

Las uniones estables de hecho en la constitución venezolana de 1999 *

Marisela Párraga de Esparza **

Resumen

Este artículo se propone examinar el significado y alcance de la institución de la unión de hecho a partir de la Constitución de 1999, en la cual se introdujo una disposición que le otorga a estas uniones los mismos efectos que el matrimonio, y que no ha obtenido una definida interpretación por parte de la doctrina y jurisprudencia nacional. Apenas recientemente se produjo una decisión de la Sala Constitucional con ocasión de la solicitud de interpretación del artículo 77 de la Constitución vigente. Se hace un análisis crítico de la legislación y de la doctrina extranjera que ha reconocido la trascendencia de esta realidad social y que ha ido adaptando su normativa de derecho de familia a esta forma alternativa de convivencia afectiva en pareja. Se abordan los aspectos sustantivos más importantes en torno a las uniones de hecho: Delimitación conceptual, requisitos y aspectos personales y patrimoniales. Previamente, se ubica históricamente la institución en el derecho venezolano y se hace referencia a las causas o motivos que la originan.

Palabras clave: Unión de hecho, concubinato, derechos fundamentales, matrimonio.

* Recibido: 10/07/2007 Aceptado: 13/03/2008

** Abogada. Licenciada en Filosofía. Doctora en Derecho. Profesora Titular de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia y de la Facultad de Ciencias Políticas, Administrativas y Sociales de la Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, Venezuela.

Abstract

This article is directed to revise the meaning and scope of the institution of concubinage union as of the Constitution of 1999, where a disposition that grants to these unions the same effects as if it was a legal marriage was introduced, and that it has not obtained a final interpretation from the national doctrine and jurisprudence. Only recently a decision was given by the *Sala Constitucional* (constitutional courtroom), when an interpretation of Article 77 of the Constitution in force was requested. A critical analysis was made about the legislation and about the foreign doctrine which has acknowledged the importance of this social reality and that has been going adapting the legal norms of the family to this alternative way of emotional coexistence in couple. The most important aspects about the non marital concubinage unions are discussed. The concepts limits, patrimonial and personal aspects and requirements. The institution is previously studied and it is historically placed in the Venezuelan Law, and the causes and reasons that give rise to it.

Key words: Concubinage, fundamental rights, marriage.

Introducción

El constituyente de 1.999 consagró en el artículo 77 una disposición que ha generado opiniones encontradas y que aún no ha obtenido una definida interpretación en el ámbito de la doctrina y jurisprudencia nacional. Según el citado artículo “Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio”. Al mismo tiempo, el encabezamiento de dicha norma consagra la protección al “matrimonio contraído entre un hombre y una mujer, el cual se funda en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges”. Diversas interrogantes se han planteado en torno a esta norma constitucional de orden familiar. Entre otras: ¿Se trata de una norma programática, que debe esperar la entrada en vigencia de una ley especial? ¿Se le debe atribuir a estas uniones de hecho los mismos efectos que produce el matrimonio? En caso afirmativo ¿podríamos hablar de una igualdad absoluta entre ambas figuras normativas? Si la respuesta es negativa ¿Cuáles son los efectos atribuibles a estas uniones fácticas? ¿Cuál es el consentimiento requerido en las uniones estables de hecho para que éstas generen efectos jurídicos? ¿Cuáles requisitos deben cumplir estas uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer para que obtengan reconocimiento jurídico? Algunos

de estos aspectos serán analizados en este artículo con especial referencia a la doctrina, legislación y jurisprudencia de aquellos países que de alguna manera han ido consolidando en el ámbito jurídico la institución *in comento*. Y, muy particularmente, se discutirá la decisión de la Sala Constitucional de fecha 15 de julio de 2005¹ con ocasión de la interpretación del citado texto de la Constitución venezolana, que aborda algunas de las cuestiones antes señaladas.

1. Antecedentes históricos en el derecho venezolano

Las uniones de hecho constituyen un fenómeno social que se ha extendido y que ha cobrado vigencia en casi todos los países del mundo, por lo que han logrado reconocimiento social y jurídico, a pesar de los cuestionamientos que gravitan a su alrededor, fundamentalmente por razones de orden moral o de orden religioso. No se trata de una forma de convivencia afectiva de reciente instalación, en otras épocas de la humanidad ya existía en el plano social y gozaba de cierto reconocimiento jurídico.

La consagración del artículo 77 en la nueva Constitución venezolana pareciera un poco tardía en el tiempo si nos ubicamos en el ámbito del Derecho latinoamericano. Desde mediados del siglo pasado el reconocimiento de las uniones de hecho ha ido adquiriendo rango constitucional, tal es el caso de Brasil, Bolivia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Perú. Igualmente, la convivencia de la pareja de hecho ha sido objeto de regulación especial en algunos de los países antes indicados y en otros del continente americano y europeo, las cuales comentaremos oportunamente.

Sin embargo, desde tiempo atrás, el Derecho venezolano le ha otorgado reconocimiento jurídico a las uniones concubinarias en ámbitos específicos. Así, entre otros textos normativos, el Código Civil de 1916 consagró en el artículo 111 la prescindencia de los documentos exigidos por ese Código para la celebración del matrimonio cuando los contrayentes aspiraban regularizar la unión concubinaría mediante la celebración del matrimonio. Este precepto legal, que en el Código Civil vigente es el Artículo 70, "...no tiene disposición correspondiente en los Códigos que de ordinario sirvieron de inspiración al legislador venezolano" (Instituto de Derecho Privado, 1993: 116). El Código Civil de 1942 consagró la presunción de comunidad concubinaría en el Artículo 767:

¹ Abreviaturas: Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, CRBV; Tribunal Supremo de Justicia, TSJ; Sala Constitucional, SC.

Se presume la comunidad, salvo prueba en contrario, en aquellos casos de unión no matrimonial cuando la mujer demuestra que ha vivido permanentemente en tal estado y ha contribuido con su trabajo a la formación o aumento del patrimonio del hombre, aunque los bienes cuya comunidad se quiere establecer aparezcan documentados a nombre de uno solo de ellos. Tal presunción solamente surte efectos legales entre ellos dos y entre sus respectivos herederos y también entre uno de ellos y los herederos del otro, salvo el caso de adulterio.

Este artículo resultó ligeramente modificado en la Ley de Reforma Parcial del Código Civil de 1.982, en los siguientes términos:

Se presume la comunidad, salvo prueba en contrario, en aquellos casos de unión no matrimonial, cuando la mujer o el hombre en su caso, demuestre que ha vivido permanentemente en tal estado aunque los bienes cuya comunidad se quiere establecer aparezcan a nombre de uno solo de ellos. Tal presunción sólo surte efectos legales entre ellos dos y sus respectivos herederos y también entre uno de ellos y los herederos del otro. Lo dispuesto en este artículo no se aplica si uno de ellos está casado.

Vale la pena acotar que antes del Código Civil de 1942 no había texto legal alguno que regulase en nuestro país las relaciones de orden patrimonial de los concubinos. Asimismo, el Código Civil en materia de filiación consagra en el Artículo 211 la presunción de cohabitación en el supuesto de concubinato notorio a los fines del establecimiento de la paternidad no matrimonial. La *Ley Orgánica del Trabajo* en el Parágrafo Segundo del Art. 108 le otorga al trabajador el derecho a adelantar hasta un setenta y cinco por ciento de la prestación de antigüedad para satisfacer obligaciones derivadas de las pensiones escolares para él su cónyuge, hijos o con quien haga vida marital y el Art. 568. lit. b) *ejusdem* le otorga “a la viuda o el viudo que no hubiere obtenido la separación de cuerpos, o la concubina o el concubino que hubiere vivido en concubinato con el difunto hasta su fallecimiento” el derecho a reclamar las indemnizaciones en caso de accidente o enfermedad profesional que cause la muerte al trabajador. La *Ley sobre transplante de órganos y materiales anatómicos* en seres humanos confiere para los efectos de esta Ley, en el lit i) del Art. 17, el carácter de pariente, en defecto de los señalados en los literales anteriores, a “la persona con quien últimamente haya convivido el donante”. La *Ley sobre la violencia contra la mujer y la familia* cuando en el Art.4 define lo que es violencia a los efectos de dicha ley, incluye como persona que puede ejecutarla contra la mujer o u otro integrante de la familia, a los concubinos, ex cónyuges, ex concubinos o personas que hayan cohabitado con el agresor.

2. Causas que originan las uniones de hecho

El Prof. Talavera de la Universidad de Valencia, España, en su obra “La Unión de hecho y el derecho a no casarse”, señala que esta forma de convivencia afectiva tiene un origen y una consideración radicalmente distinta a la de las figuras del *concubinatus* romano o de la barraganía medieval.

En su opinión los cambios de mentalidad sobre la familia, el matrimonio y las relaciones interpersonales de convivencia han incidido notablemente en las nuevas concepciones sobre las relaciones de pareja (nupcialidad, fecundidad, grupo familiar) y se han visto reflejados con cierta amplitud, velocidad y radicalidad en el ámbito del Derecho.

La unitaria concepción tradicional sobre lo que han sido esas realidades ha dado paso a una multiplicidad de pensamiento en torno a las mismas, lo cual dificulta la tarea de identificar la concepción que la propia sociedad tiene sobre la familia, el matrimonio o la relación entre los sexos; posiblemente porque la sociedad actual reviste las características de ser plural, compleja y multicultural, que se resiste a sostener una única concepción acerca de estas realidades y reclama la aceptación de la pluralidad de concepciones. Esta dificultad ha hecho eco en las legislaciones familiares que no han asumido plenamente el paradigma de la diversidad de modelos familiares y su estructura normativa sigue girando en torno a la familia matrimonial (Talavera, 2001).

Los cambios de mentalidad que se han ido produciendo en las relaciones familiares también han generado un cambio drástico en las funciones de la familia, lo que algunos han denominado la segunda transición de la familia. Esta transición se da en torno a dos vertientes: la difuminación de los límites de la legitimidad e ilegitimidad y la tendencia a la equiparación de las situaciones de derecho y de hecho, de manera que el enjuiciamiento y comprensión de los problemas relacionados con la familia se han abordado con un enfoque más de carácter sociológico que jurídico. El autor enmarca este planteamiento en lo que él ha denominado proceso de consolidación de la unión de hecho. No se trata de la desinstitucionalización del matrimonio, sino que con él concurren otras prácticas alternativas que han obtenido legitimación social y luchan también por un reconocimiento jurídico (Talavera, 2001).

En el proceso de consolidación de las uniones de hecho ha jugado un papel importante el cambio en las funciones socioeconómicas de la familia. El Estado ha sustituido al grupo familiar en muchas de sus funciones. Es lo que Carbonnier ha definido como la “estatización de la familia”. La situación

de la mujer en la estructura social actual es otro factor que ha incidido en la consolidación de las uniones de hecho. La distribución de las funciones y roles de los integrantes del grupo familiar ya no están determinados por la pertinencia a uno u otro sexo (Talavera, 2001).

Otro aspecto a tomar en consideración en el incremento de esta forma de convivencia es lo que algunos han llamado el vaciamiento institucional del modelo matrimonial, el cual se pone de manifiesto a través de una serie de indicadores: Una progresiva relajación de la causalidad en el divorcio; mitigación del deber de fidelidad entre los cónyuges; debilitamiento del criterio de culpabilidad para el establecimiento de medidas judiciales en caso de divorcio o separación de cuerpo o en para la consecución del divorcio; inutilidad práctica de la separación legal como remedio jurídico para rehacer la convivencia conyugal, entre otros (Talavera, 2001).

Por último, el tratadista español analiza el factor que el ha denominado la disociación entre matrimonio, sexualidad y procreación que también ha jugado un rol muy importante en el cambio de mentalidad y en la aparición de otros modelos convivenciales (Talavera, 2001).

Las causas que en el ámbito sociológico han dado origen a la convivencia no matrimonial son de diversa índole. Mesa habla de uniones creadas por causas ajenas a la voluntad de la pareja y uniones creadas por el rechazo de la pareja hacia el matrimonio (2000).

Algunos sostienen que la sistematización de las causas que originan la convivencia no matrimonial resulta una tarea verdaderamente compleja y la clasificación que puede efectuarse sería de carácter relativo, por lo que el criterio básico debe girar en torno al sometimiento o no de la unión extramatrimonial a un proceso de formalización jurídica. En consecuencia, el fenómeno de la unión no matrimonial puede ser explicado, en su criterio, desde un doble ángulo: Por un lado, lo que podría denominarse la “no formalización” (voluntaria o involuntaria) de la convivencia y por el otro, el de la “funcionalidad” de la convivencia hasta su formalización definitiva (Talavera, 2001).

Entre las causas que no dependen de la voluntad de los convivientes y que no suponen un rechazo de aquellos a la formalización legal, están los:

Impedimentos legales: Es el caso de aquellas legislaciones que prohíben o prohibían la disolución del vínculo matrimonial por la vía del divorcio. También debe incluirse en este aparte la situación de los homosexuales cuya convivencia en algunos países no podría formalizarse legalmente aún

cuando exista en ellos la voluntad de hacerlo. Este es el ámbito donde se produce con mayor fuerza la no formalización involuntaria, a pesar de la lucha intensa que en Europa están librando estos grupos para tener acceso al matrimonio (Talavera, 2001).

Motivos culturales, sociales o religiosos: La convivencia no matrimonial se da en gran medida en las zonas suburbanas de marginación y entre las minorías étnicas con costumbres y ritos de esponsales propios. Este último caso no se trata realmente de una no formalización de la unión porque los ritos y ceremonias propias son válidos y vinculantes ante esa comunidad, aun cuando no frente al Estado. Es el caso de las uniones de los gitanos y cingaros. En el primer supuesto se incluyen países como Venezuela, donde existen 71 parejas de hecho por cada 100 matrimonios; Guatemala, donde existen 213 uniones de hecho por cada 100 matrimonios y en Haití donde la cifra asciende a 314 por cada 100 matrimonios (Talavera, 2001).

En este apartado también cabe citar el caso de España donde existían leyes que contenían disposiciones legales según las cuales los funcionarios de carrera diplomática y los militares debían obtener la licencia de sus superiores para contraer matrimonio, si no la obtenían se les podía sancionar con la separación del servicio. Esto trajo como consecuencia que ante el temor de una negativa por parte de quienes debían conceder la autorización, las personas que ejercían tales oficios optaban por una convivencia fuera del matrimonio (Mesa, 2000).

Los matrimonios religiosos sin efectos civiles eran considerados como concubinatos. Es el caso de los matrimonios religiosos celebrados en Italia entre los años 1866 a 1929, los cuales a pesar de no producir efectos civiles eran objeto de un trato favorable. La jurisprudencia belga, califica de concubinato a un matrimonio no contraído civilmente y celebrado conforme a los ritos de la religión hebraica. En Japón se da el fenómeno social del *Nayen* que consiste en el rechazo por parte de los contrayentes a la normativa del Código Civil que consagra la obligatoriedad del matrimonio civil (Estrada, 1991).

Entre las causas que pueden generar la no formalización voluntaria están aquellos que algunos han calificado de motivos ideológicos. Aquí tienen cabida las personas que rechazan toda religión o razonamiento trascendente, toda institución tradicional, incluido el matrimonio, y que se manifiestan en contra de todo tipo de sometimiento normativo. Quienes forman este grupo social adoptan esta forma de convivencia en pareja como “un instrumento más de su modelo de vida contestataria” (Estrada 1991: 41).

Otros opinan que:

Este parece ser el marco conceptual propio de la unión de hecho, pero con un matiz: su no formalización responde no tanto a una directa voluntad de marginalidad social o jurídica, cuanto a la carencia del marco jurídico adecuado que responda a la propia concepción de las relaciones afectivas de pareja (Talavera, 2001: 32-33).

El fenómeno de la convivencia de hecho también puede ser explicado desde la óptica de la funcionalidad de la unión. La convivencia se produce no porque existe un impedimento legal para la celebración del matrimonio, ni por un rechazo a la institución del matrimonio, puesto que en realidad si se desearía una relación matrimonial, sino que las personas utilizan funcionalmente este tipo de convivencia de manera transitoria, mientras se mantienen determinadas circunstancias. Entre las razones que dan lugar a la funcionalidad de la unión pueden señalarse: la edad, motivos económicos y motivos legales (Talavera, 2001).

En el ámbito latinoamericano la unión de hecho tiene su origen en motivos de orden social y cultural. La pobreza y la ignorancia de la población constituyen la causa determinante de su existencia. El legislador mexicano percibió esta realidad social y desde 1928 en el Código Civil para el Distrito y Territorio Federales, en materia común, y para toda la República en materia Federal, le otorgó al concubinato ciertos efectos civiles y familiares.

En la Exposición de Motivos de ese Código se expresa:

Hay entre nosotros, sobretodo en las clases populares, una manera peculiar de formar la familia: el concubinato. Hasta ahora se habían quedado al margen de la ley los que en tal estado vivían; pero el legislador no debe cerrar los ojos para no darse cuenta de un modo de ser muy generalizado en algunas clases sociales, y por eso en el proyecto se reconoce que produce algunos efectos jurídicos el concubinato, ya en bien de los hijos, ya a favor de la concubina, que al mismo tiempo es madre, y que ha vivido por mucho tiempo con el jefe de la familia. Estos efectos se producen cuando ninguno de los que viven en concubinato es casado, pues se quiso rendir homenaje al matrimonio, que la comisión considera como la forma legal y moral de constituir la familia, y si se trata del concubinato, es como se dijo antes, porque se encuentra muy generalizado, hecho que el legislador no debe ignorar (Galván, 2003: 2).

El legislador civil venezolano de 1942 también tomó en consideración la existencia tan arraigada del concubinato en nuestra realidad social, sobretodo en el ámbito rural, cuando consagró la presunción de la comunidad de bienes en el caso de unión no matrimonial. En la Exposición de Motivos

del Código Civil venezolano de 1942 en relación al artículo que contempla dicha norma, se lee:

La revisión de este Título dio oportunidad para atender a una situación que es frecuente en el país, principalmente en poblaciones, caseríos y campos alejados de centros densamente poblados. En aquellos lugares, los matrimonios, casi podría decirse son de excepción y abundan las uniones ilegítimas... (Granadillo, 1981: 335).

En este texto normativo no se regula propiamente la unión concubinaría *per se* sino el reconocimiento de un efecto de orden patrimonial en beneficio de la mujer que ha vivido permanentemente en tal estado y que ha contribuido con su trabajo a la formación o aumento del patrimonio del hombre.

Sin lugar a dudas el reconocimiento de efectos favorables a las uniones de hecho equiparándolas en este sentido al matrimonio, que contempla la Constitución venezolana vigente en el artículo 77, responde sustancialmente a causas de orden social.

La doctrina extranjera ha afirmado que las uniones de hecho en algunos Estados iberoamericanos se originan por causas de naturaleza permanente o estructural, como expresión del rechazo a las formas religiosas o civiles de una cultura diferente que se impone a ciertos sectores de la población. La regulación de estas uniones se justifica en la necesidad de adaptarse a la realidad social (Lázaro, 1999).

3. Delimitación Conceptual y Requisitos

1.1 Concepto

La doctrina extranjera ofrece una variedad de definiciones entre las cuales se citarán la de algunos tratadistas españoles y latinoamericanos, por considerar que son bastante representativas en cuanto a la caracterización que se hace de la unión de hecho.

Estrada define la unión libre en éstos términos: “La unión duradera, exclusiva y estable de dos personas de sexo diferente y capacidad suficiente, que con ausencia de toda formalidad y desarrollando un modelo de vida en comunidad como cónyuges, cumplen espontánea y voluntariamente los deberes de responsabilidad y solidaridad recíprocos” (1991: 76).

Mesa la concibe de la siguiente manera:

...la relación afectiva de una pareja, con independencia de su sexualidad, que comparte un proyecto de vida en común, con intención de permanencia y que, sin ningún tipo de formalidad en su constitución, desarrollan la convivencia en el mismo hogar de forma semejante a la conyugal (2000: 46).

Roca Trías define la unión o pareja de hecho así:

..unión estable de un hombre y una mujer, o de dos personas del mismo sexo, para desarrollar un proyecto de vida en común, semejante al del matrimonio. A la familia fundada en el matrimonio se opone, pues, esta otra realidad fundada en la convivencia (Talavera, 2001: 53).

El autor mexicano Galván expresa que el concubinato, en su calidad de causa o fuente de la familia, puede ser definido como:

... el acto unilateral, plurisubjetivo, de Derecho Familiar, por el cual un solo hombre y una sola mujer, libres de matrimonio, sin impedimento dirimemente no dispensable y con plena capacidad jurídica para celebrarlo entre sí, deciden hacer vida en común, de manera seria, no interrumpida, estable y permanente, a fin de constituir una nueva familia o grupo social primario, sin la necesidad de satisfacer determinadas formalidades, ni requisito alguno de inscripción en el Registro Civil (2003: 121-122).

Todas estas definiciones le atribuyen a este tipo de unión los siguientes caracteres: convivencia afectiva entre dos personas, con cierta estabilidad, comunidad de vida, con un hogar común, carente de formalización jurídica y con notoriedad o publicidad. La heterosexualidad es una nota que por lo general asoma la doctrina iusprivatista en el ámbito latinoamericano; no así los tratadistas europeos. Igualmente, casi todas estas nociones apuntan hacia la existencia de una clara analogía entre la unión de hecho y el matrimonio

Ni los textos constitucionales ni los textos legales, como el Código Civil o el Código de Familia, ni las leyes especiales sobre la unión de hecho suelen definir esta forma de vida en pareja aunque si destacan algunos de sus elementos constitutivos.

En criterio de la Sala Constitucional el concubinato es un concepto jurídico, contemplado en el artículo 767 del Código Civil, que lo caracteriza como una unión no matrimonial, por carecer de un acto constitutivo formal, entre un hombre y una mujer solteros, viudos o divorciados, la cual está signada por la permanencia de la vida en común. El concubinato es por excelencia la forma de unión estable prevista en el texto del artículo 77 de la Constitución. (TSJ/SC, 15-07-2005).

La sentencia del máximo tribunal de la república deja abierta la posibilidad de que por la vía legal puedan tipificarse otros tipos de relaciones entre hombres y mujeres como uniones estables a los efectos del citado artículo 77, tomando en consideración la permanencia y notoriedad de la relación, cohabitación, etc. En efecto, se cita el Proyecto de Ley Orgánica de Protección a la Familia, la Maternidad y la Paternidad, discutida en la Asamblea Nacional (2003), que contempla en su articulado la unión de hecho como una figura propia, distinta, a la del concubinato.

El citado proyecto al regular en capítulos separados ambas figuras jurídicas, resalta como uno de los elementos característicos de la unión estable de hecho la ausencia del impedimento de vínculo anterior por parte de cada uno de los convivientes; y en el supuesto del concubinato, la convivencia podría generar derechos aún en el caso de que ella no cumpla con los requisitos de exclusividad, estabilidad y singularidad por no estar vinculados a un hogar común establecido para la cohabitación regular de la pareja, en forma pública y notoria, ininterrumpida, durable permanente y oponerse a la relación la existencia de impedimentos no dirimentes.

1.2 Requisitos

a) Relación o convivencia singular entre dos personas de diferente sexo

Desde el Derecho Romano el concubinato se presenta como una relación exclusiva entre un hombre y una mujer. Destacan los caracteres de la singularidad de la relación así como la heterosexualidad. Se excluye la relación poligámica la cual es aceptada por ciertas culturas y religiones. El constituyente venezolano resalta ambos requisitos en el artículo 77. “Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio”.

En el Anteproyecto de Constitución presentado por ante la Asamblea Nacional Constituyente la norma comentada se refería en general a las uniones estables de hecho sin hacer alusión expresa a la diversidad de sexo, quizá con la intención de dejar abierta la posibilidad de extender los efectos jurídicos de tales uniones a la pareja homosexual.

Las relaciones homosexuales han sido no solo rechazadas en el ámbito del derecho sino también penalizadas. En la mayoría de los países europeos las relaciones homosexuales estuvieron tipificadas como delito hasta fecha

reciente. Sin embargo, desde los años 80 del siglo pasado, la tendencia en el Derecho europeo es otorgarle reconocimiento jurídico a las uniones de homosexuales registradas, equiparándolas al matrimonio, salvo ciertas limitaciones impuestas por la ley. Tal es el caso de Suecia, Noruega, Dinamarca y Holanda. En estos últimos países no se le otorga igual tratamiento jurídico a la convivencia de pareja heterosexual. En los países nórdicos prevalece el criterio de que aquella pareja que busca los efectos propios del matrimonio y puede casarse, debe contraer matrimonio. En caso contrario, el legislador se limita a regular el destino de la vivienda y de los bienes que conforman el ajuar doméstico que sean comunes. En el supuesto de la pareja homosexual que no tiene acceso al matrimonio pero quiere sus efectos, la ley ha previsto un estatuto normativo que resguarde su convivencia afectiva y que le confiere los efectos personales y patrimoniales propios del matrimonio.

La Comunidad de Cataluña, a través de la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones estables de pareja, ha sido la primera comunidad autónoma que en España ha regulado normativamente las uniones estables de parejas formadas por personas del mismo sexo que convivan maritalmente y manifiesten su voluntad de acogerse a dicha normativa. Esta ley regula separadamente la unión estable heterosexual de la unión estable homosexual. Otras comunidades autónomas de España también han admitido por la vía legal la existencia de la convivencia afectiva de la pareja de hecho con independencia de su orientación sexual.

España, finalmente, aprobó el 4 de julio del 2005 la ley que permite el matrimonio entre homosexuales y el reconocimiento del derecho a la adopción. Bélgica lo hizo el 30 de Enero de 2003 y los Países Bajos el 1° de abril de 2001.

En el año 1999 se aprobó en Francia la Ley n° 99-994 sobre el Pacto Civil de Solidaridad (PACS) el cual ofrece a cualquier pareja no casada, mayor de edad, del mismo o distinto sexo, la posibilidad de celebrar un contrato para organizar su vida en común, que excluye toda equiparación con el matrimonio y sin repercusiones sobre otras normas del Código Civil relativas a los actos del estado civil, a la filiación, a la adopción y a la autoridad paterna (*Code Civil*, 2006).

En la misma Ley se aprobó el concubinato como la unión de hecho caracterizada por una vida en común estable y continua, entre dos personas, de sexo diferente o de un mismo sexo (*Code Civil*, 2006).

A pesar del rechazo que en el ámbito social, político, religioso y jurídico despierta el homosexualismo, el tratamiento jurídico de las relaciones

homosexuales ha ido ganando terreno. La consagración de principios como la libertad, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad a nivel constitucional han marcado el debate en el mundo jurídico sobre la aceptación de las relaciones de pareja entre personas de un mismo sexo y el otorgamiento de efectos jurídicos a dicha convivencia equiparándola al matrimonio o admitiendo el matrimonio de homosexuales. En el contexto europeo se produjo la Resolución 28/1994, de 8 de febrero, del Parlamento europeo sobre “la igualdad de los homosexuales y las lesbianas” como una exigencia lógica del principio de igualdad. A partir de esa fecha se le ha ido otorgando legalidad a las uniones homosexuales en los países de la Unión Europea a través de la sanción de leyes que regulan el matrimonio del mismo sexo o matrimonio homosexual o gay.

En cuanto al requisito de la singularidad de la unión, la Sala Constitucional ha indicado que se trata de una nota constitutiva del concubinato, en el entendido que este es una especie de unión estable, a los efectos del artículo 77 de la Constitución. En consecuencia, para el otorgamiento de los efectos jurídicos del matrimonio es necesario que esa relación sea excluyente de otra u otras que coexistan con iguales características, salvo que la ley expresamente señale excepciones.

Sin embargo, la Sala Constitucional admite la figura del concubinato putativo, que se origina ante la posibilidad de que uno de los concubinos -de buena fe- ignore la existencia de un matrimonio no disuelto por parte del otro concubino.

b) Comunidad de vida

La convivencia *more uxorio* implica la existencia de una comunidad de vida estable y continua y, según un amplio sector de la doctrina iuscivilista española, debe ser análoga a la convivencia conyugal. Ello supone que los convivientes comparten todos los aspectos de una vida en común: vida afectiva, un mismo hogar, patrimonio, proyecto de vida, actividades laborales, etc. La comunidad de vida es el elemento objetivo que le da contenido a la unión de hecho, que permite distinguirla de otro tipo de relaciones no matrimoniales, por ejemplo del noviazgo. Algunos autores hablan de ciertos parámetros que hacen posible establecer de un modo objetivo lo que constituiría una comunidad de vida: voluntad de convivir y vida en un mismo domicilio.

Voluntad de convivir significa la necesaria y real existencia en cada conviviente de una voluntad continuada y renovada en el tiempo de formar una

pareja para compartir un proyecto de vida. Si esa intención desaparece en alguno de ellos, a partir de ese momento, la relación se disuelve sin necesidad del cumplimiento *a posteriori* de formalidad alguna (Talavera, 2001).

Vida en un mismo domicilio entraña cohabitar, la cohabitación no consiste en unos encuentros esporádicos u ocasionales. Tampoco significa cohabitación a ultranza ya que algún miembro de la pareja puede verse obligada a residir en otro lugar por razones diversas, siempre que estas no vayan acompañadas de una voluntad real de disolución o de separación, porque ello conllevaría la negación de todo efecto jurídico (Talavera, 2001).

En la doctrina surge la discusión acerca de si la convivencia *more uxorio* exige cohabitar en una vivienda en común. Para algunos iuscivilistas la comunidad de vida ha de entenderse como comunidad de techo, mesa y lecho. Según este criterio no tiene sentido hablar de convivencia marital sin cohabitación, y parece que sólo se puede cohabitar si cabe la posibilidad de vivir bajo un mismo techo. Esta afirmación da lugar a ciertas interrogantes: ¿Es la materialidad de una vivienda común el elemento determinante que califica la existencia de una unión de hecho, y no la voluntad de constituir esa convivencia afectiva? Parece claro que una unión de hecho es producto fundamentalmente del *animus convivendi*, y de la *affectio* personal entre los convivientes, sin estar supeditada a la materialidad de una vivienda o un domicilio (2001).

Por otro lado, debe admitirse que el criterio de una vivienda en común no es un requisito esencial, aunque si relativamente relevante, de la convivencia marital; ya que permite deslindar de manera inequívoca la convivencia *more uxorio* de otras relaciones de pareja, como por ejemplo el noviazgo. La vivienda en común es un importante y eficaz medio para acreditar y confirmar dicha convivencia (2001).

Para Estrada la respuesta al problema interpretativo que se plantea se localiza en la misma expresión utilizada, convivencia *more uxorio*. Si la convivencia ha de ser como la de los cónyuges, no puede exigirse en buena lógica, más a los compañeros que a los esposos. Es decir, que la convivencia no puede identificarse con la cohabitación a ultranza. La continuidad de la relación en este supuesto debe demostrarse, no tanto por su realidad material como por la voluntad tendencial de estar juntos (1991).

En el marco del derecho europeo para constituir un concubinato basta la continuidad de las relaciones y la comunidad de cohabitación deja de ser un elemento esencial a la misma (1991).¹

La Sala Constitucional ha establecido como elemento constitutivo de la unión estable de hecho la existencia de una comunidad de vida. Y así lo expresa:

Unión estable de hecho entre un hombre y una mujer”, representa un concepto amplio que va a producir efectos jurídicos, independientemente de la contribución económica de cada uno de los unidos en el incremento o formación del patrimonio común o en el de uno de ellos, siendo lo relevante para la determinación de la unión estable, la cohabitación o vida en común, con carácter de permanencia... (TSJ/ SC, 15-07-2005).

La comunidad de vida no exige la materialidad de una vivienda en común en el sentido tradicional. Según criterio de la jurisprudencia constitucional, las uniones estables, incluido el concubinato:

...no son necesariamente similares al matrimonio, y aunque la vida en común (con hogar común) es un indicador de la existencia de ellas, tal como se desprende del artículo 70 del Código Civil, este elemento puede obviarse siempre que la relación permanente se traduzca en otras formas de convivencia, como visitas constantes, socorro mutuo, ayuda económica reiterada, vida social conjunta, hijo etc (...)

Unión estable no significa, necesariamente, bajo un mismo techo (aunque esto sea un símbolo de ella), sino permanencia en una relación caracterizada por actos que, objetivamente, hacen presumir a las personas (terceros) que se está ante una pareja, que actúan con apariencia de un matrimonio o, al menos, de una relación seria y compenetrada, lo que constituye la vida en común (TSJ/SC, 15-07-2005).

No comparte este criterio, en la doctrina nacional, la jurista Haydee Barrios quien identifica comunidad de vida con cohabitación bajo un mismo techo o residencia común. La estabilidad es un elemento esencial y definitorio de las uniones de hecho en el orden constitucional, lo que se traduce en

¹ Este criterio, según Estrada (1991) se forja con las sentencias dirigidas a interpretar el artículo 340.4 del Código francés sobre el concubinato notorio, realizadas después que una sentencia del *Tribunal de Casación de 12 de enero de 1921* optara por la interpretación amplia del mismo. A partir de entonces basta para constituir concubinato notorio la continuidad de las relaciones, quedando en suspenso la exigencia de la comunidad de cohabitación. Continúa, por tanto, vigente el requisito de duración y estabilidad -vital a la hora de ser reconocida jurídicamente- y desaparece como requisito esencial la cohabitación.

la exigencia de compartir una residencia, como asiento físico donde se pone de manifiesto el trato permanente entre convivientes (Barrios, 2006).

c) Estabilidad

La convivencia marital en la unión de hecho debe desarrollarse con cierta estabilidad, es decir debe ser duradera, con cierta permanencia en el tiempo. La mayoría de las legislaciones que existen sobre la unión de hecho exigen de manera expresa el carácter de la estabilidad, la cual viene determinada por la fijación de un término de convivencia.

Este criterio ha sido acogido parcialmente por la doctrina. “La fijación de un número mínimo de años para comenzar a reconocer efectos jurídicos a las uniones libres nos parece, sino el único sistema válido, al menos es el que más garantiza la estabilidad” (Estrada, 1991: 66).

Hay quienes estiman que la duración de la vida en común puede servir como un indicio de firmeza, pero no es un sistema definitivo. Por una parte, se piensa que sería conveniente tomar en cuenta la significación y el contenido de ese término; y por la otra, hay quienes hablan simplemente de la acreditación de la intención de convivir *more uxorio*, cuya acreditación puede efectuarse a través de cualquier medio de prueba legal (Estrada, 1991).

Otros consideran que no debe identificarse duración y estabilidad en la unión de hecho. La estabilidad es más una consecuencia del carácter *more uxorio* de la convivencia que el cumplimiento de un período de tiempo que puede tener un significado ambiguo. Estabilidad y transcurso de un número de años no son conceptos sinónimos, pero si están indirectamente relacionados. Esta corriente doctrinaria vincula más la estabilidad con la voluntad recíproca de querer compartir un determinado proyecto de vida, que con el cumplimiento de un período de convivencia, aunque la convivencia por cierto tiempo es un factor que permite confirmar la voluntad de consolidar la relación afectiva. Por otro lado, si el reconocimiento de los efectos jurídicos de una unión de hecho se hace depender exclusivamente del transcurso de un plazo, surge la interrogante sobre si ello no favorecería los intentos forzados para alcanzarlo o por evitarlo dependiendo de los intereses que se persigan en cada caso (Talavera, 2001).

No existe uniformidad de criterio en la doctrina sobre el período de convivencia. En el ámbito legislativo se han establecido diversidad de plazos, evidentemente, que esto queda a criterio del legislador de cada país.¹

¹ En el Derecho Comparado a título ilustrativo: La *Carta Magna de Bolivia*

La existencia de hijos es otro indicador que muestra la estabilidad de la relación de pareja. No es un requisito necesario para atribuirle efectos jurídicos a la convivencia extramatrimonial.¹ Es un dato que permite demostrar la voluntad de vida afectiva estable por parte de los convivientes. En algunas legislaciones puede omitirse el cumplimiento del período de convivencia cuando existen hijos en común.

La Constitución venezolana consagra la exigencia de la estabilidad en la unión pero no se estableció término alguno, como si lo hizo por ejemplo el constituyente boliviano, al fijarlo en dos años. El transcurso de un término es el indicador más objetivo que denota la estabilidad de la relación. Le correspondería al legislador venezolano decidir si se va a establecer o no un período mínimo de convivencia para reconocerle efectos jurídicos a la unión.

El término de un año ininterrumpido podría ser el plazo a seguir, si se toma en consideración que de conformidad con el artículo 185 del Código Civil el divorcio puede ser declarado por el transcurso de más de un año después de declarada la separación de cuerpos, sin haber ocurrido en dicho lapso la reconciliación de los cónyuges. Es decir, que en este supuesto la comunidad de vida de los esposos puede prolongarse por el término de un año.

de 24/11/1945, dos años; el *Código de la Familia de Panamá* de 17/4/1994, 5 años; la *Ley 54/1990 de Colombia*, dos años; el *Código Civil Paraguayo* de 1° de enero de 1987, cualquiera que sea el tiempo; *Código Civil de Chiapas* (México), tres años; *Códigos Civiles Distrito Federal y Guerrero* (México), dos años; *Códigos Civiles de Baja California Sur y San Luis de Potosí* (México), cinco años; *Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja* de Cataluña, dos años; *Ley 6/1999, de 26 de marzo, de parejas estables no casadas* de Aragón, dos años; *Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables* de Navarra, un año; *Ley 11/2001 de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho*, doce meses; la *Ley de Arrendamientos Urbanos* de 24/11/1994, de España en la cual se reconoce en el art. 16.1 b) el derecho de subrogación *mortis causa* en el contrato de arrendamiento al conviviente de hecho, dos años.

¹ *Vid.* GALVAN RIVERA, F: ob. cit., pág. 100: Sin embargo, los Códigos Civiles de Jalisco y San Luis de Potosí (México) contienen disposiciones de carácter excepcional conforme a las cuales se exige, además de la procreación de un hijo, que la cohabitación entre concubina y concubinario previa al nacimiento del hijo procreado por ambos, haya sido cuando menos de tres años en el primer texto normativo y de un año en el segundo.

La Sala Constitucional, en el fallo comentado, sugiere el transcurso de dos años mínimo como un término que le permitiría al juez calificar la estabilidad de la unión. Para su señalamiento tomó como referencia el mismo plazo que la Ley del Seguro Social estipuló para que la concubina se haga acreedora de la pensión de sobrevivencia (TSJ/SC, 15-07-2005). Se omite la referencia a la existencia de hijos como un factor que pueda subsanar el transcurso del plazo señalado.

Por lo que toca a la existencia de hijos comunes en la unión de hecho se comparte el criterio de quienes sostienen que se trata de un asunto que, por sí mismo, carece de relevancia desde el punto de vista jurídico. Si ha habido procreación durante la convivencia, quiere decir que los convivientes han tenido la voluntad de mantener una comunidad de vida estable y que están dispuestos a compartir las responsabilidades que conlleva la filiación. En consecuencia, la procreación es un elemento que permite demostrar la permanencia en el tiempo de la relación de pareja, pero no es un factor constitutivo de la misma.

d) Relaciones sexuales

Un sector de la doctrina considera que la existencia de relaciones sexuales es un requisito esencial de la convivencia marital. En caso contrario se estaría en presencia de otro tipo de convivencia como por ejemplo la de amigos, la de compañeros de estudio, entre hermanos de diferente sexo, etc.

Hay quienes afirman que la sexualidad toca el ámbito de los derechos fundamentales de la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad consagrado en el orden constitucional y su verificación resulta casi imposible porque quedarían afectados esos derechos fundamentales. De manera que la cualidad de la convivencia *more uxorio* en ningún caso puede fundamentarse en la sexualidad (Talavera, 2001).

e) Ausencia de formalidad

La unión de hecho, a diferencia de la unión matrimonial, no requiere para su iniciación de un acto constitutivo formal. La unión de hecho surge de la voluntad de convivencia, *affectio maritalis*, la cual debe renovarse permanentemente. El hecho continuado de la cohabitación estable permite demostrar la voluntad de convivencia.

Algunas legislaciones exigen, a fin de reconocer los efectos jurídicos que derivan de la convivencia marital, la acreditación de la existencia de

la unión a través de la inscripción en el Registro del Estado Civil o en un Registro específico. Tal exigencia no riñe con el requisito de la ausencia de formalidad para su constitución.

f) Notoriedad

Por notoriedad se entiende el conocimiento que socialmente se tiene de la convivencia marital. La notoriedad no es un elemento constitutivo de la unión de hecho sino un elemento que permite demostrar la convivencia de pareja. Las relaciones clandestinas u ocultas ocurren en situaciones excepcionales: en el caso de relaciones incestuosas, convivencia con menores de edad, cuando uno de los convivientes pertenece a una determinada religión etc.

g) Capacidad

Se entiende por capacidad la posibilidad legal de ser sujeto o parte de la relación jurídica calificada como unión de hecho. En general la doctrina y la legislación extranjera son contestes al exigir que los integrantes de la unión sean personas legalmente capaces para contraer matrimonio. La capacidad matrimonial en el Código Civil venezolano está dada sobre la base de cuatro elementos: el discernimiento, la pubertad, la cordura y la potencia sexual. Los dos primeros elementos se reúnen en un solo requisito que es la capacidad en razón de la edad. Estos requisitos deben estar presentes en la unión no matrimonial, salvo la exigencia de la potencia sexual por las razones antes expresadas respecto al trato sexual.

h) Ausencia de impedimentos

La mayoría de los sistemas normativos de América Latina exigen que la unión de hecho ha de tener lugar entre personas que no tengan impedimentos legales para contraer matrimonio. Esta exigencia tiene pleno sentido en aquellas legislaciones que la equiparan con el matrimonio. Resultaría contradictorio otorgarle los mismos efectos jurídicos del matrimonio a las uniones no matrimoniales establecidas entre personas que la ley les prohíbe su celebración.

En el orden práctico, la realidad social evidencia que en muchos casos la pareja matrimonial se separa de hecho o legalmente sin llegar a divorciarse e inicia una nueva convivencia afectiva que puede calificarse de estable y permanente en el tiempo, notoria, con hijos en común y, sin embargo, no

podría catalogarse como una unión legítima desde el punto de vista jurídico debido a la presencia del impedimento de vínculo anterior. El tratadista español Reina no está de acuerdo con la idea de mantener la existencia del impedimento de vínculo anterior en la hipótesis arriba descrita, entre otras razones, porque excluyendo la interferencia de dogmatismos jurídicos, no hay razón alguna para penalizar al conviviente de hecho incurso en tales supuestos. (Reina, 1996)

Y agrega:

... que en estos supuestos, el derecho constitucional del libre desarrollo de la personalidad prevalece sobre otras normas, como la fidelidad conyugal, de rango inferior. No pasamos por alto que el propio artículo 10 de la Constitución habla también del ‘respeto a la ley y a los derechos de los demás’; pero entendemos que ni se transgrede ninguna norma de las que se refieren a la capacidad matrimonial cuando lo que se crea es una unión de hecho, ni la lesión que se produce a la otra parte (la ‘abandonada’) tiene rango suficiente para oponerle esa opción vital del ser humano. Creemos más bien que la lesión consistiría en la pretensión de negar al otro el libre desarrollo de su personalidad, impidiéndole reconducir su vida afectiva por los derroteros que estime conveniente. Por lo demás no hará falta recordar aquí el vaciado de contenidos obligacionales del matrimonio civil del que ya hemos tratado y del que lo relativo a la fidelidad es cabal exponente (Reina, 1996: 67).

En consecuencia, en su opinión, también son atribuibles a las uniones que se encuentren en tales circunstancias los efectos que el derecho le confiera a cualquier unión de hecho.

Las nociones sobre separación de hecho y separación legal deben ser revisadas por el legislador venezolano. En el caso del establecimiento de la filiación paterna del hijo de una mujer casada concebido por obra de un tercero, que no es su marido, con quien convive la mujer, estando suspendido el deber de cohabitación entre los cónyuges, la norma civil venezolana no le permite a ese hijo ejercitar la acción de desconocimiento, ni tampoco le confiere efectos jurídicos al reconocimiento voluntario que hiciera el padre biológico. Tal situación constituye una violación del derecho a la identidad, el derecho a la libre investigación de la paternidad y el derecho al nombre consagrado por la Constitución vigente.

Por otro lado, el legislador venezolano en la reforma del Código Civil de 1982 revisó en cierta forma la institución de la separación de hecho. De manera tímida mitigó la absolutividad de la presunción de paternidad matrimonial, al permitir en el artículo 225 el reconocimiento voluntario

del hijo concebido durante el matrimonio disuelto con fundamento en el artículo 185-A, separación de hecho de los cónyuges por más de cinco años, alegando cualquiera de ellos ruptura prolongada de la vida en común, siempre y cuando el período de la concepción coincida con el lapso de la separación que haya dado lugar al divorcio.

En el caso de la convivencia afectiva de la pareja de hecho, se le estaría condenando, manteniéndola al margen del derecho, en los supuestos de separación legal y separación de hecho, al no reconocerle ciertos efectos jurídicos a dicha convivencia.

En algunas legislaciones suramericanas, como en el caso de la boliviana, se permite que el conviviente de buena fe pueda invocar los efectos que producen las uniones libres, cuando se ha violado el impedimento de vínculo anterior o de libertad de estado (artículo 172 del Código de Familia). En la legislación argentina, la mayoría de las normas en las que se le reconocen efectos jurídicos a la unión de hecho, se prescinde de la exigencia relacionada con la aptitud nupcial, por lo que la existencia de impedimentos matrimoniales pierde toda trascendencia jurídica. Cita, entre otros supuestos legales, el artículo 257 del Código Civil, que impone la presunción de paternidad del concubino de la madre durante la época de la concepción sin hacer distinción alguna en cuanto a la existencia de impedimentos matrimoniales por parte de los convivientes (Azpíri, 2003).

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia admite la existencia del concubinato putativo, al señalar que “nace cuando uno de ellos, de buena fe, desconoce la condición de casado del otro. A juicio de esta Sala, en estos supuestos funcionará con el concubino de buena fe, las normas sobre el matrimonio putativo, aplicables a los bienes” (TSJ/SC, 15-07-2005).

La figura del concubinato putativo recogida por la citada sentencia se basa en la concepción garantista del derecho desde el punto de vista de los derechos humanos. Se protege el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. Y no solo alcanza la violación del impedimento relativo al vínculo anterior también se extiende a otros, por ejemplo al impedimento religioso.

Al analizar el concepto de buena fe debe aplicarse por analogía la buena fe requerida en el matrimonio putativo, se trata de la buena fe subjetiva. El conviviente de buena fe debe desconocer la existencia del impedimento. ¿Cómo se prueba en el concubinato putativo? Igual que en el matrimonio

putativo, como se trata de buena fe subjetiva, ella se presume, quien alegue la mala fe debe destruir la presunción, asume la carga de la prueba.

4. Aspectos Personales y Patrimoniales

Hablar acerca de los aspectos personales de la unión de hecho implica hacer referencia a los derechos y deberes recíprocos que dimanen de la convivencia de la pareja. ¿Cuáles son esos derechos y deberes? En el caso del matrimonio el régimen de vida conyugal se resuelve en un conjunto de derechos y deberes que son de carácter legal, de orden público, recíprocos e igualitarios. El matrimonio una vez celebrado genera *ope legis* el deber de vivir juntos, de guardarse fidelidad y de socorrerse mutuamente (asistencia moral y material).

En el caso de la unión no matrimonial, que no requiere del cumplimiento de formalidades para su constitución ni para su disolución, que se funda en una convivencia afectiva continua y estable y que es expresión del derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad ¿cómo podría imponerse legalmente esas obligaciones y deberes previstos para el matrimonio sin incurrir en contradicciones con la esencia misma de la unión de hecho?

En consecuencia, esta institución jurídica no debe someterse al estatuto normativo previsto por la ley para la relación matrimonial. Así, lo ha dejado sentado el máximo Tribunal del país al expresar, que las uniones estables de hecho no pueden equipararse íntegramente al matrimonio, y en consecuencia, no puede pretenderse que, automáticamente, se le reconozcan todos los efectos de aquel a este tipo de convivencia afectiva (TSJ/SC, 15-07-2005).

A juicio de la Sala Constitucional no existe entre los convivientes el deber de vivir juntos, ni tampoco el deber de fidelidad consagrados en el artículo 137 del Código Civil. El incumplimiento de esas obligaciones matrimoniales no produce efectos jurídicos, quedando rota la unión por el repudio que de ella haga cualquiera de los componentes, lo que ocurriría en el caso de que alguno de sus integrantes contraiga matrimonio con otra persona, o porque, por cualquier otra razón, se produjera la ruptura de la continuidad de la relación (TSJ/SC, 15-07-2005).

En relación al deber de socorro mutuo, que comprende tanto la asistencia moral como la de orden material, contemplado en los artículos 137 y 139 del Código Civil, respectivamente, la Sala Constitucional ha declarado que el deber de alimentos se mantiene vigente para cualquier tipo de unión de

hecho. Durante la existencia del concubinato cada uno podrá exigir alimentos al otro integrante de la pareja, salvo que carezca de recursos o medios propios para suministrarlos, en cuyo caso podrá exigirlos a las personas señaladas en el artículo 285 del Código Civil (TSJ/SC, 15-07-2005).

En cuanto al derecho que tiene la mujer de usar el apellido del marido, a juicio de la Sala Constitucional, "...es un derecho que le nace solamente del acto matrimonial, que conlleva a que añada algo a su identidad, y que se ve sostenido por el acta de matrimonio que refleja un nuevo estado civil". (TSJ/ SC, 15-07-2005)

La Sala Constitucional ha despejado otra serie de interrogantes en torno a la interpretación del artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que equipara la unión de hecho al matrimonio en cuanto a los efectos que de ella derivan. Merece especial comentario su declaración en torno al concubinato como fuente del estado civil. Sobre el particular señala:

El estado civil surge de unas manifestaciones de voluntad formales contenidas en las actas del estado civil, así como de las transformaciones que éste recibe y que constan en las notas marginales de las partidas.

Se trata de una cuestión formal que permite no solo conocer la condición de la persona, sino que resulta la piedra angular del sistema de identificación.

No existe, en estos momentos y para esta fecha, una partida del estado civil de concubinato, u otro tipo de unión, que otorgue el estado de concubino o unido y, por tanto, los símbolos que representan el estado civil, como el uso del apellido del marido por la mujer... (TSJ/SC 15-07-2005).

En consecuencia, se puede deducir de esta declaratoria que el concubinato tampoco crea parentesco alguno entre el concubino y los consanguíneos del otro compañero por no ser fuente de estado civil alguno.

La presunción legal de cohabitación que consagra el artículo 211 del Código Civil se convierte en una presunción legal de paternidad del hijo no matrimonial nacido durante la vigencia de la unión fáctica (TSJ/SC, 15-7-2005).

Hablar acerca de los aspectos de orden patrimonial implica hacer referencia al derecho económico que va a regir durante la convivencia de la pareja, sea esta matrimonial o no matrimonial. El régimen patrimonial matrimonial consagrado en el derecho venezolano es el de la libertad contractual abso-

luta, con las limitaciones que la ley impone. En forma supletoria se aplica el sistema de comunidad limitada de gananciales.

En general, la doctrina y la legislación europea se inclinan por la aceptación de la libertad de contratación en materia patrimonial en el ámbito de la convivencia de pareja no formalizada. Si se le confiere a las uniones de hecho todos los efectos de orden económico previstos para el matrimonio, se estaría atentando contra la naturaleza misma del matrimonio y contra la protección que constitucionalmente se le otorga. Se estima que no cabe aplicar en esta materia el principio de igualdad, puesto la unión de hecho y el matrimonio no son situaciones idénticas y merecedoras de igual tutela (Estrada, 1991).

En el ámbito del derecho europeo prevalece el criterio según el cual la ley debe prever un régimen subsidiario en defecto de convención expresa entre los compañeros. La normativa supletoria debe contemplar lo relativo al mantenimiento del hogar y los gastos comunes de la pareja, la responsabilidad frente a los terceros de las obligaciones contraídas por razón de los gastos comunes, asistencia material entre los miembros de la unión, extinción de la unión de hecho por ruptura o por defunción, derechos sucesorios, entre otros aspectos. En algunas legislaciones europeas se contempla una compensación económica, en caso de ruptura de la relación, con el propósito de proteger a la parte más débil de la misma.

Otro aspecto que despeja la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en relación al orden patrimonial es el que tiene que ver con la posibilidad de que los concubinos puedan pactar un régimen distinto al de la comunidad de bienes. En el matrimonio está previsto que los futuros cónyuges puedan celebrar capitulaciones matrimoniales. En las uniones de hecho no tiene cabida un régimen convencional.

A juicio de la Sala Constitucional, ello es imposible:

...porque la esencia del concubinato o de la unión estable no viene dada -como en el matrimonio- por un documento que crea el vínculo, como lo es el acta de matrimonio, sino por la unión permanente (estable) entre el hombre y la mujer, lo que requiere un transcurso de tiempo (que ponderará el juez), el cual es el que califica la estabilidad de la unión; y siendo ello así, a priori no puede existir una declaración registrada de las partes constitutivas de la unión, en el sentido de cómo manejarán los bienes que se obtengan durante ella (TSJ/SC, 15-07-2005).

A tenor de esta decisión los efectos económicos que derivan del concubinato son los mismos que produce el matrimonio y esto es así por mandato expreso del artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de

Venezuela. Los efectos patrimoniales no se limitan a aquellos que puntualmente señalan diversas leyes de la República sino que deben extenderse a todo lo que pueda conformar el patrimonio común.

Por lo tanto, la existencia de la unión estable de hecho deja sin efecto la presunción legal de comunidad de bienes consagrada en el artículo 767 del Código Civil. La comunidad de bienes existe de pleno derecho respecto de los bienes adquiridos por los concubinos durante el tiempo que se mantuvo la unión, así como en el matrimonio, dicha comunidad va a surtir efectos legales entre ambos convivientes y entre sus respectivos herederos, o entre uno de ellos y los herederos del otro. Incluso, los terceros pueden hacer efectiva las acreencias que tengan contra la comunidad, siempre y cuando se haya declarado judicialmente la existencia de la unión estable de hecho (TSJ/SC, 15-07-2005)

La comunidad de bienes que surge entre los unidos o concubinos va a estar sometida al mismo régimen patrimonial del matrimonio. El matrimonio exige para su disolución de la declaratoria judicial, que conlleva la extinción de la comunidad; la unión estable de hecho termina cuando se produce la ruptura de la unión, por lo que debe ser alegada y probada por quien pretende la disolución y liquidación de la comunidad. En este supuesto, a juicio de la SC, el demandante podrá pedir al juez que se dicten las providencias previstas en el artículo 174 del Código Civil.

Los efectos jurídicos que derivan de las uniones estables de hecho se extienden solo en algunos ordenamientos jurídicos al orden sucesoral, mayoritariamente, así lo contemplan las legislaciones latinoamericanas y algunas europeas. Tal es el caso de la Ley para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables de Navarra, la Ley de Sucesiones de Israel, los Códigos Civiles del Distrito Federal de México, Bolivia, Panamá y de otros países latinoamericanos. En los sistemas jurídicos que no reconocen derechos sucesorios a favor del compañero supérstite solo queda la posibilidad de beneficiar al conviviente sobreviviente otorgando testamento a su favor. Tal es el caso de Francia, Gran Bretaña, Suecia, Dinamarca, Noruega etc.

En la doctrina española, hay opiniones encontradas. Algunos consideran que no hay inconveniente alguno para que los convivientes *more uxorio* concurren a la sucesión intestada cuando falten los parientes que tienen derecho a heredar (Estrada, 1991). Otros consideran que “Si no existe la consecuencia de la previsión de un régimen económico matrimonial para los convivientes, resulta una consecuencia coherente la no previsión de ningún derecho sucesorio civil para las parejas de hecho” (Roca, 1996: 99).

La Sala Constitucional interpreta que entre los integrantes de la unión estable, quienes ocupan rangos similares a los de los cónyuges, existen los derechos sucesorales contemplados en el artículo 823 del Código Civil, siempre que el deceso ocurra durante la existencia de la unión. En consecuencia:

...el supérstite, al ocupar el puesto de un cónyuge, concurre con los otros herederos según el orden de suceder señalado en el Código Civil (artículo 824 y 825) en materia de sucesión *ab intestato*, conforme al artículo 807 del Código Civil, y habrá que respetársele su legítima (artículo 883 del Código Civil) si existiere testamento. Igualmente, las causales de indignidad que haya entre los concubinos, se aplicarán conforme al artículo 810 del Código Civil (TSJ/SC 15-07-2005).

Para reclamar los efectos civiles que derivan de la unión estable de hecho se exige su constatación judicial. La sentencia que declare su existencia:

...surtirá los efectos de las sentencias a que se refiere el ordinal 2° del artículo 507 del Código Civil, el cual se aplicará en toda su extensión, menos en lo referente a la necesidad de registro de la sentencia, lo cual no está previsto –y que por lo tanto carece de procedimiento- en la Ley (TSJ/SC, 15-07-2005).

El TSJ también ha señalado que la sentencia declarativa del concubinato debe indicar la duración del mismo, lo que facilita la aplicación del artículo 211 del Código Civil, ya que la presunción de cohabitación que consagra esta disposición legal se convierte en una presunción de paternidad para los hijos nacidos durante la vida concubinaría.

Conclusiones

Resulta difícil admitir que el artículo 77 de la Constitución vigente al establecer que las uniones estables de hecho “producirán los mismos efectos que el matrimonio”, lo que está es consagrando una absoluta igualdad entre estas uniones maritales de hecho y las uniones matrimoniales. Si ese fuere el sentido de la norma el constituyente estaría entrando en contradicción con la misma norma constitucional, ya que en el encabezamiento del artículo 77 se ordena la protección del matrimonio entre un hombre y una mujer fundado en el libre consentimiento y en la igualdad de los derechos y deberes. Asimismo, se estaría vulnerando el derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad, pues si la pareja ha optado voluntariamente por esta forma alterna de convivencia y no por el matrimonio, es porque ellos han decidido colocarse al margen del matrimonio aunque no

al margen del derecho. Los efectos propios del matrimonio no pueden darse entre aquellos que no han prestado el consentimiento matrimonial.

El fallo del Tribunal Supremo de Justicia que se ha venido analizando así lo ha declarado en lo que respecta a los efectos de orden patrimonial. Sin embargo, corresponde al legislador regular los aspectos más importantes relacionados con ésta institución independientemente que en tal regulación se aparte de la interpretación constitucional que sobre el artículo 77 ha realizado el Tribunal Supremo de Justicia, siempre y cuando no contraríe los principios y derechos consagrados en la Constitución de la República.

Le corresponde al legislador precisar el ámbito de aplicación de la ley en cuestión y destacar los elementos de la estabilidad y la notoriedad que permiten verificar de manera objetiva la relación afectiva de pareja no formalizada. Así como acotar, particularmente, el lapso de duración de la unión, decidiendo si se acoge o no el transcurso de dos años de unión estable propuesto por la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Asimismo, es importante definir si la ley va a seguir el sistema acogido por algunas legislaciones en torno a la acreditación de este tipo de relación, mediante su inscripción en un registro especialmente creado para este fin o a través de escritura pública. O, si por el contrario, se va exigir su declaratoria judicial, en cuyo caso la parte interesada en reclamar sus efectos, puede valerse de cualquier medio de prueba legal.

La regulación legal debe abordar los efectos de orden personal y patrimonial que derivan de la unión estable de hecho. ¿Por qué rechazar la posibilidad de un pacto o convenio regulador de la convivencia alegándose que ello contraría la esencialidad misma de la institución? Sí el matrimonio es un derecho inherente a la persona humana, recogido así en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y, además, se trata de un derecho vinculado muy estrechamente con otros derechos del hombre como la “igualdad y el libre desenvolvimiento de la personalidad”, entonces el hombre o la mujer pueden optar libremente por una convivencia no formalizada. Es lo que algunos autores han calificado como el “derecho a no casarse” y que en su opinión también debería plasmarse en el texto constitucional (Talavera, 2001). En consecuencia, la pareja podría optar por un convenio regulador de la convivencia que contemple los aspectos de orden patrimonial, sin que éste contraríe los derechos fundamentales de la persona. En defecto de pacto expreso la ley debe contemplar un régimen económico subsidiario.

La ley sobre las uniones estables de hecho debe incluir la regulación de la extinción de la unión incorporando las causas y consecuencias de su extinción. Por último, es importante establecer las previsiones en materia sucesoral, sobretodo si se mantiene la figura del concubinato putativo, pautando en que proporción concurren el cónyuge y el concubino sobrevivientes.

Referencias Bibliograficas

República Bolivariana de Venezuela N° 5453. Extraordinario. 24 de marzo de 2000. ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. COMISION PERMANENTE DE FAMILIA MUJER Y JUVENTUD. Proyecto de Ley Orgánica de Protección a la Familia, la Maternidad y la Paternidad. 2003.

AZPIRI, Jorge Osvaldo. 2003. Caracteres de la unión marital de hecho. En: Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia. N° 23. Abeledo Perrot , LexisNexis Argentina, S.A.. Buenos Aires, Argentina.

BARRIOS, HAYDEE (2006). “Sala Constitucional y las uniones estables de hecho. Breve Análisis crítico de la sentencia dictada el 15 de julio de 2005 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, relativa a la interpretación del artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”. En: Cristóbal Cornéles/ María Gracia Morais Coordinadores. 2006. VII Jornadas de la ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Caraca, Venezuela. Publicaciones Centro de Investigaciones Jurídicas UCAB.

CONGRESO DE LA REPUBLICA DE VENEZUELA. Código Civil de Venezuela. Ley de Reforma Parcial del Código Civil. 1982. Gaceta Oficial n° 2990, extraordinario de 26 de julio de 1982. Vadell Hermanos Editores.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. 1999. Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 36860. 30 de diciembre de 1999. Reimpresa por error material del ente emisor. Gaceta Oficial de la República.

ESTRADA ALONSO, Eduardo. 1991. Las Uniones Extra-Matrimoniales en el Derecho Civil Español. Editorial Civitas. España.

GALVÁN RIVERA, Flavio. 2003. El Concubinato en el Vigente Derecho Mexicano. Editorial Porrúa. México

GRANADILLO, Victor Luis. 1981. Tratado Elemental de Derecho Civil venezolano. Cuarta edición. Tomo III. Ed. Magón. Caracas.

INSTITUTO DE DERECHO PRIVADO DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA. 1993. Código Civil de Venezuela. Arts. 66 al 95. Ed. De la Biblioteca. Caracas.

JACOB, Francois; HENRY, Xavier; TISSERAND-MARTIN, Alice; WIEDERKEHR, Georges y BARATON, Francois. Code Civil. 2006. 105e édition. Editorial Dalloz. Francia.

LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel. 1999. Las uniones de hecho en el mundo: Pluralidad de la respuesta jurídica. Aproximación a un estudio de derecho comparado y de derecho internacional privado. En *Las Uniones de hecho. Una aproximación plural*. Graficas Alberdi, S.A. Madrid.

MESA MARRERO, Carolina. 2000. *Las Uniones de Hecho. Análisis de las Relaciones Económicas y sus Efectos*. 2da edición. Editorial Aranzadi. Navarra.

REINA BERNÁLDEZ, Victor. 1996. Las parejas de hecho en nuestro ordenamiento jurídico: un planteamiento de conjunto sobre la situación actual de las parejas no casadas ante las normas vigentes. En: *El Derecho Europeo ante la Pareja de Hecho*. Cedecs Editorial, S.L. España.

TALAVERA FERNANDEZ, Pedro A. 2001. *La unión de Hecho y el Derecho a no Casarse*. Editorial Comares. Granada.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia No. 15 de julio de 2005.