

EL CAMINO DE LA CONSTITUCIONALIDAD: LAS BASES JURÍDICAS DE UN NUEVO RÉGIMEN PARA EL PATRIMONIO CONVIVENCIAL

ÁNGEL ARMANDO ALEJANDRO CHÁVEZ HUAMÁN*

Universidad de San Martín de Porres, Lima, Perú

Recibido: 26 de octubre del 2021 / Aceptado: 20 de febrero del 2022

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n055.6099>

RESUMEN. La constitucionalización del derecho civil ha conllevado un repensar de sus instituciones, incluidas las relativas al derecho de familia. La unión de hecho, gracias al modelo familiar de la Constitución de 1993, es reconocida como una fuente generadora de aquella. Pese a que se han concretado cambios normativos importantes —especialmente en sus efectos personales—, el régimen patrimonial de la unión de hecho ha sido un aspecto poco atendido por el legislador. Gracias a la vaguedad del artículo 326 del Código Civil, a los convivientes se les ha impedido optar por el régimen de separación de patrimonios, pues se considera que la sociedad de gananciales es el único régimen económico accesible para ellos. Esta injustificada imposición es contraria al mandato de protección de la familia y a las exigencias de un Estado constitucional. La presente investigación pretende demostrar que, con las normas vigentes (tanto civiles como constitucionales), se tiene la base jurídica suficiente para revertir dicha situación.

PALABRAS CLAVE: constitucionalización / familia / matrimonio / unión de hecho / régimen patrimonial

* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. Miembro del Centro de Estudios en Derecho Constitucional.

THE CONSTITUTIONAL PATH: THE LEGAL BASES OF A NEW REGIME FOR DE FACTO UNION HERITAGE

ABSTRACT. The constitutionalization of civil law has led to a rethinking of its institutions, including those related to family law. The de facto union, thanks to the family model of the 1993 Constitution, is recognized as a source that generates it. Despite the fact that important regulatory changes have been made —especially in their personal effects—, the patrimonial regime of the de facto union has been an aspect little attended to by the legislator. Thanks to the vagueness of article 326 of the Civil Code, the cohabitants have been prevented from opting for the regime of separation of assets, since it is considered that the community property is the only economic regime accessible to them. This unjustified imposition is contrary to the family protection mandate and the demands of a constitutional State. The present investigation aims to demonstrate that, with the current regulations (both civil and constitutional), there is sufficient legal basis to reverse said situation.

KEYWORDS: constitutionalization / family / marriage / de facto union / patrimonial regime

1. INTRODUCCIÓN

La convivencia de pareja antecede en el tiempo a las formalidades matrimoniales. Las primeras relaciones familiares fueron producto de la socialización humana, destacando por su informalidad y espontaneidad. Dicho de otro modo, la convivencia concubinaria es tan antigua como la familia y la humanidad misma.

De manera contradictoria, en los sectores más conservadores de las sociedades modernas se la ha percibido como una práctica inmoral y reproachable, contraria a sus más estrictos parámetros éticos. Aunque se ha ido desvaneciendo poco a poco, esta percepción se niega a desaparecer por completo, quizá al encontrar arraigo en la idealización de la familia matrimonial.

Pese a ello, se logró su reconocimiento jurídico. En el derecho peruano tuvo su primer reflejo a nivel constitucional en la Constitución de 1979. No obstante, aún se encontraba lejos de ser considerada como una fuente generadora de familia; el constituyente se limitó a otorgarle efectos patrimoniales. Este diseño fue el que el legislador de 1984 plasmó originalmente en el Decreto Legislativo 295 (en adelante, Código Civil o, simplemente, el código).

El gran paso se dio con la Constitución de 1993. Interpretando el artículo 4 de su texto, el Tribunal Constitucional reconoció que las familias pueden encontrar su origen en fuentes distintas al matrimonio, las cuales incluyen a la unión de hecho. Desde ese momento, empezó un arduo camino por adaptar esta institución a los nuevos parámetros de constitucionalidad.

Aunque se han concretado diversos cambios normativos sustanciales en cuanto a sus efectos personales, la vida patrimonial de las uniones *more uxorio* ha sido de poca atención para el legislador. Ante ello, se mantiene un interesante debate respecto al acceso de los convivientes al régimen de patrimonios separados.

A la luz de las normas vigentes, ¿las parejas de hecho pueden sustituir su régimen patrimonial? Es objetivo de esta investigación demostrar que el ordenamiento peruano cuenta con la base jurídica suficiente para ello.

2. CONSTITUCIONALIZACIÓN Y DERECHO CIVIL

En el mundo actual, no se puede estudiar una institución jurídica sin tener en cuenta que los ordenamientos legales se ubican dentro de un marco jurídico mayor: el marco constitucional. La conversión del Estado de derecho en Estado constitucional conlleva un proceso en el que el principio de legalidad se ve subordinado al principio de constitucionalidad (García Toma, 2010). Atrás quedó el tiempo en el que la ley era la medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho; le cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición (Zagrebelsky, 2016).

Como consecuencia de este nuevo paradigma, todo el derecho va a pasar por un proceso denominado “constitucionalización”.

No es propósito de esta investigación ensayar una definición propia y completa de todo lo que supone este fenómeno; tal pretensión la desviaría de sus finalidades. Sin perjuicio de ello, concordamos con Mantilla Espinosa (2007) cuando sostiene que, principalmente, la constitucionalización del derecho abarca tres aspectos:

- La implementación de un control de constitucionalidad sobre las leyes (sea por vía directa o incidental).
- La interpretación de las normas conforme a la Constitución, la cual condicionará tanto al juez como al legislador.
- La incorporación de procesos jurisdiccionales en que se pueda reclamar la protección inmediata de los derechos fundamentales ante vulneraciones o amenazas.

Para los fines de este estudio, tomaremos en cuenta lo segundo: a una misma disposición normativa se le puede aplicar una variedad de métodos y criterios de interpretación; de ello resultará, evidentemente, una variedad de resultados o productos interpretativos. Frente a esta situación, el operador jurídico (intérprete) tendrá que optar por el que vaya más acorde con las normas, los principios y los valores del texto constitucional.

Por supuesto, las normas del Código Civil no han sido ajenas a tal exigencia. La primigenia validez constitucional de este dispositivo no lo vuelve inmune a la fuerza de irradiación de la Constitución de 1993. Tanto el juez como el legislador tienen la tarea de adaptar sus normas a la luz del vigente texto constitucional.

El Tribunal Constitucional y su jurisprudencia han jugado un papel sumamente importante —aunque vacilante— en esta compleja misión. A manera de ejemplo, tenemos el reconocimiento de las personas jurídicas como titulares de derechos fundamentales (STC 04972-2006-PA/TC), el reconocimiento de la función social del derecho a la propiedad (STC 0048-2004-PI/TC), el reconocimiento de la herencia como garantía institucional (STC 03347-2009-PHC/TC) y el reconocimiento del derecho fundamental implícito a tener una familia y no ser apartado o removido de ella (STC 01817-2009-PHC/TC).

2.1 El modelo constitucional peruano de la familia

En la Constitución de 1979 existía identidad entre familia y matrimonio, y esta era la única fuente generadora de aquella¹. A *contrario sensu*, con la Constitución de 1993

1 “Artículo 5. El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación”.

la familia puede originarse tanto en el matrimonio como en la unión concubinaria. Se ha llegado a considerar, incluso, que estamos ante una “desinstitucionalización del matrimonio” (Plácido, 2013, p. 69).

El modelo constitucional de la familia ya no se reduce a la familia matrimonial; por el contrario, abarca otras formas que se apartan del modelo tradicional. Sobre esto, en la STC 09332-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional expresó que

desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas. (fundamento 7)

En ese sentido, el mandato de protección a la familia incluye, en realidad, a varios tipos de familias, aquellas que encuentran diversidad tanto en su composición (nucleares, extensas o reconstituidas) como en su fuente u origen (matrimoniales o concubinarias). Tan es así que una parte de la doctrina considera más apropiado hablar de un “derecho de las familias” como disciplina jurídica.

3. LAS UNIONES DE HECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

3.1 El concubinato y sus presupuestos

El reconocimiento jurídico de las uniones de hecho sigue un criterio cerrado respecto a cuáles son las que merecen obtenerlo. El quinto artículo de la Constitución Política de 1993 expresa lo siguiente: “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”.

Por su lado, el primer párrafo del artículo 326 del Código Civil establece que

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

Se colige, a partir de ambas normas, que no cualquier relación convivencial es susceptible de ser reconocida como fuente de familia, sino solo aquella que cumpla con determinados presupuestos².

En primer lugar, la convivencia debe realizarse entre un hombre y una mujer, es decir, se dejan de lado tanto las uniones homosexuales como las prácticas polígamas. En segundo lugar, ambos convivientes deben tener plena aptitud matrimonial y no pueden incurrir en ninguno de los tipos de impedimento regulados por el propio código. En tercer lugar, la unión entre hombre y mujer debe suponer una vida de pareja, aquella que conlleva un conjunto de conductas afectivas propias del ideal de vida conyugal. En cuarto lugar, la relación debe ser pública y notoria, es decir, que existan terceros que puedan dar fe de ella. Por último, como quinto presupuesto, se exige que la vida de pareja sea estable, no esporádica, para lo que se ha fijado un mínimo de dos años ininterrumpidos de previa duración.

3.2 Efectos personales: modificaciones legislativas en busca de la constitucionalidad

Tal como se mencionó con anterioridad, el artículo 326 del código se redactó a imagen y semejanza de la Constitución de 1979. Por este motivo, su texto original solo le consideraba efectos patrimoniales.

Con el paso del tiempo, tal situación ha sido modificada. Luego de que en el 2008 el Tribunal Constitucional reconociera a la unión de hecho como fuente generadora de familia, el legislador intervino a fin de adaptar esta disposición con el modelo familiar del vigente texto constitucional:

- En el 2010, el Congreso dictó la Ley 29560, la cual amplió la competencia notarial en asuntos no contenciosos y permitió que los convivientes soliciten el reconocimiento de la unión de hecho en este fuero y, con ello, su inscripción en el Registro Personal de los Registros Públicos.
- En abril del 2013, entró en vigencia la Ley 30007, norma que reconoció que los convivientes son titulares de derechos sucesorios.
- Desde la vigencia de la Ley 30311, en el 2015, los convivientes pueden adoptar a menores de edad declarados judicialmente en abandono.

2 A partir de ello, la norma civil hace diferencia entre tipos de uniones de hecho: la propia y la impropia. Aquella es la que cumple con todos los requisitos que la ley exige para su reconocimiento, mientras que la última carece de estos y, en consecuencia, los efectos que generará serán distintos. En la unión de hecho impropia, al no ser considerada fuente de familia, el conviviente que pueda ser afectado solo tendrá a su disposición la acción de enriquecimiento indebido.

- Por último, ante la muerte de uno de los convivientes, el otro puede acceder a una pensión de sobrevivencia, derecho reconocido desde el 2019 en la Ley 30907.

Son notorios y aplaudibles los avances legislativos en el ámbito personal de las parejas de hecho. Lamentablemente, no se ha visto el mismo progreso respecto a sus relaciones patrimoniales.

4. CUESTIÓN PRINCIPAL: EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LA UNIÓN DE HECHO

La familia no solo tiene alcances en la esfera personal de los individuos que la conforman, sino también en el ámbito económico. Como institución social, “la familia no está exenta de patrimonio, se compone de él, en razón [de] que tiene una actividad económica, y se comporta como una unidad de producción” (Varsi, 2012, p. 43). El vínculo jurídico familiar no solo supone un conjunto de relaciones personales, sino también el reconocimiento y/o establecimiento de relaciones patrimoniales entre sus miembros.

Con conciencia de ello, el legislador ha previsto —entre otras figuras— regímenes jurídicos que regulan el patrimonio conyugal y establecen reglas respecto a su disposición. En el Código Civil peruano existe, por un lado, el régimen de sociedad de gananciales y, por el otro, el de separación de patrimonios³.

Los casados son libres de determinar el régimen económico de su preferencia y tienen la oportunidad de hacerlo en el momento de la celebración del acto jurídico matrimonial (elección) o en un momento posterior en el tiempo (sustitución). Sin embargo, esta situación no es clara en el caso de los convivientes.

Una vez reconocida la unión de hecho —por vía judicial o notarial—, automáticamente el “patrimonio convivencial” se somete al régimen de sociedad de gananciales, cuyos efectos se retrotraen al momento en el que se cumplió con los requisitos exigidos en la ley. No obstante, existe una fuerte y muy interesante discusión a nivel doctrinario sobre la posibilidad —o imposibilidad— de que los convivientes sustituyan su régimen económico por el de separación de patrimonios.

Esta controversia encuentra su origen en la vaguedad con la que el legislador de 1984 redactó el artículo 326 del código, situación que, en lugar de ser resuelta, fue imitada por el constituyente de 1993. Ambas normas indican que la unión de hecho se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le “fuera aplicable”.

3 De manera muy simple, la separación de patrimonios supone que todos los bienes que los cónyuges adquieran durante el matrimonio serán considerados como propios, es decir, de propiedad de alguno de ellos; mientras que en una sociedad de gananciales existen tanto bienes propios como bienes sociales. Estos últimos no serán de propiedad individual de algún cónyuge, sino que serán considerados como bienes de la sociedad conyugal.

Es de obligatoria observancia que los regímenes patrimoniales se encuentran diseñados, en principio, para el matrimonio. De ahí que no todas sus normas sean aplicables a las uniones *more uxorio*. Pero ¿cuáles sí lo son? Al existir un silencio por parte del legislador, tal determinación tendrá que hacerla la jurisprudencia, coincidiendo o no con la doctrina, pues esta se limita a exhibir intuiciones u opiniones que, para mala fortuna, no siempre coinciden (Vega, 2010).

4.1 Aplicabilidad de la sustitución del régimen patrimonial

Para que una norma propia de la institución “A” califique como aplicable a la institución “B”, es necesario tener en cuenta, al menos, dos aspectos fundamentales: en primer lugar, que aquella norma guarde coherencia con la naturaleza de “B” y, en segundo lugar, que tal aplicación no sea contraria al ordenamiento jurídico.

La segregación de las normas del régimen de sociedad de gananciales deberá responder a estos criterios. Solamente las que atraviesen exitosamente tales filtros podrán ser calificadas como normas aplicables a la unión de hecho. Ahora bien, ¿se encuentra la sustitución del régimen patrimonial dentro de este grupo?

a. Filtro de naturaleza

La nota más resaltante de la unión de hecho es la carencia de solemnidades. Tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, se trata de “una institución que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de quienes la integran y que en puridad se caracteriza por su informalidad en cuanto a su inicio y su desarrollo”. A diferencia del matrimonio, donde el vínculo conyugal encuentra su origen en un acto jurídico solemne, la unión de hecho se forma a través de conductas reiteradas en el tiempo que denotan una libre y voluntaria vida de pareja.

Si atendemos a esta naturaleza, hasta resulta incoherente que los cónyuges puedan optar libremente por cualquier régimen patrimonial y los concubinos se sometan únicamente al de sociedad de gananciales, siendo este el más exigente e inflexible. Esto contraviene a todo lo que el concubinato representa, que es precisamente lo contrario: una mayor libertad y flexibilidad (Pérez Comenale, 2011).

Lejos de incompatibilizar, responde perfectamente a la esencia informal de la unión de hecho que, luego de su reconocimiento, los convivientes puedan acceder voluntariamente al régimen de separación de patrimonios.

b. Filtro normativo

Si bien la naturaleza de las uniones *more uxorio* habilita la sustitución de su régimen patrimonial, ¿las normas vigentes también lo hacen? Para abordar este criterio hay

que diferenciar dos aspectos: primero, la permisibilidad del Código Civil y, segundo, la conformidad con el modelo de familia en la Constitución de 1993.

En cuanto al Código Civil, la norma dicta que la unión estable entre hombre y mujer da origen a una sociedad de bienes que se “sujeta” al régimen de sociedad de gananciales. Frente a esto, la mayoría de los doctrinarios han asumido que la sociedad de gananciales es el régimen obligatorio e invariable para las uniones concubinarias. De hecho, ese ha sido el criterio manejado en sede jurisdiccional y administrativa —salvo por una interesante excepción por parte del Tribunal Registral—.

A pesar de que este grupo mayoritario insiste en que tal sujeción supone una imposición absoluta, existe otro que critica esta postura por considerarla injustificadamente restrictiva. Quizá el defensor más resaltante de esta segunda posición es Yuri Vega Mere, destacado estudioso del derecho de familia.

En contraposición a la mayoría, Vega (2003) manifiesta lo siguiente:

Discrepo abiertamente de esta apreciación, aun cuando resulte abrumadora la posición contraria. Para ello, parto de la premisa de la inexistencia de prohibición sobre los pactos que pueden celebrar los convivientes para regular sus relaciones patrimoniales. Simple y llanamente la norma se aplica de manera supletoria en ausencia de pacto específico y solo en ese momento (cumplidos los requisitos de la unión de hecho) los bienes se presumirán comunes.

...

Considero admisible que los concubinos puedan sustituir o apartar la aplicación, en cuanto sea posible, del régimen de la comunidad de bienes, para lo cual podrían otorgar un documento en el cual den cuenta de aquellos bienes que adquirieron y estipular la forma en que liquidarán tal comunidad, los bienes que se atribuyen a cada cual, la manera en que se atenderán las deudas contraídas en interés común, etc. (pp. 310-311)

El autor asevera algo totalmente cierto: no existe expresamente una norma que prohíba a los convivientes optar por el régimen de patrimonios separados. Además, el derecho civil —en realidad, todo el derecho privado— se caracteriza por ser el reino de la autonomía de la voluntad. En esta disciplina, la vinculación negativa al ordenamiento jurídico es la regla: nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que esta no prohíbe.

Esa es la línea argumental que ha seguido reciente y novedosamente el Tribunal Registral en la Resolución 993-2019-SUNARP-TR-T. A la luz de la autonomía de la voluntad y ante la ausencia de prohibición expresa en la legislación, se permitió la inscripción de un acto de sustitución de régimen patrimonial por parte de una unión de hecho.

Es de consideración del mencionado colegiado que

al estar previsto el reconocimiento de las uniones de hecho tanto en la vía judicial como en la notarial, así como su inscripción registral, inclusive su cese, para este Tribunal no existe ninguna vulneración constitucional para admitir la inscripción registral de la sustitución del régimen patrimonial de las uniones de hecho, más bien su rechazo equivaldría a una vulneración al derecho de igualdad y de la autonomía de la voluntad de los convivientes. (fundamento 13)

El terreno es medianamente claro en cuanto al código. La sustitución del régimen patrimonial para las uniones de hecho no entra en conflicto con ninguna de sus normas; al contrario, se adapta bien a la lógica del derecho civil.

Sin embargo, aún existe un segundo aspecto a determinar respecto al filtro normativo, aquel que gira en torno al modelo constitucional de la familia. Esto será abordado en el siguiente acápite.

4.2 Un derecho por principios: la promoción del matrimonio frente a la protección de la familia

A modo de reiteración: en el derecho actual no se puede estudiar una institución ignorando su posición dentro del marco constitucional. Por este motivo, nuestro análisis no puede culminar en el terreno legislativo; al contrario, es preciso atender a los cambios estructurales que trae el Estado constitucional.

En *El derecho dúctil*, Gustavo Zagrebelsky realiza un estudio de las implicancias que supone la superación del Estado legal de derecho. El nuevo estatus de la norma constitucional exige, entre otros aspectos, la distinción entre normas-regla y normas-principio.

El derecho en un Estado constitucional es, principalmente, un derecho por principios. La mayoría de las normas de la Constitución son de este tipo: tienen un alto nivel de abstracción que, entre otras virtudes, les permite orientar la interpretación y aplicación del resto de disposiciones en el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, su concreción no suele ser tarea sencilla. Además de su indeterminación, los principios se caracterizan por su diversidad.

Sobre esto, el destacado jurista italiano sostiene que

la pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación ... Para que la coexistencia de los principios y valores sea posible es necesario que pierdan su carácter absoluto, esto es, la condición que eventualmente permitiría constituir un sistema formal cerrado a partir de uno solo de ellos. Concebidos en términos absolutos, los principios se convertirían rápidamente en enemigos entre sí. Al final, uno

se erigiría en soberano sobre todos los demás y solo perseguiría desarrollos consecuentes con él. Pero en las Constituciones pluralistas no cabe que esto sea así. Los principios y valores deben ser controlados para evitar que, adquiriendo carácter absoluto, se conviertan en tiranos.

Por lo demás, es propio de los principios y de los valores su capacidad para relativizarse a fin de poder conciliarse recíprocamente. (Zagrebelsky, 2016, p. 125)

Si extrapolamos esto al tema principal de la presente investigación, nos toparemos con la necesidad de armonizar dos principios constitucionales: la protección de la familia y la promoción del matrimonio.

En el artículo 4 de la Constitución se señala que la comunidad y el Estado “protegen a la familia y promueven el matrimonio”⁴. Conforme al modelo constitucional de la familia, tanto el matrimonio como la unión de hecho son instituciones merecedoras de protección jurídica; no obstante, sobre la primera existe también un mandato de promoción. En términos más sencillos, se protege a la unión de hecho, pero el matrimonio se protege y se promueve.

El destacado maestro Álex Plácido Vilcachagua (2013), consciente de que es necesario hallar una concordancia práctica entre estos dos principios, llegó a la siguiente conclusión: “Desde que el matrimonio debe ser promovido, se advierte que se encuentra en una mayor consideración respecto de la unión de hecho dentro de la jerarquía de valores constitucionales” (p. 92). A nuestra consideración, esta interpretación es errónea.

De admitirse lo expresado por el autor, la promoción del matrimonio —en palabras de Zagrebelsky— se convertiría en un principio tirano, incompatible con un Estado constitucional de derecho.

Resulta sorprendente que aún se sostenga que el matrimonio y la unión de hecho encuentran jerarquía entre sí. Si esto fuera cierto, estaríamos aceptando también que las familias matrimoniales tienen prevalencia sobre las convivenciales —premisa totalmente opuesta al modelo familiar de nuestra Constitución—. Además, si ambas instituciones no fueran equiparables, se volvería incoherente que, para ser reconocidas, se exija que las uniones de hecho cumplan con rasgos propios de la vida marital, tales como estabilidad, exclusividad, heterosexualidad, publicidad, aptitud matrimonial, etcétera.

4 Consideramos que es más adecuado hablar de un principio de protección de las familias, puesto que el deber de tutela alcanza a todos los tipos de esta: matrimoniales y concubinarias; nucleares, extendidas y ensambladas.

Entonces, ¿en que se sustenta el principio de promoción del matrimonio? Sin duda, en las diferencias esenciales que tiene esta respecto a las uniones *more uxorio*.

Aunque la unión de hecho no sea inferior al matrimonio, sí es distinta. En doctrina existen muchos argumentos respecto al tema, de los que vale la pena destacar la expresa manifestación de voluntad de los casados; la certeza jurídica derivada del carácter formal del matrimonio; la idea de que existe un derecho constitucional a casarse, pero no a crear una unión de hecho; incluso, se han utilizado razones económicas para apoyar estas posturas (Sánchez Martínez, 2000).

No obstante, solo una distinción es —de nuestra apreciación— objetivamente válida: la relativa a la seguridad jurídica que conlleva el matrimonio. Desde el momento en el que es celebrado el acto jurídico matrimonial, se conocen sus efectos personales y patrimoniales; incluso, la disolución del vínculo conyugal (divorcio) cumple con determinadas formalidades. Caso contrario es el de la unión de hecho, en el cual su reconocimiento y su duración están sujetos a la libre y voluntaria determinación de los convivientes.

Sobre ello, sin duda, el matrimonio encuentra una posición desfavorable, puesto que su carácter formal puede actuar como un elemento desincentivador para las parejas: ¿para qué casarse si se puede acceder a los mismos derechos solo conviviendo? El fundamento del principio de la promoción del matrimonio radica en suplir esta desventaja a fin de preservar la seguridad jurídica.

El matrimonio se promueve no por estar dentro de una escala de valores superiores a los de la convivencia, sino porque goza de mayor predictibilidad, porque su existencia supone una mayor certeza. Los actos promotores del matrimonio deben responder a este rasgo distintivo.

Además, para hablar de una verdadera concordancia práctica, las disposiciones y actuaciones que fomenten el matrimonio no deben menoscabar el acceso a la unión de hecho, menos aún restringir injustificadamente los derechos de los convivientes.

La protección de la familia, además del reconocimiento y la defensa de sus efectos personales y patrimoniales, también incluye el respeto de los derechos e intereses legítimos de sus integrantes. Bien indica Robert Alexy (2008), citando al Tribunal Federal alemán, que “las normas iusfundamentales contienen no solo derechos subjetivos ... sino que representan al mismo tiempo un orden valorativo objetivo que ... vale para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y justicia” (p. 507).

El régimen de sociedad de gananciales es el más inflexible; no ofrece todas las facilidades para un tráfico mercantil adecuado, pues termina siendo poco práctico: para el gravamen o la disposición de los bienes sociales es indispensable la presencia

de ambos cónyuges (Aguilar, 2006). Si se asume que este régimen es el único al que pueden acceder los convivientes, existiría una considerable vulneración a su derecho de libertad contractual; incluso, al de libertad empresarial, si observamos lo previsto en el artículo 312 del Código Civil⁵.

Si acceder a la unión de hecho supone una restricción tan lesiva a los derechos de los convivientes, se estaría dejando sin contenido el principio de protección a la familia. No se lograría una verdadera concordancia práctica con el principio de promoción del matrimonio.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

La unión de hecho se afirma como una práctica cada vez más común en la sociedad. Su examen es necesario a fin de alinearla con los principios, intereses, derechos y objetivos constitucionales. Nuestra actual *norma normarum* da un paso muy importante en este aspecto al reconocerla como una fuente generadora de familia.

El modelo constitucional de la familia es plural. Se abre a más posibilidades que el modelo tradicional, reconociendo que no existe jerarquía valorativa entre las familias matrimoniales y las concubinarias. Su protección jurídica debe responder tanto a las similitudes como a las semejanzas de ambas instituciones.

La igualdad ante la ley conlleva que el trato diferenciado que les dé el ordenamiento se sustente únicamente en sus disimilitudes. El matrimonio es promovido no por ser la principal fuente generadora de familia, mucho menos por ser la más recurrente, sino porque —a diferencia de la unión de hecho— sus formalidades van de la mano con una mayor certeza jurídica.

El impedir que los convivientes opten por la separación de patrimonios no armoniza los principios de protección de la familia y promoción del matrimonio. Por el contrario, en el texto constitucional vigente se encuentran las bases suficientes para que las parejas de hecho exijan el reconocimiento de su derecho a elegir el régimen que deseen aplicar a sus relaciones patrimoniales.

Aún con ello, consideramos que es necesaria la intervención legislativa a fin de garantizar una correcta aplicación del artículo 326 del Código Civil; pues, aunque con muchos matices, nuestra tradición romano-germánica mantiene a la norma positiva como la principal fuente normativa.

5 “Artículo 312.- Los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí respecto de los bienes de la sociedad”.

La constitucionalización del derecho conlleva un repensar de las instituciones jurídicas, sobre todo las de una norma preconstitucional. Si bien, en los últimos años, se ha modificado un considerable número de normas del texto civil, aún hay aspectos de este que requieren de estudio y revisión, especialmente en una disciplina tan tradicionalista como el derecho de familia.

De manera muy asertiva, Carlos Fernández Sessarego (2000) expresó que “ninguna obra humana satisface plenamente a su autor cuando éste es auténtico y humilde, cuando tiene sed de perfección” (p. 374). El derecho es un camino interminable de retos, los cuales deberán ser asumidos, sobre todo, por el legislador. Las normas, como toda creación del hombre, son imperfectas, pero susceptibles de ser mejoradas.

REFERENCIAS

- Aguilar Llanos, B. (2006). Régimen patrimonial del matrimonio. *Derecho PUCP*, (59), 313-355.
- Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales* (2.ª ed.) Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- García Toma, V. (2010). *Teoría del Estado y derecho constitucional*. Adrus.
- Fernández Sessarego, C. (2000). Repensando el Código Civil peruano de 1984 en el umbral del nuevo milenio. *Derecho PUCP*, (53), 373-422.
- Mantilla Espinosa, F. (2007). La “constitucionalización” del derecho privado. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 1(2), 245-267.
- Pérez Comenale, A. (2011). La administración de la sociedad de bienes en la unión concubinaria. *Revista de Derecho*, 10(20), 229-239.
- Plácido Vilcachagua, A. (2013). El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993. *Derecho PUCP*, (71), 77-108.
- Resolución 993-2019-SUNARP-TR-T (Trujillo). (2019, 19 de diciembre). Superintendencia Nacional de Registros Públicos: Pleno del Tribunal Registral. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/09/Resolucion-993-2019-SUNARP-TR-T-LP.pdf>
- Sánchez Martínez, O. (2000). Constitución y parejas de hecho: el matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 20(58), 45-69.
- Sentencia 0048-2004-PI/TC (Lima). (2005, 1 de abril). Tribunal Constitucional: Pleno jurisdiccional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>

- Sentencia 01817-2009-PHC/TC (Lima). (2009, 7 de octubre). Tribunal Constitucional: Sala Segunda. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01817-2009-HC.pdf>
- Sentencia 03347-2009-PHC/TC (Lima). (2010, 17 de marzo). Tribunal Constitucional: Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03347-2009-AA.html>
- Sentencia 04972-2006-PA/TC (La Libertad). (2007, 18 de diciembre). Tribunal Constitucional: Sala Primera. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/04972-2006-AA.pdf>
- Sentencia 09332-2006-PA/TC (Lima). (2007, 30 de noviembre). Tribunal Constitucional: Sala Primera. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09332-2006-AA.pdf>
- Vega Mere, Y. (2003). Uniones de hecho. En W. Gutiérrez (Ed.), *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas* (t. II). Gaceta Jurídica.
- Vega Mere, Y. (2010). Amor, familia, unión de hecho y relaciones patrimoniales. *Foro Jurídico*, (10), 41-59.
- Zagrebelsky, G. (2016). *El derecho dúctil*. Editorial Trotta.

