

¿EL CONCUBINATO PUEDE DERIVAR DERECHOS SUCESORIOS?

Erickson Aldo COSTA CARHUAVILCA

SUMARIO: I. *Antecedentes históricos.* II. *¿Qué entendemos por concubinato?* III. *Regulación legislativa del concubinato en la legislación comparada.* IV. *De por qué no se debería amparar el concubinato.* V. *Reconocimiento de ciertos efectos jurídicos al concubinato.* VI. *Caracteres y elementos del concubinato.* VII. *Presupuestos legales que exige la ley para garantizar la unión concubina-ria.* VIII. *Prueba del concubinato.* IX. *Fenecimiento del concubinato.* X. *El concubinato en materia de derecho sucesorio.* XI. *Bibliografía.*

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS¹

El concubinato tiene un origen muy remoto, fue admitido como institución legal en el Código de Hammurabi que es el más antiguo texto legal que se conoce. En Roma fue regulado por el *jus gentium*, alcanzando su mayor difusión a fines de la República.

Entre los germanos existió el concubinato para las uniones entre libres y siervos, debido a que no se permitía el matrimonio entre personas de distinta condición social, siendo sustituido después por el matrimonio llamado de mano izquierda o morganático, por el cual la mujer de condición inferior no participaba de los títulos ni rango del marido, siguiendo los hijos la misma condición de la primera sin heredar a éste.

El concubinato subsistió en la Edad Media, no obstante la creciente oposición del Cristianismo. Así en España lo consagraron antiguas

¹ Vigil Curo, Clotilde Cristina, “Los concubinos y el derecho sucesorio en el Código Civil Peruano”, *Revista de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política* de la UNMSM, pp. 153 y 154.

costumbres y ciertas disposiciones legales, tomando el nombre de barragana, que posteriormente fue sustituido por el de amancebamiento.

En los Fueros y en las Partidas se reglaron las uniones de hecho a la manera de los romanos, con la diferencia de que la barragana podía en cualquier momento contraer matrimonio siempre y cuando no tuviera impedimentos. Posteriormente en el llamado Concilio de Trento se prohibió sancionar a los concubinos.

En el derecho moderno el concubinato resulta ser una costumbre muy extendida, pese a ello hay códigos que lo ignoran tales como el Código germano, el Código napoleónico en Francia, a donde sigue siendo un “acto inmoral” que atenta contra las buenas costumbres, sin embargo hay países en donde sin dejar de garantizar plenamente al matrimonio, la institución familiar por excelencia, no se ha podido dejar de legislar sobre el concubinato y atribuirle ciertos efectos, bajo ciertas condiciones, puesto que es una realidad que el derecho no puede ignorar, tal es el caso de países como Bolivia, México, Guatemala, el Salvador, Honduras, etcétera.

II. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR CONCUBINATO?

El concubinato denominado también amancebamiento, no viene a ser sino la cohabitación de un hombre con una mujer fuera del matrimonio, pero con fines muy parecidos a éstos, es decir llevar una vida en común, tener hijos. Sin embargo en la doctrina se abre cada vez más el camino en lo que se refiere a la necesidad de regular esa clase de relaciones, en primer término porque parece cruel e injusto privar de todo derecho a la pareja que ha mantenido su unión a veces durante toda su vida y en la que la mujer ha contribuido al cuidado del hogar y a su sostenimiento igual que una esposa y en segundo lugar porque el concubino, a diferencia del esposo, se libera de toda responsabilidad frente a la mujer, que es la parte más débil frente a este tipo de relación.²

Para Augusto César Bellucio es la unión de hecho y la procreación fuera del matrimonio que dan lugar a la existencia de vínculos que determinan también la existencia de una familia ilegítima o extramatrimonial, vínculos cuya relación jurídica también es necesaria, sea cual fuere

² *Idem*, nota 1.

el criterio que se adopte para organizar su ordenamiento frente a la legítima.³

Como se desprende del acápite anterior, cada autor hace énfasis en algún aspecto específico del fenómeno siendo para unos, lo más importante, las relaciones sexuales mientras que otros enfatizan en la ausencia de vínculo jurídico como lo esencial, y otros por su parte hacen el énfasis en la temporalidad de la unión. En realidad, no existe contradicción entre las definiciones dadas, lo que ocurre es que, o bien pecan por incompletas, o son definiciones parciales que enfocan sólo una de las facetas del problema en estudio, según se dé mayor trascendencia a uno de sus elementos frente a los demás, sin enfocar la noción integral que se debe tener del concubinato.⁴

La definición propiamente dicha se halla contenida en el artículo 5o. de la Constitución Política del Perú del año 1993 que a letra dice: “la unión estable de un varón y una mujer libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”.⁵

Se pueden apreciar las características más saltantes del concubinato a partir de la siguiente definición que se saca del artículo 326 del Código Civil de 1984: es 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, originan una sociedad de bienes, que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere reapplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos; lo cual supone que de no darse alguno de los presupuestos legales para la unión concubinaria perfecta no hay concubinato amparable.⁶

Proponemos nuestra propia definición: concubinato es la unión permanente, estable y libre entre un hombre y una mujer, para hacer vida marital, sin que medie entre ellos vínculo matrimonial.

³ Bellucio Augusto, Cesar, *Nociones de derecho de familia*, pp. 155.

⁴ Hurtado Cárdenas, Eduardo de Jesús, *Propuestas para la creación del régimen de bienes entre concubinos*, pp. 33-44.

⁵ Reyes Ríos, Nelson, “La familia no matrimonial en el Perú”, *Revista de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencia Política* de la UNMSM, p. 38.

⁶ Berrio, B., *Nuevo Código Civil*, p. 76.

III. REGULACIÓN LEGISLATIVA DEL CONCUBINATO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

En el Perú se da, como en todos los países, el fenómeno concubinario. El Código Civil de 1852 no lo abordó, el Código de 1936 habló del enriquecimiento del concubino a costa de su compañera, en el caso de que aquél abandone a ésta. En el vigente Código Civil de 1984, el problema que concitó la atención del legislador fue el referente a la propiedad de los bienes entre los concubinos que pasan a formar una sociedad de bienes al que le es aplicable el régimen de sociedad de gananciales en cuanto fuere posible (artículo 326 del Código Civil), pero no se toman en cuenta otros aspectos como la herencia o la indemnización del daño moral en el caso de abandono unilateral, agregado a ello las dificultades que hay para demostrarlo judicialmente, sobre todo cuando de por medio no existen hijos y se exige como principio una prueba escrita.⁷

En el campo de la legislación contemporánea dos casos, entre otros, merecen especial mención: el de la ley soviética que al principio reconoció el “matrimonio de hecho”, hasta que el 8 de julio de 1944 volvió al antiguo sistema que negaba valor a esa forma de unión; y el código de México para el distrito y territorios federales, de 1932, que reconoce en ciertas circunstancias, un derecho alimentario y otro hereditario a la concubina. En general, entre las legislaciones occidentales, la evolución parecería seguir un curso semejante al de México: originalmente mostraron renuencia para aceptar el concubinato como fenómeno jurígeno de tipo matrimonial y al presente parecerían orientarse, como en el caso peruano, y más aún en el de Bolivia con el Código Banzer, a lo contrario. En cambio Rumania, China Popular y Cuba podrían ser ejemplos de la cual tendencia del mundo socialista a limitar al matrimonio la protección legal, rectificando así la primera posición de la unión soviética.⁸

Con relación a este problema es pertinente mencionar una preocupación generalizada: si en la medida que se legalice el concubinato no se está desestimando el matrimonio. En realidad ninguna legislación está, al menos formal y declaradamente, en contra del matrimonio, pero el tipo de garantías que se ofrezca a la unión de hecho y los derechos

⁷ *Ibidem*, nota 1, p. 154

⁸ Cornejo Chávez, Héctor, *Derecho familiar peruano*, pp. 81 y 82.

que de ello se deriven pueden producir aquel efecto indeseable, esta es, presumiblemente, la razón de que un sector de la doctrina se incline en el sentido de que la ley debe preocuparse del concubinato, pero con miras a su gradual extinción. Esta podría ser la posición del Código de Familia de Cuba. No por cierto la de la nueva Constitución peruana.⁹

En México, el artículo 635 de su Código Civil prescribe: la mujer con quien el autor de la herencia vivió como si fuera su marido durante los 5 años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, tiene derecho a heredar conforme a las reglas siguientes:¹⁰

- Si la concubina concurre con sus hijos que los sean también del autor de la herencia se observará lo dispuesto en los artículos 1614 y 1625 del Código Civil.

- Si la concubina concurre con descendientes del autor de la herencia, que no sean también descendientes de ella, tendrá derecho a la mitad de la porción que le corresponde a un hijo.

- Si concurre con los hijos que sean suyos y con hijos que el autor de la herencia tuvo con otra mujer, tendrá derecho a las dos terceras partes de la porción de un hijo.

- Si concurre con ascendientes del autor de la herencia, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que forman la sucesión.

- Si concurre con parientes colaterales dentro del cuarto grado del autor de la sucesión, tendrá derecho a una tercera parte de ésta.

- Si el autor de la herencia no deja descendientes, ascendientes, cónyuge o parientes colaterales dentro del cuarto grado, la mitad de los bienes de la sucesión pertenece a la concubina y la otra mitad a la beneficencia pública. Si al morir el autor de la herencia tenía varias concubinas en las condiciones mencionadas al principio de este artículo, ninguna de ellas heredará.

El tipo de concubinato amparado por la mayor parte de legislaciones del mundo es el compuesto por la unión estable de un varón y una mujer y que ambos concubinos estén libres de impedimento matrimonial, o sea que en el estado de concubinato *estricto sensu*, ya que en

⁹ *Ibidem*, nota 8.

¹⁰ *Ibidem*, nota 1, p. 157.

cualquier momento podrían formalizar esa unión casándose, pues lo contrario sería inmoral y perjudicaría eventualmente legítimos derechos de terceros. La Constitución boliviana y el Código de Derecho de Familia también concede derechos hereditarios al concubino, de igual manera lo hace el artículo 56 de la Constitución de Panamá, que le concede a la unión concubinaria los mismos efectos que del matrimonio civil, pero luego de 10 años de convivencia.¹¹

El proyecto de modificación del Código Civil colombiano comprende lo siguiente:¹²

En su artículo 9o.: La existencia del concubinato se prueba por:

a) El reconocimiento que de él hagan los concubinos, mediante escritura pública, debidamente otorgada ante notario, y

b) Por sentencia declarativa proferida por el juez en proceso ordinario.

Parágrafo: en el proceso ordinario declarativo del estado de concubinato, se puede alegar todos los medios de prueba previstos por la ley procesal, así mismo, podrá el juez, de oficio, decretar aquellas que estime conveniente.¹³

Artículo 9o.: el proceso declarativo de concubinato podrá iniciarse por demanda de uno de los concubinos, o de un tercero que demuestre interés legítimo en la declaración de su existencia o inexistencia.¹⁴

También podrá iniciar el proceso, de oficio, el juez que conozca otro proceso, en el que se decida derechos sobre bienes o sometidos a medida cautelar, y que se alegue que dichos bienes pertenecen a la sociedad patrimonial entre concubinos, si en dicha alegación el juez prevé colusión o fraude.¹⁵

En el sistema civil colombiano cuando la sociedad patrimonial entre concubinos se disuelva por la muerte real o presunta de uno de los concubinos, o de ambos, se podrá pedir la liquidación, dentro del respectivo proceso de sucesión, o de la acumulación de ambos.¹⁶

Como se puede apreciar el tipo de concubinato amparado por la mayor parte de legislaciones del mundo, es el constituido por la unión

¹¹ *Idem.*

¹² *Ibidem*, nota 4, pp. 33-44.

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ *Idem.*

estable de un varón y una mujer siempre que estén libres de impedimento matrimonial, es decir el concubinato stricto sensu, ya que en cualquier momento podrían casarse legalmente, pues de lo contrario sería inmoral y perjudicaría eventualmente legítimos derechos de terceros.

IV. DE POR QUÉ NO SE DEBERÍA AMPARAR EL CONCUBINATO¹⁷

Tomando en cuenta la seguridad, el orden y la mayor estabilidad que a la estructura social confieren los matrimonios formalmente constituidos, y sin perjuicio de otras consideraciones de índole ética y religiosa, la opinión mayoritaria, tanto en la doctrina de los autores, como en la contenida en los fallos judiciales de los diversos países, considera que la relación concubinaria implica un valor negativo, desde el punto de vista ético para unos, religioso para otros, o en el campo del orden social. Ahora bien, ese carácter negativo determina en autores y legisladores diversas concepciones acerca de cómo debe encarar el derecho ese hecho que aparece en el medio social.

Las razones por las cuales se ponen empeño en extirpar el concubinato no son únicamente, como lo hacen notar Planiol y Ripert, de orden religioso, sino de carácter sociológico; y pueden resumirse en que la libertad sin límites de que gozan los concubinos es incompatible con la familia que crean. En efecto:

a) Desde el punto de vista de la mujer que es generalmente el sujeto débil de la relación, el concubinato lo coloca en el doble riesgo de quedar desamparada cuando ni los hijos que ha procreado, ni su edad, ni el propio antecedente de su convivencia sexual le brindan la perspectiva de una unión duradera con distinta persona; y el de que, amén de esto, la despoje su concubino del patrimonio, modesto o cuantioso, que ella ayudó a formar con su trabajo o su colaboración indirecta;

b) Desde el punto de vista de los hijos, la inestabilidad de la unión concubinaria no es ciertamente la mejor garantía de su mantenimiento y educación, y

c) Para los terceros que engañados por la apariencia de unión matrimonial que ostenta el concubinato, contratan con una presunta

¹⁷ *Ibidem*, nota 8, pp. 75 y 76.

sociedad conyugal, el descubrimiento tardío de la verdadera índole de la unión puede hacerles víctimas de manejos dolosos de los concubinos.

De todas estas consecuencias, la que más ha preocupado al jurista y aun al legislador, lo que no significa que sea la más importante, es la referente a la posibilidad de que la mujer, al disolverse la unión, sea despojada por su concubino, y para poner atajo a semejante posibilidad se han sugerido varias soluciones, de las cuales se pueden mencionar las siguientes:

La de considerar la unión concubinaria como una sociedad, a efecto de que, disuelta la relación, se proceda a una liquidación patrimonial que atribuya a cada cual lo que en justicia le corresponde.

La inconsistencia de esta opinión es evidente, no sólo en cuanto a que, desde el punto de vista formal, el concubinato no es un contrato de sociedad, sino porque la mente de los concubinos al iniciar y mantener sus relaciones al contrato de sociedad. Ni por la forma, ni por la intención puede pues, asimilarse el concubinato a la sociedad civil o mercantil, a menos que se refuerza hasta desfigurarlo por completo, el concepto de ésta.

De otro lado, aun admitiendo como razonable esta solución se tropezaría con el obstáculo de que, justamente por no haber documento constitutivo alguno y por basarse la unión en la confianza mutua y en la imprevisión, habrá de ser difícil determinar los bienes que cada concubino aportó y la proporción en que cada cual ha contribuido a formar o acrecentar el caudal común.

Se ha pensado por otros autores en la procedencia de ver el concubinato, sólo para los efectos que nos ocupan, un contrato de locación de servicios a cuyo amparo sea posible obligar al concubino a pagar cierta suma a la concubina abandonada, por concepto de retribución de prestaciones personales; pero no hay duda de que esta concepción fuerza intolerablemente la figura contractual de la locación de servicios y desconoce la índole de la unión concubinaria con la idea de patrono y empleado.

Por último, un sector de la doctrina sostiene que el caso de abandono de la concubina acompañado de despojo no es sino uno de enriquecimiento indebido, y como a tal debe juzgarse.

Esta solución que por lo demás franquea un amplio, pero no siempre fácil, campo de prueba a la mujer, haría presidir el juzgamiento por

un criterio de equidad. Alguna jurisprudencia suprema anterior al nuevo Código Civil de 1984, avala esta interpretación.

V. RECONOCIMIENTO DE CIERTOS EFECTOS JURÍDICOS AL CONCUBINATO¹⁸

Se trata de una posición moderada, que sin equipararse el concubinato a la unión matrimonial, reconoce su existencia, concediendo algunos derechos a favor de los sujetos débiles de esta relación. Sus fundamentos son:

El concubinato es un fenómeno social muy extendido que no puede desarrollarse al margen de la ley ni del derecho.

Debe rodearse de algunas garantías a los sujetos débiles de la relación concubinaria como son la mujer y los hijos, quienes finalmente sufren las consecuencias.

La ley, por otro lado debe gobernar los efectos que produce el concubinato ya que su fragilidad atenta contra la estabilidad de la familia de base no matrimonial.

Adoptan esta orientación la mayor parte de las legislaciones latinoamericanas como la brasileña, la venezolana, la chilena, la peruana, etcétera.

Sobre la materia es acertada la opinión del maestro Cornejo Chávez, cuando afirma que en realidad el problema no es el de saber si conviene o no que la ley gobierne el concubinato, sino de establecer en qué sentido y con qué mira final debe hacerlo, es decir, si debe procurar, con medidas adecuadas, su paulatina disminución y eventual desaparición, o si, al contrario, debe prestarle amparo y conferirle así la solidez que falta.

VI. CARACTERES Y ELEMENTOS DEL CONCUBINATO¹⁹

Las notas peculiares de las uniones de hecho o del concubinato son las siguientes:

a) Unión marital de hecho: el concubinato es un estado aparente unión matrimonial, ya que dos aspectos de diferente sexo viven en co-

¹⁸ *Ibidem*, nota 1, p. 160.

¹⁹ Peralta Andía, Javier Rolando, *Derecho de la familia*, pp. 96 y 97.

mún, constituyen un grupo familiar conjuntamente que sus hijos, pero que no ostenta el título de estado de casados. No obstante ello, la unión fáctica pretende alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, como alimentar y educar a los hijos, observar el deber de fidelidad y asistencia, hacer vida en común y otros deberes que se contemplan para los cónyuges.

b) Estabilidad y permanencia: la situación conyugal aparente se basa en la estabilidad de las relaciones intersubjetivas de hecho, que conducen a su permanencia y perdurabilidad en el tiempo en que ambos concubinos asumen el rol de marido y mujer. Luego, no es unión concubinaria aquella que carece de estabilidad y permanencia, a ellas se ha venido en llamar uniones libres, ocasionales o circunstanciales.

c) Singularidad y publicidad: la situación fáctica en la que viven los concubinos es evidentemente única, monogámica y estable. Ello no obsta para que cualquiera de ellos pueda mantener momentánea o circunstancialmente una relación sexual con tercera persona, que son simples contactos fugaces, pero peligrosos para la estabilidad de dicha unión. La publicidad, en cambio, es la notoriedad de dichas relaciones, el conocimiento que asumen los parientes, vecinos y demás relacionados de ese estado conyugal aparente.

d) Ausencia de impedimentos: esta nota distingue el concubinato propio del impropio. Este último describe la existencia de causas que impiden que la situación de hecho se torne en una de derecho, vale decir, que los convivientes no podrán celebrar matrimonio civil por existir obstáculos legales que impiden su celebración.

En cambio se señalan como elementos estructurales de toda unión concubinaria, los que a continuación se indican:

a) Subjetiva: tiene dos componentes, por un lado el elemento personal que está formado por los sujetos que intervienen en la relación fáctica: el varón y la mujer tengan o no impedimentos y, por otro, el volitivo, que no es otro que la libre y espontánea decisión de sustentar una vida en común fuera del matrimonio que implica el cumplimiento de fines y deberes semejantes al casamiento.

b) Objetivo: está constituido por vínculos de hecho que ligan al varón y a la mujer que han formado una unión marital fuera de matrimonio y que se manifiesta, precisamente en la ostensibilidad de las relaciones y en la existencia a veces de un patrimonio concubinario.

Pero la unión marital de hecho, se revela principalmente en la cohabitación, que implica vivir bajo un mismo techo, compartir la mesa y también el lecho, en otros términos, en el establecimiento de una plena comunidad de vida.

c) Temporal: se refiere al tiempo durante el cual se ha sostenido la vida en común. Este elemento es determinante para establecer la posesión constante de estado, siempre que haya durado por lo menos dos años continuos, lo que dará origen a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales.

VII. PRESUPUESTOS LEGALES QUE EXIGE LA LEY PARA GARANTIZAR LA UNIÓN CONCUBINARIA²⁰

Unión libre entre varón y mujer: es decir, que los que se unen concubinariamente lo deben haber hecho voluntariamente, sin coacción de ninguna clase, debiendo ser además de ello de sexos opuestos. Al respecto debemos indicar que hay países como Holanda, Suecia, Noruega, Argentina, Inglaterra, donde además de permitirse el matrimonio entre heterosexuales, se permite y garantiza la unión convivencial entre personas del mismo sexo (homosexuales). En lo que a nuestro país se refiere, se sigue exigiendo el requisito de los sexos opuestos.

Que los que se unen estén libres de impedimento matrimonial: esto es que ninguno de los concubinos tengan el impedimento u obstáculo para en cualquier momento puedan regularizar o formalizar dicha unión a través del matrimonio, por tanto rigen los impedimentos contemplados en los artículos 241 como 242 del Código Civil.

Que persigan fines parecidos a los del matrimonio: es decir, llevar una vida en común, vivir juntos, cohabitar bajo el mismo techo.

Que dicha unión sea estable y duradera: por lo menos, que haya permanecido la pareja unida por dos años consecutivos. De ahí que las uniones esporádicas y pasajeras, es decir eventuales, no puede ser consideradas concubinarias.

Que dicha unión sea singular y pública: es decir que dicha unión y estado de cohabitación en que se encuentran los concubinos, sea evidente, notoria, única, monogámica, estable, no clandestina, eventual, pasa-

²⁰ *Ibidem*, nota 1, p. 160.

jera, circunstancia, fugaz, reconocida y así asumida por los parientes, vecinos y demás relaciones sociales.

VIII. PRUEBA DE CONCUBINATO

La prueba del concubinato lo constituye la posesión del estado de concubinos o convivientes, a partir de fecha más o menos aproximada, la misma que deberá ser probada con arreglo a lo prescrito en el segundo párrafo del artículo 326 del Código Civil, por cualquiera de los medios probatorios admitidos por nuestro Código Procesal Civil, siempre que exista un principio de prueba escrita. Precisamente esto es difícil.

Debe precisarse que la prueba de existencia del concubinato no va constar en un título de estado de familia, como son las partidas del Registro del Estado de Civil. Esto es así por tratarse de un estado de familia de hecho.²¹

La prueba de la existencia de la unión de hecho se constituye en una cuestión necesaria para reclamar los efectos legales reconocidos. En este mismo sentido, la Corte Suprema ha precisado:²²

a) Que si bien el artículo 326 del Código Civil no exige la declaración jurisdiccional previa, este requisito ha sido considerado por ejecutorias de esta Sala Casatoria, como un elemento para reconocer la existencia de una comunidad de bienes, ya que los derechos reales que están en juego requieren de elementos materiales que impidan causar perjuicios a terceros que contratan con alguno de los convivientes.

b) Que en relación a la aplicación indebida de la norma material contenida en el artículo 326 del Código Civil debe aclararse que, si bien es cierto que ese dispositivo otorga derechos a la concubina para darse por constituida la sociedad de gananciales como si existiera matrimonio civil, con opción dominial al cincuenta por ciento de los bienes constituidos por dicha sociedad; igualmente es cierto que, para que tal efecto, debe acreditarse el concubinato con los requisitos de ley y contar con la decisión jurisdiccional de haberse constituido con-

²¹ Plácido V., Alex F., *Los regímenes patrimoniales del matrimonio*, pp. 390 y 391.

²² *Ibidem*, nota 21, pp. 390-392, sobre la Casación núm. 1620, Tacna del 10 de marzo de 1999.

forme a ley, caso contrario se equipararía una situación de hecho como es el concubinato al matrimonio debidamente constituido, que es sustento primordial de la familia afectándose a esta institución que es la célula básica de la sociedad.

c) Que la declaración judicial de convivencia o unión de hecho tiene como propósito cautelar los derechos de cada concubino sobre los bienes adquiridos durante la unión, entendiéndose que por la unión de hecho se ha originado una sociedad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuera aplicable.

Sobre este último punto, se debe distinguir la oportunidad de su demostración en un proceso, según que se trate de los efectos entre los convivientes o frente a terceros. Así y respecto de los efectos personales que se reclamen entre los convivientes, como serían requerir alimentos o una indemnización en caso de terminar la unión de hecho por decisión unilateral de uno de ellos, la prueba de la existencia de la unión de hecho puede actuarse dentro del mismo proceso en que se ejerciten tales pretensiones, no requiriéndose su previo reconocimiento judicial. Esta apreciación se sustenta en la naturaleza de la pretensiones que se reclaman, las que exigen una pronta atención.²³

Los concubinos sobre todo el varón cuida mucho de que no queden pruebas escritas, de ahí que en algunos casos esta existencia resulta difícil demostrar, aunque no imposible, probar la condición de concubino es un vía crucis, de ahí la necesidad que hay de crear el Registro de Uniones de Hecho como parte de los Registros de Estado Civil.

En el Perú se exige para acceder a tener participación en la sociedad de bienes formada por los concubinos, el probar dicha unión teniendo como principio una prueba escrita y su reconocimiento tiene que hacerse valer judicialmente, por lo que son pocos los concubinos beneficiados con dicho dispositivo (artículo 326 del Código Civil) que resulta lírico.

IX. FENECIMIENTO DEL CONCUBINATO²⁴

Para nuestro Código Civil se encuentra fenecida la sociedad de hecho por las siguientes causas:

²³ *Ibidem*, nota 1, p. 160.

²⁴ *Ibidem*, nota 21, pp. 398-400.

Por muerte: la unión concubinaria termina con la muerte de uno de los concubinos, en que se entiende termina la sociedad de bienes creada entre ellos. Cuando hablamos de la muerte como una forma de extinguir del concubinato tenemos que entender que para nuestra legislación civil hay dos tipos de muerte: la natural y la presunta.

Por ausencia judicialmente declarada: la cual puede ser declarada después de transcurridos los dos años de desaparición del ausente.

Por decisión unilateral: se da por terminada la relación convivencial cuando cualquiera de los concubinos unilateralmente decide dar por terminada dicha relación, dando esto lugar por decisión del abandonado a percibir una cantidad de dinero por concepto de indemnización por el daño moral o el pago de pensión alimenticia. Sin embargo cabe acotar que en cualquiera de estos casos funciona la liquidación de la sociedad de bienes a la cual le es aplicable el régimen de sociedad de gananciales en todo lo que le fuere aplicable. Es decir, los bienes adquiridos dentro de la unión concubinaria se reputan sociales o comunes, aun cuando hubiesen sido adquiridos por uno solo de ellos y puestos únicamente a su nombre, por ser éste el único que sostenía a la familia, o hallan sido adquiridos por ambos, o no habiendo contribuido a la economía del hogar convivencial, por egoísmo haya exigido se lo pongan en su nombre, luego de descontarse las cargas que pesan sobre la sociedad. El remanente que queda se divide o reparte por igual entre ambos concubinos.

Sin embargo, cabe acotar que entre los concubinos la sucesión no funciona a favor de ninguno de ellos, lo cual creemos que es injusto, sobre todo cuando han dedicado su vida, uno al lado del otro, ha habido entre ellos fidelidad, permanencia, es decir ha revestido su unión casi los mismos caracteres que un matrimonio, y aún más formando como dice le es aplicable el régimen de sociedad de gananciales.

Siendo la muerte al igual que en el matrimonio una forma de dar fin al concubinato, debiera generar en este aspecto el derecho sucesorio en el concubino, sobre todo si se demuestra que ha sido la única persona que le ha acompañado toda su vida y que a veces se queda solo en la época que más lo necesita, quizá en las postrimerías de su vida, creemos que sólo así, se contribuiría a erradicar o por lo menos a disminuir la unión concubinaria y aumentar las uniones matrimoniales, ya que los concubinos verían que de nada les vale, sobre todo al varón, pretender burlar los derechos de su compañera recurriendo al concubinato.

Porque a la larga, aún más existiendo como propongo como elemento de prueba la copia certificada del Registro de Uniones de Hecho expedida por el Registro de Estado Civil, y que se supone que fue inscrita dicha unión convivencial cuando ambos convivientes estaban en buenas relaciones, lo hicieron de buena fe, de nada le valdría no tener una unión formalmente establecida, evitando tener que seguir trámites engorrosos para su reconocimiento concubinario.

X. EL CONCUBINATO EN MATERIA DE DERECHO SUCESORIO²⁵

El tema de los derechos sucesorios entre concubinos ha sido materia de debate a nivel de la comisión revisora. Se expresó que el otorgamiento de derechos hereditarios tendría como consecuencia borrar una de las diferencias que existen respecto de las personas casadas, y por lo tanto desalentaría el casamiento. En ese sentido, el doctor Fernando Arce, expresó que en el artículo 9o. de la Constitución Política del Perú, se ha recogido como una necesidad social, pero que sus efectos deben limitarse al régimen de la sociedad de gananciales, y no extenderse en ningún caso al ámbito hereditario.

Entonces la Constitución, ni el Código Civil peruano han concedido a los concubinos derecho hereditario alguno, sin embargo, los artículos 723 y 826 aluden de algún modo al concubinato.

El artículo 732 suprime para el concubino sobreviviente los derechos reales de habitación y usufructo sobre el inmueble que constituyó el hogar conyugal (derecho de habitación en forma vitalicia gratuita, daría en arrendamiento con autorización judicial, percibir una renta para sí, etcétera) si éste contrae nuevo matrimonio, vive en condiciones o muere.

En cambio el artículo 826 preceptúa que la sucesión que corresponde al viudo o a la viuda no procede, cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes, salvo que el matrimonio hubiera sido celebrado para regularizar una situación de hecho. Este precepto no privilegia al concubino concediéndole un derecho sucesorio, sino que se le concede a aquel que ha dejado de ser concu-

²⁵ *Ibidem*, nota 19, pp. 103 y 104.

bino por haber trocado su situación de hecho en una de derecho contrayendo matrimonio civil.

En el Perú el 60% de familias están formadas en base a uniones concubinarias, que el derecho no puede ignorar, ni marginar, porque crea una situación de incertidumbre jurídica para estas parejas, sobre todo después que se produce el deceso de ellos.

Ante la muerte de uno de los concubinos, no puede darse la situación que el patrimonio del fallecido no vaya a parar en manos de su concubina o concubino, siendo esta persona con la cual pasó muchos años de su vida.

Francamente resulta injusto dejar de lado a la persona que convivió e hizo vida en común con el concubino o concubina fallecido(a), porque uno que pasó penurias con esa persona por varios años ve cómo con el esfuerzo que hizo, se consiguió constituir un patrimonio, pero se vería privado a acceder a ello porque por desgracia nuestra legislación no toma en cuenta esta situación, que de veras refleja una injusticia.

Es triste ver como nuestro ordenamiento jurídico a pesar de los constantes casos que se dan en la sociedad donde desgraciadamente el concubino sobreviviente ante la muerte del otro no perciba un quinto del patrimonio del fallecido, esto si yo invertí para que junto con mi concubino forjáramos un patrimonio en beneplácito de nuestros hijos no se me pueda permitir el derecho a acceder a esos bienes.

El derecho como expresión de la justicia no puede hacerse de la vista gorda frente a esta situación por demás criticable, a veces caemos en aspectos teóricos y abstractos pero nos alejamos de las exigencias de nuestra realidad, por eso se hace imperiosa la regulación de los derechos sucesorios en el caso de los concubinos, ante la muerte de uno de ellos.

Muchos objetan este planteamiento en el hecho que estaríamos equiparando los efectos del concubinato al matrimonio desde el punto de vista ético y jurídico, con lo cual las personas ya no verían en el matrimonio una alternativa prioritaria, sino que se inclinarían hacia uniones de hecho, ya que los efectos jurídicos podríamos decir que son equivalentes.

Pero también no se puede negar que en un país donde el concubinato es una corriente que se manifiesta de manera tan palpable, no se puede omitir hablar al respecto, ya que con o sin regulación la conciencia de nuestra sociedad ha hecho que el concubinato sea visto como

una buena alternativa para hacer vida en común, esto es, entre hombre y mujer, y aspirar a conseguir fines comunes, por eso no se puede dejar en el aire a esas personas que optaron con llevar una vida en común con esa persona a la cual le dieron todo, pero ve cómo ante su muerte no puede ser partícipe de la repartición de los bienes, imagínense a esa persona al ver cómo quizás el patrimonio de su concubino pase en manos de personas, que no contribuyeron en nada para formar el patrimonio del concubino muerto, pero por arte del derecho ya podrían acceder a ese patrimonio.

Se hace necesario por ello, ser más realistas y ampliar el derecho sucesorio también para los concubinos, en las uniones de hecho perfectas o regulares, siempre que al momento del deceso cohabiten juntos los concubinos, para cuyo efecto es necesario crear el Registro de Uniones de Hecho.

Este registro permitiría tener registradas con certeza a aquellas personas que están unidas por vínculos concubinarios, que en determinado momento ante el hecho de la muerte de su concubinario puedan acceder al patrimonio del fallecido(a), ya que otro problema que se tiene es cómo prueba la relación concubinaria el concubino sobreviviente, en cambio con este registro se garantizaría el hecho que los concubinos puedan tener eficacia de su relación concubinaria frente a todo hecho que directamente los pudiera afectar, como sería la muerte de uno de los concubinos. Por eso, señores, ya es hora que tomemos en cuenta nuestra realidad, la cual nos exige regular el derecho sucesorio en el caso de los concubinos, muchas veces la realidad ante las críticas religiosas debe primar por encima de ésta, ya que el derecho es valoración de la vida humana, así que regulemos esta situación y no dejemos en el aire a aquella persona que lo dio todo en aras del progreso de la relación concubinaria, pero por cuestiones de falta de regulación se quedaría sin nada, pasando así su relación concubinaria a formar parte de un triste y amargo recuerdo; es todo en cuanto tengo que manifestar.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- BELLUCIO, Augusto Cesar, *Nociones de derecho de familia*, BBAA, 1967.
BERRIO B., *Nuevo Código Civil*, Lima, 2002.

- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, *Derecho familiar peruano*, Lima, 1985, t. I.
- HURTADO CÁRDENAS, Eduardo de Jesús, *Propuestas para la creación del régimen de bienes entre concubinos*, Bogotá, 1988.
- PERALTA ANDÍA, Javier Rolando, *Derecho de la familia*, 2a. ed., Idemsa, 1995.
- PLÁCIDO V., Alex F., *Los regímenes patrimoniales del matrimonio*, Lima, Gaceta Jurídica, 2002.
- REYES RÍOS, Nelson, “La familia no matrimonial en el Perú”, *Revista de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencia Política* de la UNMSM, Lima.
- VIGIL CURO, Clotilde Cristina, artículo “Los concubinos y el derecho sucesorio en el Código Civil Peruano”, *Revista de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia y Política* de la UNMSM, Lima, año 5, núm. 7, noviembre de 2003.