos años con el causante, pero que al momento del fallecimiento ya no estuvo conviviendo, protegería específicamente los derechos patrimoniales del conviviente supérstite.

1.6.2. VARIABLES

Como bien sabemos la identificación de las variables se inicia desde el momento en que se define el problema de investigación y se formulan los objetivos. Ya en el problema deben explicitarse las variables principales. Asimismo, en cada objetivo aparecen mencionadas otras variables. Este proceso de identificación de variables continúa cuando se trabaja en la construcción del marco teórico, momento en que se identifican las variables que se relacionan con el problema de estudio y en que se conceptualizan las mismas.

Antes de mencionar nuestras variables; resulta necesario precisar con qué tipos de variables contaremos en la presente investigación: Así la clasificación básica de las variables es la que permite asignar distintos valores cualitativos o cuantitativos para los diferentes fenómenos bajo estudio. Según varios autores, las variables cualitativas, categóricas, son aquellas que se refieren a propiedades de los objetos en estudio, sean estos animados o inanimados. Lo que determina que una variable sea cualitativa es el hecho de que no puede ser medida en términos de la cantidad de la propiedad presente, sino que solo se determina la presencia o no de ella. Se consideran cualitativas en vista de que no se les puede asignar mayor o menor peso a las diferentes categorías; lo único que se puede hacer es clasificarlas; mientras que las variables cuantitativas son aquellas cuya magnitud puede ser medida en términos

numéricos, esto es, que los valores de los fenómenos se encuentran distribuidos a lo largo de una escala.

Después de la explicación anterior; en la investigación presente nos encontraremos ante variables de tipo cualitativo ya que nos referiremos a las propiedades de los objetos en estudio, a las clasificaciones; los cuales no podrán ser medidos en términos de cantidad.

A nivel de investigación contaremos con las siguientes variables:

Independiente:

Regulación sucesoria en las uniones de hecho del conviviente que convivió muchos años con el causante, pero que al momento de su fallecimiento no estuvo conviviendo.

Dependiente

Protección eficaz de los derechos patrimoniales del conviviente supérstite.

1.7. MARCO METODOLÓGICO.

1.7.1. DISEÑO DE CONTRATACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Considerando que la hipótesis científica es sometida a prueba para determinar si son apoyadas o refutadas de acuerdo con lo que el investigador observa y esto se hace posible estableciendo un diseño de contrastación, recolectando datos de uno o varios instrumentos de medición y analizando e interpretando dichos datos. Este diseño se refiere al plan o estrategia concebida para responder las preguntas de investigación, el mismo que se adaptará de acuerdo o

conforme al carácter de la misma. La clasificación de estos diseños se realiza en base al carácter experimental o no experimental de la investigación y considerando la subclasificación de esta última en diseños transeccionales y diseños longitudinales dentro de los primeros se enmarca la investigación o el tipo de investigación que se pretende realizar, es decir una investigación descriptiva.

Por lo tanto, en un experimento, el investigador construye deliberadamente una situación a la que son expuestos varios individuos. Esta situación consiste en recibir un tratamiento, condición o estímulo bajo determinadas circunstancias, para después realizar los efectos de la exposición o aplicación de dicho tratamiento o condición. Por decirlo de alguna manera en un experimento se construye una realidad. En cambio en un estudio no experimental no se construye ninguna situación, sino que se observa situaciones ya existentes, no provocadas intencionalmente por el investigador. En la investigación no experimental las variables independientes ya han ocurrido y no pueden ser manipuladas. El investigador no tiene control directo sobre dichas variables, no puede influir sobre ellas porque ya sucedieron, al igual que sus efectos en este tipo de diseños queda claro que no siquiera cabe la noción de manipulación puesto que cada variable se trata individualmente, no se vinculan variables. (Hernández 1998)

Razón por la cual, siendo esta una investigación de carácter descriptivo, no necesita de un diseño de contrastación para la hipótesis, debido a que siendo estudios puramente descriptivos,

cuando se establecen hipótesis, éstas son también meramente descriptivas.

1.7.2. POBLACIÓN Y MUESTRA

Debido a que la población de informantes para el cuestionario será la del distrito de Chiclayo, estando integrada por todos aquellos que tiene una relación directa con la problemática en un número de (80) informantes para determinar de qué manera la regulación de la sucesión hereditaria, en las uniones de hecho, del conviviente que vivió muchos años con el causante, pero que al momento de su fallecimiento ya no estuvo conviviendo, se protegería los derechos patrimoniales del conviviente supérstite.

1.7.3. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

1.7.3.1. Técnicas e instrumentos de recolección datos

En esta investigación, dadas las variables, que son cruzadas en las fórmulas de las sub-hipótesis, para obtener los datos de sus dominios, se requerirá aplicar o recurrir, a las siguientes:

- a) La técnica del análisis documental;** utilizando, como instrumentos de recolección de datos: fichas textuales y de resumen; teniendo como fuentes libros y documentos de la institución; que usaremos para obtener datos de los dominios de las variables: conceptos básicos, normas, Jurisprudencia, incumplimientos y discrepancias teóricas de la Comunidad Jurídica.

b) La técnica de la encuesta; se utilizó como instrumento un cuestionario; que tenga como informantes a los universitarios del distrito de Chiclayo que aplicamos para obtener los datos del dominio de las variables: discrepancias teóricas.

1.7.4. METODOS Y PROCEDIMIENTOS PARA EL PROCESAMIENTO DE DATOS

1.7.5. ANALISIS ESTADISTICOS DE LOS DATOS

Los datos obtenidos mediante la aplicación de las técnicas e instrumentos antes indicados, recurriendo a los informantes o fuentes también ya indicados; serán incorporados o ingresados al programa informático; y con él se harán cuando menos, los cruces que consideran las sub-hipótesis; y, con precisiones porcentuales, ordenamiento de mayor a menor, y cronológico, serán presentados como informaciones en forma de cuadros, gráficos, etc.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

SUB CAPÍTULO I: EL DERECHO SUCESORIO

2.1. Nociones generales

Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores.

Se entiende por Muerte a la ausencia de vida al cese definitivo de la actividad cerebral, independientemente de que algunos de sus órganos o tejidos mantengan actividad biológica y puedan ser usados con fines de trasplante, injerto o cultivo

2.1.1. Transmisión sucesoria

La transmisión sucesoria constituye en el mecanismo jurídico a través del cual los bienes, derechos y obligaciones de una persona pasan a la esfera jurídica de sus herederos. En ese sentido, a partir de la transmisión sucesoria es que podemos hablar de herencia

2.1.2. Testamento

El testamento es la declaración de última voluntad que hace una persona disponiendo de sus bienes y de asuntos que le atañen, para después de su muerte

A través del testamento, el causante puede disponer de sus bienes total o parcialmente, estableciendo la forma en que se distribuirán a sus sucesores bajo un profundo respeto de los límites establecidos por la ley y con las formalidades que ésta exige.

2.1.2.1. Clases de testamento

a) Testamentos Ordinarios

1. **Testamento en escritura pública.-** Es aquel testamento otorgado ante la presencia de notario público y que debe cumplir con ciertos requisitos esenciales como la presencia de testigos y la escritura con puño y letra.
2. **Testamento cerrado.-** Es aquel testamento firmado en cada una de sus páginas por el testador, el mismo que entrega en sobre cerrado y en forma personal al notario quien deberá emitir un acta en que dejará constancia de la entrega del documento.
3. **Testamento ológrafo.-** Es aquel testamento escrito, fechado y firmado por el testador, el mismo que debe ser protocolizado. De las características inherentes a el es que proviene su nombre.

b) Testamentos Especiales

1. **Testamento militar.-** Es el otorgado por los miembros de las fuerzas armadas o de la Policía Nacional en tiempos de guerra y cuando estén participando en operaciones bélicas.
2. **Testamento marítimo.-** Es el testamento otorgado por cualquier integrante de una flota embarcada en un buque de guerra de nuestro país.
3. **Testamento otorgado en el extranjero.-** Cuando un peruano se encuentra en el extranjero puede otorgar testamento ante la entidad consular peruana, el mismo que puede ser a través de escritura pública o cerrada.

Los analfabetos y ciegos, pueden testar solamente en Escritura Pública con presencia del testigo testamentario que el testador designe

Los Mudos, Sordomudos y quienes se encuentren imposibilitados de hablar por cualquier otra causa pueden otorgar sólo testamento cerrado u ológrafo.

2.1.3. Legítima

La legítima constituye la parte de la herencia que no puede ser dispuesto libremente por el testador cuando tiene herederos forzosos (*Entiéndase por herederos Forzosos a los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes y el cónyuge*).

- *El que tiene hijos u otros descendientes o cónyuge puede disponer libremente hasta el tercio de sus bienes*
- *El que tiene solo padres u otros ascendientes, puede disponer libremente de hasta la mitad de sus bienes*
- *El que no tiene cónyuge ni parientes, tiene la libre disposición de la totalidad de sus bienes*

2.1.4. Herederos

1. **Herederos de Primer Orden:** Los Hijos y demás descendientes
2. **Herederos de Segundo Orden:** Los Padres y demás Ascendientes

3. **Herederos del Tercer Orden:** El Cónyuge

4. **Herederos del Cuarto, Quinto y Sexto Orden:** Los parientes colaterales del segundo, tercero y cuarto grado de consanguinidad.

El cónyuge también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes.

El cónyuge que concurre con hijos o con otros descendientes del causante hereda una parte igual a la de un hijo

Todos los hijos tienen iguales derechos sucesorios, independientemente si son matrimoniales o extramatrimoniales reconocidos voluntariamente o declarados por sentencia y/o adoptivos, respecto a la herencia del padre o madre.

2.1.5. Ley aplicable a la sucesión en el derecho peruano

El Código Civil de 1984 trata el tema de la ley aplicable a la sucesión en el Art. 2100 del Código Civil

Artículo 2100.- *La sucesión se rige, cualquiera que sea el lugar de situación de los bienes, por la ley del último domicilio del causante*

2.1.6. Sucesión testamentaria

La Sucesión Testamentaria nace de un acto jurídico, el testamento

1. Capacidad para Testar

En el derecho peruano, la ley rectora de la capacidad para testar es la determinada por el domicilio del testador

Artículo 2070.- El estado y capacidad de la persona natural se rigen por la ley de su domicilio. El cambio de domicilio no altera el estado

ni restringe la capacidad adquirida en virtud de la ley del domicilio anterior

Un problema particular representan las incapacidades pasivas, es decir las prohibiciones de disponer por testamento a favor de determinadas personas, como es el caso del Art. 688 del Código Civil: Son nulas las disposiciones testamentarias en favor del notario ante el cual se otorga el testamento, de su cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como en favor de los testigos testamentarios

2. Forma del Testamento y su Contenido

Nuestro Código Civil en su Art. 2094 dispone lo siguiente: La forma de los actos jurídicos y de los instrumentos se rige por la ley del lugar en que se otorgan o por la ley que regula la relación jurídica objeto del acto. Cuando los instrumentos son otorgados ante funcionarios diplomáticos o consulares del Perú, se observarán las solemnidades establecidas por la ley peruana

Nuestro derecho sustantivo en el Art. 691 trata sobre las clases de testamento clasificándolas en testamentos ordinarios: El otorgado en Escritura Pública, el Cerrado, el Ológrafo y los testamentos especiales: El Militar y el Marítimo, permitidos solo en las circunstancias previstas en la ley.

En lo que respecta a los testamentos otorgados en el extranjero el Código Civil los norma en los Art. 721: Los peruanos que residen o se hallen en el extranjero pueden otorgar testamento ante el agente consular del Perú, por escritura pública o cerrada, según lo

dispuesto en los artículos 696 a 703, respectivamente. En estos casos aquél cumplirá la función de notario público. Puede también otorgar testamento ológrafo, que será válido en el Perú, aunque la ley del respectivo país no admita esta clase de testamento

En lo que respecta al testamento otorgado bajo régimen legal extranjero el Art. 722 señala lo siguiente: Son válidos en el Perú en cuanto a su forma, los testamentos otorgados en otro país por los peruanos o los extranjeros, ante los funcionarios autorizados para ello y según las formalidades establecidas por la ley del respectivo país, salvo los testamentos mancomunado y verbal y las modalidades testamentarias incompatibles con la ley peruana

El tratado de la Habana de 1928 suscrito y ratificado por el Perú dispone en su Art 148: son de orden público internacional las disposiciones que no admiten el testamento mancomunado, el ológrafo o el verbal y las que lo declaran acto personalísimo

Adicionalmente a lo expresado en lo que respecta al testamento mancomunado el Art. 814 del Código Civil señala: Es nulo el testamento otorgado en común por dos o más personas. Este precepto se refiere tanto a la forma, como a la naturaleza del acto:

- En cuanto a la forma: porque se relaciona con el otorgamiento del testamento – Libertad del Testador

En cuanto a la Naturaleza del Acto: Porque facilita la revocación e impide que pueda funcionar la sucesión contractual.

2.1.7. Sucesión intestada – herencia vacante

Recibe este nombre porque a falta de testamento o cuando este resulta invalido, la ley llama a los herederos de acuerdo al orden legal establecido en cada legislación, existiendo diferencias significativas entre los sistemas jurídicos acerca de la prelación o concurrencia de los ascendientes con los parientes colaterales.

En el Derecho Internacional Privado Nacional, la ley aplicable a la Sucesión Intestada es la Ley del Ultimo Domicilio del Causante, tal y conforme lo señala el Art. 2100 del Código Civil: *La sucesión se rige, cualquiera que sea el lugar de situación de los bienes, por la ley del último domicilio del causante.* La Ley aplicable a la sucesión intestada es la misma que rige el contenido del testamento, lo que puede facilitar

El problema en las Sucesiones Intestadas está en lo referente a los derechos hereditarios legítimos (*el Derecho islámico prohíbe la sucesión entre musulmán y no musulmán*), los cuales se difieren en virtud de una relación de parentesco, este parentesco dependerá en muchas ocasiones de la validez de un matrimonio, del reconocimiento de un hijo o de una adopción, que el tribunal resolverá unas veces según su propio sistema de normas de conflicto y otras de acuerdo con las reglas conflictuales del país cuya legislación regula aquella situación.

Otro de los problemas es la llamada sucesión del estado, la cual Hace referencia al hecho de que en defecto de parientes designados por la ley para heredera intestadamente, sea el estado el que se apropie de los bienes hereditarios. En este caso el problema se

reduce a saber si el Estado que se apodera de la herencia es el lugar de situación de los bienes o el designado como heredero por la ley sucesoria.

Para el Derecho Peruano, el Estado es un heredero de ultimo grado en aquellos casos en que falten los sucesores testamentarios o legales, a tenor de lo dispuesto en el Art. 830 del Código Civil: *A falta de sucesores testamentarios o legales el juez o notario que conoce del proceso o trámite de sucesión intestada, adjudicará los bienes que integran la masa hereditaria, a la Sociedad de Beneficencia o a falta de ésta, a la Junta de Participación Social del lugar del último domicilio del causante en el país o a la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana si estuvo domiciliado en el extranjero*

Así mismo, a fin de evitar que los bienes situados en Perú pasen a un Estado Extranjero o a sus instituciones en virtud de lo dispuesto en la ley material del ultimo domicilio del causante, el Art. 2101 del Código Civil: *La ley peruana rige la sucesión de los bienes situados en la República si, conforme a la ley del domicilio del causante, ellos deben pasar a un Estado extranjero o a sus instituciones. Por ello en estos casos rige la ley material peruana, según la cual los bienes que integran la masa hereditaria, serán adjudicados a la Sociedad de Beneficencia o a falta de esta a la Junta de Participaciones Social del lugar del ultimo domicilio del causante en el país o a la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana si estuvo domiciliado en el extranjero.*

Esta posición ha sido establecida en el Convenio de la Haya de 1989 sobre la Ley aplicable a la sucesión, la cual señala en su art. 16: *La Ley sucesoria no puede constituir un obstáculo al Derecho de un Estado o de una institución designada por la ley de dicho Estado para adquirir los bienes sucesorios situados sobre su territorio.*

2.1.8. Problemas comunes a las sucesiones testamentarias y a las intestadas

Apertura de la Sucesión

En lo que respecta a la apertura de la sucesión, esta tiene lugar en todos los países por la muerte del causante. En nuestro derecho interno se encuentra establecido en el Art. 660 del Código Civil: *Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores*

En consecuencia si fuese aplicable a una sucesión en el Perú la ley extranjera que admitiese la apertura de la sucesión por causas diferentes a la muerte o declaración de fallecimiento, deberá de ser declarada improcedente por razón de orden público internacional

Delación Hereditaria

La Delación Hereditaria es el llamamiento a los sucesores y se rige por la ley sucesoria que es la que determina la cuantía de los derechos sucesorios, legitimas, las personas llamadas a suceder, el orden de la sucesión, etc.

Sin embargo en el caso que la ley aplicable otorgase menores derechos sucesorios a los hijos extramatrimoniales con relación a los matrimoniales, a las mujeres con respecto a los hombres, o se excluye algún derecho en razón de su religión o raza, no sería aplicable en virtud a la excepción de orden público (*En este caso la excepción de orden público internacional solo funciona cuando la ley material extranjera competente atenta contra alguno de los principios fundamentales de nuestra concepción de derecho*).

En lo que respecta al reconocimiento de la legítima y a la porción de libre disposición, los sistemas jurídicos tienen posiciones distintas, mientras los países del *common law* (*Inglaterra, Gales, Irlanda, Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda, Canadá, Asia, Hong Kong, India, Malasia, Singapur, África y Sudáfrica*) conceden al testador una libertad absoluta para disponer de sus bienes mortis causa, los países de Europa Occidental y de América Latina limitan tal derecho en los casos en que el causante tuviese herederos forzosos.

Capacidad para Heredar

En lo que respecta a la capacidad para heredar, todo ser humano por el hecho de serlo (*Derechos del Nasciturus*) puede ser sujeto pasivo en la sucesión, tal y conforme lo establece el Art. 1 del Código Civil: *La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La*

atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo

La capacidad para suceder también se refiere a las personas jurídicas, las cuales tiene que existir para acceder a la sucesión, tal y conforme lo establece el Art. 77 del Código Civil: *La existencia de la persona jurídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley. La eficacia de los actos celebrados en nombre de la persona jurídica antes de su inscripción queda subordinada a este requisito y a su ratificación dentro de los tres meses siguientes de haber sido inscrita*

2.1.9. Régimen patrimonial del matrimonio y derechos sucesorios del conyuge superstite

Los regímenes patrimoniales del matrimonio y los sucesorios se encuentran íntimamente relacionados en el caso del cónyuge supérstite.

Algunos países como Argentina y Suecia, establecen en relación al régimen de bienes del matrimonio una sociedad de gananciales, recibiendo el cónyuge supérstite a la muerte del causante su liquidación correspondiente de la mencionada sociedad, pero negándole vocación sucesoria sobre el resto de bienes de la herencia.

Otras legislaciones como Inglaterra, solo admiten como régimen de bienes en el matrimonio la separación de patrimonios, pero otorgan al cónyuge supérstite derechos hereditarios.

“Si un juez peruano competente por el hecho de encontrarse en el país parte de los bienes de la sucesión, debe pronunciarse sobre la sucesión intestada de una persona que muere domiciliada en Suecia, pero casada en Inglaterra donde se estableció el primer domicilio conyugal, deberá aplicar a la sucesión la ley material sueca, que no considera al cónyuge supérstite como heredero. Y en lo que respecta al régimen de bienes del matrimonio aplicará la ley del primer domicilio conyugal ósea la ley inglesa, no correspondiéndole nada por este concepto al cónyuge supérstite, por haberse casado bajo el régimen de separación de bienes”

No obstante, conforme lo establece la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado de 1979, en su Art. 9: Las Diversas Leyes que pueden ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Por ello las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto.

SUB CAPITULO II: LA UNIÓN DE HECHO

2.2. El principio constitucional del pluralismo familiar

A diferencia de lo que establecía el artículo 5 de la Constitución de 1979, en el que se señalaba que el Estado protege al matrimonio y a la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación, el artículo 4 de la actual Constitución de 1993 señala que la comunidad y el Estado protegen a la familia y promueven el matrimonio.

De esa manera, es claro que en la Constitución de 1979, lo que se protegía era la familia que surgía del matrimonio, mientras que en nuestra actual Constitución, también se protege a la familia pero sin importar su origen, es así, que podemos hablar del principio de pluralismo familiar a partir de lo señalado en su artículo 4.

Pero no debemos olvidar de que entre una y otra Carta constitucional (1979 a 1993), entró en vigencia el Código Civil en el año 1984, por lo que este último debe ser interpretado a partir de los principios de la afectividad y del pluralismo familiar (artículo 4) que se desprende de nuestra Constitución de 1993, en la medida que dicho Código se inspiró en la Constitución de 1979, donde como hemos señalado el Estado solo protegía a la familia de origen matrimonial.

De lo analizado por el autor se pueden desprender las siguientes reflexiones: ¿Los derechos sucesorios son similares para los cónyuges y para quienes conforman una unión de hecho? ¿La Constitución de 1979 reconoció los mismos

derechos a los convivientes que a los cónyuges? ¿Cuáles son los requisitos que deben cumplirse para el reconocimiento de las uniones de hecho? ¿El reconocimiento de la unión de hecho por vía judicial requiere del cumplimiento de requisitos especiales? ¿La unión de hecho reconocida genera un nuevo estado civil y de parentesco? ¿Cuáles son las consecuencias del reconocimiento de las uniones de hecho? ¿Para la apertura de la sucesión del conviviente fallecido se requiere que su conviviente sea supérstite? ¿Los derechos que gozan el cónyuge supérstite son los mismos que el conviviente supérstite?

En la Constitución de 1979, lo que se protegía era la familia que surgía del matrimonio, mientras que en nuestra actual Constitución también se protege a la familia pero no importa su origen. Es así, que podemos hablar del principio del pluralismo familiar, a partir de lo señalado en el artículo 4 de la actual Constitución.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente N.º 09332-2006-PA/TC ya ha reconocido cuatro formas de familia, y con ello, el principio de pluralismo familiar, siendo ellas:

- a) La familia matrimonial es la tesis que consagra la Constitución de 1979, sustentada en el matrimonio y que se desarrolla básicamente en el Código Civil de 1984, sobre la que, al respecto, el Tribunal Constitucional en la Sentencia N.º 6572-2006-AA ha señalado que

el: “[...] *modelo de familia matrimonial, tradicional y nuclear, en donde el varón era “cabeza de familia” debido a cubrir los gastos familiares y la mujer realizaba necesariamente las labores del hogar*”.

- b) La familia que surge de la unión de hecho o extramatrimonial es la que nace de la unión libre entre personas no matrimoniadas antes de la Constitución de 1979. Esa situación generaba una percepción negativa y de rechazo, considerándose como una forma de vida inmoral. No se le reconocía efectos legales. Es la Constitución de 1979 la que por primera vez a nivel constitucional reconoce la unión de hecho en la Constitución de 1993, la cual se mantiene y goza de protección constitucional. Se reconoció el régimen de gananciales a estas uniones, en cuanto le sea aplicable. Es decir, se atribuyen solo efectos patrimoniales.
- c) La familia monoparental (lineal) es aquella conformada por uno de los padres con sus hijos. En la medida que una sola persona puede adoptar, estamos frente también a una familia monoparental, o cuando estamos frente a un viudo o una viuda, o divorciado o divorciada con sus hijos.
- d) La familia ensamblada reconstituida es aquella que se conforma a partir de la viudez o el divorcio. Esta nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso (unión concubinaria) de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa. Se basa en una composición diferente. Lo que los ensambla y lo recompone

es el afecto. Con su reconocimiento, se presenta una problemática con diversas aristas como son los vínculos, deberes y derechos entre los integrantes de la familia reconstituida.

2.2.1. Conceptualización de la unión de hecho

Respecto del nombre de este fenómeno social, la doctrina no es uniforme y considera una variada gama de términos aplicables. Algunos la llaman unión concubinaria, unión marital de hecho, mancebía, unión extra-matrimonial, concubinato notorio, barraganía, concubinato moreuxorio, matrimonio informal, matrimonio irregular, matrimonio imperfecto, entre otras.

Algunas conceptualizaciones de la doctrina nos ayudarán a entender mejor a la unión de hecho, así:

Cornejo Chávez señala:

“El concubinato que es aceptado mayormente por la doctrina es el concubinato stricto sensu, es decir, la unión de hecho entre un varón y una mujer que podrían casarse legalmente, pues lo contrario sería inmoral y perjudicaría eventualmente legitimados derechos de terceros” (CORNEJO CHAVEZ, 1999, P.74).

Palacio Pimentel señala que es

“Aquella comunidad estable de vida, habitación y bienes entre dos personas de sexo opuesto, que conviven maritalmente y que ante terceros tienen la posesión y el título de esposos” (PALACIO PIMENTEL, 1982, P.387).

Jean Carbonnier refiere:

“Se trata de relaciones sexuales que se manifiestan fuera del matrimonio, si bien presenta ciertos caracteres de estabilidad y duración, diciéndose en tal caso que el varón y la mujer hacen vida marital” (JEAN CARBONNIER, 1961, P.81).

Aguilar Llanos señala:

“El artículo 326 califica la figura del concubinato strictu sensu, aquel que es amparado por la ley otorgándole determinados derechos patrimoniales, [...]. Refiere este artículo que “la unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer”; aquí podríamos extraer las condiciones exigidas por el legislador: que se trate de una unión heterosexual, monogámica, estable y libre. Sigue refiriendo el artículo: “libres de impedimentos matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio [...]”. Así las exigencias están dadas: la falta de impedimentos de ambos para contraer matrimonio entre sí y que esta unión persiga fines similares al matrimonio; y por último dice “que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos”. Aquí está el plazo legal que consideramos prudente. Recordemos que no son uniones eventuales, sino fijas y permanentes, estables, a lo que habría que agregar que estas no pueden ser ocultas, sino de conocimiento de todos. Si la pareja vive bajo estas condiciones se habrá dado el concubinato *strictu sensu*, equiparándose la sociedad de bienes que formen a la sociedad de gananciales que emerge del matrimonio” (AGUILAR LLANOS, 2010, p.434).

Calderón Beltrán señala:

“Hablamos de concubinato, unión de hecho o unión estable, para referirnos a aquel tipo de familia originada por la unión monogámica de un varón con una mujer, quienes sin estar casados, hacen vida de casados, con propensión de habitualidad, permanencia y publicidad” (Calderón Beltrán, 2015, p.30).

El Tribunal Constitucional ha señalado que la unión de hecho es una comunidad que persigue “fines, objetivos, modos de apreciar el mundo y expectativas sobre futuro, substrato sobre el cual se erige el aprecio y afecto que se proveen las parejas, precisamente por lo cual, comparten su vida en un aparente matrimonio. De lo que se infiere que existen también ciertas obligaciones no patrimoniales. Por ejemplo, [...] la configuración constitucional de esta unión libre, genera un deber de fidelidad entre quienes la conforman” (EXPEDIENTE N° 06572-2006).

De esa forma, de la revisión de la normativa constitucional y del Código Civil, y de lo expuesto por la doctrina y el Tribunal Constitucional, se puede concluir que la unión de hecho es aquella unión voluntaria de un varón y una mujer (heterosexual), libres de impedimento matrimonial, con la finalidad de alcanzar y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio (lecho, techo y mesa de público conocimiento), que da lugar a una sociedad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

Si inicialmente esta reducción se interpretó como un "retraso" al matrimonio debido a la prolongación de los estudios, lo que tendía a validar la subida de la edad media al matrimonio en la época, hay que admitir, por falta de una "reactivación" algunos años más tarde, que había por cierto un menor entusiasmo de las jóvenes generaciones por el matrimonio (Le Bras, Roussel, 1982).

Por lo tanto, se registró concomitantemente un aumento del número de los solteros. Éstos no tenían sin embargo nada comparable con los solteros "a pesar suyo" (Sullerot, 1984), esta población constituida de hombres, agricultores o asalariados agrícolas, que no habían llegado a casarse por lo poco atractivo y las pocas perspectivas que ofrecía su situación.

Estos "nuevos" solteros reunían en efecto hombres y mujeres urbanizados, generalmente activos, y mayoritariamente procedentes de medios sociales acomodados. Bien dotados cultural y económicamente, eran mucho más propensos a gozar de su libertad que a precipitarse hacia el matrimonio y a asumir muy pronto cargas familiares. Al no constituir el matrimonio una perspectiva a la cual sería necesario ajustarse, no se trataba para esta joven generación del baby-boom de un celibato sufrido, sino de un celibato deliberadamente elegido. Esta "subida" del celibato contribuyó a aumentar el número de las personas que vivían solas. No obstante, algunas de ellas no se privaban por ello de tener relaciones amorosas y sexuales, o no les impedía incluso encontrar un equilibrio, como algunos padres solos divorciados, en el marco de

una conyugalidad no cohabitante (una pareja, dos techos) (Charrier, Déroff, 2005).

En resumen, la vida solitaria o, para decirlo como J. - C. Kaufmann (1999), la vida "en solo" de los solteros ya no era sistemáticamente sinónima de "soledad", un número no desdeñable de una gran parte de ellos teniendo relaciones afectivas y sexuales, puntuales o duraderas. Por otra parte, otros solteros, apenas más atraídos que los anteriores por la institución del matrimonio, no se negaban sin embargo a vivir en pareja. Era especialmente el caso de los "nuevos solteros". Para las jóvenes generaciones de los años 70, sólo se trataba muchas veces de una etapa transitoria que llevaba al matrimonio; un "matrimonio a prueba" en cierto modo, que autorizaba una menor reprobación social. Luego la unión libre va a conocer un desarrollo rápido que no se limitará a las jóvenes generaciones. El número de las parejas que vivían en unión libre pasó de 1,5 millón a unos 2,5 millones entre 1990 y 1998. En paralelo y lógicamente, el número de nacimientos fuera del matrimonio creció mucho también. En 2004, casi uno de cada dos niños (47,4%) nace de padres no casados. Casarse, en Francia, dejó de ser el acto fundador de la pareja. Es por otra parte la unión libre la que es en adelante el método principal de entrada en la vida a dos: más de 9 de cada 10 parejas comienzan en efecto así su vida común y más de la mitad de las mujeres (53%) que dan a luz a su primer hijo no son mujeres casadas.

Al mismo tiempo, los matrimonios se volvieron cada vez más precarios. Durante los años 50, el divorcio era relativamente estable y poco frecuente: casi uno de cada diez matrimonios se terminaba por un divorcio. Luego a partir de la primera mitad de la década de los 60, se registra un ligero aumento del divorcio, que va creciendo claramente a partir de 1972, fecha a partir de la cual la nupcialidad comienza a caer. Hoy se registran 42 divorcios por 100 matrimonios, contra 12 por 100 en 1970, el riesgo de divorcio siendo más elevado alrededor del quinto año de matrimonio. Es obvio que el vínculo de alianza se ha debilitado. Lo cierto es que, con el aumento de las parejas no casadas, sería necesario, para juzgar la inestabilidad conyugal actual, tener también en cuenta la precariedad de las parejas que viven en unión libre, que es proporcionalmente más importante que la de las parejas casadas (Toulemon, 1996).

Sea lo que sea, esta inestabilidad conyugal tuvo por consecuencia directa el hecho de aumentar el número de las familias monoparentales y recompuestas: entre los censos de 1990 y de 1999, las familias monoparentales con al menos un hijo menor de 25 años aumentaron algo más del 17%, este aumento siendo esencialmente de madres solas (Algava, 2005), y las familias recompuestas de casi un 10%. Son en adelante 2,7 millones de niños menores de 25 años que viven en una familia monoparental y 1,6 millón que se encuentran concernidos por la recomposición familiar, cuyos dos tercios cohabitan con un hermanastro o una hermanastra (Barre, 2005). Por fin, otro cambio principal: a partir de

la primera mitad de la década de los 60, se registra en Francia una caída de la fecundidad. Con una media de un poco menos de 3 niños por mujer en los años 50, se pasa a 2,58 en 1968, 1,82 en 1978 y 1,80 en 1988; caída que, después de haber conocido su nivel más bajo (1,65) en 1993 y 1994, parece no obstante frenada, puesto que la fecundidad se sitúa en adelante alrededor de 1,9 desde hace unos años.

Esta visión global demuestra que conocimos una transición : de un modelo único de familia, el de la familia de los años 50, que finalmente no fue estadísticamente dominante más que de los años 20 a los años 60, hemos pasado a una diversificación de las formas de vida privada. Junto a la vida en pareja casada, la que se ha modificado un tanto, la vida en solitario y la vida en unión libre se han desarrollado mucho, como ha aumentado al mismo tiempo, a causa de la inestabilidad conyugal, el número de las familias monoparentales, las mismas que han favorecido el desarrollo de las familias recompuestas. Y para completar esta diversidad, aún sería necesario mencionar el aumento del número de familias que se forman recurriendo a la adopción, mayoritariamente internacional desde el principio de los años 80 (Halifax, 2005) o a las ayudas médicas a la procreación con donantes de gametos, así como las familias homoparentales (Gross, 2005).

Tantas familias que, con las familias recompuestas, hacen progresivamente ocurrir la idea de pluriparentalidad (Le Gall, Bettahar, 2001); término que puede parecer un tanto nuevo pero del

que se apoderaron ya los medios de comunicación. Así en la portada del diario *Le Monde*, un artículo titulado: "Mi hermanastro, mi hermanastra, mis copadres, sus hijastros y yo" se terminaba por esta frase: "No digan más al pequeño Benjamin que pasará sus vacaciones 'en familia', sino que va a pasearse por su 'pluriparentalidad'" (Robert-Diard, 2000). En resumen, la familia francesa conoció un profundo cambio, y fue rápido, pero nuevos equilibrios se instauraron progresivamente (Segalen, 1993).

Para el pluralismo la sociedad óptima es una sociedad integrada. Pero, ¿integrada cómo y en qué sentido? Para responder es útil reconstruir los conceptos que denotan estados y procesos del convivir. Por ejemplo, homogeneización, incorporación, inclusión, asimilación, inculturación, por un lado; y diversificación, segmentación, separación, desintegración, por el otro. La integración plural se sitúa más o menos en el medio de esta gama. Está claro que rechaza los extremos, tanto la homogeneización como la separación-desintegración. Pero, ¿cómo se arregla con otras modalidades del estar juntos?

Veamos el concepto de asimilación. Asimilar quiere decir hacer similar. ¿Es éste el objetivo del pluralismo? No, no lo es. El argumento depende de la entidad de las semejanzas-desemejanzas en las cuales nos encontramos. Si las desemejanzas son fuertes, entonces el pluralismo las querrá reducir. Eso, precisamente, reducir, no cancelar. Al contrario, si las desemejanzas son débiles,

entonces al pluralismo le interesa reforzarlas. Por lo tanto, la relación pluralismo-asimilación debe ser situada.

Es verdad que quien viene asimilado se convierte, por eso mismo, en integrado; pero es todavía aún más verdadero que podemos ser integrados sin ser asimilados. Pluralismo y asimilación pueden también converger; pero es algo equivocado confundir las dos nociones y hacerlas intercambiables.

El pluralismo intenta asimilar lo demasiado distinto, pero intenta también lo contrario: distinguir lo demasiado igual. Y debe estar claro que el pluralismo no pide la asimilación de las poblaciones originarias (como los indios de América Latina). El pluralismo respeta las identidades que existen y en las cuales se encuentra. Combate, si es el caso, la inflación artificiosa y el revanchismo.

Un discurso análogo vale para la inculturación. La inculturación es el aspecto específicamente cultural de una asimilación, y por lo tanto arremete sobre todo con los valores y el lenguaje de aquellos que entran en una cultura diversa. Dejo claro que el discurso sobre la inculturación se debe separar del discurso sobre la integración ocupacional. No está dicho que las dos variables se muevan en concordancia.

A propósito de inculturación, la cuestión es, en concreto, de medida. Pero no sólo. A menudo, la demasiada distancia y heterogeneidad cultural obstaculizan la integración y la dificultan, pero esto no es siempre del todo verdad. Porque depende de qué aculturación. Debemos especificar: inculturación lingüística, de los valores

religiosos, de los valores domésticos y de los valores políticos. Aprender la lengua del país donde se llega es importante, sobre todo con el fin de la integración ocupacional. Esto no requiere el abandono de la propia lengua materna, sino más bien un bilingüismo (que siempre hace bien).

La inculturación de los valores que surgen de las creencias religiosas requiere, sin embargo, un discurso más amplio. Sabemos que una religión crea problemas cuando es invasiva y cuando se recalienta; al contrario, no.

La secta de los Amish, en los Estados Unidos, es muy respetada, y los mormones (en Utah) crean problemas sólo cuando practican la poligamia (un derecho que no se les reconoce legalmente, aunque sí, uniéndose con los islámicos, lo podrían reivindicar como un derecho de libertad religiosa); así como las comunidades hebreas, dispersas en todo el mundo, son, al mismo tiempo, cerradas e insertadas en los mecanismos de la ciudad plural. Y es que las religiones no crean problemas si no son invasivas. El pluralismo no se propone ningún objetivo de inculturación religiosa. Es más, el pluralismo nace con la libertad de religión.

Otra inculturación, que no es necesaria, tiene que ver con la familia y los valores familiares. En los Estados Unidos los inmigrantes hispanos, como, y aún más, los asiáticos, son y permanecen de cultura familiar. Y añadido: por suerte para ellos y también para los Estados Unidos. Porque es la cultura familiar la que hoy salva a los chavales de los inmigrantes de la vida de la calle, del vandalismo

juvenil y de la droga, y la que les motiva en el estudio y en la ética del trabajo.

¿Cuál es, entonces, la inculturación necesaria y que ayuda a la comunidad plural? Es la inculturación en los valores político-sociales de Occidente y, por lo tanto, en el valor de la libertad individual, de las instituciones democráticas, y en la laicidad entendida como separación entre Estado e Iglesia.

No se trata, como proponen los simplistas, que antes de que un inmigrante sea naturalizado tenga que jurar fidelidad a la Constitución. Se trata de que entienda y aprecie el valor de la protección jurídica y de las libertades-igualdades que transforman al súbdito en ciudadano. Una democracia presupone que sus conflictos internos vengán resueltos sin conflicto, sin violencia y sin muertes. Significa que la democracia se funda sobre la aceptación compartida de un método pacífico de resolver los conflictos. Y la aceptación de todas estas cosas no puede ser jurada; debe ser culturizada.

Dejemos a un lado la manía de los modelos pues la integración plural no viene dada por un único modelo y miremos a los contextos. Porque cada entorno requiere proporciones diversas y modifica la prioridades.

De este análisis resulta que, para las religiones, el problema de la asimilación no existe, y no debería existir; y que hoy los valores familiares, que tiempo atrás venían percibidos como primitivos y obsoletos, constituyen, en cambio, un precioso dique de resistencia contra una modernización demasiado nivelada y triturada.

2.2.2. Reconocimiento de la unión de hecho notarial y judicial

a. El reconocimiento de la unión de hecho a nivel notaria

La Ley N.º 29560 que modificó la Ley N.º 26662 amplía la competencia notarial en asuntos no contenciosos, permitiendo el reconocimiento de las uniones de hecho en la vía notarial. Al respecto, Calderón Beltrán señala lo siguiente:

“Esta norma nacida desde la propia iniciativa del notariado, en palabras de sus presentadores, busca un ahorro de tiempo y una agilización de trámites para los miembros de una unión de hecho, lo cual es evidente, pues permite a los convivientes acceder mediante un trámite notarial simple, a una escritura pública que para ellos cumpla el rol de partida o acta que ponga de manifiesto su estado de convivencia, aliviando también la carga procesal del Poder Judicial, pues antes de publicarse la ley, la única forma en que se podía reconocer al concubinato era a través de un complejo y dilatado proceso judicial”(CALDERÓN BELTRÁN, p.171).

La citada norma establece el procedimiento para obtener el reconocimiento de la unión de hecho a nivel notarial, el mismo que se resume de la siguiente forma: solicitud de ambos convivientes pidiendo que se reconozca e inscriba en el registro personal su unión de hecho, acompañando los documentos pertinentes que acrediten tal unión por lo menos por dos años de manera continua y dos testigos que den fe de ello, que se encuentran libres de impedimentos matrimoniales y que ninguno tiene vida en común con otro varón o mujer, según sea el caso, para lo cual se requiere del

certificado domiciliario, y del certificado negativo de la unión de hecho.

Este procedimiento notarial requiere del acuerdo entre los convivientes para el reconocimiento de la unión de hecho, por tanto, no es factible dicho reconocimiento de manera unilateral, para ello será necesario recurrir a la vía judicial.

El notario manda a publicar la solicitud; la cual transcurridos los 15 días útiles desde la publicación del último aviso y de no haber oposición, el notario levanta el acta con el reconocimiento de la unión de hecho y remite los partes al registro personal para su inscripción; de existir oposición, el procedimiento notarial se interrumpe y se derivará lo actuado al juez especializado de familia o mixto como corresponda.

Finalmente, si los convivientes desean dejar constancia de haber puesto fin a su estado de convivencia, podrán hacerlo en la escritura pública en la cual podrán liquidar el patrimonio social, siendo que dicho reconocimiento de cese de la convivencia se inscribirá en el Registro Personal.

b. El reconocimiento de la unión de hecho a nivel judicial

El mismo es tramitado vía proceso de conocimiento, para ello la demanda debe cumplir con los requisitos previstos en los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil, y la misma es interpuesta mayormente cuando uno de los convivientes decide abandonar al otro o cuando la unión de hecho ha concluido al fallecimiento de uno de los convivientes. En el primer supuesto, se hace necesario la

adopción de las medidas cautelares, como la anotación de la demanda, para evitar la disposición de los bienes que puede hacer el conviviente a nombre de quien se encuentran los mismos; y en el segundo supuesto, es muy usual que al no existir una sucesión intestada se nombre a un curador procesal, sin perjuicio de solicitarse al demandante señale quienes podrían integrar la misma.

Se debe tener cuidado de señalar en la demanda y acreditarse cuándo se inició la unión de hecho y cuando culminó, pues la sociedad de bienes necesita la acreditación de que la unión haya durado cuando menos dos años continuos, por otro lado, no olvidemos que aunque el artículo 197 del Código Procesal Civil nos señale que todos los medios probatorios serán evaluados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada al expedir la sentencia, lo cierto es que podemos tener el inconveniente de encontrarnos con algún magistrado, que pueda señalarnos que conforme al segundo párrafo del artículo 326 del Código Civil, 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, por tanto, no está de más que se recurra a la documentación que acredite que los convivientes compartieron el mismo domicilio, el mismo lecho y la misma mesa, para lo cual entre otros medios de prueba escrita, nos ayudará el registro documentado del domicilio consignado en el Registro Nacional de Estado Civil (RENIEC), la matrícula realizada por el conviviente en el Colegio de los hijos, el registro ante alguna

aseguradora, los recibos de servicios públicos consignando el domicilio, son en todo caso, elementos más contundentes que fotografías o declaraciones testimoniales. Al final todos estos medios probatorios serán evaluados por el juez en forma conjunta.

No olvidemos, aunque parezca obvio, que la unión de hecho debe ser mantenida entre un varón y una mujer, por tanto, dicho extremo debe contar con medio probatorio que así lo acredite, pero más importante todavía resulta acreditar el hecho de que los convivientes están libres de impedimento matrimonial. Muchos se limitan a acreditar que ambos eran solteros, pero los impedimentos matrimoniales absolutos, relativos y especiales consagrados en los artículos 241 a 243 del Código Civil, se refieren también a la edad de los convivientes, no adolecer de enfermedad crónica, contagiosa y transmisible por herencia, o de vicio que constituye peligro para la prole, no padecer de enfermedad crónica mental, el vínculo de parentesco, el haber sido condenado como partícipe en el homicidio doloso de uno de los cónyuges, ni el procesado por esta causa con el sobreviviente, el raptor con la raptada o la inversa, mientras subsista el rapto o haya retención violenta, tutor o curador con el menor o el incapaz y la situación de la viuda o el viudo.

Finalmente, las sentencias emitidas en los procesos de reconocimiento de la unión de hecho a nivel judicial, son sentencias declarativas de derechos y sus efectos retroactivos.

2.2.3. Derechos por reconocer a la unión de hecho

a. Estado civil

La unión de hecho debería generar el establecimiento de un nuevo estado civil, el de conviviente y con ello un nuevo tipo de parentesco, lo que en el Derecho canónico se denomina como derecho de cuasi-afinidad.

Un primer avance al respecto, se estableció con la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar cuando se señalaba en el artículo 2 del Decreto Supremo N.º 006-97-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley N.º 26260, lo siguiente:

“A los efectos de la presente Ley, se entenderá por violencia familiar, cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves y/o reiteradas, así como la violencia sexual, que se produzca entre: a) Cónyuge, b) Ex cónyuge, c) Convivientes, d) Ex convivientes, e) Ascendientes, f) Descendientes, g) Parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, h) Quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales, i) Quienes hayan procreado hijos en común, independientemente que convivan o no, al momento de producirse la violencia; j) Uno de los convivientes y los parientes del otro hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, en las uniones de hecho”.

La unión de hecho es aquella unión voluntaria entre un varón y una mujer (heterosexual), libres de impedimento matrimonial, con la

finalidad de alcanzar y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio (lecho, techo y mesa de público conocimiento), que da lugar a una sociedad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

Con la incorporación de este último inciso que se realizó mediante el artículo 1 de la Ley N.º 29282, del 27 de diciembre del 2008, se reconocía la posibilidad de que se produzca violencia familiar (física y/o psicológica), entre uno de los convivientes y los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de su conviviente, y con ello, el reconocimiento de un nuevo estado civil, el de conviviente, y un nuevo tipo de parentesco. La reafirmación de lo indicado por la derogada Ley N.º 26260 modificada por la Ley N.º 29282, se ha realizado cuando la vigente Ley N.º 30364 del 23 de noviembre del 2015, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, indica en el inciso b) del artículo 7, que son sujetos de protección de la referida Ley, los miembros del grupo familiar, entendiéndose como tales a los cónyuges, ex cónyuges, convivientes, ex convivientes; padrastros y madrastras; ascendientes y descendientes; los parientes colaterales de los cónyuges y convivientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

b. Los alimentos durante la unión de hecho

Otro derecho que aún no recibe reconocimiento legal es la posibilidad de solicitarse alimentos entre convivientes durante la vigencia de dicha convivencia, porque lo que se ha previsto en el artículo 326 del Código Civil es que cuando la unión de hecho termina por una decisión unilateral, el juez pueda conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos.

Aguilar Llanos señala:

“En el caso peruano, los alimentos solo surgen como derecho cuando los concubinos ya no viven juntos, pues uno de ellos decide abandonar al otro. Esta circunstancia obviamente, de ampararse como se ha amparado pretende cubrir el estado de necesidad aparecido por el rompimiento de la unión de hecho. Sin embargo, también debería ampararse cuando aún mantienen vida en común y el deudor incumple con su obligación, ello con mayor razón por la misma naturaleza de los alimentos” (AGUILAR LLANOS, p.436).

En la sentencia emitida el 6 de noviembre del 2007, en el Expediente N.º 06572-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional señaló:

“22. De igual modo, sería una interpretación bastante constreñida de la Constitución el concebir que en una unión de hecho no exista, por ejemplo, obligaciones de cooperación o de tipo alimentaria. Contémplese sino la situación en que uno de los convivientes requiera los auxilios pertinentes del otro por caer enfermo. Más aun, no debe dejarse de observar que frente a la terminación de la unión,

por decisión unilateral, la pareja abandonada puede solicitar indemnización o pensión alimenticia (art. 326 CC). Es decir, frente a la dependencia económica generada, se deben plantear contextos jurídicos que viabilicen y materialicen el sentido material y concreto de la Constitución. 23. En suma, debe enfatizarse, que la unión de hecho genera una dinámica a partir de la cual se originan dependencias entre los convivientes. Por ejemplo, es muy común que se dé el caso en donde uno de ellos se ocupe de las labores que exige el hogar, dejando de lado el ámbito laboral, mientras que la pareja, se desarrollará en el espacio profesional, cumpliendo la tarea de brindar los medios económicos que sustenten la vida en comunidad. Esta sinergia incluye pues un deber de asistencia mutua”.

2.2.4. Derechos reconocidos a la unión de hecho

Consideramos que a las familias originadas de la unión de hecho, también deberían reconocérseles todos los efectos personales y patrimoniales que generan las familias que surgen del matrimonio, con la única distinción que para acceder a los mismos, estaría configurada en su acreditación, de forma tal que los casados tendrían derecho a exigir los efectos en forma inmediata, dada la acreditación de su condición de casados, con su partida de matrimonio y los convivientes, en forma mediata, es decir, previo reconocimiento de la convivencia mediante procedimiento judicial o notarial.

En la búsqueda de reconocerle los mismos efectos personales y patrimoniales a las familias que surgen de la unión de hecho, el legislador vía modificaciones al Código Civil, en los últimos años, ha otorgado derechos y deberes sucesorios y la posibilidad de poder adoptar a los convivientes, ya antes en vía jurisprudencial, los convivientes supérstites habían obtenido derecho a la pensión ante la muerte de su conviviente por parte de la Oficina de Normalización Previsional, accediendo al mismo derecho de aquellos convivientes supérstites ante el Sistema Privado de Pensiones, esto pese a que tanto en el artículo 53 del Decreto Ley N.º 19990 y en los artículos 32 y 33 del Decreto Ley N.º 20530, no se había previsto tal derecho para el conviviente supérstite, así se desprende por citar algunas de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, las que corresponden al Expediente N.º 9708-2006-PA-TC del 11 de enero del 2007 y la del Expediente N.º 6572-2006-PA/TC del 6 de noviembre del 2007.

a. El adoptante puede ser también uno de los convivientes

Mediante la Ley N.º 30311 publicada en el diario oficial El Peruano, el 18 de marzo del 2015, se modificó el artículo 378 del Código Civil. En ella se señaló que cuando el adoptante sea conviviente conforme a lo señalado en el artículo 326 del Código Civil, debía concurrir su voluntad con el asentimiento del otro conviviente, lo que quedó reafirmado cuando en el artículo 382 del Código Civil (DIAZ CAÑOTE, 2013, p.14), se señaló expresamente la posibilidad de la adopción por parte de los convivientes.

Por otro lado, al modificarse los artículos 2 y 5 de la Ley N.º 26981, Ley de Procedimiento Administrativo de adopción de menores de edad declarados judicialmente en abandono, también se estableció la posibilidad de ser adoptados por los convivientes, los niños y adolescentes declarados en tal situación.

La citada norma legal indica que la calidad de convivientes se acredita con la inscripción del reconocimiento de la unión de hecho en el Registro Personal de la Oficina Registral que corresponda al domicilio de los convivientes.

b. Derechos sucesorios en la unión de hecho

Por otro lado, mediante la Ley N.º 30007 publicada el 17 de abril del 2013, en el diario oficial El Peruano, se modificó el artículo 326 del Código Civil, por el cual se indicó que las uniones de hecho, que reúnan las condiciones previstas en dicho artículo (voluntaria, entre varón y mujer, libres de impedimento matrimonial, finalidades y deberes semejantes al matrimonio, que haya durado por lo menos dos años continuos), produce, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios similares a los del matrimonio, por lo que las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 822 a 825 del citado Código se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge.

Calderón Beltrán ha señalado:

“[...] la promulgación de la Ley N.º 30007, constituye un auténtico acto de justicia para las uniones estables, para aquellos concubinos que han compartido una convivencia estable y duradera en modo

semejante al matrimonio y que legalmente se encontraban desprotegidos ante la muerte de su compañero convivencial, era pues un acto de injusticia para este tipo de familias, la indiferencia que existía en el ordenamiento jurídico a la muerte de uno de los integrantes de la unión de hecho, más aún cuando es común, que él o la conviviente supérstite haya sido quien acompañó, cuidó y asistió en vida al causante, haya sido quien formó parte de la vida familiar del causante viéndose desprotegida a la muerte de éste, pues al no ostentar la calidad de heredera forzosa, eran excluidos de la sucesión del que fuera su pareja convivencial [...]” (CALDERÓN BELTRÁN, p.180).

Se ha establecido en el artículo 2 de la Ley N.º 30007, que además de la exigencia de que la unión de hecho reúna los requisitos del artículo 326 del Código Civil, que esta unión debe encontrarse vigente al momento de fallecimiento de cualquiera de sus miembros, nos preguntamos ¿qué debemos entender por dicho supuesto previsto en la norma como requisito?, que el reconocimiento de los derechos sucesorios solo es factible para los casos de convivientes que sigan compartiendo al fallecimiento, el mismo techo, lecho y mesa o también deben ser considerados aquellos casos en que existió previό al fallecimiento por parte del causante un abandono injustificado y se contaba con reconocimiento de la unión de hecho (notarial o judicial) vigente. Consideramos que por el espíritu de la norma debe contemplarse también a dicho supuesto para el reconocimiento de los derechos sucesorios al o a la conviviente

sobreviviente, para que realmente la comunidad y el Estado cumplan con el deber de protección de la familia.

Una situación distinta sería si no contaban con una declaración judicial o notarial, en cuyo caso, de conformidad con el artículo 3 de la Ley N.º 30007, el integrante de la unión de hecho sobre viviente tendría que solicitar el reconocimiento en la vía judicial, siempre claro está si la unión de hecho a la fecha de fallecimiento del causante se encontraba vigente.

El reconocimiento de los derechos sucesorios solo es factible para los casos de convivientes que sigan compartiendo al fallecimiento, el mismo techo, lecho y mesa o también deben ser considerados aquellos casos en que existió, previó al fallecimiento por parte del causante, un abandono injustificado y se contaba con reconocimiento de la unión de hecho (notarial o judicial) vigente. Consideramos que por el espíritu de la norma, debe contemplarse también a dicho supuesto para el reconocimiento de los derechos sucesorios al o a la conviviente sobreviviente, para que realmente la comunidad y el Estado cumpla con el deber de protección de la familia.

i. Herederos forzosos

Augusto Ferrero indica lo siguiente:

“Se les denomina así no porque estén obligados a recoger la herencia, pues el heredero puede libremente aceptar o renunciar a ella. Se les llama también herederos reservatarios, en vista de que la ley reserva para ellos una parte intangible del patrimonio del

causante. También son conocidos con el nombre de legitimarios, pues la parte intangible que les está reservada se denomina legítima. Asimismo, se les denomina herederos necesarios, pues necesariamente heredan. Estos herederos se dividen en dos clases: en aquellos que tienen como legítima las dos terceras partes de la herencia, como son los descendientes y el cónyuge, y en aquellos que tienen como legítima la mitad de la herencia, como es el caso de los ascendientes” (FERRERO, 1999, p.17).

Ahora bien, el artículo 5 de la Ley N.º 30007 modificó el artículo 724 del Código Civil, por el cual ahora se considera dentro de los herederos forzosos o legitimarios o necesarios a los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, al cónyuge o, en su caso, al integrante sobreviviente de la unión de hecho.

ii. Tercio de libre disposición

Augusto Ferrero, al respecto, señala:

“Las cuotas de legítima y de libre disposición se nutren del mismo concepto: el patrimonio hereditario existente al momento de la apertura de la sucesión. Por ello, más que instituciones complementarias, son excluyentes, en el sentido de que en la misma porción que crece la primera, disminuye la segunda, y viceversa” (Ferrero, p. 232).

El artículo 725 del Código Civil debe entenderse con la modificatoria realizada por la Ley N.º 30007 al artículo 326 del Código Civil, que el que tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge o conviviente

(herederos forzosos), puede disponer libremente de manera testamentaria solamente hasta del tercio de sus bienes, lo que se denomina cuota de libre disposición.

Lohmann Luca de Tena al respecto indica:

“[...] lo máximo que el causante puede dejar a terceros (por donación o por legado) es un tercio de la cifra contable total, y que cualquier exceso de ese tercio tendrá que reducirse o ajustarse a pedido del o de los legitimarios afectados” (LOHMANN LUCA DE TENA, 2007, p.227)

iii. Libre disposición de la totalidad de bienes

El artículo 727 del Código Civil se comprende ahora que si el cónyuge o conviviente no tiene herederos forzosos (descendientes o cónyuge o conviviente o padres u otros ascendientes), puede disponer por testamento como mejor le parezca de la totalidad de sus bienes, ello por cuanto no existe legítima.

Lohmann Luca de Tena al respecto indica lo siguiente:

“No habiendo legítima, el testador puede disponer de todos sus bienes (rectius de todo su patrimonio) libremente a título de legado o de herencia (con la salvedad establecida en el artículo 771), designando como herederos o legatarios a quien desee; por los parientes que no tienen la categoría de herederos forzosos no tienen derecho a reclamar nada si testamentariamente el causante hubiese dispuesto de todo en favor de terceros no familiares, o solo en favor de algunos familiares y no de otros” (Lohmann Luca de Tena, p.227).

Augusto Ferrero señala:

“[...] quien tiene la libre disposición de todos sus bienes puede nombrar uno o varios herederos voluntarios. Empero, en ese caso, la parte que les toque a éstos en conjunto no puede ser inferior a la cuarta parte de la herencia (artículo 771). Es la figura que se conoce con el nombre de cuarta falcidia, [...]. A diferencia de la legítima, sobre esta parte de la herencia sí se pueden establecer condiciones, plazos, cargos y sustituciones, no siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 733 (Ferrero, p.242).

iv. Legítima de conviviente

Ahora, el artículo 730 del Código Civil debe aplicarse no solo al cónyuge a favor de quien se reconoce la legítima, sino también a favor del conviviente. En el primer supuesto, ello es independiente del derecho que le corresponde por concepto de gananciales al cónyuge proveniente de la liquidación de dicha sociedad, y en el segundo caso, ello es independiente del derecho que le corresponde al conviviente proveniente de la liquidación de la sociedad de bienes. Ello en tanto que se trata de dos derechos diferentes por su procedencia y su naturaleza jurídica, uno, referido a las gananciales establecido en los artículos 323 y 326 del Código Civil respectivamente, y otro, a la legítima conforme al artículo 723 del citado Código.

En esa misma línea de pensamiento, Lohmann Luca de Tena señala en relación al artículo 730 del Código Civil lo siguiente: “Esta regla tiene el claro propósito de reafirmación o precisión, si se puede decir así, para recalcar la independencia de dos derechos diferentes [...]”

(LOHMANN LUCA DE TENA, p.233), fórmula que según refiere Augusto Ferrero: “[...] ha sido recogida del sistema alemán [...]” (LOHMANN LUCA DE TENA, p.242).

Sobre el concepto de legítima, Fernández Arce señala:

“Es pars hereditatis y que es impuesta por la ley al testador. No está dentro del ámbito de la voluntad privada como la cuota de libre disposición. Por tanto, no se puede privar de este derecho a los herederos forzosos así como tampoco gravarla, ni imponerle modalidades ni disponer la sustitución porque esto solo es posible, si la institución de herederos forzosos fuera establecida por voluntad de aquél” (Fernández Arce, 2003, p.42).

v. Derecho de habitación vitalicia del conviviente supérstite

El artículo 731 del Código Civil reconoce ahora el derecho de habitación vitalicio no solo para el cónyuge supérstite, sino también a favor del conviviente supérstite, cuando concurriendo con otros herederos, resulta que su derecho por concepto de legítima y gananciales no alcanza el valor necesario para que le sea adjudicada la casa-habitación en que existió el hogar convivencial. Dicho conviviente puede optar por el derecho de habitación en forma vitalicia y gratuita sobre la referida casa. En este supuesto, los otros herederos no podrán partirla ni dividirla, ni venderla hasta que se extinga el derecho de habitación por muerte del conviviente sobreviviente, renuncia al derecho de habitación, se case o ingrese a otra unión de hecho.

Augusto Ferrero, al respecto, indica que:

“Este derecho le otorga al habitador la condición de usufructuario, significando ello que la transmisión a los demás herederos es en nuda propiedad. La nuda propiedad implica que el propietario no disfruta el dominio [...]. [...] pensamos que el derecho de habitación es un derecho iure *successionis*, es decir, a título hereditario. No obstante, es *pars bonorum* (derecho independiente a la herencia)” (Ferrero, p.256-257).

Este derecho de habitación recae sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales.

La diferencia de valor afectará la cuota de libre disposición del causante y, si fuere necesario, la reservada a los demás herederos en proporción a los derechos hereditarios de estos.

En su caso, los otros bienes se dividen entre los demás herederos, con exclusión del conviviente sobreviviente. Mientras esté afectado por los derechos de habitación, la casa-habitación tendrá la condición legal de patrimonio familiar.

Calderón Beltrán indica que este derecho:

“[...] tiene como razón de ser el establecer una protección especial a éste, permitiéndole acceder a un derecho adicional además de los que le son concedidos por su condición de heredero forzoso, en efecto, se protege al compañero sobreviviente de la aspiración o codicia de los herederos con los que concurre a la herencia, quienes muchas veces exigen la partición o subasta de todos los bienes del causante, incluyéndose al hogar conyugal, habitado por el cónyuge

supérstite o en nuestro caso al hogar convivencial, habitado por el concubino sobreviviente, dejándose a este último en el desamparo, el fin de la norma [...] es evitar estos actos de arbitrariedad, haciendo estéril cualquier pedido de división o partición que pretendan instaurar los herederos del causante sobre el que fuera el hogar conyugal o tratándose de uniones estables, sobre el que fuera el hogar convivencial”, (Calderón Beltrán, p.188) en similar sentido expresa Fernández Arce que el derecho de habitación: “Tiene fines asistenciales. Va dirigido a proteger a las familias de menores recursos económicos”² (CALDERÓN BELTRÁN, p.43).

vi. Derecho de usufructo del conviviente supérstite

En el mismo supuesto del artículo 731 del Código Civil, es decir, cuando el conviviente supérstite concurre con otros herederos y su derecho por concepto de legítima y gananciales no alcanzan el valor necesario para que le sea adjudicada la casa-habitación en que existió el hogar convivencial y no está en situación que le permita sostener los gastos de la casa-habitación, podrá, con autorización judicial, darla en arrendamiento, percibir para sí la renta y ejercer sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales los demás derechos inherentes al usufructo. Si se extingue el arrendamiento, el conviviente sobreviviente podrá readquirir a su sola voluntad el derecho de habitación a que se refiere el artículo 731 del Código Civil.

El maestro Ferrero Costa nos indica:

“Este beneficio puede ser excesivo y está ligado a la falta de límite en cuanto al valor del inmueble. En efecto, puede darse el caso de un inmueble de mucho valor cuyo mantenimiento requiera también de muchos gastos. De ser así, resultaría más injusto aunque el cónyuge (ahora también el conviviente) perciba la renta de un inmueble que excede las necesidades de la habitación” (Ferrero Costa, 2007, p.239).

Coincidimos con Calderón Beltrán cuando señala que: “el fin de la norma no sería otro que establecer un resguardo para el compañero sobreviviente necesitado, a fin de evitar que caiga en el desamparo”, (CALDERON BERTARAN, p.191-192) es decir, en palabras de Fernández Arce: “cumple una función económica de protección familiar”, (FERNANDES ARCE, p.579) quien a su vez nos señala que son requisitos para la constitución del derecho de habitación: “a. Muerte de uno de los cónyuges. [...] b. Pluralidad de sucesores. [...] c. Que el acervo sucesorio esté integrado al menos por un inmueble habitable. [...]d. Es necesario que el inmueble haya constituido el hogar conyugal al tiempo de la apertura de la sucesión. [...] e. Que el cónyuge sobreviviente no pueda adjudicarse en propiedad ese bien inmueble por no cubrir su valor la suma de su legítima y de sus gananciales, como le autoriza el art. 323 del Código Civil. [...] f. Que la viuda quiera optar por el ejercicio de este derecho que la ley le reconoce de modo personalísimo, temporal y gratuito” (FERNANDES ARCE, p.583-585)

Ahora, el artículo 730 del Código Civil debe aplicarse no solo al cónyuge a favor de quien se reconoce la legítima, sino también a favor del conviviente. En el primer supuesto, ello es independiente del derecho que le corresponde por concepto de gananciales al cónyuge proveniente de la liquidación de dicha sociedad y, en el segundo caso, ello es independiente del derecho que le corresponde al conviviente proveniente de la liquidación de la sociedad de bienes; ello en tanto que se trata de dos derechos diferentes por su procedencia y su naturaleza jurídica, uno, referido a las gananciales artículo 323 y 326 del Código Civil respectivamente, y otro, en la legítima conforme al artículo 723 del citado Código.

Mientras esté afectado por los derechos de usufructo, la casa-habitación tendrá la condición legal de patrimonio familiar, pero solo en cuanto a la inalienabilidad e inembargabilidad y no en lo referente a transmisibilidad; ello por cuanto el derecho de habitación y de usufructo, en su caso, es personalísimo y se extingue con la muerte. Si el conviviente sobreviviente contrae matrimonio, ingresa a una nueva unión de hecho o muere o renuncia al derecho de usufructo, este se extingue y queda expedita la partición del bien.

vii. Concurrencia del conviviente con descendientes

El artículo 822 del Código Civil indica que el cónyuge que concurre con hijos o con otros descendientes del causante (nietos, bisnietos y tataranietos), en este último caso habrá que contar cada uno de los troncos familiares de donde descienden, siendo que heredaran una parte igual a la de un hijo, por ello, este derecho antiguamente se le

llamaba hijuela. Este supuesto ahora se extiende al caso del conviviente supérstite, no interesa si los hijos que concurren con el cónyuge o conviviente supérstite son sus hijos o no. Esta norma corresponde ser concordada con el artículo 816 del Código Civil, que establece los órdenes sucesorios, cuando en su parte final indica que el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho conforme a la modificatoria realizada por el artículo 7 de la Ley N.º 30007, también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes, es decir, los hijos y demás descendientes o padres y demás ascendientes.

viii. Opción de usufructo del conviviente

De conformidad con el artículo 823 del Código Civil, ahora, en el caso de que el cónyuge o el conviviente supérstite concorra con los hijos o con otros descendientes del causante, pueden optar por continuar siendo heredero o heredera y, por lo tanto, realizar la división y partición de los bienes y derechos de la herencia o elegir por el usufructo de la tercera parte de la herencia. En este último caso, los otros sucesores se quedan con la propiedad de todo el patrimonio, pero no podrán partir o dividir hasta que se extinga el derecho de usufructo, salvo que hubiere obtenido los derechos de habitación vitalicia previsto en el artículo 731 o de usufructo del hogar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 732 del Código Civil.

En la medida que como hemos señalado se trata de dos derechos distintos, la legítima y el de los gananciales (matrimonio) y sociedad

de bienes (unión de hecho), la opción antes indicada no perjudica, ni implica renunciar a estos últimos derechos.

Ferrero Costa se pregunta:

“Cuando el cónyuge (ahora también el conviviente) opta por el usufructo, ¿se le considera heredero? Creemos [...] que no, pues al no recibir todos los derechos y obligaciones de la herencia sino solo el derecho de usufructo sobre todos y cada uno de los bienes de la misma, no resulta ser un sucesor a título universal. [...] el heredero será titular de la nuda propiedad, con la carga del usufructo. Y es que el usufructuario no sucede ni en los bienes ni en la persona, pues respecto a los primeros lo hace en un solo derecho de los mismos: el usufructo, y en relación a la segunda, lo hace en una situación jurídica distinta de ella. Al optar por el usufructo, [...] el cónyuge (reiteramos ahora también el conviviente) se encuentra con los descendientes del de cujus en una comunión incidental de goce, coexistiendo sobre los bienes hereditarios dos derechos desiguales de goce” (Ferrero Costa, p.433).

ix. Concurrencia del conviviente con ascendientes

Igual como sucede cuando el cónyuge o conviviente supérstite concurre con los hijos o con otros descendientes, cuando concurre con los padres o con otros ascendientes del causante, estos heredan una parte igual a la de uno de ellos según lo indica el artículo 824 del Código Civil.

El maestro Ferrero Costa critica la citada norma, pues: “[...] no encontramos lógico ni equitativo que cuando el cónyuge concurra

con dos padres, herede la tercera parte, y que cuando concurra con cuatro abuelos herede la quinta parte. Efectivamente, cuando más lejano es el parentesco de los ascendientes con el causante, menor debería ser la participación que les corresponda cuando concurran con el cónyuge (o con el conviviente), [...] El legislador ha optado por lo contrario”, (Ferrero Costa, p.436). Esto ocurre, porque a diferencia del tratamiento del supuesto en el cual el cónyuge o conviviente concurre con los descendientes, estos heredan por estirpes (troncos familiares), en el caso de concurrencia con los ascendientes, estos heredan por cabeza.

x. Sucesión exclusiva del conviviente:

Por último, si al abrirse la sucesión del causante no ha dejado descendientes ni ascendientes con derecho a heredar, la herencia corresponde al cónyuge sobreviviente, indica el artículo 825 del Código Civil, siendo que esta norma ahora le es aplicable también al caso del conviviente sobreviviente, excluyendo a todos los parientes del cuarto (hermanos del causante), quinto (tíos y sobrinos del causante) y sexto grado (sobrinos nietos, tíos abuelos y primos del causante) en línea colateral del causante, es decir, el cónyuge o el conviviente sobreviviente hereda todo el patrimonio del causante.

Ferrero Costa señala que esta norma es inútil, pues:

“No hace sino recalcar que el cónyuge excluye a los parientes colaterales, lo cual se desprende claramente del orden sucesorio que establece el artículo 816”, (Ferrero Costa, p.437).

2.2.5. La pluriparentalidad

Hoy, la cuestión del reconocimiento del padrastro o madrastra se inscribe en un marco más amplio, el de la pluriparentalidad (Le Gall, Bettahar, 2001), ya que las familias recompuestas no son las únicas en añadir "padres sociales" a los "padres por la sangre". Al ser el niño para las parejas un soporte identitario esencial, relaciones parentales con hijos cuyos padres no son los progenitores se comprueban en un número creciente de familias. Familias recompuestas, familias adoptivas, familias de acogida, familias recurriendo a las asistencias medicalizadas a la procreación (AMP), y también hoy en día familias homoparentales ponen en escena parentescos paralelos; lo que provoca numerosas cuestiones, nuestro sistema de filiación occidental siendo, por tradición, poco propenso a dar derechos a los parentescos adicionales. En nuestras sociedades en efecto, estamos emparentados de la misma manera con nuestro padre y con nuestra madre, y eso aparece como una evidencia para cualquiera. Con todo, los antropólogos nos mostraron que otras sociedades no tratan de manera igual los vínculos paternos y maternos. Muchas veces, sólo se considera a uno de los padres (filiación unilineal), como es el caso por ejemplo en los Nuer de Sudán (filiación patrilineal) o los Trobriandais (filiación matrilineal). Lo olvidamos a veces, pero nuestro sistema de filiación no es más que un "montaje" entre otros posibles. La "correspondencia" con las leyes de la genética nos incita a pensar que es biológicamente fundado, pero está incluido en la elección

cultural. La filiación es el reconocimiento público de un vínculo existente entre un individuo y uno o más de sus ascendientes. No se reduce pues a la dimensión biológica. Por otra parte, los "padres IAD" (Inseminación Artificial con Donante) nos aportan la prueba; son ellos los padres legítimos del hijo al que su mujer da a luz, mientras que no tienen ningún lazo de sangre con él. Es también el caso por lo que se refiere a los padres adoptivos. Sin embargo, la especificidad de nuestro sistema de filiación nos induce casi siempre a asimilar engendramiento y filiación. Y además del hecho de que la aristocracia haya sobrevalorado los lazos de sangre, en nuestro imaginario social, la sangre se percibió mucho tiempo como uno de los vectores esenciales de transmisión de caracteres particulares. Así se hablaba antes del "odio a las segundas nupcias" porque el papel de padre "social" en los casos de nuevo matrimonio después de viudez, se consideraba inmediatamente como sospechoso. No podía ser garantizado por los lazos de sangre, lo que ilustran nuestros cuentos de hadas. Por otra parte, dado que se proscribió la práctica de la adopción en la alta Edad Media (Goody, 1985) antes de volver al siglo XIX acerca de la adopción de adultos, luego al siglo XX acerca de los menores de edad, nuestras sociedades occidentales no tienen mucha experiencia en cuanto a la coparentalidad, excepto la del padrinazgo : pero se trata de una filiación espiritual, no enmarcada por el derecho, donde relación carnal y relación espiritual son distintas y jerarquizadas, y en

consecuencia no competitivas (Fine, 1994). Ya se percibe muy bien el problema.

Si la elección afectiva tiene cada vez más legalidad en el parentesco de hoy, nuestro sistema de filiación no es propenso a reconocer estas coparentalidades ya que, como lo escribe muy justamente A. Fine, basándose en los trabajos de F. - R. Ouellette (1998): "Este modelo no vehicula sólo la idea de que la filiación es un hecho de naturaleza. Se acompaña sobre todo de una norma, la de la exclusividad de la filiación, es decir que cada individuo se considera como hijo o hija sólo con respecto a un único hombre o a una única mujer" (2001: 73). Se plantea por lo tanto la cuestión siguiente: ¿Qué hacer con los padres "sobrantes"? Con la especificidad de nuestro sistema de filiación, ¿qué hacen en efecto nuestras sociedades cuando padres "sociales" se suman a los padres biológicos? Para ilustrarlo, escojamos el caso de familias que se constituyen recurriendo a las AMP, de familias adoptivas y de familias recompuestas. Las AMP con donaciones de gametos "ratificaron nuevos métodos de parentalidad 'plural'" (Delaisi de Parseval, 2001: 253). Así pues, al considerar sólo el caso de la IAD, posible en Francia desde la creación en 1973 de los Centros de estudio y conservación de esperma, una pareja casada o viviendo en concubinato desde hace dos años, y cuyo hombre es estéril, puede pedir que la mujer esté inseminada con el esperma de un donante anónimo. En cuanto esta operación, que se hace en el secreto, tuvo éxito, este hombre, cuya infertilidad o esterilidad se da por cierta, se

convierte en el padre oficialmente legítimo del hijo al que su esposa o concubina dio a luz, aunque no es el progenitor. Un tercero contribuyó por cierto al nacimiento de este niño. Pero debido a la ley conocida como de "bioética" del 29 de julio de 1994 que garantiza el anonimato del "donante", éste no tiene ninguna existencia legal. Puesto que se garantiza el anonimato del donante y que la operación se desarrolla en el mayor secreto, la IAD en Francia permite a estas parejas presentarse como los padres biológicos de este niño. Se elimina al progenitor, no es ni una persona. Ya que, a partir del siglo XX, un niño muy joven puede ser asumido por sus padres adoptivos como si se tratara de sus propios padres biológicos, el deseo de construir con él una "verdadera" relación va a manifestarse progresivamente, así como la voluntad de proteger a los padres sociales. La adopción plenaria, votada en 1966, viene a confirmar esta tendencia. El niño ya no tiene ningún vínculo con sus padres biológicos y éstos no pueden restablecer judicialmente su filiación original. Cambia de nombre, entra en otra descendencia y se supone que no conoce la identidad de sus progenitores. Como para la IAD, se trata también de eliminar a los progenitores para sentar un poco mejor la parentalidad social.

Las familias recompuestas después de un divorcio parecen, ellas, relativamente diferentes: en efecto, uno o incluso dos nuevos actores se agregan concretamente al reparto familiar. Si no recordamos más que el caso estadísticamente mayoritario, después de un divorcio, el hijo del primer matrimonio vive con su madre y un

padraastro y, en los fines de semana y vacaciones, con su padre, eventualmente con la nueva cónyuge de éste. Parece bien delicado en ese caso negar que se trate de una situación de pluriparentalidad, aunque ésta es más visible en el hogar donde vive el hijo.

Pero aún en este caso, la norma de la exclusividad prevalece: la ley sólo reconoce a los padres biológicos. Los padraastros, como lo vimos, no tienen en efecto ninguna existencia jurídica, incluso si asumen una función de tipo paternal. A los ojos de la ley, no son más que extranjeros para sus hijastros, incluso si desean legarles sus bienes. En resumen, que se trate de las familias que recurren a las AMP, de las familias adoptivas o de familias recompuestas, en nuestras sociedades, es el derecho, favoreciendo la lógica sustitutiva a la lógica adicional, el que dice "quiénes son los padres", en cuanto existen situaciones de pluriparentalidad. Sin embargo, la ficción jurídica no lo soluciona todo, y eso sobre todo si protege las filiaciones voluntarias (padres adoptivos, padres IAD), lo biológico constituye también a veces la referencia para establecer la filiación, como es el caso desde 1972 con la ley relativa a la investigación en paternidad. Así pues, unas veces domina el vínculo social, otras veces el lazo de sangre. De modo que subsiste una tensión entre la voluntad y la sangre.

SUB CAPITULO III: DERECHO CONCUBINATO

2.3. El concubinato en el Perú

No se disponen de datos concretos sobre la etapa pre-Inca. Las investigaciones no han podido llegar a determinar el régimen que imperó en las relaciones familiares. Sin embargo, es de suponer que el servinacuy se practicaba como una relación previa que asegure la aventura conyugal.

En el periodo incaico, prevalecía el matrimonio obligatorio, público y monogámico para la gente del pueblo. Sin embargo estuvo permitida la poligamia para los de la nobleza imperial. El Inca, con el fin de conservar la pureza de la sangre real, podía contraer matrimonio con su hermana, y aparte de ésta, podía mantener relaciones maritales con otras mujeres.

A pesar de esta organización rígida no puede dudarse que las uniones extramatrimoniales se practicaron en este periodo; relaciones que se conocen con el nombre de sirvinacuy, tinkunakuspa o servisiña.

Estas uniones extramatrimoniales toman diversas modalidades, según la relación en que se practiquen, pero en general todas ellas toman características de verdadera familia y se han conservado a través de nuestra Historia, existiendo actualmente con gran difusión en el elemento indígena.

Para el Dr. Jorge Basadre, el servinacuy, como con más generalidades se le llama, es “un tipo de unión sexual por el que los padres de una mujer aceptan que su hija salga del hogar paterno para ir con el que la pide, obligándose a recibirla con su prole y devolver todos los obsequios que hubiere hecho el pretendiente, en caso de no resultar conveniente la unión”.

El Dr. Mc Clean Estenos consideró que era “un matrimonio de prueba entre los aborígenes peruanos, institución prematrimonial, cuyo origen se remonta a épocas anteriores al incanato, profundamente arraigada en las costumbres aborígenes que han logrado sobrevivir al catequismo de la conquista y a tres siglos de coloniaje, manteniendo y aun robusteciendo sus signos en nuestra vida republicana”.

El Dr. José Encinas estudia el periodo de prueba, que no es uniforme; en algunas regiones tienen duración de tres meses, en otros dos años, en otras indefinida. Si la unión no llega a realizarse definitivamente, no caen bajo la sanción social, conservan su prestigio dentro de ella y generalmente contraen matrimonio; afirma además que es lícito, y en tal sentido no hay mujer que tema llegar a este estado.

El arraigo de esta costumbre llegó a tal punto que, en la época colonial, los mismos parientes de la mujer solían oponerse tenazmente al matrimonio de ésta si previamente no había el pantanacun con el pretendiente, y de que el marido miraba con

desprecio a la mujer a quien nadie había conocido ni querido antes de que se casase. Lo que explica la dificultad con que tropezaron los españoles en su intento, no logrado del modo de extirparla.

En definitiva tenemos que reconocer la existencia de la figura del concubinato dentro de la organización social del imperio incaico, bajo diferentes modalidades, según la clase social que la practicaba, así es que tenemos que mientras para el Inca fue poligamia ilimitada que llegaba hasta la incestuosa, para la clase más inferior a ésta, o sea la nobleza, ésta poligamia se caracterizaba por ser más restringida y para el pueblo completamente vedada, ya que solamente estaba facultado a ejercer la monogamia, con la singular particularidad de que tenía opción a la unión prematrimonial, cuál era el servinacuy, para después llegar, por una serie de ritos, al vínculo matrimonial.

En la época colonial la cultura inmigrante se impone y trata de adaptar sus instituciones a la realidad peruana. Por eso, se considera que la cultura llegada al Perú en el siglo XVI, encontró usos y costumbres condenados y combatidos por la religión cristiana por lo que se desató una tenaz lucha por suprimir el sirvinacuy, las disposiciones legales impartidas por la colonia y las impartidas por las constituciones sinodales del Arzobispado de los Reyes lo combaten duramente. Asimismo, hubo disposiciones virreynales prohibidas, como las de Toledo, que prescribían: “por cuanto hay costumbres entre los indígenas casi generalmente de no casarse sin primero conocido, tratado y conservado durante algún tiempo y

hecho vida maritable entre sí, ordenó que se quite a los indígenas esa nociva y perniciosa costumbre so pena de cincuenta azotes”.

En la época republicana nuestra legislación elaborada según modelos de avanzadas legislaciones extranjeras, fundamentalmente la francesa, ignoró las relaciones concubinarias, no obstante que éstas adquirieron durante esta época innegable difusión.

Hasta la promulgación del Código Civil de 1852, con relación al concubinato, sólo se dictan algunos dispositivos de carácter penal, pero por razones obvias. Así el Código Penal de 1863 castigó al hombre casado que tuviese concubina, así como a ésta; pero el concubinato entre solteros no se calificó como delito a tenor del artículo 265. El Código Penal de 1924 en su Sección IV, Delitos contra la Familia, Título I, Adulterio y artículo 212, también castiga al cónyuge adúltero y a su cómplice.

El Código Civil de 1936 no ignora la existencia del concubinato, al que le reconoce algunos efectos.

Según la Dr. Yolanda Vásquez García (1998), “sentado que el concubinato no es sólo un fenómeno histórico, sino un hecho vigente 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 condiga con la justicia y el interés social, o si, ante sus consecuencias, es preferible que lo ignore como hace la mayoría de las legislaciones”.

En nuestro ordenamiento jurídico el concubinato está contemplado en la Constitución Política del Perú, no ha podido obviar un fenómeno muy arraigado en la población peruana como son las uniones de hecho, y más bien le ha dado un tratamiento por doble: lo ha reconocido y ha creado un régimen patrimonial muy sui géneris, la sociedad concubinaria de bienes.

A nivel constitucional, el reconocimiento de bienes se encuentra en el Artículo 5º: “la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable...”. Como se observa, dicho enunciado comprende al concubinato en sentido estricto y no extiende su reconocimiento al concubinato amplio o genérico. La razón es muy simple: ampliar el reconocimiento a uniones que tienen un impedimento matrimonial sería un absurdo que el derecho se descalifique así mismo.

El Código Civil trata el concubinato en el artículo 326, el concubinato strictu sensu ha quedado diseñado bajo las siguientes características:

- a.** Debe ser unión sexual libre y voluntaria entre un varón y una mujer.
- b.** Debe ser una unión de alcance, fines y cumpla deberes semejantes al matrimonio (hacer vida común, fidelidad y asistencia recíproca)
- c.** Debe estar libre de impedimento matrimonial.

- d. Debe tener, por lo menos dos años continuos de convivencia.
- e. Puede probarse la posesión constante del concubinato con cualquiera de los medios admitido por la ley procesal siempre que exista un principio de prueba escrita.
- f. Puede terminar por muerte, ausencia mutuo acuerdo o decisión unilateral.
- g. En caso de fenecimiento por decisión unilateral, el concubino abandonado puede solicitar judicialmente un derecho excluyente, puede ser: a) una cantidad de dinero por concepto de indemnización, o b) una pensión alimenticia.

Otro aspecto que fluye en relación al fenecimiento de la relación concubinaria, es la inexistencia de la vocación sucesoria del conviviente supérstite. En artículo 818 del Código Civil ha tenido el acierto de normar que todos los hijos tienen iguales derechos sucesorios respecto a sus padres. Sin embargo, 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 al “cónyuge”, deja de lado y margina al “conviviente”.

Como ya lo ha destacado el Dr. Víctor Pérez Vargas, en su libro “Hacia la Tutela del Matrimonio de hecho”, libro homenaje a Rómulo Lanatta; pág. 370, dice: “no hay efectos sucesorios para las uniones de hecho, ni siquiera aquellas entre varón y mujer, con capacidad de

actuar para contraer matrimonio y legitimación para celebrarlo, constituidas voluntariamente, haciendo vida en común en forma pública, continua y singular por un largo tiempo. Es cierto que la normativa civil otorga amparo a la compañera o conviviente para una justa distribución de los bienes adquiridos con el esfuerzo conjunto y además alternativamente una indemnización al concubino inocente o un acuerdo judicial de derecho alimentario; empero, no concede derechos hereditarios a la compañera supérstite. Siendo una relación estrictu sensu, debe legislarse dicho vacío y garantizársele al conviviente que sobrevive una vocación sucesoria equitativa a la sucesión del cónyuge. Después de todo, como muy bien afirma el Dr. Pérez Vargas, 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 de unirse se manifiesta diversamente, precisamente por medio del comportamiento continuado de los mismos convivientes”.

2.3.1. Tipos de concubinato

Se distinguen en las siguientes clasificaciones:

Según los elementos que integran la unión: en atención al número y calidad de los elementos que concurren a la formación de la unión, ésta puede devenir en:

- a) Concubinato perfecto.-** Se refiere a la unión de un hombre y una mujer que mantienen relaciones sexuales guardándose fidelidad y

compartiendo una vida en común, sin haberse sometido a las formalidades prescritas por la ley para la celebración del matrimonio. Sus elementos son: la unión entre un hombre y una mujer; la comunidad de lecho, la comunidad de vida bajo el mismo techo; una cierta obligación de fidelidad, a lo menos de la mujer; la notoriedad de la comunidad de vida y la ausencia de las formalidades prescritas para el matrimonio.

b) Concubinato notorio.- Es la unión de un hombre y una mujer que mantienen relaciones sexuales guardándose fidelidad y comparten notoriamente una comunidad de vida, sin haberse sometido a las formalidades prescritas por la ley para la celebración del matrimonio.

Los elementos de esta forma de concubinato son casi los mismos que las del concubinato perfecto. La diferencia muy sutil radica en un elemento que es *la comunidad de habitación*. Este elemento, según el autor Pinto Rogers, tiene importancia cuando se consideran las relaciones de los concubinos con terceros, en los casos de nacimiento de obligaciones contraídas por la concubina o cuando se demanda la indemnización de perjuicios, por la muerte de uno de los concubinos imputable a un tercero.

Para que opere la presunción de paternidad, basta que haya habido comunidad de lecho, condición sine qua non del concubinato notorio, es decir, la existencia de relaciones sexuales durante el periodo legal de la concepción y la fidelidad de la mujer.

Es necesario que el concubinato sea notorio, público; que los concubinos mantengan un estado aparente de cónyuges matrimoniales. Y se insiste en esta idea, como lo menciona el autor **Josserand**, citado por Carlos Betacourt Jaramillo en su libro “ El Régimen Legal de los Concubinos en Colombia” - 1942, “ya que el falso matrimonio debe vivir maritalmente, o a lo menos, que por la fama, el trato y el nombre se reputa posesión notoria de ese estado; posesión notoria que se traduce en el convencimiento de la generalidad de que esas personas viven como marido y mujer, y en el trato que el concubino da a su compañera, considerándola en todo, no como una simple ‘pareja’, sino con la consideración de una esposa, y todo lo anterior reforzándose por una común vivienda”.

c) El concubinato imperfecto o simple concubinato.- Ésta es la unión más o menos estable de un hombre y una mujer que mantienen relaciones sexuales, sin someterse a las formalidades del concubinato perfecto; y es precisamente esta la concepción etimológica del concubinato o unión libre, “concubere”. No es, pues, indispensable la comunidad de habitación o de vida. No se precisa la notoriedad, ni la fidelidad que se deben guardar entre sí los amancebados, ni la posibilidad de poderse casar entre sí.

En suma, no es indispensable esa estabilidad prolongada en el tiempo que contribuye o hace nacer ese ánimo de asociación o de trabajo común.

Es más bien esa comunidad afectiva que mira única y exclusivamente a la mutua satisfacción del apetito sexual.

Esta modalidad, casi ningún efecto jurídico debe producir.

Según el autor **Pinto Rogers**, *“el concubinato simple, es la unión de un hombre y una mujer que mantienen relaciones sexuales sin someterse a las formalidades del matrimonio”*.

2.3.2. Otros autores consideran los siguientes tipos:

a) Concubinato regular.- Aquel que no está abiertamente contra la ley. La posibilidad de poderse casar entre si los concubinos, que en tal estado viven y en el consenso general que los reputa como casados, configura así una especie de estado civil, ya sea por legitimar a los hijos nacidos durante esa unión o por reparar el daño moral causado a la mujer, este no es más que un periodo preparatorio.

b) Concubinato irregular.- Aquí se encuentra una violación clara de la ley, para aquellas uniones de seres de un mismo sexo que viven como marido y mujer o para aquellos que estando uno de ellos unidos por un matrimonio legítimo, sostienen una unión de hecho con tercera persona; o la unión más o menos estable o permanente entre dos personas que no podían estar casadas entre sí, bien por cuestiones de parentesco, o por algún otro impedimento de carácter legal.

2.3.3. Requisitos del concubinato o unión de hecho en sentido restringido

a) **Cohabitación, Comunidad de vida y de Lecho.-** Este es el requisito que distingue de manera preponderante las uniones concubinarias de cualquier otro tipo de unión casual, eventual u ocasional.

Los sujetos no deben carecer de un domicilio común, ya que esto imposibilitaría sostener, mantener una relación concubinaria para que se produzcan los diversos efectos que pueden invocarse en el ámbito legal. (Bossert, 2003)

Se rechaza la consideración que realizan algunos autores de que no es necesaria la cohabitación, pues según afirman, puede haber distinta residencia de los sujetos, y sin embargo una vida en común. El criterio del concubinato en sentido restringido es que la comunidad de vida debe ser integral, no puede darse sin cohabitación. Faltando este requisito la relación puede convertirse en ocasional y no causar efectos jurídicos.

Por lo tanto la cohabitación implica la comunidad de vida; es decir, posibilita que la pareja, en mayor o menor medida, comparta la vida en todos esos aspectos que determinan situaciones que exigen consideración y solución por parte del derecho.

El autor **Carlos Ameglio Arzeno** menciona, en su libro *“El Régimen Jurídico del Concubinato” – 1940*, que *“el hablar de comunidad de vida no implica que deban compartir lo que hacen en sus actividades*

individuales (sus profesiones), pero sí lo que atañe a ese aspecto íntimo que, en el ámbito matrimonial, es común a los cónyuges.

Tanta importancia tiene la cohabitación como elemento determinante, que al discutirse en Francia la ley sancionada el 16 de noviembre de 1912, que inauguró la época de marcada atención al concubinato por parte del derecho francés, en el Senado se propuso sustituir la denominación de ‘concubinato notorio’ por la de ‘cohabitación notoria’, lo cual no prosperó porque se advirtió que ‘concubinato’ implica también comunidad de lecho, que puede no existir entre personas que simplemente cohabitan’.

De manera que la ya mencionada cohabitación debe conllevar la comunidad de lecho; es decir, la existencia entre los sujetos de relaciones sexuales o, al menos, la apariencia de ellas, dado el modo íntimo en que comparten la vida.

El significado de “comunidad de lecho” debe reducirse estrictamente a lo enunciado; es decir, la cohabitación de los concubinos implicará que ellos mantienen relaciones sexuales o aparentan mantenerlas, sin perjuicio de que en los hechos éstas hayan cesado entre ellos.

La relación sexual es un elemento que está presente en un matrimonio normalmente constituido. Y de la semejanza que con el matrimonio, considerada la figura en su normalidad, presenta el concubinato, es de donde éste obtiene, en gran parte, su trascendencia jurídica.

b) Notoriedad.- La unión del hombre y la mujer consistente en una comunidad de lecho, de habitación y de vida, debe ser susceptible de público conocimiento; es decir, no debe ser ocultada por los sujetos. Si así lo fuera, mal podría hablarse de una apariencia de estado matrimonial.

La carencia de este requisito incidirá en el plano de los efectos que interesan a terceros, así por ejemplo, la situación de los proveedores del hogar común, que no podrían invocar la apariencia de estado matrimonial.

c) Singularidad.- Ciertos autores, al ensayar la determinación de los elementos que integran el concepto de concubinato, incluyen referencias a la conducta honesta o fiel, principalmente de la mujer, y hay quienes la extienden también al concubino. Veamos algunas de las opiniones. Según el autor **López Del Carril** en su libro “Derecho y obligación alimentaria” – 1981, *“la unión de personas libres” ha de reunir, entre otros, los siguientes caracteres: “Fidelidad recíproca, vivir en condiciones de moralidad suficiente, honestidad en la mujer... Exclusión de toda otra unión y/o concubinato”.*

Por su parte el autor **Osorio y Gallardo (1943)** exige, al configurar el concubinato, *“que la mujer sea honesta”.*

Asimismo, **Pinto Rogers** en su libro “El Concubinato y sus efectos jurídicos”, incluye, como carácter definitivo, *“una aparente fidelidad de la mujer”.*

Se prefiere decir que entre los elementos constitutivos del concubinato tiene que figurar la singularidad.

Este concepto implica que la totalidad de los elementos constituyen al concubinato y este debe darse solamente entre dos sujetos; pero no destruye la singularidad por el hecho de que alguno de dichos elementos se dé entre uno de los concubinos y otro sujeto, en la medida en que ello resulte posible. Por ejemplo la singularidad no se destruye, si el concubino mantiene momentáneamente una relación sexual con otra mujer, o si la concubina le es infiel, en un momento dado, al concubino; hecho que claro está no debe ocurrir, pues los sujetos deben guardar cierto grado de fidelidad a sus parejas.

Tiene gran importancia este aspecto, pues si bastara la sola circunstancia de darse uno de los elementos fuera de la pareja para destruir el concubinato, sería suficiente apuntar un hecho aislado para demostrar su inexistencia; y de ese modo los sujetos o los terceros podrían utilizar una circunstancia

ajena al contenido general del vínculo, para evitar los efectos que el derecho, por vía jurisprudencial o legislativamente, establece o podría establecer, como consecuencia de una relación que reviste importancia, no sólo por su tiempo de duración, sino también por la significación de los elementos que reúne.

En cambio, no es posible hablar de existencia de concubinato, con su nota definitoria de apariencia de estado matrimonial, cuando no existe una apariencia, al menos, de fidelidad entre los sujetos,

trasuntada en ser exclusiva y singular, la relación entre ellos; cuando el hombre, por ejemplo, mantiene cohabitación ciertos días con una mujer, en forma espaciada, en tanto sostiene relaciones con otras mujeres, con la misma notoriedad que con aquélla.

Se trata allí de relaciones sexuales pasajeras, aunque resulten recurrentes, que no llegan a componer la comunidad de vida que da apariencia de estado matrimonial y define la nota típica de un concubinato nítidamente establecido. (Pág. 140)

d) Permanencia y Estabilidad.- Según el autor **Ramiro Fernández Moris** en su libro “Equiparación del concubinato al matrimonio civil”, la relación de los concubinos no puede ser momentánea, ni accidental. Debe ser duradera. A tal punto que, faltando esta modalidad, resultarían inaplicables la casi totalidad de los efectos que cabe adjudicar al concubinato.

Pero así como en el matrimonio hay alejamientos momentáneos de los cónyuges, también en el concubinato puede haber breves rupturas, momentáneas separaciones seguidas de pronta reconciliación, sin que ello afecte el carácter de permanencia que la relación presente.

En cuanto a cuál podría ser el término para que se constituya perfectamente el concubinato y se den plenamente sus efectos en cuestión de derechos hereditarios, es cuestión de realizar un estudio, cuya índole no sería sólo jurídica.

Deben tenerse en cuenta aspectos concernientes a los afectivos; a la convicción que, en determinado momento, surge en los sujetos que comienzan a sentirse íntegramente una pareja, de que no es sólo una unión caprichosa, accidental, o fruto exclusivo de un deseo sexual más o menos prolongado, sino que también tiene su mundo propio, su esfera íntima y algún destino común.

- e) **Monogamia.**- Esta característica trata de una nota de fidelidad, tanto del hombre como de la mujer y no sólo de ella, como equivocadamente precisa el autor **Emilio Valverde**, al momento de definir el concubinato como “... *convivencia habitual, es decir continua y permanente, desenvuelta de modo ostensible con la nota de honestidad o fidelidad de la mujer*”. (Valverde, 1942)

El autor **Ángel Osorio** dice: “*El concubinato, es la vida marital del hombre y la mujer sin estar casados. Tendrá el carácter de institución jurídica y darán origen a obligaciones naturales, siempre que reúna la condición que la mujer sea honesta*”. (Osorio, 1943)

Según el autor **González Montolivo**, el concubinato es “...*la vida sexual organizada de una pareja que ha hecho de la fidelidad la norma de su vida, lo que caracteriza esta unión de personas aptas para el matrimonio.*”

Añade “... *cuando hablo de concubinato, entiendo por tal la unión de un hombre y una mujer que cohabitan con fines idénticos a los del matrimonio y sin que tengan impedimentos que les hiciera imposible contraer matrimonio entre sí*”.

f) Ausencia de Impedimentos Matrimoniales.- Podría decirse que es el último de los requisitos exigidos. Así lo exige el texto constitucional cuando precisa que el varón y la mujer deben ser “libres de impedimento matrimonial”. Esta situación ha determinado que distinga entre unión de hecho propio, aquella en la que no media ningún tipo de impedimento matrimonial entre la pareja y la unión de hecho impropia, aquella en la que si existe impedimento matrimonial.

Según la Enciclopedia Jurídica Omeba: *“el concubinato requiere para configurarse, la habilidad para contraer matrimonio, sin incurrir en “violación de la ley” e incluso “...que implícitamente dicho... deben mediar la actitud sexual necesaria y la libertad o la ausencia de cualquier impedimento que comprometiese la viabilidad del matrimonio”.*

Bossert (2003), afirma que en apoyo a la necesidad de ausencia de dichos impedimentos, sería posible sostener los siguientes argumentos:

- Los impedimentos han sido impuestos por la ley teniendo en cuenta no sólo el interés individual de los contrayentes, sino también el interés del grupo social.

Entonces, si el derecho llegara a receptar con más amplitud la unión concubinaria, debería partir de la premisa de que al reconocerla (al menos, parcialmente) y establecer sus efectos no puede dejar de resguardar los intereses que los impedimentos matrimoniales tutelan.

- En los precedentes históricos romano y canónico, la ausencia de impedimentos matrimoniales era un requisito necesario para la constitución del concubinato.

Esta característica quiere decir que los concubinos no deben tener obstáculos para poder contraer matrimonio en cualquier momento de su relación concubinaria.

Cornejo Chávez (1999), nos menciona que los impedimentos han sido objeto de muy diversas clasificaciones, aunque algunas de éstas pertenecen más al Derecho histórico que al vigente. Se puede mencionar entre la mayor importancia los siguientes:

- *Atendiendo a su extensión.*- Los impedimentos pueden ser absolutos, que entrañan la prohibición de contraer matrimonio con toda persona (a esta clase pertenecen los que señalan en los artículos 241º, 243º incisos 2 y 3, y 244º del Código Civil); y relativos, que implican la prohibición de casarse con determinadas personas (tales como los que indican los artículos 242º y 243º inciso 1 del Código Civil).
- *En atención a sus efectos.*- existen impedimentos que prohíben la celebración del matrimonio y lo dilatan hasta el momento de su remoción, pero cuya contravención no invalida el casamiento y sólo lo vuelve ilícito (impedimenta impediante o prohibentia); e impedimentos cuya infracción origina invalidez del matrimonio (impedimenta dirimencia).

- *Atendiendo a su duración.*- Aquí hay impedimenta temporánea (como el de la minoridad) e impedimenta perpetúa (como el de la consanguinidad).
- *Por su eficacia.*- Los impedimentos pueden ser *juris privati* (como el error), que surten efectos solamente cuando las partes los invocan; y *juris publuci*, cuando pueden originar de oficio la invalidez del matrimonio.

Acopiando esto se puede decir que para que se configure el concubinato deben de concurrir: una comunidad marital de hecho, continua y permanente, notoria y pública, monogámica, entre personas aptas para contraer matrimonio entre sí.

2.3.4. La prueba de la existencia de la unión de hecho

Un problema fundamental sobre las uniones de hecho es el relativo a la prueba de su existencia. Se debe precisar que ella no va a constar en un título de estado de familia, coma son las partidas del Registro del Estado Civil. Esto es así, por tratarse de un estado de familia de hecho.

La prueba de la existencia de la unión de hecho se constituye en una cuestión necesaria para reclamar los efectos legales reconocidos. Sobre este punto, se debe distinguir la oportunidad de su demostración en un proceso, según que se trate de los efectos entre los convivientes o frente a terceros. Así y respecto de los efectos personales que se reclamen entre los convivientes, como serían

requerir alimentos o una indemnización en caso de terminar la unión de hecho por decisión unilateral de uno de ellos, la prueba de la existencia de la unión de hecho puede actuarse dentro del mismo proceso en que se ejerciten tales pretensiones; no requiriéndose su previo reconocimiento judicial. Esta apreciación se sustenta en la naturaleza de las pretensiones que se reclaman, las que exigen una pronta atención. (Placido, 2002)

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

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

La posesión constante de estado de convivientes puede acreditarse por cualquier medio probatorio admitido en la ley procesal; requiriendo el Código Civil, la concurrencia de un principio de prueba escrita. Esta última exigencia resulta excesiva si se considera la dificultad de contar con documentos escritos, en una relación familiar que se caracteriza por la oralidad o por la simple concurrencia de circunstancias de comportamiento que revelen su existencia; siendo, precisamente, la prueba testimonial que asume mayor relevancia en asuntos de derecho de familia.

2.3.5. Naturaleza jurídica del concubinato o unión de hecho

Principios de la constitución política del Perú

Placido (2002), propone los principios relativos a la familia contenidos en la Constitución Política del Perú, son los siguientes:

- a) El Principio de Protección de la Familia:** sin contener una definición de la familia, pero señalando su concepción esencial y la base en que se apoya, en el artículo 4 de la Constitución Política de nuestro País se precisa que la Comunidad y el Estado protegen a la familia, reconociéndola como un instituto natural y fundamental de la sociedad. De otra parte y toda vez que no se hace referencia expresa a determinada base de constitución, se evidencia que se protege a un solo tipo de familia, sin importar que sea de origen matrimonial o extramatrimonial. La familia es una sola, sin considerar su base de constitución legal o de hecho.

b) El Principio De Amparo De Las Uniones De Hecho: este principio sustenta de que la unión voluntaria realizada y mantenida por un varón y una mujer, sin impedimento matrimonial, produce determinados efectos personales y patrimoniales reconocidos en la ley y que son similares a los del matrimonio. La tesis de la apariencia al estado matrimonial, que sigue nuestro ordenamiento jurídico, se aprecia claramente cuando en el artículo 326 del Código Civil se señala que con la unión de hecho se persigue “alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio”.

b.1. Tesis de la Apariencia al Estado Matrimonial:

El principio de amparo a las uniones de hecho, recogido inicialmente en el artículo 9 de la Constitución Política del Perú de 1979 y contemplado actualmente en el artículo 5 de la Constitución de 1993, sustenta la regla de que la unión voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, sin impedimento matrimonial, produce determinados efectos, personales y patrimoniales, reconocidos en la ley y que son similares a los del matrimonio. La tesis de la apariencia al estado matrimonial, que sigue nuestro ordenamiento jurídico, está admitida también en el artículo 326 del Código Civil cuando señala que con la unión de hecho se persigue “alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio”. Se comprueba, por tanto, que no hemos adoptado en el Perú la teoría de la equiparación al estado matrimonial, según la cual la unión de hecho produce los mismos efectos que el matrimonio.

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

Con ello, no se aprueba ni fomenta la unión de hecho; pero, tampoco, se cierran los ojos ante hechos sociales muy generalizados, que hay que procurar causen los menores daños posibles.

Surgiendo de la unión de hecho una familia, ésta merece la protección que confiere el ordenamiento jurídico a dicha institución, sin desconocer que el estado promociona el matrimonio como su base de constitución, pero dejando a los sujetos, por tener libertad, la decisión de optar por cualquiera de las uniones, legal o de hecho.

Por tanto, se justifica que excepcionalmente se reconozca a la unión de hecho como productora de determinados y exclusivos efectos personales y patrimoniales.

b.2. El Estado Aparente de Familia Frente a Terceros:

Más allá de la validez de un acto, en razón de la presencia de los elementos que deben integrarlo, se encuentra un campo en el que los actos de los hombres pueden alcanzar validez jurídica, aun no habiendo reunido dichos elementos, en virtud de la apariencia que presentan, y que llevan a suponer, en términos de buena fe, que los elementos y requisitos indispensables al acto se hallaban reunidos.

De ese modo se desarrolla la noción de derecho aparente. (Bossert, 2002)

Fueron los glosadores quienes formularon la máxima de que “el error común hace derecho” (error communis facit ius), afirmando que la habían hallado en el Digesto, Libro 1, Título 14, Ley 3.

De ese modo, tras una larga evolución, se ha perfilado esta teoría de la apariencia, en virtud de la cual, cuando existe de buena fe la creencia en la existencia de un derecho o una situación jurídica, se reconocen efectos como si ese derecho existiera, o fuera cierta la situación jurídica aparente.

La apariencia implica un error que debe haber sido común. Desde luego, no cabe exigir que todo el mundo se hubiera engañado efectivamente, basta con que cada cual se hubiera podido engañar, siendo imposible o en todo caso muy difícil, no engañarse, dada la situación de hecho, tal como lo menciona el autor **Rosso** en su Reporte “ Apuntes acerca de la apariencia Jurídica “, Revista Jurídica de San Isidro” N° 15.

Díaz de Guijarro (1955), afirma de manera que aplicando estas nociones generales concernientes al derecho aparente al tema concreto, mientras sea notoria y estable, provoca una apariencia de estado matrimonial que implica en sí misma un valor jurídico, incidirá, en ciertos aspectos sobre los negociaciones de los concubinos con los terceros, acarreando efectos similares a los que

provocaría la existencia de la situación jurídica del matrimonio, de la que sólo hay apariencia. (D Antonio, 1979)

El Estado mediante el Principio de Promoción del Matrimonio a diferencia de lo dispuesto por la Constitución de 1979 que sentaba el principio de protección del matrimonio, por lo que se sostenía que la familia que se protegía era la de base matrimonial, la Constitución actual, ha precisado, en el segundo párrafo del artículo 4, que el principio es de *promoción* del matrimonio; lo cual confirma lo indicado respecto a que en el sistema constitucional la familia es una sola, sin considerar su origen legal o de hecho. Este principio importa el fomentar la celebración del matrimonio y el propiciar la conservación del vínculo si fuera celebrado con algún vicio susceptible de convalidación.

2.3.6. La familia

El Derecho de familia ha merecido en el Código Civil el tratamiento que corresponde a una institución básica de la sociedad. Su concepción es humanista y está impregnado de normas inspiradas en un denominador común: el tutelaje de lo que constituye, en palabras del autor **Dr. Héctor Cornejo Chávez (1999)**, “... *la célula primaria y vital de la sociedad como la ha llamado Juan Pablo II*”, y agrega: “*la familia “... “no es exclusiva ni principalmente un fenómeno jurídico – legal. No lo es por su génesis, no es una creación del Derecho ni de la ley, que sólo la regulan, sino obra de la naturaleza humana; y se dirige a satisfacer necesidades y exigencias inherentes a la persona como ser individual y social. No*

lo es por su estructura, ni por su funcionalismo, que responden además a exigencias y dinámicas metajurídicas”.

El valor de la institución familiar está universalmente reconocido y, según el artículo 163º de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, *“la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del estado”.*

Un aspecto que debe rescatarse es el relativo a los grandes cambios introducidos por la Constitución Política del Perú en el área familiar. El Código, los recoge y desarrolla con amplitud y acierto técnico y así sucede con el trato igualitario de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, la supresión de la supremacía del varón sobre la mujer dentro del hogar, el patrimonio familiar inalienable y la aplicación del régimen de gananciales para las uniones de hecho. El autor César Landa Arroyo en su libro “La Familia en el Derecho Peruano”, libro homenaje a Héctor Cornejo Chávez (pág. 130), sostiene que *“el modelo constitucional peruano implica recuperar, como objetivo fundamental de la comunidad jurídica y política: al hombre, como individuo y ser social; en el que se manifiesta con claridad el compromiso que asume el Estado con el desarrollo de las condiciones de libertad e igualdad del mundo de vida personal y familiar. En adelante, el hombre y su familia vive en el Estado y del Estado, trasladando a este ente moral colectivo la exigencia de seguridad y la garantía de su existencia social, a las que no pueden hacer frente desde un ámbito estrictamente individual antihumanista,*

que además abandona al hombre a merced de la inestabilidad y desigualdad del sistema económico y social predominante”.

Podemos conceptualizar a la familia como una agrupación humana básica e institución social permanente y natural, conformada por un conjunto de personas, unidas íntimamente por vínculos de sangre o por vínculos jurídicos, provenientes de relaciones intersexuales, de filiación, y que se sujetan a una conducta y convivencia en un mismo domicilio.

La familia usualmente puede comprenderse tanto como el grupo primario y celular denominado también familia particular, “pequeña familia”, “familia nuclear” o “familia conyugal”, a la cual se prefiere llamar familia institución, como asimismo el grupo compuesto por individuos que reconocen un vínculo parental, denominado “gran familia” o familia parentesco. (Méndez: 18-21)

- *En sentido amplio*, la familia es el conjunto personas unidas por vínculos de matrimonio, parentesco o de afinidad.
- *En sentido restringido*, la familia puede ser comprendida como el conjunto de personas que se hallan unidas por el matrimonio, la filiación o la adopción, o como el conjunto de personas que viven bajo el mismo techo. Bajo la dirección y los recursos de un jefe de la casa.

Nuestro Derecho positivo toma el vocablo en su sentido restringido, porque en nuestro ordenamiento jurídico la familia es un conjunto de personas unidas por los vínculos parentales de consanguinidad o afinidad.

SUB CAPITULO IV: LEGISLACIÓN COMPARADA

2.4. Derechos sucesorios en el derecho internacional privado

El estudio de la relación privada internacional en materia sucesoria, es uno de los más complejos, esto debido a la regulación variada en los ordenamientos internacionales (*Diversidad Reglamentaria*) y/o la tradición histórica.

Dentro de ellos se encuentra el **Sistema de Unidad Sucesoria** el cual parte del principio de que la herencia es una universalidad patrimonial que tiene como lazo de unión la persona del causante y está regida por la ley personal que puede ser para algunos países la ley del último domicilio del causante, mientras que otros la someten a la ley nacional del *de cojus* (*Ley del causante – Ley del fallecido*)

Otros de los sistemas es el **Sistema de Pluralidad Sucesoria**, el cual atiende principalmente al elemento de carácter real en el fenómeno hereditario, abogando por la aplicación de la ley del Estado donde los bienes estén situados. Este sistema es seguido por el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo en sus Art. 44 y 45.

Por último existe el **Sistema Mixto**, que divide la sucesión atendiendo a la naturaleza de los bienes, aplicando la ley territorial a los bienes inmuebles y la ley del domicilio del causante a los bienes muebles

2.4.1. El convenio de la haya sobre la ley aplicable a las sucesiones de 1989

El 1º de Agosto de 1989 en el Marco de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya, se promulgo el Convenio sobre la Ley aplicable a la sucesión mortis causa, el cual tenía como objetivo de alcanzar una solución unitaria a nivel internacional al tema sucesorio.

Los principios de solución que rigen en esta materia son los siguientes:

- *Unidad se Sucesión, la cual está regida por una sola ley, independientemente de la naturaleza mobiliaria o inmobiliaria de los bienes que conforman la masa hereditaria*
- *La Posibilidad de que el causante en base a la autonomía privada designe la ley del Estado de su nacionalidad o de su residencia habitual al tiempo de la designación o de su fallecimiento para regir su sucesión.*
- *Como Ley Subsidiaria (en el caso de ausencia de elección), se somete la sucesión a la residencia habitual del causante si coincide con la de su nacionalidad, o en el caso de que allí residiese después de 05 años por lo menos.*

En lo que respecta al ámbito de aplicación del Convenio, este solo opera en lo que respecta al conflicto de leyes, mas no en el conflicto de jurisdicciones ni en el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras sobre cuestiones sucesorias.

2.4.2. Clases de sucesión en el derecho comparado

Para el Derecho Interno, la sucesión puede ser testamentaria o intestada, por tanto la sucesión contractual se encuentra expresamente prohibida en nuestra legislación, de conformidad con:

Artículo 678 del C.C.- *No hay aceptación ni renuncia de herencia futura*

Artículo 1405 del C.C.- *Es nulo todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora*

En otros ordenamientos de corte germánico existe una tercera posibilidad que son los pactos sucesorios o sucesión contractual, que es aquella en que la voluntad del ordenante queda vinculada a otra voluntad.

Por tanto de acuerdo a nuestra legislación interna solo se admite la sucesión testamentaria y la intestada, no siendo aplicable la sucesión contractual por ser contraria a nuestros principios éticos y jurídicos además de atentar contra uno de los principios fundamentales de la sucesión testamentaria que consiste en la revocabilidad de los actos de última voluntad.

2.4.3. El derecho sucesorio en España

El Código Civil define la legítima en su artículo 806 como “la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos”. (PUIG, 1684, P. 14)

La confusión entre los conceptos de legitimario y heredero al que además se añade el calificativo de “forzoso” cuando no lo es puesto que puede renunciar a su legítima ha provocado que la dificultad por definir qué se entiende por legítima y cuál es su naturaleza se haya acrecentado, ya que, de la literalidad del precepto podría concluirse que ésta se configura como una *pars hereditatis*, por atribuir al legitimario la cualidad de heredero forzoso, teniendo por tanto derecho a una parte alícuota de la herencia. Sin embargo, es doctrina mayoritaria que la legítima en el Código Civil se conceptúa como una *pars bonorum*, por lo que el legitimario no tiene por qué ser heredero ni legatario, sino titular de una parte o cuota del activo líquido de la herencia preestablecida por la Ley y que deberá ser satisfecha por los herederos en el momento en que se proceda a la partición de la herencia en la forma en que deseen, incluso en metálico. Así, el testador, tal y como dispone el artículo 815, podrá elegir el título por el que atribuye la legítima, bien como heredero, como legatario o, incluso, por anticipado mediante donación en vida del causante. (PEÑA, 1985, 38)

El Código Civil establece que son legitimarios –herederos forzosos, según el artículo 807 los hijos y descendientes; subsidiariamente, los padres y ascendientes y, junto con ellos, el cónyuge supérstite, que puede concurrir con ambos. Los primeros, hijos y descendientes, tienen derecho a percibir en concepto de legítima, según el artículo 808, “las dos terceras partes del haber hereditario”, pudiendo el testador no obstante “disponer de una parte de las dos

que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes”.

La legítima de los ascendientes se regula en el artículo 809 y ss. y se fija en la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes, salvo que concurrieran con el cónyuge viudo del causante, puesto que entonces se reduce a la tercera parte de la herencia. No obstante, las reglas para el reparto de la legítima varían si se trata de los padres o del resto de ascendientes: en el caso de los padres, si ambos padres hubieran sobrevivido al causante, la legítima se divide en dos partes iguales, pero si uno hubiera fallecido, su parte acrecerá al sobreviviente; sin embargo, cuando el testador no hubiera dejado padres pero sí ascendientes, en igual grado, de las líneas paterna y materna, se dividirá la herencia por mitad entre ambas líneas, y si los ascendientes fueren de grado diferente, corresponderá por entero a los más próximos de una u otra línea.

Por lo que respecta al cónyuge viudo, tendrá derecho, según los artículos 834 y ss., si concurre a la herencia con hijos o descendientes, al usufructo del tercio destinado a mejora; si concurre con ascendientes, al usufructo de la mitad de la herencia y, si no existen descendientes ni ascendientes, tendrá derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia. Además, el artículo 839 permite a los herederos que puedan satisfacer el derecho de usufructo del cónyuge estableciendo una renta vitalicia, con los productos de determinados bienes o de un capital en efectivo,

quedando afectos todos los bienes de la herencia mientras el pago esté pendiente.

En materia de legítimas, los Derechos forales han evolucionado hacia un sistema más abierto que el del Código Civil, ya que todas las legislaciones conceden una mayor libertad al testador para disponer de sus bienes, si bien la gran mayoría han respetado las legítimas a favor de descendientes, ascendientes y cónyuge viudo. Sólo en dos territorios se ha reconocido el respeto absoluto a la voluntad del testador: en los municipios y pueblos del País Vasco donde está vigente el Fuero de Ayala y en Navarra, donde la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, aunque reconoce la atribución de legítima colectiva a algunos herederos considerados forzosos, en realidad ésta consiste en una mera atribución formal de cinco sueldos febles o carlines por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles, por lo que la legítima, como establece la Ley 267 no tiene contenido patrimonial exigible. No obstante, sí se reconoce en la legislación navarra a favor del cónyuge viudo el denominado usufructo legal de fidelidad sobre todos los bienes y derechos que pertenecían al causante en el momento de su fallecimiento, regulado además de forma extensa y exhaustiva como limitación a la libertad de disponer en las Leyes 253 a 266. (DE BARRON, 1996)

El resto de legislaciones autonómicas respetan las legítimas, si bien con diferencias notables en cuanto a su concepto y naturaleza y

también en el reconocimiento de las personas que son legitimarios, como a continuación se expondrá.

En el resto del territorio vasco donde no rige el Fuero de Ayala, sí se reconoce el derecho a la legítima en virtud de lo dispuesto en la Ley 3/1992, del Derecho civil Foral del País Vasco. Los artículos 53 y ss. fijan la legítima para los descendientes en las cuatro quintas partes de los bienes hereditarios, si bien posibilita la distribución entre ellos de forma libre por el testador, pudiendo atribuir esa parte a uno sólo de los descendientes, incluso si es de grado más remoto al resto. También los ascendientes tienen reconocido el derecho a la legítima fijada en la mitad de todos los bienes del testador. Concurriendo con descendientes o ascendientes, el cónyuge viudo tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia del causante, ascendiendo éste a dos tercios de los bienes en defecto de ellos.

El Derecho aragonés regula la legítima en el título sexto del Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, en el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas; en él se mantiene el sistema legitimario histórico, pero otorgando un mayor grado de libertad al testador para disponer de sus bienes. La legítima se configura, igual que en el Código Civil, como *pars bonorum*, fijándose en la mitad de la herencia y reconociendo como únicos legitimarios a los descendientes.

La principal novedad del derecho aragonés es que se instituye una legítima colectiva, esto es, se otorga una amplia libertad al testador

para que pueda distribuir la misma, siempre, eso sí, dentro del grupo de legitimarios: puede, por tanto, repartir igualitariamente la *portio legitima* entre todos los descendientes o, por contra, de forma desigual entre ellos, adjudicándola a alguno o a varios a su elección, aunque fueran de grado más remoto.

El Código prevé, para el caso de que el testador no hubiera hecho distribución de la legítima colectiva, que se entienda distribuida por partes iguales entre los legitimarios de grado preferente: hijos y, en lugar de los premuertos, desheredados con causa legal o indignos de suceder, sus respectivos hijos, sustituidos en los mismos casos y sucesivamente por sus estirpes de descendientes, sin que tengan tal condición de preferente los que hubieran renunciado a la legítima.

El régimen de las legítimas en Baleares regulado en Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, establecido por Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación, presenta una normativa absolutamente distinta para las islas de Mallorca y Menorca, por un lado, y para Ibiza y Formentera, por otro. (CERDA, 1988, P. 211-250)

La división no afecta sólo a las personas a quienes se considera legitimario en uno y otro territorio, sino a la naturaleza misma de la legítima, completamente diferenciada en ambas; así, en Mallorca y Menorca, la legítima se configura en el artículo 48 como una *pars bonorum*, esto es, una porción del haber hereditario que deberá ser

pagado con bienes de la herencia aunque se permite su pago en metálico y que puede ser atribuida por el testador en virtud de cualquier título. Sin embargo, para Ibiza y Formentera, la legítima regulada en los artículos 81 y ss. De la Compilación se conceptúa como una *pars valoris bonorum*, esto es, como un derecho de crédito garantizado con un gravamen real que afecta a todos los bienes hereditarios y que debe pagarse con bienes pertenecientes al caudal relicto.

Los legitimarios tampoco coinciden en las regulaciones de Mallorca y Menorca e Ibiza y Formentera, ya que para las dos primeras son reconocidos como legitimarios los hijos y descendientes, los padres y el cónyuge supérstite, mientras que para las segundas el viudo no es considerado legitimario.

No obstante, coinciden las regulaciones en el establecimiento de una legítima variable en función de los hijos, constituyendo la misma la tercera parte del haber hereditario si fueren cuatro o menos, ascendiendo a la mitad si excedieren de cuatro. Ahora bien, para Mallorca y Menorca, el artículo 44 exceptúa a los hijos adoptivos y sus descendientes, al disponer que no serán legitimarios de sus padres y ascendientes por naturaleza, ni éstos en la de aquéllos, salvo el caso del matrimonio en que un cónyuge adopte al hijo del otro, en que sí serán legitimarios recíprocamente.

Más clara y contundente se muestra la regulación gallega en los artículos 240 y 249 de la Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia, que establecen, respectivamente, que los legitimarios tienen

derecho a recibir del causante, por cualquier título, una atribución patrimonial en la forma y medida establecidas en la Ley y que el legitimario no tiene acción real para reclamar su legítima, siendo considerado, por tanto, a todos los efectos, como un acreedor.

También coinciden las regulaciones gallega y catalana en la cuantía reservada a la legítima, fijando la misma en la cuarta parte del líquido del caudal hereditario existente al tiempo del fallecimiento del causante, una vez que se hubieran deducido las deudas y los gastos de última enfermedad, entierro y funerales y adicionando las donaciones colacionables.

No obstante, pese a estas semejanzas, a la hora de establecer las personas a las que se reconoce el derecho a ser legitimarios, ambas regulaciones difieren. Así, para el Código Catalán, son legitimarios, en primer término, los hijos y descendientes de hijos premuertos, de los desheredados justamente, de los declarados indignos y de los ausentes; subsidiariamente los progenitores, no siendo legitimarios el resto de ascendientes; pudiendo concurrir con ellos el cónyuge viudo o conviviente en unión estable, el cual, siempre que no tenga recursos económicos, tendrá derecho a obtener como máximo una cuarta parte del activo hereditario líquido. El derecho gallego, sin embargo, tan sólo se reconoce como legitimarios a los hijos y a los descendientes de los hijos premuertos, justamente desheredados o indignos y al cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho; no así, por tanto, a los

padres o ascendientes, que no tienen derecho a legítima en la sucesión de sus descendientes.

Para concluir el repaso a las legislaciones forales, resta hacer una referencia a la Comunidad Valenciana, ya que, si bien en la misma no existe todavía legislación específica en esta materia, lo cierto es que en el año 2009 se redactó un Anteproyecto de Ley Valenciana de Sucesiones, que intentaba suavizar, como se pone de manifiesto en la exposición de motivos, el sistema legitimario del Código Civil. Así, se distinguía entre la sucesión en el patrimonio empresarial en el que se proclama la libertad de testar y el resto de los bienes del causante, en el que sí se establece la legítima a favor de los hijos y descendientes, subsidiariamente, a favor de los padres no de los demás ascendientes y pudiendo concurrir además el cónyuge viudo con unos y otros.

La legítima se configura en el Anteproyecto como un derecho de crédito que no atribuye por sí solo la condición de heredero y que se devenga en el momento del fallecimiento del causante. En consecuencia, los herederos podrán pagar este crédito, a su elección, en metálico, en créditos o, atribuyendo derechos o facultades concretos sobre otros bienes muebles o inmuebles hereditarios o extra hereditarios, atendiendo, para fijar su importe, según dispone el artículo 111, al valor que tengan los bienes de la herencia en el momento de la muerte del causante con deducción de las deudas de éste, de las cargas que soporten aquéllos y de los gastos de última enfermedad y de entierro o incineración. El crédito

legitimario se extingue así por su pago en cualquier tiempo, no pudiendo la legítima no devengada ser objeto de enajenación o gravamen, sin perjuicio, no obstante, de que su titular puede renunciar pura y fehacientemente extinguiendo así el crédito legitimario tras su devengo. El crédito legitimario devengado es transmisible “inter vivos” o “mortis causa” conforme a las reglas generales de transmisión de las obligaciones. (DOMINGUEZ CALATAYUD, P. 171)

En cuanto a las personas que el Anteproyecto considera legitimarios, como ya se ha adelantado, son los descendientes, los padres y el cónyuge viudo, que podrá concurrir con ellos. En la legítima de los descendientes se retoma la regulación foral de origen justiniano, concretándose en un porcentaje de la herencia líquida variable en función del número de hijos y descendientes, y así se fija en una cuarta parte del valor del patrimonio relicto si el número de hijos es uno o dos y de una tercera parte del mismo si el número de hijos es de tres o más, sin perjuicio de las normas aplicables a los discapacitados.

La legítima de los padres tiene naturaleza alimenticia en el Anteproyecto, al consistir en el derecho a recibir alimentos a cargo de la herencia en caso de necesidad con arreglo a la cuantía y medios de la misma y a las necesidades de aquéllos referidas a su sustento, habitación, vestido y asistencia médica, sin que pueda exceder del valor de la cuarta parte del patrimonio hereditario computable. (ART. 136 DEL CODIGO CIVIL ESPAÑOL)

2.4.4. El derecho sucesorio en Brasil

Este estudio abarca sobre una nueva teoría de familia, que comprende tanto el lado biológico, como el lado afectivo. Nueva teoría porque los principios y arreglos familiares tratados aquí ya surgieron hace cierto tiempo, pero eran reprimidos debido al prejuicio, la rigidez de la religión e iglesia y la falta de anuencia del Estado y de la legislación. En principio se hace necesaria una búsqueda pequeña histórica del origen del modelo de familia conocido en Brasil y un intento conceptual, para luego realizar un estudio más amplio sobre el estudio del derecho de las familias y también apreciar los nuevos arreglos familiares.

El derecho brasileño nació bajo la influencia de las costumbres de Grecia y Roma antiguas. Así también, las costumbres familiares vinieron de esa orden. En un estudio Coulanges deja claro que el culto y la religión era fundamento de la asociación familiar. En sus palabras "La familia era un grupo de personas que la religión permitía invocar el mismo hogar y ofrecer el banquete fúnebre a los mismos antepasados." (COULANGES, 1864, p.53) Aún en la lectura de su obra, se percibe que el " el modulo familiar era machista, con personas sometidas a un jefe, estructurado en base de costumbres, y sin ordenamientos jurídicos.

En el derecho romano la familia era iniciada por el matrimonio, que acontecía en gran celebración religiosa. Así, con la ascensión del cristianismo y de la iglesia católica, se estableció en el imperio

romano sólo el matrimonio católico por tratarse de la religión oficial del país. Sobre ello Tânia da Silva Pereira entiende que:

La doctrina jurídica reconoce que el derecho romano proporcionó al Derecho brasileño elementos básicos de la estructuración de la familia como unidad jurídica, económica y religiosa, fundada en la autoridad de un jefe, teniendo esa estructura perdida hasta los tiempos actuales. (PEREIRA, 2004: 641)

La legislación brasileña acompañó la estructuración de la iglesia católica en lo que se refiere a la normatización de la familia. El código civil de 1916 (CC / 16) y también la constitución federal de 1967 (CRFB / 67) regulaban la familia únicamente constituida por el matrimonio, impedía la disolución y traía discriminación de sus miembros, como por ejemplo, los hijos fuera del matrimonio.

Históricamente la familia viene pasando por diversas modificaciones, principalmente en las estructuras sociales.

A partir de la promulgación de la Constitución Federal de 1988 (CRFB / 88) se han innovado los parámetros familiares, principalmente por el hecho de que su texto acepta unidades de familia como la unión estable y la base formada por cualquiera de los padres y sus descendientes, la familia padres. La CRFB / 88 aún instauró la igualdad entre el hombre y la mujer, pasando a proteger de forma igualitaria a todos.

Una vez que la constitución trajo esa nueva noción de lo que es familia, cabe al derecho hacer lo mismo. El derecho debe

acompañar el cambio cultural de la sociedad. En este sentido Cristiano Chaves de Farias y Nelson Rosenvald entienden que:

[...] el concepto de familia cambió significativamente hasta que, en los días de hoy, asume una concepción múltiple, plural, pudiendo referirse a uno o más individuos, ligados por trazos biológicos o socio-psico afectivos, con intención de establecer, éticamente, el desarrollo de la personalidad de cada uno. (FARIAS, 2012, página 45)

De esta forma el concepto de familia se flexibiliza, teniendo su formación basada en el afecto y en las condiciones sociales vividas por el ser. El estudio del derecho de familia está en la necesidad de regularizar las relaciones existentes entre sus miembros y las influencias ejercidas sobre los bienes y las personas.

El derecho de familia es apreciado entre los arts. De acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, en lo que se refiere a la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

Sobre la Ley y la familia, María Berenice Dias entiende que:

El derecho de las familias es el más humano de todos los derechos. Acoger al ser humano desde antes del nacimiento, por él zela durante la vida y cuida de sus cosas hasta después de su muerte. Busca darle protección y seguridad, rige a su persona lo inserta en una familia y asume el compromiso de garantizar su dignidad. También regula sus lazos amorosos más allá de la relación familiar. Esta serie de actividades no significa más que el compromiso del

Estado de dar afecto a todos de forma igualitaria, sin prejuicios y discriminaciones. (DIAS, 2009, página 80)

Los diversos modelos de familia existentes actualmente acarrearán la necesidad de un estudio sobre la evolución social y la implicación jurídica en la esfera de la familia.

La evolución de la sociedad en sí hace que el derecho, y también el derecho de familia, busquen alojamiento sus estructuras, adecuándose de forma legal en lo que ya existe en sociedad. Una de las peculiaridades del derecho de familia es la relación de afectividad, no existe de forma explícita en la constitución sino que es fundamental en las relaciones familiares actuales. Adriana Maluf clasifica afectividad como:

[...] la relación de cariño el cuidado que se tiene con alguien íntimo o querido. Es un estado psicológico que permite al ser humano demostrar sus sentimientos y emociones a otro. También puede ser considerado el lazo creado entre los hombres, que, incluso sin características sexuales, siguen teniendo una parte de amistad más profunda. (MALUF, 2012, p.18)

Se nota que la afectividad es algo que conecta mucho más a la familia que la propia relación jerárquica existente.

Por tratarse de una materia tan específica y peculiar, el derecho de familia fue contemplado con varas específicas para su tratamiento. El derecho de familia debe ser tratado de forma atípica al de costumbre, ya que se toma en consideración principalmente el sentimiento de las personas. El término jurídico de la familia, no es

de imposición del estado ni de la iglesia. La formación de la familia se trata de una búsqueda de realización personal y felicidad de la persona humana y los aspectos jurídicos que normatizan el derecho de familia son creados para atender a la sociedad y no para delimitar la formación de la familia en sí.

Varios doctrinarios aclaman los principios constitucionales para la protección de la familia y de todos sus miembros. Citando algunos principios constitucionales importantes para el derecho de familia, no podemos dejar de lado el principio de la dignidad de la persona humana -que es el más universal de todos los principios y da el derecho de la persona humana a constituir su familia y con ella ser feliz.

Otros principios que cabe citar son el principio de la libertad, que se correlaciona con el principio de igualdad. Son derechos humanos fundamentales, y proporcionan a las personas garantizar el respeto a la libertad y al no trato diferenciado. Hay también el principio de la solidaridad, que en medio familiar es la identificación que la familia actual busca como uno de los fundamentos para la afectividad.

A partir del momento en que la realidad familiar se fundó en el afecto, la afectividad puede también ser tratada como un principio, teniendo en vista que la unión de personas de las más variadas formas es clasificada justamente por la relación de afecto y cariño.

Otro principio que es importante ser destacado en esta línea de estudio es el pluralismo de las entidades familiares que se dispone

en la propia CRFB / 88 asociando la unión estable y la familia monoparental como entidades familiares.

En el sentido de estos principios se observa un rompimiento de la estructura patriarcal y apertura de una cavidad para el surgimiento de nuevos arreglos familiares en la sociedad jurídica. Arreglos estos que, muestran cómo las tradiciones de costumbres se rompieron, junto con tabúes como la homosexualidad, el matrimonio abierto y la producción independiente de hijos. Esto muestra que la realidad familiar se construye a partir de la historia de la vida compartida de sus miembros. De esta forma cabe al derecho instituir estructuras de protección para su desarrollo.

Diversos autores enumeran, sin limitación, algunos modelos de familias que son reconocidas actualmente, tales como familia matrimonial, unión estable y homoafectiva, familia monoparental, anaparental reconstituidas paralelas entre otros.

La familia matrimonial es conocida también como familia tradicional ya que sigue el contexto histórico de tener su base fundada en el matrimonio. Reúne a madre e hijos. En la visión cultural huye la línea de institución jurídica y religiosa y pasa a atender una especie de sueño de realización personal. Es una herencia de la tradición de la sociedad patriarcal. En las palabras de Farias y Rosenvald el matrimonio es tan antiguo como el propio ser humano.

El matrimonio no es la única ni principal forma de constitución de familia. Reconocida por la CRFB / 88, la unión estable implicó las formas de manifestación de la familia y no sólo la conocida por el

matrimonio formal. La unión estable es un complejo familiar parecido al matrimonio, pero esa no se formaliza en los mismos términos de éste. El CC / 2002 trata que es la relación configurada en la convivencia pública continua y duradera y establecida con el objetivo de constitución de familia. La unión estable se caracteriza por estabilidad, durabilidad, prole, relación de co-dependencia económica, convivencia en la misma vivienda, entre otros. La falta de cualquiera de estos elementos no descarta la unión estable.

Aun enfocándose en la unión estable, debe citarse la unión estable homoafectiva. En una votación, el STF acordó por unanimidad la equiparación de la unión estable homosexual y la unión estable heterosexual, basándose principalmente en los principios constitucionales citados anteriormente. Se registró que el matrimonio homosexual es un lugar ideal para llevar a cabo los lazos emocionales atrapados por el sistema legal en la constitución de la esfera familiar.

Otro modelo de familia expresado en la CRFB / 88 es el monoparental, tiene por titularidad del vínculo familiar sólo uno de los progenitores y su prole. Este modelo se organiza tanto por la voluntad de los padres de organizarse de esta forma o por circunstancias ajenas a su voluntad, y trae a la sociedad el desvinculo de familia formada por una pareja. La familia monoparental se volvió mucho más presente después de la revolución industrial, con la entrada de la mujer en el mercado de trabajo y la caída del patriarcalismo. El texto constitucional es claro

al decir que entiende como entidad familiar la comunidad formada por cualquiera de los padres y sus descendientes, así queda nítida que sólo reflejó una realidad social ya existente.

En la misma línea de pensamiento, se destaca la familia anaparental, que se forma a partir de la inexistencia de la jerarquía entre sus miembros y su convivencia no dispone de intereses sexuales, se basa sólo en la afectividad sin la presencia de los genitores. Como ejemplo, se pueden observar dos hermanos que viven al mismo tiempo, durante años y se dependen conjuntamente para la contribución económica y la construcción del patrimonio familiar.

El ordenamiento jurídico actual se flexibilizó de una forma que permite a las personas casarse, descasar, casarse de nuevo con otras personas, procrear, recrear y por ahí va. Las personas separadas y divorciadas se unen a otras personas y traen consigo a los hijos de relaciones anteriores, diversificando y coexistiendo, formando así un nuevo núcleo familiar, este núcleo es conocido por familia reconstituida. Más un módulo familiar protegido sobre los principios constitucionales. En el caso de que se trate de una persona,

Más un resultado de la pluralización de los modelos de familia es el conocimiento de la familia paralela, que es aquella en que tiene la unión estable reconocida concomitante al matrimonio. En la visión doctrinal, la familia paralela nace del concubinato, se comprende por el hecho de que la unión estable de persona casada que no se

adhirió a la monogamia, también esté protegida por el estado. La familia paralela debe ser reconocida sólo como entidad familiar si se funda en la existencia de la afectividad, la estabilidad y la buena fe.

Se puede decir que estos ejemplos arriba citados son especies de familias eudemonistas, pues se caracterizan por la búsqueda de la realización plena de sus miembros, afecto recíproco, consideración y respeto mutuo independiente de vínculo biológico.

La infraestructura familiar crece cada día más, junto con el crecimiento de la bioética y sus efectos en la creación de la familia.

La planificación y construcción de la familia es el derecho básico del individuo y no corresponde al Estado interferir en la decisión a la concepción de la prole, sino promover medios para la reproducción que respete los derechos fundamentales.

Es evidente la existencia del pluralismo en los arreglos familiares, basados principalmente en los lazos de afectividad, que superpone las líneas biológicas. La diversidad de géneros, creencias, valores éticos y morales no pueden restringir la fundación de la familia que tiene como base la afectividad, solidaridad, igualdad y libertad entre sus miembros.

El núcleo familiar fue alcanzado no sólo por el Código Civil de 2002 (CC / 2002), sino también por la CRFB / 88, que "instauró la igualdad entre el hombre y la mujer y se extendió el concepto de familia, pasando a proteger de forma igualitaria a todos sus miembros. "(Días, 2009, p. 31). En la evolución de la familia, la CRFB / 88 abrió aún vertientes de reconocimiento de uniones

estables y uniones homoafectivas, reconociendo estas instituciones como familia.

De tal forma, la personalidad humana viene fundando nuevos conceptos de familia por medio de lazos afectivos con el propósito de alcanzar la felicidad plena.

2.4.5. El derecho sucesorio en Colombia

El derecho a la pensión aparece como un derecho fundamental por conexidad. Son derechos fundamentales por conexidad, aquellos que, si bien no hacen parte del capítulo de los derechos fundamentales, adquieren esta condición, cuando su vulneración afecta la vida o la posibilidad de subsistencia, de igual manera, el derecho al reconocimiento de la pensión en conexidad con el mínimo vital, ya que este garantiza según la perspectiva de la Corte Constitucional los derechos a la vida, la salud el trabajo y la asistencia o seguridad social. Sentencia t - 297 de 1998 y t - 140 de 1999. Esto implica una visión amplia de los derechos fundamentales en que se tiene en cuenta los derechos sociales, acorde con los valores, principios y normas constitucionales. Las personas independientemente de su edad merecen ser tratados de forma que se reconozca su dignidad humana, base fundamental de los derechos humanos. En especial en la tercera edad, las personas constituyen una población vulnerable por razones relacionadas con la salud y otros aspectos, que hacen que su pensión o la posibilidad de tenerla se convierte en la forma más eficaz garantizarles una vida digna, un mínimo vital que le permita obtener calidad de vida.

“Los derechos humanos toman su carácter de fundamentales porque atienden al desarrollo y realización de la dignidad humana, de la igualdad o de la libertad, de tal manera que sea cual fuere el catalogo de derechos adoptado por un ordenamiento jurídico, en el se consideran inmersos los demás derechos y prerrogativas de los ciudadanos, siempre que sean indispensables para hacer realidad aquellos” (García 2004. pág. 72).

Es muy difícil mantener estándares de vida digna sin un reconocimiento de la dignidad humana y este reconocimiento no se hace visible en medio de tanta pobreza y marginalidad que se observa en la sociedad. El fundamento del derecho a la pensión tiene aspectos de carácter social, psicológico y económico. Social, porque parte del grupo familiar depende en muchas ocasiones de la posibilidad de esa pensión para la satisfacción de sus necesidades básicas y para acceder a otros derechos como la educación, por ejemplo, psicológico, porque la tercera edad, periodo etario en el cual suele tener lugar la posibilidad de reclamar este derecho, conlleva una serie de particularidades, que hacen merecedora a esta población de derechos específicos consagrados en la Constitución Política. Y económicos, teniendo en cuenta que el equilibrio de la economía requiere de individuos con capacidad de endeudamiento y consumo.

Por lo cual no puede dejarse a una gran parte de la población, sin la posibilidad de participar activamente en el mercado, por el hecho de no encontrarse en condiciones de seguir trabajando, bien por tiempo

de servicio o por haber alcanzado la edad correspondiente. Sobre todo considerando que la cultura occidental, valora poco a las personas de la tercera edad y que se consideran en el medio improductivas a diferencia de otras culturas, donde hay mayores posibilidades de seguir trabajando en una empresa independientemente de la edad que se tenga.

El concepto de igualdad material tiene gran importancia a partir del concepto de justicia material, que reformula la consideración de la justicia como fin del derecho y que reivindica la necesaria efectividad de la norma y las actuaciones judiciales para el logro de esa justicia material y consecuentemente de una igualdad material, traducida en oportunidades de la misma naturaleza para todos y todas que les permita alcanzar condiciones de vida digna, al respecto puede verse que ...en el estado social de Derecho la igualdad material es determinante como principio fundamental que guía las tareas del estado con el fin de corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales” (Sentencia C-1064 de 2001 de la Corte Constitucional)

El papel del Estado es sumamente importante para garantizar los derechos fundamentales desde sus diferentes poderes, es decir, a través de políticas, en lo que se refiere al poder ejecutivo, leyes desde el poder legislativo y fallos desde el poder judicial. De esa manera, (...) el Estado colombiano, autoproclamado como estado

social de derecho, democrático, pluralista, obligado a respetar los derechos humanos dentro de los conceptos de dignidad humana, igualdad y libertad, no puede restringir los derechos y mecanismos de protección; por el contrario, antes de pensar en callar la jurisdicción constitucional con argumentos de conveniencia económica o de restricción presupuestal, es necesario que ejerza cabalmente sus funciones de estado regulador, respete las reglas de la libertad económica y adopte medidas concretas y reales que permitan vencer la pobreza y la indigencia, para hacer realidad los postulados constitucionales. No puede entonces olvidar que tanto desde el punto de vista formal como material, en Colombia los derechos sociales son derechos fundamentales (García, 2004. pág. 77).

CAPITULO III

RESULTADOS DE LA

INVESTIGACIÓN.

En el derecho sucesorio, existe una exigencia para aquellos que pretendan concurrir a una sucesión, y así en el caso de los cónyuges, para que uno de ellos, el sobreviviente pueda heredar, debe haber existido el matrimonio cuando ocurre el deceso del causante, es decir cuando se abrió la sucesión, y ello responde a que la herencia entre cónyuges tiene como fuente el matrimonio; ahora bien, en el caso de los miembros de una unión de hecho, también la exigencia está dada, si es que al fallecer uno de los integrantes de la unión de hecho, existió la comunidad de vida, en otras palabras, el sobreviviente estuvo viviendo con el que ahora es el causante.

Esta exigencia la con signa la ley 30007 cuando señala en su artículo 2 lo siguiente: “Para que la unión de hecho dé lugar a derechos sucesorios, es requisito que reúna las condiciones señaladas en el artículo 326 del Código Civil, y se encuentre vigente al momento del fallecimiento de cualquiera de sus miembros”. Este requerimiento tiene que cumplirse, pues de otro modo no operaría el derecho sucesorio, sin embargo, la misma ley suma a esta exigencia, que la unión de hecho esté inscrita en el registro o exista reconocimiento judicial, pero si al ocurrir el deceso, no existiera inscripción registral o reconocimiento judicial, la citada ley en su artículo 3 se encarga de señalarnos lo siguiente “... el integrante sobreviviente puede solicitar el reconocimiento judicial de la unión de hecho, si antes del fallecimiento del causante no se hubiera realizado la inscripción registral...”.

¿Era necesaria la norma sucesoria entre los integrantes de una unión de hecho? No cabe duda que la familia peruana, no se funda sólo en el matrimonio, aun cuando ello es lo deseable, sino igualmente lo está en uniones de hecho que se comportan como sociedades conyugales pero que no tienen respaldo matrimonial.

Estas familias, cada vez más van creciendo, y pronto según últimos datos estadísticos como el que aparece en el Decreto Supremo 005-Mindes referido al Plan Nacional de Apoyo a la Familia, nos trae una cifra de 25.7% de familias que se declaran concubinarias, sin embargo, como sabemos y constatamos en la realidad, esa cifra puede y de hecho es mayor. Hasta antes de la ley, estas uniones de hecho sólo tenían reconocimiento constitucional, para equiparar la sociedad de bienes que se genera dentro de esta unión de hecho, con las normas de la sociedad de gananciales que nace a propósito de un matrimonio, equiparidad que les permite dividir los bienes comunes en partes iguales cuando fenece la unión de hecho, sin embargo nuestra legislación no contemplaba otros derechos a favor de la unión de hecho o concubinato regular y menos el de la herencia, tema que fue materia de discusión por mucho tiempo, sobre todo porque es público y notorio que estas familias no formalizadas legalmente, cumplen todos los deberes que se dan dentro del matrimonio como la comunidad de vida, la cohabitación, la asistencia entre ellos, no hay intereses contrapuestos, sino todo lo contrario, pues ambos se identifican y componen una estructura familiar sólida; son estas razones las que han llevado al legislador a

promulgar la ley 30007, empero no será extraño que comience a criticarse la norma, en tanto que en lo que se refiere a herencia y al régimen social de sus bienes, es idéntico al matrimonio, entonces no faltarán quienes terminen preguntándose si esta equiparidad de derechos de los concubinos con los cónyuges, va a terminar desincentivando, desmotivando a las parejas a celebrar matrimonio, en tanto que los mismos derechos de los cónyuges lo tendrían los concubinos, y en parte pueden tener razón, pero pierden de vista, que el matrimonio es una institución natural, necesaria e importante dentro de toda sociedad y así lo reconocen los diversos instrumentos legales nacionales e internacionales, como la Constitución Peruana, cuando en su artículo 4, impone al Estado la obligación de promover el matrimonio.

Por otro lado, convenciones como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocen al matrimonio como una institución natural por la que se funda familia. No se puede dudar que es en el matrimonio, en donde la procreación de los hijos viene respaldada por una serie de garantías en cuanto a la filiación, que no tienen los nacidos de una unión de hecho, sumado a ello tenemos razones de índole moral y religioso que sustentan la institución matrimonial como necesaria e indispensable en toda sociedad, además de reconocer que siempre ha existido y ha sido fuente estable y segura de fundar familia. No puede igualmente ignorarse los documentos de la Santa Sede, referidos a las familias, en particular Familiaris Consortio y la Carta

de los Derechos de la Familia, dados bajo el Pontificado de Juan Pablo II, y en donde en forma expresa se aboga por fundar familia vía el matrimonio, en este caso el religioso y civil, y la afirmación de que no se puede poner a la par del matrimonio al concubinato.

El derecho a heredarse entre concubinos ya existe en legislaciones como Bolivia, Ecuador, y en Centroamérica, México, El Salvador, Panamá, entre otros, por ello no debe llamar la atención la promulgación de esta ley, que viene a modificar sustantivamente la legislación sucesoria, en particular las instituciones de la sucesión intestada, y la legítima. LUMEN, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón 11 La Unión de hecho y el Concubinato La Constitución de 1979, que fue la primera que la recogió, describe la unión de hecho entre un hombre y una mujer, que viven como casados sin estarlo, y compartiendo los deberes y derechos propios del matrimonio; la Constitución de 1993, igualmente la denomina unión de hecho, y no la califica como concubinato. La unión de hecho vendría a ser el género, pues puede haber uniones de hecho propias o regulares, en donde se cumplen las exigencias legales para serlo y obtener los beneficios que la ley les depara, pero igualmente coexisten con ellas las uniones de hecho impropias, en donde no se satisfacen las exigencias legales, y por ende no les alcanza beneficio alguno. Según nuestra Constitución, la unión de hecho implica, vida en común, cohabitación entre un hombre y una mujer, asumiendo las responsabilidades propias del matrimonio, y en donde las características de la

comunidad de vida, permanencia, estabilidad, singularidad, notoriedad se dan; ahora bien, en doctrina a esta unión de hecho se le denomina concubinato, término éste que deriva de concubena, que etimológicamente significa dormir juntos. El concubinato que reúne todas las características que exige la Constitución en su artículo 4 y el Código Civil en su artículo 326, gozan de los beneficios que otorga la ley, y que se circunscribían a la equiparidad de la sociedad de bienes que se genera en el concubinato y el régimen de sociedad de gananciales, y hoy con la ley 30007, también el derecho a heredarse entre sí. Gananciales y herencia, y sociedad de bienes y herencia El artículo 730 del Código Civil establece con meridiana claridad la distinción entre gananciales y cuota hereditaria, y lo hace en función del precedente que fue el Código Civil de 1936 que confundió ambos derechos, señalando que si los gananciales superaban la cuota hereditaria del cónyuge, entonces perdía esta cuota y se quedaba con los gananciales.

Hoy la confusión ha sido superada con el artículo 730, norma que igualmente debe ser aplicada en el caso de los concubinos. Los gananciales aparecen como el resultado del trabajo de los consortes dentro del matrimonio, culminado éste, si existen ganancias, éstas deben ser repartidas en partes iguales, pues son ellos los que han generado estas ganancias llamadas gananciales, por otro lado, la cuota hereditaria, es un derecho que nace con el matrimonio, y hoy con la unión de hecho, como un reconocimiento a esta familia fundada en el matrimonio o en la unión de hecho, a la par que se

reconoce el derecho hereditario de los hijos respecto de sus padres y viceversa, también se reconoce el derecho hereditario recíproco entre los cónyuges, o si fuera el caso, entre los concubinos. Por lo tanto se trata de dos derechos que tienen fuertes diferentes y no admiten semejanza, y por ello ha hecho bien, el Código Civil al consignar una norma como el artículo 730 teniendo en cuenta el precedente legal de 1936. Aun cuando resulte reiterativo, el artículo 730 igualmente es de aplicación a las uniones de hecho, en el que uno de ellos ha fallecido y en consecuencia al sobreviviente de la unión de hecho le corresponde no sólo gananciales sino también cuota hereditaria. Análisis de las normas contenidas en la ley 30007, y que terminan modificando instituciones como la sucesión legal, y la legítima ¿Cuándo estamos ante una unión de hecho que genere herencia?

Tal como lo hemos mencionado, esta unión de hecho tiene que ser una relación heterosexual, que viven como casados sin estarlo. Vivir como casados implica una vida en común compartiendo techo, lecho y mesa, comunidad de vida permanente, continua e ininterrumpida, adicionándose a ello, singularidad, esto es, exclusiva y excluyente entre los convivientes, pública y notoria, no a ocultas, sino a vista de todos. Dentro de esta comunidad de vida se dan los deberes propios del matrimonio, es decir surgen los deberes de cohabitación, fidelidad y asistencia.

A todas estas características debe sumársele una comunidad de vida con permanencia de dos o más años, y que no exista

impedimento matrimonial entre los convivientes, esto es, si ellos decidieran casarse, no habría problema alguno en regularizar legalmente su situación. Estas características son las que contiene el artículo 326 del Código Civil, artículo que termina siendo modificado por la ley bajo Unión de Hecho y el Derecho de Herencia Benjamín Agu.

CAPITULO IV

ANALISIS Y DISCUSIÓN DE

LOS RESULTADOS

4.1. ANÁLISIS EN FUNCIÓN A LA VARIABLE INDEPENDIENTE

Con todo lo acotado, la interrogante a resolver consiste en determinar cuál es la relación jurídica que explica la materia sucesoria; dicho de otro modo, la gran dificultad consiste en saber si es posible hablar del tratamiento de la relación jurídica al interior del derecho sucesorio.

En un intento por buscar la relación jurídica dentro del fenómeno sucesorio podríamos llegar a los siguientes resultados.

Una primera aproximación sería la de entender que la herencia es el objeto y los sucesores los sujetos, de modo tal que se generaría una suerte de relación jurídica mixta. Aquí el problema que visualizamos es que si bien se trata de una relación similar a la de los derechos reales, sabemos que la herencia puede contener aspectos no patrimoniales, pero, además, sin la intervención del causante, desnaturalizando el intento de establecerse una relación jurídica de índole sucesoria.

Para una segunda aproximación la relación también sería mixta, es decir, entre un objeto y un sujeto, donde el objeto sería el causante y el sujeto el sucesor. El causante sería un objeto porque al perder la vida pierde también la calidad de sujeto jurídico convirtiéndose en un objeto de derecho, si bien de protección especial, pero objeto al fin y al cabo (Espinoza Espinoza, 2006, p.46). El problema de esta concepción es que el poder lo ejercería el causante sobre sus derechohabientes, por ejemplo, al regular su sucesión. Y no es dable

que en una relación jurídica mixta el poder lo ejerza el objeto sobre el sujeto, pues siempre es a la inversa.

Cuando una persona fallece, lo que genera es que sus sucesores ingresen en su lugar al polo de la relación que tenía antes de fallecer, es decir, una persona en vida puede formar parte de diversas relaciones jurídicas (reales o personales, o léase mejor mixtas o intersubjetivas), y cuando fallece es tarea del legislador, por un tema de seguridad, mantener en la medida de lo posible estas relaciones, con el fin de no afectar a los demás integrantes de la relación. Ello se funda en la idea de invariabilidad de la relación jurídica transmitida.

Para salvar este impase se podría recurrir a una tercera aproximación, basada en una ficción, de modo tal que justo instantes antes de la muerte del de cuius existiría un espacio temporal donde se generaría el vínculo jurídico entre el causante (aún con vida pero a punto de morir) con sus sucesores, al mismo estilo de *Ladyhawke*. La dificultad de esta concepción es que por tratarse justamente de una ficción no se ajusta a lo que acontece en la realidad.

Sin discutir a fondo las soluciones dadas hasta la fecha, somos enfáticos en señalar que la muerte de una persona no genera relación jurídica alguna; más bien regularmente o las extingue o las modifica.

Y esto lo decimos porque cuando una persona fallece, lo que genera es que sus sucesores ingresen en su lugar al polo de la relación que tenía antes de fallecer, es decir, una persona en vida puede formar

parte de diversas relaciones jurídicas (reales o personales, o léase mejor mixtas o intersubjetivas), y cuando fallece es tarea del legislador, por un tema de seguridad, mantener en la medida de lo posible estas relaciones, con el fin de no afectar a los demás integrantes de la relación. Ello se funda en la idea de invariabilidad de la relación jurídica transmitida (ZANNONI,1993, p.2).

La sucesión implica que el derecho es objeto de un acto de traspaso o transmisión, operándose el reemplazo de un sujeto por otro en la titularidad de la relación jurídica, la que permanece inalterada en sus elementos objetivos (MAFFIA, 2014, p.1), pues la acción de entrar en el lugar de otra persona en una misma relación jurídica subsiste idéntica por cuanto solo se produce una mutación de la referida a otra persona (Fernández Arce, 2014, p.25). Dicho de otro modo, el vocablo sucesión expresa una situación a través de la cual una persona sustituye a otra como titular para recibir deberes o derechos, operando una suerte de subrogación (Fernández Arce, 2014, p.31).

Si el derecho se extingue por el fallecimiento de un sujeto, ha de pasar a pertenecer a otro (ALBALADEJO, 2015, p.9). Ergo, si se trata de una relación *intuitu personae*, la muerte no hace sino extinguirla, pues el deber o poder que tenía el causante no puede ser exigido contra, ni por sus herederos, ello por cuanto la sustitución de titulares de la relación jurídica importa que el sucesor esté en condiciones de ejercer el derecho o el deber en su propio nombre (MAFFIA, p.2).

Así, por ejemplo, en sede familiar si un casado muere, sus herederos no pueden ingresar a cumplir por él su deber jurídico de fidelidad o de cohabitación, ni mucho menos exigir al cónyuge supérstite fidelidad para ellos o el cumplimiento del deber de cohabitación. Simplemente esa relación, en cuanto a esos deberes y poderes, se extinguió. Algo similar acontece en las relaciones paterno-filiales, donde algunos poderes o situaciones de ventaja se extinguen con la muerte por ser estrictamente personales, como sucede con la patria potestad la cual se extingue con la muerte sea del padre o del hijo.(CÓDIGO CIVIL. ARTÍCULO 461)

Lo mismo sucede en una relación obligatoria donde el causante fue contratado por sus cualidades personales; en este caso, tras su muerte no se puede exigir que los herederos cumplan la prestación pactada por él. (CÓDIGO CIVIL. ARTÍCULO 1218)

Así mismo dentro de la relación obligatoria, es también posible ubicar supuestos de ciertas características que rodean a uno de los sujetos al interior de la obligación no susceptibles de transmisión.

Ni qué decir de los derechos estrictamente personales (como el nombre, la identidad, la libertad, etc.) en lo que hemos llamado autorrelación que se extinguen definitivamente con la muerte del causante.

En cambio, si se tratase de relaciones jurídicas intersubjetivas no estrictamente personalísimas, los herederos simplemente ingresan reemplazando a su causante en la relación jurídica, ubicándose en el polo respectivo. Así, por ejemplo, en una relación obligacional, si el

causante le debía dinero a un acreedor, al fallecer sus herederos ingresan en el lugar de su causante, por lo que ellos serán los deudores del mismo acreedor. Desde la otra orilla, si el causante era acreedor de alguien, al fallecer, sus causahabientes ingresan en su lugar y ahora ellos son los acreedores del mismo deudor.

Así, los sucesores al entrar en lugar del causante pueden recibir acreencias o deudas (Aguilar Llanos, p.38). Dentro siempre de la relación obligacional es posible también la transmisión de cualidades que tenía el causante al interior de la obligación.

En igual derrotero, para el caso del derecho familiar (o sea de relaciones jurídicas intersubjetivas no patrimoniales), ya dijimos que los deberes entre cónyuges son prácticamente imposibles de transmitirse vía sucesión, pues la fidelidad, la cohabitación, etc., no se transmiten sino que se extinguen con la muerte del comprometido. Pero sí es posible encontrar algunos supuestos de relaciones paterno-filiales susceptibles de transmisión sucesoral. Así por ejemplo, un hijo está en situación de ventaja o poder respecto de su padre para solicitarle su filiación o reconocimiento, de tal modo que si este hijo falleciese, este poder se transmite a sus sucesores, (CÓDIGO CIVIL. ARTÍCULO 374) Y en el sentido contrario, si el que falleciese fuese el padre, o sea el obligado a filiar al hijo, este hijo que pretende la filiación puede demandar a los sucesores del padre para alcanzar tal cometido. (CÓDIGO CIVIL. ARTÍCULO 373 Y 406) Siguiendo el mismo sentido lógico, si se ve al reconocimiento no solo como un deber del progenitor, sino también como un poder o atributo

suyo, la situación es similar, pues el padre puede efectuar el reconocimiento de su hijo, y en caso de fallecer dicho poder se traslada a los abuelos. (CÓDIGO CIVIL. ARTÍCULO 389) en el caso de que el fallecido fuese el hijo por reconocer, no hay impedimento en efectivizar lo propio contra los sucesores. (CÓDIGO CIVIL. ARTÍCULO 394).

Otro ejemplo lo constituyen los alimentos, donde existe una prelación para su prestación, y en virtud de la cual el orden de cumplimiento se regula por el orden en que los obligados son llamados a la sucesión legal del alimentista. (CÓDIGO CIVIL. ARTÍCULO 476-479)

No es tan cierto que por la muerte de una persona se traspasen sus bienes a sus herederos; pues en puridad lo que se traslada es el poder que se tiene sobre esos bienes. Y ello se puede resumir en que la muerte traspasa el derecho sobre los bienes, pero no los bienes mismos. Pero como por simpleza se dice que se traspasan los bienes, es por ello que creemos que nuestro codificador utilizó esta construcción lingüística.

4.2. ANÁLISIS EN FUNCIÓN A LA VARIABLE DEPENDIENTE

Por ello se ha dicho con acierto que la sucesión emplaza al adquirente de los derechos transmitidos en la misma posición jurídica en que, respecto de ellos, se hallaba el transmitente (ZANNONI, 2004, p.28). En este espacio la muerte genera el mismo efecto que la cesión de posición contractual, es decir, donde uno de los polos contractuales le cede el paso a otro sujeto. Por ello

nosotros concebimos que la muerte genere una suerte de cesión de posición en la relación jurídica original, siendo que esta cesión se materializa por imperio legal o testamentario. Por ello es que utilizamos la terminología de cesión de posición relacional debido a que el cambio se da dentro de uno de los polos de la relación jurídica preexistente, aunque la voz “cesión” no sea la más idónea.

Cuando se refiere del traspaso de “obligaciones”, parece que se utilizó la voz obligaciones como sinónimo simple de deber, y más exactamente, de situación jurídica de desventaja. Y decimos más exactamente situaciones jurídicas de desventaja, ya que dentro de ella podemos ubicar varias, como sucede, por ejemplo, con la sujeción, el vínculo o la carga. Por lo que el traspaso sería de todo tipo de situación jurídica de desventaja susceptible de transmisión, aunque principalmente de sujeciones.

Evidentemente las diferencias más saltantes en la sucesión son que la cesión de posición relacional, por lo regular, se genera por imperio legal antes que negocial al devenir la muerte de uno de los integrantes de la relación (aunque en el caso en que la cesión de posición relacional se dé vía testamento, ella se la podría asimilar a la cesión de posición contractual que se da siempre vía convencional ya que para que opere la transmisión vía testamento es menester contar con la aceptación de la herencia); pero, además, en la cesión de posición relacional sucesoria no se requerirá aceptación de la contraparte (porque evidentemente no se puede oponer), como sí

acontece en el caso de la cesión de posición contractual. (CODIGO CIVIL, ARTICULO 1435)

En fin, en la órbita jurídico-real, sucede exactamente lo mismo. Si el causante tuviese una propiedad, por ejemplo, partiendo de que estamos ante una relación jurídica mixta (donde un polo lo constituye un sujeto y el otro polo, un objeto), al morir el causante sus causahabientes ingresan en el mismo polo de la relación, de tal modo que todos ellos en conjunto son propietarios del bien.

Por ello mismo es que nos ratificamos en que la muerte de una persona o extingue las relaciones jurídicas (cuando son estrictamente personales) o las modifica. Excepcionalmente y con mucha reserva creemos que las podría regular, lo cual acontecería cuando estuviésemos ante una sucesión testada.

Se dice en la esfera sucesoria que desde la muerte de una persona se traspasan a sus sucesores los bienes, derechos y obligaciones.²⁴ Aunque las denominaciones utilizadas no son las más adecuadas, creemos que con algunas precisiones, lo dicho puede entenderse como redactado correctamente.

Venimos diciendo que la relación jurídica ya no es entendida únicamente como el vínculo entre dos sujetos, sino que también puede tratarse del vínculo entre un sujeto jurídico y un objeto jurídico. Esta relación es la que nos refiere el supuesto de la relación jurídico-real, donde un polo lo compone el sujeto titular del derecho, y el otro polo lo constituye el bien. En este tipo de relación la

situación jurídica de ventaja la tiene el sujeto (poder), y la de desventaja la tiene el objeto.

Sin embargo, es necesario precisar que si bien hablamos de derechos reales, propiamente estamos hablando de poderes jurídicos sobre cosas. Por tanto, cuando el titular del derecho real fallece, no es tan cierto que se traspasen los bienes, sino que lo que se traspasa es el poder jurídico que se tiene sobre ellos.

Es decir, si un sujeto es propietario de un bien, ejerce un poder sobre este bien. A este poder lo llamamos, verbi gracia, derecho de propiedad. Y al fallecer lo que traslada no es propiamente el bien, sino el poder que tiene sobre el bien.

Por tanto, la sucesión lo que genera es un cambio subjetivo en relación jurídico-real original, donde el objeto seguirá siendo el mismo, pero el sujeto será reemplazado por el causahabiente.

En resumen, no es tan cierto que por la muerte de una persona se traspasen sus bienes a sus herederos; pues en puridad lo que se traslada es el poder que se tiene sobre esos bienes. Y ello se puede resumir en que la muerte traspasa el derecho sobre los bienes, pero no los bienes mismos. Pero como por simpleza se dice que se traspasan los bienes, es por ello que creemos que nuestro codificador utilizó esta construcción lingüística.

Ya dijimos también que la sucesión genera, al mismo estilo de una cesión de posición contractual, un traspaso de la situación jurídica del causante a sus derechohabientes.

En efecto, si la relación jurídica es intersubjetiva, el sucesor ingresa a reemplazar a su causante en la situación exacta en la que se encontraba el de cuius, excepto cuando se trate del cumplimiento de prestaciones personalísimas. Así, si el causante era acreedor, su causahabiente ingresará como acreedor; y si el causante era deudor, el causahabiente ingresará como deudor, claro está para cumplir solamente la prestación en caso de no ser personalísima del de cuius, y hasta donde alcance la masa hereditaria. (CÓDIGO CIVIL. ARTÍCULO 661).

Entonces cuando el código dice que se traspasan derechos, en la relación intersubjetiva, hay que entender que lo que se traspasa es la situación jurídica de ventaja que tuvo el causante en la relación original.

La voz “derechos” comprendería, sin mayor objeción, a las situaciones jurídicas de ventaja o poderes jurídicos al interior de los derechos reales, los obligacionales y familiares susceptibles de transmisión mortis causa. Pero como el legislador ya habló del traspaso de los bienes, en este rubro parece referirse más bien a las relaciones intersubjetivas.

Y como habla de “derechos”, entendemos que se refiere, en esencia, a las acreencias. De ese modo, lo que se quiere decir es que si el causante era acreedor, tras su muerte se traspasa a sus causahabientes esa acreencia, ese derecho a cobrar. O sea, el codificador se ubicó en el supuesto de que el causante gozaba de una situación jurídica de ventaja (derecho subjetivo por ser

acreedor), siendo así que a raíz de su muerte esa situación de ventaja se traspasó a sus derechohabientes.

Sin perjuicio de lo anotado, este aspecto también sería ampliable a algún derecho de índole familiar que fuese susceptible de traspaso mortis causa, como los indicados líneas arriba. No sucederá lo mismo con los derechos de la personalidad (como el nombre, la identidad, la libertad, etc.) porque, como venimos insistiendo, tales derechos se extinguen definitivamente con la muerte del sujeto.

En suma, entonces, cuando se habla del traspaso de “derechos” no se quiere decir sino que toda situación jurídica de ventaja susceptible de transmisión que tenga un sujeto en una relación jurídica intersubjetiva se transmitirá a sus derechohabientes.

Se dice también que la muerte traspasa obligaciones, lo cual no puede leerse sino en el sentido en que se traspasan deberes jurídicos, o más exactamente situaciones jurídicas de desventaja a los herederos, es decir, debe leerse en vez de obligaciones, deberes. (CÓDIGO CIVIL. ARTÍCULO 1218)

No es posible trasladar obligaciones completas, dado que la obligación jurídica es una relación jurídica intersubjetiva patrimonial. Y como se sabe, dicha relación requiere de dos polos subjetivos, es decir, de dos sujetos (además de los otros componentes como son el vínculo, el objeto y la causa) (VÁSQUEZ OLIVER, 2004, p.20).

“En el caso de existir una situación jurídica (sea de ventaja o desventaja) susceptible de transmisión resultante de una relación jurídica familiar, su fundamento se encontrará justamente en

mantener la protección de los componentes familiares, cuya regulación cuenta con una alta dosis moral”.

Por tanto, la muerte de uno de ellos no transmite sino la situación jurídica de solamente el fallecido. Por consiguiente, es imposible decir que la muerte de uno de los polos de la relación jurídica genera el traspaso de los dos polos a los herederos.

Ergo, la extinción de uno de los polos de la relación jurídica solamente puede generar el traspaso de su situación jurídica en la relación original, sea esta de ventaja o de desventaja.

En suma, cuando se refiere del traspaso de “obligaciones”, parece que se utilizó la voz obligaciones como sinónimo simple de deber, y más exactamente, de situación jurídica de desventaja. Y decimos más exactamente situaciones jurídicas de desventaja, ya que dentro de ella podemos ubicar varias, como sucede, por ejemplo, con la sujeción, el vínculo o la carga. Por lo que el traspaso sería de todo tipo de situación jurídica de desventaja susceptible de transmisión, aunque principalmente de sujeciones (Carnelutti, 2006, p.185).

Como mencionamos al inicio y por todo lo anotado, podemos afirmar que lo que se traspasa a raíz de una sucesión es la situación jurídica exacta que poseía el de *cuius* en la relación primigenia, sea esta de ventaja y/o de desventaja.

En resumen, el artículo 660 del Código Civil podría “re-entenderse” en el siguiente modo: Desde la muerte de una persona se traspasan a sus sucesores los derechos sobre sus bienes, y las situaciones jurídicas de ventaja y de desventaja, procedentes de las relaciones

intersubjetivas en las que fue parte; y ello porque suceder implica ocupar el puesto del difunto en su titularidad, ya que su muerte lo dejó vacante (ALBALADEJO, p.9)

4.3. PRUEBA DE HIPOTESIS

Con todo lo anotado va quedando claro cuál es el fundamento de la sucesión, o si se prefiere de la regulación normativa del fenómeno sucesorio, habiendo señalado ya su finalidad.

Para el caso de las relaciones jurídico reales o mixtas, es decir aquellas donde el causante está vinculado con un bien, la regulación del traspaso de esos bienes (o de los derechos sobre esos bienes) obedece, en esencia, a que los derechos reales (o si se prefiere los bienes) deben girar, es decir, circular en el mercado tratándose, en suma, de una motivación político-económica relativa al movimiento de los bienes (MAFFIA, p.6). Por su parte, en la relación obligacional, o sea en la relación jurídica intersubjetiva patrimonial, cuando el legislador establece que la posición original del causante, sea como deudor o como acreedor, se traspasa a sus derecho habientes, sustenta su regulación en la buena fe como principio rector en el cumplimiento de las obligaciones, de tal modo que la muerte de un sujeto no deje las obligaciones sin cumplir (sea como acreedor o como deudor), siendo por ello viable el tráfico jurídico (AGUILAR LLANOS, p.44), salvo los casos de las obligaciones personalísimas. En fin, en el caso de existir una situación jurídica (sea de ventaja o desventaja) susceptible de transmisión resultante de una relación jurídica familiar, su fundamento se encontrará

justamente en mantener la protección de los componentes familiares, cuya regulación cuenta con una alta dosis moral (VÁSQUEZ OLIVERA, p.6), como se ha venido mostrando a lo largo de este trabajo.

CONCLUSIONES

- 1) En la Constitución de 1979, lo que se protegía era la familia que surgía del matrimonio, mientras que en la vigente Constitución de 1993, se protege a la familia no importando su origen, por lo que podemos hablar del principio del pluralismo familiar (familia matrimonial, la que surge de la unión de hecho, la monoparental y la ensamblada).
- 2) La unión de hecho es aquella unión voluntaria, heterosexual, libre de impedimento matrimonial, que tiene la finalidad de alcanzar y cumplir deberes semejantes al matrimonio y que da lugar a una sociedad de bienes, siempre que haya durado por lo menos dos años continuos.
- 3) El reconocimiento de la unión de hecho a nivel notarial, requiere del acuerdo de los convivientes, por tanto, no es factible un reconocimiento de manera unilateral.
- 4) El reconocimiento de la unión de hecho a nivel judicial es solicitado mayormente cuando uno de los convivientes decide abandonar al otro o cuando la unión ha concluido por fallecimiento de uno de ellos.
 - Se encuentra pendiente el reconocimiento a las uniones de hecho, el de generar un nuevo estado civil y con ello un nuevo tipo de parentesco, así como la posibilidad de solicitarse alimentos entre los convivientes, durante la vigencia de la unión de hecho.
- 5) Las uniones de hecho que reúnen las condiciones de voluntaria, heterosexual, libre de impedimento matrimonial, con finalidades y deberes semejantes al matrimonio y que haya durado por lo menos dos años continuos, produce respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios, similares a los del matrimonio.

- 6) En el reconocimiento de los derechos sucesorios, debe considerarse también aquellos casos en que existió previo al fallecimiento por parte del causante, un abandono injustificado y se contaba con reconocimiento de la unión de hecho vigente, para que realmente la comunidad y el Estado cumplan con su deber de protección a la familia.
- 7) A las familias originadas de la unión de hecho, deberían reconocérseles todos los efectos personales que generan las familias que surgen del matrimonio. La única distinción para acceder a los mismos, estaría en su acreditación, una inmediata para los casados, mediante su partida de matrimonio, y otra mediata, para el caso de los convivientes mediante el reconocimiento de la unión de hecho.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda que se complemente la Regulación Hereditaria en la unión de hecho, a fin de alcanzar la igualdad de Derechos Hereditarios con el matrimonio, de acuerdo a la Normativa de la Constitución Política del Perú.
2. Que el Estado promueva una política de difusión en la ciudadanía sobre los Derechos hereditarios tanto en el matrimonio como en la Unión de hecho, ya que a través de ello las sociedad va poder tener todo el conocimiento de cómo actuar en este tipo de casos.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- AGUILAR LLANOS, Benjamín, Manual de derecho de sucesiones, Lima: Pacífico Editores, 2014.
- ALBALADEJO, Manuel, Curso de derecho civil V - Derecho de Sucesiones, 11.a ed., Madrid: Edisofer, 2015.
- AREAN, Beatriz, Curso de derechos reales, 3.^a ed. ampliada, Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 1994.
- ARMAZA GALDOS, Javier, Derecho civil - Sucesiones - De la sucesión en general, Arequipa: Adrus, 2004.
- CARNELUTTI, Francesco, Teoría general del derecho, 3.^a ed., Lima: ARA, 2006.
- DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón, y Ramón H. Domínguez Águila, “Interpretación del testamento”, en Revista de derecho y ciencias sociales, n.º 151 y 152, ConcepciónChile: junio 1970.
- ESCOBAR ROZAS, Freddy, Teoría general del derecho civil - 5 ensayos, Lima: ARA Editores, 2002.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Derecho de las personas, 5.^a ed., Lima: Rodhas, 2006.
- FERNÁNDEZ ARCE, César, Manual de derecho sucesorio, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014.
- GHERSI, Enrique, Dos conceptos de derecho de propiedad.
- MAFFIA, Jorge O, Manual de derecho sucesorio, 4.^a ed., Buenos Aires: Depalma, 1993.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, Acto jurídico, 2.a ed., Lima: Idemsa, 2001.

- VÁSQUEZ OLIVERA, Salvador, Derecho de obligaciones, Arequipa: Adrus, 2004.
- ZANNONI, Eduardo A., Manual de derecho de las sucesiones, 4.^a ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires: Astrea, 1999.
- PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, Antonio. Tratado de derecho Mercantil. Ed. Marcial Pons. Barcelona 2004
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis Comparado. Quinta Edición. Lima-Perú .Septiembre 1999.
- BOSSERT, Gustavo A. *Régimen Jurídico del Concubinato*. Cuarta edición actualizada y ampliada. Buenos Aires – Argentina. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Segunda reimpresión. 2003.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. Tomo I. Décima Edición actualizada. Lima – Perú. Gaceta Jurídica Editores S. R. L. Abril 1999.
- DIAZ DE GUIJARRO. *El concubinato, como estado aparente de familia, ante las leyes de emergencia en materia de locación*. JA. Tomo III. Buenos Aires – Argentina. Editorial Perrot. 1951.
- DIAZ DE GUIJARRO. *El estado aparente de familia*. JA. Tomo II. Buenos Aires – Argentina. Editorial Perrot. 1953.
- D'ANTONIO, Daniel H. *La apariencia jurídica y los estados de familia*. JA. Tomo III. Santa Fe. Editores Rubinzal – Culzoni. 1979.
- FERNÁNDEZ ARCE, César. *Derecho de Sucesiones*. Tomo I. Primera Edición. Pontificia Universidad Católica del Perú. Edición. Fondo Editorial. Noviembre de 2003.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de*

- Familia*. Tomo I. Buenos Aires – Argentina. Editores Rubinzal – Culzoni.
- MEZA BARRIOS, Ramón. *Manual de la Sucesión por Causa de muerte y Donaciones entre vivos*. Tercera edición. Universidad de Chile. Santiago de Chile.
- OSORIO Y GALLARDO, Angel. *Anteproyecto del Código Civil Boliviano*. Artículo 256. Buenos Aires – Argentina. Primera edición. Imprenta López. 1943.
- PALACIOS PIMENTEL, Gustavo. *Elementos del Derecho Civil Peruano*. Tomo II. Tercera Lima. Edición. Editorial Sesator. 1982.
- PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. *Derecho de Familia*. Segunda Edición. Idemsa. 1995.
- PLACIDO V., Alex F. *Manual de Derecho de Familia* (Un nuevo enfoque al estudio del Derecho de Familia). Segunda Edición. Gaceta Jurídica Editores S.A. Octubre de 2002.
- VALVERDE, Emilio. *Derecho de Familia en el Código Civil Peruano*. Lima – Perú. 1942.
- VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda. *Derecho de familia – Teórico práctico. Tomo I: Sociedad Conyugal*. Editorial Huallaga. Edición Junio de 1998.

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA DEL PROYECTO DE TESIS

TÍTULO: EL DERECHO HEREDITARIO EN LAS UNIONES DE HECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

AUTOR: Melissa de los Milagros Aquino Quiroz.

IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA	FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL
El conviviente que vivió muchos años con el causante pero ya no estuvo conviviendo al momento del deceso ¿cómo quedaría protegido sus aportes patrimoniales dentro de dicha convivencia?	¿Cuáles son las bases teórico – doctrinarias aplicables para regular el derecho hereditario en las uniones de hecho en el Perú?	El concubinato sigue siendo en la actualidad, sobre todo en algunos países, un serio problema sociológico y jurídico. Mas a un en una modalidad que empieza a tener significación en los países más industrializados, en los que el progreso científico, técnico y económico por lo demás, de las épocas de decadencias de las culturas.

HIPÓTESIS GENERAL DE INVESTIGACIÓN H1

Como ha venido siendo mencionado, nuestro ordenamiento jurídico necesita una regulación específica acerca del Derecho hereditario en las uniones de hecho en el Perú, ya que existen diferentes vacíos legales que dificultan la interpretación de la norma jurídica, para que se logre defender los intereses de las convivientes, que muchas veces se han visto vulnerados, teniendo en cuenta que conviviente que vivió muchos años con el causante pero ya no estuvo conviviendo al momento del deceso ¿cómo quedarían protegido sus aportes patrimoniales dentro de dicha convivencia?. Razón por la cual, con la propuesta modificatoria a nuestra actual normativa Ley N° 30007. Dicha propuesta contará con un análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial para lograr determinar el mejor escenario jurídico para la defensa de estos derechos, que a la fecha no se encuentran reconocidos.

HIPÓTESIS GENERAL DE INVESTIGACIÓN NULA H0

Como ha venido siendo mencionado, nuestro ordenamiento jurídico necesita una regulación específica acerca del Derecho hereditario en las uniones de hecho en el Perú, ya que existen diferentes vacíos legales que dificultan la interpretación de la norma jurídica, para que se logre defender los intereses de las convivientes, que muchas veces se han visto vulnerados, teniendo en cuenta que conviviente que vivió muchos años con el causante pero ya no estuvo conviviendo al momento del

deceso ¿cómo quedarían protegido sus aportes patrimoniales dentro de dicha convivencia?. Razón por la cual, con la propuesta modificatoria a nuestra actual normativa Ley N° 30007. Dicha propuesta no contará con un análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial para lograr determinar el mejor escenario jurídico para la defensa de estos derechos, que a la fecha no se encuentran reconocidos.

VARIABLES	POBLACIÓN	MUESTRA
Variable Ox Derecho Hereditario Variable Oy Uniones de hecho Medios probatorios Naturaleza jurídica de la unión de hecho	Ordenamiento jurídico peruano.	La muestra será representativa, puesto que será igual a la población, restando las variables extrañas.

DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	
En la investigación se empleará Diseño descriptivo correlacional, cuyo esquema es el siguiente:	
<p>Ox : Derecho hereditario.</p> <p>M: Muestra r : Relación entre variables.</p> <p>Oy : Uniones de hecho</p> <p>Medios probatorios</p> <p>Naturaleza jurídica de la unión de hecho</p>	
INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	TRATAMIENTO ESTADÍSTICO
El material a utilizar es bibliográfico [libros, revistas especializadas], internet y jurisprudencia que tengan relevancia sobre el tema analizado.	Los datos recogidos a través de la técnica del fichaje, serán analizados y comparados por la persona del investigador a fin de extraer las conclusiones que son exigidas en todo trabajo de investigación. Estas conclusiones son los enunciados contundentes y breves del problema planteado y guardarán concordancia con los objetivos y con la hipótesis.
OBJETIVO GENERAL	

Proponer la regulación del Derecho hereditario en las uniones de hecho en el Perú, en relación al conviviente que vivió muchos años con el causante pero ya no estuvo conviviendo al momento del deceso y ¿cómo quedarían protegido sus aportes patrimoniales dentro de dicha convivencia?

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Analizar la normatividad y doctrina acerca de la procedencia aplicable en función al Derecho hereditario en las uniones de hecho en el Perú.

Señalar la escasa normatividad peruana junto a la normatividad, doctrina y jurisprudencia acerca del Derecho hereditario en las uniones de hecho en el Perú.

Identificar la naturaleza jurídica del Derecho hereditario en las uniones de hecho en el Perú., tomando como base normatividad, doctrina y jurisprudencia comparada, demostrando si la regulación del Derecho hereditario en las uniones de hecho en el Perú; en nuestro ordenamiento jurídico constituye un verdadero eficaz para la tutela adecuada en materia

sucesoria.

Plantear una regulación legislativa aplicable al Derecho hereditario en las uniones de hecho en el Perú en el marco del ordenamiento jurídico peruano junto a su correspondiente exposición de motivos.