

TREINTA AÑOS DEL CODIGO CIVIL PERUANO: APORTES Y ASUNTOS PENDIENTES

THIRTY YEARS OF PERUVIAN CIVIL CODE: CONTRIBUTIONS AND PENDING CASES



Por Carmen Meza Ingar¹
Profesora Principal, Investigadora
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

e-mail: cmezaingar@hotmail.com

Fecha de Recepción: 10/01/2014

Fecha de Aprobación: 16/04/2014

SUMARIO

I.-Introducción.- II.- Aportes del Código Civil de 1984.- III.- Asuntos Pendientes.-
IV- Reivindicación Histórica.- V.- Recomendaciones.- VI.- Notas al Pie de Página.-
VII.-Bibliografía.-

RESUMEN

La conmemoración de treinta años del Código Civil Peruano de 1984, nos invita a reflexionar sobre su promulgación, los temas que fueron impacto en la sociedad, las numerosas enmiendas que contiene a la fecha, y, lo principal: los asuntos pendientes, pese a constantes recomendaciones de modificar algunos preceptos inconstitucionales, por tener serias contradicciones con la Carta Política en vigor.

to date, and most importantly: the outstanding issues, despite constant recommendations to amend certain provisions unconstitutional, having serious contradictions with the Constitution in force.

PALABRAS CLAVE:

Código Civil Sus alcances Una
reivindicación histórica Enmiendas
importantes

SUMMARY

The commemoration of thirty years of the Peruvian Civil Code of 1984, invites us to reflect on its enactment, the subjects were impact on society, which contains numerous amendments

KEYWORDS:

Civil Code Its scope historical
demanded Important amendments

1 MEZA INGAR, Carmen. Doctora en Derecho, UNMSM. Docente en Pre y Postgrado, UNMSM.



I.-INTRODUCCION

Hace treinta años, el 24 de julio de 1984 se promulgó –sin exposición de motivos- el tercer Código Civil Peruano. Nótese que el anterior Código Civil, de 1936, se promulgó con una exposición de Motivos de siete tomos, obra de la Comisión Revisora del Código de 1852, presidida por el eminente jurista, ex Rector de San Marcos, Dr. Juan José Calle.

En 1984 hubo voces autorizadas como las de los maestros, civilistas, José León Barandiarán y Jorge Eugenio Castañeda, que pedían un debate nacional del ante proyecto, pues todos recordamos que el inicial esfuerzo del Ministro de Justicia de 1966 Dr. Fernández Sessarego, quien formó las Comisiones Revisoras de los códigos, fue interrumpida por la irrupción militar de 1968. En 1980, el Dr. Felipe Osterling Parodi, quien presidió la Comisión que tuvo a su cargo el estudio del Libro de Obligaciones, desde 1970, reemplazando al Dr. Andrés León Montalván, fue nombrado Ministro de Justicia y anunció que el texto se encontraba listo. Los juristas del Congreso de la República recibieron los aportes de los antiguos comisionados Drs. Carlos Fernández Sessarego, Héctor Cornejo Chávez, Rómulo Lanatta y acordaron nombrar una Comisión Revisora presidida por el Dr. Javier Alva Orlandini. A los dos años presidió dicha comisión el Dr. Edmundo Haya de la Torre, quien fue después Embajador en la OEA, quedando el Proyecto en el Ministerio de Justicia, Despacho que se pronunció por la oportunidad de la promulgación oficial, en 1984.

Como decimos el debate era necesario, ya que durante la vacatio legis, entre el 24 de julio y el 14 de noviembre de 1984 hubo varias reformas al texto primigenio. Y, hoy una simple lectura del Código Civil, actualizado a 2014 nos obliga a considerar las diferentes reformas, aun cuando todavía hay temas pendientes, como la disposición de bienes muebles al que se refiere

el numeral 315 o la situación de los que viven las consecuencias del art. 396, que afecta la igualdad de derechos.

II.-APORTES DEL CODIGO CIVIL DE 1984

Uno de los grandes aportes del Código de 1984 fue la defensa del concebido como sujeto de derechos, aun cuando después el Título Preliminar del Código Peruano del Niño y Adolescentes ha superado dicho texto, perfeccionando la naturaleza y esencia del concepto de concebido, incluyéndolo dentro de los derechos del niño, desde la concepción hasta los doce años de edad (1).

Otro aporte es el derecho a la identidad al haberse derogado el título de Registros del Estado Civil por el mérito de la Ley N° 26497, su fecha 12 de julio de 1995, que creó el Registro Nacional de Identidad y de Estado Civil (RENIEC).

En efecto, aun cuando RENIEC tuvo inicios difíciles –en 1995-, por falta de local y personal especializado, se instaló en los Municipios y luego se independizó y está difundiendo la informática en la documentación de identidad, que sirve para ubicar personas, para depurar el registro de errores e ilícitos. Sensiblemente no cuenta con presupuesto necesario para trabajar en todo el territorio nacional. Esa dificultad, de orden económico, impide proteger debidamente a la población, especialmente a los niños de lugares fronterizos, frente al peligro de la trata de personas.

Otro aporte del Código de 1984 es el estudio del daño a la persona, y en el campo institucional, el caso del Comité no inscrito.

En cuanto al Derecho de Familia, el Código ha sido modernizado 10 y 15 años después, con importantes enmiendas del texto original, referidas a la investigación científica de la paternidad y maternidad. Por tratarse de una de las columnas vertebrales del Código



Civil Peruano, presentamos antecedentes del Derecho Romano, sobre Derecho de Familia:

a) Etimología: La familia se concibe en el derecho romano como un organismo, como un -corpus- en un texto de Ulpiano transcrito de D. 50, 16 195, 2: Ulpiani. Libro XLVI ad edictum: “Familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem quod aut iure proprio ipsorum aut communi universae cognationis continetur”(2).

La familia romana, en sentido estricto tenía una cabeza, un poder, el conjunto de personas tenía una autoridad – manus, potestas, mancipium- y la cabeza de familia era el pater familias, que ejercía la autoridad con fines que trascienden el orden doméstico.

Los autores modernos siguen distintas definiciones, aún cuando universalmente se reconoce que el Derecho Romano es una de las principales fuentes para estudiar a la familia de todos los tiempos. En la antigüedad más remota encontramos los Códigos de Manu y de Hammurabi. Como sabemos, el rey Hammurabi dio su famoso código, cuyos vestigios, muestran la escritura cuneiforme en piezas guardadas en las bibliotecas turcas y francesas. Felizmente hay traducciones al español, pero este legislador se refirió más a actividades y negocios en los que participaban las familias de su época. Por ello recurrimos al derecho romano, que gracias al emperador Constantino auspició a los codificadores clásicos.

En las lenguas modernas hay dos vocablos importantes que dan origen a doble interpretación: algunos estudiosos afirman que familia viene de fames, que quiere decir hambre. Según ellos en la familia, los miembros de ella obtienen lo necesario para subsistir. Otros se refieren a la palabra famulus, que significa siervo y se refiere a la gran familia, no

solo constituida por los padres, hijos y familiares, sino también por los allegados y los esclavos de otras épocas.

b) Concepto: Hay en la bibliografía moderna varios conceptos de la institución familiar, pero son principales dos, los conceptos sociológico y jurídico.

Averroes, filósofo islámico y Santo Tomás, pensador católico, tuvieron la coincidencia de estudiar al antiguo filósofo Aristóteles. Santo Tomás, rescató el valor aristotélico, pues, antes de él, todos leían y estudiaban el pensamiento platónico. Con la versión medioeval sabemos que Aristóteles dijo que la familia, sociológicamente ha sido considerada “una convivencia querida por la naturaleza para los actos de la vida cotidiana”.

Jurídicamente la familia es un conjunto de personas que está unida por el matrimonio, por el parentesco, o por la afinidad.

Se entiende en esta definición que la familia puede ser muy amplia, pero puede tomarse en cuenta que habría una omisión, pues, no se menciona a los vinculados por las uniones de hecho, que ya figuran en varias legislaciones, y en el Perú desde la Constitución de 1979 y también en el Código Civil de 1984.

c) Primera clasificación: por las vinculaciones jurídicas y el parentesco lineal y colateral, se podría clasificar a la familia en:

- 1°.- FAMILIA NUCLEAR
- 2°.- FAMILIAR EXTENDIDA
- 3°.- FAMILIA COMPUESTA Y
- 4°.- FAMILIA EMSAMBLADA

La primera es la típica familia constituida por padres e hijos y en comparación a las otras nominaciones resulta pequeña,



pero en verdad es la célula básica de la sociedad, pues se trata de la comunidad perfecta, donde los miembros de ella están plenamente identificados en cuanto a sus propósitos y objetivos de vida. Se podría decir que cada uno de ellos desea el bienestar de los otros, especialmente los padres, dedicados a la formación y educación de sus hijos, muchas veces, más allá de la mayoría de edad. Nótese que los estudiantes universitarios se gradúan en una edad promedio de 22 a 25 años.

También se podría considerar como familia nuclear a las familias mono parentales, es decir a los viudos o viudas, o divorciados que viven solos con sus hijos, o a los padres o madres, que podrían ser casados abandonados, o el caso de los convivientes abandonados o separados y sus hijos.

La familia extendida es la que incluye a los padres, hijos y otros parientes, como abuelos o tíos o tías, a veces, primos. Antiguamente las familias eran extendidas, las casas eran más amplias que las de la modernidad. Además tendría que pensarse en las familias de todo el Perú, por ejemplo en las provincias donde las casas son extensas y tienen espacio para recibir a familiares o allegados visitantes. En muchas ciudades, por ser mayoría las viviendas de pequeñas áreas, va extinguiéndose esta clase de familia.

La familia compuesta es la que reúne a familiares y a algunos parientes lejanos o compadres, que tendrían vinculación espiritual mas no consanguínea.

La familia ensamblada es la que incluye a los miembros de dos familias en una, cuando un viudo se casa con una viuda o divorciada, o viceversa y los dos cónyuges se unen con su prole en la nueva familia. Cuando los niños son pequeños,

generalmente se dan esta clase de familias ensambladas. Hay casos en los que el padre es socio de un club y al ingresar presenta el carné de los hijos y a la hija política o hija de su cónyuge, no le han permitido ingresar, sino como "visita", creando dificultades que han llegado a los tribunales, donde se ha fallado disponiendo la modificación de los estatutos, para evitar dicha "discriminación".

También se ha dado casos en los que los viudos tienen hijos adolescentes, que se han opuesto a vivir con otros jovencitos por el matrimonio de sus padres. Hubo un caso notable en el que un viudo con seis hijos se casó con una viuda, madre de cuatro hijos. Ellos habían adquirido un inmueble muy amplio, para que todos puedan instalarse, pero los hijos quinceañeros, se negaron a dejar su antigua casa paterna, no quisieron mudarse; felizmente las dos familias tenían tías de buena voluntad que se comprometieron a acompañar a sus sobrinos y los nuevos cónyuges aceptaron que sus hijos permanecieran en sus anteriores hogares. Los padres solo visitarán a sus propios hijos.

En puridad se considera familia a los que viven bajo el mismo techo. Así lo considera la Ley de Violencia Familiar, por ejemplo.

Es diferente el Derecho de Sucesiones, porque en el caso de persona casada, los hijos y el cónyuge supérstite, son los únicos herederos forzosos, y el causante solo podría disponer de un tercio de su patrimonio si quisiera instituir algún legado o señalar a algún o algunos beneficiarios de su testamento. Es distinto en el caso de los solteros que no tengan ni hijos ni padres, ellos podrían disponer del 100% de sus bienes en un testamento, según su voluntad; y , en



el caso que los solteros sin parientes en línea recta, murieren intestados, podrían sus familiares colaterales hasta el cuarto grado, tener vocación hereditaria.

d) Otra clasificación de “familia” es la de los sociólogos, que dividen a las familias en “urbanas”, “rurales”, “migrantes”, “completas” y “monoparentales”.

Las familias urbanas o nucleares son la mayoría en el mundo actual, ya que muchas ciudades se han urbanizado, han crecido alrededor de nuevas formas de trabajo, si se recuerda las formas laborales de los anteriores siglos, donde predominaba el trabajo manual.

Las familias rurales se están convirtiendo en urbanas, dadas las nuevas formas de organización social.

Las familias migrantes son las que se desplazan internamente en la misma nación y en forma externa hacia otros países. Hay muchos estados que tienen como presupuesto importante las remesas de los trabajadores migrantes a sus respectivas familias.

Las familias mono parentales son las que viven solo con la presencia del padre o de la madre. En una época se dijo que dado el abandono paterno hay muchas madres que son jefes del hogar, o, que son las madres las que trabajan y educan a sus hijos, las que sostienen su hogar. Un estudiante universitario presentó su poemario con el apellido de su madre. Como en la lista oficial aparecía con apellidos paterno y materno, yo le pregunté si era un error o si utilizó pseudónimo. El explicó que nunca conoció a su padre y que para él su apellido verdadero debía ser el de su madre y que va a tramitar su cambio de

nombre.

En estas clases de familias debería considerarse situaciones, como las cónyuges e hijos de los deportados políticos de muchos países, casi siempre alejados forzosamente, con consecuencias morales, psicológicas y económicas. Igualmente las familias de los asilados, por diversas causas, que se encuentran apartados de su cónyuge y de sus hijos, muchas veces, menores de edad.

III.- ASUNTOS PENDIENTES

Es verdad que el Código Civil Peruano ha tenido muchísimas modificaciones, como el referido al art. 21 y sus concordancias, pues el texto original impedía la inscripción en los Registros de Estado Civil de los niños nacidos fuera de matrimonio si sus progenitores no estaban presentes. Después de 22 años, de promulgado el Código Civil, el 25 de abril de 2006 la Ley 28720 hizo justicia a dichos niños, muchos de los cuales habían sufrido las consecuencias de la discriminación y la burla, en sus colegios, por ejemplo. Los últimos años del siglo XX han sido difíciles para los padres de familia no casados, en el caso que uno de ellos hubiere querido registrar a su o sus hijos. Solo tenían los apellidos completos quienes eran declarados por sus dos progenitores no casados. Un estudio de la década del 90 informó que en el caso que los varones inscribieran a sus hijos, no había ninguna preocupación. Si la señora iba sola, siendo soltera si se encontraba con la oposición del texto de la ley referida.

Del estudio y análisis del Código se puede objetar que en el siglo XXI esté escrito y tenga vigor el artículo 415 sobre “hijos probables” existiendo la prueba científica del ADN para aplicar a dichos casos, sin embargo dada la realidad del país, y la desigualdad de los litigantes, muchos de los cuales no tienen recursos suficientes, para asumir los costos de las pruebas científicas, se acepta la redacción mencionada, en calidad



de regulación transitoria.

Sin embargo, hay una situación derivada del art. 396, cuyo origen estaba en el art. 670 del Código anterior de 1936, por el que los hijos matrimoniales, reconocidos por tercero, eran excluidos de la sucesión. Hubo varios casos en los que los largos procesos, impidieron que los legítimos herederos forzosos, asumieran su patrimonio. El Dr. Cornejo Chávez explicó que su texto original terminaba en: “salvo prueba en contrario”.

Quiere decir que el anteproyecto del art. 396 decía: “El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable, salvo prueba en contrario”.

Al ser suprimida la última frase: “salvo prueba en contrario”, sufrió la naturaleza del proyecto, pues la casuística de madres es numerosa. Hay casadas abandonadas, que ignoran el actual domicilio de su cónyuge. Hay mujeres que se separaron, pero su pobreza les impide legalizar su situación. También hay mujeres migrantes con dificultad de acreditar su status legal y de divorciarse, si fuere el caso.

Por ello, cuando se modifica un texto, sin conocer la exposición de motivos se crea problemas sociales, como en este caso en el que madres de distinta condición pueden ser discriminadas, no solo ellas, sus hijos, cuyo derecho debe ser protegido por la ley.

Los Talleres de Investigación de la UNMSM y varios estudios de maestros y abogados, se han pronunciado sobre la necesidad de derogar el art. 396, pues la impugnación de la paternidad, si fuera el caso, está protegida por el artículo 363 del Código en vigor, sobre “contestación de la paternidad”.

Incluso los plazos para accionar han sido superados, por la jurisprudencia que ha

admitido pruebas científicas de la paternidad, en casos de defensa de la verdad biológica. Pero siempre han sido demandas interpuestas por padres, es decir, varones.

IV.- REIVINDICACION HISTORICA: LA UNION DE HECHO

En nuestro país en estos últimos años estamos asistiendo a algunos cambios sociales y a una evolución del Derecho Familiar; estos cambios han permitido que la unión de hecho o convivencia ingrese a instituciones familiares legales desde 1979, cuando la Constitución Peruana proclamó las formas de la familia, de acuerdo a la realidad social del país.

Por mandato constitucional, el reconocimiento legal de la unión de hecho se dio en el Código Civil de 1984, incorporando -de este modo- una nueva institución que podría formar parte de un Código de Familia en el Perú (3) .

A) ANTECEDENTES HISTORICOS:

La unión de hecho es un fenómeno social que tiene vigencia ancestral, histórica y universal, ha conseguido mantenerse sin ninguna o escasa protección jurídica tan solo porque tiene raíces sustancialmente naturales. Prueba de ello es que el régimen jurídico de la unión de hecho en el Perú no tuvo vigor legalmente, hasta que un precepto constitucional, el art.9 de la Constitución Política del año 1979, lo reconoció en forma expresa.

A.1.-Derecho Familiar incaico:

Debemos manifestar que hablando a través de la historia peruana, cuentan que el interés del Estado incaico en las uniones de hecho era formalizarla a través del curaca, o autoridad, con el afán de recibir tributos y contribuciones. A la concubina se le denominaba Shipa o Coya. Pero la institución ha sido más generalizada entre los antiguos peruanos, si tenemos presente el “servinacuy” o las 19 denominaciones en quechua y en distintos idiomas andinos y de las



comunidades nativas.

A.2.-Derecho Familiar Colonial

Mientras que la unión de hecho en la época Colonial tuvo su origen en la desigualdad social y económica, debido a que los españoles casados no podían casarse ni con las mujeres españolas ni criollas, ni con las mujeres de la raza incaica. Se unían en concubinato impropio o barraganía con mujeres pobres o con algunas que estaban separadas o abandonadas por sus maridos.

A.3.-Codigo Civil de 1852

Con la entrada en vigor del Código Civil de 1852 no se regulo legalmente las uniones de hecho porque al adoptar la doctrina del Código Canónico sobre el matrimonio indisoluble, el propósito del legislador era fomentar el matrimonio para toda la población y garantizar que se formaran familias estables.

A.4.-Código Civil de 1936

El Código Civil de 1936 no regula la unión de hecho, sin embargo regula de manera genérica en su art. 1149 el enriquecimiento indebido, el que puede ser aplicado a las uniones de hecho y también a casos de concubinato propio e impropio, pues la norma solo se refiere a relaciones económicas o comerciales en general. Es con la entrada en vigor de la Constitución Política de 1979, que reconoce la unión de hecho en la que el hombre y la mujer constituyen una sociedad como el matrimonio, en la que se inspira el Código Civil de 1984 para desarrollar la unión de hecho, protegiendo los derechos de muchas familias estables, cuyos progenitores no contrajeron matrimonio, siguiendo -probablemente- las costumbres de una institución del antiguo Perú, como el Servinacuy.

A.5.-Constitución Política de 1979

Es la Carta Política de 1979, la que por primera vez, regula legalmente esta institución

familiar cuyo texto decía. “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable.” (Artículo 9).

A.6.-Codigo Civil de 1984

“La unión de hecho voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de las sociedad de gananciales, en cuanto le fuera aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos”. (Artículo 326). Por enmiendas posteriores, el precepto referido fue modificado para facilitar la prueba escrita, mediante “registro notarial” y para reconocer derecho sucesorio a los supervivientes de la unión de hecho.

A.7.-Constitucion Política de 1993

Según la regulación legal de la unión de hecho establecida en la Constitución Política del año 1979 y el Código Civil de 1984 a la letra dice: “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”.(Artículo 5).

B) TERMINOLOGIA UTILIZADA

La convivencia de una pareja que decide fundar una familia al margen del matrimonio ha sido calificada con diversos términos. Algunos describen con sentido peyorativo la comunidad de vida que desarrolla la pareja, que no desea pasar por las formalidades que el matrimonio conlleva: otros, califican a esta unión afectiva empleando la palabra matrimonio pero con negación –no casada, no matrimonial-; otros calificativos, quieren reflejar la ausencia de formalidad en la situación –de hecho, libre- que



es una de las principales características de este modelo familiar.

Estas uniones de hecho han presentado formas y denominaciones variadas, dependiendo de la cultura donde se presenten, pero con la característica común de ser uniones sexuales permanentes semejantes al matrimonio, a las cuales solo han faltado las formalidades establecidas por la ley.

En Roma, las uniones no matrimoniales fueron descritas socialmente como concubinatos, contubernios o estupro, aunque jurídicamente no se establecía entre ellas ninguna diferencia, salvo para el estupro, sancionado por las leyes penales. Y se calificaba a la concubina de “pellicex” o “amiga”, empleándose el término “pellex” a quien tenía relaciones con un casado. El concubinato romano se daba generalmente entre personas desiguales. Solo podían contraer matrimonio, los ciudadanos, los iguales, pero si una de las partes era esclava, no podía contraer matrimonio, salvo que fuera adoptado o adoptada por un ciudadano romano, así, adquiriría la condición igualitaria para contraer matrimonio.

Hoy en día en España; son denominadas parejas de hecho las que constituyen la proclamación de la subjetividad en pareja. Si bien el sentimiento pasajero puede superarse con el vínculo definitivo, esta situación no es factible entre las parejas de hecho. “Se aprecia una especie de incertidumbre frente al futuro, un rechazo a comprometerse, un deseo de recobrar más fácilmente la independencia; es en este sentido como se puede interpretar el desarrollo de la cohabitación no sancionada por un vínculo legal”.

En Francia, la doctrina y jurisprudencia prefieren el nombre “unión libre”, nombre que se explica por cuanto las partes son libres para iniciar la relación y para ponerle término.

La legislación boliviana vigente utiliza la terminología “unión conyugal de hecho”.

Entre los calificativos más empleados destacan entre otros los siguientes: concubinato, matrimonio de hecho, convivencia “more uxorio”, uniones extramatrimoniales, familia de hecho, unión o pareja para matrimonial y parejas de hecho, hoy en día uniones no matrimoniales.

La legislación vigente en el Perú, denomina “unión de hecho”, a lo que en el lenguaje común se llama concubinato propio o convivencia, es decir, solo a aquellas parejas que no tienen ningún impedimento para contraer matrimonio, entre sí.

C) ETIMOLOGÍA Y NOCIÓN CONCEPTUAL

1.-Etimología

La palabra concubinato alude, etimológicamente, a la comunidad de lecho. Es así, una voz que sugiere una modalidad de las relaciones sexuales mantenidas fuera del matrimonio, como una expresión de la costumbre. Diversamente apreciado desde el punto de vista jurídico, el concubinato aparece o repudiado enérgicamente o admitido con alternativas que lo consideran con reciente timidez, o también con definitiva y tajante eficacia jurídica. Esta diversidad de juicio parece consustancial con el concubinato, pues, considerado desde los momentos iniciales de su desarrollo, hasta ahora, la latitud en que se aprecia confina siempre con posturas extremas que van desde el rechazo, que le niega toda posibilidad de ingreso al orden jurídico, hasta las corrientes que lo acogen para acordarle un reconocimiento que tiene las apariencias de una rehabilitación. Se juzga a la unión de hecho, a veces, como postergado o como padeciendo los efectos de una fuerza inhibiente, en tanto golpea a las puertas de la legalidad, como realidad viva, en demanda del reconocimiento de su urgencia social y de una virtualidad jurídica que el conocimiento de la buena técnica legal



está predispuesto a dispensarle. Pero siempre la militancia oscila entre términos extremos. Las posiciones se apoyan, no obstante, casi en un mismo fundamento: la moral. Quienes ven en el concubinato una afrenta a las buenas costumbres, un ataque a la familia o la ilicitud de su conformación invocan, como mas alta razón, la moral lesionada. Quienes propugnan su defensa entienden, en cambio, que es inmoral desconocer validez a las obligaciones o acción a los derechos que sean la consecuencia del concubinato, aun de modo indirecto, y que se sirva de esta manera a intereses que a su vez serian ilegítimos, se hace, en fin, en nombre de la moral, una salvedad que aparece casi unánimemente admitida: en la obligación vinculada de algún modo al concubinato, para tener acción, no puede estar en juego el pretium stupri.

Etimológicamente, la voz concubinato proviene del latin “concubinatus”, de cum (con) y cubare (acostarse). Federico Puig Peña lo define como “la unión duradera y estable de dos personas de sexo opuesto, que hacen vida marital con todas las apariencias de un matrimonio legitimo.

2.-Concepto

Cornejo Chávez distingue dos acepciones de la palabra concubinato: una amplia y una restringida (4).

La unión de hecho o concubinato propio; puede ser conceptuada en dos sentidos: uno amplio y el otro restringido.

2.1.-El Concubinato en sentido amplio (unión de hecho).

Puede darse entre personas libres o atadas por vinculo matrimonial con distinta persona, o que tengan impedimento para legalizar su unión o no lo tengan, sea dicha unión ostensible o no lo sea; pero siempre que exista un cierto carácter de permanencia o habitualidad en la relación. Quedan en consecuencia, excluidos

del concubinato, la unión sexual esporádica y el libre comercio carnal.

La unión esporádica se da, generalmente, cuando hay personas o ciudadanos que practican el “amor libre” y el comercio carnal está señalado como prostitución y en forma genérica como caso de “trata de personas”. El Código Penal tipifica como delito las actividades de los proxenetas.

2.2.-El Concubinato en sentido restringido

Puede conceptuarse como la convivencia habitual, esto es, continua y permanente, desenvuelta de modo ostensible, con la nota de honestidad o fidelidad de la mujer y sin impedimento para transformarse en matrimonio, en donde se infiere que no se considera incluida la relación esporádica ni el libre comercio carnal ni la convivencia violatoria de alguna insalvable disposición legal relativa a los impedimentos para contraer matrimonio.

La libre convivencia entre un hombre y una mujer constituye uno de los modos de relación individual plenamente aceptado hoy día por la sociedad – aunque exista alguna resistencia de orden moral, que exige un mínimo de organización jurídica. Como señalaba el profesor Castán Tobeñas, (5) no deja de ser grave el problema de si el derecho ha de desentenderse por completo de las uniones libres.

Según la Enciclopedia Jurídica Omeba.

La palabra concubinato alude, etimológicamente, a la comunidad de lecho. Es así, una voz que sugiere una modalidad de las relaciones sexuales mantenidas fuera del matrimonio, como una expresión de la costumbre. Diversamente apreciado desde el punto de vista jurídico, el concubinato aparece o repudiado enérgicamente o admitido con alternativas que lo consideran con reticente timidez, o también, con definitiva y tajante eficacia jurídica. Esta diversidad de juicio aparece consustancial con el concubinato, pues,



considerado desde los momentos iniciales de su desarrollo, hasta ahora, la latitud en la que se le aprecia confirma siempre con posturas extremas que van desde el rechazo, que le niega toda posibilidad de ingreso al orden jurídico, hasta las corrientes que lo acogen para acordarle un reconocimiento que tiene las apariencias de una rehabilitación.

Según el Diccionario Jurídico Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas.

“El concubinato” es la relación o trato de un hombre con su concubina. La vida marital de esta con aquél. Estado en el que se encuentran el hombre y la mujer cuando comparten casa y vida como si fueran esposos, pero sin haber contraído matrimonio ni ninguna especie de matrimonio, ni canónico ni civil.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, dice que “concubina” es “Manceba o mujer que vive y cohabita con un hombre como si fuera su marido”.

Hay Estados, como Uruguay que reconocen efectos jurídicos a uniones impropias, mejor dicho a la convivencia y las denominadas uniones impropias o concubinato, en general, incluyendo relaciones adúlteras.

En el Perú la unión de hecho fue ideada desde un ámbito moral, social y legal, es decir se trata de...”relaciones extramatrimoniales voluntarias entre un varón y mujer sin impedimento matrimonial, para efectos de hacer vida similar a la del matrimonio”, como por ejemplo la unión llevada entre un varón soltero con mujer divorciada o un varón viudo con una mujer viuda, soltera o divorciada, entre otros supuestos.

D) CAUSAS QUE ORIGINAN LA UNIÓN DE HECHO

La existencia y proliferación de las uniones

de hecho es una realidad incuestionable en la sociedad de los últimos años. Los factores que han podido influir en esta expansión de las uniones no matrimoniales responden a distintas razones.

Estas pueden ser debidas a la existencia de impedimentos por los que las parejas no pueden contraer matrimonio; o también, se puede encontrar causas económicas o culturales que hacen mas viable la unión sin contraer matrimonio. En la mayoría de los casos, los convivientes han decidido libremente el compartir su vida en común sin atenerse a las formalidades del matrimonio, por el rechazo claro a la solemnidad que este supone.

En cada país, y según la circunstancia histórica por la que atraviesa, puede sostenerse que prevalecen distintas causas para el aumento de las uniones concubinarias. Así por ejemplo en los países latinoamericanos, el desarrollo del concubinato o de la unión de hecho, admite como causas, fundamentalmente, el factor económico, que inclina a vastos sectores de la sociedad, de escasos recursos, a apartarse del establecimiento de una relación que crea cargas y obligaciones de origen legal; también el factor cultural, ya que en muchos casos, como puede observarse en comunidades alto andinas de Perú y Bolivia, e incluso en el norte argentino, antiguas tradiciones indígenas son el origen de una convivencia permanente entre hombre y mujer, sin incluir la celebración del matrimonio.

En realidad las causas de la convivencia o unión de hecho en la comunidad nacional, peruana, son de orden social, por problemas económicos, debido a las raíces culturales y también por razones políticas.

En efecto, las causas de carácter político son principalmente, cuando los posibles contrayentes consideran que los procesos de separación y divorcio son muy largos en las Cortes y Tribunales. En otros países los contrayentes en estos casos firman acuerdos pre nupciales, en el Perú no existe esta modalidad,



pero tampoco está prohibido por la ley.

E) TEXTO DEL CODIGO CIVIL PERUANO

Como se puede apreciar en los antecedentes históricos de la codificación civil en el Perú la unión de hecho se encuentra regulada en el Código Civil vigente del año 1984 en su artículo 326, que preceptúa lo siguiente:

“Art. 326.-La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

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

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

Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido” (6).

Quiere decir, que, conforme se encuentra regulado en el primer párrafo del artículo 326 del Código Civil Peruano, la unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial cumplen deberes semejantes a

los del matrimonio, es decir los mismos que se encuentran regulados en los artículos 287 al 294 del código civil referido.

Diferenciando el matrimonio con la unión de hecho, en el Código Civil Peruano, se encuentra varias diferencias, en el texto primigenio de 1984, como las siguientes:

1. La unión matrimonial es jurídica, mientras que la unión de hecho es fáctica. 2. El matrimonio origina el Derecho hereditario para el cónyuge superviviente, mientras que la unión de hecho – en su texto primigenio- no originaba derecho hereditario de la o del conviviente superviviente, lo que ha sido modificado por la Ley 30007, que igualmente incorpora a los convivientes supervivientes a los efectos del art. 724 del Código civil, enumerándolos como herederos forzosos. 3. El matrimonio tiene dos formas de régimen patrimonial, el primero la sociedad de gananciales y el segundo la separación de patrimonio, mientras que la unión de hecho solo origina una sociedad de bienes que sujeta a los convivientes al régimen de la sociedad de gananciales.

En cuanto a la prueba escrita, que contiene el segundo párrafo del art. 326, se ha facilitado con la enmienda de la Ley de Competencia Notarial 26662 por la Ley N° 29560 que amplía las funciones en asuntos no contenciosos, modificando el art. 1, de la primera norma, adicionando el art.8, sobre “reconocimiento de Unión de Hecho”.

F) LA UNION DE HECHO EN LOS CODIGOS DE FAMILIA

Aun cuando México reconoce los derechos de las familias originadas en padres convivientes, hace varias décadas, queremos en estos párrafos reconocer la importancia de los Códigos de Familia que contienen dicha regulación, como los Códigos de Familia de Bolivia, de Costa Rica, de Cuba, de Honduras, de El Salvador y de Panamá, en Latinoamérica.



También debemos mencionar el Código de Familia de Marruecos, nación africana, perteneciente a la comunidad árabe y de religión mayoritaria islámica.

Precisamente, por su cultura y tradición islámica, Marruecos respeta el matrimonio poligámico, pero difunde la naturaleza del matrimonio monogámico, en su institución denominada Moudawana.

Nótese que Marruecos, como el Perú, tiene varias culturas ancestrales en su población rural o de aldeas alejadas de los centros urbanos.

V.-RECOMENDACIONES

1.-El Código Civil Peruano de 1984 debe ser revisado a la luz de la Constitución Peruana, para perfeccionar casos de discriminación mediante el derecho, por ejemplo las consecuencias del art. 396.

2.-El art. 326, sobre Unión de Hecho es muy largo, contiene varios preceptos, que deberían ser explicados.

Más aún, el art. 326 del Código Civil Peruano tiene dos enmiendas importantes que podrán formar parte del Código como art.326 A; y, art. 326 B.

3.-La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNMSM debe asumir las líneas de Investigación para 2015 invitando a los profesores a investigar los casos de discriminación que contiene el Código Civil, en sus títulos dedicados a la regulación del Derecho de Familia y al Derecho de Sucesiones.

VI.- NOTAS DE PIE DE PAGINA

(1) Texto actualizado del Código de los Niños y Adolescentes, edición 2010

(2) López Rendo, Carmen: "Del Derecho Romano al Siglo XXI"

(3) Monografía del estudiante de Post Grado, Doctoral: Santiago Llacari, UNMSM

(4) Cornejo Chávez, Héctor: Derecho

Familiar Peruano

(5) Castán Tobeñas, José: "Derecho de las Personas"

(6) Texto primigenio del art. 326, Código Civil Peruano, 1984

VII.-REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor: "Derecho Familiar Peruano", Studium, Lima, 1994

CASTÁN TOBEÑAS, José: "Derecho de las Personas", Aragón, s/f

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: "Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas", Lima, 2002

GENG DELGADO, Federico: "Historia del Derecho Peruano" Ilax Gráfica, Lima, 1996

LLANCARI ILLANES, Santiago: "La Unión de Hecho", Monografía, Doctoral, UNMSM, Lima, 2012

LÓPEZ RENDO, Carmen: "Del Derecho Romano al Siglo XXI", Universidad de Oviedo, 2009

MEZA Carmen, HAMPE Teodoro: "La Mujer en la Historia del Perú" coautores, recopiladores, Congreso de la República, Lima, 2007

MEZA INGAR, Carmen: "Casos de Discriminación mediante el Derecho", CONCYTEC, Lima, 1988

MEZA INGAR, Carmen: "Ideas para un Código de Familia", CONCYTEC, Lima, 1990

MEZA INGAR, Carmen: "Más allá de la Igualdad", Amaru Editores, Lima, 1986

RENTERÍA, Margarita: "Historia del Derecho Peruano: Los derechos civiles de las Mujeres en el Perú", en Revista del Foro N° 101, Lima, 2013