



FACULTAD DE DERECHO

**LA TUTELA AL CONVIVIENTE ABANDONADO: LA
INUTILIDAD DE DISTINGUIR REMEDIOS EN LA UNION
DE HECHO PROPIA E IMPROPIA**

PRESENTADA POR

KEVIN ENRIQUE YARUPUMA QUISPE

ASESOR

GUSTAVO ENRIQUE MONTERO ORDINOLA

TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

LIMA – PERÚ

2021



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

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



FACULTAD DE DERECHO

**LA TUTELA AL CONVIVIENTE ABANDONADO: LA INUTILIDAD DE
DISTINGUIR REMEDIOS EN LA UNION DE HECHO PROPIA E IMPROPIA**

TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

PRESENTADO POR:

KEVIN ENRIQUE YARUPUMA QUISPE

ASESOR:

Mtro. GUSTAVO ENRIQUE MONTERO ORDINOLA

LIMA, PERÚ

2021

DEDICATORIA

*A Jenny, por todo su apoyo incondicional;
y a todos los que siempre creyeron en mí.*

AGRADECIMIENTO

Agradezco a mis formadores, personas de gran sabiduría quienes se han esforzado por ayudarme a llegar al punto en el que me encuentro.

Sencillo no ha sido el proceso, pero gracias a las ganas de transmitirme sus conocimiento y dedicación que los ha regido, he logrado importantes objetivos.

INDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTO	ii
RESUMEN	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUCCION	1
1. CAPITULO I MARCO TEORICO	4
1.1. La tutela en el tiempo.....	4
1.1.1. La familia.....	4
1.1.2. Instrumentos de reconocimiento internacional	6
1.2. La unión de hecho.....	7
1.2.1. El “exceso” de libertad.....	8
1.2.2. Tentativas de tutela	8
1.2.2.1. El Derecho de Familia.....	9
1.2.2.2. La obligación natural	10
1.2.2.3. La liberalidad.....	11
1.2.2.4. El pacto	12
1.2.2.5. La equiparación con el matrimonio	13
1.3. Desarrollo en el Perú	15
1.3.1. El sirvinacuy	15
1.3.2. El Código civil de 1936 y la tutela indirecta	16
1.3.3. La Constitución de 1979.....	18
1.3.4. El Código Civil de 1984	18
1.3.5. El protocolo de San Salvador	19
1.3.6. La Constitución de 1993.....	19

1.4.	Los remedios en el artículo 326 del Código civil vigente.....	21
1.4.1.	El resarcimiento.....	22
1.4.1.1.	La antijuridicidad	22
1.4.1.2.	El daño resarcible	23
1.4.1.3.	Nexo de causalidad.....	24
1.4.1.4.	Factor de atribución	25
1.4.2.	La indemnización.....	27
1.4.3.	El enriquecimiento sin causa.....	28
1.4.3.1.	Empobrecimiento	29
1.4.3.2.	Enriquecimiento	29
1.4.3.3.	Nexo causal	30
1.4.3.4.	La ausencia de justa causa.....	30
1.4.3.5.	Subsidiariedad	31
2.	CAPITULO II FORMULACION DE LA HIPOTESIS.....	33
2.1.	Hipótesis principal.....	33
2.2.	Hipótesis secundarias.....	33
3.	CAPITULO III METODOLOGIA	34
3.1.	Diseño de la investigación	34
3.2.	Procedimiento de muestreo	34
3.3.	Cronograma de actividades	34
3.4.	Aspectos éticos.....	36
4.	CAPITULO IV INCONGRUENCIAS EN LOS REMEDIOS AL	
	ABANDONADO.....	37
4.1.	El abandono en la unión de hecho propia.....	37
4.1.1.	La indemnización al abandonado.....	37

4.1.2.	El resarcimiento a favor del abandonado	38
4.1.2.1.	El ejercicio regular de un derecho.....	38
4.1.2.2.	El Derecho al libre desarrollo de la personalidad	38
4.1.2.3.	La finalidad de la responsabilidad civil en la unión de hecho	40
4.1.2.4.	La ausencia de parámetros.....	41
4.1.2.5.	Alimentos	42
4.1.2.6.	Los esponsales	43
4.2.	El abandono en la unión de hecho impropia	44
4.2.1.	La tutela restitutoria.....	44
4.2.2.	El Daño.....	45
4.2.3.	La tutela indirecta	45
4.2.4.	La incertidumbre en la unión impropia.....	47
4.3.	Efectos de la incongruencia en la jurisprudencia peruana	47
4.3.1.	Casación 05-95, ICA.	47
4.3.2.	Casación 3990-2001, Cusco	48
4.3.3.	Casación 3854-2001, La Libertad.....	49
4.3.4.	Casación 3486-2002, Cajamarca	49
4.3.5.	Casación 2683-2011, La Libertad.....	50
4.3.6.	Casación 4687-2011, LIMA	50
4.3.7.	Casación 1-2013, La Libertad	53
4.3.8.	Expediente 1308-98-11-JC de la Sala Especializada en Familia	
	53	
4.4.	Los remedios en la legislación comparada	54
4.4.1.	Chile	54
4.4.2.	Argentina.....	55

4.4.3. España	56
4.4.4. Francia	56
5. CAPITULO V LA TUTELA SIN DISTINCIÓN	58
5.1. Protección a la familia	59
5.1.1. Principio de igualdad	59
5.1.2. Examen de proporcionalidad.....	61
5.1.3. El interés familiar	64
5.2. El conviviente perjudicado	65
5.3. La tutela numerus apertus	66
CONCLUSIONES	68
RECOMENDACIONES	73
FUENTES DE INFORMACION.....	74

RESUMEN

La investigación se enfoca en demostrar la inutilidad del tratamiento diferenciado en los tipos de uniones de hecho, la falta de congruencia en los remedios y la idoneidad que representa una tutela unitaria objetiva para ambas; por esta razón, se realiza un análisis de las razones detrás de la diferenciación y su tratamiento actual desde el punto de vista constitucional; se evalúa las diferencias entre los remedios en la jurisprudencia y la doctrina; y se determina las ventajas de una tutela en común.

El análisis fue de tipo básico, descriptivo y teórico, cuyo diseño es no experimental, a un nivel observacional y correlacional, de corte transversal o sincrónico y con un enfoque cualitativo que permitió la evaluación de las uniones de hecho en la legislación nacional y comparada, la tutela que se otorga en la jurisprudencia y doctrina, concluyendo que, una tutela objetiva y amplia es más acorde a nuestros tiempos.

ABSTRACT

The research focuses on demonstrating the uselessness of differentiated treatment in the types of de facto unions, the lack of congruence in the remedies and the suitability that an objective unitary guardianship represents for both; For this reason, an analysis of the reasons behind the differentiation and its current treatment from the constitutional point of view is carried out; the differences between the remedies in jurisprudence and doctrine are evaluated; and the advantages of a joint guardianship are determined.

The analysis was basic, descriptive and theoretical, whose design is non-experimental, at an observational and correlational level, cross-sectional or synchronous and with a qualitative approach that allowed the evaluation of de facto unions in national and comparative legislation, the protection granted in jurisprudence and doctrine, concluding that an objective and broad protection is more in line with our times.

INTRODUCCION

La unión de hecho es aquella comunidad que se caracteriza por formarse y disolverse con la sola voluntad de sus miembros, a diferencia del matrimonio y divorcio en el que se debe seguir un proceso. Muchas de las controversias que se generan tienen origen en el fenecimiento unilateral de la unión (abandono), es así que, el artículo 326 del Código civil contempla remedios para el abandonado dependiendo del tipo de unión: propia o impropia, para la primera establece “indemnización”, mientras que para la segunda, enriquecimiento sin causa.

La problemática radica en que con la finalidad de otorgar tutela diferenciada se establecen remedios poco claros, generando confusión e ineficiencia. A nivel jurisprudencial y doctrinario se recoge la distinción entre indemnización como “resarcimiento”, de aquella que la entiende como una “obligación legal”; además, el enriquecimiento sin causa es contemplado como un supuesto de “indemnización” en el artículo 1954 del mismo cuerpo normativo. Por lo tanto, el problema principal es el tratamiento diferenciado que se brinda al abandonado de una unión propia respecto de la impropia, generando la situación descrita.

El objetivo general es establecer que una sola tutela permite no solo la armonía de los remedios, sino la mejor protección de los derechos involucrados. En ese sentido, se tiene como hipótesis principal que el enriquecimiento sin causa, debido a su carácter subsidiario y el análisis objetivo que permite, es el remedio que lo hace posible.

La importancia del estudio radica en que es necesario que los remedios contemplados para el abandonado sean los más adecuados para la solución de las controversias, que todo tratamiento disímil esté plenamente justificado. Muchas veces nuestro Código civil presenta incongruencias que deben ser corregidas para que los particulares no vean agravada su situación, es bien conocida la manera en la que se elaboró el vigente cuerpo normativo, designando por separado a distintos juristas la elaboración de los libros que la componen. Además, como toda norma, tiene que ser objeto de actualización si se determina que lo contemplado en ella no cumple su finalidad, sobre todo en la unión de hecho debido a la naturaleza de los derechos involucrados.

Para la elaboración del presente estudio no se tuvieron limitaciones de carácter económico, bibliográfico o temporal que hayan afectado la validez y los resultados.

El enfoque bajo el cual se desarrolló la investigación fue el cualitativo, que se hizo mediante la observación de lo resuelto por nuestros tribunales en materia de tutela al miembro abandonado en la unión de hecho propia como en la impropia. Asimismo, tuvo un análisis reflexivo sobre la idoneidad de los remedios contemplados y el tratamiento diferenciado acorde con las normas constitucionales involucradas y lo establecido en la doctrina.

La investigación se desarrolla de acuerdo a la siguiente estructura:

En el capítulo I, se verá el marco teórico en lo referente a la tutela en el tiempo a la unión de hecho, las razones por las cuales se la marginaba y las soluciones

a las que se llegaron frente a las situaciones de injusticia que se creaban cuando fenecía de manera unilateral. Asimismo, se estudiará el desarrollo de esta unión en nuestro país y la respuesta de nuestro ordenamiento jurídico en la protección a sus miembros. Se evaluará los remedios contemplados en el artículo 326 del Código civil vigente en la jurisprudencia y en la doctrina.

En el capítulo II, se tiene la descripción de la hipótesis principal y las secundarias de la investigación.

En el capítulo III, se detalla todo lo concerniente a la metodología de la investigación utilizada: el enfoque cualitativo, el análisis jurisprudencial y doctrinario bajo los que se abordó el estudio, finalizando con los aspectos éticos.

En el capítulo IV, se evalúa las incongruencias contempladas en la norma, el tratamiento diferenciado y lo que se establece a nivel jurisprudencial. Además, se analiza el tratamiento otorgado en la legislación comparada.

En el capítulo V, se determina la innecesaria distinción de remedios y la ausencia de justificación del tratamiento disímil a los tipos de unión de hecho; así pues, se hace un enfoque constitucional del problema en cuestión y se resaltan las ventajas de una sola tutela amplia y objetiva para ambas.

1. CAPITULO I MARCO TEORICO

1.1. La tutela en el tiempo

Durante el desarrollo de la sociedad y del ordenamiento jurídico muchas controversias debían cumplir determinados requisitos para ser resueltas por la autoridad encargada: se tomaban en cuenta la condición de los involucrados, el objeto de la disputa, las circunstancias, la valoración que le daba la sociedad, etc.; de manera que, la unión de hecho no siempre fue objeto de protección ni mucho menos concebida como fuente de familia, por lo que, antes de evaluar los remedios actuales y el trato diferenciado, se debe hacer una breve reseña histórica de ella (para los fines del presente trabajo se la denominará unión de hecho o convivencia, en ese sentido, en cuanto a sus variante unión de hecho propia o unión propia e unión de hecho impropia o unión impropia, indistintamente).

1.1.1. La familia

Es una institución natural anterior al Estado, etimológicamente no existe certeza sobre el origen de la palabra, sin embargo, una aproximación es la voz latina familia, la cual deriva de famulus, que significa: agrupación de personas o servidumbre que habita con el señor de la casa, con una relación de derechos y deberes ordenados en función de servicios mutuos (Cornejo, 1988). En ese sentido, se consideraba como miembros de ella no solo a los que compartían lazos consanguíneos y de afectividad, sino también a los que estaban en una relación de subordinación, con el paso del tiempo esta comunidad se redujo a las primeras.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se hace mención a esta concepción tradicional cuando señala que es aquella que tiene origen en el matrimonio, filiación y parentesco (Exp. N° 09332-2006-PA/TC).

Actualmente, si bien existe cierta reticencia en definirla, podemos decir que es aquella que se forma cuando dos personas deciden hacer vida en común por un periodo de tiempo indeterminado, de manera notoria y habitando el mismo lugar en donde se comprometen a asistirse mutuamente de manera económica, moral y espiritual frente a las adversidades de la vida. Para Arias-Schreiber (1997) se trata de la cédula de la comunidad social, y como el primer lugar de formación y de posterior desarrollo del ser humano.

La regla general es que se forma entre un hombre y una mujer que posteriormente verá incrementado el número de sus miembros con la llegada de los hijos, no obstante, al encontrarnos en una sociedad pluralista, tenemos que dentro de un mismo modelo jurídico podemos encontrar diversos tipos de familia: la extensa, la nuclear, la monoparental, la ensamblada y otros (Medida, 2001). Sobre la familia ensamblada, el Tribunal Constitucional la define como aquella cuyos miembros formaron parte de una familia anterior, constituyéndose una nueva (Exp. N° 09332-2006-PA/TC).

Además, tiene un rol importante en la sociedad no solo como comunidad en la que se forma el individuo, sino como mecanismo de defensa frente a las adversidades de la vida, ya sea económicamente, moral, afectiva e incluso frente a agresiones ajenas, de esta manera sus miembros se socorren mutuamente (Cornejo, 1988).

Por lo tanto, como consecuencia de su carácter pre jurídico y debido a que es dentro de ella donde se forman los ciudadanos que en el futuro dirigirán la sociedad ha sido reconocida no solo a nivel nacional, sino internacional, mediante tratados, gozando de una tutela que rebasa fronteras.

1.1.2. Instrumentos de reconocimiento internacional

La Declaración Universal de los Derechos humanos (1948), en el artículo. 16, inciso 1 y 2, reconocen el derecho a fundar una familia sin discriminación alguna, con el único requisito de estar en pleno uso de facultades, y estableciendo una protección durante el nacimiento, desarrollo y fenecimiento de ésta. Por su parte, el inciso 3 la reconoce como institución pre-jurídica y como fundamental su rol en la sociedad. En ese sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) coincide en el artículo 23.

Haciendo un contraste con anteriores épocas es evidente el cambio que se ha producido, resaltando su carácter mutable; así pues, el estado actual de esta institución no es producto de planificación alguna, sino que es consecuencia de la dinámica “ensayo-error”; sin embargo, durante su desarrollo, no toda comunidad era considerada familia, el reconocimiento se limitaba a determinadas personas según su condición social, económica o política; mientras que, en otros casos dependía de si tenían como fuente el matrimonio; incluso, se llegó no solo a reprochar socialmente determinadas uniones, sino que se sancionó su existencia, es en este escenario en el que se desarrolló la “unión de hecho”.

1.2. La unión de hecho

Es una comunidad que se caracteriza por prescindir de formalidad alguna para que nazca, bastando el libre ejercicio de la libertad por parte de sus miembros que deciden hacer vida en común. Cuenta con muchas denominaciones: “unión libre”, “comunidad de hecho”, “concubinato”, “familia de hecho”, etc.; por otra parte, dependiendo de si existen entre sus miembros impedimentos para casarse, se clasifica en:

- a) Unión de hecho propia, en donde no hay obstáculos para contraer matrimonio.
- b) Unión de hecho impropia, donde sí los hay. Peralta (2008), la define como una unión imperfecta e ilegítima al no cumplir con los requisitos legales, ya sea uno o ambos miembros.

El trato que recibió durante su existencia ha variado, encontrando a su antecedente más lejano en términos de reconocimiento en el Código de Hammurabi; en el Derecho Romano, era una unión legal inferior al matrimonio o de segundo grado entre un hombre y una mujer de inferior condición social donde se castigaba la infidelidad. Durante la edad media, a pesar del intento de suprimirla, subsistió, por ejemplo, en el Derecho español existió una unión semejante a la romana denominada “barraganía” que luego fue considerada pecado mortal. Por otro lado, en el Derecho moderno, específicamente en el francés, de ser combatida pasó a ser ignorada por cuanto el Código de Napoleón no la acogió, como parte de la tendencia de considerarla inmoral, influyendo de esta manera en otros ordenamientos, sin embargo, a nivel jurisprudencial se reconoció a la mujer abandonada tutela “indemnizatoria”, se llegó a poner en

cabeza del concubino una obligación natural de subvenir las necesidades futuras de su compañera, entre otras medidas (Borda, 1984). Por lo tanto, podemos decir que existieron tres orientaciones: la prohibición, la abstención y el reconocimiento parcial.

1.2.1. El “exceso” de libertad

El eje de muchas de sus dificultades radicaba en la libertad que la caracteriza, porque no era considerada una unión seria ya que podía terminar en cualquier momento, bastando que uno de sus miembros decida unilateralmente dar por terminada la unión, así pues, no ofrecía una garantía a sus miembros. En ese sentido, Lacruz, Sancho y Rivero (1990), argumentaban que no es suficiente el amor recíproco y que la ausencia de formalidad era contraria a la visión ordenadora del ordenamiento jurídico.

Independientemente del trato que recibió y el esfuerzo por erradicarla, esta unión ha perdurado hasta nuestros días; y como toda aquella en la que interactúan dos o más personas, ha sido y es fuente de controversias entre sus miembros.

1.2.2. Tentativas de tutela

Todo ordenamiento jurídico tiene como uno de sus objetivos lograr la convivencia pacífica entre los miembros de una sociedad para que esta pueda desarrollarse y prosperar, es así que, frente a controversias que surgen entre sus integrantes, como consecuencia natural del interactuar y la pluralidad de intereses que coexisten, pone a disposición de estos los instrumentos legales para la salvaguarda de sus derechos, que se materializan a través del principio-

derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. La importancia de este último no solo se manifiesta en la ley ordinaria, art. I del título preliminar del Código Procesal Civil de 1993, sino que tiene arraigo constitucional en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución del 93.

Por otro parte, muchas veces el conflicto que surge no es exclusivo de una institución jurídica, sino que comprende muchas otras, por ejemplo, frente al incumplimiento de un contrato de compra venta de bien inmueble se aplican no solo normas en materia contractual, sino también, de ser el caso, de reales y responsabilidad civil; además, otras otorgan un tratamiento más favorable que se justifica por el papel que desempeñan en la sociedad, un ejemplo de esto lo tenemos en el Derecho de Familia.

1.2.2.1. El Derecho de Familia

Es el conjunto de principios y normas que rigen las relaciones patrimoniales y extra patrimoniales de los miembros de esta comunidad, existiendo una protección durante su formación, vigencia y fenecimiento. Puig (1991), al definirla, toma en cuenta a la familia en un sentido más amplio, comprendiendo a los parientes lejanos, además, incluye las instituciones encargadas de la protección de menores e incapaces. Por otro lado, muchas de las normas de esta materia conforman el denominado orden público, bajo el argumento de que el Estado no puede ser ajeno a la manera como se desarrolla la familia, debido al rol que cumple en la sociedad.

Una de las causa de los problemas de la unión de hecho era el no ser considerada como “familia”, exponiendo a sus miembros al desamparo legal cuando esta fenecía de manera unilateral, por ejemplo, existiendo una convivencia entre María y Carlos durante un periodo de tiempo en el que

procrean 2 hijos, este último decide dar por terminada la relación y se aleja del lugar que sirvió de morada sin mayor justificación que el ejercicio de su libertad y la ausencia de una norma legal que genere alguna obligación de carácter patrimonial en él, teniendo María que asumir todas las consecuencias. Durante mucho tiempo, esta situación de desamparo se mantuvo con la esperanza de que eventualmente desapareciera esta comunidad, hecho que no sucedió.

Ante las evidentes situaciones de injusticia que se generaban, se empezó a buscar una solución, sobre todo a las interrogantes que surgían sobre la titularidad y frutos de los bienes adquiridos durante su vigencia, las expectativas frustradas del conviviente abandonado, el estado económico de los miembros restantes, el aprovechamiento por parte del responsable del fenecimiento respecto de la mano de obra o actividad económica aportada por el otro, etc.; es así que, empezaron a surgir voces a favor de su protección, empleando como argumento la inmoralidad que revestía el no tutelar a quienes se comportaban y se presentaban como casados -lo que resulta curioso si se toma en cuenta que era justamente el aspecto moral lo que servía de sustento para dejarla fuera del ordenamiento jurídico-; así pues, ya no era posible ignorar esta realidad social, porque solo ocasionaba el desamparo de la mujer seducida y que luego era abandonada (Borda, 1984). Dentro de estas soluciones tenemos la obligación natural, la liberalidad, el pacto y la equiparación con el matrimonio.

1.2.2.2. La obligación natural

Una vez superado el prejuicio inmoral, se buscó en la naturaleza de las prestaciones realizadas entre los miembros una razón que justificara la transferencia de la propiedad, entrando en escena la obligación natural. Esta es una obligación moral o social que se caracteriza por carecer de la coercibilidad

de una de carácter jurídico, es decir, no se puede exigir el cumplimiento forzoso ante los tribunales, sino que quedará en la esfera de la autonomía privada del sujeto de derecho hacerlo o no, sin embargo, una vez realizada, el antiguo “deudor moral o natural” no podrá pretender la devolución. Para Ambrosio y Capitant (1943), el cumplimiento de esta obligación quedará en la conciencia del deudor, no obstante, una vez cumplido, este no podrá retractarse, pretendiendo la restitución, porque adquirirá la condición de una obligación civil perfecta.

Este tipo de obligación nació en el Derecho Romano como respuesta al formalismo que caracterizaba este ordenamiento jurídico, dado que muchas situaciones quedaban fuera de tutela legal como consecuencia de la rigidez y la falta de flexibilización (Ferrero, 2004).

Con el argumento de la obligación natural se logró amparar las prestaciones realizadas entre concubinos, convirtiéndolas en irrepetibles; además, para otorgar mayor fuerza a lo señalado, se la revistió del carácter “indemnizatorio” por el aprovechamiento que hizo el varón y las expectativas que se generó en la mujer respecto de un compromiso serio y duradero (Ponencia presentada al Congreso Internacional sobre el nuevo Código Civil, 2002).

1.2.2.3. La liberalidad

La liberalidad es la disposición de determinado bien o derecho que realiza un sujeto a favor de otro sin mayor fundamento que el ejercicio de la autonomía privada, un ejemplo de ello lo tenemos en la donación. Josserand (1951) hace hincapié en las condiciones que se deben cumplir para que sea considerada como tal:

- a) Psicológica. Que esta manifestación de voluntad responda a la intención del autor de desprenderse de una parte de su patrimonio de manera voluntaria, no se trata de una intención general, sino específica y hacia un sujeto determinado.
- b) Económica. Que este desprendimiento se concrete de manera efectiva, independientemente de la forma.

En el antiguo ordenamiento francés se llegó a establecer un principio de derecho por el cual las donaciones entre concubinos se consideraban inválidas, esto como consecuencia de la concepción inmoral de la unión, situación que fue superada (Borda, 1984). Sin embargo, posteriormente surgió un problema cuando se empleaba para mantener la relación, adquiriendo una condición remunerativa, lo que la convertía en inmoral, en consecuencia, el ordenamiento la sancionaba con nulidad por ilicitud de la causa; por otra parte, la situación era distinta cuando se realizaba por causa de la ruptura, en este escenario, se consideraba como una “indemnización” (Lacruz, Sanchor y Rivero, 1990).

1.2.2.4. El pacto

Otra solución frente a la ausencia de reglamentación de los aspectos patrimoniales de los miembros fue el contrato, considerado el instrumento adecuado para armonizar la libertad y la autonomía que caracterizan esta unión, denominándolo: “contrato de convivencia”. Algunos autores limitaban el empleo de esta herramienta en la medida que existieran prestaciones recíprocas, caso contrario, se reconducía al campo de la obligación natural o donación (Ponencia presentada al Congreso Internacional sobre el nuevo Código Civil, 2002). Otro sector, proponía el “contrato de sociedad” como solución, pero encontró como

obstáculo el “affectio sociattais”, el objetivo de repartirse la ganancia, por lo que, la formación de una sociedad se convertía en una salida.

Debido a la ausencia de formalidad se señaló que existía un contrato implícito producto de la convivencia, sin embargo, surgía el problema de las normas aplicables, produciendo el siguiente escenario: mientras que uno de los miembros buscaba la aplicación de las normas matrimoniales, el otro, sostenía la inaplicabilidad. En cuanto a su validez, estaba condicionado a la continuación de la convivencia, el mismo razonamiento se aplicaba para el fenecimiento, adquiriendo el carácter de una “cláusula penal” (Lacruz, Sanchor y Rivero, 1990).

1.2.2.5. La equiparación con el matrimonio

Ésta posición es la que más revuelo ha causado, porque tomando en cuenta que la unión de hecho se basa en la libertad, aplicar las normas matrimoniales la perjudicaría, convirtiéndose en una especie de “matrimonialización” de la unión, siendo contrario a lo que buscaban los miembros (Lacruz, Sanchor y Rivero, 1990).

Los opositores argumentaban que los miembros de esta unión, en pleno uso de su libertad, decidían la formación de esta comunidad al margen de la legislación, por lo que, se estaría quebrantando el principio de igualdad ante la ley al aplicarse un estatuto que no escogieron (Méndez y D’Antonio, 1994). Además, mientras que las obligaciones matrimoniales surgen de esta, en la convivencia son expresión de la autonomía privada, por lo tanto, la inobservancia de estas no genera ninguna pretensión jurídicamente ejercitable (Ponencia presentada al Congreso Internacional sobre el nuevo Código Civil, 2002).

Borda (1984), señaló que ésta equiparación se debía a que los Estados mencionados tenían una amplia población indígena, en donde el concubinato era la regla general, por lo que, se buscaba otorgar estabilidad y legalidad; sin embargo, el mismo autor consideraba esta medida como errónea debido a que era una cuestión de moral, que sólo en los ambientes moralmente degradados prolifera.

Por su parte, la posición a favor encontró respaldo en la teoría de la apariencia promovida por Díaz de Guijarro y que buscaba amparar al miembro de la unión de hecho respecto de la continuación del contrato de locación (Méndez y D'Antonio, 1994). Si los miembros se comportaban como un matrimonio, con las mismas funciones, entonces, correspondía la normativa matrimonial.

Dentro de la posición que equiparaba ambas uniones (matrimonial y unión de hecho) se encontraban dos vertientes, aquellas en las que no se establecía condición alguna, de las que sí. Como ejemplo de una equiparación, sin condicionamiento, tenemos la Constitución cubana de 1940, que en su artículo 43, apartado 6, otorgó a los tribunales correspondientes la facultad para determinar en qué casos se realizaba la equiparación, teniendo como sustento la equidad; en ese sentido, la Constitución de Guatemala de 1945 en el artículo 74, apartado 2, también tenía como eje el argumento de la equidad, estableciendo que sería la ley la que determinaría los supuestos de equiparación.

Por otra parte, otras legislaciones sí condicionaron la equiparación en razón a determinado periodo de tiempo, es decir, solo si la relación duraba como mínimo un número de años, recién el ordenamiento jurídico otorgaba los efectos jurídicos del matrimonio, por ejemplo, la Constitución de Bolivia de 1945, en el artículo

131, apartado 2, estableció en dos años el periodo mencionado y que, luego de haberse probado la relación, pasaba ser considerado un “matrimonio de hecho”. Otro ejemplo lo encontramos en la Constitución de Panamá de 1946, artículo 56, en donde el lapso de tiempo era de 10 años consecutivo.

El problema que surgía con la equiparación era el régimen aplicable, debido a que una vez nacida la controversia se formaban dos posiciones: la del conviviente abandonado que pretendía la aplicación de las normas matrimoniales; mientras que de la otra parte, la inaplicabilidad (Lacruz, Sancho y Rivera, 1990).

1.3. Desarrollo en el Perú

Nuestro país no fue ajeno a este fenómeno, sino que incluso existieron instituciones propias producto de la costumbre en el imperio incaico, situación que no iba a pasar desapercibida ni mucho menos tolerada por las concepciones coloniales de la época.

1.3.1. El sirvinacuy

Se considera al sirvinacuy como un antecedente de la unión de hecho, con ciertos matices, cuyo origen algunos autores la ubican en el derecho incaico, mientras que otros en la Colonia. Era considerado un “matrimonio a prueba” – posición no unánime- en la que una vez superada la pareja formalizaba la unión, incluso se calificaba como requisito cuyo incumplimiento era reprochado socialmente, teniendo arraigo en las regiones andinas (Cornejo, 1988).

Se la consideró como un tipo de familia de origen consuetudinario, reflejo de una cultura milenaria con sus propias características, que la hacen distinta de la

convivencia; así pues, al igual que muchas costumbres de los pueblos originarios, la legislación y la iglesia buscaron erradicarlo, porque iba en contra de la unión matrimonial, la única considerada legítima.

1.3.2. El Código civil de 1936 y la tutela indirecta

Durante la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, que culminó con la promulgación del Código de 1936, se discutió sobre las controversias que generaba el no estar amparada la unión de hecho (enriquecimiento del abandonante a costa de la abandonada), no obstante, el código mencionado no la tuteló, esto debido a que se acogió la propuesta del Sr. Olaechea que argumentaba que no era necesario legislar sobre esta situación, porque era de aplicación la norma sobre enriquecimiento sin causa (Cornejo, 1988).

Sin embargo, se emitieron leyes que otorgaban una protección indirecta, por ejemplo:

La ley 8439, de fecha 20 de agosto de 1936, art. 2, estableció que en el supuesto de fallecimiento del empleado, el destino de la CTS recaía en los herederos, sin embargo, ante la ausencia de estos, correspondía a las personas o persona que dependía económicamente del fallecido; así pues, con esta fórmula de la “dependencia económica” se generó un supuesto de hecho que comprendía al miembro de la unión de hecho, sin hacer distinción entre propia o impropia. Además, esta ley se complementaba con la 8569, de fecha 27 de agosto de 1936, que en su único artículo eximio del impuesto a las sucesiones, empleando la misma fórmula para comprender a la concubina.

Otro ejemplo lo tenemos en la Ley 13517, que declara de necesidad y utilidad pública e interés nacional la remodelación, saneamiento legalización de los Barrios Marginales o BARRIADAS, existentes en las áreas urbanas y sub-urbanas del territorio nacional, de fecha 14 de febrero de 1961, que en su art. 39 estableció que ante la adquisición de un lote por parte de un sujeto no casado, pero que lo ocupa con una mujer con la que mantiene una relación marital y que tampoco esté casada o presenta algún impedimento para ello, el bien corresponderá a ambos. A diferencia de las dos leyes mencionadas con anterioridad, acá sí se hace una distinción en cuanto al tipo de unión, contemplando solo a la unión propia.

Por su parte, el Decreto Ley 17716, Nueva Reforma Agraria, de fecha 24 de junio de 1969, en su art. 88 ampara a la concubina al hacer alusión a la “compañera permanente”, así pues, en el escenario donde el adjudicatario de una unidad agrícola familiar falleciera sin haber terminado de cancelar el precio, el contrato de compra-venta caducaba, convirtiendo lo abonado en merced conductiva, facultando a la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural otorgarla de manera gratuita a la cónyuge o “compañera permanente”.

Finalmente, el Decreto Ley 29598, ley de empresas de propiedad social, de fecha 2 de mayo de 1974, en su art. 135 también emplea la fórmula de la “compañera permanente” como beneficiaria del Certificado de Retiro en el supuesto de fallecimiento del trabajador titular, sin embargo, condiciona este beneficio al hecho de que la conviviente se encuentre incapacitada para trabajar.

Como se puede evidenciar de esta breve línea de tiempo, existió una tutela indirecta a los miembros de una unión de hecho, al inicio no se hizo distinción

entre la propia e impropia, sin embargo, posteriormente solo se tuteló a la unión propia. Además, el tratamiento de este código civil era coherente con la constitución que se encontraba vigente cuando se promulgó (1933) y que tampoco la amparaba.

1.3.3. La Constitución de 1979

A nivel constitucional la unión de hecho conformada por personas sin impedimento matrimonial (unión propia) encontró reconocimiento por primera vez, en su aspecto patrimonial, en el art. 9, en donde estableció que una vez cumplidos los requisitos generaba una sociedad de bienes que se encontraba sujeta a las normas de la sociedad de gananciales en la medida que les sean aplicables.

Este tratamiento constitucional respondió al cambio en la manera de percibir este fenómeno, sin embargo, como se mencionó en el párrafo precedente, se limitaba a efectos de carácter económico, así pues, no era considerada como familia ya que la misma norma suprema establecía la vinculación con el matrimonio, es decir, la familia solo podía nacer del matrimonio.

1.3.4. El Código Civil de 1984

Como consecuencia de los avances de la época y en aras de mantener armonía con la nueva constitución (1979), se promulgó el actual código civil, en el que se le dedica un solo artículo, esto debido al tipo de familia que protegía la constitución mencionada (Placido, 2015).

Otra razón de esta situación fue la expresada en la Comisión Reformadora del Código civil de 1984, por el profesor Cornejo (1985), donde manifestó su

preocupación de que se esté perjudicando a la institución matrimonial al amparar a la unión de hecho, por lo que, toda regulación debía estar enfocada en su gradual erradicación. Así pues, existió cierto temor de amparar la unión concubinaria bajo el argumento de que se estarían reduciendo las garantías que ofrecía el matrimonio.

1.3.5. El protocolo de San Salvador

Con la ratificación del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) en 1988, se inicia la desvinculación entre matrimonio y familia, es decir, la primera ya no será la única fuente de la segunda, estableciendo en su artículo 15.1 el derecho que tiene toda persona a constituir una familia, así pues, éste instrumento internacional influyó en la elaboración de la Constitución de 1993.

1.3.6. La Constitución de 1993

La Constitución de 1993 recoge lo señalado por su antecesora en el artículo 5, con la diferencia de que en esta ocasión se emplea el término “comunidad de bienes” en vez de “sociedad de bienes”. Por su parte, el artículo 4 recoge la desvinculación matrimonio-familia cuando establece que el Estado protege a la familia y promueve el matrimonio, de esta manera, en nuestro ordenamiento legal la unión de hecho pasa a ser considerada como fuente de familia. Sobre éste último artículo y el modelo de familia garantizado por la constitución, Placido (2013) señala que ésta se encuentra determinada por los fines familiares, no siendo suficiente las relaciones de afecto, porque sería inconstitucional y

contrario al deber de protección jurídica de la familia, en consecuencia, ya que en la convivencia se logran los fines mencionados, encuadra perfectamente en lo mencionado, dejando fuera a las relaciones esporádicas.

A nivel de la jurisprudencia, la Corte Suprema materializa lo consagrado a nivel constitucional, extendiendo la protección a la familia originada en una unión de hecho, como consecuencia de su condición de institución natural y fundamental de la sociedad, por lo tanto, ya no caben dudas sobre su condición (Casación 149-2016, La Libertad).

Por otra parte, otro aspecto a tomar en cuenta son las características que debe cumplir la unión de hecho (Casación 4479-2010, Lima):

- a) Debe ser voluntaria, producto de la espontaneidad y con la intención de hacer vida en común, con todo lo que implica ello en términos de afecto y socorro;
- b) Una unión entre un hombre y una mujer, es decir, una unión heterosexual. Lo que a su vez, conlleva exclusividad, de lo que deriva, fidelidad;
- c) Debe ser estable y permanente, por la primera debemos entender un periodo de tiempo determinado, en este caso, la ley establece 2 años como mínimo; por la segunda, que deben compartir un techo común y además cohabitar, comportándose como una pareja;
- d) Libres de impedimento matrimonial, acorde con lo señalado en la legislación respecto de impedimentos absolutos y relativos;
- e) Debe ser una unión notoria y pública, cognoscible por los terceros, lo que permitirá constatar el cumplimiento de la requisitos legales, situación que no se lograría de mantenerse oculta.

Como se puede apreciar, esta comunidad para ser merecedora de tutela ha pasado por un largo periodo de idas y venidas, pero si algo queda de todo esto es que ya no se discute si merece o no reconocimiento por parte del ordenamiento. Este mismo proceso acaeció en nuestro país, por lo que, resta analizar si los remedios a disposición son idóneos y coherentes.

1.4. Los remedios en el artículo 326 del Código civil vigente

El artículo 326 establece que en el supuesto de fenecimiento por decisión unilateral, el abandonado contará con determinado remedio dependiendo del tipo de unión: de tratarse de la “propia” tendrá derecho a una indemnización; mientras que, en la “impropia” corresponderá enriquecimiento sin causa. Sin embargo, si bien el supuesto de hecho contemplado en la norma parece claro, a nivel jurisprudencial se realiza un tratamiento diferenciado entre indemnización y resarcimiento.

El III Pleno Casatorio Civil recoge esta distinción a nivel doctrinario, sobre la naturaleza de la indemnización en el divorcio por separación de hecho; así pues, en el pleno se señala que por un lado, existe una posición que no la considera como un supuesto de “responsabilidad civil”, en el que se debe evaluar el dolo o culpa del causante, sino que corresponde analizar el desequilibrio económico de la situación actual en comparación a la anterior; por el otro, se argumenta que sí lo es y, en consecuencia, se deben evaluar todos sus elementos (Casación 4664-2010, Puno).

En cuanto a la unión impropia, se establece la tutela restitutoria a través del enriquecimiento sin causa, sin embargo, el mismo cuerpo normativo la contempla como un supuesto de indemnización en el art. 1954. No obstante, existe jurisprudencia donde se toma en cuenta elementos del resarcimiento, por

ejemplo, en la Casación 1-2013, La Libertad, en donde se declara la improcedencia del recurso, se recoge lo resuelto por las instancias inferiores, así pues, una vez determinada la condición de unión impropia de la relación, se pasó a analizar las actividades económicas realizadas por los miembros de la unión de manera conjunta, para determinar si era de aplicación el remedio del enriquecimiento sin causa, llegándose a la conclusión de que sí existió un enriquecimiento por parte del demandado, sin embargo, lejos de acabar el análisis, el órgano jurisdiccional se extiende y comprende el “daño moral” como sustento para el otorgamiento de la “indemnización”; de esta manera, se evidencia que no existe claridad en el empleo de estos remedios, por lo que, corresponde tener clara las diferencias.

1.4.1. El resarcimiento

Frente a un acontecimiento cuyas consecuencias afectan la esfera jurídica de un sujeto de derecho, el ordenamiento jurídico pone a su disposición el remedio resarcitorio, que tiene como uno de sus objetivos reparar los daños. Esta afectación puede tener origen en una relación jurídica preexistente (responsabilidad contractual) o donde no exista ninguna (responsabilidad extracontractual), siendo el sujeto afectado ajeno a la realización del evento. Sin embargo, para que nazca esta obligación en el autor y/o titular del bien a favor del afectado, se debe realizar un examen lógico denominado “juicio de responsabilidad”, que se divide en etapas.

1.4.1.1. La antijuridicidad

La primera etapa del juicio en cuestión consiste en evaluar el comportamiento que da origen a lo que será materia de controversia. No todos los autores la

consideran como requisito de la responsabilidad civil, no obstante, queda claro que este modo de actuar no debe ser amparado por el Derecho, ya sea porque contraviene norma imperativa, el orden público o las buenas costumbres (Taboada, 2013).

1.4.1.2. El daño resarcible

No toda consecuencia es merecedora de tutela, debe ser una con relevancia jurídica para ser calificada como tal. Para Leysser (2007), se trata de una situación desfavorable y que debe ser resarcida, sin embargo, está condicionado a que la situación del sujeto afectado se encuentre protegido por el ordenamiento y luego de haberse realizado el juicio reglamentado por ley.

Este menoscabo en la esfera jurídica de un sujeto de derecho determinado puede ser patrimonial o extra patrimonial. Con daño patrimonial se hace alusión a todo aquello que tiene consecuencias de carácter económico en el afectado, ya sea de manera directa o indirecta en su patrimonio; a su vez, se sub clasifican en:

- a) Lucro cesante, que consiste en la suma de dinero o pérdida de valor del bien que el afectado dejará de percibir; y
- b) Daño emergente, que consiste en el costo inmediato que deberá afrontar.

Por otro lado, tenemos el extra patrimonial, que comprende los daños no susceptibles de valoración económica. En doctrina existen posiciones que engloban todos estos menoscabos no económicos dentro del “daño moral”, sin embargo, un sector ha contemplado la existencia del “daño a la persona”; es así que, las aflicciones, penurias y penas se encontrarán dentro de la primera; mientras que las afectaciones a la personas como entidad, a la segunda.

1.4.1.3. Nexo de causalidad

Debe existir una relación causa-efecto entre el evento y el resultado, es decir, que el resarcimiento que se pretende debe ser consecuencia del daño. Sin embargo, existen determinadas circunstancias que quiebran esta relación, como son:

a) Caso fortuito o fuerza mayor

En doctrina existe discrepancia sobre este supuesto, un sector señala que se trata de sinónimos; mientras que otro, los diferencia en función de la intervención humana. El código civil no recoge diferenciación alguna, limitándose a establecer los requisitos para su configuración: fuerza extraña determinante, imprevisible e inevitable (Torres, 2012).

b) Hecho determinante de tercero

Al ser el daño consecuencia del hecho de un tercero, no cabe pretender que alguien distinto a este tenga que resarcir, porque se estaría concretando una situación de injusticia.

c) Imprudencia de la víctima

Bajo el argumento de que cada sujeto de derecho debe hacerse responsable por sus actos, si el actuar imprudente del propio sujeto le ocasiona daños patrimoniales y/o extra patrimoniales, nadie más que el deberá afrontarlo, es decir, no puede pretender que alguien más responda por sus actos.

Una vez que se cumpla cualquiera de los supuestos señalados, el hecho materia de controversia estará fuera de la responsabilidad civil.

1.4.1.4. Factor de atribución

Para que nazca la obligación de reparar es necesario encontrar una razón para ello, esta debe ser de tal naturaleza y envergadura que justifique el nacimiento de la obligación resarcitoria. Esta búsqueda de la justificación se realiza de dos maneras, excluyentes una de otra:

a) Una evaluación subjetiva

Se analiza el comportamiento del autor, es decir, si éste actuó con dolo o culpa. Durante el desarrollo de esta parte del juicio de responsabilidad, tenemos que al inicio solo se consideraba el actuar intencionado, una de las razones la encontramos en la influencia de los teólogos católicos que consideraban que no había pecado sin culpa, no obstante, luego se amplió para abarcar el actuar negligente o imprudente (De Trazegnies, 2015).

b) Una evaluación objetiva

De tratarse de un daño que tenga origen en el empleo de un bien o la realización de una actividad riesgosa, basta este hecho para generar la obligación, sin tener que evaluar la psiquis del titular. Este tipo de evaluación nació como consecuencia del desarrollo de la sociedad, es decir, a medida que iban surgiendo nuevas tecnologías y actividades, también dio lugar a nuevos riesgos como consecuencia del uso de estas nuevas herramientas y quehaceres (Casación 4759-2007, La Libertad).

Al igual que en la etapa del nexo causal, en ésta también existen hechos que justifican y, en consecuencia, eximen de responsabilidad al autor, estos son: el ejercicio regular de un derecho, legítima defensa y estado de necesidad.

a. El ejercicio regular de un derecho

Existen determinados comportamientos amparados por el ordenamiento jurídico que no generan responsabilidad en el autor. Esto responde a la vida diaria, es decir, todo acto trae consecuencias, en ese sentido, es natural que en el ejercicio de un derecho se causen efectos negativos, por lo que, el ordenamiento establece que estos deben ser soportados, porque pretender el resarcimiento por cada menoscabo sufrido resultaría inviable, llegando incluso al ridículo de demandar al Estado por haber permitido la apertura del proceso judicial.

b. Legítima defensa

Este supuesto se configura cuando existe una agresión ilegítima, no provocada, injustificada en la que el afectado estará eximido de responsabilidad si causa algún daño al agresor. Es una institución que no se limita al Derecho civil, sino que se encuentra también en el Penal, consagrado incluso a nivel constitucional, y responde al hecho de que en muchas ocasiones un sujeto de derecho puede estar siendo agredido sin justificación que lo amerite, encontrándose la autoridad fuera de su alcance, por lo tanto, las normas lo facultan a responder a esa agresión con la finalidad de evitar daños, incluso, se le permite salir en defensa de terceros (Revoredo, 2015).

c. Estado de necesidad

Existen circunstancias en las que pueden estar en riesgo más de un bien jurídico tutelado, por ejemplo, el derecho a la vida y la salud, la propiedad y el honor y buena reputación, o también puede tratarse de bienes con

diferente valor económico; así pues, frente a esta situación, la norma permite el sacrificio del bien menor en la salvaguarda de uno mayor, eximiendo de la obligación resarcitoria al autor. Sin embargo, a nivel doctrinario, Díez-Picazo y Gullón (2002) expresa que el perjudicado no tendrá que soportar la carga de manera plena, pudiendo dirigirse contra el beneficiado a través del remedio del enriquecimiento sin causa.

1.4.2. La indemnización

Existen determinadas situaciones en las que no es necesario realizar el juicio de responsabilidad para que el afectado se convierta en acreedor de una determinada cantidad de dinero, es en este escenario donde actúa la “tutela indemnizatoria”. Alfaro (2011), comentando sobre la indemnización por sacrificio (denominación española), señala que el argumento para su nacimiento se encuentra en la desigual distribución de cargas, tratándose de una situación de sacrificio especial.

A nivel doctrinario existe un sector que la considera sinónima de resarcimiento; sin embargo, actualmente se hace la distinción en razón de que la indemnizatoria se fundamenta en el “principio de equidad”, lo que le vale para exonerarla de realizar el juicio de responsabilidad, bastando con que se encuentre habilitada legalmente. Monroy (2015), expresa:

La obligación resarcitoria y la obligación indemnizatoria, son remedios distintos que se configuran o nacen por estructuraciones distintas y cumpliendo funciones distintas.

Los supuestos indemnizatorios comprendidos en el ordenamiento jurídico peruano responden a justificaciones políticas diversas para cada caso concreto, no tiene una estructuración jurídica uniforme como sucede en la configuración de un supuesto de responsabilidad civil.

Esta diferenciación también es recogida en el III Pleno Casatorio Civil, respecto a la naturaleza de la indemnización del artículo 345-A, donde establece que lo que fundamenta y justifica la obligación indemnizatoria es la ley y cuya finalidad es la de corregir desigualdades económicas, más no resarcir daños (Casación 4664-2010, Puno). De esta manera, podemos decir que se encuentran debidamente diferenciados, tanto a nivel de estructura como de finalidad.

1.4.3. El enriquecimiento sin causa

El antecedente de este remedio se remonta al derecho romano, en donde su actuación tenía como fundamento justas reclamaciones no protegidas explícitamente por el derecho positivo, esto como consecuencia del formalismo que imperaba. Para Álvarez (2000), la teoría actual surge en Francia y Alemania, como respuesta a la “santidad del contrato”, cumpliendo tres funciones en el derecho patrimonial:

- a) Servir de remedio económico a los trasvases patrimoniales injustificados;
- b) Instrumentalizar un procedimiento para hacer efectiva la dogmática de la causa (reciprocidad, motivos ilícitos, protección de acreedores y legitimarios); y
- c) Servir de remedio a las situaciones de precio absolutamente injusto en los contratos; todo ello enmarcado en una dogmática de creación

jurisprudencial del derecho como remedio a situaciones que se estiman claramente injustas, pero que no tiene cauce jurídico adecuado en las leyes codificadas.

En cuanto a su finalidad, como manifestación de la tutela restitutoria, busca restituir o reconstruir en la medida de lo posible la esfera jurídica patrimonial del afectado, ya sea de manera específica o por equivalente, si la primera no es posible. Si bien no se realiza un análisis tan amplio como en el resarcimiento, sí existe un determinado proceso lógico en el que se evalúa: el enriquecimiento, empobrecimiento, nexo causal, la ausencia de justa causa y la subsidiariedad.

1.4.3.1. Empobrecimiento

Debe tratarse de una disminución del patrimonio del sujeto, entendiendo por patrimonio el conjunto de derechos y deberes, puede ser la pérdida de un bien o de una expectativa.

1.4.3.2. Enriquecimiento

Debe consistir en el aumento del valor del patrimonio del favorecido, es decir, del enriquecido, ya sea por una o varias causas, por ejemplo, la adquisición de un derecho real o de crédito, sin embargo, este aumento de valor también puede ser consecuencia de la liberación de una obligación; por lo tanto, se puede tratar del aumento del activo o la disminución del pasivo (Puig, 1997).

A nivel doctrinario, Moisset de Espanes (1979) lo clásica en: enriquecimiento positivo, denominándolo “lucro emergente”; y negativo, calificado como “daño cesante”. Un ejemplo sería el enriquecimiento producto del trabajo doméstico de la abandonada.

1.4.3.3. Nexo causal

Tiene que existir una relación de causa-efecto entre el empobrecimiento de un sujeto a causa del enriquecimiento de otro, solo de esta manera se puede activar el remedio restitutorio. Existe cierta similitud con el nexo causal del resarcimiento, con la diferencia de que en este remedio se limita a aspectos de carácter patrimonial, por ejemplo, supongamos que en una unión de hecho impropia la mujer adquiere por herencia una determinada cantidad de dinero que luego invierte en el negocio de su conviviente, sin embargo, una vez finalizada la comunidad por decisión unilateral de este último, la mujer encuentra su situación económica disminuida como consecuencia de la inversión realizada, por lo tanto, la restitución se limitará al incremento obtenido.

1.4.3.4. La ausencia de justa causa

No debe existir una causa que legitime el desplazo de valores patrimoniales de un sujeto a favor de otro; en ese sentido, cuando se hace alusión a causa legítima se refiere a que no debe resultar de un acto jurídico válido, de la ley o de una norma consuetudinaria, sin importar si se celebró entre el empobrecido y el enriquecido o un tercero (Mazeaud, 1960).

Diez-Picazo y Gullón (2002) señala que el tema de la causa no se limita al negocio jurídico, en donde existe una pluralidad de posiciones respecto a ella, sino que también se da en las atribuciones patrimoniales, es decir, en el desplazo de una parte del patrimonio de un sujeto a favor de otro, ya sea como consecuencia de un acuerdo de voluntades, de la ley o de una sentencia, de donde emanará su justificación; por lo tanto, todo desplazo que no se encuentre justificado determinará el nacimiento de una obligación restitutoria, si se dan las otras condiciones para ello.

1.4.3.5. Subsidiariedad

Esta característica nació en la jurisprudencia francesa, estableciendo que solo tiene aplicación al no existir otro remedio contemplado para la situación materia de controversia.

Los requisitos mencionados no son solo de carácter doctrinario sino que son recogidos a nivel jurisprudencial, de esta manera, se puede evidenciar que se realiza un análisis lógico semejante en apariencia al del juicio de responsabilidad, sin embargo, es sustancialmente diferente.

En la doctrina nacional, el profesor Fernández (2015) considera la posibilidad de que el término “indemnización” establecido en el Código civil vigente es una palabra polisémica, es decir, que tiene una pluralidad de significados, de tal modo que, el enriquecimiento sin causa es uno de ellos. Esta posición parte de la diferenciación que existe entre tutela restitutoria y resarcitoria, siendo la primera la concepción común que se hace de la indemnización, sin embargo, hace hincapié que no se puede pasar por alto que el mismo cuerpo normativo emplea el vocablo mencionado con un uso distinto, abarcando a la segunda. Así pues, de esta manera el profesor Fernández logra proponer cierta armonía en la legislación.

Por nuestra parte, consideramos que así como muchas instituciones que en un primer momento fueron consideradas dentro de otra, adquiriendo autonomía con el paso del tiempo, esto mismo sucede con el enriquecimiento sin causa, porque cuenta con los elementos necesarios para ser considerado un remedio independiente del indemnizatorio.

Habiendo dejado clara la diferencia entre los remedios, corresponde analizar si hay coherencia en lo establecido en el 326 Código civil de 1984 a partir de lo señalado.

2. CAPITULO II FORMULACION DE LA HIPOTESIS

2.1. Hipótesis principal

El enriquecimiento sin causa es una tutela amplia y objetiva para el conviviente en la extinción unilateral de la unión de hecho propia e impropia, permitiendo la mejor protección de los derechos involucrados.

2.2. Hipótesis secundarias

- El remedio para la unión de hecho propia es la indemnización, entendida como obligación legal basada en la equidad.
- El remedio para la unión de hecho impropia es el enriquecimiento sin causa, que es autónomo de la indemnización.

3. CAPITULO III METODOLOGIA

3.1. Diseño de la investigación

3.1.1 El tipo de investigación realizado será básico, descriptivo, teórico o dogmático. El diseño de la investigación será no experimental, a un nivel observacional y correlacional, de corte transversal o sincrónico y con un enfoque cualitativo.

3.1.2 El método empleado será el hipotético deductivo. Se iniciará con la observación de fenómenos de carácter general y se formularán hipótesis, llegando a conclusiones particulares que estén contenidas implícitamente en la situación general.

3.2. Procedimiento de muestreo

Se realizará un análisis de lo establecido en la legislación y su aplicación a los casos en concreto, para ello se evaluará la coherencia de las decisiones a nivel jurisprudencial.

3.3. Cronograma de actividades

2020-2 / 2021-1												
ACTIVIDADES	AG O	SE P	O CT	NO V	D IC	EN E	F EB	MA R	AB R	M AY	JU N	JU L
Elección e Identificación del Problema	X											

Elaboración del plan	X	X	X									
Búsqueda de literatura	X	X	X									
Coordinación Institucional			X									
Implementación Plan			X	X	X	X						
Recogida de Información				X	X	X	X	X	X	X	X	
Procesamiento de información									X	X	X	
Análisis de Resultados											X	X
Informe Final												X

Sustentación de la tesis												X
--------------------------	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	---

3.4. Aspectos éticos

Las bases teóricas y las definiciones magistrales corresponden a las citas y referencias bibliográficas que se hacen de los autores citados.

4. CAPITULO IV INCONGRUENCIAS EN LOS REMEDIOS AL ABANDONADO

Al ser la libertad el fundamento de la unión, por la cual carece de cualquier formalismo en comparación con el matrimonio, esta puede fenecer por decisión unilateral, abandono; sin embargo, como ya se mencionó, los efectos serán distintos dependiendo del tipo de comunidad.

4.1. El abandono en la unión de hecho propia

Debido a que el Código civil de 1984 no hace la distinción entre indemnización y resarcimiento, vamos a realizar un análisis en ambos supuestos, por un lado, como indemnización propiamente dicha y, por el otro, como sinónimo de resarcimiento.

4.1.1. La indemnización al abandonado

Si la entendemos como indemnización propiamente dicha no tendremos que realizar el juicio de responsabilidad, de modo que, se evaluará la equidad entre los estados de los ex miembros posterior al evento con el objetivo de equilibrarlo, sin mayor justificación que la habilitación legal; de esta manera, se hace un análisis objetivo sin tener que ahondar en busca de culpables, haciendo posible incluso la reconciliación.

Esta posición queda reforzada por el III Pleno Casatorio Civil, que estableció como quinta regla la naturaleza de la indemnización en materia de separación de hecho o divorcio, donde establece que tiene por finalidad corregir un evidente desequilibrio patrimonial (Casación 4664-2010, Puno). Si bien es cierto el pleno mencionado gira en torno a una situación que nace del decaimiento del

matrimonio, consideramos que es aplicable al fenecimiento por abandono en la unión de hecho en razón de los derechos involucrados.

4.1.2. El resarcimiento a favor del abandonado

Si consideramos que lo contemplado en la norma es un supuesto de resarcimiento, entonces debemos realizar el juicio de responsabilidad, sin embargo, nos encontramos con un obstáculo en la etapa del factor de atribución: el ejercicio regular de un derecho, recogido en el art. 1971, inc. 1.

4.1.2.1. El ejercicio regular de un derecho

Es imposible evitar el surgimiento de efectos negativos derivados del comportamiento humano, la regla general es que estas consecuencias deben ser reparadas por el autor, sin embargo, la excepción es el supuesto en el que al ser consecuencia del ejercicio de un derecho, conforme a los parámetros establecidos por el ordenamiento jurídico, sin caer en el supuesto del llamado “abuso de derecho”, se exonera al causante de la obligación de resarcir. A nivel jurisprudencial, se entiende al ejercicio regular de un derecho como el empleo racional de los instrumentos legales puestos a disposición para hacer frente a una situación que puede afectar a otro derecho, teniendo como consecuencia la eliminación de la responsabilidad civil (Casación 153-96, Loreto).

4.1.2.2. El Derecho al libre desarrollo de la personalidad

Cuando dos sujetos deciden formar esta unión sin formalidad alguna, no están haciendo otra cosa que ejercer el derecho de libertad, en concreto, el del libre desarrollo de la personalidad, mediante el cual buscan alcanzar el mayor desarrollo personal (económico, espiritual, moral, etcétera) junto a la otra persona; de la misma manera, se está ejerciendo éste cuando se finaliza la

comunidad. No se debe pasar por alto que la familia es también un lugar de realización que puede no concretarse, estando facultado para terminarla.

Ryszard (2018) considera que este derecho se compone de distintos atributos, uno externo y otro interno: en el primero, el sujeto ejerce su libertad al relacionarse con otros sin impedimento alguno; respecto del segundo, está facultado para desarrollar de manera plena y libre lo psíquico, intelectual, cognitivo, etc.

Por su parte, el Tribunal Constitucional argumenta que se trata de un derecho que garantiza al sujeto el pleno desarrollo de los distintos ámbitos de su vida y que se vincula con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad (Expediente N° 2868-2004-AA/TC).

Habiendo dejada clara la definición del derecho mencionado, se debe tomar en cuenta que no hay resarcimiento por hecho propio, la parte abandonada asume conscientemente el riesgo del fenecimiento intempestivo, no podría alegar la frustración de sus expectativas por cuanto es conocida la fragilidad de la unión, no estamos en aquellas épocas donde la información podía mantenerse oculta; en ese sentido, cuenta con herramientas para tutelar sus derechos a través del reconocimiento de unión de hecho notarial o judicial.

Es muy distinto justificar un resarcimiento por la frustración de una expectativa que tiene basamento formal (matrimonio) que una de carácter libre. No obstante, se podría argumentar que nos encontramos ante una excepción debido a la materia, pero esto nos lleva a una interrogante ¿es posible la reparación integral para el abandonado?, esto es importante debido a que el abandonante mantiene obligaciones familiares y puede ver afectado su desarrollo personal, además, al

indagar en las razones del fenecimiento buscando dolo o culpa hace poco probable la reconciliación, agravando las relaciones familiares restantes, como el de padre-hijo. De esta manera, la responsabilidad civil en materia de familia adquiere cierta particularidad; en ese sentido, Medina (2008) argumenta que el resarcimiento en esta materia adquiere una vital importancia debido a que al tener la familia como uno de sus propósitos el ser un ámbito de protección y contención, la reparación del daño puede ser injusto, agravando la situación.

4.1.2.3. La finalidad de la responsabilidad civil en la unión de hecho

Un aspecto que se debe tomar en cuenta es la función de la responsabilidad civil, en doctrina se señala que esta no es una sola, sino que se trata de una pluralidad (Alpa, 2006):

a) Función reparadora

El resarcimiento es la reacción del ordenamiento frente a un evento dañoso, teniendo como finalidad reparar la esfera jurídica patrimonial o extra patrimonial del sujeto afectado.

b) Función restauradora

Esta se encuentra vinculada a la función reparadora, porque busca restaurar el statu quo del que gozaba el sujeto antes del evento.

c) Función sancionadora

Con ella se materializa el poder punitivo del Estado hacia un sujeto determinado.

d) Función desincentivadora

A diferencia de las otras funciones, que tienen como eje a un sujeto en concreto, esta tiene como eje a la sociedad, es decir, su objetivo

es desincentivar que otros sujetos de derecho repitan la conducta dañosa.

Sobre la unión de hecho propia tenemos que, en cuanto a la función reparadora, ésta se enfoca más en el carácter extra patrimonial, dado que se aplican las normas en materia de sociedad de gananciales el menoscabo económico no adquiere tanta relevancia, sobre todo si el abandonante continúa cumpliendo sus obligaciones, por lo que, el análisis se centra en el daño moral. Asimismo, en cuanto a la función disuasoria y sancionadora tenemos que en el primero se busca desincentivar conductas, lo que nos llevaría a pretender que la unión sea inextinguible; respecto del segundo, se llegaría al absurdo de sancionar por ejercer un derecho.

4.1.2.4. La ausencia de parámetros

A nivel normativo no existen parámetros que orienten al órgano jurisdiccional en el otorgamiento de resarcimiento, sin embargo, a nivel jurisprudencial si los hay, pero para el daño moral (Casación 3387-2013, Apurímac):

- a) El grado de afectación emocional o psicológica;
- b) La tenencia y custodia de hecho de los hijos menores de edad y la dedicación al hogar;
- c) Si por el abandono se tuvo que demandar alimentos para los hijos menores de edad ante el incumplimiento del conviviente obligado;
- d) Si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial en relación al otro y a la situación que tenía durante la convivencia entre otras circunstancias relevantes.

Situación muy distinta en la legislación comparada, al respecto Molina de Juan (2014), comentando la legislación argentina, hace hincapié en los requisitos para que proceda la compensación económica en el divorcio y en el cese de la unión convivencial:

a) Desequilibrio económico manifiesto

Debe generar una desigualdad en las posibilidades económicas y de inserción laboral; el desequilibrio tiene que existir en el momento de la ruptura

b) Empeoramiento de la situación del que la reclama

Debe haber un significativo descenso en el nivel de vida y las posibilidades concretas.

c) Causa adecuada

Que en la organización familiar, el que uno de ellos se dedique exclusivamente a labores domésticas sea la causa del desequilibrio.

d) Sentencia firme

Como se puede evidenciar, al realizar la comparación entre los parámetros de nuestra jurisprudencia con los de la legislación argentina, tenemos que en el de nosotros existe mayor grado de subjetividad, y pueden variar debido a que no están establecidos en una norma.

4.1.2.5. Alimentos

Es la obligación que tienen los padres con los hijos, que consiste en realizar prestaciones de carácter económico que comprenden no solo alimentos, sino vestido, educación, salud, recreación, etc. Bajo determinadas circunstancias

esta puede alcanzar a otros parientes y al cónyuge o al conviviente. Para Jossierand (1950) se trata de un deber jurídico impuesto cuya finalidad es asegurar la subsistencia de la otra persona.

Respecto a lo establecido en el art. 326, llama la atención que la alternativa al resarcimiento sean los alimentos. Para Leysser (2011), el remedio resarcitorio no es intercambiable, por lo que, este hecho significa que tiene una finalidad solidaria, dejando de lado las funciones de la responsabilidad civil: sancionadora, reintegradora, reparadora y desincentivadora. Por nuestra parte, podemos decir que da la impresión que esta alternativa puesta por el legislador se hizo sin mayor análisis, como quien hace una labor por cumplir.

4.1.2.6. Los esponsales

Si se busca una situación semejante en la que exista esta vinculación, sin llegar a formalizarse mediante el matrimonio, y en la que se otorgue resarcimiento, encontramos en la promesa de esponsales la más cercana. Se encuentra contemplada en el art. 239 del Código civil, en el que se establece que es un acuerdo de voluntades destinado a contraer matrimonio, sin embargo, no nace una obligación de hacerlo, porque se vulneraría el derecho constitucional de libertad, pero si un deber de “indemnizar” dependiendo de determinadas circunstancias, como la existencia de culpa (Varsi, 2011).

Entonces, podemos decir que existen tres niveles:

- a) Matrimonio, donde existe un compromiso pleno y merecedor de resarcimiento ante el incumplimiento;
- b) La promesa de esponsales, un compromiso medio, pero lo suficientemente merecedor para obtener resarcimiento; y

c) La unión de hecho, uno leve y no merecedor de resarcimiento

En esta clasificación la libertad tiene un rol inversamente proporcional; es decir, en el matrimonio habrá una restringida; en la de esponsales, una media; y en la unión de hecho, una amplia. Lo mismo sucede con la confianza en la comunidad.

Por otro lado, llama la atención que en la familia matrimonial se evalúe la ruptura de manera objetiva (separación de hecho), lo que permite indemnizar, más no resarcir; mientras que, en la convivencia es subjetiva.

4.2. El abandono en la unión de hecho impropia

El Código Civil establece para el abandonado en la unión impropia el remedio del enriquecimiento sin causa, si bien es cierto la norma no establece de manera expresa que este sea el único remedio, a nivel jurisprudencial se da a entender esto por cuanto no hace mención a ninguna alternativa.

4.2.1. La tutela restitutoria

A nivel jurisprudencial, en reiteradas ocasiones, se resalta como finalidad del enriquecimiento sin causa la de proteger de abusos y apropiaciones ilícitas al conviviente abandonado (Casación 05-95, Ica), teniendo por objetivo restituir en la medida de lo posible el estado patrimonial del afectado, para ello se realiza una valoración solo en términos patrimoniales y de manera objetiva, sin embargo, al ser establecido como un supuesto de indemnización pierde parte de su naturaleza, porque no será necesario realizar un análisis detallado, es decir,

el “juicio de restitución” pasa a un segundo plano, porque bastará con sustentar la decisión en el principio de equidad y la habilitación legal.

4.2.2. El Daño

Si nos ponemos en el supuesto que el resarcimiento en la unión propia es una excepción respecto al ejercicio regular de un derecho, genera inconvenientes sobre los daños en la impropia, específicamente el daño moral, porque ni aunque medie buena fe por parte de la abandonada será tomado en cuenta; sin embargo, si consideramos que en otras situaciones se prefiere al sujeto que actúa de buena fe y dado que nos encontramos en materia familiar, no se justifica que en esta ocasión se la sacrifique.

En el Pleno Jurisdiccional Distrital de Familia del año 2013, Lima, se acordó que frente al reconocimiento simultáneo dos uniones de hecho con la misma persona, se prefiere al que actúa de buena fe. Pero surge la siguiente pregunta ¿y si ambas actuaron de buena fe?, la importancia de contestar esta pregunta radica en que la sentencia de reconocimiento es una de naturaleza declarativa, es decir, se limita a reconocer un derecho existente, más no lo crea. Así pues, siendo ese el escenario, la parte desfavorecida quedará inmersa en una unión impropia, lo que a su vez impediría que pretenda el resarcimiento por su buena fe, generándose una situación de injusticia.

4.2.3. La tutela indirecta

Tal como sucedió durante la vigencia del Código civil de 1936, en donde se emitieron leyes que amparaban la unión de hecho, actualmente tenemos en vigor una norma que tutela la unión impropia durante su vigencia, el Decreto supremo

013-99-MTC, que aprueba el Reglamento de Formalización de la propiedad a cargo de COFOPRI, artículo 32, estableciendo que la copropiedad de la vivienda de los miembros de una unión en la que uno o ambos tengan impedimento matrimonial, se emite el título de propiedad a favor de ambos, en calidad de copropietarios, con el 50% de participación cada uno, considerándose como bienes propios.

Una cuestión que suscita la norma mencionada es si el miembro de la unión impropia podrá pretender la copropiedad de la vivienda luego de finalizada la convivencia. A simple vista, la norma da a entender que se aplica para una unión vigente cuando establece “conforme a la constatación realizada en el empadronamiento”, por lo que, sería contradictorio otorgar tutela durante la vigencia y no al finalizada esta si lo que se busca es la protección contra los abusos. Además, debido a que el remedio del enriquecimiento indebido tiene entre sus características el de la subsidiariedad, sería coherente permitir la pretensión de copropiedad.

No se puede dejar de lado el hecho de que muchas de las instituciones del Estado no llegan a las zonas más alejadas del territorio nacional, es así que, se presentan muchos casos en los que existe un matrimonio y una unión de hecho a la vez, o dos convivencias en paralelo. Es relativamente frecuente encontrar en los noticieros reportajes sobre mujeres que se enteran del matrimonio de su conviviente. Además, no se debe olvidar que el divorcio es un trámite cuyos costos muchas veces desincentivan a los interesados, por lo que, se da inicio a la convivencia estando formalmente casado; por esta razones, consideramos que el tratamiento al miembro de una unión impropia no es el adecuado, sobre todo cuando media buena fe.

4.2.4. La incertidumbre en la unión impropia

En el Pleno Jurisdiccional Distrital Constitucional, Civil y Familia 2009, Apurímac, Tema N°3, se acordó que la unión impropia de una persona casada y que continúa con la relación luego de la muerte del esposo o esposa, no quedaba convalidada por este evento, porque la norma no legalizaba un acto ilegal.

Lo acordado por unanimidad nos genera los siguientes comentarios: si los impedimentos para contraer matrimonio son la fuente de la condición de impropia de la convivencia, una vez que desaparezcan estos la consecuencia lógica sería que adquiriera la condición de propia, con los efectos jurídicos que ello conlleva. Por muy reprochable que se pueda considerar a la unión impropia, esta sigue existiendo y, en consecuencia, es objeto de una tutela regular al menos en la disolución. Lo establecido en el pleno consideramos que es un exceso ya que, como se mencionó anteriormente, muchas veces existen esposos separados de hecho que mantienen una convivencia y que la única razón por la cual no se tramita el divorcio es por lo oneroso en tiempo y dinero que puede resultar.

4.3. Efectos de la incongruencia en la jurisprudencia peruana

A continuación analizaremos algunos casos resueltos por nuestros tribunales con la finalidad de encontrar la coherencia que se espera en la solución de los conflictos de intereses que se generan al finalizar la convivencia de manera unilateral (abandono), tanto en la propia como en la impropia.

4.3.1. Casación 05-95, ICA.

Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de vista de la Sala Civil que revoca la sentencia de primera instancia

y declara infundada la demanda de nulidad de acto jurídico. El accionante sostiene que se hizo una aplicación indebida del art. 326 respecto de la sociedad de gananciales, porque la unión que mantuvo con la demandada era una impropia, al ocultarle ella su condición de casada. La Corte Suprema resolvió que si bien es cierto existió un error por parte de la Sala Civil, no obstante, ello no invalida los derechos de la demandada, porque se sustentan en la protección contra los abusos y apropiaciones ilícitas, que se materializa con la acción de enriquecimiento indebido.

Lo resuelto genera la siguiente observación: si bien es cierto corresponde la tutela restitutoria (enriquecimiento indebido), con la finalidad de evitar un abuso, lo más adecuado habría sido que se declare fundada la casación y se ordene a la Sala Civil emitir una nueva sentencia tomando en cuenta el proceso lógico que implica la aplicación del “enriquecimiento sin causa”, es decir, evaluar el enriquecimiento-empobrecimiento, relación de causalidad, ausencia de justa causa y subsidiariedad. Así pues, podemos evidenciar que en este caso no se analiza apropiadamente este remedio.

4.3.2. Casación 3990-2001, Cusco

En este caso nos encontramos ante una unión de hecho impropia que duró 10 años, en la que la Corte Suprema, frente a lo señalado por los juzgadores respecto a que resultaba evidente la contribución de la actora en el incremento del patrimonio, resolvió en contrario, es decir, argumentó que no quedó claro cuál fue el aporte concreto, por lo que, otorgar una indemnización resultaba arbitrario.

En esta ocasión, no cabía duda de la duración de la relación y si bien es cierto la actora no probó el aporte en concreto que da origen al enriquecimiento patrimonial del abandonante, nos lleva a cuestionar que se considere el enriquecimiento indebido como un supuesto de indemnización, ya que éste último se sostiene en los valores de equidad y solidaridad, bajo los cuales habría correspondido una atribución económica.

4.3.3. Casación 3854-2001, La Libertad

En esta demanda de nulidad parcial de documento y asiento registral el demandante pretendía la exclusión de la demandada, alegando que hubo error al consignarla como esposa ante el notario, porque ella estaba casada, existiendo una unión de hecho impropia, por lo tanto, no podía ser copropietaria.

Lo peculiar de este caso es que fue suficiente la manifestación de voluntad ante el Notario para que la conviviente impropia adquiriera la titularidad, en calidad de copropietaria del bien inmueble en cuestión. En esta oportunidad tampoco se realizó una evaluación del enriquecimiento indebido, en la que se habría analizado el aporte directo o indirecto de la demandada, porque puede suceder que este nunca haya existido, incluso puede tratarse de un supuesto de mala fe, concretándose una injusticia.

4.3.4. Casación 3486-2002, Cajamarca

Se trata del fenecimiento unilateral de una unión de hecho propia, en la que el demandado cuestiona el otorgamiento de una indemnización sin haberse probado ni tenido en cuenta los elementos de la responsabilidad civil, así pues,

en la impugnación del fallo de primera instancia argumentó que no se había probado el daño. Además, respecto a la actuación de la Sala, señaló que si bien es cierto disminuyó el monto indemnizatorio, no fundamentó su decisión.

Si bien es cierto la Corte Suprema sustenta la nulidad de la sentencia de vista por falta de motivación, distinto sería el escenario si se considerara como “indemnización propiamente dicha” lo establecido en el 326 del CC, y no como resarcimiento, así pues, solo bastaría sustentar la decisión en la ley y los principios de equidad y justicia, situación que se vería reforzada con el establecimiento de parámetros, como en la legislación argentina, de esta manera, se evita el subjetivismo.

4.3.5. Casación 2683-2011, La Libertad

La Corte Suprema recoge el papel de la buena fe en el enriquecimiento sin causa, ya que considera que esta se encuentra implícita en el elemento de la “ausencia de justa causa”, por lo tanto, las construcciones hechas de mala fe imposibilitan emplear el remedio alegado. Sin embargo, lo que resalta de la decisión de la Sala es que, al momento de mencionar los elementos del remedio en cuestión, considera al “daño” como uno de ellos, de esta manera, confunde un elemento del juicio de responsabilidad con el empobrecimiento del afectado, en donde tenemos que el primero es mucho más amplio, porque comprende el daño patrimonial y el extra patrimonial, evidenciándose una vez más la poca claridad que existe en las diferencias.

4.3.6. Casación 4687-2011, LIMA

Se trata de una demanda de indemnización por daños y perjuicios por el fenecimiento unilateral de la unión de hecho (abandono). En primera instancia, el A-Quo se pronunció sobre el nexo causal, el daño material y moral tomando en cuenta lo siguiente: sobre el nexo causal señala que este se encuentra acreditada por el hecho de que el demandado contrajo matrimonio con tercera persona, por lo tanto, existe la relación causa-efecto entre el evento (abandono) y el menoscabo (daño) alegado; sobre el daño material, establece que se acredita con la disposición unilateral de los bienes de la comunidad; y el daño moral, por haber finiquitado la relación de manera unilateral.

Lo argumentado por la primer instancia nos genera las siguientes observaciones: primero, respecto al nexo causal, consideramos que el mismo se genera por la disposición unilateral de los bienes; segundo, en cuanto al daño moral, este se sustenta, según el A-Quo, en el mero hecho del fenecimiento, lo que resultaría en pretender que el vínculo sea inquebrantable, lo que consideramos descabellado.

Una vez impugnada la sentencia, la Sala argumenta que el daño moral resulta evidente, toda vez que el fin de la relación tuvo como causa el matrimonio del demandado con tercera persona, frustrando el proyecto de vida de la demandante después de 14 años, y que no se consolidó en matrimonio por decisión unilateral del abandonante.

Al respecto, tenemos que decir que llama la atención que la Sala Superior considere de manera implícita que la convivencia genera una obligación de contraer matrimonio y que, a su vez, esto justifique el daño moral. Por otro lado, admitido el recurso de casación, la Corte Suprema al establecer la cuestión jurídica en debate señala en el apartado 3 lo siguiente:

En el presente caso, la cuestión jurídica en debate radica en lo siguiente:
“(...) 3. Si la indemnización que se solicita es de naturaleza compensatoria o debe regirse según las normas de la responsabilidad extracontractual”.

Es así que, al responder lo alegado por el recurrente respecto a la naturaleza compensatoria de la indemnización establecida en el art. 326 del Código civil, en el considerando décimo señala: “(...) se trata de análisis particular del demandado que no encuentra justificación en el contenido de la norma, dado que ella no realiza la división conceptual que propone”.

De esta manera, se puede evidenciar que el tratamiento resarcitorio de la indemnización contemplado en el art. 326 tiene origen en la jurisprudencia, en donde tampoco se tienen clara las diferencias estructurales y funcionales de los remedios, tal como se mencionó en las casaciones anteriores.

Por otro lado, respecto a la prueba de la contribución al acervo patrimonial, en el considerando noveno señala:

(...) no resulta necesario acreditar contribución directa para la adquisición del bien aquí señalado, pues tanto en el matrimonio como en la unión de hechos suele existir división de roles, en la que cada sujeto aporta (...) en la subsistencia de ésta (...).

El argumento esbozado por la Corte encuadra igualmente en el del empobrecimiento de uno de los miembros y el enriquecimiento del otro como consecuencia de la labor doméstica, el cuidado de los hijos, etc., por lo que, es viable la aplicación del enriquecimiento sin causa.

4.3.7. Casación 1-2013, La Libertad

Si bien el recurso de casación en el presente caso de unión impropia fue declarado improcedente, la Corte Suprema recoge lo resuelto por las instancias de mérito en la que no solo se consideran los elementos del enriquecimiento indebido, si no que se salen del cuadro, por decirlo de alguna manera, y toman en cuenta el daño moral.

Se puede evidenciar una vez más que existe confusión por parte de los órganos jurisdiccionales, al tratarse de una unión de hecho impropia solo correspondía realizar una evaluación objetiva a través del enriquecimiento sin causa, donde no cabe un análisis subjetivo; así pues, al tomar en cuenta el “daño moral” se está mezclando dos remedios cuyas características y finalidades son distintas.

4.3.8. Expediente 1308-98-11-JC de la Sala Especializada en Familia

La Sala Civil especializada en Familia señala que el tipo de unión amparada a nivel constitucional es aquella que cumple los requisitos normativos, es decir, la unión de hecho propia, por lo tanto, todas aquellas que no las cumplan tendrán a su disposición lo establecido en el artículo 326, es decir, podrán accionar por enriquecimiento sin causa..

Como se mencionó en anteriores oportunidades, si tomamos en cuanto el concepto de familia en un sentido amplio, las uniones impropias califican como tal, por ejemplo, un hombre casado pero separado de hecho que mantiene una convivencia con tercera persona, lo contrario sería restringir un derecho debido

al formalismo (divorcio). Además, no pretendemos una tutela plena, sino solo en el fenecimiento.

4.4. Los remedios en la legislación comparada

A continuación, evaluaremos los remedios que ponen a disposición de los particulares los distintos ordenamientos jurídicos.

4.4.1. Chile

En la legislación chilena se promulgó en el 2015 la Ley del Acuerdo de Unión Civil, que permite a los miembros de la unión de hecho regular sus relaciones patrimoniales mediante acuerdos, e incluso crea un estado civil, artículo 1. Respecto a los bienes de los integrantes, la norma establece en su artículo 15 un régimen de separación de patrimonio y de comunidad, dejando a los sujetos optar libremente por cualquiera de ellos.

Cuando fenece de manera unilateral se establece la compensación económica como remedio frente al desequilibrio que pueda afrontar el miembro abandonado, sin embargo, el artículo 27 nos remite a los artículos del 62 al 66 de la ley 19947 (Ley de Matrimonio Civil. 2004), en donde se fijan los siguientes parámetros para la mencionada compensación:

- Duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges;
- Situación patrimonial de ambos;
- Buena o mala fe;
- Edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario;
- Situación en materia de beneficios previsionales y de salud;
- Cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral, y

— Colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge.

Como se puede apreciar, en la legislación chilena no se deja al arbitrio del órgano jurisdiccional la determinación del monto compensatorio, se tiene que tomar en cuenta determinados parámetros, objetivos y subjetivos.

4.4.2. Argentina

En Argentina la unión de hecho se encuentra regulada en el Código Civil y Comercial (2014), en el libro segundo, título III. Esta legislación permite que los integrantes puedan pactar los aspectos patrimoniales de la unión; así pues, en caso de fenecimiento unilateral el miembro que se encuentre en desventaja económica podrá solicitar una compensación económica, observando determinados parámetros.

La legislación, en su artículo 510, no hace una distinción entre unión propia o impropia, sino que se establece una sola tutela de manera objetiva, sin tener que ahondar en el aspecto subjetivo; en ese sentido, Molina de Juan (2019), señala que el carácter objetivo se debe a que se encuentra relacionado con el aspecto patrimonial, prescindiendo de cualquier fundamento psicológico o moral.

El otro aspecto a tomar en cuenta es el de la distribución de los bienes, al que se aplica el criterio de la separación de patrimonio, es decir, cada miembro conservará la titularidad de los bienes que haya adquirido antes, durante o después, sin embargo, de ser el caso, la norma consagrada en el artículo 528 permite la aplicación de la tutela restitutoria, enriquecimiento indebido, pero no como única alternativa.

4.4.3. España

En España no existe un reconocimiento expreso a nivel constitucional ni una norma civil cuya aplicación abarque todo el territorio, sino que existen leyes autonómicas en la que cada de una de ellas regula de manera distinta esta comunidad, esto es debido a que algunas regiones tienen facultades para legislar en materia civil, mientras que otras, solo en materia administrativa. Así pues, podemos encontrar leyes autonómicas destinadas a equiparar la unión de hecho con el matrimonio, permitiendo incluso la autoreglamentación. Para Serrano (2019), se trata del reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad, pero con ciertos matices, es decir, por un lado se permitirán los pactos en materia personal y económica, mientras que en otros, solo económica; no obstante, esta facultad se encuentra limitada por la ley.

En cuanto al fenecimiento de la comunidad por decisión unilateral, algunas leyes reconocen dos derechos de contenido patrimonial (Serrano, 2019):

- a. Compensación económica.- El remedio en este escenario es el enriquecimiento injusto, sin hacer una distinción entre los tipos de unión (propia o impropia).
- b. Pensión periódica.- Para el supuesto en el que uno de los miembros se encuentre en un estado de necesidad, debido a que debe dedicarse al cuidado de los hijos, o exista una disminución en su capacidad de obtener ingresos.

4.4.4. Francia

Actualmente, tenemos en la legislación francesa la aplicación de los “pactos de solidaridad”, en el Art. 515-1 del título XIII del Código Civil Francés, donde no contempla expresamente a la unión de hecho, sino que emplea una fórmula abierta, es decir, va más allá por cuanto no se limita a una relación entre personas de diferente sexo, sino que incluye a las del mismo, admitiendo de esta manera las uniones homosexuales. Este pacto tiene como objetivo que las partes regulen lo que será su vida en común.

Otro aspecto importante es el de la inscripción, el art. 515-3-1 y 515-4 establecen que será inscrita en la partida de nacimiento y que los efectos hacia los terceros nacen a partir de la inscripción; de esta manera, se permite a los convivientes liquidar los derechos y obligaciones de su unión, y que, en caso de desacuerdo, decide el juez (Iñigo, 2006).

5. CAPITULO V LA TUTELA SIN DISTINCIÓN

Antes de justificar una sola tutela tenemos que mencionar la razón del tratamiento diferenciado. Cornejo (1988), comentando la tutela a nivel de la Constitución de 1979, explica que amparar la unión de hecho impropia resultaría en inmoral y perjudicaría los derechos de terceros. Sin embargo, si tomamos en cuenta que el peligro para los terceros se mantiene igual en la unión de hecho propia, solo queda el aspecto “moral” como sustento del tratamiento diferenciado.

Al otorga una tutela residual como protección en el fondo se busca desincentivarla, poniendo en una situación de ventaja al abandonante respecto de la abandonada, porque ésta última para pretender tutela, no solo deberá soportar la carga de la prueba, sino que será su única vía. Para Quispe (2002), este modelo de regulación se trata de una imposición del Estado, una política de ignorancia cuyo objetivo no solo es reprimir, sino forzar a las personas a contraer matrimonio.

Se debe tomar en cuenta que el enriquecimiento sin causa nació para situaciones no contempladas en el ordenamiento jurídico, no previstas, evitando que se concrete una injusticia. A medida que fue evolucionando adquirió sus características actuales, sin embargo, al establecerla como único remedio en la unión impropia, se ocasiona lo que se buscaba evitar: una situación de injusticia. Nuestra legislación pone a disposición de la abandonada en la unión propia una pluralidad de herramientas, mientras que a la impropia se la priva de esto. Con esto no queremos decir que deba existir una equiparación plena, sino que no se justifica que se mantenga la diferenciación de tutela en el fenecimiento. A continuación, justificaremos una sola tutela para ambas.

5.1. Protección a la familia

Como se mencionó en la primera parte del presente trabajo, el principio de protección a la familia era lo que justificaba el tratamiento diferenciado entre matrimonio y unión de hecho; actualmente, esta diferenciación pasó a la unión propia e impropia. Varsi (2011), señala que es un principio que tiene por finalidad velar por el respeto, seguridad, protección y todo lo que resulte favorable a la familia, sin importar el origen, condición, ni calidad de sus integrantes.

Al entender a la familia en términos modernos tenemos que la unión impropia califica como tal, por lo que, el trato diferenciado tiene que estar justificado, es en este escenario en el que cumple un rol importante el principio de igualdad.

5.1.1. Principio de igualdad

Los principios del derecho son herramientas que permiten al legislador y al órgano jurisdiccional orientarse en su labor, debido a que no se puede contemplar en la norma todas las situaciones hipotéticas que se pueden presentar en la realidad.

Tal es la importancia del principio de igualdad que se encuentra consagrado a nivel constitucional. Para Gutiérrez y Sosa (2015), se trata de una dualidad: por un lado es un principio constitucional, siendo deber del Estado garantizarla y, por otro lado, un derecho fundamental, lo que se traduce en una facultad del sujeto de derecho. Esta facultad se refiere a que un sujeto de derecho no debe verse discriminado, es decir, el trato que recibe debe ser igual a la de otro sujeto que se encuentra en la misma situación, sin embargo, de tratarse de circunstancias disimiles corresponderá el tratamiento diferenciado solo si se encuentra justificado objetivamente y el razonable.

Para evaluar si se mantiene vigente el respeto al principio-derecho de igualdad en el tratamiento que reciben los miembros de una unión de hecho propia respecto de la impropia, se debe realizar el “test de igualdad” (Gutiérrez y Sosa, 2015), que es una herramienta que permite determinar si el contenido de una norma infringe el derecho en cuestión, para ello se realizan los siguientes pasos:

a. Determinación del tratamiento diferenciado

Se debe identificar el tratamiento diferenciado a través de una comparación. Al evaluar ambas uniones de hecho (propia e impropia) encontramos que el tratamiento es distinto, contando una de ellas con más herramientas de tutela que la otra. Sin embargo, ambas pueden ser consideradas “familia” y el fenecimiento de ellas no es otra cosa que la disolución de esa comunidad.

b. Determinación de la intensidad

En esta fase se mide la intensidad de afectación del derecho, que puede ser grave, media o leve. Si se toma en cuenta que se está sacrificando la buena fe (unión impropia) debido a que no cumple determinados requisitos y que en otras situaciones se otorga preferencia al sujeto que actúa conforme a ella, podemos considerar que existe un grado de afectación grave.

c. Determinación de la finalidad del tratamiento diferente

Si lo que se buscaba era desincentivar la formación de la unión impropia, la realidad demuestra que esto no ha funcionado.

d. Examen de proporcionalidad.

Esta fase cuenta a su vez con un sub-examen de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad propiamente dicha. A través de él se busca analizar si el sacrificio se encuentra justificado por la optimización de la finalidad constitucional subyacente a la norma.

5.1.2. Examen de proporcionalidad

Como se mencionó en el párrafo anterior, a través del examen de proporcionalidad, también llamado principio de proporcionalidad, se analiza si el tratamiento se encuentra justificado, es decir, el sacrificio que se realiza en favor de otro principio no debe ser excesivo, sino el mínimo indispensable (Martínez, 2007).

La intervención en el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad debe ser mínima, de tal manera que no obstaculice la tutela a la familia. Este principio se divide a su vez en tres sub principios, los cuales son: a) adecuación o idoneidad; b) necesidad; y c) proporcionalidad en sentido estricto. Para determinar si la medida adoptada por el legislador se encuentra justificada, debe pasar por las tres, en el orden mencionado.

- El sub principio de adecuación o idoneidad

En este principio se impone una doble exigencia, Martínez (2007) nos dice: “a) que el fin perseguido con la medida que restringe o limita el derecho sea constitucionalmente legítimo y b) que la medida sea adecuada o idónea para la obtención o consecución de tal fin” (Pág. 240).

Con respecto a la finalidad constitucionalmente legítima, encontramos que se busca proteger a la familia frente al desamparo que pueden sufrir los miembros producto del abandono, en consecuencia, está legitimado. Sin embargo, en cuanto a la medida adecuada o idónea, que se manifiesta en el tratamiento diferenciado a las uniones (propia e impropia), consideramos que no se justifica, porque sustancialmente se trata de lo mismo, una “familia”.

- El sub principio de necesidad

Vamos a ponernos en el supuesto de que la medida adoptada por el legislador (tratamiento diferenciado) es la adecuada, en consecuencia, que pasó el primer examen. Sobre el segundo examen, Martínez (2007) manifiesta que se debe comprobar que el sacrificio es necesario, no existiendo otra alternativa menos gravosa y con al menos el mismo grado de idoneidad para alcanzar el fin buscado.

Tomando en cuenta lo señalado en el párrafo precedente, tenemos que el sacrificio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, que implica crear una carga sustentada en el subjetivismo (el daño moral en la unión propia), y el de no considerar la buena fe (unión impropia) no es necesario si se otorga una sola tutela objetiva para ambas, sin hacer distinciones; de esta manera, tenemos una alternativa menos gravosa e igualmente idónea para la protección de los intereses de la familia.

- El sub principio de proporcionalidad en sentido estricto

Para continuar con el análisis consideraremos que se pasó el segundo examen. Con respecto al último de ellos, se trata de cumplir la regla de proporcionalidad, es decir, se debe valorar si el beneficio es mayor al costo (Martínez, 2007).

No consideramos que exista un beneficio como tal cuando se otorga una tutela diferenciada, este tratamiento parte de la consagración a nivel constitucional de la unión de hecho propia y el reproche moral que suscita la impropia, no obstante, si se considera lo establecido en los instrumentos internacional respecto al derecho a fundar una familia y de la concepción amplia de ella, la unión impropia amerita al menos en el fenecimiento un tratamiento igualitario.

Como se pudo evidenciar, el tratamiento que otorga el Código Civil vigente a estas uniones no supera el “test de igualdad” ni el de “proporcionalidad o ponderación”. Nuestro Tribunal Constitucional ha sustentado en reiteradas ocasiones que el trato disímil debe basarse en razones objetivas y justificadas; así pues, el derecho a la igualdad no genera la obligación, en todos los casos, de otorgar un tratamiento igualitario, sino que se debe tener en cuenta las diferencias latentes. Excluyendo todo tipo de carga subjetivista que solo da cabida a tratamientos arbitrarios (Expediente N°1399-2001-AA/TC).

Por otra parte, en lo que respecta a la ponderación de derechos en materia familiar y constitucional, el Tribunal Constitucional señaló que no se justifica pretender la conservación del matrimonio a costa del sacrificio de otros derechos constitucionalmente protegidos, toda vez que estos resultan ser de mayor valor

(Expediente N° 018-96-I/TC), en consecuencia, tomando en cuenta lo señalado, podemos decir que es de aplicación al tratamiento diferenciado contemplado en el 326 del C.C.; así pues, que en nombre de la protección a la familia y al conviviente abandonado se otorgue una tutela diferenciada en la que se pretende sacrificar el derecho al libre desarrollo de la personalidad frente a las expectativas frustradas (el daño moral en la unión propia) y la buena fe (el abandonado en la unión impropia) es un exceso injustificado, porque adquiere el carácter de sanción por haber finalizado de manera unilateral la unión, resultando que en la primera se sanciona al abandonante, mientras que en la segunda, a la abandonada.

5.1.3. El interés familiar

El interés familiar viene a ser muchas veces el límite que deben respetar los miembros en su modo de actuar, tiene como objetivo la subsistencia y desarrollo de la familia como comunidad, por ejemplo, no se puede realizar la disposición de bienes sociales de manera unilateral, ni se puede renunciar a una herencia sin el consentimiento de la pareja. Si tomamos en cuenta que muchas veces el autor del fenecimiento unilateral cumple con sus obligaciones familiares, el interés familiar se mantiene casi intacto.

El formar una familia no quiere decir que la autonomía de la voluntad de los integrantes desaparezca, es decir, que el individualismo se diluya en la comunidad (familia), sino que está latente, es el rol del Estado lograr una armonía en esta relación. Bessone, Alpa y Ferrando (1986) resaltan la función promotora del Estado en el desarrollo de la personalidad de los miembros individualmente considerados, es decir, la familia como comunidad no tiene que ser preferida en

todo, sino en la medida que se logre armonía con el individualismo de sus miembros.

Por otro lado, tomando en cuenta que el C.C. de 1984 se inspiró en la Constitución del 79, en la que se hacía referencia a los requisitos de la unión, se entiende el trato diferenciado para la unión impropia, sin embargo, dado que el Código mencionado tuvo que ser interpretado a la luz de la actual constitución, que fue influenciado a su vez por el “protocolo de San Salvador”, pierde peso el trato disímil. El mismo principio de interpretación dinámica de los derechos humanos que se empleó en la desvinculación del matrimonio con la familia, se emplea para considerar a la unión impropia como tal, caso contrario, se estaría restringiendo un derecho en razón de un reproche moral.

5.2. El conviviente perjudicado

El argumento del despojo del que era víctima la mujer y los hijos pierde fuerza actualmente, porque ahora se aplican las normas en materia de sociedad de gananciales (unión propia). Además, los hijos cuentan con tutela que emerge de su condición de tal, teniendo a su disposición normas en materia de filiación y sucesión sin importar si se dan en una unión propia o impropia.

El abandonante no puede sustraerse de sus responsabilidades, por lo que, el foco de atención se reduce a la pareja. No es necesario indagar en las causas del abandono para equilibrar las situaciones patrimoniales, lo contrario constituye un exceso que debilita las relaciones familiares que quedan (padre-hijo), por lo que, debe ser excepcional y no la regla general, en consecuencia, la tutela a otorgar debe ser objetiva, además, como referente de una valoración de esta naturaleza tenemos el divorcio-remedio.

De esta manera evitamos que el resarcimiento (unión propia), a través de la alegación del daño moral, sea empleado como instrumento de represalia debido a la enorme carga de subjetividad y la ausencia de parámetros. En ese sentido, Koteich (2008), expresa que es necesario un criterio de selección para el otorgamiento del resarcimiento, caso contrario, se dependería de la psiques del individuo.

Con el resarcimiento del daño moral se está castigando al abandonante por disolver la comunidad, es decir, se pretende de manera indirecta que esta sea indisoluble. A diferencia del daño patrimonial en el que es más fácil de comprobar debido a las repercusiones económicas en el patrimonio del afectado, en el daño moral es necesario que se trate de un interés inviolable (Koteich, 2008).

Con esto no queremos decir que no existan daños resarcibles en la unión propia, sino que el abandono no es determinante, los daños pueden tener otra fuente, como la disposición unilateral de los bienes a sabiendas que pertenece a ambos. De esta manera, si tomamos en cuenta que en la unión impropia ya existe un análisis objetivo, se hace posible otorgar una misma tutela sin hacer distinción entre conviviente propio o impropio.

5.3. La tutela numerus apertus

Con el enriquecimiento sin causa se logra coherencia en cuanto a la valoración objetiva para ambas uniones y permite una tutela abierta gracias a la subsidiariedad que la caracteriza. Con la alternativa que proponemos al quitar estos limitadores y establecer coherentemente los remedios, se genera el siguiente escenario:

La abandonada de la unión propia o impropia podrá pretender resarcimiento, sin embargo, como esto se debe al ejercicio regular de un derecho no prosperará, en el caso de mala fe en la impropia tampoco por cuanto no hay resarcimiento por hecho propio ni por hecho determinante de la víctima; no obstante, el juez, en aplicación del art. VII del TP del Código Procesal Civil, podrá otorgar indemnización, de existir habilitación legal para ello, y de no ser posible, corresponderá enriquecimiento sin causa, en el escenario que no haya otros remedios como el mejor derecho de propiedad en el caso de la unión impropia, acorde con la ley de COFOPRI; de esta manera, el perjudicado tendrá mayores herramientas para resguardar sus derechos.

Nuestra posición obtiene respaldo en la jurisprudencia cuando se señala que un mismo hecho puede ser generador de enriquecimiento sin causa o responsabilidad extracontractual (Casación 3955-2001, Piura). Con una tutela objetiva y abierta se evita un trato diferenciado que no se encuentra justificado, no será necesario buscar culpables ni sacrificar derechos fundamentales como el del libre desarrollo de la personalidad, y se protegerá la buena fe.

CONCLUSIONES

Los remedios contemplados en el artículo 326 no son adecuados ni se encuentra justificado el trato diferenciado a las dos tipos de uniones (propia e impropia), por las siguientes razones:

1. La norma no establece lo que debemos entender por indemnización para el abandono en la unión propia. A nivel jurisprudencial se la considera como resarcimiento, sin embargo, el abandonante al dar por finalizada la unión no hace otra cosa que ejercer su derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo tanto, está eximido de resarcir.

A nivel doctrinario se hace la distinción entre indemnización y resarcimiento, incluso fue recogida por el III Pleno Casatorio Civil, que trata sobre la naturaleza de la indemnización a favor del cónyuge perjudicado con la separación de hecho en el matrimonio. Así pues, la indemnización se diferencia en la medida que basta con la habilitación legal y el principio de equidad para otorgar una determinada cantidad de dinero a favor del afectado.

Al optar por el resarcimiento se obliga a la búsqueda de culpables, jugando un papel importante el daño moral y la carga de subjetividad que conlleva. Se sanciona a un sujeto por ejercer el derecho al libre desarrollo de la personalidad, olvidándose que la familia es también un lugar de realización del individuo y que resulta válido finalizarlo si no se alcanza ello; así pues, el sujeto que finalizó la unión verá dificultado su desarrollo personal, porque aún mantiene obligaciones familiares (alimentos) a las

que se sumará el otorgar resarcimiento por el daño moral, que muchas veces tiene como único sustento el haber dado fin a la comunidad, como si esta fuera inquebrantable, adquiriendo la calidad de una sanción, incluso de revanchismo; además, agrava las relaciones que quedan (padre-hijos). El remedio más adecuado para esta unión es la indemnización en sentido estricto debido a que no es necesario un análisis subjetivo, sino uno objetivo, bastando evaluar la situación patrimonial de ambos.

2. En cuanto a la unión impropia, es contradictorio que no se ampare al miembro que actúa de buena fe ya que en muchas ocasiones se prefiere a éste, por ejemplo cuando se trata del derecho de propiedad. Además, tomando en cuenta que el concepto actual de familia es uno amplio, podemos decir que esta unión puede ser considerada como una, por lo tanto, merecedora de los mismos principios que inspiran esa materia, como el de protección a la familia.

Por otro lado, al establecer el enriquecimiento sin causa como un supuesto de indemnización lo desnaturaliza, debido a que tiene elementos propios que hacen posible considerarlo autónomo. Esta situación se refleja en la jurisprudencia, donde por un lado se la confunde con resarcimiento, mientras que por el otro, no se toma cuenta los elementos que lo caracterizan (empobrecimiento, enriquecimiento, relación de causa y efecto, la ausencia de justa causa y la subsidiariedad).

3. La inutilidad de los remedios establecidos y las contradicciones que generan se superan cuando se otorga una sola tutela para ambas (propia e impropia), una de carácter objetiva y amplia que se hace posible con el enriquecimiento sin causa, pero aprovechado debidamente, es decir, tomando en cuanto su carácter subsidiario. Con esto no queremos decir que no existan daños resarcibles, sino que no basta el hecho del fenecimiento ni el daño moral, el daño puede tener origen en otras fuentes como la disposición unilateral de los bienes.

Con la tutela que se propone el escenario será el siguiente: La abandonada de la unión propia o impropia podrá pretender resarcimiento por la disposición unilateral de los bienes, sin embargo, si lo hace por el solo hecho del fenecimiento, como esto se debe al ejercicio regular de un derecho, no prosperará, en el caso de mala fe en la impropia tampoco por cuanto no hay resarcimiento por hecho propio ni por hecho determinante de la víctima; no obstante, el juez, en aplicación del art. VII del TP del Código Procesal Civil, podrá otorgar indemnización, de existir habilitación legal para ello, y de no ser posible, corresponderá enriquecimiento sin causa, en el escenario que no haya otros remedios como el mejor derecho de propiedad en el caso de la unión impropia, acorde con la ley de COFOPRI; de esta manera, el perjudicado tendrá mayores herramientas para resguardar sus derechos sin tener que buscar culpables.

4. Nuestra posición se ve reforzada por el hecho de que el tratamiento diferenciado no respeta el principio de igualdad, cuyo examen se realiza

a través del “test de igualdad”, en concreto, la aplicación del “principio de razonabilidad o ponderación”, que forma parte del test en cuestión, a los derechos y principios involucrados: el principio de protección a la familia, el derecho a fundar una familia y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Una vez determinado el tratamiento diferenciado, en el cual se otorga una tutela distinta a la abandonada en la impropia en comparación a la propia; la intensidad de la afectación, se sacrifica la buena fe (unión impropia) y lesiona el derecho al libre desarrollo de la personalidad (unión propia); la finalidad del tratamiento disímil, no se logra desincentivar la formación de la unión impropia; resta el examen de ponderación (principio de proporcionalidad), a través del cual establecemos lo siguiente:

- a. No se supera el sub principio de idoneidad, si bien la finalidad constitucional resulta legítima por cuanto se busca proteger a la familia frente al abandono, la medida, el tratamiento diferenciado, no es la idónea, porque nos encontramos ante la misma situación: el fenecimiento de una comunidad de manera unilateral;
- b. Tampoco aprueba el sub principio de necesidad, porque a través de una tutela objetiva se obtiene una alternativa menos gravosa e igualmente idónea para la protección de la familia; y
- c. No es conforme al sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, porque no se identifica beneficio de tal envergadura que

justifique el coste del tratamiento diferenciado: afectación al derecho al libre desarrollo de la personalidad y el sacrificio de la buena fe.

5. Finalmente, no se debe olvidar que el ordenamiento jurídico y las instituciones en ella, deben estar acordes con la mutabilidad de la realidad, es así que, no se puede alegar el desamparo a la familia debido a que los miembros restantes (hijos) tiene a su disposición una tutela que emerge de su propia condición (sucesión, alimentos, etc.), por lo que, el foco de atención se reduce a la pareja. Con una tutela objetiva y amplia se logra armonía entre los remedios, se respeta el principio de igualdad y se evita mantener un tratamiento disímil en base a concepciones morales de hace 30 años.

RECOMENDACIONES

Con la finalidad de establecer coherentemente los remedios y evitar un tratamiento diferenciado que no se justifica por los derechos involucrados, recomendamos la modificación del artículo 326 del Código civil respecto a la tutela en el fenecimiento de la unión de hecho por abandono sin hacer distinción entre unión de hecho propia o impropia, de esta manera, con una sola tutela de naturaleza objetiva, a través del enriquecimiento sin causa, se permite a los afectados un mayor ámbito de protección, debido al carácter subsidiario del remedio mencionado.

FUENTES DE INFORMACION

Fuentes bibliográficas

Arias-Schreiber, M. (1997). *Exegesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo VII*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Aguilar, B. (2014). *Derecho de Familia*. Lima, Perú: Ediciones Legales.

Ambrosio, C. y Capitant, H. (1943). *Curso elemental de Derecho Civil. Tomo tercero*. Madrid, España: Instituto Editorial REUS.

Álvarez, J. (2000). *Curso de Derecho de Obligaciones. Vol. I, Teoría General de la Obligación*. Madrid, España: Civitas Ediciones.

Álvarez, J. (1993). *El enriquecimiento sin causa*. Granada, España: Editorial COMARES.

Alpa, G. (2006). *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil*. Lima, Perú: El jurista editores.

Alfaro, L. (2011). *La indemnización en la separación de hecho*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Borda, G. (1984). *Tratado de Derecho Civil. Familia I, Séptima edición*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Perrot.

Borda, J., Mosset, J. y otros (2015). *Derecho Civil Extrapatrimonial y Responsabilidad Civil. Primera edición*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Borda, G. (1983). *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones II. Quinta edición actualizada y ampliada*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Perrot.

Borda, A. (1984). *Tratado de Derecho Civil. Familia II, Séptima edición*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Perrot.

Borda, G. (1987). *Tratado de Derecho Civil. Parte General I. Novena Edición*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Perrot.

Borda, G. (1987) *Tratado de Derecho Civil. Parte General II. Novena Edición*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Perrot.

Bessone, M., Alpa, G., D'angelo, A., y Ferrando, G. (1986). *La familia nel nuovo diritto, Dai principi della Costituzione alle riforme del Codice civile. 3ra Edición*. Bologna, Italia: Zanichelli.

Cornejo, H. (1988). *Derecho familiar peruano. 7ma Edición. Tomo I*. Lima, Perú: Librería Studium.

Cornejo, M. (2000). *Matrimonio y familia: su tratamiento en el derecho*. Lima, Perú. Editorial: Tercer Milenio.

Corral, H. (2005). *Derecho y derechos de la familia*. Lima, Perú: Grijley.

Calvo, C. (2005). *Daño resarcible*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi.

Carreón, J. (2012). *La indemnización del daño en los procesos de divorcio por separación de hecho*. En: Libro de Especialización en Derecho de Familia. Lima: Fondo editorial del Poder Judicial.

Chaname, R. (2011) *La Constitución comentada. Tomo I*. Lima, Perú: Editorial ADRUS.

Cornejo, H. (1985). *Exposición de motivos y comentarios del proyecto del Libro de Derecho de Familia de la Comisión Reformadora*. En, Código Civil. Exposición de motivos y comentarios. Tomo IV. Compiladora: Delia Revoredo de Debakey. Lima, Perú: Diagramación E.I.B.M.

Congreso Internacional sobre el nuevo Código Civil, Rio de Janeiro (2002).

Dutto, R. (2006). *Daños ocasionados en las relaciones de familia*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi.

Diez-Picazo, L. (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen segundo. Sexta edición*. Navarra, España: Editorial Aranzadi.

Diez-Picazo, L. y De León, P. (2000). *Derecho de daños*. Madrid, España: Civitas

De Trazegnies, F. (2001). *La responsabilidad Extracontractual. Séptima edición. Tomo I*. Lima, Perú: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

Diez-Picazo, L y Gullón, A. (2002). *Sistema de Derecho Civil. Volumen II. Novena Edición*. Madrid, España. Editorial: Tecnos.

Diez-Picazo, L. y Gullón, A. (1989). *Sistema de Derecho Civil. Vol. II. Sexta edición*. Madrid, España: Tecnos.

Diez-Picazo, L. y Gullón, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil. Volumen I. Duodécima Edición*. Madrid, España: Tecnos.

De Trazegnies, F. (2015). *Indemnización por daño moroso y culposo*. En Tratado de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual. Comentarios a las normas del Código Civil. Vol. II. Director SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. Lima: Instituto Pacífico.

Espinoza, J. (2015). *Introducción al derecho privado. Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil*. Lima, Perú: Instituto Pacífico.

Espinoza, J. (2007). *Derecho de la Responsabilidad Civil. Quinta edición*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Enneccerus, L. Kipp, T. y Wolff, M. (1966). *Tratado de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de Obligaciones. Segunda Parte*. Barcelona, España: Bosch.

Ferrero, R. (2004). *Curso de Derecho de Obligaciones. 3a. edición actualizada. 2a. reimpresión*. Lima, Perú: Grijley.

Fábrega, J. (1996). *El enriquecimiento sin causa. Tomo I*. Colombia: PLAZA & JANES.

Goldenberg, I. (1989). *La relación de la causalidad en la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

García, V. (2013). *Los Derechos Fundamentales*. Arequipa, Perú: Editorial ADRUS

Gutiérrez, W. y Sosa, J. (2015). *La constitución comentada. Tomo I. Tercera edición*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Josserand, L. (1950). *Derecho Civil. Tomo I. Vol. II. La Familia*. Buenos Aires, Argentina: BOSCH Y CIA – EDITORES.

Josserand, L. (1950). *Derecho Civil. Vol. 2, Tomo I*, Buenos Aires, Argentina: Jurídicas Europa América.

Lacruz, J., Sanchor, F. y Rivero, F. (1990). *Derecho de Familia. Tercera edición. Volumen primero*. Barcelona, España: JMB.

Lacruz, J., Sanchor, F. y Rivero, F. (1989). *Derecho de Familia. Tercera edición. Volumen 2°*. Barcelona, España: JMB.

Larenz, K. (1958). *Derecho de Obligaciones. Tomo I*. Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado.

Leysser L. (2007). *La Responsabilidad Civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas. 2da edición*. Lima, Perú: Juristas editores.

Leysser, L. (2011). *La indemnización en la separación de hecho. Análisis del formante jurisprudencial y doctrinal*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Méndez, M. y D'antonio, D. (1994). *Derecho de Familia. Tomo I*. Argentina: RUBINZAL – CULZONI EDITORES.

Mazeaud, H., Mazeaud, L. y Mazeaud, J. (1976). *Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera. Volumen I. Traducción de Luis Alcala-Zamora y Castillo*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Mazeaud, H., Mazeaud, L. y Mazeaud, J. (1960). *Lecciones de derecho civil. Parte Segunda. Volumen II. La responsabilidad civil. Los cuasi contratos*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Mazeaud, H., Mazeaud, L. y Tunc, A. (1962). *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Tomo primero. Volumen II*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Mazeaud, H., Mazeaud, L. y Tunc, A. (1977). *Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil delictual y contractual. Tomo Segundo. Volumen II*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Martínez, D. (2007). *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid, España: Marcial Pons.

Medina, G. (2001). *Uniones de hecho homosexuales*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores.

Medina, G. (2008). *Daños en el derecho de familia. Segunda edición actualizada*. Santa fe, Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores.

Navarro, I. y Veiga, A. (2013). *Derecho de daños*. Navarra, España: Civitas.

Núñez, W. (2012). *Acto Jurídico. Negocio Jurídico*. Lima, Perú: Ediciones Legales

Osterling, F. y Castillo, F. (2005). *Tratado de las obligaciones. Tercera Parte. Tomo IX*. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú Fondo Editorial.

Orgaz, A. (1952) *El daño resarcible*. Buenos aires, Argentina: Editorial Bibliográfica Argentina.

Peralta, R. (1993). *Derecho de Familia en el Código Civil. Primera edición*. Lima, Perú: Editorial Moreno.

Plácido, A. (2017). *Los regímenes patrimoniales del matrimonio y de las uniones estables: En la doctrina y la jurisprudencia*. Lima, Perú: Instituto Pacífico.

Puig J. (1997). *Compendio de derecho civil. Volumen II. Tercera edición*. Barcelona, España: BOSCH.

Puig, J. (1991). *Compendio de derecho civil. Volumen IV*. Barcelona, España: BOSCH.

Planiol, M. y Ripper, J. (1946). *Tratado Practico de Derecho Civil Francés. Traducción Española del Dr. Mario Díaz Cruz. Tomo sexto. Primera Parte.* La Habana: Cultural S.A.

Planiol, M. y Ripper, J. (1946). *Tratado Practico de Derecho Civil Francés. Traducción Española del Dr. Mario Díaz Cruz. Tomo Séptimo. Segunda Parte.* La Habana: Cultural S.A.

Pizarro, R. y Vallespinos, C. (2006). *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones. Tomo I. 2da Reimpresión.* Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi.

Puig, J. (1987). *Compendio de Derecho Civil. Volumen I.* Barcelona, España: BOSCH.

Pérez, A. (1991). *Los Derechos Fundamentales.* Madrid, España: TECNOS.

Peralta, J. (2008). *Derecho de Familia en el Código Civil.* Lima, Perú: IDEMSA.

Pazo, O. (2014). *Los Derechos Fundamentales y el Tribunal Constitucional.* Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Quispe, D. (2002). *El Nuevo Régimen Familiar Peruano.* Cuzco, Perú: Cultural Cuzco.

Rubio, M., Eguigurtten, F. y Bernales, E. (2013). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución.* Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontifica Universidad Católica del Perú.

Reglero F. (2002). *Tratado de responsabilidad civil. Tomo I.* Navarra, España: Editorial Aranzadi.

- Roppo, V. (2009). *El Contrato*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Rubio, M. (2009). *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Lima, Perú: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Revoredo, D. (2015). *Inexistencia de Responsabilidad. En Tratado de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual. Vol. II*. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto director. Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- Spota, A. (1994). *Instituciones de Derecho Civil. Contratos. Volumen I*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones de PALMA.
- Soto, C. (2015). *Tratado de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual. Vol. I*. Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- Sesta, M. (2003). Ponencia presentada en el Congreso Internacional sobre o novo Código Civil, Rio de Janeiro, 4 a 6 de diciembre de 2002. El ensayo está destinado a los estudiantes en memoria de ANGELO BONSIGNORI. Lima, Perú: Editorial Cordillera S.A.C.
- Torres, M. (2016). *La Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Torres, A. (2012). *Código Civil. Tomo II. Séptima edición*. Lima, Perú: IDEMSA.
- Taboada, L. (2013). *Elementos de la Responsabilidad Civil. 3ra edición*. Lima, Perú: Grijley.
- Von Thur, A. (1934). *Tratado de las Obligaciones. Tomo I. Primera Edición*. Madrid, España: Editorial REUS S.A.

Varsi, E. (2012). *Tratado de Derecho de Familia. Tomo III*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Varsi, E. (2011). *Tratado Derecho de Familia. La nueva teoría institucional y jurídica de la familia. Tomo I*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Varsi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia. Matrimonio y uniones estables. Tomo II*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Zannoni, E. (2002). *Derecho civil. Derecho de Familia. Tomo I. 4ta Edición actualizada y ampliada*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

Fuentes hemerográficas

Barrientos, M. (2008). Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del pretium doloris. *Revista Chilena de Derecho*. 35 (1), 85-106.

IÑIGO, D. B. (2001). Daños y perjuicios entre convivientes con motivo de la ruptura de la unión. *Revista Jurídica*. 4, pp. 30-38.

Bustamante, E. y Fernández, C. (2000). La Unión de Hecho en el Código Civil Peruano de 1984: Análisis de su conceptualización jurídica desde la perspectiva exegética y jurisprudencial. *Revista Derecho & Sociedad*. 15, 221-239.

Carrasco, A. (1994). A la sombra de la torre de babel. A propósito de recientes reflexiones jurídicas sobre la familia. *Revista Chilena de Derecho*. 21 (2), 371-379.

Campos, H. (2016). Breves y ulteriores precisiones respecto de los actos lícitos dañosos en el ordenamiento jurídico peruano: análisis de algunos supuestos concretos. *IUS ET VERITAS*. 52, 148-159.

Dari-Mattiacci, G y Parisi, F. (2015). Reglas de responsabilidad: una taxonomía económica. *IUS ET VERITAS*. 50, 48-71.

De Trazegnies, F. (2005). La responsabilidad extracontractual en la historia del derecho peruano. *THEMIS*. 50, 207-216.

Fernández, G. (2015). Tutela y remedios: La indemnización entre la tutela resarcitoria y el enriquecimiento sin causa. *IUS ET VERITAS*. 385-404.

Fernández, G. (2005). De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿El mito de Sísifo? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el Derecho Continental y en el Código Civil peruano). *THEMIS*. 50, 237-272.

Gavidia, J. (1998). La libertad de elección entre el matrimonio y la unión libre. *Derecho privado y Constitución*. 12, 69-90.

Jiménez, R. (2005) Los daños inmateriales: una aproximación a su problemática. *THEMIS*. 50, 273-282.

Koteich, M. (2008). La dispersión del daño extrapatrimonial en Italia. Daño biológico vs daño existencial. 2008. *Revista de Derecho Privado*. 15, 145-162.

Linares, D. (2017). ¿El dinero cura todas las heridas? Me parece que no, reflexiones sobre el daño moral. *THEMIS*. 71, 257-271.

Linares, D. (2012). Buscándole cinco patas al gato, el laberinto de la cuantificación del daño moral con una mirada desde la óptica procesal. *Derecho y Sociedad*. 38, 76-87.

Leysser, L. (2007). 30,000 Dólares por daños morales en un divorcio. De cómo el daño al proyecto de vida continúa inflando peligrosamente los resarcimientos. *Dialogo con la jurisprudencia*. 104, 77-87.

Muñoz, A. (2017). Abuso del derecho y ponderación de derechos. *DOXA*. 41, 35-48.

Molina de Juan, M. (2014). Las compensaciones económicas luego de extinguido el vínculo matrimonial o la unión convivencial en el nuevo código y comercial argentino. *LUMEN*. 63-69.

Molina de Juan, M. (2019) Las uniones convivenciales en el Derecho Argentino. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. 11, 200-223.

Martin-Casals, M. (2013). El derecho a la convivencia anómica en pareja: ¿Un nuevo derecho fundamental? *InDret*. 3, 1-43.

Moisset de Espanes, L. (1979). Notas sobre el enriquecimiento sin causa. *Doctrina Judicial*. 10, p.1-21.

Pérez, A. (1985). El daño moral. *Boletín de Derecho mexicano comparado*. 53, 625-638.

Peñailillo, D. (1996). El enriquecimiento sin causa. Principio de derecho y fuentes de obligaciones. *Revista de derecho*. 200, pp.6-40.

Parejo, A. (2014). El derecho a una compensación económica tras la ruptura de la unión no matrimonial. *Revista de Derecho Civil*, 1 (2), 113-147.

Plácido A. (2013) El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993. *THEMIS*. 71, 1-26.

Rodota, S. (2005). Modelos y funciones de la responsabilidad civil. *THEMIS*. 50, 199-206.

Serrano, M. (2019). Uniones de hecho: Estudio de derecho comparado entre España y Uruguay. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*.153, 319-352.

Sirena, P. (2003). La acción general de enriquecimiento sin causa: Situación actual y perspectivas futuras. *Derecho & Sociedad*. 20, 233-250.

Torres, M. (2015). ¿Amores en crisis o crisis en el amor? La tutela al conviviente perjudicado tras la ruptura de la unión de hecho. *Revista Actualidad Civil*. 14, 84-107.

Zuta, E. (2018). La unión de hecho en el Perú, los derechos de sus integrantes y desafíos pendientes. *IUS ET VERITAS*. 56, 186-198.

Fuente jurisprudencial

Corte Suprema (1999). Casación 2623-98, Jaén.

Corte Suprema (2014). Casación 3387-2013, Apurímac.

Corte Suprema (2002). Casación 3955-2001, Piura.

Corte Suprema (2005). Casación 215-2005, Lima.

Corte Suprema (2008). Casación 4759-2007, La Libertad.

Corte Suprema (2010). Casación 3409-2009, Cusco.

Corte Suprema (1996). Casación 153-96, Loreto.

Corte Suprema (1996). Casación 05-95, ICA.

Corte Suprema (2003). Casación 3486-2002, Cajamarca.

Corte Suprema (2012). Casación 2683-2011, La Libertad.

Corte Suprema (2013). Casación 4687-2011, Lima.

Corte Suprema (1997). Casación 315-96, Junín.

Corte Suprema (2016). Casación 149-2016, La Libertad.

Corte Suprema (2010). Casación 4479-2010, Lima.

Corte Suprema (2013). Casación 1-2013, La Libertad.

Corte Suprema (2002). Casación 3990-2001, Cusco.

Corte Suprema (2001). Casación 3854-01, La Libertad.

Corte Suprema (2010). Casación 4664-2010, Puno

Corte Superior de Justicia de Lima (1999). Expediente 1308-98-11-JC.

Tribunal Constitucional (2001). Expediente 1399-2001-AA/TC

Tribunal Constitucional (2004). Expediente 2868-2004-AA/TC.

Tribunal Constitucional (2006). Expediente 09332-2006-PA/TC.

Tribunal Constitucional (2006). Expediente 06572-2006-PA/TC

Tribunal Constitucional (1997). Expediente 018-96-I/TC.

Pleno Jurisdiccional Distrital de Familia (2013). Lima. Acuerdo N° I: Uniones de hecho simultáneas o paralelas.

Pleno Jurisdiccional Distrital Constitucional, Civil y Familia, Apurímac (2009).

Tema N°3: ¿Es posible amparar una unión de hecho de una persona casada (varón) con una persona soltera, cuya esposa fallece durante la convivencia y posterior a ella continua conviviendo?

Tesis

García, A. (1945). *Daño moral*. (Tesis de doctorado). Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima.

Monroy, R. (2015) *La resurrección de la tutela resarcitoria en la ley de productividad y competitividad laboral. Resarcido de daños a la institución de la responsabilidad civil a través de la diferenciación de remedios*. (Tesis para optar al título de abogado). Universidad de San Martín de Porres, Lima.

Fuentes legales

Asamblea Constituyente (1979). Constitución Política del Perú.

Congreso Constituyente Democrático (1993). Constitución Política del Perú.

Congreso de la República del Perú (1936). Código Civil.

Congreso de la República del Perú (1984). Código Civil.

Congreso de la República del Perú (1936). Ley 8439.

Congreso de la República del Perú (1936). Ley 8569.

Congreso de la República del Perú (1961). Ley 13517, que declarada de necesidad y utilidad públicas e interés nacional la remodelación, saneamiento y legalización de los Barrios Marginales o BARRIADAS, existentes en las áreas urbanas y sub-urbanas del territorio nacional, de fecha 14 de febrero de 1961,

Congreso de la República del Perú (1969). Decreto ley 17716, Nueva Reforma Agraria.

Congreso de la República del Perú (1974). Decreto ley 29598, ley de empresas de propiedad social.

Presidencia de la República (1999). Decreto Supremo 013-99-MTC, que aprueba el Reglamento de Formalización de la propiedad a cargo de COFOPRI.

Congreso Nacional de Chile (2015). Ley 20830 - Del Acuerdo de Unión Civil.

Congreso de la Nación Argentina (2014). Código civil y Comercial de la Nación.

Parlamento Francés (1804). Código Civil Francés.

Asamblea Constituyente (1945). Constitución Política de Guatemala.

Asamblea Nacional Constituyente (1946). Constitución Política de Panamá.

Soberana Asamblea Nacional (1945) Constitución Política de Bolivia.

Asamblea General de las Naciones Unidas (1948). La Declaración Universal de los Derechos humanos.

Asamblea General de las Naciones Unidas (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Organización de los Estados Americanos (1976). Protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "protocolo de san salvador".

Fuentes electrónicas

Andreu, B. Unión de hecho y vivienda: soluciones en la jurisprudencia.

Recuperado de

http://www.fundacioncolnoruizfunes.com/ver_articulo.php?articulo=88.

Alvarado, K. (2015). El libre desarrollo de la personalidad. Análisis comparativo de su reconocimiento constitucional en Alemania y España. Recuperado de

<http://www.usat.edu.pe/files/revista/ius/2015-II/paper01.pdf>

Bernard, R. (1998). Uniones o matrimonios de hecho: Nuevos intentos legislativos. Recuperado de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=229731>

Bravo, J. (1998). Las donaciones y liberalidades en el impuesto a la renta. Recuperado de: http://www.ifaperu.org/uploads/articles/65_05_CT22_JABC.pdf

Badilla, A. (2008). El derecho a constitución y la protección de la familia en la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a22086.pdf>.

Cienfuegos, D. Responsabilidad civil por daño moral. Recuperado de: <http://www.usuaris.tinet.org/aduspyma/documentos/drecho%20civil/14.pdf>

García, M. (2006). Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2355943>.

Hernández, A. (2018). Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Recuperado de <https://www.jornada.com.mx/2018/01/19/politica/017a2pol>

Kemelmajer, A. (2014) La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/aida-kemelmajer-carlucci-autonomia-voluntad-derecho-familia-argentino-dacf140453-2014-07/123456789-0abc-defg3540-41fcanirtcod>.

Plácido, A. (2013). El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993. Recuperado de: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.004>

Plácido, A. (2008). El principio de protección a la familia. Recuperado de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/2008/03/26/el-principio-de-proteccion-de-la-familia/>

Ryszard, M. (2018). El contenido jurídico del concepto del libre desarrollo de la personalidad en los sistemas constitucionales alemán y español. Recuperado de: <https://doi.org/10.5944/rduned.23.2018.24038>

Ryszard, M. (2018). El contenido jurídico del concepto del libre desarrollo de la personalidad con referencia especial a los sistemas constitucionales alemán y español. Recuperado de <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/viewFile/24038/19072>.

Tello, F. (2014). Deducibilidad del gasto vinculado con los desembolsos incurridos como consecuencia de una transacción extrajudicial: ¿Estamos ante un verdadero acto de liberalidad? Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12554/131>

12.