



FACULTAD DE DERECHO  
SECCIÓN DE POSGRADO

**LA HERENCIA FORZOSA ENTRE LOS CONVIVIENTES :  
AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NECESIDAD DE  
MODIFICACIÓN, A PROPOSITO DE LA VIGENCIA DE LA  
LEY N° 30007**

**PRESENTADA POR  
JUAN ALEJANDRO OLAVARRÍA VIVIAN**

**ASESOR  
OSWALDO ARIAS MONTOYA**

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

**LIMA – PERÚ**

**2017**



**Reconocimiento - No comercial**

**CC BY-NC**

El autor permite transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra con fines no comerciales, y aunque en las nuevas creaciones deban reconocerse la autoría y no puedan ser utilizadas de manera comercial, no tienen que estar bajo una licencia con los mismos términos.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



FACULTAD DE DERECHO  
SECCIÓN DE POSGRADO

“LA HERENCIA FORZOSA ENTRE LOS CONVIVIENTES:  
AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NECESIDAD DE  
MODIFICACIÓN, A PROPOSITO DE LA VIGENCIA DE LA LEY N°  
30007”

PARA OPTAR  
EL GRADO ACADEMICO DE MAESTRO EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

PRESENTADO POR:  
JUAN ALEJANDRO OLAVARRÍA VIVIAN

ASESOR:  
DOCTOR OSWALDO ARIAS MONTOYA

LIMA, PERÚ

2017

Dedicatoria:

A la memoria de mi tatarabuelo don José Valentín de Olavarría, Prócer de la Independencia, quien participó de la gesta libertadora en Argentina, Chile y Perú.

Agradecimiento:

A mi asesor Dr. Oswaldo Arias Montoya, por su generosa disponibilidad y valioso apoyo, y por su grato entusiasmo motivacional.

## ÍNDICE GENERAL

RESUMEN.....	1
ABSTRACT.....	2
INTRODUCCIÓN .....	3
CAPÍTULO I. MARCO TEÓRICO.....	10
1.1    Antecedentes de la investigación.....	10
1.2    Bases teóricas .....	11
1.2.1    En cuanto al Derecho de Familia .....	11
1.2.2    En cuanto al Derecho Sucesorio .....	12
1.2.3    En cuanto a la Igualdad como principio y derecho fundamental de la persona 13	
1.3    Definición de términos básicos .....	13
1.3.1    Matrimonio.....	14
1.3.2    Unión de Hecho.....	14
1.3.3    Concubinato .....	14
1.3.4    Unión de Hecho Propia .....	15
1.3.5    Unión de Hecho Impropia.....	15
1.3.6    Herencia .....	15
1.3.7    Legítima .....	16
1.3.8    Herederero.....	16
CAPÍTULO II. METODOLOGÍA.....	17
2.1    Diseño metodológico.....	17
2.2    Formulación del Problema .....	18
2.3    Hipótesis.....	19
2.4    Procedimiento de muestreo y técnicas e instrumentos de recopilación .....	21
2.5    Aspectos éticos .....	23
CAPÍTULO III. RESULTADOS .....	24
3.1    Matrimonio y unión de hecho .....	24
3.1.1    Planteamientos preliminares .....	24

3.1.2	Tendencia y teorías respecto al tratamiento legal de la convivencia .....	40
3.1.3	El Matrimonio .....	48
3.1.4	Naturaleza Jurídica del Matrimonio.....	50
3.1.5	El Matrimonio en el Derecho Romano y en el Incanato.....	56
3.1.6	La unión de hecho, convivencia o concubinato .....	58
3.1.7	Naturaleza jurídica de la unión de hecho .....	65
3.1.8	El concubinato en el Derecho Romano y en el Incanato .....	69
3.2	Derecho a la igualdad, matrimonio y convivencia .....	71
3.2.1	Planteamientos Preliminares .....	71
3.2.2	La igualdad, el matrimonio y la unión de hecho .....	79
3.3	La herencia como derecho fundamental de la persona.....	81
3.4	La herencia a favor de los concubinos .....	88
3.5	La herencia del conviviente y la legislación comparada .....	99
3.6	La indignidad sucesoria y la desheredación, deficiencias y omisiones en la Ley N° 30007 .....	104
3.7	La herencia forzosa.....	110
3.8	Las clases de herederos y la calidad sucesoria del conviviente que sobrevive a su concubino .....	114
	CONCLUSIONES .....	123
	RECOMENDACIONES .....	132
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	143

## RESUMEN

Se advierte y cuestiona en el presente trabajo, -cuyo método de investigación es de tipo teórico no experimental y de enfoque predominantemente cualitativo-, la marcada tendencia a la desaparición de las diferencias existentes entre el matrimonio y la convivencia, al extenderse el tratamiento normativo y jurídico del primero a la segunda, lo que se ha visto reforzado aún más en nuestro país con la promulgación de la Ley N° 30007; siendo que ello resiente el derecho a la igualdad en su sentido negativo o a *contrario sensu*, aunado a la tendencia también de las personas para optar en forma sesuda por la convivencia prescindiendo del matrimonio como única forma de vivir en pareja y de fundar una familia, de acuerdo a resultados estadísticos. En ese sentido, se parte de considerar y concluir que el derecho a la herencia no es un derecho fundamental de la persona y por tanto el no considerarlo para la convivencia no implicaría una discriminación odiosa que lesione a las personas. Se concluye y propone finalmente que la herencia sea una opción que puedan descartar o elegir los convivientes, según sus intereses, necesidades o motivaciones particulares, planteando así la modificación de la norma y otras sugerencias de cambio al advertirse también en la Ley N° 30007 omisiones respecto del conviviente para las figuras de la desheredación y de la indignidad sucesoria, que no tendrían justificación alguna en preservarse por las soluciones inicuas que podrían derivarse de ello.

## **ABSTRACT**

In this study, -which research method is theoretical non-experimental with a predominantly qualitative approach- the marked tendency towards the disappearance of the existing differences between marriage and cohabitation, as normative treatment is extended and legal from the first to the second, which has been further strengthened in our country with the promulgation of the Law No. 30007; being that it affects the right to equality in its negative or opposite sense, joined to the tendency also of people to opt for the cohabitation without marriage as the only way to live as a couple and to found a family, according to statistical results. In that sense, it starts by considering and concluding that the right to inheritance is not a fundamental right of the person and therefore not considering it for cohabitation would not imply hateful discrimination that would harm people. It concludes and finally proposes that inheritance be an option that can be discarded or chosen by the cohabitants, according to their particular interests, needs or motivations, proposing the modification of the norm and other suggestions for change, as also noted in Law No. 30007 omissions regarding to the cohabitant for the figures of disinheritance and succession indignity, which would have no justification in preserving themselves for the unfair solutions that could be derived from it.

# INTRODUCCIÓN

Hoy en día es una realidad innegable que la cultura en general y el conocimiento se vienen masificando gracias en parte a la abundancia de medios de comunicación y a la innegable mayor facilidad del acceso a ellos, y quizá en gran parte al manejo del internet y a la difusión de las redes sociales, siendo muy raro que un teléfono celular, una Tablet y un computador u ordenador personal, no tengan el internet y las redes sociales incluidas y con mayor razón a partir de principios del Siglo XXI.

Al respecto, y de acuerdo a cifras proporcionadas en nuestro país por el Instituto Nacional de Estadística, relativas al acceso a las tecnologías de información y comunicación en los hogares peruanos, se determina un incremento del comparativo del último trimestre de los años 2012 y 2013, estableciéndose por ejemplo que de cada 100 hogares en el Perú 86 tienen al menos uno de estos servicios: teléfono fijo, teléfono móvil, televisión por cable e internet. Es así que bajo esta premisa que constituye una verdad de Perogrullo, y porque no decirlo hasta un hecho de dominio público, podemos colegir que hoy en día a diferencia de lo que ocurría hace 30 ó 40 años atrás, ha disminuido sustancialmente el desconocimiento o la ignorancia de las relaciones y los efectos o consecuencias a los que puede llegar a someterse una pareja conformada por un hombre y una mujer que se demuestran afecto y quieren

vivir juntos en un ambiente de Hogar y quizá conformar una familia; en consecuencia, hoy en día también se puede decir que ha disminuido la posibilidad, en términos generales, de cometer abusos en base al aprovechamiento económico o la ventaja económica que pueda sacar uno del otro (dentro la pareja), en función al desconocimiento o a la ignorancia de las personas que viven en pareja sin estar casadas. Vale decir, que la realidad actual es muy distinta a la que hubo en la década de los años ochenta hacía atrás, en donde había que otorgar protección jurídica al conviviente abandonado o perjudicado con la ruptura intempestiva de la relación convivencial, teniendo como antecedentes la Constitución Política de 1979, y el Código Civil de 1984.

Lo cierto del caso es que actualmente en la práctica la convivencia se regula en forma casi idéntica a un matrimonio que se rige patrimonialmente bajo la sociedad de gananciales, y lo que es peor ni siquiera los convivientes tienen la opción de poder variarlo como si ocurre con los cónyuges dentro de un matrimonio civil. Toda esta protección provenientes de hipótesis pasadas y un tanto desfasadas en la actualidad no hacen sino perjudicar la convivencia y hasta en cierto caso destruirla pudiendo incluso acabar con el afecto o el amor de los convivientes, los que tendrían que dejar de vivir juntos para evitar heredarse de manera forzosa entre ellos, lo que constituye una situación problemática al no considerar que podría tratarse en algunos casos de: 1) Personas mayores, cada una con sus propios hijos, sin deseos de seguir procreando, y con patrimonio familiar que conservar por la línea de sangre o por

el apellido, y por eso deciden no casarse y convivir para evitar que el patrimonio familiar tradicional de estirpe o abolengo de cada uno de ellos pueda pasar a otra familia mediante la sucesión forzosa; 2) O simplemente porque quizá los convivientes optaron por no casarse precisamente para evitar que su pareja termine involucrada en una sucesión hereditaria con la prole de alguno de ellos; 3) Y también porque no decirlo por cuestiones personales de tipo religioso o por aspectos sociales de tipo subjetivo.

Hoy en día estas parejas no tienen otra opción más que dejar de convivir y seguir amándose, pero cada uno en su casa o viviendo por separado, o en su caso, tener que desprenderse en vida del patrimonio para evitar la sucesión del conviviente o para evitar la concurrencia del concubino en el acervo hereditario, lo que podría implicar un trastorno personal que constituye además una situación problemática.

También es destacable –como situación problemática- que por imperio de esta ley se haya producido una restricción a la libertad de las personas en su modalidad de poder elegir el vivir como pareja, conformando un Hogar, pero sin estar afectos a un régimen jurídico matrimonial o muy similar al conyugal.

Finalmente, el texto de la Ley N° 30007 más allá de las bondades que pueda presentar adolece de algunos defectos e incongruencias que pueden dar lugar a interpretaciones encontradas y forzadas de la misma, con las consecuentes injusticias o soluciones nefastas que se puedan derivar de su aplicación literal,

lo que finalmente resulta siendo una situación también problemática. En ese sentido, es válido hacernos las siguientes interrogantes:

¿Por qué dos figuras jurídicas distintas como son el matrimonio y la convivencia o unión de hecho terminan siendo reguladas casi con los mismos derechos y obligaciones, como si se tratara de una situación idéntica?

¿Se atenta acaso contra el principio de igualdad ante la ley en su interpretación a **contrario sensu** o en sentido negativo, al crear la herencia forzosa para los convivientes tan igual como existe para los cónyuges?

¿Se hace necesario, además, en base a los defectos e incongruencias que presenta el texto de la Ley N° 30007 hacerle modificaciones?

¿Qué solución o alternativa brinda la Ley N° 30007 para aquellas personas que deseaban iniciar una convivencia con pleno conocimiento de causa, precisamente porque entre los convivientes no existía la herencia forzosa?

¿Qué solución o alternativa otorga la Ley N° 30007 para aquellas parejas de convivientes que sabiendo que no había herencia forzosa entre ellos, terminan ahora por imperio de la norma sometidos a una realidad no querida o deseada?

¿Ante la similitud de tratamiento entre la convivencia **more uxorio** y el matrimonio, puede acaso afirmarse que en el Perú da lo mismo estar casado que convivir?

¿Se afecta acaso el mandato constitucional vigente de promoción del matrimonio con la herencia forzosa de los convivientes?

De estas interrogantes surgen como propósitos u objetivos de nuestra investigación, entre otros, los siguientes:

1) Demostrar la inconveniencia de la solución legal contenida en la Ley N° 30007, en el sentido de no ser positivo el otorgamiento de derechos hereditarios forzosos al conviviente, pues se da igual tratamiento normativo a dos situaciones distintas como son el matrimonio y la convivencia o unión de hecho, lo que resiente el principio de igualdad visto en sentido negativo o a **contrario sensu**.

2) Demostrar que se restringe el derecho de las personas que deliberadamente no quieren optar por el matrimonio y escogen vivir en convivencia para no verse dentro de los parámetros de una relación conyugal y de sus efectos propios.

3) Formular propuestas de solución para aquellos casos en que de ex profeso los convivientes o futuros convivientes decidan no heredarse recíprocamente, para evitar problemas con la familia consanguínea de cada uno de ellos, más

aún, cuando puede existir patrimonio de abolengo familiar que se desea continúe con la línea de sangre y que no termine pasando a otra familia por efectos sucesorios.

4) Formular propuestas de mejora en la redacción de la Ley N° 30007 que eliminen incongruencias, generalidades así como omisiones en el texto de dicha norma, que puedan dar lugar a interpretaciones literales encontradas o inicuas.

La investigación se justifica y tiene la importancia debida por cuanto incluye una propuesta de modificación de la actual Ley N° 30007, que no solo propone corregir vacíos o errores advertidos en el tenor de dicha norma, sino que, además plantea una alternativa que conjura la restricción de libertades y derechos de los convivientes y también de los futuros convivientes que no quieran heredarse forzosamente entre ellos, como ocurría hasta antes de la vigencia de la referida Ley N° 30007.

Finalmente, la investigación se justifica también por cuanto constituye de alguna manera un nuevo planteamiento que trasciende en nuestro sistema jurídico y legal al situarse entre la postura conservadora y aquella otra que podemos calificar como progresista o de avanzada, y que se basa en privilegiar el derecho a la libertad de las personas, lo que conlleva un impacto positivo en el universo de convivientes habida cuenta de los antecedentes históricos de cómo ha sido afrontada y regulada la unión de hecho en nuestro país.

Fundamentalmente las limitaciones para el desarrollo del presente trabajo estriban en la ausencia de precedentes jurisprudenciales en nuestro país con calidad de cosa juzgada que interpreten y apliquen los efectos derivados de la vigencia de la Ley N° 30007; es decir, el hecho de no poder contar con un grueso de pronunciamientos judiciales que denoten pautas, sentidos o inclinaciones de cómo nuestros tribunales de justicia mayoritariamente vienen resolviendo los casos relativos a la herencia forzosa de los convivientes, constituye en puridad una limitación al presente trabajo, más aún, que lo que se procura con el mismo es presentar una propuesta de mejora mediante la sugerencia de modificación de la Ley N° 30007. Esto debido principalmente a que se trata de una norma relativamente nueva con muy pocos años de vigencia.

Del mismo modo, constituye una limitación la ausencia de trabajos específicos y profundos que se relacionen directamente con el meollo de la investigación realizada, en la medida en que solo existen publicaciones que abordan parcialmente el tema o lo asumen desde otra perspectiva, además de haber encontrado opiniones y comentarios relacionados con la materia de la investigación que hemos desarrollado, pero no a nivel de un estudio exhaustivo o concluyente.

Por último, al ser la presente investigación una de diseño básico, fundamentalmente teórica y de enfoque cualitativo no se han formulado variables.

# CAPÍTULO I. MARCO TEÓRICO

## 1.1 Antecedentes de la investigación

Al respecto debemos afirmar que sobre el particular únicamente hemos podido encontrar artículos y opiniones aisladas de destacados juristas en revistas especializadas no indizadas, y en publicaciones en el internet, pero se tratan de trabajos o comentarios particulares en donde se opina a favor o en contra de la nueva disposición legal y de la figura jurídica que incorpora.

No existen tesis específicas como la que se desarrolla en el presente trabajo monográfico en el sentido que aborden la problemática como una afectación al principio de la igualdad y como una restricción a la libertad de las personas, en la medida en que ven mellada su posibilidad de convivir en pareja y fundar una familia sin tener que estar necesariamente sometida al andamiaje jurídico y legal del matrimonio. Por lo que se trata de un trabajo realmente inédito, considerando –reiteramos- la perspectiva en la que se aborda así como de la conclusión a la que se arriba al proponer un proyecto de modificación a la Ley N° 30007, con un planteamiento nuevo como es el de otorgar una libertad de elección a las parejas de convivientes en relación con la herencia forzosa entre ellos.

## 1.2 Bases teóricas

Los grandes temas teóricos que consideramos relacionados y de necesaria vinculación con el presente trabajo de investigación, son fundamentalmente los siguientes:

### 1.2.1 En cuanto al Derecho de Familia

El concepto de matrimonio y las teorías que lo abordan como un contrato y como una institución, sin dejar de lado la teoría ecléctica.

“La teoría del matrimonio como contrato fue seguida por Pothier, Demolombe, Colin, Capitant, Josserand, Clovis Bevilacqua y Pontes de Miranda, todos ellos como los más radicales.....”.

“Es sustentada por la Iglesia, según el Canon 1055 del Código de Derecho Canónico.” (Varsi, 2011, p.42).

La Teoría Mixta o Ecléctica del matrimonio:

“La distinción del matrimonio in fiere con in facto ese; o matrimonio como acto y matrimonio como estado; o matrimonio como negocio y matrimonio como estado; ha servido para abogar a favor de la teoría mixta o dual del matrimonio que la concibe como contrato en el acto o negocio jurídico in fiere; y en la situación de estado o in facto ese, como

institución. Así diversos autores confluyen en ambas hipótesis como por ejemplo, La Cruz Berdejo y entre nosotros Cornejo Chávez y Peralta Andía; empero otros como Planiol, pese a aceptar la distinción, conciben la mixtura en el mismo momento del acto creador de la unidad conyugal aduciendo a favor de esto la intervención del Oficial del Estado.” (Quispe, 2001, págs. 283 y 284).

El concepto de concubinato, su origen y devenir histórico:

“El concubinato tiene un origen muy remoto, pues le admitió ya, como institución legal, el Código de Hammurabi, que es el más antiguo que se conoce (año 2000 A.C.); pero no ha tenido siempre las mismas características, ni ha sido acogido en todos los pueblos y épocas en análogas condiciones legales.” (Cornejo, 1999, pág.63).

### 1.2.2 En cuanto al Derecho Sucesorio

El concepto de herencia y su distinción con la sucesión:

“En sentido restringido, la herencia se identifica con el patrimonio, concepto al que se adhiere la doctrina moderna. En esta tendencia se encuentra nuestro Código, siguiendo los lineamientos del Código anterior.” (Ferrero, 2016, pág. 125).

La naturaleza de la Legítima y su relación con la herencia forzosa:

“La legítima (llamada en otras partes “Reserva”) es, de acuerdo con lo expuesto, una limitación a la libertad de testar. Si hay parientes de cierto

grado o de cierta línea, como los hijos y descendientes, ascendientes o cónyuge, es absolutamente necesario dejarles parte de la herencia. A tales parientes se les llama por eso “herederos forzosos” lo “legitimarios”. El testador tiene que instituirlos herederos aunque no quiera y, por lo menos, en proporción determinada por la ley.” (Echecopar, 1999, pág. 127).

### 1.2.3 En cuanto a la Igualdad como principio y derecho fundamental de la persona

El concepto de igualdad como principio jurídico, su interpretación y alcances y perspectiva constitucional:

“.....podemos concebir a la igualdad como un derecho fundamental destinado a obtener un trato paritario ante hechos, situaciones, y relaciones equiparables; en otras palabras, hablamos de un derecho subjetivo a no sufrir discriminación, a no ser tratado de manera dispar respecto de quienes se encuentran en una situación equivalente. Contrarium sensu, cabe un tratamiento diferenciado frente a situaciones disímiles, para lo cual se debe acreditar que la referida distinción es objetiva y constitucionalmente razonable.” (Camacho & Sosa, 2005, pág. 52).

### 1.3 Definición de términos básicos

Consideramos como los principales términos básicos que serán utilizados y de necesaria referencia en la presente investigación, los siguientes:

### 1.3.1 Matrimonio

“El matrimonio es una institución fundamental del Derecho de Familia que consiste en la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones legales a fin de hacer vida en común.” (Peralta, 1995, pág. 80).

### 1.3.2 Unión de Hecho

“Debajo de la unión legal, que es el, matrimonio, existe la de hecho, que es el concubinato.” (Cornejo, 1999, pág. 63).

### 1.3.3 Concubinato

“Puedese, empero, distinguir dos acepciones de la palabra concubinato; una amplia, según la cual lo habrá allí donde un varón y una mujer hagan, sin estar casados, vida de tales; y otra restringida, que exige la concurrencia de ciertos requisitos para que la convivencia marital sea tenida por concubinaria.” (Ib. Idem).

#### 1.3.4 Unión de Hecho Propia

“También llamado por la doctrina como concubinato propio. Es la convivencia intersexual, consensuada, estable y habitual, de un varón con una mujer, libres de todo impedimento matrimonial. Hablamos de unión de hecho propia, para referirnos a la unión libre de dos personas solteras, de dos personas que no se encuentran atadas por ningún compromiso matrimonial previo y quienes se encuentran habilitados para trasmutar su unión en un matrimonio civil.” (Calderón, 2016, pág. 31).

#### 1.3.5 Unión de Hecho Impropia

“Esta unión estable no cumple con los elementos o requisitos para su reconocimiento formal. La unión de hecho impropia se presenta cuando dos personas que tienen impedimentos para poder contraer matrimonio se unen entre sí.” (Varsi, 2011, pág. 399).

#### 1.3.6 Herencia

“Llamada masa hereditaria total, acervo bruto, común o ílíquido. Está constituida por el conjunto de bienes y obligaciones de las que el causante es titular al momento de su fallecimiento, incluyendo todo lo

que el difunto tiene, o sea, el activo; y todo lo que debe, o sea, el pasivo.”  
(Ferrero, 2012, pág.127).

### 1.3.7 Legítima

“Es la porción denominada legítima, que el artículo 723 define como la parte de la herencia de la que no puede disponer el testador cuando tiene herederos forzosos. El vocablo viene del Derecho romano, el cual la llamaba también *portio debita*. Se trata de una parte de la herencia independiente de la voluntad del *de cuius*, pues su transmisión debe entenderse con los herederos forzosos. Es intangible, inviolable. Por ello, se le conoce también como reserva hereditaria, término germánico que adoptó el Código de Napoleón.” (Ibid Idem, pág. 427).

### 1.3.8 Heredero

“Es heredero el que, por disposición testamentaria o legal, sucede por sí solo o con otros en la totalidad o fracción importante de los bienes y obligaciones del causante, esto es, en sus derechos activos y pasivos.”  
(Echecopar, 1999, pág. 12).

## CAPÍTULO II. METODOLOGÍA

### 2.1 Diseño metodológico

En cuanto al diseño metodológico podemos aseverar que la presente tesis trata genéricamente de una investigación cuyo **diseño** es no experimental y de **enfoque** predominantemente cualitativo, conforme a los siguientes autores y sus respectivas obras:

Ramos, J. (2008). *Elabore su Tesis en Derecho, Pre y Postgrado* (2da. ed.). Lima: Editorial San Marcos E.I.R.L., pág. 606.

Del Cid, A., Méndez, R. & Sandoval, F. (2016). *Investigación Fundamentos y Metodología*. Lima: Industria Gráfica Cimagraf S.A.C., pág. 24.

Adicionalmente, se trata de una investigación jurídica cuyo **diseño** específico es de tipo exploratorio-propositivo, conforme al siguiente autor y obra:

Aranzamendi, L. (2015). *Instructivo Teórico-Práctico del Diseño y Redacción de la Tesis en Derecho* (2da. ed.). Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L., págs. 81 y 83.

La investigación desarrollada es de **tipo** básica, que también se denomina como teórica o conceptual, conforme al siguiente autor y obra:

Del Cid et al., 2016, pág. 32

En lo que se refiere al **nivel** de la investigación hemos encontrado que esta es descriptiva-explicativa, conforme al siguiente autor y obra:

Palacios, J., Romero, H., & Ñaupas, H. (2016). *Metodología de la Investigación Jurídica*. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L., págs. 403 y 415.

Finalmente, en cuanto al **Método** de Investigación a utilizar este es descriptivo-explicativo, analítico y hermenéutico, y además lógico-jurídico, conforme al siguiente autor y obra:

**Ibid. Idem.**, pág. 404.

## 2.2 Formulación del Problema

### **Problema General**

¿Por qué dos figuras jurídicas distintas como son el matrimonio y la convivencia o unión de hecho terminan siendo reguladas casi con los mismos derechos y obligaciones, como si se tratara de una situación idéntica?

## Problemas Específicos

¿Se atenta acaso contra el principio de igualdad ante la ley en su interpretación a **contrario sensu** o en sentido negativo, al crear la herencia forzosa para los convivientes tan igual como existe para los cónyuges?

¿Se hace necesario, además, en base a los defectos e incongruencias que presenta el texto de la Ley 30007 hacerle modificaciones?

¿Qué solución o alternativa brinda la Ley N° 30007 para aquellas personas que deseaban iniciar una convivencia con pleno conocimiento de causa, precisamente porque entre los convivientes no existía la herencia forzosa?

¿Qué solución o alternativa otorga la Ley N° 30007 para aquellas parejas de convivientes que sabiendo que no había herencia forzosa entre ellos, terminan ahora por imperio de la norma con dicha posibilidad no querida o deseada?

¿Ante la similitud de tratamiento entre la convivencia **more uxorio** y el matrimonio, puede acaso afirmarse que en el Perú da lo mismo estar casado que convivir?

¿Se afecta acaso el mandato constitucional vigente de promoción del matrimonio?

### 2.3 Hipótesis

**Hipótesis general:** Consideramos como una hipótesis general que justifica el tratamiento normativo igualitario entre quienes conforman un matrimonio y la pareja que integra la convivencia, dos cosas puntuales a saber: 1) el origen y sustento común basado en la libertad y voluntad de hacer vida en pareja, y 2) el

ser ambas figuras creadoras o fundadoras de familia; no obstante, consideramos también como hipótesis derivada que ello no es suficiente para que se acoja una suerte de identidad de tratamiento normativo más aún cuando actualmente resulta ser tendencia no hablar ya del Derecho de Familia sino del Derecho de las Familias.

**Hipótesis específica:** Consideramos como una primera hipótesis específica que en base a los antecedentes que existen en nuestro país y a la proyección que se viene dando a la regulación de la convivencia, sí se estaría infringiendo el principio de igualdad ante la ley en su interpretación a contrario sensu, con la creación de la herencia forzosa entre los convivientes.

**Hipótesis específica:** Consideramos como una segunda hipótesis específica la existencia cierta de vacíos y generalidades en el texto de la Ley N° 30007, que exigen modificarla al no regular adecuadamente el derecho hereditario que franquea a los concubinos, poniéndolos en un caso en una suerte de ventaja o privilegio frente a la situación de los cónyuges, y en otro colocándolos en una posición de desprotección frente a la familia de su conviviente.

**Hipótesis específica:** Consideramos también como una tercera hipótesis específica producto de la dación de la Ley N° 30007, la creación de una situación crítica para aquellas parejas de convivientes que conscientemente y por sus propios motivos o razones no deseaban heredarse entre ellos, y

optaron por convivir, restringiéndoles su libertad de permanecer o de escoger los efectos o características de su vida en pareja.

**Hipótesis específica:** Consideramos como una cuarta hipótesis específica que, desde la perspectiva legal y más allá de las consideraciones sociales, y salvo algunas diferencias normativas como el trámite y procedimiento previo al matrimonio, la posibilidad de variar el régimen patrimonial del matrimonio, la obligatoriedad y publicidad del registro y la existencia de un estado civil; en la práctica los efectos jurídicos en cuanto a derechos y obligaciones de esposos y convivientes serían los mismos, por lo que se estaría originando y confirmando la idea o sensación que en nuestro país da lo mismo estar casado que convivir.

**Hipótesis específica:** Consideramos como una quinta y última hipótesis específica que, efectivamente el mandato constitucional de promover el matrimonio como institución fundadora de familia se ve mellado al igualarse y otorgarse los mismos derechos y prerrogativas que ostentan los cónyuges a los convivientes, más aún cuando el derecho a la herencia no es un derecho fundamental de la persona que por el hecho de no otorgarse pueda implicar una discriminación odiosa o atentatoria a la dignidad humana.

#### 2.4 Procedimiento de muestreo y técnicas e instrumentos de recopilación

No aplica el procedimiento de muestreo en las investigaciones teóricas como la que se desarrolla en el presente trabajo monográfico.

Sin embargo, para el desarrollo de la presente investigación dada su naturaleza y el método a utilizar hemos hecho uso principalmente de la recopilación de documentos como libros, revistas, periódicos y jurisprudencia, tanto en soporte físico como electrónico, para lo cual se adquirieron ejemplares en Librerías especializadas y también se hizo revisión de material bibliográfico en Bibliotecas de la Universidad San Martín de Porres y en la Universidad de Lima, así como en páginas de Internet. Todo lo cual fue objeto de un posterior análisis documental.

Según lo anterior se realizó una previa investigación bibliográfica a fin de recopilar las fuentes secundarias que constituyen la bibliografía relacionada directa o indirectamente con el tema y el problema de la investigación.

Los libros, artículos de revistas, jurisprudencia y periódicos tanto impresos como electrónicos que se utilizaron son confiables, pues pasaron por un análisis interno que determinó el contenido y su pertinencia, y otro externo o formal que permitió determinar la autenticidad y validez en cuanto a la data y a la autoría de los mismos, y además registrar los datos del documento para su correspondiente clasificación.

Toda la documentación que se obtuvo fue finalmente procesada mediante fichas bibliográficas para luego ser clasificada y archivada por materias y en forma cronológica por antigüedad, desde las más recientes a las más antiguas.

Reiteramos que por el tipo de investigación fundamentalmente teórica no hubo necesidad de muestreos.

Finalmente, al ser la investigación contenida en el presente trabajo monográfico una fundamentalmente teórica y de enfoque cualitativo no se han formulado variables.

## 2.5 Aspectos éticos

Las fuentes bibliográficas, hemerográficas y/o electrónicas consultadas fueron citadas conforme a las guías de la Universidad San Martín de Porres, y así mismo, que la investigación corresponde exclusivamente a la autoría del presentante y postulante al Grado de Maestro en Derecho, asumiendo plena responsabilidad ante la Universidad y ante las autoridades respectivas, por lo que se garantiza una pulcritud en las citas bibliográficas y en las reseñas de las fuentes de información a todo nivel durante el desarrollo del trabajo de investigación que se presenta para su consideración.

## **CAPÍTULO III. RESULTADOS**

### 3.1 Matrimonio y unión de hecho

#### 3.1.1 Planteamientos preliminares

No podemos empezar el desarrollo de este tema sin dejar de reconocer una verdad que puede ser calificada de Perogrullo en el sentido que la convivencia entre varón y mujer cronológicamente precedió a la figura e Institución del matrimonio como fundamento de la familia. Más allá de los aspectos religiosos o filosóficos lo cierto es que el matrimonio posteriormente se termina imponiendo o privilegiando por la seguridad jurídica que brinda en comparación con la convivencia o unión de hecho.

Tradicionalmente por no decir dogmáticamente siempre se ha concebido al matrimonio como una cuestión o unión de Derecho en tanto está revestido de una serie de requisitos o exigencias previas a su celebración y de formalidades solemnes al momento de contraerlo, para posteriormente estar regido y protegido por un andamiaje de normas jurídicas que regulan sus efectos y consecuencias, mientras que la unión de hecho o convivencia ha sido calificada

como una cuestión fáctica o de hecho inicialmente marginal o desprotegida, al extremo que durante mucho tiempo fue sancionada y calificada como ajena a la formalidad legal y propia de personas de bajo nivel cultural, o como una opción de abierta rebeldía con los estándares convencionales de la sociedad, esto último sobremanera en países desarrollados o del primer mundo sino basta con recordar el movimiento hippie o el movimiento rastafari, que tienen como denominador común la vida en libertad e igualdad sin ningún tipo de ataduras o formalismos.

Desde ya debemos aclarar y dejar sentado que el presente trabajo monográfico se circunscribe a la convivencia propia o unión de hecho **more uxorio**, dejando de lado cualquier otra posibilidad o alternativa de vida en común por más que se aproxime o se parezca.

No cabe duda que la unión de hecho o convivencia puede tener un origen común o único en casi todos los casos con el matrimonio, cual es la **afectio maritalis** o el amor o afecto entre un varón y una mujer de ser pareja y de hacer una vida común con miras a que se les identifique como un hogar y como una familia, y quizá esta semejanza de principio o base común haga ver y creer que a la convivencia o unión de hecho se le tiene que extender todas las regulaciones propias de la institución del matrimonio, como finalmente ha ocurrido con la dación de la Ley N° 30007 promulgada el 17 de abril de 2013, en la República del Perú, la misma que entró en vigor desde el 18 de abril de ese mismo año.

En nuestro país el acercamiento normativo o jurídico de la unión de hecho o convivencia hacía la institución del matrimonio, en términos de similitudes o identidad jurídicas ha sido progresivo o paulatino, pero en cualquier caso siempre ha tenido como soporte o razón de ser un basamento fáctico más que de índole teórico, a saber: la desprotección y la injusticia a la que se veía sometido el conviviente abandonado por su pareja o el integrante de la unión de hecho sobreviviente al deceso de su concubino, cuando el abandonante o el difunto en su caso, era precisamente el que llevaba las riendas económicas de ese hogar y constituía el sustento de la pareja y de la familia, y mediante una ruptura unilateral o un deceso inesperado el conviviente abandonado o supérstite terminaba despojado materialmente y sin recursos para sostenerse por sí solo o con la carga familiar.

En ese sentido, nos tenemos que remontar a principios y mejor aún a mediados del siglo pasado y ver como los mecanismos de solución imaginativos iban desde crear figuras como la de la copropiedad de los bienes adquiridos por la pareja integrante de la unión de hecho, en la medida en que se podía acreditar la percepción de ingresos en ambos, o la del *quasi* delito de enriquecimiento indebido contemplado en el artículo 1149 del Código Civil de 1936, cuando solo uno de ellos era quien percibía ingresos y el otro se dedicaba en forma exclusiva a las tareas y quehaceres del hogar. Sin excluir la especialísima legislación agraria de ese entonces que conforme al artículo 88° del Decreto Ley N° 17716 del 24 de junio de 1969, ya contemplaba aisladamente otorgar la

adjudicación gratuita del terreno agrícola cuyo precio estaba pendiente de ser cancelado, al integrante de la unión de hecho cuya pareja fallecía. En todas estas soluciones jurídicas asiladas y parciales la hipótesis o el presupuesto normativo era siempre evitar el perjuicio económico del conviviente abandonado o sobreviviente a la muerte de su pareja, de donde se hacía necesario adoptar una política de protección al conviviente desvalido que quedaba en dicha situación.

Pasando la mitad del siglo XX y a fines de la década de los setenta la Constitución Política del año 1979 recoge e impone por vez primera la semejanza de la situación patrimonial de la pareja en la unión de hecho extendiéndole los efectos patrimoniales de la sociedad de gananciales dentro del matrimonio, en lo que fuera aplicable, lo que determinó que un lustro después con la promulgación del Código Civil de 1984 se consagrara esta solución a firme desterrando así soluciones forzadas como la de la copropiedad y la del enriquecimiento indebido.

Dentro de ese contexto no podemos dejar de mencionar que nuestros tribunales de Justicia han otorgado pensión de viudez a los convivientes pese a que la viudez es un estado civil que se deriva del matrimonio y los convivientes teóricamente no pueden llegar a ser viudos.

No obstante lo anterior, y dados los “avances” sucesivos de extender el régimen legal del matrimonio a la situación fáctica de la convivencia se vio por necesario

que la unión de hecho o convivencia pueda tener un correlato de formalidad o apariencia pública que amerite el respaldo jurídico que se venía otorgando a fin de conjurar iniquidades o aprovechamientos indebidos, o cuando menos negaciones o desconocimientos injustificados, y en ese sentido se permitió que la convivencia sea pasible de ser declarada o reconocida, para luego ser susceptible de ser registrada o inscrita en el Registro Personal tal como lo señala el artículo 49° de la Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, Ley N° 26662.

Nos detenemos un poco en este último acápite pues siempre debe quedar en claro que la unión de hecho o convivencia en puridad no requiere que sea declarada, reconocida o inscrita para que exista o pueda ser válida, y además para que pueda ser amparada y productora de efectos y consecuencias jurídicas, pues reiteramos que la unión de hecho o convivencia es y será una situación fáctica o de hecho que simplemente se constata o corrobora, y que en todo caso estas posibilidades de declaración, reconocimiento, inscripción o registro deben servir tan solo para facilitar al entorno social el conocimiento de dicha situación, y a las autoridades públicas para que éstas puedan disponer la extensión normativa y en su caso resolver el otorgamiento de los beneficios al conviviente supérstite como en el caso de la pensión de viudez o de amparar sus derechos económicos ante la ruptura unilateral de la convivencia y generar una suerte de bienes gananciales. Esto quiere decir, que todos estos derechos en forma igual les corresponden a los convivientes que no hayan pasado previamente por un trámite de reconocimiento, declaración y su posterior

inscripción y registro, ya que en estos casos el **onus probandi** o el trámite a seguir será más pesado o gravoso para el solicitante o titular de los derechos y obligaciones que emanan de la pre existencia de una unión de hecho.

**Prima facie**, podría pensarse que el registro, declaración o reconocimiento de la convivencia tendría el mismo efecto que la celebración del matrimonio, lo que es totalmente errado ya que en este último caso dicho acto jurídico -a diferencia de la unión de hecho- es constitutivo de derechos mientras que cualquier pronunciamiento sobre la convivencia por más oficial que sea siempre será meramente declarativo. Y tiene que ser así y no de otra manera ya que de otro modo se estaría creando un régimen constitutivo de derechos excluyente, o de alguna manera **erga omnes**, que no es propio de la naturaleza de nuestro sistema registral, y a la vez o en paralelo se estaría creando de alguna manera un nuevo estado civil, y finalmente porque no decirlo también, se estaría creando una suerte o especie de sub matrimonio o matrimonio **deminutio**.

Y decimos esto último, porque a diferencia del matrimonio, aun cuando la unión de hecho figure reconocida e inscrita bien puede haber terminado por decisión unilateral de cualquiera de sus integrantes o por acuerdo de los convivientes, y existir luego o posteriormente otro u otros concubinatos en uno de ellos o en ambos, siendo válida y vigente únicamente la unión de hecho actual para los fines de nuestra legislación, en especial para los alcances de la Ley N° 30007; situación que no se da con el matrimonio en modo alguno, pues para comenzar el matrimonio se constituye y no se reconoce y la disolución del matrimonio no

es unilateral ni tampoco puede ser *inter partes* ya que siempre se requiere de la intervención jurisdiccional o cuando menos de un tercero con funciones o potestades de fedatario, como es el caso de los notarios públicos y también de los funcionarios municipales, dado que lo natural es que la disolución se haga ante las autoridades jurisdiccionales.

La Ley N° 30007 que reconoce derechos hereditarios a los integrantes de una unión de hecho o convivencia en calidad de herederos forzosos y en el mismo nivel jerárquico del viudo o de la viuda, se promulga y entra en vigencia dentro del segundo decenio del Siglo XXI, y tiene al parecer la misma motivación o hipótesis normativa –en nuestra opinión un tanto ya superada- que la del conviviente que queda en desamparo económico por la muerte de la pareja, pese a que ya existía a favor del sobreviviente de la unión de hecho derechos sobre el patrimonio de la convivencia semejantes al de una sociedad de gananciales; y pese a ello no se consideró por el legislador patrio que por más herederos forzosos que pueda tener el conviviente fallecido, este último siempre tuvo la potestad de otorgar un testamento y de hacer libre uso de la porción disponible de su patrimonio a favor del conviviente, en el peor de los casos de un tercio de la herencia si es que el testador contaba con descendencia, y en el mejor de los casos para el conviviente de la mitad de la herencia si es que el testador contaba con parientes en la línea recta ascendente.

Hoy en día es una realidad innegable que la cultura en general y el conocimiento se vienen masificando gracias en parte a la abundancia de

medios de comunicación y en mayor parte al acceso casi generalizado del internet y de las redes sociales, siendo muy raro que un teléfono celular, una tablet y un ordenador personal, no tengan el internet y las redes sociales incluidas y con mayor razón a partir del segundo decenio del siglo XXI. No podemos tampoco dejar de reconocer la existencia de zonas o lugares con acceso gratuito a las redes inalámbricas o Wifi, que facilitan aún más la comunicación, y que dicho sea de paso también se están masificando.

Bajo esta premisa que constituye una verdad de Perogrullo, y porque no decirlo hasta un hecho de dominio público, podemos acaso colegir que el desconocimiento o la ignorancia de las relaciones jurídicas y sus efectos a los que puede llegar a someterse una pareja conformada por un hombre y una mujer que se demuestran afecto y quieren vivir juntos y quizá conformar una familia, podrían hoy en día permitir -en términos generales- cometer abusos en base al aprovechamiento económico o la ventaja económica que pueda sacar uno del otro?. Vale decir, que la realidad actual es muy distinta a la que hubo en la década de los ochenta y más hacía atrás en el siglo pasado, en donde había que otorgar protección jurídica al conviviente abandonado o perjudicado con la ruptura intempestiva de la relación convivencial, quien quedaba desamparado y a su suerte.

La hipótesis de los convivientes analfabetos, ignorantes en sus derechos y desconocedores en los alcances y el concepto de la convivencia, y necesitados de protección o tutela estatal, ya no es tan común o real hoy en día, y más bien

podemos aseverar sin temor a equivocarnos que actualmente ya no es mayoría, pues basta con entrar a un buscador en la web y bajar toda clase de información al respecto y en pocos minutos entender y conocer sino todo mucho sobre ello.

En ese sentido, con la entrada en vigencia de la Ley N° 30007, prácticamente la relación y situación económica de una convivencia o unión de hecho es porque no decirlo igual o casi igual a la de una pareja de cónyuges cuyo matrimonio se rige patrimonialmente por la sociedad de gananciales, con algunas pequeñas diferencias o matices que no hacen sino confirmar este aserto o confirmar la regla mediante la excepción, como la asignación del menaje ordinario del hogar, por ejemplo. Vale decir que desde la perspectiva jurídica ya no hay diferencias saltantes entre la convivencia o unión de hecho y el matrimonio, más allá del ***nomen iuris*** con que se les identifique o designe por lo cual la posibilidad de elección se restringe grandemente para las personas que no quieren casarse por evitar verse inmiscuidos o regidos dentro de los alcances normativos de una relación conyugal, pero que aun así se tienen afecto o amor y desean vivir juntos y verse y sentirse como una familia y conformar un hogar.

Esta absorción o abarcamiento de los teóricos institucionalistas del matrimonio en un afán desproporcionadamente proteccionista, prácticamente ha hecho desaparecer la figura tradicional de la convivencia o unión de hecho, más aún, cuando del propio texto de la Ley N° 30007 se dispone que para ejercerse los derechos otorgados en la referida norma la convivencia tiene que estar

reconocida o declarada y además inscrita en los registros públicos. Nos referimos específicamente al texto del artículo 3° de la referida ley, el cual además impediría absurdamente que, en caso de muerte de uno de los convivientes, el supérstite no pueda solicitar la declaración o el reconocimiento judicial de dicha convivencia si es que ya existiera una inscripción registral anterior en ese sentido, es decir, de alguna otra ex convivencia que haya mantenido en vida el difunto. Lo que en nuestra opinión resulta por demás absurdo e incongruente, ya que bien podría tratarse de una anterior convivencia del difunto ya culminada o rota sin que haya quedado anotado o registrado ese hecho, pues de ser así bien debiera además permitirse a la última conviviente cuestionar o impugnar judicialmente la anterior convivencia del causante a fin de dejar sin efecto o cancelar ese asiento registral como sucede de corriente en otros temas relativos a las inscripciones registrales, y luego de ello pedir la inscripción en registros públicos de la última etapa de convivencia, es decir, de aquella que estuvo vigente a la fecha de la muerte del concubino. Y si ambas pretensiones además pueden acumularse mucho mejor. Esta situación permisiva debiera estar claramente contemplada en los términos de la propia Ley N° 30007, aun cuando para algún sector de nuestra doctrina -conforme al sentir de Castillo Freyre (2013), pueda parecer algo obvio y además posible de atacar y susceptible de discutir o de cuestionar respecto a la calidad de heredero del concubino que aun aparezca inscrito como tal en el Registro Personal. (p.107).

Por otro lado, en qué situación quedarían, -nos preguntamos-, aquellas personas de edad avanzada que conforman una pareja y que tienen hijos cada uno de sus anteriores compromisos, y que con conocimiento de causa y en forma deliberada optaron por la convivencia por razones propias, al menos válidas para ellos, o aquellas otras que por ostentar un patrimonio familiar proveniente de la línea de sangre o de sus ancestros desean que dicho patrimonio continúe con el correspondiente apellido o línea de sangre de cada uno de ellos, pues cuentan ambos convivientes con sus recursos propios, y que de un momento a otro entra en vigencia la Ley N° 30007 que les impone la condición de herederos forzosos a los convivientes, trastocando la situación fáctica que habían elegido y que ahora los podría obligar a tener que vivir separados para evitar precisamente el que se puedan heredar entre ellos, habida cuenta que la ley en vigencia los califica *ipso iure* como herederos forzosos recíprocos. ¿Acaso podemos colegir que el Derecho en este caso termina matando el amor? Igualmente, entre las razones válidas para no optar por el matrimonio y que la pareja haya elegido la convivencia como régimen de vida en común podría también estar el que se quiera evitar el conflicto con los hijos de los convivientes ante la posterior muerte y apertura de la sucesión de uno de ellos. Nada de esto se tomó en cuenta y bien pudo válidamente ser considerado al momento de elaborarse la Ley N° 30007, o es que acaso los concubinos para evitar la herencia forzosa del conviviente en concurrencia con la prole que cada uno pueda tener se verán alternativamente obligados, como solución a este posible y futuro problema, a traspasar su patrimonio o a

adelantar su herencia mediante la figura de los anticipos de legítima, con todos los trastornos que ello pueda conllevar.

Más aún, el legislador no tuvo en cuenta la posibilidad ya existente y cierta que entre los convivientes podía darse la herencia o la sucesión como algo real y viable y no un imposible, y sin necesidad de la Ley N° 30007, pues mediante el otorgamiento de un testamento, de uno cualquiera de ellos o de ambos, en su caso, se podía hacer que el conviviente heredara. Y si en caso existieran parientes del conviviente testador susceptibles de que a su muerte sean calificados como herederos forzosos (los ascendientes o los descendientes, por ejemplo) entonces dicho testador –reiteramos- podía y tenía siempre el recurso fácil de dejar a favor de su conviviente y también por testamento un legado, incluso de hasta el íntegro de la porción de libre disposición. Legado que tratándose solo de ascendientes del conviviente testador podía abarcar hasta el 50% del patrimonio hereditario, y tratándose de solo descendientes del concubino testador hasta de un tercio de dicho patrimonio, proporción bastante considerable en ambos casos.

Nosotros consideramos que la Ley N° 30007 debió en todo caso dejar una potestad para que los convivientes puedan elegir y declarar si es que querían descartar la herencia forzosa entre ellos, pues en honor a la verdad esta rigidez en el tratamiento jurídico de la convivencia o unión de hecho no se justifica, al extremo que incluso para los cónyuges, por ejemplo, existe la posibilidad de que puedan cambiar el régimen patrimonial de su matrimonio sucesivamente o

en reiteradas oportunidades –de sociedad de gananciales a separación de patrimonios y viceversa, cosa que en la convivencia no se franquea tal potestad. Y que para el caso de los cónyuges extrañamente las causales de desheredación sean mayores que para el caso de la desheredación de un conviviente, que en puridad literalmente ni siquiera existen, pues tanto el adulterio como el atentado contra la vida del cónyuge, cuanto el abandono injustificado de la casa conyugal (incisos 1º, 3º y 5º del artículo 333º concordado con su similar 746º, ambos del Código Civil) requieren para su comisión la existencia de un vínculo uxorio entre ofensor y agraviado, que no existe por cierto en la convivencia. Claro está y sin considerar como válido el argumento que tal como está redactado el Código Civil, no existen hoy en día causales de desheredación propiamente dichas para el conviviente, y que la interpretación y aplicación extensiva de las causales de desheredación del cónyuge hacía el concubino no dejan de ser cuestionables al amparo del artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, que impide la aplicación por analogía cuando se trata de normas de excepción o que restringen derechos.

La masificación cultural como política de Estado, aunado al hecho cierto y constante de la existencia de las distintas campañas de promoción a favor de la familia y del matrimonio, en todo nivel del aparato estatal, hace que las hipótesis de desconocimiento o de aprovechamiento o de desamparo de los convivientes constituya más un tema del pasado que de la actualidad, o cuando menos poco probable en nuestros días; por lo cual consideramos que al legislar y conceder iguales derechos bajo una misma solución normativa a

situaciones que son diferentes en forma y en fondo, a saber: matrimonio y convivencia o unión de hecho, y que por ende merecen una regulación distinta como otrora siempre fue; se está afectando el derecho de las personas a optar y elegir entre dos situaciones distintas y con efectos tradicionalmente también diferentes, que hoy mal terminan siendo tratadas en forma igualitaria por imperio de la Ley N° 30007, sin que se les deje margen alguno de poder cambiar eso. En suma, se está restringiendo su libertad. Y las diferencias por cierto no solo están en la forma de su constitución sino también en la asunción expresa de las obligaciones legales que se asumen en un caso, y de sus consecuencias ante el incumplimiento.

Y así como los cónyuges pueden elegir y también variar su régimen patrimonial, debiera cuando menos permitirse que los convivientes puedan optar y elegir no heredarse entre ellos en forma recíproca y también de uno solo de ellos, mediante la posibilidad de una declaración formal y susceptible de ser inscrita en los Registros Públicos en la misma partida registral en donde se encuentre inscrita la convivencia.

La analogía jurídica tiene como base el axioma latino ***ubi idem ratio ibi idem ius***, es decir, donde impera una misma razón impera un mismo Derecho, sin embargo, no podemos dejar de reconocer y aceptar como ya lo hemos dicho líneas atrás que en la mayoría de los casos por no decir en todos, el origen, causa o trasfondo de la convivencia es semejante al del matrimonio, a saber: el amor o afecto que se tiene la pareja y el deseo de vivir juntos y conformar un

hogar y eventualmente una familia; y si bien en esto pueden coincidir matrimonio y convivencia, la realidad social y el Derecho por necesidad y seguridad jurídica se han encargado de regular e instituir al matrimonio como modelo formal merecedor de régimen específico y de protección legal, más allá de las consideraciones religiosas o de tipo social, - y sí también por un tema de orden mediante el registro o la inscripción obligatoria de los matrimonios; dejando en absoluta libertad, pues tampoco se puede obligar a quienes no quieren casarse, a vivir como pareja y al margen de la égida del matrimonio como institución jurídica, atendiendo principalmente a la naturaleza disímil y hasta encontrada del matrimonio como figura de Derecho y a la convivencia como figura fáctica o de Hecho. No está demás afirmar que el hecho de situarse una persona al margen de la ley signifique necesaria e ineludiblemente estar en contra de la ley. Por ello, la pareja que opta por no casarse y elige convivir deliberadamente debe tomársele como una opción válida no proscrita en modo alguno por el Derecho, y más no someterla *ipso jure* a todo un revestimiento legal y jurídico no querido intencionalmente, debiendo limitarse en todo caso la aplicación de las normas del matrimonio para todas aquellas situaciones o problemas de la convivencia que de no aplicarse o regularse con dichas normas resulte así un atentado contra los derechos fundamentales de la persona o que impliquen una discriminación o marginación odiosa intolerable para el ordenamiento jurídico.

De la anterior, confrontación entre matrimonio y unión de hecho, se establecen diversas posturas legislativas, que van desde asumir una negación e

indiferencia hacía la unión de hecho hasta aquella otra de regular y uniformizar, o equiparar, los efectos y consecuencias del matrimonio haciéndolos extensibles a la convivencia. En nuestro país a la par con la tendencia generalizada hemos ido asumiendo cada vez más la posición reguladora alejándonos del abstencionismo, pero no creando nuevos efectos o consecuencias jurídicas sino extendiendo la aplicación de las normas existentes sobre el matrimonio, sin considerar o sopesar que el avance y el desarrollo de los pueblos implica un mayor conocimiento y cultura en las personas, a fin de considerar que la elección de convivir es cada vez más sesuda y no resultado de un desconocimiento o de la improvisación de las personas.

Se corre el riesgo así de desaparecer la típica o clásica unión de hecho, convivencia o concubinato, de la cual solo quedará el nombre o la denominación como un recuerdo histórico, -si es que no se corrigen las cosas-, para dar lugar posteriormente a una suerte de matrimonio *capitis deminutio* o matrimonio de segunda categoría o de segundo grado; y a la vez se está alentando la creación ulterior de nuevas formas u opciones de vida en pareja para todos aquellos que quieran convivir sin estar sujetos a las reglas firmes de lo que siempre significó el matrimonio como estado civil y ahora también a la convivencia con el peso del andamiaje jurídico que se le impone a modo de lastre. No olvidemos pues el adagio que reza: “La realidad siempre escapa a la imaginación del legislador”.

### 3.1.2 Tendencia y teorías respecto al tratamiento legal de la convivencia

Si bien es verdad que actualmente ya no se puede afirmar la existencia de una posición mayoritaria, desde el punto de vista social, o en su caso de una amplia mayoría que califique peyorativa o negativamente la convivencia o unión de hecho en comparación con el status matrimonial, pues la estadística obtenida del Ministerio de la Mujer en nuestro país nos demuestra no solo que cada vez más las mujeres con estudios superiores prefieren la convivencia al matrimonio sino que además existe un marcado incremento de preferencia en la población nacional por la convivencia en vez del matrimonio de acuerdo a los datos obtenidos del Censo Nacional 2007: XI de Población y VI de Vivienda (2010), que no hacen sino corroborar la tendencia que tiene como causa diversos factores y entre ellos el que más fuerza va perdiendo, el de la ignorancia o desconocimiento.

En el mismo sentido, Calderón Beltrán (2016), nos afirma en relación con esto último que:

Según los estudios y cuadros estadísticos del INEI, en los últimos diez años, se han advertido cambios notorios que repercuten en la conformación de las familias, así en una década disminuyó el número de personas solteras de 41.3% (año 2004) a 38.2% (año 2013); aumentaron

las uniones de hecho de 17.6% (año 2004) a 20.4% (año 2013), este aumento se ha experimentado tanto en el ámbito rural, como en el ámbito urbano donde el crecimiento ha sido mayor, lo que demuestra que la convivencia more uxorio dejó de ser casi exclusiva de ámbitos rurales, del campesinado o de pueblos alejados del Perú como antes se creía, estando cada vez más presentes en las metrópolis peruanas, en efecto, en el ámbito rural en el año 2004 se registró un porcentaje de concubinato de 21.1%, en el año 2013 dicho porcentaje se incrementó levemente llegando al 22.1%, mientras que en el ámbito urbano se registró un porcentaje de uniones estables del 16.3% en el año 2004 que se incrementó en el año 2013 hasta el 19.9%; para el INEI la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y su relativa autonomía así como la alta movilidad laboral de hombres y mujeres tendrían relación con el mayor porcentaje de uniones de hecho así como el incremento del porcentaje de divorcios.(p. 48-49)

Lo que además, por cierto, parece ser una tendencia o corriente en la República de Argentina a la luz de los datos obtenidos del Censo de Población, Hogar y Vivienda realizado en dicho país en el año 2010, que concluye en un porcentaje de 61,20% de parejas viviendo en matrimonio en comparación con un 38,80% de parejas que conviven sin haber contraído nupcias. (Molina de Juan, 2014, p.101)

Es interesante destacar como esta tendencia incluso ya se avizoraba años antes pues con ocasión de la celebración del Primer Congreso Nacional de Derecho Civil denominado “Reforma del Código Civil Peruano” llevado a cabo en la Ciudad de Arequipa los días 10, 11 y 12 de junio de 1998, Arias-Schreiber Pezet (1998), en su ponencia intitulada “Reforma del Libro de Familia”, indicaba su preocupación al respecto al decirnos que:

Un tema que es motivo de particular consideración es el relativo a las uniones de hecho, que son una realidad en el Perú, en los países subdesarrollados y también en los desarrollados, al extremo que las estadísticas muestran una franca proliferación. (p. 135)

Más allá de esta marcada tendencia debemos reconocer que existen al menos tres posturas claramente definidas en torno al tratamiento legal que se le debe otorgar a la unión de hecho o convivencia *more uxorio*.

Así, Campos Malpartida (2005), nos menciona que existen la posición abstencionista recogida en el Código Napoleón y en el Código Civil de Vélez Sarsfield, la posición sancionadora que implica crear cargas para desincentivar el concubinato; y la posición reguladora tendiente a resolver los problemas que emergen del concubinato, pero sin llegar a regularlo en forma total. (p. 76)

Añade finalmente a modo de queja y obviamente con anterioridad a la dación de la Ley N° 30007, que:

Si bien nuestra legislación acoge la unión de hecho, ésta se da bajo ciertas condiciones o requisitos exigidos que nuestra legislación ha señalado [...] lo cual solo abarca al concubinato strictu sensu, regulando solo algunos aspectos patrimoniales; por lo que, consideramos que el tema de unión de hecho no ha sido agotado en nuestra legislación, siguiendo nuestra legislación la posición abstencionista en el fondo, con el fin de obligar indirectamente ha [sic] optar por la institución del matrimonio. (Ibid idem)

De igual parecer en cuanto a la posición abstencionista en nuestro país –y claro está antes de la promulgación de la Ley N° 30007-, es Plácido Vilcachagua (1995, p. 337), quien al desarrollar el tema Principio de Amparo a las Uniones de Hecho, dentro de su ponencia intitulada “La Reforma del Derecho de Familia: Enmiendas al Libro III del Código Civil”, con ocasión de la celebración del Congreso Internacional Código Civil Peruano, Balance y Perspectivas, llevado a cabo en la ciudad de Lima en el mes de septiembre de 1994; hace ver que: “La actitud abstencionistas del legislador, que en algunos casos deja sin solución este importantísimo problema social, y, en otros, los regula de modo fragmentario, produce hondo vacío y deja perdurar un incesante y grave mal.” Para luego añadirnos su postura y recomendación en cuanto a cómo debiera tratarse normativamente las uniones de hecho o convivencias:

No se trata de amparar directamente la unión de hecho, sino de elevarlo 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.

La regulación jurídica de la unión de hecho debe tener por objeto imponerle mayores cargas legales, haciéndolo menos atractivo, lo que virtualmente fomentará el matrimonio. (Ibid Idem)

Esta solución de crear o imponer cargas a la convivencia como resultado de asumir la postura sancionadora dentro de un tratamiento normativo en el Perú, también fue propuesta años atrás por Arias-Schreiber Pezet (1998), quien por cierto no dejó de expresar su desazón y malestar en cuanto a la proliferación del concubinato, y en ese sentido nos afirma lo siguiente:

Desde luego no entra en nuestro pensamiento la idea de fomentar directamente las uniones de hecho, pues con ello estaríamos debilitando la institución matrimonial, que es la base fundamental de la familia. Pero por otra parte no podemos desconocer que la unión de hecho es un grave problema con connotaciones sociales y humanas sumamente graves, y que su regulación puramente parcial es insuficiente, de modo

que estaría justificado imponerle mayores cargas de orden legal con efectos no solo patrimoniales sino también personales, haciéndola menos atractiva y neutralizando su facilismo. (p.135)

No obstante las autorizadas opiniones precedentes queda claro que en la actualidad y a la luz de la vigente Ley N° 30007 nuestra legislación tiende a alejarse de la posición abstencionista para acercarse más a la postura reguladora, distanciándose así mismo de la posición sancionadora.

Sin embargo, por la posición que actualmente viene asumiendo nuestra legislación, todo apunta a que la imposición de mayores cargas al concubinato o la convivencia pasa por extenderle los efectos vinculantes y las consecuencias imperativas, -por decirlo de alguna manera-, del matrimonio, lo que de suyo sería una percepción errónea ya que unificar el tratamiento normativo no constituye en puridad una imposición de cargas; y si bien ello -la unificación del tratamiento normativo - podría generar que la unión de hecho sea menos atractiva no significa necesariamente que se fomentará o promocionará el matrimonio al equipararse una y otra figura. De hecho se corre el riesgo además que se estaría desapareciendo una figura natural tan y más antigua que el matrimonio mismo, a la par fundadora de la familia, y se estaría conculcando también las libertades de las personas y de las parejas de optar por una convivencia libre o con la menor sujeción posible de obligaciones *inter partes* como una alternativa más de vida en pareja, a la par reiteramos formadora de un hogar y de una familia.

Por de pronto nos queda claro que con la tendencia o posición legislativa reguladora en el sentido de equiparar *manu militari* ambas figuras –matrimonio y unión de hecho-, conforme se viene solucionando esta problemática en nuestro país, se está desnaturalizando la convivencia o el concubinato, y en ese sentido, quizá sea conveniente utilizar como modelo referencial para una futura reforma o modificación legislativa en el Perú, a la actual legislación argentina que al menos deja abierta la posibilidad de que los integrantes de una unión de hecho puedan acordar los términos y condiciones patrimoniales durante y posteriormente a la vigencia de la convivencia, conforme a los artículos 513° y 514° del Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, que fue promulgado el 07 de octubre de 1994. (ww.uba.ar > archivos\_secyt > image, consultado el 24 de mayo de 2017).

Y si bien es verdad que en la legislación argentina no se acepta la herencia forzosa entre los convivientes sí existe la posibilidad de que el concubino supérstite o sobreviviente, bajo ciertas condiciones pueda ejercer y gozar del derecho de habitación sobre la vivienda que fue hogar de la convivencia fenecida por la muerte de uno de sus integrantes. Dentro de este mismo contexto es que reiteramos viene a colación nuestra propuesta entre otras, para el desarrollo del presente tema, en el sentido de permitir a los convivientes optar o elegir no incluirse o no someterse a la herencia forzosa tal y como está diseñada de manera impositiva en la vigente Ley N° 30007.

Continuando con las posturas asumidas por la legislación en cuanto al tratamiento normativo de la unión de hecho o convivencia, cabe ahora traer a colación lo dicho por Calderón Beltrán (2016), quien considera la existencia de más bien cuatro en vez de tres teorías o posturas legislativas que abordan el tema de las uniones de hecho en comparación con el matrimonio, a saber: 1) La Teoría de la Uniformidad, según la cual se debe equiparar al concubinato en forma plena con el matrimonio civil, brindándole a aquél sin hacer distinción alguna, la totalidad de los efectos jurídicos de éste; 2) Las Teorías Negativas, que no reconocen, ni otorgan ningún efecto jurídico a las uniones de hecho, y dentro de ellas encontramos dos subespecies, cuales son, la Teoría Sancionadora y la Teoría de la Indiferencia, ésta última similar a la teoría abstencionista; 3) La Teoría de la Retracción que pasa por reconocer la existencia del concubinato como un fenómeno social, real y palmario, al cual se le deben brindar ciertos efectos jurídicos fundamentalmente en el orden patrimonial sin que se llegue a equiparar con la unión matrimonial, siendo la finalidad principal de esta teoría el resguardar el derecho patrimonial de los convivientes; y finalmente 4) La Teoría del Equilibrio, cuya protección a la convivencia *more uxorio* no tiene como fin equiparar jurídicamente al concubinato con el matrimonio, ni desnaturalizar a este último, su fin más bien es brindar seguridad jurídica a la persona de los concubinos y dar bienestar a las uniones estables, entendiendo que las soluciones a los conflictos surgidos al interior de las uniones de hecho, encuentran mayor eficacia en la aplicación por analogía del derecho intrínseco de su semejante, que son las uniones matrimoniales. (pp. 35-38 y 41)

En opinión de Calderón Beltrán (2016), a esta última teoría es a la que está virando nuestro Derecho de Familia actual, y pone como prueba de ello el reconocimiento de los derechos sucesorios -o el otorgamiento en sede jurisdiccional de la pensión de viudez a los concubinos-, con ocasión de la entrada en vigencia en nuestro país de la Ley N° 30007 y sus efectos. (p. 38).

### 3.1.3 El Matrimonio

Acercándonos a la noción de matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico, realizaremos también un estudio breve e histórico de lo que significó el matrimonio en el antiguo Derecho Romano y en el Perú prehispánico, con un suscito análisis a una institución que lleva siglos y que en gran medida tiene su origen en el derecho canónico de la iglesia occidental.

Entonces, como primera noción de matrimonio o punto de partida conceptual nos remitimos a la definición establecida en el Diccionario de la Lengua Española (2001) en donde se nos informa que el termino proviene del latín ***matrimonium*** y que tiene como definiciones relevantes; las siguientes:

1. *Unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales.*

2. *En el Catolicismo, sacramento por el cual el hombre y la mujer se ligan perpetuamente con arreglo a las prescripciones de la iglesia.*

No tomaremos en cuenta las otras definiciones que hace la RAE por su poca practicidad para los fines de desarrollo del presente tema y trabajo de investigación, y porque preferimos estudiar una noción de matrimonio con mayor relevancia jurídica, sin que ello signifique cuando menos remitirnos también a la raíz etimológica de la voz que proviene del latín: **maters** que significa madre y **munus** que significa oficio o función, lo que en conjunto nos permitiría definir etimológicamente al matrimonio como el oficio o la función de la madre.

En esta misma línea, Orgaz (1956), en su Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales, nos define al matrimonio como:

Institución fundamental de la vida civil, base de la organización de la familia legítima. Es curioso comprobar que el nombre “matrimonium” hace referencia a la idea de “madre”, como si se conservara el principio matriarcal, a lo menos por un resabio filológico, en el nombre de una institución en que el elemento activo es el “padre”. A la verdad: matrimonio etimológicamente significa: “cosa de la madre”, y hace referencia, no al padre que engendra sino a la madre que concibe y cría.

Por otro lado, Cornejo Chávez (1999), nos indica como cuestión preliminar con referencia a la familia y al matrimonio que:

decir que el matrimonio es la unión sancionada por la ley es aludir a un hecho y a una forma, pero sin penetrar, como es forzoso para configurar el concepto, en la esencia del fenómeno matrimonial, a cuya comprensión es posible llegar a través de un estudio teleológico del mismo.(p.43)

Es así como Cornejo Chávez (Op. Cit.), en ese sentido, nos hace ver que pese a existir dos posturas marcadas en el Derecho respecto a los fines del matrimonio, a saber: una que pone el acento hacia el fin sexual de la pareja y la otra que recalca la finalidad del matrimonio en la ayuda mutua de los casados por medio de una plena comunidad de vida. (pp-43-44), concluye que:

En el fondo, no existe discrepancia entre ambos sectores de la doctrina jurídica, pues expresa o implícitamente todos los autores aluden a los dos grandes fines del matrimonio: uno específico, que es la procreación y la educación de la prole; y otro individual, o sea el mutuo auxilio en una plena comunidad de vida. (p.44)

#### 3.1.4 Naturaleza Jurídica del Matrimonio

Respecto a esta temática puntual encontramos dos caminos de profunda discusión sobre la real naturaleza jurídica del matrimonio, lo que lleva a decir a Cornejo Chávez (1999, p.52) que “la doctrina se bifurca al tratar el problema de la naturaleza jurídica del matrimonio”; pues por un lado la doctrina establece que el matrimonio sería fundamentalmente un contrato, y por el otro se concluye que el matrimonio es esencialmente una institución. En sentido parecido se expresa Quispe Salsavilca (2001, pp. 261-262), quien además nos enseña de la existencia de una tercera corriente mixta al indicarnos que:

alrededor del tema de la naturaleza jurídica del matrimonio dos grandes corrientes y una tercera mixta confluyen, la elección de cualquiera de ellas no lleva inexorablemente a una visión de moral o filosófica unívoca, por el contrario, resulta polivalente, útil para diversas visiones morales, filosóficas, hasta económicas o políticas.

Así, respecto a la tesis de la naturaleza contractual civil del matrimonio, a decir, de Quispe Salsavilca (Op. Cit), ésta se afianza y fundamenta su origen históricamente:

durante la circunstancia de la revolución francesa en el Siglo XVIII, con el auge del liberalismo y de los enciclopedistas y a fin al proceso secularizador presentándose como justificante y en el contexto en que el Estado asume la competencia de legislar en materia matrimonial y el sometimiento a su jurisdicción de las causas matrimoniales; dando lugar

a la aplicación de las reglas de los contratos las cuales habrían intervenido en su formación y podrían dar lugar a su disolución. (p. 263).

Del mismo o de similar parecer es Peralta Andía (1995, p.81), quien corrobora que la concepción contractualista civil tradicional del matrimonio:

responde a la clásica idea del contrato dentro del Derecho Privado, que se cristaliza en las enseñanzas de Rousseau, Montesquieu y Voltaire, quienes consideran el contrato como un acto jurídico gobernado por la autonomía de la voluntad que, permite a los cónyuges, a rescindir o resolver el contrato matrimonial si acaso fracasarán en dicha unión, del mismo modo que las partes rescinden, resuelven o revocan un contrato.

Si el matrimonio fuese solo, única y exclusivamente un contrato, primero que nada estaría regulado y ubicado sistemáticamente en el Libro VII de nuestro Código Civil, y en segundo lugar sería también susceptible o pasible a los distintos remedios y teorías contractuales, como las de rescisión, lesión, excesiva onerosidad de la prestación o las de resolución por incumplimiento, o a las de las excepciones por contrato no cumplido o parcialmente cumplido, y quien sabe a la caducidad de los plazos; las que de suyo colisionarían grave y grandemente con el aspecto no patrimonial y de índole sustancial que a la vez ostenta el matrimonio, partiendo de ahí la clásica distinción entre los deberes y las obligaciones conyugales.

Asimismo, podemos darnos cuenta que en el aspecto matrimonial la voluntad individual o particular así como el interés privado se ven bastante limitados ante las abundantes restricciones o exigencias formales que condicionan su celebración, o en su caso, los actos y procedimientos previos o preparativos para su celebración; mientras que en el normal actuar o devenir de los contratos no existen tantas restricciones o condicionamientos para las tratativas, negociaciones o relaciones precontractuales, que son propios de la libertad contractual y de la libertad para contratar, y que se derivan de la autonomía de la voluntad; sin embargo, la sola participación del consenso y de la autonomía de la voluntad para la celebración del acto matrimonial hace que esta teoría -la del matrimonio como contrato- forme parte indiscutible pero no absoluta o determinante de la formación y naturaleza jurídica del matrimonio.

En esa misma línea de pensamiento participa y comulga Plácido Vilcachagua (1997, p. 13), quien marca distancia en referencia al objeto de los contratos y nos enseña que “el objeto del acto jurídico del matrimonio es la relación jurídica matrimonial, la cual nace de la celebración del matrimonio con un contenido personal y patrimonial establecido legalmente, y que por su naturaleza es indisponible a la autonomía privada”

Añade Plácido Vilcachagua (Ibid. Idem) en ampliación y desarrollo de la idea del objeto del acto jurídico del matrimonio que:

cuando afirmamos que el contenido de la relación jurídico matrimonial es indisponible a la autonomía privada, queremos decir que, estando previstos en la ley todos los efectos que se derivan de ese estado de familia, la autonomía privada no puede modificar ni sustraer los efectos establecidos en el ordenamiento positivo.

En cuanto a la tesis institucionalista, sostiene Peralta Andía (1995) que, “debe reconocerse que el acto jurídico matrimonial no es –en sentido estricto- un contrato sino un acto jurídico bilateral que se constituye por el consentimiento de los contrayentes (*afectio maritalis*), de acuerdo con las disposiciones legales.” (p. 82)

Disposiciones legales que a decir del mencionado profesor, constituye un conjunto de normas “impuestas por el Estado, a las cuales, los contrayentes no tienen más que adherirse; pero una vez expresada esa adhesión, la autonomía de la voluntad resulta impotente para retractarse, porque los efectos del matrimonio se producen automáticamente.” (Ibid Idem)

El matrimonio como institución, implica el sometimiento de los contrayentes a un imperativo categórico en el sentido que un conjunto de normas regirá sus vidas como personas casadas, teniéndose presente que la relación matrimonial que une y vincula a los cónyuges así como sus efectos y consecuencias, en principio, no podrán ser modificadas o alteradas, aún cuando exista de por medio pleno concurso de voluntades para ello, “siendo que ello diferencia

irreductible y básicamente el matrimonio de los contratos.” (Cornejo Chávez, 1999, p. 52)

A nuestro parecer esta teoría del matrimonio como institución resulta esencial para consolidar y explicar no tanto el acto mismo matrimonial, sino, antes bien, la relación jurídica entre los cónyuges que como consecuencia o efecto surge en forma inmediata, entre ellos, luego de la celebración del matrimonio, y que regirá sus obligaciones, derechos y deberes, durante su vida matrimonial, sea con protección, supervisión e injerencia abierta y franca del Estado.

En ese sentido, nuestra opinión acerca de esta problemática o dualidad, se basa en que la naturaleza jurídica del matrimonio es en tanto contractual solo y únicamente por el origen necesariamente consensual en su celebración, en una suerte de contrato por adhesión con la única posibilidad de escoger el régimen patrimonial futuro, y que tiene como presupuesto la autonomía de la voluntad en los contrayentes, así como de la aplicación cierta de alguno que otro remedio contractual o del acto jurídico, tales como las causales de nulidad y de anulación que en cierto modo les serían aplicables; y es institucional dado que interviene el Estado no solo con la imposición de una normatividad predeterminada sino también con una supervisión activa y de protección y promoción al matrimonio, en ese sentido el matrimonio es de hecho algo más que un simple contrato.

Por tal virtud, nos atrevemos a decir concluyentemente que, de acuerdo a este análisis, y de la mano con Cornejo Chávez, el matrimonio tiene fundamentalmente una naturaleza dual, pues como situación o “como estado es una institución, mientras que como acto es un contrato” (Op. Cit. p. 54), o mejor dicho que ambas figuras constituyen la verdadera naturaleza jurídica del matrimonio en una suerte de teoría ecléctica.

Al respecto de la doctrina o teoría mixta, sostiene finalmente Peralta Andía con referencia a nuestra legislación que “aunque el Código vigente no lo dice expresamente, nosotros consideramos que esta doctrina es la que más condice con la naturaleza jurídica del matrimonio.”. (Op. Cit. p.82)

### 3.1.5 El Matrimonio en el Derecho Romano y en el Incanato

Desde la perspectiva del antiguo Derecho Romano, Arias (1948) nos enseña que:

se entiende por matrimonio legítimo o *justae nuptiae*, la unión permanente del hombre y de la mujer en cuya formación se han respetado los requisitos legales relativos a capacidad de las partes, formalidades y demás exigencias de orden jurídico. Frente a esta institución lícita y legítima, otras uniones irregulares, tales como el concubinato y el contubernio sólo tienen efectos muy limitados.

Las características del matrimonio cambiaron fundamentalmente al desaparecer la **manus** como condición necesaria de su existencia. Antes, regularmente, por las nupcias que se celebraban mediante formas solemnes, el marido adquiría esa potestad amplia sobre la persona y los bienes de la mujer que es la **manus**. Pero, desde el fin del siglo VI de Roma, la transformación de la familia romana admite la posibilidad de una unión legítima con todos los efectos del matrimonio sin exigir la **conventio in manus**. (p. 178)

No obstante lo anterior, por su parte Ortolán (1947) nos llama la atención sobre la rígida división del pueblo romano, que se disgregaba:

en castas radicalmente separadas, que no deben nunca confundirse, y entre las cuales no podría verificarse el matrimonio romano. No existirá el **connubium**, no se formalizará la familia, y la sangre de una no se mezclará con la de la otra. El progreso social introdujo su nivel, y lo pasó gradualmente sobre estas prohibiciones. Así la ley CANULEIA hizo caer por tierra la barrera que impedía la mezcla de la sangre patricia con la plebeya (309 de R; 445 ant. de J.C.). (p.39)

Por otro lado, y en lo que respecta a nuestra Historia y en referencia a la época prehispanica, nos enseña Basadre (1937), que:

El vínculo matrimonial no fue entendido en la cultura inca como un sacramento. Pero en su efectividad se acredita por el consentimiento de la familia, la duración perpetua afirmada por los cronistas unánimemente y la realización de fiestas o ceremonias en que a veces intervenía el ayllu íntegro.

La forma del matrimonio por compra debió existir en todo el Perú; y de ella hablan también Castro y Ortega Morejón en su “Relación” sobre la costa central. El precio de la compra consistía en esta región, según el rango social del hombre, en llamas, plata o chicha, distinguiéndose entre los curacas y los indios comunes, estos últimos de condición económica más o menos nivelada. Lo recibían, en parte, el Curaca y después los padres y parientes. Estas dádivas se llamava [sic] entre ellos **toma** que quiere decir arras, de manera que el que tomaba mujer dando estas arras la tenía por más propia que las demás. (pp.159-160)

### 3.1.6 La unión de hecho, convivencia o concubinato

Además de la unión legal y formal entre un varón y una mujer, que es el matrimonio, existe también la unión de hecho, llamada concubinato o convivencia con fines semejantes al matrimonio o conocida también como convivencia **more uxorio**.

Así, Orgaz (1956), en su Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales nos define al Concubinato como:

Unión y convivencia extralegal de un hombre y una mujer que no están impedidos para contraer matrimonio entre sí. En derecho español se llamaba al concubinato “barraganía” y “amancebamiento”. En Derecho Romano, el concubinato fue legalizado por la ley Papia Poppoea:

Esta unión hace referencia a aquella unión entre un varón y una mujer sin haberse casado o contraído matrimonio, es decir; se trata de la convivencia habitual, esto es, continua, pacífica y permanente, desenvuelta de modo ostensible, con la nota de honestidad o fidelidad del varón y de la mujer y sin impedimento para transformarse en matrimonio cuando lo consideren necesario.

Por otro lado, Escriche (1858) en su célebre y clásico Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, define y nos enseña que el Concubinato es:

La comunicación o trato de un hombre con su concubina. El concubinato es mirado como contrario a la pureza del cristianismo, a las buenas costumbres y al interés del Estado; pero la debilidad humana parece disminuye a los ojos de los hombres la gravedad de este pecado; y en las grandes ciudades no se hacen muchas diligencias para estorbar este trato ilícito, ya por los disfraces con que suele cubrirse, ya por evitar

otros males mayores, cuales son los raptos y adulterios, que de este modo serán menos frecuentes. Hablo del concubinato entre personas libres o solteras, pues el de las otras es castigado con cierta severidad, y aun debe serlo también el de aquellas, como puede verse en la palabra amancebados.

Con respecto a la antigüedad normativa del concubinato Cornejo Chávez (1999) afirma que:

El concubinato tiene un origen muy remoto, pues le admitió ya, como institución legal, el Código de Hammurabi (año 2000 a. C.); pero no ha tenido siempre las mismas características, ni ha sido acogido en todos los pueblos y épocas en análogas condiciones legales. (p.63)

Con relación al concubinato en nuestro país, Peralta Andía (1995), hace una apretada referencia bastante válida pese a lo conciso de la misma y nos indica que:

El concubinato es un fenómeno latente, porque como realidad cultural y sociológica ha existido tanto en el Derecho precolonial como colonial. Existe hoy en el derecho republicano como una costumbre muy arraigada, particularmente, entre los habitantes de la Sierra Centro y Sur del país, sin contar a los que viven en zonas occidentalizadas.”. (p. 92)

Por lo demás, nos resulta grato saber la coincidencia de lo dicho líneas atrás, y en ese sentido corroboramos junto con Peralta Andía (Op. Cit.) que, “sobre el matrimonio y el concubinato, históricamente éste es más antiguo que aquél. El primero es una unión de derecho, el segundo una de hecho. En el matrimonio existe consentimiento expreso, en el concubinato, este es tácito.” (p. 94).

Incluso Varsi Rospigliosi (2011), al citar a CAVALCANTI, señala también coincidentemente que:

El concubinato es un hecho natural anterior al matrimonio. Desde los albores de la civilización, la informalidad es la regla que prevalece en las relaciones humanas. Hay varios informes que demuestran su existencia en la Biblia; por ejemplo cuando Dios mandó a Abraham llevar a su sierva Agar por mujer y el pasaje de Salomón, hijo de una de las concubinas de David, que usurpó el trono y reunió en su palacio al menos ochocientas esposas y trescientas concubinas. (p. 375).

Nosotros iríamos incluso un poco más atrás del pasaje bíblico del patriarca Abraham y del Rey Salomón, pues desde la creación misma acorde a las Sagradas Escrituras se habría originado o fundado la convivencia al crear Dios a la mujer de una de las costillas de Adán y llevársela a su presencia lo que originó una exclamación satisfactoria del hombre, según los versículos 18 al 23 del Capítulo 2 del Génesis. De ello se puede inferir a guisa de ensayo que ante la pérdida del Edén producto de la tentación y la caída es que surge la necesidad de formalizar la vida y toda actividad humana al estar desprovistas

ya de la divina perfección inicial, mediante la consagración de los actos y la santificación de las fiestas a modo de congraciarse y de aspirar y mantenerse bajo la égida protectora de la Divinidad, surgiendo así el acto formal y solemne del matrimonio como consecuencia necesaria del *ius connubi* y de la formación de la familia, en acatamiento además al mandato Bíblico de crecer y multiplicarse.

La situación fáctica de la unión de hecho es tan característica y propia que incluso actualmente está regulado en nuestra legislación como algo potestativo el que los convivientes quieran hacer reconocer su estado de convivencia ante un Notario Público con la finalidad de que ulteriormente esa declaración y reconocimiento pueda además ser inscrita en los Registros Públicos, véase al respecto los artículos 45° y siguientes de la Ley de Competencia Notarial en Asuntos no Contenciosos, Ley N° 26662.

Lo que no es adecuado a nuestro modesto entender es que se exija al amparo del artículo 52° de la Ley N° 26662, que para dejar constancia notarial del cese de la unión de hecho los convivientes tengan que hacerlo de consuno y no uno solo cualquiera de ellos, otorgando la correspondiente escritura pública. En ese sentido, en nuestra opinión la incongruencia está dada en la participación conjunta de ambos concubinos que requiere la norma pues no se trata de un divorcio ni de una separación de cuerpos convencional, sino antes bien y por el contrario, de una situación fáctica o de hecho que llega a su fin, lo cual bien puede ocurrir por decisión unilateral de cualquiera de ellos, y todo ello claro está

sin perjuicio de las acciones legales que en sede judicial pueda interponer el conviviente que resulta ofendido, perjudicado o abandonado con la ruptura unilateral de la unión de hecho, a la luz de lo dispuesto en el artículo 326° de nuestro Código Civil. No existe pues razón válida alguna para esta exigencia del artículo 52° de la Ley N° 26662, más aún, que podría estar protegiéndose indirectamente o arraigando a quien fue tiempo atrás conviviente o ex concubino en desmedro o perjuicio del **verus** integrante sobreviviente de la unión de hecho, que estuvo vigente a la muerte del causante, y quien vería así entorpecidos la protección y exigencia de sus derechos hereditarios.

En ese sentido, somos de opinión que la escritura pública debiera también poder otorgarse unilateralmente y luego inscribirse en los registros públicos si existe antecedente registral de la convivencia. Tengamos pues presente el argumento **a fortiori** según el cual “quien puede lo más puede lo menos” y en ese orden de ideas si la convivencia puede ser rota o dejada sin efecto unilateralmente por cualquiera de los convivientes, con mayor razón dicha ruptura debiera poder reconocerse y formalizarse o documentarse a instancia de parte de cualquiera de los ex integrantes de la unión de hecho.

De otra parte, resulta a todas luces interesante y destacable también el comentario de Cornejo Chávez (1982), quien saca a relucir la problemática del concubinato, haciendo referencia a que va en aumento en los países más industrializados, y que incluso resulta siendo una opción elegida entre hombres

y mujeres de alto nivel cultural, como una expresión de repudio del orden tradicional o anhelo de una así entendida “liberación”. (pág. 65).

Finaliza Cornejo Chávez, a modo de conclusión manifestando que “si los concubinos prescinden voluntariamente de la ley y se colocan a sabiendas al margen de las garantías que ella ofrece, ésta debe, recíprocamente, despreocuparse de los concubinos.”.(ibid Idem, p. 66). Estas dos últimas frases refuerzan de alguna manera o en parte el planteamiento del presente trabajo de investigación, pues si la opción de mantenerse al margen del ordenamiento jurídico es sesuda y deliberada, no existe razón válida alguna para obligar a la pareja de convivientes a tener que someterse necesariamente a todo el engranaje jurídico del matrimonio a través de la extensión de sus efectos hacia el concubinato. Y por otro lado, aunado a ello, la tendencia marcada a optar por la convivencia en personas que viven en sociedades con menores índices de pobreza y además creciente también la tendencia por preferir la unión de hecho en personas con niveles de estudios superiores.

Al respecto, Amado Ramírez (2013), nos hace ver sobre el particular aquello que nos resulta innegable, en cuanto a que:

.....el mundo moderno y los avances de todo orden que se han producido en la sociedad han afectado muchos de estos valores y la calle, los medios de comunicación y transportes masivos, los diversos tipos de estructura económica existente, la evolución que ha sufrido la

educación desde el hogar hasta la más calificadas instituciones operadoras del conocimiento y la cultura así como la denominada “economía de mercado” han sido y son factores que han penetrado en el núcleo de la institución matrimonial y por ende familiar, desestabilizándola, dando pie al surgimiento que va en ascenso de las uniones de hecho, como un paralelo al matrimonio, y al propio concepto de la familia nuclear.” (p. 171)

### 3.1.7 Naturaleza jurídica de la unión de hecho

**Prima facie** hablar de la naturaleza jurídica de una figura que lejos de ser de **iure** es esencialmente de **facto**, pareciera un contrasentido, sin embargo, se pueden realizar ensayos válidos que permitan desentrañar el contenido y significado de la convivencia **more uxorio**, más aún, si es que tenemos en consideración que es el punto de partida o antecedente histórico del matrimonio.

Unión de hecho y matrimonio comparten una misma base consensual pues en ambos casos la pareja decide voluntariamente hacer vida en común como tal, a fin de formar un hogar y fundar una familia. La expresión de voluntad en el primer supuesto será como en la generalidad de los casos que no requiere de una manifestación expresa sino tácita de voluntad, a saber: los llamados **facta concludentia**, aquellos actos o conductas o comportamientos que denotan en

forma indubitable el sentido inequívoco y unívoco de una voluntad; mientras que en el segundo supuesto se exige toda una formalidad solemne –previa y concomitante- y la presencia de una autoridad investida del *ius imperium* que declare la unión matrimonial y disponga obligatoriamente su posterior registro oficial y público.

El hecho cierto y potestativo o voluntario mediante el cual los integrantes de la unión de hecho quieran hacer reconocer su situación e inscribirla luego de ello en los Registros Públicos, no enerva la aseveración de que siga siendo una figura de *facto*, ya que en todo caso esta decisión de la pareja no es consustancial ni constituye *conditio sine qua non* para la existencia o validez de la unión de hecho.

Pero más allá de la realización o concretización del acto, para el matrimonio, o en su caso del hecho, para la convivencia; está el carácter fundacional de la familia en ambas figuras así como de la permanencia en el tiempo; lo que hace que en ningún caso la naturaleza jurídica de la unión de hecho pueda limitarse o circunscribirse a la esfera del acto o contrato y de las simples relaciones de índole exclusivamente patrimonial entre los integrantes de la unión de hecho. Por ello, comulgamos con la postura si se quiere ecléctica de otorgarle a la convivencia, tan igual como sucede con el matrimonio, una suerte de naturaleza mixta, dadas las relaciones jurídico familiares que se desprenden de la unión de hecho y que se condicen y reflejan con la institución del matrimonio.

Calderón Beltrán (2016), válidamente nos dice sobre el particular que:

Es entonces más acertado y más acorde con esta tipología familiar, establecer la naturaleza jurídica de las uniones de hecho a partir de una teoría de similitud, a partir de una teoría de equivalencia o de apariencia, lo que nos llevaría a concluir que las uniones de hecho son en esencia una institución familiar semejante al matrimonio, algunos incluso lo han llegado a catalogar como un tipo de matrimonio, como un “matrimonio informal”. Es acertado establecer la naturaleza jurídica del concubinato a través de la teoría de la equivalencia o apariencia, toda vez que las uniones de hecho poseen una estructura, un funcionamiento, o si quiere llamarse en otras palabras, una naturaleza jurídica equivalente al matrimonio. En ambos casos hablamos de la unión intersexual voluntaria de un hombre con una mujer, en ambos casos hablamos de una unión con características de permanencia y habitualidad y con vocación de asistencia recíproca y fidelidad, en ambos casos se establecen relaciones patrimoniales semejantes.

Nuestra legislación ha acogido esta teoría de la similitud, entendiendo a la unión de hecho como una apariencia del estado matrimonial, al menos en lo que se refiere al aspecto patrimonial,.....”. (p.31)

La nota distintiva va por el lado, en nuestra legislación, del hecho cierto e inconcuso de que el Estado y la sociedad ven y advierten en el matrimonio un

tema de orden y de formalidad que genera no solo sensación de certeza sino que otorga seguridad jurídica al menos en cuanto al tráfico patrimonial de los bienes, lo que no se da necesariamente en la unión de hecho, y de ahí la razón de la obligación de promover el matrimonio a nivel de rango constitucional conforme lo preceptúa el numeral 4° de nuestra vigente Carta Magna. Al respecto, adviértase que ya anteriormente nuestro Tribunal Constitucional en el fundamento 13 de la Sentencia de fecha 06 de noviembre de 2007, en el expediente N° 06572-2006-PA/TC, ha descollado que respecto a la unión de hecho se “esta ante una institución que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de quienes la integran y que en puridad se caracteriza por su informalidad en cuanto a su inicio y su desarrollo.” (Varsi Rospigliosi, 2011, p. 387)

Para Varsi Rospigliosi (2011), de las tres teorías que justifican la naturaleza de la unión de hecho, a saber: Teoría Institucionalista, Teoría Contractualista y Teoría del Acto Jurídico Familiar; es la primera la que satisface las cualidades propias de la convivencia en puridad, pues no nos podemos limitar a la sola voluntad de los convivientes para generar relaciones económicas propias de los contratos, o a la sola autonomía de la voluntad de generar relaciones familiares basadas en el albedrío o la informalidad características de la unión de hecho; pues por el contrario, la unión de hecho es un acuerdo libre de voluntades y cumple con los elementos propios del matrimonio como son la fidelidad, asistencia, obligaciones frente a los hijos y a terceros, formando una familia

encargada de transmitir valores éticos, cívicos y culturales, merece por tanto igual reconocimiento que el matrimonio. (pp. 386-387)

Finaliza Varsi Rospigliosi (2011), considerando que: “la unión estable es una entidad familiar que se sustenta en la institucionalidad de sus principios y la voluntad de sus integrantes de generar relaciones amparadas por el Derecho de Familia.” (p. 387)

### 3.1.8 El concubinato en el Derecho Romano y en el Incanato

En cuanto a la concepción y tratamiento jurídico que recibía la convivencia en la antigua Roma, no podemos dejar de citar a Petit (1954), quien, al referirse al concubinato en el antiguo Derecho Romano, nos indica que:

Los Romanos dan el nombre de ***concubinatus*** a una unión de orden inferior, más duradera, y que se distinguía así de las relaciones pasajeras consideradas como ilícitas.

Esta especie de matrimonio, completamente extraño a nuestras costumbres actuales, aunque frecuente en Roma, parece haber nacido de la desigualdad de las condiciones. Un ciudadano tomaba para concubina a una mujer poco honrada, indigna, por tanto, de hacerla su esposa; tal como una manumitida o una ingenua de baja extracción.(...)

En un principio, el concubinato no producía ninguno de los efectos civiles unidos a la *justae nuptiae*. Por eso la mujer no era elevada a la condición social del marido, pues aunque algún ciudadano hubiese tomado para concubina una mujer de su mismo rango, lo cual era muy raro, no era nunca tratada como *uxor* en la casa y en la familia; de donde venía el nombre de *inæquale conjugium* aplicado a esta unión. (pp.158 -160)

Por otro lado, y desde la perspectiva histórica en el antiguo Perú o Perú prehispánico, Basadre (1937, pp.164 y 166), haciendo referencia directa al Servinacuy, nos deja ver que no se conocía el concubinato y menos aún la convivencia era considerada como algo ilícito o informal, y que podemos inferir válidamente que era una suerte de matrimonio a prueba:

Ciertos tipos de matrimonio consuetudinario de carácter local o regional no debieron ser desarraigados del todo. Se ha creído que éste fue el caso del matrimonio de prueba llamado en algunos lugares “servinacuy” o “tinkunakuspa”. El doctor Oliveira definió así este matrimonio en la comisión reformadora del Código Civil: “Es un compromiso entre el pretendiente y el padre de la futura, quien contrae la obligación de recibir a su hija con prole y todo y la de volver al pretendiente los obsequios recibidos o su equivalente en dinero o en trabajo, si el enlace no llega a formalizarse o a adquirir carácter duradero.

Basadre (1937), citando al doctor Olivera transcribe su parecer en el sentido que:

El sentimiento de amor es muy débil en el indígena. Tal vez ame al terruño más que a su mujer o a sus hijos. El indio del ayllu rara vez contrae matrimonio fuera de la estancia o ayllu en que vive; y lo contrae, “movido por determinados intereses económicos, como la extensión de la propiedad o la conservación del usufructo de tierras de comunidad”. (Ibid Idem)

### 3.2 Derecho a la igualdad, matrimonio y convivencia

#### 3.2.1 Planteamientos Preliminares

En nuestro país el artículo 2° inciso 2° de la actual Constitución Política del Estado consagra el derecho que tiene toda persona a la igualdad ante la ley, proscribiendo a la vez la no discriminación por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

En ese sentido, queda claro que toda la normatividad interna o nacional tiene que someterse o encuadrarse dentro de este canon constitucional, al igual que la conducta de todo ciudadano dentro de nuestra República, sea autoridad o administrado.

Es necesario, sin embargo, discriminar que el tratamiento igualitario presupone mínimas condiciones o bases fácticas de semejanza razonable para que la hipótesis normativa sea aplicable de manera genérica sin discriminación, distinción o excepción alguna. Pues como bien señalan Gutiérrez y Sosa (2005), “El mandato de igualdad no prohíbe en modo alguno la pluralidad, la diferenciación; solo proscrib[e] el trato desigual arbitrario, cuyos alcances.....” (p.46)

En ese sentido, queda claro entonces que el trato desigual no es necesariamente y *a priori* un estigma ni una afrenta a la juridicidad ni *per se* una patética y nociva injusticia, en la medida en que el presupuesto legal permita con legitimidad y razonabilidad hacer distingos y tratamientos normativos diversos, o excluyentes, en base precisamente a la pluralidad de condiciones o situaciones.

En efecto, pensar que la igualdad como derecho fundamental o como principio jurídico implica un tratamiento igualitario que llevado al extremo se exagera y se degenera en un inicuo igualitarismo nos lleva a la absurda negación de otro principio jurídico y que constituye también un derecho fundamental de la persona cual es la libertad. Por ello lo autores antes citados Gutiérrez y Sosa (2005), conciben y describen a la igualdad:

....como un derecho fundamental destinado a obtener un trato paritario ante hechos, situaciones y relaciones equiparables; en otras palabras, hablamos de un derecho subjetivo a no sufrir discriminación, a no ser tratado de manera dispar respecto de quienes se encuentra en una situación equivalente. **Contrarium sensu**, cabe un tratamiento diferenciado frente a situaciones disímiles, para lo cual se debe acreditar que la referida distinción es objetiva y constitucionalmente razonable. (p.52)

Finalmente, Gutiérrez y Sosa (2005) nos hacen un breve recuento de los fundamentos principales de tres sentencias del Tribunal Constitucional, manifestando que en virtud de las mismas las diferencias o desigualdades se pueden válidamente justificar:

...nuestro Tribunal Constitucional se pronuncia respecto de la noción de igualdad ante la ley enfatizando que no se riñe con la existencia de normas diferenciadores, a condición de que se verifique:

- a) La existencia de distintas situaciones de hecho y, por ende, la relevancia de la diferenciación.
- b) La acreditación de una finalidad específica.
- c) La existencia de razonabilidad, es decir, su admisibilidad desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales.

- d) La existencia de proporcionalidad; es decir, que la consecuencia jurídica diferenciadora sea armónica y correspondiente con los supuestos de hecho y la finalidad; y,
- e) La existencia de racionalidad, es decir, coherencia entre los supuestos de hecho, el medio empleado, y la finalidad que se persigue. (pp.53-54, 65 y ss.)

Desde esta perspectiva queda claro que la situación del matrimonio y de la convivencia si bien pueden tener motivaciones y origen similar o análogo, de suyo en esencia siempre han mantenido circunstancias sustancialmente diferenciadoras que han merecido un tratamiento normativo desigual o diferenciado para sus integrantes, que en el tiempo se ha ido suavizando hasta llegar casi a identificar una situación con la otra, y no nos referimos para nada al tratamiento dado a la prole o descendencia de la pareja de esposos o de los convivientes, sino, específicamente, a la situación jurídica de los cónyuges en comparación con la de los convivientes o integrantes de la unión de hecho. En ese sentido, con la entrada en vigencia de la Ley N° 30007, que introduce la herencia forzosa entre los convivientes quedan muy pocas o escasas las diferencias y efectos jurídicos entre uno y otro supuesto, lo que puede perjudicar finalmente la decisión sesuda de una pareja que prefiera optar por razones propias y valederas, por la convivencia en vez de contraer matrimonio. Vale decir, que la posibilidad de elegir entre una opción y la otra carece de sentido práctico y se ha restringido así un modelo alternativo o distinto de fundar una familia, siendo quizá la única diferencia que queda el que se pueda

o no prescindir de la celebración de una ceremonia y de la intervención de una autoridad pública, pues hoy en día el conviviente no solo tiene derecho a percibir patrimonio en una situación semejante a la de los gananciales propios del matrimonio, sino también a una pensión de sobrevivencia, y tiene derecho además a la legítima o herencia forzosa, y a que finalmente su relación de pareja pueda ser inscrita en un registro público.

Y esta similitud forzada implica –reiteramos- restringir la libertad de las personas de decidir y elegir no quedar sujeto a un régimen legal específico, quizá para evitar que la pensión que uno de ellos pueda percibir pase en su momento a una hija soltera mayor de edad, o a un hijo menor de edad, o en su caso a un hijo mayor de edad pero con alguna grave discapacidad que le impida plenamente valerse por sí mismo; y quizá porque no decirlo también para evitar heredarse mutuamente entre ellos –los convivientes- a fin de no desviar por causa de muerte el patrimonio familiar proveniente de los ancestros y cuya línea de sangre se quiere respetar o conservar. Esto ya no es posible a la luz de la actual situación jurídica de los convivientes que ha terminado por verse forzada y sometida a las normas y efectos jurídicos de un matrimonio bajo el régimen patrimonial de la sociedad de gananciales, y lo que es más grave aún, sin la posibilidad siquiera de poder variar el régimen patrimonial a uno de separación de patrimonios como si ocurre y es un derecho de los casados bajo el matrimonio civil.

A propósito de esto último nos preguntamos, si el Derecho de Familia ostenta un claro contenido social y resulta ser protector de la institución de la Familia, porque no darle los mismos efectos al matrimonio religioso desde la fecha misma que se contrae y no esperar los dos años de vida en común de los contrayentes para darle los efectos de la convivencia o unión de hecho, más aún cuando los contrayentes profesan la religión bajo la cual han decidido casarse y asumen un rito o celebración de tipo religioso y usualmente público que incluso queda registrado ante dichas autoridades eclesiásticas. Esto más bien parece una discriminación odiosa precisamente por causas relativas al hecho de profesar una religión, además debe tenerse presente que en el matrimonio religioso sí hay una manifestación expresa y solemne de contraer el matrimonio siendo clara la decisión de casarse y de conformar un hogar, además de los requisitos previos y procedimientos que deben pasar los novios para contraer el matrimonio religioso a diferencia de la convivencia cuya decisión responde a una voluntad tácita de los concubinos, al tomar la decisión de convivir *more uxorio* y ponerla simplemente en práctica, conforme a los llamados *facta concludentia* o hechos concluyentes e inequívocos que denotan el sentido indubitable de una voluntad.

Al respecto, es interesante citar a González Martín (2002), quien nos advierte sobre la igualdad en el sentido que:

No olvidemos la aplicación del principio aristotélico, según el cual “parece que la justicia consiste en igualdad y así es, pero no para todos,

sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”. La fórmula aristotélica “hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual” no puede entenderse ni como una obligación de que todos los individuos sean tratados exactamente de la misma manera (igualdad no es identidad) ni tampoco que, por el contrario, se permita toda diferenciación (en cuyo caso se disolvería la misma idea de igualdad).  
(p.400)

Por otro lado, resulta apropiado en este apartado discernir sobre la igualdad en cuanto a su naturaleza y discriminar si es un valor o un principio desde la perspectiva axiológica, para cuyo efecto, debemos reconocer la interesante y atinada aseveración de Jiménez de Asúa (1954), quien en su célebre y siempre vigente obra intitulada “La Ley y el Delito” nos enseña que la libertad es un instrumento y no un valor humano en tanto llevada al extremo no termina siendo buena para todos sino que resulta contraproducente al deformarse y degenerar en libertinaje, lo que sucede exactamente con el principio de igualdad, que al maximizarse degenera en igualitarismo de suyo pernicioso e inicuo tanto para la sociedad como para el ser humano en su esfera individual. Nos dice Jiménez de Asúa:

¿La libertad será concebida como antaño? ¿Volverá el liberalismo del siglo XIX, que inauguró la Revolución Francesa y que claudicó en 1914? La llamada libertad política pretendía liberar al hombre del Estado y

hacía de la libertad un valor en sí. Pero este punto de vista era errado. La libertad es, en efecto, un don del hombre, pero como todos los atributos que el hombre posee, ha de ser manejada con un criterio finalista. Si la libertad fuera un valor por sí sola, admitiría la maximización (*sic*): cuanta más libertad mayores bienes. Y basta hacer mentalmente el ensayo, para convencerse de que la libertad llevada a tales extremos caería en el libertinaje.

La libertad es un instrumento para bienes más altos.” (p.79)

Finalmente, no podemos dejar de citar a Silva Santisteban (1856), quien pese a la antigüedad de su obra intitulada “Curso de Derecho Constitucional”, mantiene aún su vigencia, y sobre el particular nos aclara de la siguiente manera:

Por la igualdad todos los ciudadanos deben hallarse sometidos a las mismas leyes, gozar de los mismos derechos y cumplir las mismas obligaciones. Lo cual, si bien se opone a los privilegios facticios y las exenciones personales, no destruye las leyes especiales que consignan las peculiares relaciones de las clases; así las leyes de comercio no son extensivas a todos los ciudadanos, pero sí deben serlo a todos los comerciantes. Esto se llama *igualdad ante la ley*, quiere decir, que todos los que se hallen en igualdad de circunstancias sean tratados de una misma manera. No se crea por ello que proclamamos la igualdad absoluta y nivelación de todas las clases sociales; lo cual es un absurdo

repugnante a la naturaleza, que, conservando una igualdad fundamental en la especie humana, produce desigualdades accidentales. (pp. 79-80)

Obviamente, ha de tenerse presente el momento histórico en que sale a la luz la obra de Silva Santisteban, coincidente por cierto con la dación en nuestro país de la Constitución Política de 1856, y por ello la referencia marcada que hace este distinguido autor a las clases sociales en nuestra nación.

### 3.2.2 La igualdad, el matrimonio y la unión de hecho

Con relación al principio de igualdad y su aplicación entre las figuras del matrimonio y la unión de hecho, coincidimos con Molina de Juan (2013) en reconocer como:

... el mayor problema que se suscita en relación con este principio, surge a la hora de elaborar el marco normativo y determinar cuánto y cómo regular, pues la diferente tutela ante situaciones distintas no implica de por sí una violación al principio de igualdad. Por otra parte, equiparar sus efectos puede ser contrario a los derechos e intereses de mucha gente. (p.103)

Siendo esto así queda claro pues que respecto a la posibilidad de insistir en otorgar un tratamiento normativo igualitario a la convivencia como si fuera un

matrimonio, resulta perjudicial al sentir de Molina de Juan (2013), pues ello sería una intromisión inadecuada en la vida privada de los convivientes y se estaría formando un riesgo de crear un matrimonio de segundo grado o de segundo orden. (p. 106)

Y en ese sentido, en nuestra opinión, concluye con acierto Molina de Juan, cuando nos hace ver que el meollo del asunto finca en el quiebre o la afectación posible de los derechos fundamentales de la persona, manifestando así que:

... el tratamiento jurídico dado a uno y otro fenómeno debe ser diferenciado. Pero la garantía de igualdad de rango constitucional impone que esas diferencias no sean irrazonables, porque de ser así, serían discriminatorias.

¿Cuándo no hay razonabilidad en las diferencias entre ambos? Cuando el distinto tratamiento dado a las uniones desprotege los derechos fundamentales de aquellos que no se han casado, por el solo hecho de vivir fuera del matrimonio. No parece que exista razonabilidad alguna que pueda sustentar cualquier discriminación por pertenecer a un status familiar distinto del conyugal.” (Ibid Idem)

Ahora cabe preguntarnos a colación y en consecuencia con el aserto anterior si es la herencia un derecho fundamental de la persona humana, es decir, ¿los seres humanos tenemos el derecho de heredar solo por el hecho de ser

personas humanas? Si es que la persona humana no hereda, ¿se atenta acaso contra su dignidad o status? ¿Se conculca acaso la posibilidad de realizarse como persona cuando el ser humano no llega a convertirse en heredero de un determinado causante?

La respuesta parece obvia y la desarrollamos con mayor amplitud en el acápite siguiente, sin embargo, no está demás citar a Molina de Juan (2013), quien nos indica que con referencia a la legislación de su país:

Ni el Código vigente en Argentina, ni el proyecto de reforma reconocen derechos sucesorios la conviviente, a diferencia del cónyuge que no solo es heredero, sino también legitimario. Esta exclusión consciente, responde a las discusiones antes planteadas y a la preocupación de la Comisión por evitar equiparaciones que pudieran hacer zozobrar la propia institución. (p. 109)

### 3.3 La herencia como derecho fundamental de la persona

La idea o el concepto de la herencia va vinculado al significado de lo que es el dominio o la propiedad misma y a la de la noción del patrimonio, y remontarse a sus orígenes pasa por la experiencia mística de la Fe religiosa, conforme a lo prescrito en el Capítulo 9 del Génesis, en sus versículos 1 al 3; hasta una no menos interesante concepción mítica de la Edad de Oro de la filosofía griega.

Definitivamente no habría herencia si no existiera la propiedad privada, lo que nos lleva a aseverar que la herencia tiene como contenido típico o exclusivo y además como presupuesto ineludible la propiedad de las cosas, pues además es el patrimonio de la persona humana lo que se transfiere con la herencia. Y esto nos lleva también a decir que la herencia viene a ser la consecuencia natural de la propiedad, y decimos consecuencia natural porque la muerte es el destino inexorable de todo ser viviente, y la herencia está estrechamente vinculada a la muerte de la persona humana.

Creemos que no hay Estado o Nación que desconozca la propiedad privada más allá de los matices y del mayor o menor grado de permisibilidad en el ejercicio de los atributos de la misma, específicamente nos referimos al ***ius utendi, ius fruendi, ius vindicandi, ius abutendi, ius enajenandi***, los que muchas veces van de la mano con postulados filosóficos o de matices socio políticos que determinan su amplitud o restricción, por eso hoy en día queda solo como referente histórico ese dominio o señorío absoluto que implicaba la propiedad de las cosas en el antiguo Derecho Romano.

Lo cierto del caso es que pareciera ser que la propiedad privada sobre las cosas corre en paralelo con la Historia de la humanidad misma, vale decir, que el ser dueño de algo o de mucho es ínsito a la naturaleza misma del ser humano, y de ahí que el concepto de patrimonio ***lato sensu*** consista en ser un atributo de la persona, es decir, algo inherente, ínsito e intrínseco al ser humano.

En consecuencia con lo anterior, se puede colegir que puede existir la propiedad sin el derecho a la herencia, pero que no puede existir el derecho a la herencia sin la propiedad como base o sustento pre existente que además le sirve de contenido.

Es interesante descollar como el artículo 2° inciso 16° de nuestra vigente Constitución Política del Estado considera como un Derecho Fundamental de la Persona a la Propiedad y a la Herencia, frase con la que por cierto comulgamos en parte y en otra disentimos. No obstante, conforme lo indica García Toma (1998), lo referido al tema hereditario recién aparece con la Constitución de 1979. (p. 103)

En efecto, si consideramos que todo Derecho Fundamental de la Persona se denomina así precisamente porque la existencia del ser humano es inconcebible sin la titularidad y eventual ejercicio posterior del mismo, y que en el peor de los casos estos derechos fundamentales le pertenecen a la persona solo por el hecho de ser persona y nada más, independientemente de cualquier otra característica del sujeto (religión, idioma, sexo, nacionalidad, raza, etc.); podemos entender que la propiedad de las cosas o ser propietario o dueño si resulta fundamental en la medida en que el patrimonio como atributo de la persona se nutre y circunscribe en gran medida con el llamado derecho real por excelencia: a saber, la propiedad.

Sin embargo, no resulta tan exacto el aserto contenido en nuestra norma constitucional porque el derecho a la herencia no es un atributo de la persona ni es un derecho fundamental de la misma, habida cuenta que existen muchas personas que no son herederas y muchas otras que durante lo largo de su vida nunca lo fueron e incluso también muchas otras que fallecieron sin haberlo sido nunca, y no por eso entró en crisis ni en peligro o en precariedad su condición misma de ser humano o de ser persona.

Así, nos ilustra sobre el particular, García Toma (2007), quien nos afirma que:

El hombre es un ser que existe en sí y no en otro; constituye “un fin en sí mismo”; por eso es que jamás puede ser utilizado como medio. En tal virtud, tiene como atributos esenciales la libertad y la racionalidad que son la raíz y el fundamento de su dignidad.

De acuerdo con su esencia le corresponden determinados derechos básicos que son facultades, poderes o potestades sobre todo aquello que le es necesario para cumplir con su destino, es decir, para realizarse como ser humano. (p. 139)

En conclusión, podemos válidamente aseverar que causantes vamos a ser todos y en mayor o menor grado dejaremos herencia, sea ésta positiva, negativa o neutra, pero herencia en cualquier caso, más de ahí a ser o convertirnos necesariamente en herederos resulta por demás relativo, pues unos quizá sí pero otros definitivamente no, porque para recibir herencia en

principio hay que sobrevivir al causante, y el tema de la muerte si bien no es incierta porque deviene en inevitable sí está sujeta la muerte al ***incertus quando***, esto es, a la incertidumbre misma de cuando sucederá en el decurso del tiempo el deceso de una persona, y consecuentemente de ahí a no saber si es que finalmente heredaríamos o no a alguien, pues por más que viviéramos muchos años y llegar a ser longevos podríamos fallecer y no haber sido nunca herederos de alguna persona, y no por eso se resienten nuestros Derechos Fundamentales o disminuye nuestra condición o categoría de personas o de seres humanos.

De lo anterior también se puede colegir que no es necesario ser heredero de un causante para que la persona humana pueda realizarse como tal y cumplir con su destino.

Finalmente, debemos también considerar como una diferenciación adicional que los derechos fundamentales de la persona ***per se*** son irrenunciables e imprescriptibles, mientras que los derechos hereditarios son renunciables y en algunos casos son prescriptibles como es el caso de la acción de reducción y la acción de colación.

Sobre el particular, Fernández Arce (2003), nos explica el significado de esta norma constitucional (artículo 2° inciso 16° de la Constitución Política del Estado), dejando de lado por cierto toda mención de calidad de derecho

fundamental de la persona, al derecho hereditario, radicando su implicancia en dos aspectos, a saber:

a. Considerar el Derecho Sucesorio con instituciones de orden público, porque contiene- aunque no sean todas- normas imperativas, de valor absoluto, las cuales no pueden ser alteradas ni conculcadas bajo sanción de nulidad absoluta, como ocurre con las normas relativas a la legítima, que constituye un derecho inherente al heredero forzoso, o aquella que establece la transmisión hereditaria en el mismo momento del fallecimiento del causante. Con esas normas imperativas se protege a la familia, porque la razón jurídica que las sustenta, es preservar la estructura familiar.

b. Porque el ordenamiento jurídico constitucional respeta el derecho de propiedad de los particulares, quienes pueden disponer libremente de los bienes por medio del testamento. Mediante esta norma constitucional se consigue declarar el principio de autonomía de la voluntad y, asimismo, expresar el reconocimiento del derecho de adquirir por herencia, los bienes y derechos patrimoniales dejados por el causante.

En suma, el significado de la norma constitucional citada guarda estrecha relación con el contenido esencial de la herencia, porque se alude a la libertad de testar como atributo propio del derecho de propiedad ***jus disponendi***; asimismo, del derecho a suceder de los parientes, pero con las limitaciones que la ley establece, excluyendo de

la libre disposición del testador, aquella parte del patrimonio hereditario que ha de corresponder a los legitimarios o herederos forzosos y, a falta de ellos, a ciertas clases de parientes más lejanos en grado, pero limitadamente. Más allá de esta relación parental se ha establecido que el patrimonio hereditario corresponderá al Estado a falta de sucesores testamentarios o legales. (pp-71-72)

Y en cuanto al tema de la herencia propiamente dicha Ferrero Costa (2012) en su Tratado de Derecho de Sucesiones, menciona con acierto y en relación a la transmisión sucesoria que: “De no existir el derecho del causante, las personas se encauzarían hacia el consumismo, conocedoras de que su esfuerzo se diluirá perdiéndose en el anonimato”. (p.83)

Y es que hablar de la herencia es algo que nos parece *prima facie* tan natural que muchas veces se confunde la existencia de una expectativa o eventualidad con un derecho ya existente, pues en puridad el derecho a la herencia nace en estricto recién con la apertura de la sucesión. Antes de ello es solo una expectativa o posibilidad, y esta confusión producto de la naturalidad de la herencia por estar ligada a la inexorabilidad del hecho jurídico de la muerte nos viene desde tiempos muy remotos, véase al respecto la Parábola del Hijo Prodigio en el Evangelio de San Lucas, cuando el hijo menor le pide a su padre que le adelante la parte de la heredad que le corresponde.

### 3.4 La herencia a favor de los concubinos

Hoy en día la sucesión hereditaria en nuestra legislación se ha visto ampliada en cuanto a los herederos forzosos –éstos llamados así por cuanto el causante en vida no puede apartarlos de su herencia en el momento de otorgar su testamento, y por ende para dicho testador resultan siendo forzosos-; al incluirse en virtud de la Ley N° 30007, como uno más de los herederos forzosos al conviviente o integrante sobreviviente de una unión de hecho, con lo cual, prácticamente desaparece toda diferencia entre los efectos o consecuencias de un matrimonio disuelto por viudez y una desvinculación de la convivencia por muerte de uno de los integrantes de la unión de hecho; cuestión que consideramos lesiva para aquellos convivientes que conformando una pareja decidieron en forma deliberada vivir juntos como familia y no casarse precisamente para no tener que heredarse entre ellos, por sus motivos o razones propias, valederas o no socialmente, pero si sumamente válidas para ellos, y que al darse la entrada en vigencia de la Ley N° 30007, los coloca en una situación crítica no querida y mucho menos esperada que resiente su unión y hace decaer y colocar en precariedad su vida en pareja, pues en algunos casos no les quedará más opción que dejar de vivir juntos y seguir amándose con alguna distancia. No olvidemos que la vida familiar es bastante íntima y privada y mucho más y compleja aún la vida en pareja, de ahí que no es apropiado poner en tela de juicio o bajo cuestionamiento *prima facie* las causas o motivos por los cuales los integrantes de una unión de hecho quieran

mantenerse al margen de la herencia forzosa, pues razones habrán y distintas por cierto.

Por eso es que con el presente trabajo de investigación hacemos la propuesta de incorporar una modificación que permita a las parejas que optaron por la convivencia o la unión de hecho hacer una declaración conjunta o unilateral susceptible de inscripción o anotación en registros públicos para no someterse a la herencia forzosa sea en forma recíproca o solo para uno de ellos, con lo cual verían salvado el obstáculo que les impide personalmente a ellos poder continuar viviendo juntos, y constituir o permanecer como un hogar y una familia, pues, reiteramos, para eso la pareja optó en su momento por evitar conscientemente contraer matrimonio.

No se trata tampoco que con esta ley (Ley N° 30007) se esté evitando un desamparo total y repentino del conviviente supérstite, que lo coloque en una inestabilidad o precariedad absoluta, o abandonado a su suerte, pues en el peor de los casos ya el Código Civil patrio en su artículo 870° prevé la posibilidad de que todos aquellos que vivían en la casa del causante o que eran alimentados por cuenta de éste, tienen el derecho de exigir al albacea o a los herederos que continúen la atención de estos beneficios con cargo a la masa hereditaria, durante tres meses, plazo que se entiende contado desde la apertura de la sucesión.

Adicionalmente a lo anterior, existía siempre la posibilidad de que el conviviente otorgue testamento e instituya como sucesor a su pareja en la unión de hecho, sin necesidad de que mediante una ley se le convierta en heredero forzoso.

La propuesta planteada en el presente trabajo de investigación y la sugerencia de modificación legal – de otorgar un derecho a la pareja de convivientes a fin de que puedan elegir no constituirse entre ellos como herederos forzosos-, no constituye en modo alguno una suerte de desheredación y menos una desheredación oculta o soterrada, pues para empezar no hay de por medio causal alguna que la justifique y mucho menos una conducta o hecho deplorable que le sirva de sustento al causante en vida para apartar a su pareja de la herencia forzosa, y más aún porque acorde a nuestra propuesta la decisión de apartarse de la herencia forzosa no proviene de una sola decisión unilateral como sí lo es el acto de la desheredación, sino antes bien y por el contrario, se trata de una propuesta de acuerdo de voluntades que se plasma en una decisión conjunta, que dicho sea de paso tampoco tendría porque ser definitiva pues si ulteriormente la pareja de convivientes logran superar las razones o móviles que los impelieron a inscribir su declaración de no heredarse, bien podrían ellos mediante otra declaración similar dejar sin efecto su anterior decisión y recobrar su status de herederos forzosos entre sí.

Por otro lado, es muy interesante resaltar como en el antiguo Derecho Civil de la ex Unión Soviética la ley establecía limitaciones al momento de testar basadas en las relaciones personales y familiares del otorgante del acto

testamentario. Al respecto, Ayasta González (1991) nos pone de manifiesto esta singularidad y nos señala que:

La ley establece limitaciones para el testamento sólo cuando se tienen en cuenta las relaciones personales y familiares: los hijos del testador menores de edad, el cónyuge, los padres y personas a cargo del fallecido incapacitados todos para el trabajo, no pueden ser privados por vía testamentaria del derecho a heredar. Ellos no reciben menos de las dos terceras partes que les correspondería a cada uno de ellos al heredar según la ley. (p.226)

Añade el citado autor una figura sui generis en la legislación soviética que él denomina los herederos de facto, al decir que dicha normatividad:

Incorpora una figura inusual en materia sucesoria “los herederos de facto”. En efecto, se contempla que personas que eran de hecho dependientes del difunto en el momento de su muerte y que sean incapacitados para el trabajo sean considerados herederos en igualdad de condiciones, con los demás reconocidos por ley. Incluso aunque no tengan en absoluto ningún parentesco con el de cujus. (Ibid Idem, p. 227)

Claro está que en esta normativa se exige que las personas dependientes del testador que no sean su cónyuge o parientes tengan derecho a la herencia en partes iguales siempre que se encuentren incapacitadas para el trabajo.

De otra parte, la legislación en Cuba contempla el derecho a la herencia a favor de los convivientes, pero con una peculiaridad o condicionamiento, que Pérez Gallardo (2013), nos explica de la siguiente manera:

El legislador del Código Civil cubano sustentó el derecho de sucesión por causa de muerte en la preexistencia de un vínculo conyugal, cómo se adquiere éste no trasciende, para ello están al alcance de todas las normas del Código de Familia de 1975. Para concurrir a la herencia, en principio, se exige el reconocimiento judicial del matrimonio, o sea, la unión de hecho es el ingrediente principal. Ella es el medio adecuado para el logro de un fin, esto es, poder concurrir a la herencia.

Si el causante al momento de su fallecimiento mantenía una unión estable, singular y con aptitud legal para ello con una persona de sexo contrario, según los dictados del artículo 2, segundo párrafo, y 18 del Código de Familia, en plena coincidencia con el artículo 36 de la Constitución de la República, entonces en su sucesión es muy probable que acuda en calidad de heredera concurrente su pareja de hecho, pero como tal, sino como cónyuge después que obtenga con éxito la sentencia favorable, la cual ha de inscribirse en la sección de

matrimonios del registro del estado civil correspondiente al domicilio del actor. (pp. 77-78)

En lo que se refiere al reconocimiento de los derechos a favor del conviviente, con ocasión de la promulgación de nuestra anterior Constitución Política del Estado de 1979, Ferrero Costa (2012, p. 493), refiriéndose al legislador constituyente, manifiesta que en el artículo 9°, se dio “un paso importante en el reconocimiento de los derechos provenientes del concubinato.”

No obstante lo anterior, el legislador constituyente de aquella Carta Magna Valle Riestra, –citado por Vega Mere (2010, p. 76)-, se preguntaba a modo de cuestionamiento lo siguiente:

¿Pero, por qué tenemos que crear una sociedad de gananciales cuando realmente dentro del matrimonio común y normal hoy al amparo de la ley puede tener un régimen de separación de bienes? ¿Por qué ir a eso cuando hay tendencia en el mundo a que los matrimonios no tengan una comunidad por medio de capitulaciones?.....Yo estoy unido libremente. ¿Porqué? (*sic*) Porque no quería tener gananciales con mi cónyuge, con mi compañera; pero si la Constitución de la República está creando una serie de gananciales, pues de esta parte dejo a mi mujer y a mis hijos para que no pidan nada; o sea que el intento en lugar de ser productivo, va a ser contraproducente y vamos a tener mayores abandonos en el Perú.” (43)

Nótese que este categórico aserto de Valle Riestra criticando a la inclusión de un derecho patrimonial a favor de los convivientes bajo una suerte de exclusivo o único régimen económico de sociedad de gananciales, avizoraba así una masiva ruptura de uniones de hecho, que si bien finalmente no se dio, sin embargo, no deja de coincidir en parte con nuestra postura mencionada líneas arriba en el sentido de que la imposición de la herencia forzosa entre los convivientes sin una posibilidad de elegir u optar por mantenerse al margen de este derecho, podría generar en algunos casos la separación física de los convivientes y con ello el decaimiento de la relación en la pareja o cuando menos la debilidad de la relación afectiva, con la consiguiente tragedia del debilitamiento de la familia que se pueda haber generado de dicha convivencia. Ferrero Costa (2012, pp. 494-495), por su parte, y con alusión al Código Civil vigente, nos señala que:

En la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil..... , respecto de los derechos sucesorios de los concubinos entre sí, Jack Bigio manifestó que el artículo 1106 del Código Civil boliviano consagraba derechos sucesorios en favor de los convivientes, similares a los que gozan los casados. Expresó que traía a colación dicho precepto, sin estar de acuerdo con su incorporación, a fin de conocer la opinión de los demás miembros de la Comisión Revisora. Agregó que si se optaba por la solución de otorgar derechos hereditarios a los concubinos, prácticamente se borrarían las diferencias con las personas

casadas, a excepción del status matrimonial, el derecho a llevar el apellido y la posibilidad de adoptar que está limitada a los casados (artículo 378 del Código Civil). Argumentó que de esa forma se desalentaría aún más el matrimonio, habida cuenta que los hijos matrimoniales tienen, conforme al texto constitucional, los mismos derechos que los nacidos fuera del matrimonio.

Continúa Ferrero Costa mencionando -siempre con relación a la exposición de motivos de nuestro Código Civil vigente-, que:

De otro lado, el doctor Edmundo Haya de la Torre manifestó que no era conveniente que el Código Civil otorgara a los integrantes de una unión de hecho mayores derechos que los que les confiere la Constitución Política del Perú. Expresó que el artículo 1108 del Código Civil boliviano tenía su sustento en la Constitución Política del Estado boliviano, lo que no ocurría en nuestro caso. (Ibid Idem).

Situación que por cierto se mantiene idéntica en la actual Constitución Política de 1993, es decir, tampoco se reconocen en la vigente carta magna derechos sucesorios a los integrantes de una unión de hecho, lo que de suyo tampoco es argumento sólido como para que en el Código Civil o en una ley especial como lo es la Ley N° 30007 se hayan finalmente otorgado estos derechos sucesorios. Aguilar Llanos (2013), destaca en cuanto a las familias provenientes de la unión de hecho, que:

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. (p. 10)

Nos refiere adicionalmente Aguilar Llanos que:

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. (Ibid Idem)

Debe quedar en claro desde ya, que nuestra posición al desarrollar el presente trabajo de investigación no es en principio totalmente contraria a la creación de la herencia forzosa entre convivientes **more uxorio**, desde que importa obviamente una efectiva protección al conviviente sobreviviente que podría quedar desamparado económicamente ante el repentino deceso de su pareja, sino que antes bien y por el contrario, se cuestiona con la dación de la Ley N° 30007 la posible creación de una problemática basada en una situación real que mal podría afectar y perjudicar en vez de beneficiar a los integrantes de una

unión de hecho, que de manera particular y sesuda optaron por convivir y no casarse para mantenerse alejados de las reglas impositivas del matrimonio y que por decisión propia tampoco desean heredarse, ora por proteger el patrimonio de origen, tradición o abolengo familiar, ora por no inmiscuir o involucrar a la prole propia con el conviviente sobreviviente en caso del deceso de uno de ellos, o por asegurar económicamente a la propia descendencia ante las carencias de ésta u otros válidos motivos; y que ahora ven afectada o alterada su convivencia pacífica por injerencia de la Ley N° 30007 que no les otorga margen alguno de poder variar dicho status sucesorio y sin que puedan expresar su deseo contrario y poder continuar así viviendo como pareja y como familia sin el riesgo futuro de dejar para más adelante un conflicto con los herederos de uno o de los dos concubinos, colocándolos finalmente en la encrucijada de tener eventualmente que dejar de vivir juntos para evitar la herencia forzosa impuesta por la Ley N° 30007.

En ese sentido, es que con el presente trabajo se propone la modificación de esta norma a fin de permitir a los convivientes poder expresar formalmente su deseo de no heredarse forzosamente entre ellos y que esta decisión deliberada y pensada pueda quedar inscrita en los registros públicos. Adicionalmente, con la figura de la herencia forzosa entre los convivientes o integrantes de una unión de hecho prácticamente desaparecen todas las diferencias entre el matrimonio y la convivencia, afectándose así el principio de igualdad ante la ley, en su sentido negativo, pues dos situaciones tradicionalmente diferentes y por las que una pareja podía escoger su vida futura, terminan siendo reguladas

prácticamente de la misma manera, no existiendo alguna otra posibilidad hoy en día para que las parejas puedan establecerse como tales y hacer vida en común sin estar ceñidas o regidas por el matrimonio o por la convivencia en forma rigurosa.

Finalmente, podemos colegir también que ello implica un atentado a la libertad de las personas en la medida en que se le restringe sus posibilidades de convivir, pues no todo lo que está al margen o fuera de ley significa necesariamente que está en contra de la ley o que contraviene el ordenamiento jurídico. Aunado a ello, también podemos colegir que la dación de la Ley N° 30007 importa cierta contradicción con aquella norma constitucional que ordena al Estado la obligación de promover el matrimonio, véase al respecto el numeral 4° de la actual Constitución Política del Estado, pues al terminar equiparándose los efectos legales de un matrimonio con el de la convivencia *more uxorio*, se estaría desalentando o cuando menos no promoviendo o incentivando el acto jurídico matrimonial. Y por el contrario, un tratamiento normativo diferenciador lejos está de ser inconstitucional, siempre que con ello no se afecten los derechos fundamentales de la persona humana o impliquen una discriminación intolerable para nuestro ordenamiento jurídico.

Sobre el particular, Plácido Vilcachagua (2005), al comentar el artículo 4° de nuestra vigente Carta Magna, nos manifiesta lo siguiente:

Surgiendo de la unión de hecho una familia, ésta merece la protección que confiere el ordenamiento jurídico a la institución; sin desconocer que debe promoverse al matrimonio como su base de constitución. En ese mismo sentido, el Tribunal Constitucional español, de manera reiterada, ha precisado que no podría considerarse inconstitucional la falta de “paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y no matrimoniales”, porque para el orden constitucional español “el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo un derecho constitucional, cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional. (p.335)

### 3.5 La herencia del conviviente y la legislación comparada

#### **CUBA**

En cuanto a la legislación cubana tenemos la Ley N° 1289, denominada Código de Familia (1975), y en cuyos artículos 2° y 18° se hace mención de un matrimonio no formalizado que para su existencia exige ciertos requisitos, a saber: la unión propia, que haya singularidad y estabilidad entre un varón y una mujer en la que ambos tengan aptitud de casarse; para que a partir de ahí esta convivencia o matrimonio no formalizado pueda gozar de los efectos propios del matrimonio formalizado, pero una vez que haya sido reconocida por un tribunal jurisdiccional competente. Entonces podemos concluir que en Cuba no existe

propriadamente la convivencia o el concubinato tal y como es conocido por nosotros pues ellos lo denominan matrimonio no formalizado.

En la Constitución de la República de Cuba (1976), se define al matrimonio en el precepto 36°, como la unión voluntaria de varón y mujer para hacer vida en común y con aptitud legal para contraer matrimonio, añadiendo que la ley regula la formalización, reconocimiento y disolución del matrimonio. Es decir, se vuelve a mencionar pero ahora con rango o nivel constitucional la existencia posible o más que permisible de matrimonios no formalizados.

En la Ley N° 59, denominada Código Civil (1987), los cubanos regulan el tema hereditario en el artículo 493.1 en donde se califica a los llamados herederos especialmente protegidos, como es el caso del cónyuge, los hijos y demás descendientes, y también a los ascendientes del causante. Pero siempre que estos no estén aptos para trabajar y que hayan dependido económicamente del causante en vida, otorgándoles por igual y cuando menos la mitad de la herencia.

En suma, es el Código de Familia en Cuba el que dispone la regularización previa del matrimonio no formalizado en sede judicial para que el conviviente recién tenga acceso al derecho hereditario.

## **BOLIVIA**

En lo que respecta al Código Civil de Bolivia (1975), el cual entró en vigencia desde el mes de abril de 1976. Podemos afirmar que en sus artículos 1064° y 1108°, se otorga claramente el derecho a heredar al conviviente como si fuera un cónyuge, pero califica la convivencia no como tal sino como una unión conyugal libre o unión conyugal de hecho, es decir, que al igual que la legislación cubana de alguna manera se oculta o morigera la convivencia o concubinato para en una suerte de eufemismo llamarla unión conyugal de hecho o unión conyugal libre, siendo criticable esta última denominación pues podría dar a entender que la unión conyugal matrimonial o de derecho no es libre o que implica una unión despectiva o peyorativa en tanto los cónyuges tienen que sufrirla, precisamente por la ausencia de libertad.

Por lo demás, se establece que la legítima del cónyuge es de dos tercios de la herencia y la legítima de los hijos es de cuatro quintas partes de la masa hereditaria.

El Código de Familia de Bolivia (1998), describe en el artículo 158° a la denominada unión conyugal libre o unión conyugal de hecho, y la señala como aquella unión entre varón y mujer en la que voluntariamente constituyen hogar y hacen vida en común en forma estable y singular. Añadiendo a continuación este mismo código en su artículo 159°, que las uniones conyugales libres o uniones conyugales de hecho producen efectos similares al matrimonio tanto en las relaciones personales como en las patrimoniales.

## **ECUADOR**

En la República del Ecuador el Código Civil que fue materia de una codificación (2005) por sus varias modificaciones a través del tiempo y el cual fue en un inicio prácticamente una copia del Código Andrés Bello de Chile. Es de destacar que en este código nos encontramos con los artículos 1194° y 1196°, en los que se regula las llamadas asignaciones forzosas entre las que se encuentran las legítimas y la porción conyugal, en este último caso siempre que el viudo o viuda carezca de lo necesario para su sustentación.

Los legitimarios solo son los hijos y los padres. Por otro lado, el artículo 1201° dispone que la porción conyugal sea la cuarta parte de la herencia del causante. Y el artículo 222° de dicho código, a su vez, dispone que la unión estable y monogámica de más de dos años entre hombre y mujer, libre de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.

Podemos decir que en la legislación civil ecuatoriana la convivencia propia ***more uxorio*** si genera todos los derechos y obligaciones como si fuera un matrimonio.

## **MEXICO**

El Código Civil Federal de México (1928) con reformas y modificaciones ordenadas a diciembre de 2013, señala en sus artículos 1602° y 1635° el

derecho a heredar por sucesión legítima, lo que se conoce como sucesión Intestada o legal para nuestro caso.

Dispone, además, que la concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge siempre que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Finalmente, se agrega al final de la norma que si al morir el **de cuius** sobreviven varios concubinos en las condiciones señaladas al principio del artículo, ninguno de ellos heredará.

## **ARGENTINA**

En cuanto se refiere al Código Civil y Comercial de la Nación en Argentina (Octubre de 2014), el mismo que fuera promulgado mediante Ley Nro. 26994, podemos decir que este cuerpo normativo deja mayor margen de elección a los convivientes, pues en su artículo 514° regula la permisibilidad y el contenido de los pactos de convivencia básicamente en lo relativo al aporte para las cargas del hogar y la atribución del hogar común en caso de ruptura, y finalmente la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común en caso de ruptura de la convivencia.

Y en el artículo 527°, pese a no considerarse la herencia entre los convivientes, sin embargo, otorga la posibilidad de la atribución del inmueble donde funcionó

el hogar de familia por un plazo máximo de dos años a favor del conviviente sobreviviente como un derecho real de habitación gratuito, para los casos en que el conviviente supérstite carezca de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a una vivienda.

### 3.6 La indignidad sucesoria y la desheredación, deficiencias y omisiones en la Ley N° 30007

Por otra parte, y en cuanto a este tema puntual de la Indignidad Sucesoria y de la Desheredación, aquella a diferencia de ésta, no exige ni requiere para el caso del integrante de la unión de hecho que la norma bajo análisis y cuestionamiento –Ley N° 30007, se pronuncie, mencione o consigne como pasible de aplicársele este impedimento –la Indignidad Sucesoria- al conviviente del fallecido cuando pretenda acceder o conservar su herencia, toda vez que el artículo 667° del Código Civil patrio dispone con suma claridad que pueden ser excluidos como herederos o legatarios de la sucesión del causante –sin hacer ningún tipo de distingo en cuanto a la calidad del sucesor- todos aquellos que incurran en la conducta tipificada como causal de Indignidad Sucesoria, sin que la norma antes referida haga diferencia alguna sobre la calidad o clase de heredero o calidad o clase de legatario que pueda ser excluido de la sucesión del **de cuius**. Lo que significa que no hay duda alguna en cuanto a que el conviviente supérstite sí pueda ser declarado indigno de heredar a su conviviente ya fallecido, en caso de existir la comisión de cualquiera de las causales que contempla el propio artículo 667° del Código

Civil. Vale decir la generalidad y apertura de la norma que regula la Indignidad Sucesoria no ofrece obstáculo alguno y reiteramos más bien resulta a todas luces permisiva para la hipótesis de la exclusión cuando el Indigno de suceder sea el conviviente sobreviviente.

Por el contrario, y esto es de imprescindible corrección-, todos los ataques o agravios al conviviente del causante –como sí ocurre cuando se trata de los descendientes, ascendientes y cónyuge del causante; no estarían previstos como hechos tipificados en nuestro Código Civil como pasibles de ser aplicados para la exclusión por Indignidad Sucesoria de un tercer heredero o legatario del causante, **verbi gratia**, de aquel hijo o nieto del causante que comete homicidio en agravio de la conviviente de su padre o de la concubina de su abuelo, respectivamente. En efecto, queda claro que los incisos 1° y 2° del artículo 667° de nuestro Código Civil hacen alusión directa y expresa al cónyuge del causante como víctima del hecho ilícito, siendo necesario, por tanto, en línea y comulgando con la calidad de heredero forzoso que se hace del conviviente conforme a los términos de la Ley N° 30007, que se haga un ajuste o modificación en estos dos incisos de la norma en cuestión –o cuando menos del primer inciso, a fin de que se introduzca al integrante de la unión de hecho como pasible de ser víctima o agraviado de un ilícito penal para que ello sea susceptible a la vez de ser utilizado como causal para la exclusión por Indignidad Sucesoria de aquel heredero o legatario que tuvo la desventura de delinquir en agravio del conviviente del **de cuius**.

Las demás causales de Indignidad Sucesoria están relacionadas fundamentalmente con la ofensa o lesión a los derechos del propio causante, por lo cual no requerirían cambios o ajustes en su tenor.

No obstante lo anterior, es de destacarse la opinión de alguna manera contraria a lo dicho por nosotros líneas atrás, y que es sostenida por Amado Ramírez (2013), quien asevera que los cambios introducidos por la Ley N° 30007 permiten que el conviviente esté en igualdad de condiciones respecto al status de un cónyuge en todo lo relacionado con el ámbito sucesorio, es decir, tanto para derechos como para obligaciones, y en ese sentido nos llega a afirmar en forma categórica que:

Como consecuencia de las antes citadas modificaciones normativas dadas al Código Civil de 1984, ahora todo lo relativo al Derecho Sucesorio aplicable a la cónyuge como heredero forzoso, se aplica también, al integrante sobreviviente de la unión de hecho. (...) Inclusive, al no estar prohibido por ley, estaría permitido, que el integrante sobreviviente de la unión de hecho; al igual que el cónyuge supérstite, pueda: aceptar, renunciar, intervenir en la división y partición voluntaria de la masa hereditaria, ser declarado indigno, ser desheredado entre otros. (p. 174)

Por nuestra parte, nos permitimos discrepar del aserto categórico de Amado Ramírez, pues consideramos que así como en el caso de la Indignidad

Sucesoria el concubino estaría desprotegido al no estar contemplado expresamente como víctima de la comisión de una causal de Indignidad; del mismo modo en la figura de la desheredación no está literalmente prevista o contemplada como hipótesis para el conviviente en cuanto a ser éste autor de una causal de Desheredación, no siendo aplicable por extensión o analogía las causales de desheredación del cónyuge pues se trata de una figura que reposa en una norma de excepción, toda vez que el principio o la regla general en sede sucesoria es el derecho a la legítima del heredero forzoso y eso constituye un imperativo que reposa en norma de orden público que no admite estipulación, pacto o disposición en contrario. Por tanto, toda exclusión o apartamiento de la herencia y del derecho a la legítima que tiene el cónyuge como heredero forzoso implica un atentado y además ir en contra de la corriente del ordenamiento jurídico, lo que se justifica de manera excepcional y extraordinaria mediante la aplicación de la figura especial de la desheredación, lo que impide su aplicación extensiva o por analogía al caso de los convivientes. En tal virtud, y para eliminar posibles dudas de interpretación y de aplicación de la norma (Ley N° 30007) debe contemplarse ello a futuro mediante una reforma legislativa que disponga su extensión o su aplicación general o parcial, debiéndose descollar además que tal y como están redactadas las causales de desheredación para el cónyuge, no todas por cierto resultarán literalmente aplicables también al integrante de la unión de hecho; por lo cual, se requiere insistimos de una modificación legislativa que en todo caso conjure o equilibre esta ventaja o desequilibrio injustificado que además podría resultar odioso, y reñido además con la norma constitucional que preceptúa la promoción del

matrimonio. Tal es el caso, por ejemplo, de la figura del adulterio cuya comisión exige necesariamente la previa vinculación matrimonial entre ofensor y agraviado, lo que no podría darse bajo el estado fáctico de la convivencia, o el caso puntual del atentado contra la vida del cónyuge, y finalmente la hipótesis del abandono injustificado de la casa conyugal, en donde es necesaria para su comisión la existencia del vínculo uxorio o matrimonial entre la víctima y el agresor o autor de la causal.

Por otro lado, no somos partidarios de incluir en una futura modificación al texto de la Ley N° 30007, las distintas posibilidades de uniones de hecho impropias a fin de otorgárseles la posibilidad de que se pueda suceder al conviviente difunto. La norma está diseñada para la unión de hecho o convivencia propia, aquella en la que la pareja convive *more uxorio* tal y como si estuviesen casados.

Aun cuando se puedan alegar situaciones de injusticias para la pareja que actuó de buena fe desconociendo, por ejemplo, la existencia de convivencias paralelas y escondidas por parte del causante, consideramos que el Derecho debe en todo caso, -lejos de castigar la desidia, la indiferencia o el descuido-, proteger a los ciudadanos diligentes o responsables de sus cosas y de sus actos, y en ese sentido, quien es partícipe de una unión de hecho impropia de alguna manera es consciente o conocedor de esta situación irregular, la cual en el peor de los casos tampoco es que sea ajena o marginal del ordenamiento jurídico pues siempre hay soluciones y amparo legal cuando se causa un daño,

se cometen abusos o se obtiene provecho o ventaja indebida de una relación convivencial impropia.

De otra parte, ha de atenderse también al hecho cierto y objetivo por el cual el conviviente doloso –por decirlo de alguna manera- al mantener varias convivencias en paralelo, en simultaneo o a la vez, finalmente está optando por una situación distinta y ajena a la convivencia propia **more uxorio**, por lo cual su intención y voluntad particular aun cuando fuere oculta y haya sido desconocida por uno o más de los concubinos, ello no puede pasar desapercibido para el Derecho en tanto se le debe otorgar un significado válido de no querer estar sujeto o dentro de la esfera jurídico legal de las uniones de hecho regulares o propias, siendo que dicha voluntad cuenta o debe necesariamente contar pues la convivencia no es unilateral ni se impone **manu militari** sino que es el producto de un acuerdo de voluntades, que nace de la voluntad individual de cada conviviente.

Sobre este último particular, es de contrario parecer Castillo Freyre (2014), quien nos indica para este supuesto específico “de pluralidad de uniones de hecho, y en caso de concurrencia de concubinos con vocación hereditaria considera que los tribunales deberían hacer prevalecer aquella unión de hecho más estable y que se parezca más a la unión matrimonial.” (pp.116 -118)

Por último, debe tenerse siempre presente que la sucesión **mortis causa** se dará igual y de no heredar nadie al **de cuius** sus parientes consanguíneos

finalmente lo sucederá el Estado, tal y como lo dispone claramente el artículo 830° del Código Civil. Adviértase incluso que la protección brindada por el artículo 326° del código acotado, respecto a la situación patrimonial semejante a la de la sociedad de gananciales va solo para los integrantes de una unión de hecho propia, quedando al margen toda otra posibilidad de convivencia de parejas que no se ajusten a lo establecido en el referido artículo.

### 3.7 La herencia forzosa

Hablar de la Herencia Forzosa implica hablar casi siempre como si fuese una identidad de los Herederos Forzosos, siendo éstos una especie de causahabientes o sucesores del causante, mientras que la Herencia Forzosa al menos en nuestra legislación tiene dos connotaciones, a saber: una la clásica, común o tradicional referida a los herederos forzosos y su mejor derecho a recibir la herencia, y otra muy distinta relativa a la imposibilidad del sucesor o heredero de repudiar, apartarse o renunciar a la herencia dejada por el ***de cuius***.

En el primer supuesto, la herencia es forzosa desde la perspectiva del causante, es decir, existen determinadas personas vinculadas en vida al causante por lazos de sangre (parentesco consanguíneo en línea recta) o por mandato de la ley (vínculo conyugal o uxorio) respecto de las cuales a su muerte van a heredarlo inevitablemente en la medida en que lo sobrevivan, es

decir, para el causante son forzosos en la medida en que dicho causante no los puede privar o apartar de su herencia aun cuando deje testamento y los soslaye en el mismo, pues el derecho a heredar de estas personas es imperativo y descansa en normas de orden público que no admiten disposición en contrario, salvo que por causas especiales de la desheredación a estas mismas personas se les pueda excluir de la sucesión mortis causa, pero cumpliéndose una serie de requisitos formales y sustantivos que además tienen que estar expresados dentro de un testamento.

No debe nunca entenderse que los herederos forzosos por llamarse así estén obligados a aceptar o a recibir la herencia del causante y que no puedan desligarse o renunciar a dicha herencia, pues ello es un derecho que todo sucesor tiene llámese heredero o legatario pues a nadie en principio se le puede obligar o imponer a recibir o aceptar una herencia, tanto así que la aceptación y la renuncia de la herencia conforme a nuestra legislación civil son considerados actos puros, es decir, no pueden estar sujetos a modalidad alguna del acto jurídico.

Por el contrario, y en segundo lugar, también se puede hablar de la herencia forzosa en nuestra legislación común para el caso de la pérdida del derecho a suceder bajo la modalidad ***intra vires haereditatis***.

La sucesión ***intra vires haereditatis*** implica heredar al causante dentro de los alcances o dentro de la fuerza de la herencia, y está referida a la situación de

la responsabilidad económica o patrimonial de los causahabientes o herederos respecto de las deudas u obligaciones que conforman el patrimonio hereditario tal y como lo dejó el causante, esto es, que quien hereda en principio no debe responder más allá comprometiendo su peculio propio sino limitarse a pagar los pasivos de la herencia con todos los bienes y activos que dicha herencia contenga y solo hasta donde alcance.

Se pierde el derecho a suceder o heredar ***intra vires haereditatis*** cuando el heredero incurre en cualquier de las conductas ilícitas previstas en el artículo 662° del Código Civil, con lo cual la responsabilidad de este heredero se hace solidaria y eventualmente puede llegar a ver comprometido su patrimonio personal para el pago de las deudas insolutas del ***de cuius***, pero como una sanción o castigo para aquel heredero que comete una conducta reñida y reprochable tipificada en el numeral 662° de nuestra ley común. A esta situación se le denomina sucesión ***ultra vires haereditatis*** cuyo significado etimológico acorde a las voces latinas equivale a “más allá de la fuerza de la herencia”.

Este heredero sancionado que puede ser cualquiera de los herederos y no necesariamente un heredero de los llamados forzosos, incurre en una hipótesis de herencia forzosa por hechos o conductas cometidas por el mismo que le impiden poder renunciar a la herencia, pues queda sometido a ella y responde solidariamente por todos los pasivos y deudas dejadas por el causante, pero reiteramos que esta es una situación excepcional que opera a modo de castigo o sanción.

Esta figura excepcional de la sucesión ***ultra vires haereditatis*** fue tomada – nos indica Ferrero Costa (2015):

.... de los artículos 493 y 494 del Código Civil italiano. Tal como está planteado este instituto referido a ciertos actos del heredero, lo convierten en un heredero forzoso desde el punto de vista del sucesor, en vista de que no puede sustraerse del proceso sucesoral. (p. 212)

Añade Ferrero Costa que:

Esta figura aparece en el Código de Napoleón, imponiendo el artículo 792 una doble sanción a quien oculta o sustrae bienes hereditarios; por un lado, se le fuerza a aceptar la herencia en forma simple y pura y, por otro, se le priva de su porción respecto a los bienes que quiso ocultar. (Ibid Idem)

Finalmente, Ferrero Costa (2015) se formula al respecto una interrogante válida que el mismo absuelve con la solvencia académica que lo caracteriza: “Si quien sucede, como consecuencia de la aplicación de este sistema recibe un perjuicio patrimonial en lugar de un beneficio, ¿podrá ser llamado heredero? Creemos que no. Es un sucesor forzoso que no recibe herencia.” (p. 213).

Vemos pues como en nuestra legislación cabe la posibilidad de que un heredero que no es forzoso puede terminar convirtiéndose en forzoso mediante la figura excepcional de la sucesión ***ultra vires haereditatis***, la que determina u origina una herencia forzosa impuesta a dicho causahabiente como sanción o castigo por incurrir el heredero en alguna de las conductas reñidas y sancionadas por nuestro Código Civil en su artículo 662°.

Podemos colegir válidamente así que en esta hipótesis excepcional de castigo o sanción estaríamos ante un heredero forzoso no ***in natura*** sino por desventura.

### 3.8 Las clases de herederos y la calidad sucesoria del conviviente que sobrevive a su concubino

En cuanto a los diversos tipos de herederos, nuestra legislación reconoce de ordinario tres tipos de herederos: 1) Los herederos legales forzosos o necesarios, 2) Los herederos legales no forzosos o simplemente herederos legales, y 3) Los herederos voluntarios.

Si bien es verdad que a todos los herederos se les puede llamar genéricamente como sucesores o causahabientes, se hace necesario diferenciarlos o distinguirlos de la otra especie de sucesor o causahabiente que son los denominados legatarios, a quienes se les llama así porque tienen derecho al

legado que es un acto de liberalidad **mortis causa** o con efectos **post mortem** y que solo se pueden constituir y otorgar mediante la voluntad en vida del causante plasmada en su testamento. Es decir, solo por testamento se pueden otorgar legados e instituir legatarios.

En cuanto a los herederos voluntarios éstos son llamados así porque su vocación sucesoria únicamente responde o proviene de la voluntad testamentaria que el causante plasma en su testamento, es decir, el heredero voluntario solo puede heredar en la sucesión testamentaria y puede ser cualquier persona natural o jurídica. En la sucesión legal o sucesión intestada no tiene como acceder a la herencia del causante porque no está incluido en ninguno de los seis órdenes sucesorios que contempla el artículo 816° del Código Civil.

Finalmente, para que un heredero voluntario que puede ser cualquier persona natural o jurídica, pueda estar instituido o nombrado en testamento, no debe existir ninguna persona que haya sobrevivido al testador y que ostente la calidad de heredero forzoso de dicho causante pues son incompatibles en cuanto a la concurrencia en la herencia, y claro está la preferencia o el mejor derecho para heredar al **de cuius** obviamente lo tiene el heredero forzoso o necesario.

Los herederos legales no forzosos o simplemente llamados herederos legales, son todos los parientes consanguíneos colaterales del causante que van desde

el segundo grado hasta el cuarto grado de parentesco, a saber: hermanos del causante que corresponden al segundo grado, los tíos y sobrinos del causante que corresponden al tercer grado, y finalmente los tíos abuelos, los sobrinos nietos y los primos del causante que corresponden en su conjunto al cuarto grado de parentesco consanguíneo en línea colateral.

La voz pariente deriva etimológicamente del latín **parere** que significa parir, y esto en la medida en que todos los parientes descendemos, provenimos o hemos sido paridos de un tronco o ascendiente común.

Los parientes consanguíneos colaterales heredan únicamente a falta de herederos forzosos en la sucesión intestada, con arreglo a los órdenes sucesorios y bajo los dos principios rectores de dichos órdenes sucesorios, a saber: 1) El principio de que los órdenes sucesorios son excluyentes entre sí, y 2) El principio de proximidad de grado, vale decir, los parientes más próximos o cercanos en grado de parentesco al causante excluyen a los más remotos o lejanos. Pero en la sucesión testamentaria los herederos legales tienen vocación sucesoria solo en la medida en que el testador los haya consignado o instituido como herederos en su testamento, pudiendo incluso concurrir sin problema alguno con otros herederos voluntarios que haya nombrado el testador, es decir, la concurrencia de herederos legales y de herederos voluntarios es perfectamente compatible en la sucesión testamentaria quedando ello librado al solo criterio y decisión del testador.

Finalmente, los herederos forzosos o necesarios a los cuales se ha sumado el integrante sobreviviente de una unión de hecho por imperio de Ley N° 30007, son todos aquellos que tienen derecho a una reserva denominada legítima que resulta intangible y debe respetarse para no afectarla al momento de testar, pues su naturaleza es de orden público en la medida en que no puede soslayarse ni admite estipulación en contrario.

El fundamento de la Legítima, nos enseña Echeopar García (1999):

..... constituye una transacción entre la herencia forzosa y el derecho que posee todo propietario de disponer libremente de sus bienes. La ley impone esta limitación para favorecer a la familia, en virtud de las obligaciones que, por razones naturales (vínculos de sangre, amor paternal y filial, obligación alimentaria, etc.) existen entre el padre y sus descendientes y demás familiares próximos, impidiendo así el abuso y promoviendo la estabilidad y el desarrollo de la sociedad cuya base es la familia. (p. 128)

Nosotros anteriormente tuvimos la oportunidad de mencionar que la legítima es claramente una imposición de la ley para determinadas personas, específicamente:

para quien tiene vinculaciones personales, -caso del cónyuge- o relaciones familiares de parentesco –hijos y demás descendientes o

padres y demás ascendientes – con otras personas a quien se les podría considerar ulteriormente como los herederos forzosos; el deber de respetar una parte importante de su patrimonio que está reservada de manera exclusiva para estos posibles y futuros herederos forzosos. Esa parte se llama legítima y por eso a estos herederos forzosos también se les llama herederos legitimarios, en razón a que tienen derecho a la legítima.” (Olavarría Vivian, 2012, p. 142)

Lohmann Luca de Tena (1996), hace una válida aclaración al respecto y además considera por su parte que:

..... la legítima no es propiamente, como puede inducir a pensarlo su lugar de ubicación en el Código, una figura propia del régimen testamentario. La legítima es, en rigor, un derecho en favor de ciertos parientes que (salvo los casos excepcionales de desheredación o de indignidad) se expresa normalmente en una participación determinada de la herencia (principalmente cuantitativa, aunque con matices de intangibilidad cualitativa). Pero participación a la que se es llamado no por delación testamentaria, ni tampoco por delación sucesoria legal, sino atribución prevalente que la ley destina en favor de ciertos parientes, aunque no haya testamento... (....). Quiero decir: el legitimario tiene derecho porque la ley se lo confiere, no porque lo llame sucesoralmente; solo se accederá a la sucesión a título de heredero y para cobrarse con

bienes hereditarios cuando la legítima no haya sido satisfecha de otra manera. (p. 461)

De lo anteriormente expuesto se infiere que los herederos forzosos heredan siempre, haya o no haya testamento del causante y en cualquier clase de sucesión, sea ésta testamentaria, intestada o legal, y en la sucesión mixta. Los herederos forzosos son los primeros llamados a la sucesión del causante, y si bien cualquier heredero forzoso podría no querer la herencia que le toca o corresponde está en todo su derecho de renunciar a ella y no recibir acervo alguno del patrimonio causado del *de cuius*, lo que antiguamente se denominaba el repudio de la herencia, término un tanto peyorativo que hoy resulta ser un arcaísmo.

Es así que su calidad de forzosos hace que necesariamente hereden al causante, es decir, para el causante son forzosos porque dicho causante en vida no los puede, en principio, apartar o excluir de la herencia y más específicamente de su derecho a la legítima, o mejor dicho, el causante en vida no los puede privar de su cuota legitimaria y así lo debe respetar en su testamento.

Sin embargo, la figura excepcional de la desheredación importa que por medio de un testamento se pueda desheredar y excluir a un heredero forzoso del testador, pero dicha figura excepcional se encuentra llena de exigencias o requisitos formales y legales para que pueda ser válidamente invocada y surta

sus efectos propios, tales como por ejemplo, que no sea una cuestión arbitraria o antojadiza o que responda al capricho del testador, habida cuenta que debe estar sustentada en cualquier de las causales de desheredación que la propia norma civil tipifica describiendo de manera puntual las conductas reprochables merecedoras de esta exclusión, así como que además la desheredación deba ser explícita y sobremanera motivada, a fin de permitirle al desheredado, en su caso y **a posteriori**, poder cuestionar e impugnar judicialmente su desheredación mediante un juicio de contradicción que deberá iniciar una vez abierta la sucesión del testador si es que considera que se le están conculcando sus derecho a la legítima con una desheredación falsa o inexistente.

Es importante discernir además en detalle la relación existente entre reserva y legítima ya que de ordinario se suelen identificar como conceptos sinónimos. Al respecto, Rodríguez Pastor (1936), en su tesis doctoral intitulada “La Institución de las Reservas”, nos enseña que:

... pese a la analogía existente entre la reserva y la legítima y a la coincidencia entre ambas figuras jurídicas, en la medida en que “en una y en otra hay una porción de la masa hereditaria, sustraída a la voluntad del de cujus, que debe transmitirse ab intestato, a los herederos forzosos..... (...) Hay, pues, no una diferencia de naturaleza, sino de grado.

Así, mientras en la legítima, la incapacidad de libre disposición, se refiere solo a los actos efectuados a título gratuito (artículo 627 inciso 4 del Código Civil), en la reserva comprende también los celebrados a título oneroso. Mientras en la legítima los derechos del heredero forzoso se limitan a una parte alícuota (los cuatro quintos respecto de los descendientes y los dos tercios respecto de los ascendientes); en la reserva, los derechos del reservatario alcanzan a la totalidad de los bienes individualizados. Mientras en la legítima, el heredero forzoso, salvada su porción debida, puede compartir los bienes del caudal hereditario, con otras personas que no poseen tal calidad; en la reserva el reservatario sucede en los bienes reservables con un carácter totalitario y excluyente. Por último, mientras en la legítima, la sucesión opera a título universal, en la reserva, la sucesión se abre a título particular.

Estas discrepancias, aparte la complejidad de los fenómenos concomitantes a la reserva y la diversidad del fundamento jurídico, inducen a concluir en el sentido de que se trata de instituciones, aunque análogas, perfectamente diferenciadas. (pp. 80-81).

Hoy en día claro está no existen más en nuestra legislación civil la institución de las Reservas, teniendo dicha figura como último antecedente patrio el Código Civil de 1852, sin embargo, vale la acotación y la cita aclaratoria que hacemos de la Tesis doctoral de Rodríguez Pastor, pues de ordinario se suele identificar

genéricamente a la legítima como una reserva cuando en estricto rigor son dos figuras jurídicas si bien bastante parecidas pero que ostentan notas claramente distintivas que las hacen autónomas, tanto así que la Legítima mantiene su vigencia y se irradia más allá de la esfera sucesoria pues vemos la referencia a la legítima en figuras jurídicas tan disímiles y lejanas como la invalidación de la donación inoficiosa recogida en el artículo 1629 del Código Civil y la de la interdicción y curatela por incurrirse en prodigalidad o en mala gestión, previstas en los artículos 584 y 585, respectivamente, del código acotado.

Queda claro pues que por imperio de la Ley N° 30007 el conviviente sobreviviente a una unión de hecho tiene la calidad de heredero forzoso de su concubino difunto, con algunas diferencias en favor de éste en comparación con el caso o situación de los cónyuges viudos, a quienes sí cabe desheredar conforme a las causales propias o inherentes tipificadas de manera especial en nuestra ley común para quienes integran o conforman un matrimonio.

Del mismo modo, advertimos una deficiencia u omisión al no establecerse en la Ley N° 30007 una clara modificación para poder excluir por indignidad sucesoria a quien incurre en la comisión de delitos dolosos en agravio o perjuicio del conviviente del causante, lo que coloca al concubino en seria y grave desventaja, pues pese a ser un heredero forzoso podría pensarse que la norma otorga carta blanca para agredirlo de cualquier manera sin que se tenga repercusión sucesoria por ello, más allá de las figuras y procedimientos punitivos propios del Derecho Penal.

## CONCLUSIONES

1.- El derecho a la herencia no es un derecho fundamental de la persona humana, en tanto en cuanto el ser humano puede existir y realizarse como tal y cumplir su destino sin que se afecte o mengüe su condición de persona o se debilite su esencia y valor como ser humano si es que durante su vida no llegase nunca a ser heredero de un causante. En efecto, los seres humanos pueden vivir y realizar todas sus actividades y luego fallecer sin haber recibido jamás herencia alguna en el trayecto de su vida, y no por ello dejan de ser menos personas o quedan desmerecidos de alguna manera.

Parejas de esposos pueden fallecer en un accidente sin que se llegue a establecer legalmente sucesión entre ellos en aplicación de la norma jurídica que recoge e instituye la presunción de conmorienencia, tal y como lo establece el artículo 62º de nuestro Código Civil, por lo cual, no es dable aseverar que la herencia forzosa como derecho típico o propio de la pareja matrimonial pueda ser tomada como un elemento irrazonablemente discriminador que atente contra los derechos fundamentales de los integrantes de una unión de hecho, para marginarlos en su condición de seres humanos y que además ello

perjudique de algún modo su dignidad personal y finalmente su situación familiar.

Finalmente el derecho a la herencia es renunciable y en algunos casos algunos derechos que emanan de la herencia prescriben como la colación y la acción de reducción. Situación incompatible con los derechos fundamentales de la persona humana que son imprescriptibles además de irrenunciables.

2.- Es clara la tendencia creciente de las parejas a nivel nacional, de optar por la unión de hecho en comparación con el matrimonio, lo que implica necesariamente una mayor incidencia en elegir deliberada y sesudamente esta forma de hacer vida en común y de conformar un hogar y una familia, lo que implica hacer uso del ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos y de la autonomía de la voluntad, más allá de la validez o razonabilidad de los móviles o causas que determinen a la pareja a vivir en convivencia y de realizarse como pareja sin optar por el matrimonio. Esta conclusión descansa también en los resultados de los Censos Nacionales y de las estadísticas provenientes de los mismos, así como en la mayor difusión de información mediante el empleo masivo de los medios de comunicación y del mayor acceso al conocimiento.

3.- Era acaso necesario o ineludible instituir la herencia forzosa entre los integrantes de una unión de hecho para evitar un posible desamparo y perjuicio que ponga en situación crítica o precaria al conviviente sobreviviente?. Definitivamente consideramos que no, pues para ello siempre existía en cabeza

de los integrantes de la unión de hecho la posibilidad de otorgar un testamento y de nombrar como heredero, o en su caso como legatario, al conviviente. Más aún, que en nuestra legislación en caso de existir herederos forzosos en uno de los convivientes, la porción de libre disposición para nombrar legatarios es bastante prolija o amplia pues va desde la tercera parte hasta la mitad de la herencia, según sean hijos y demás descendientes en el primer caso, o padres o demás ascendientes en el segundo caso.

4.- La creación de la herencia forzosa entre los convivientes al amparo de la Ley N° 30007 ha sido otorgada en mejores condiciones incluso que lo previsto para los cónyuges, pues la figura de la desheredación no está expresamente contemplada para el conviviente no siendo aplicable dicha institución por extensión o analogía pues se trata de una figura que reposa en una norma de excepción, ya que el principio o la regla general es el derecho a la legítima del heredero forzoso y eso constituye norma de orden público. En ese caso, y para eliminar ambigüedades o interpretaciones encontradas debe contemplarse a futuro mediante una reforma legislativa que disponga su extensión o su aplicación general o parcial a la situación del concubino como pasible de incurrir en desheredación, debiéndose descollar además que no todas las causales de desheredación aplicables al cónyuge resultan por cierto también aplicables al integrante de la unión de hecho; por lo cual, se requiere, insistimos, de una modificación legislativa que en todo caso conjure o equilibre esta ventaja o desequilibrio injustificado que además podría resultar odioso, y reñido además con la norma constitucional que preceptúa la promoción del matrimonio. Tal es

el caso por ejemplo de la figura del adulterio cuya comisión exige la previa vinculación matrimonial entre ofensor y agraviado, lo que no podría darse bajo el estado fáctico de la convivencia, o el caso puntual del atentado contra la vida del cónyuge, y finalmente la hipótesis del abandono injustificado de la casa conyugal, en donde es necesaria la existencia del vínculo uxorio, para que se pueda materializar la causal.

5.- Diferente es el caso de la Indignidad Sucesoria, en donde si bien no se hace necesario introducir modificación alguna en la Ley N° 30007 para que el integrante de la unión de hecho en su condición de heredero forzoso pueda ser considerado pasible de ser excluido de la sucesión del causante, pues la propia norma relativa a la Indignidad Sucesoria (artículo 667° del Código Civil) no hace distinción de ninguna clase o tipo de heredero o de legatario, para que pueda ser calificado como indigno bastando tan solo la comisión de la conducta tipificada como causal de Indignidad Sucesoria; por el contrario, sí hallamos una diferencia discriminatoria entre el cónyuge y el conviviente o concubino pero sólo cuando se trata de las personas agraviadas u ofendidas vinculadas al causante, es decir, para el caso hipotético en que el heredero o legatario autor del homicidio doloso o el que en su caso fuera condenado por cualquier delito doloso perpetrado en agravio del conviviente del causante no podría ser excluido por Indignidad de la sucesión del **de cuius**, pues la propia norma menciona expresamente como víctima del hecho ilícito a los parientes consanguíneos en línea recta y al cónyuge del causante, véase al respecto los incisos 1° y 2° del artículo 667 del Código Civil. Siendo por tanto necesario

realizar un ajuste normativo tan solo en el primer inciso de dicha norma incluyendo, en su caso, al conviviente del **de cuius** para eliminar esta situación diferenciadora que no se justifica en lo absoluto y que además resulta odiosa y discriminatoria. No siendo preciso modificar el inciso segundo del artículo 667 antes referido, habida cuenta que nos remite como agraviados del delito doloso a las mismas personas del anterior inciso primero.

6.- Con la creación de la herencia forzosa a favor de los convivientes prácticamente se equipara en cuanto a sus efectos y consecuencias la situación de la pareja matrimonial bajo el régimen económico de la sociedad de gananciales con los integrantes de una unión de hecho; lo que atenta contra el Principio de Igualdad en sentido negativo o a **contrario sensu**, pues no se puede desconocer que se trata de dos figuras clásicas o tradicionales que el Derecho y la civilización han reconocido desde tiempos inmemoriales cuando menos como distintas e incluso como antagónicas, y por ende merecedoras de tratamientos normativos distintos, y que aún cuando ambas figuras sean fundadoras de familias o de status familiar, no por ello deben recibir un tratamiento normativo igualitario que podría resentir a sus integrantes, específicamente a los integrantes de la unión de hecho, pues el riesgo no solo va en terminar siendo calificados en una suerte de matrimonio **deminutio**, sino, peor aún, de verse sometidos dentro de una esfera jurídica indeseada que ponga en crisis la relación de pareja y la vida en común.

7.- Este acercamiento o identificación en el tratamiento normativo al extender los efectos del régimen matrimonial a los integrantes de la unión de hecho – entre ellos el de la herencia forzosa para los concubinos- resiente el deber del Estado de promover el matrimonio según el mandato constitucional establecido en el artículo 4° de la Carta Magna, pues de alguna manera se desincentiva la alternativa de las nupcias que formalmente exigen trámites y procedimientos previos así como formas solemnes para su celebración y obligatorio registro, a diferencia del concubinato que basa su existencia en la voluntad común de la pareja, y que de no establecerse reglas claras y diferenciadoras para una y otra figura se corre el riesgo de dejar sentado en nuestro país que para efectos de convivir como pareja da igual casarse o no habida cuenta que las consecuencias jurídicas serán prácticamente las mismas.

8.- Consideramos pues apropiado proponer una modificación en el texto de la Ley N° 30007 que otorgue un derecho a los convivientes para declarar e inscribir su decisión de no heredarse uno al otro, o recíprocamente entre ellos, a fin de no perjudicar su decisión de seguir viviendo conjuntamente como pareja ***more uxorio***, sin que se ponga en riesgo o en crisis futura a la familia propia que uno de los convivientes pueda tener, por el reparto no querido de la herencia y la participación como heredero en la misma, o en su caso al verse eventualmente obligado a tener que dividir por adelantado el patrimonio familiar que el conviviente pueda ostentar o representar, a fin de evitar la participación del conviviente en dicho patrimonio cuando se produzca la muerte del titular de los bienes, lo que podría conllevar a desarticular unidades de producción

generadoras de rentas o a transferirlas cediendo el control y manejo de posibles empresas o negocios, más aún, si consideramos que estos bienes podrían provenir de la línea de sangre de los ancestros de uno de los integrantes de la unión de hecho.

9.- Desde nuestra perspectiva y en conjugación con la propuesta del presente trabajo de investigación, creemos que la postura legislativa ideal en cuanto a las uniones de hecho es la de asumir su regulación –postura reguladora- pero marcando diferencias claras con la situación del matrimonio, sin que éstas diferenciaciones impliquen marginaciones o discriminaciones lesivas a los derechos fundamentales de las personas que conforman una unión de hecho, como por ejemplo, podría ser el que se incluyan distingos en las regulaciones patrimoniales en uno y otro caso, y no dejarlas al arbitrio que pueda generarse de la letra abierta o ambigua del texto normativo, como ocurre con la frase “en cuanto le fuere aplicable” del artículo 326° de nuestro Código Civil o “en cuanto sea aplicable” del precepto 5° de nuestra vigente Carta Magna.

10.- Por otro lado, no somos partidarios de incluir en una futura modificación al texto de la Ley N° 30007, las distintas posibilidades de uniones de hecho impropias a fin de otorgárseles la posibilidad de que se pueda suceder al conviviente difunto. La norma está diseñada para la unión de hecho o convivencia propia, aquella en la que la pareja convive **more uxorio** tal y como si estuviesen casados.

Aun cuando se puedan alegar situaciones de injusticias para la pareja que actuó de buena fe desconociendo, por ejemplo, la existencia de convivencias paralelas y escondidas por parte del causante, consideramos que el Derecho debe en todo caso, lejos de castigar la desidia, la indiferencia o el descuido, proteger a los ciudadanos diligentes o responsables de sus cosas y de sus actos.

De otra parte, ha de atenderse también al hecho cierto y objetivo por el cual el conviviente doloso –por decirlo de alguna manera- al mantener varias convivencias en paralelo o a la vez, finalmente está optando por una situación distinta y ajena a la convivencia propia, por lo cual su intención y voluntad particular aun cuando fuere oculta y haya sido desconocida por uno o más de los concubinos, ello no puede pasar desapercibido para el Derecho en tanto se le debe otorgar un significado válido de no querer estar sujeto o dentro de la esfera jurídico legal de las uniones de hecho regulares o propias, siendo que dicha voluntad por más individual que sea debe ser atendida pues la convivencia no es unilateral ni se impone sino que es el producto de un acuerdo de voluntades.

11.- Finalmente, sin perjuicio de lo anterior, se advierte algunos errores en la redacción de algunos de los artículos contenidos en la Ley N° 30007, los que deben ser materia de modificación según se propone líneas más adelante, a fin de precisar sus efectos y alcances y eliminar dudas en cuanto a su interpretación, las que de no ser corregidas conllevarán de suyo a más problemas y discusiones que las soluciones y bondades que se pudieron tomar

en cuenta para la dación de la norma. Así por ejemplo, las referencias que hace la norma a la necesidad del registro mediante la inscripción previa de la convivencia para poder acogerse y ejercer los derechos relacionados con la herencia forzosa como si nuestro sistema registral fuera constitutivo de derechos, y por otro lado, a la posibilidad de tramitar judicialmente el reconocimiento de la convivencia siempre que no exista anotado en registros públicos otra convivencia del causante, lo que resulta un verdadero contrasentido toda vez que al ser la convivencia o unión de hecho un estado de facto, no importa que convivencia se encuentre inscrita registralmente hablando pues siempre deberá imponerse aquel concubino que judicialmente pueda acreditar con su demanda o dentro del proceso instaurado haber sido en definitiva el último conviviente del **de cuius**, o mejor dicho el que convivía **more uxorio** con el causante a la fecha de su muerte.

## RECOMENDACIONES

1.- Advertimos ***prima facie*** una posible incongruencia entre los artículos 2° y 3° de la Ley N° 30007, pues si bien se menciona que los derechos sucesorios serán otorgados a los convivientes que reúnan los requisitos del artículo 326° del Código Civil, se añade en el artículo 2° de dicha ley que es necesario que la unión de hecho se encuentre vigente al momento del fallecimiento de cualquiera de los integrantes o miembros de la unión de hecho, lo que de suyo es correcto y acorde con la normatividad vigente.

Sin embargo, en el primer párrafo del artículo 3° de la Ley N° 30007 se añade otro requisito para la procedencia del otorgamiento de los derechos sucesorios, a saber: que la unión de hecho se encuentre inscrita en el Registro Personal, conforme a lo establecido en el artículo 49° de la Ley 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, o que estén reconocidas dichas uniones de hecho por la vía judicial.

Este primer párrafo de la norma en cuestión nos puede llevar a confusión en la medida en que podría interpretarse como si el requisito de la inscripción registral de la convivencia fuese constitutivo de derechos, es decir, fuese

***contidio sine qua non*** para que los convivientes puedan tener derecho a la herencia que deja su pareja, lo que de suyo va en contra del sistema registral operante en el país; postura que finalmente se ve salvada cuando se finaliza en este mismo primer párrafo del artículo 3° de la Ley N° 30007, y se añade como alternativa que la unión de hecho al no estar registrada pueda también estar reconocida judicialmente. Lo que refuerza la tesis sostenida de que la unión de hecho es de facto más que de derecho pues la sentencia judicial que reconozca una unión de hecho será en todo caso declarativa y no constitutiva de derechos.

Finalmente, en cuanto a este primer párrafo del artículo bajo comentario, la sentencia judicial que reconozca una unión de hecho también resulta susceptible de inscripción en el Registro Personal, a la luz de la modificación que la propia Ley N° 30007 hace respecto del artículo 2030° del Código Civil al incorporar el inciso 10° en dicha norma.

Nuestra preocupación mayor viene en el tenor del segundo párrafo de esta norma, cuando se dispone que el miembro supérstite de la unión de hecho pueda solicitar el reconocimiento judicial de su convivencia, si antes del fallecimiento del causante no se hubiera realizado la inscripción registral indicada en el párrafo anterior.

Es decir, que mal puede entenderse que el legislador no permitiría tramitar un reconocimiento judicial de unión de hecho si es que antes ya obra inscrita en los Registros Públicos una unión de hecho del causante, sin discriminar en modo

alguno -y ahí viene nuestra preocupación-, si la unión de hecho que obra inscrita es la última en vida del causante o se trata de una anterior convivencia cuya ruptura se dio y sin embargo permaneció inscrita.

En efecto, resulta muy peligroso e inicuo que cuando menos no se deje a salvo en esta norma y de manera expresa el derecho del **verus** conviviente para cuestionar o impugnar la inscripción registral de una unión de hecho que pudo haberse realizado y tramitado de mala fe, o quizá también de buena fe pero que corresponde a una unión de hecho que ya no existe a la muerte del causante por haber quedado sin efecto o vigencia con anterioridad, sea por decisión conjunta o unilateral del integrante; quedando así desprotegido el miembro sobreviviente quien sí conformó o integró la unión de hecho vigente a la fecha de la muerte del causante.

Y esto es tan real y posible que el propio artículo 52° de la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, dispone que los convivientes que han puesto fin a su estado de convivencia puedan, si así lo desean, dejar constancia de ello mediante una escritura pública, la que de otorgarse se inscribirá en los registros públicos.

En esta virtud, consideramos apropiado agregar un tercer párrafo al artículo 3° de la Ley N° 30007, en los siguientes términos:

**“De existir una unión de hecho anteriormente inscrita, que perjudique al integrante sobreviviente de la unión de hecho que estuvo vigente a la**

**muerte del causante, tiene aquél derecho de impugnar y solicitar judicialmente la cancelación del asiento registral de la unión de hecho que esté inscrita en los Registros Públicos, y acumulativamente solicitar que se reconozca la unión de hecho a su favor.”**

2.- Consecuentes con el propósito del presente trabajo de investigación consideramos que la Ley N° 30007, debió dejar un margen de opción para que los integrantes de una unión de hecho tengan en cualquier momento la libertad de decidir no querer heredarse forzosamente, sea mediante declaración unilateral de cualquiera de ellos o mediante declaración conjunta, la que permitirá poder continuar viviendo juntos y conservar su hogar más allá del plazo establecido en el artículo 326° del Código Civil, en consideración a sus relaciones o motivaciones personales variadas, que van desde la conservación de un patrimonio familiar que viene de los ancestros en línea de sangre, pasando por evitar hacer concurrir en la herencia del causante a la pareja del conviviente con la prole o descendencia del mismo, en casos de anterior viudez o de divorcio de uno de ellos, por ejemplo; hasta evitar rechazos sociales como los comentarios sobre un posible interés o el aprovechamiento del patrimonio de uno de los integrantes de la unión de hecho. Todas motivaciones válidas más allá de la juridicidad de las mismas pero que tienen sentido y lógica en el querer y voluntad de las partes.

Por tal virtud, consideramos apropiado y válido agregar un segundo párrafo al artículo 1° de la Ley N° 30007, en los siguientes términos:

**“Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, los integrantes de una unión de hecho pueden optar por declarar su negativa a favorecerse en forma unilateral o recíproca, con los derechos sucesorios dispuestos en la presente Ley, en cuyo caso se deberá hacer una declaración en Acta Notarial y en presencia de dos testigos, pudiendo inscribirse dicha declaración del o de los declarantes, siempre que esté previamente inscrita la unión de hecho en el respectivo Registro Personal.”.**

3.- De otro lado, y por una cuestión de redacción acorde a la realidad y naturaleza de las cosas resulta apropiado modificar el artículo 7° de la Ley N° 30007 en cuanto incorpora el inciso 10° al artículo 2030° del Código Civil, mencionando que se inscriben en el Registro las “uniones de hecho inscritas en vía notarial o reconocidas por vía judicial”, lo que constituye un error ya que lo correcto es que en ambos casos, sea el tramite notarial o judicial, siempre se tratará de un reconocimiento de la unión de hecho y no de una inscripción. El Notario Público no inscribe nada eso lo hace el registrador público.

Del mismo modo, hay que añadir que el reconocimiento del cese de la convivencia establecido como una posibilidad acorde al apartado 52° de la Ley N° 26662, es también susceptible de ser inscrito en el Registro Personal, cosa que no aparece como acto registrable en el artículo 2030° del Código Civil.

En tal virtud, consideramos apropiado y válido corregir el artículo 7° de la Ley N° 30007, en cuanto se agrega el inciso 10° al artículo 2030° del Código Civil,

sugiriendo un tenor adecuado a la realidad de la función notarial de acuerdo a los propios términos de la Ley N° 26662, y cuyo texto podría ser el siguiente:

Artículo 7°.- Incorporación del inciso 10° al artículo 2030° del Código Civil.

Incorpórese el inciso 10 al artículo 2030 del Código Civil, conforme al siguiente texto:

“Artículos 2030.- Actos y resoluciones registrables

Se inscriben en este registro:

(...)

**10.- Las uniones de hecho reconocidas en vía notarial o en vía judicial, así como el reconocimiento del cese de la convivencia.”**

4.- Por otra parte, resulta una exigencia razonable que en esta todavía “nueva” ley (Ley N° 30007), se incorporen otros derechos sucesorios que aún cuando no tengan relevancia patrimonial directa, no dejan de ser menos derechos sucesorios por ello, y así como se le otorgan al conviviente los derechos y beneficios sucesorios tan igual como si se tratara del cónyuge sobreviviente, debe por equidad y correspondencia extendersele otros derechos respecto de los cuales no existe razón válida alguna para que se nieguen o se soslayen, en función y desde la perspectiva del otro conviviente. En ese sentido, nos referimos específicamente a los derechos relacionados con la figura de la Desheredación, aplicable ésta solo contra los herederos forzosos, entre ellos, el cónyuge del testador, por lo que no debiera existir obstáculo para que la Desheredación pueda ser utilizada en lo que fuera aplicable y en ese sentido

hacerse extensiva también al integrante de la unión de hecho cuando incurre o comete alguna de las causales contempladas en el artículo 746 del Código Civil, y decimos “en lo que fuera” aplicable porque, por ejemplo, la causal de desheredación constituida por la figura del adulterio -que requiere la existencia previa de un vínculo uxorio o matrimonial-, no podría configurarse contra un conviviente o integrante de una unión de hecho, lo que no es óbice para que las demás causales establecidas en esta norma de remisión –que nos remite por cierto al artículo 333° incisos 1° al 6° del Código Civil, sí puedan ser eventualmente aplicables al conviviente o integrante de una unión de hecho.

Podría cuestionarse a esta sugerencia de modificación que el objeto de la ley según lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley N° 30007, es “reconocer derechos sucesorios” a los integrantes de una unión de hecho, y que el tema de la desheredación no es un derecho sucesorio a reconocerse y que se perfila además como favorable al conviviente, sino que por el contrario es un acto formal y excepcional por el cual se le quita o se le priva del derecho a la legítima al heredero forzoso, lo que resulta parcialmente cierto pero visto sólo desde el ángulo o perspectiva del heredero forzoso que incurre en la conducta deleznable, pues habida cuenta que la desheredación se formaliza únicamente por testamento éste resulta también un derecho del causante en vida para ordenar su propia sucesión, lo que indiscutiblemente constituye un derecho sucesorio porque es la potestad o derecho de toda persona humana –para el caso nuestro el conviviente - de testar e instituir o excluir a sus herederos y determinar la asignación de sus bienes y de su patrimonio. Es decir, es de

todos modos el derecho sucesorio del conviviente de poder separar o privar de la legítima a su pareja cuando ésta incurre en alguna de las causales del artículo 746 del Código Civil que resulten aplicables a ella.

También podría cuestionarse el hecho de que la desheredación no tenga la eficacia o la utilidad para los casos de convivencia habida cuenta que el integrante de la unión de hecho con la sola ruptura unilateral de la vida en común le quita toda expectativa a su pareja de convertirse a futuro en causahabiente o heredero, de donde se puede afirmar con cierto sustento que esta figura de la desheredación deviene en prescindible e inoperante para los casos de convivencia. Ello resulta parcialmente válido pero ha de tenerse en cuenta que en no pocos casos podrá ocurrir como también puede suceder con la sociedad conyugal que la pareja afectada por la comisión de la causal de desheredación opta por no divorciarse –para el caso del matrimonio, u opta por no separarse para el caso de la convivencia, en función a diversos móviles que van desde mantener la situación por el amor a los hijos y por no causarles un perjuicio, así como por evitar alteraciones en el entorno social, amical y familiar, y hasta no querer destruir un patrimonio conjunto y repartirse los activos que estando unidos generan utilidad o rentas en tanto se mantiene incólume o como una unidad de producción. Debe además considerarse la hipótesis de no querer verse sometido por la ruptura unilateral de la unión de hecho a las consecuencias y efectos indemnizatorios que determina el artículo 326° del Código Civil.

Por tal motivo, y a fin de que no siga apareciendo que hoy en día en nuestro país los convivientes al no poder ser desheredados están en una mejor situación que los cónyuges, respecto a la expectativa o potencialidad de convertirse en herederos forzosos, consideramos apropiado y válido no solo modificar el artículo 746° del Código Civil para abarcar en su caso al integrante de una unión de hecho, sino que, además, agregar en el texto del artículo 4° de la Ley N° 30007, la posibilidad de aplicar los efectos jurídicos de las normas de la desheredación contenidas en el Código Civil, en lo que fuera de alcance para el integrante de una unión de hecho, mediante el añadido de un párrafo final, conforme al siguiente tenor:

Artículo 4.- Incorporación de texto en el artículo 326° del Código Civil

“Incorporase al artículo 326 del Código Civil, como último párrafo, el texto siguiente:

Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el presente artículo producen, 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, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge.

**El integrante de una unión de hecho tiene la potestad de hacer uso, en lo que fuere aplicable, de los artículos 742 y siguientes del Código Civil.”**

5.- Finalmente, en cuanto a la figura de la Indignidad Sucesoria nosotros sí hallamos una diferencia discriminatoria entre el cónyuge y el conviviente o concubino pero sólo cuando se trata de las personas agraviadas u ofendidas por los hechos que configuran la causal y que además están vinculadas al causante, es decir, ante la hipótesis en la que el heredero o legatario autor del homicidio doloso cometido en agravio del conviviente del causante, o el que en su caso fuera condenado por cualquier otro delito doloso perpetrado en agravio del concubino del **de cuius** –a diferencia de lo que sucedería si el agraviado fuera el cónyuge-; no podría ser excluido por Indignidad de la sucesión del causante, pues la propia norma menciona expresamente como víctima del hecho ilícito delictivo a una serie de parientes y además expresamente al cónyuge del causante, véase al respecto los incisos 1° y 2° del artículo 667 del Código Civil. Siendo por tanto necesario realizar un ajuste normativo para eliminar esta situación diferenciadora que no se justifica en lo absoluto y que además resulta odiosa. Por eso se propone con el presente trabajo añadir un artículo más a la Ley N° 30007 cuya razón de ser solo sea modificar parcialmente el inciso 1° del artículo 667° de nuestro Código Civil, pues en automático o **ipso iure** queda también modificado el segundo inciso de dicha norma al hacer remisión éste a las personas a las que se refiere el inciso anterior, conforme al siguiente tenor:

Artículo 11. Modificación del inciso 1 del artículo 667 del Código Civil

“Modificase el inciso 1 del artículo 667 del Código Civil, conforme al siguiente texto:

Artículo 667.- Son excluidos de la sucesión de determinada persona, por indignidad como herederos o legatarios:

1.-Los autores y cómplices de homicidio doloso o de su tentativa, cometidos contra la vida del causante, de sus ascendientes, descendientes o cónyuge, **y en su caso del conviviente**. Esta causal de indignidad no desaparece por el indulto ni por la prescripción de la pena.”

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**Aguilar Llanos, Benjamín**, “Unión de Hecho y el Derecho de Herencia”, recuperado de [www.unife.edu.pe/publicaciones/revistas/derecho/lumen\\_9/1.pdf](http://www.unife.edu.pe/publicaciones/revistas/derecho/lumen_9/1.pdf), y consultado el 03 de mayo de 2017.

**Amado Ramírez, Elizabeth del Pilar**, “Reconocimiento de Derechos Sucesorios a miembro integrante sobreviviente de union de hecho acreditada” en Revista Jurídica del Perú N° 150, Gaceta Jurídica S.A., Lima agosto de 2013.

**Aranzamendi, Lino**, Instructivo Teórico-Práctico del Diseño y Redacción de la Tesis en Derecho, Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L., 2da. Edición, Lima 2015.

**Arias, José**, Manual de Derecho Romano, Editorial Guillermo Kraft Ltda. Buenos Aires 1941.

**Arias-Schreiber Pezet, Max**, Exégesis del Código Civil, Tomo VII, Derecho de Familia. Gaceta Jurídica S.R.L. Lima agosto de 1997.

**Arias-Schreiber Pezet, Max**, “Reforma del Libro de Familia” en Código Civil Peruano, Doctrina y Propuestas, Gaceta Jurídica Editores, Lima 1998.

**Ayasta Gonzalez, Julio**, El Derecho Comparado y los Sistemas Jurídicos Contemporáneos, Ediciones RJP, Lima 1991.

**Basadre, Jorge**, Historia del Derecho Peruano, Biblioteca Peruana de Ciencias Jurídicas y Sociales, Lima 1937.

**Calderón Beltrán, Javier Edmundo**, Uniones de Hecho, Adrus D&L Editores S.A.C., Primera Reimpresión, Lima enero de 2016.

**Campos Malpartida, Milagro V.**, “La Negación de Tutela al Conviviente Frente al Resarcimiento de Daños” en El Diplomado, Revista de la Sección de Post Grado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política UNFV, Volumen 04, Lima enero de 2005.

**Castillo Freyre, Mario**, “La Sucesión en las uniones de hecho” en Gaceta Civil & Procesal Civil, Tomo 2, Gaceta Jurídica S.A., Lima agosto de 2013.

**Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, (07 de octubre de 2014).**

Recuperado de [www.codigocivilonline.com.ar/uniones-convivenciales-arts-509-a-528/](http://www.codigocivilonline.com.ar/uniones-convivenciales-arts-509-a-528/).

**Código Civil de Bolivia. (Agosto de 1975).** Recuperado de <https://Bolivia.infoleyes.com/norma/821/codigo-civil-cc>.

**Código Civil de Ecuador. (Mayo de 2005).** Recuperado de [https://asesoriajuridica.utpl.edu.ec/sites/default/files/CÓDIGO-CIVIL\\_0.pdf](https://asesoriajuridica.utpl.edu.ec/sites/default/files/CÓDIGO-CIVIL_0.pdf).

**Código Civil Federal de Méjico. (Agosto de 1928).** Recuperado de <https://legalzone.com.mx/código-civil-federal-2017-Mexico/>.

**Código de Familia de Bolivia. (Abril de 1988).** Recuperado de <https://art.gob.bo/sites/default/files/archivosvarios/Codigo%20de%20familia.pdf>.

**Cornejo Chávez, Héctor,** Derecho Familiar Peruano, Librería Studium Editores, Lima 1982.

**Cornejo Chávez, Héctor,** Derecho Familiar Peruano, Gaceta Jurídica Editores, Décima Edición, Lima abril de 1999.

**Del Cid, Alma, Méndez, Rosemary & Sandoval, Franco,** Investigación Fundamentos y Metodología, Industria Gráfica Cimagraf S.A.C., Lima 2016.

**De La Fuente y Hontañón, Rosario,** “Algunas reflexiones en torno a la Ley 30007: ¿similitud o equiparación de Derechos hereditarios a los concubinos?. ¿Una ley desfiguradora de la Familia tradicional?”, en [static.udep.pe/assets/old/.../Rosario/de/la/Fuente.pdf](http://static.udep.pe/assets/old/.../Rosario/de/la/Fuente.pdf), consultado el 03 de mayo de 2017.

**Echecopar García, Luis**, Derecho de Sucesiones, Obra actualizada por los miembros del Estudio Luis Echecopar García, Gaceta Jurídica S.A., Lima diciembre de 1999.

**Escrache, Joaquín**, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Eugenio Maillefert y Compañía, París 1858.

**Fernández Arce, César**, Código Civil: Derecho de Sucesiones, Tomo I, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima noviembre de 2003.

**Ferrero Costa, Augusto**, Tratado de Derecho de Sucesiones, Gaceta Jurídica S.A., Séptima Edición, Lima marzo de 2012.

**Ferrero Costa, Augusto**, Tratado de Derecho de Sucesiones, 8va. Edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima agosto de 2015.

**Ferrero Costa, Augusto**, Tratado de Derecho de Sucesiones, Instituto Pacífico, Novena Edición, Lima junio de 2016.

**García Toma, Víctor**, Análisis Sistemático de la Constitución Peruana de 1993, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima junio de 1998.

**García Toma, Víctor**, Introducción a las Ciencias Jurídicas, Jurista Editores, Segunda Edición, Lima abril de 2007.

**González Martín, Nuria**, “Principio de Igualdad, Prohibición de Discriminación” en Derechos Fundamentales y Estado, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2002.

**Jiménez de Asúa, Luis**, La ley y el Delito, Editorial Hermes, Segunda Edición, Buenos Aires, marzo de 1954.

**Ley N° 59, Código Civil de Cuba. (16 de julio de 1987)**. Recuperado de [www.wipo.inte/educa/lexdocs/laws/es/cu/cu005es.pdf](http://www.wipo.inte/educa/lexdocs/laws/es/cu/cu005es.pdf).

**Ley N° 1289. Código de Familia. (14 de febrero de 1975)**. Recuperado de [www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.../Codigo de Familia Cuba.pd](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.../Codigo de Familia Cuba.pd).

**Lohmann Luca de Tena, Guillermo**, Derecho de Sucesiones, Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. XVII, Tomo II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima marzo de 1996.

**Molina de Juan, Mariel F.**, “Las Compensaciones Económicas luego de extinguido el vínculo matrimonial o la unión convivencial en el nuevo Código

Civil y Comercial Argentino”, en Lumen, Revista de la Facultad de Derecho de la UNIFE, N° 10, Lima diciembre de 2014.

**Molina de Juan, Mariel F.**, “Las uniones convivenciales en el Derecho proyectado argentino, ¿Será lo mismo casarse que no casarse?”, en Lumen, Revista de la Facultad de Derecho de la UNIFE, N° 9, Lima diciembre de 2013.

**Olavarría Vivian, Juan A.**, Derecho de Sucesiones, Exégesis Sustantiva y Procesal, Editorial Adrus S.R.L., Arequipa noviembre de 2012.

**Orgaz, Arturo**, Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales, Editorial Assandri, Cuarta Edición, Córdoba 1956.

**Ortolán, M.**, De las Instituciones del Emperador Justiniano, Establecimiento Tipográfico de D. Ramón Rodríguez de Rivera, Madrid 1947.

**Palacios Vilela, Jesús, Romero Delgado, Hugo y Ñaupas Paitán, Humberto**, Metodología de la Investigación Jurídica, Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima 2016.

**Peralta Andía, Javier Rolando**, Derecho de Familia en el Código Civil, IDEMSA, 2da. Edición Lima enero 1995.

**Pérez Gallardo, Leonardo B.**, Familia y Herencia en los albores del Siglo XXI, Fondo Editorial del Colegio de Notarios de Lima, Lima octubre de 2013.

**Petit, Eugene**, Tratado Elemental de Derecho Romano, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1954.

**Plácido V., Alex F.**, “La Reforma del Derecho de Familia: Enmiendas al Libro III del Código Civil” en Código Civil Peruano, Balance y Perspectivas, Congreso Internacional, Tomo I, Universidad de Lima, 1995.

**Plácido V., Alex F.**, Ensayos sobre Derecho de Familia, Editorial Rhodas, Lima marzo de 1997.

**Plácido V., Alex F.**, “La convivencia de parejas heterosexuales, vínculo fundante de la familia constitucionalmente protegida y prolongación o ampliación de los vínculos familiares: el matrimonio y la unión de hecho” en La Constitución Comentada, Tomo I, Gaceta Jurídica S.A., Lima diciembre de 2005.

**Quispe Salsavilca, David Percy**, La Noción de Matrimonio, Breviarios de Derecho Civil N° 1, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima abril de 2001

**Recasens Siches, Luis**, Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa S.A., Cuarta Edición, Mexico 1977.

**Rodríguez Pastor, Carlos**, La Institución de las Reservas. Tesis doctoral. UNMSM, Lima agosto de 1936.

**Sar, Omar A.**, Código Procesal Constitucional, editorial nomos & thesis, Lima 2006.

**Silva Santisteban, José**, Curso de Derecho Constitucional, en Colección “Biblioteca Constitucional del Bicentenario”, Q&P Impresores S.R.L., Primera reimpresión, Lima febrero de 2017.

**Varsi Rospligliosi, Enrique**, Tratado de Derecho de Familia, Tomo II, Gaceta Jurídica S.A., Lima noviembre de 2011.

**Vega Mere, Yuri**, “Pautas para la definición del régimen económico de la unión de hecho” en Observatorio de Derecho Civil, La Familia, Volumen II, Motivensa Editora Jurídica, Lima 2010.