Gilberto Guerrero Quintero
Doctor en Derecho (Universidad de Los Andes)
Profesor Titular en la Universidad Católica Andrés Bello
Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales

EL CONCUBINATO EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA VIGENTE

Tribunal Supremo de Justicia
Colección Estudios Jurídicos Nº22
Caracas / Venezuela / 2008

KHW493
G934

Guerrero Quintero, Gilberto.

El concubinato en la Constitución venezolana vigente / Gilberto Guerrero Quintero – Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2008.

302 p. (Colección de Estudios Jurídicos, Nº 22)

1. Concubinato -- Venezuela. 2. Constitución -- Venezuela. 3. Derecho Civil -- Venezuela.

El Tribunal Supremo de Justicia no se hace responsable de las ideas expresadas por el autor

© República Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia
Colección de Estudios Jurídicos Nº 22
Fernando Parra Aranguren, Director

Depósito Legal lf:
ISBN:

Gilberto Guerrero Quintero
Doctor en Derecho (Universidad de Los Andes)
Profesor Titular en la Universidad Católica Andrés Bello
Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales

EL CONCUBINATO EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA VIGENTE

Tribunal Supremo de Justicia
Colección Estudios Jurídicos N° 22
Caracas/Venezuela/2008

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA CONSTITUCIONAL

Dra. Luisa Estella Morales Lamuño
Presidenta del Tribunal
y Presidenta de la Sala
Dr. Francisco Antonio Carrasquero López
Vicepresidente de la Sala
Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero
Dr. Pedro Rafael Rondón Haaz
Dr. Marcos Tulio Dugarte Padrón
Dra. Carmen Zuleta de Merchán
Dr. Arcadio Delgado Rosales

SALA POLITICOADMINISTRATIVA

Dra. Evelyn Margarita Marrero Ortiz
Presidenta de la Sala
Dra. Yolanda Jaimes Guerrero
Vicepresidenta de la Sala
Dr. Levis Ignacio Zerpa
Dr. Hadel Mostafá Paolini
Dr. Emiro Antonio García Rosas

SALA ELECTORAL

Dr. Luis Alfredo Sucre Cuba
Segundo Vicepresidente del Tribunal
y Presidente de la Sala
Dr. Luis Martínez Hernández
Vicepresidente de la Sala
Dr. Rafael Arístides Rengifo Camacaro
Dr. Juan José Núñez Calderón
Dr. Fernando Ramón Vegas Torrealba

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Dra. Yris Armenia Peña Espinoza
Presidente de la Sala
Dra. Isbelia Josefina Pérez Velásquez
Vicepresidenta de la Sala
Dr. Antonio Ramírez Jiménez
Dr. Carlos Oberto Vélez
Dr. Luis Antonio Ortiz Hernández

SALA DE CASACIÓN SOCIAL

Dr. Omar Alfredo Mora Díaz
Presidente de la Sala
Dr. Juan Rafael Perdomo
Vicepresidente de la Sala
Dr. Alfonso Rafael Valbuena Cordero
Dr. Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez
Dra. Carmen Elvigia Porras de Roa

SALA DE CASACIÓN PENAL

Dra. Deyanira Nieves Bastidas
Primera Vicepresidenta del Tribunal
y Presidenta de la Sala
Dr. Eladio Ramón Aponte Aponte
Vicepresidente de la Sala
Dra. Blanca Rosa Mármol de León
Dr. Héctor Manuel Coronado Flores
Dra. Miriam del Valle Morandy Mijares

Palabras Preliminares

El número 22 de la Colección Estudios Jurídicos difunde la obra *El concubinato en la Constitución venezolana vigente* del doctor Gilberto Guerrero Quintero, abogado y doctor en derecho por la Universidad de Los Andes, profesor titular en la Católica Andrés Bello, ex Magistrado suplente en la Sala de Casación Civil de este Alto Tribunal y autor de numerosas publicaciones, entre las cuales pueden mencionarse *Posiciones Juradas* , merecedora del Premio Nacional de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, correspondiente a 1992, y *Objeto de la prueba y su alegación* , divulgada en esta misma Colección, Nº 11, en el año 2005, con una reimpresión, cuya segunda edición, aumentada y puesta al día, se entregó al público este mismo año.

Además de las conclusiones, la obra está dividida en nueve capítulos. El primero de ellos versa sobre el matrimonio y la unión estable de hecho; después de analizar la estructura del artículo 77 constitucional, explicita los diversos modos de extinguir la unión fáctica. De seguidas enfatiza las diferencias entre el matrimonio y la unión estable de hecho (segundo) y aborda la temática de la interpretación constitucional, luego de comentar tanto la idea de Estado democrático y social de derecho y de

justicia como la distinción entre los conceptos de precedente e interpretación vinculante (tercero). En el capítulo cuarto aborda este rasgo del fallo de la Sala Constitucional Nº 1682, de quince de julio de 2005, al tiempo que da a conocer no sólo de la acción concubinaria declarativa y la acumulación de acciones sino también de algunas decisiones sobre la materia provenientes de la extinta Corte Suprema de Justicia (Sala Político-Administrativa) y del actual Tribunal Supremo de Justicia, Salas de Casación Civil y Social, particularmente la citada Nº 1682/05: en ésta explica el significado de la expresión unión estable y su vinculación con diversas disposiciones del Código Civil. Los tres siguientes acápites especifican los requisitos de la unión *more uxorio* (quinto), los efectos mencionados en el artículo 77 constitucional (sexto) y el concubinato putativo (séptimo). Los dos finales, se refieren a los derechos sucesorios de los cónyuges y convivientes (octavo) y al resarcimiento entre concubinos por la ruptura de la relación (noveno).

De la obra se infiere –y así lo estampa entre sus varias conclusiones– la necesidad de un registro de las uniones estables de hecho, entre personas de diferente sexo, donde se imprimen datos significativos, a fin de evitar que las personas con vida en común sean "copias de la unión matrimonial, a la fuerza y contra la voluntad de las mismas, en la forma como la presenta el artículo 77 constitucional, pues el hombre y la mujer que conviven de hecho, aparte de otros motivos que tengan, es porque no quieren contraer matrimonio o legalmente no pueden".

Para quien suscribe, es motivo de gran satisfacción entregar a la comunidad jurídica nacional esta nueva obra del profesor Gilberto Guerrero Quintero y espera que ésta sea recibida por sus destinatarios con el mismo interés de los libros anteriores del autor y el resto de las publicaciones del Tribunal Supremo de Justicia.

Caracas, veinticuatro de julio de 2008

Luisa Estella Morales Lamuño

Contenido

Dedicatoria 11
Abreviaturas 13

CAPÍTULO I
EL MATRIMONIO Y LA UNIÓN ESTABLE DE HECHO 15

1. Estructura del artículo 77 constitucional 15
1.1 Principios y reglas 16
1.2 El matrimonio y la unión *more uxorio* 22
1.3 La unión de hecho y el concubinato 41
1.3.1 Unión fáctica entre un solo hombre y una sola mujer 51
1.3.2 Que la unión sea estable 52
1.3.3 Comunidad de vida "como si fuesen casados" 52
1.3.4 Ausencia de impedimentos dirimentes 53
1.3.5 Notoriedad 56
2. Causas de extinción de la unión fáctica 56
2.1 El divorcio 57
2.2 La muerte 58
2.3 Nulidad 59
2.4 Declaratoria de ausencia 59
2.5 En situación de quiebra 60
2.6 En cuanto a la separación judicial de bienes entre los convivientes 61

CAPÍTULO II
¿ES EQUIPARABLE LA UNIÓN ESTABLE DE HECHO AL MATRIMONIO? 65

1. No existe equiparación 65
2. Criterio de la Sala Constitucional 67
3. Equiparación e igualdad 70

CAPÍTULO III
LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL 79

1. El Estado democrático y social de derecho y de justicia 79
2. Precedente e interpretación vinculante 83
2.1 *Stare decisis* 88
2.2 *Obiter dictum* 89
2.3 *Ratio decidendi* 90
3. La interpretación constitucional 97

CAPÍTULO IV
DECISIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, DE FECHA 15 DE JULIO DE 2005 105

1. Interpretación vinculante y efecto inmediato del artículo 77 constitucional 105
2. Acción concubinaria declarativa y acumulación de pretensiones..... 113
2.1 La unión *more uxorio* y su declaración judicial 113
2.2 Acción concubinaria declarativa y acumulación de pretensiones 121
2.2.1 Incompatibilidad de carácter material 130
2.2.2 Incompatibilidad de carácter procesal 131
2.2.3 Fallos del Tribunal Supremo de Justicia vinculados al tema..... 137
3. La expresión "unión estable" 158
4. La unión estable de hecho entre un hombre y una mujer y los impedimentos dirimentes 162
4.1 Impedimentos impedientes dispensables 163
4.1.1 Impedimento impediente de consanguinidad (art. 53, CC) 163
4.1.2 Impedimento impediente de afinidad (art. 53, CC) 164
4.1.3 Impedimento impediente de *turbatio sanguinis* (por la confusión de la sangre, evitar conflictos de paternidad, art. 57 CC). 164
4.1.4 Impedimento impediente de tutela (art. 58, CC) 164
4.2 Impedimentos impedientes no dispensables 164
4.2.1 Impedimento impediente de autorización (art. 46, CC) 164
4.2.2 Impedimento impediente de inventario (art. 111, CC) 165
4.3 Impedimentos dirimentes absolutos 166
4.3.1 Impedimento dirimente absoluto de vínculo anterior (art. 50, CC) 166
4.3.2 Impedimento dirimente absoluto de rapto (art. 56, CC) 167
4.3.3 Impedimento dirimente absoluto de orden (art. 50, CC) 167
4.4 Impedimentos dirimentes relativos 168
4.4.1 Impedimento de consanguinidad (art. 51, CC) 168
4.4.2 Impedimento de afinidad (art. 51, CC) 168
4.4.3 Impedimento de adopción (art. 54, CC) 168
4.4.4 Impedimento de crimen (art. 55, CC) 169

5. Los artículos 767 del Código Civil y 77 constitucional 170
6. Interpretación y reserva legal 179
7. Comunidad de bienes entre convivientes y medidas cautelares 183
7.1 En los procesos tendentes a que se reconozca el concubinato o la unión estable, se podrán dictar las medidas preventivas necesarias para la preservación de los hijos y bienes comunes 185
8. Convenios o pactos *more uxorio* 190
9. Artículo 211 del Código Civil y concubinato notorio 193
10. Duración de la unión *more uxorio* 196
11. El artículo 168 del Código Civil y los terceros 198

CAPÍTULO V
ESTABILIDAD Y REQUISITOS DE LA UNIÓN *MORE UXORIO* 201

1. La estabilidad 202
1.1 La estabilidad en la unión de hecho 202
1.1.1 Cohabitación 203
1.1.2 Permanencia 207
1.1.3 Singularidad 210
1.1.4 Notoriedad 211
1.1.5 No existencia de impedimentos dirimentes 212
2. Los requisitos establecidos en la ley 212
2.1 Artículo 44 215
2.2 Artículo 46 216
2.3 Artículo 47 218
2.4 Artículo 48 219
2.5 Artículo 50 221
2.6 Artículo 51 222
2.7 Artículo 52 223
2.8 Artículo 53 224
2.9 Artículo 54 225
2.10 Artículo 55 226
2.11 Artículo 56 226
2.12 Artículo 59 227

CAPÍTULO VI
EFECTOS A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 77 CONSTITUCIONAL 231

1. Efectos personales 233
1.1 Deber-derecho de convivencia 233
1.2 Deber-derecho de fidelidad 234
1.3 Deber-derecho de asistencia convivencial 234
1.4 Derecho a usar el apellido 240
1.5 Domicilio convivencial 241
1.6 En relación a los hijos e hijas 242
1.7 En materia de adopción 242
1.8 Estado de pariente afín 243
2. Efectos patrimoniales 244

CAPÍTULO VII
EL CONCUBINATO PUTATIVO 255

1. Criterio de la Sala Constitucional 255
1.1 Primera inferencia 257

1.2 Segunda inferencia 260
1.3 Tercera inferencia 261
2. ¿Concubinato declarado nulo? 265
2.1 Por lo expuesto, el matrimonio putativo, para que sea tal tendría, entonces que cumplir varios requisitos..... ... 266
2.1.1 El matrimonio para que pueda declararse como putativo exige que el mismo se haya contraído 266
2.1.2 Nulidad del matrimonio por sentencia definitivamente firme, para que pueda reputarse válido para el cónyuge (o ambos) de buena fe y siempre en relación con los hijos, desde su celebración hasta la fecha de la sentencia que declare la nulidad 267
2.1.3 La buena fe 267
2.2 Por tanto, para que la unión *more uxorio* o concubinaria sea reputada putativa, se requiere 268
2.2.1 Existencia de la unión concubinaria. Que la unión *more uxorio* sea declarada por el Tribunal competente a través de sentencia definitivamente firme 268
2.2.2 Que la unión sea declarada nula o anulada 269
2.2.3 La buena fe 269
3. Efectos del concubinato putativo 269
3.1 Respecto de los convivientes 270
3.1.1 Efectos de carácter personal y familiar 270
3.1.2 Efectos sobre los pactos concubinarios 271
3.1.3 Efectos sobre la comunidad de gananciales 272
3.1.4 Efectos sobre las donaciones con ocasión del concubinato 272
3.1.5 Sobre la vocacion hereditaria intestada 273
3.2 Efectos sobre los hijos e hijas 273
3.2.1 Efectos sobre la patria potestad 273
3.2.2 La buena y la mala fe singular 274
3.2.3 La mala fe dual 274

CAPÍTULO VIII
CÓNYUGES, CONVIVIENTES Y DERECHOS SUCESORIOS.... 277

1. Derechos sucesorios de los cónyuges 278
2. Derechos sucesorios de los convivientes *more uxorio* 279

CAPÍTULO IX
RESARCIMIENTO ENTRE CONCUBINOS POR LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA 285

1. Ilicitud objetiva..... 287
1.1 La antijuricidad o ilicitud objetiva 287
1.2 No habiendo conducta antijurídica 289
1.3 Abuso de derecho 290
1.4 ¿En el caso de culpa o dolo? 292
2. El daño..... 293
3. La relación de causalidad 294

Conclusiones 295

“Y creó Dios al hombre a imagen suya;
a imagen de Dios lo creó; varón y hembra
los creó” (Gén. 1,27)

“Por eso el hombre deja a su padre
y a su madre para unirse a una mujer,
y formar con ella un solo ser.

Los dos estaban desnudos, hombre y mujer, pero
no por eso se avergonzaban” (Gén. 2. 24-25)

“Si tu intención es describir la verdad,
hazlo con sencillez y la elegancia déjasela
al sastre” (Albert Einstein)

Abreviaturas

CC:	Código Civil
CPC:	Código de Procedimiento Civil
CP:	Código Penal
COPP:	Código Orgánico Procesal Penal
CRBV:	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela
CSJ:	Corte Suprema de Justicia
DRAE:	Diccionario de la Real Academia Española
LSDA:	Ley sobre Derecho de Autor
LSPF:	Ley sobre Protección Familiar
LOPNNA:	Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes
PLPFMP:	Proyecto de Ley para la Protección de la Familia, la Maternidad y la Paternidad
TSJ:	Tribunal Supremo de Justicia

CAPÍTULO I

EL MATRIMONIO
Y LA UNIÓN ESTABLE DE HECHO

1. ESTRUCTURA DEL ARTÍCULO 77 CONSTITUCIONAL

Nos referimos a la estructura del artículo 77 constitucional no en relación con los elementos formales de esta norma jurídica (la hipótesis, el nexo y la consecuencia jurídica), sino en cuanto a los datos sustantivos (de contenido) de la norma, que se yuxtaponen en orden a principios y reglas, el matrimonio y la unión convivencial, fáctica o *more uxorio* entre un solo hombre y una sola mujer, así como la unión de hecho y el concubinato. Es posible encontrar en esa norma otro conjunto de elementos sustantivos (sin mayor trascendencia en el continente normativo). Sin embargo, los datos sustantivos de la indicada yuxtaposición nos permiten realizar algunas anotaciones entre los elementos (datos) esenciales a que la norma se contrae como son: el matrimonio y la unión estable de hecho, pues las exigencias que el artículo 77 constitucional contempla aparentemente elementales o simples, no son ni elementales ni simples, al establecer esa norma que "...Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos estableci-

dos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio"; y mientras no exista ley específica que regule a la unión fáctica nada fácil resultará la demostración de ésta con fundamento en esa norma constitucional –como podremos *infra* observar– en orden a los concurrentes requisitos de la "*estabilidad*" (concepto jurídico indeterminado, abierto y sujeto a interpretación, en orden no sólo a su significado sino a los elementos que la comprenden), y los "requisitos establecidos en la ley", que también requieren de interpretación en su aplicación, pues como opina José Asensi Sabater[1], las normas constitucionales presentan con frecuencia una estructura incompleta. Algunas normas constitucionales de naturaleza programática, independientemente de su carácter vinculante, han de ser completadas por disposiciones legislativas. Es el caso de los principios o de los derechos sociales.

1.1 *PRINCIPIOS Y REGLAS*

Uno de los temas más discutidos en la teoría del Derecho, en los últimos años, es el de los *principios jurídicos* y su distinción con las *reglas*, debido esencialmente a Ronald Dworkin[2], quien construye su teoría como un ataque frente al positivismo jurídico que ve el ordenamiento jurídico como un sistema normativo integrado exclusivamente por reglas, olvidándose de los principios. Para Dworkin, los principios hacen referencia a la justicia y la equidad, mientras las normas se aplican o no se aplican, los principios dan razones para decidir en un sentido determinado, pero, a diferencia de las normas, su enunciado no determina las condiciones de su aplicación. El contenido material del principio –su peso específico– es el que determina cuándo se debe aplicar en una situación determinada. Los principios, además, informan las normas jurídicas concretas de tal forma que la literalidad de la norma puede ser desatendida por el juez cuando viola un principio que en ese caso específico se considera importante. Para Dworkin, ambos conjuntos de es-

[1] *Constitucionalismo y Derecho Constitucional,* p. 191, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1996.
[2] *Los Derechos en Serio*, p. 72 y ss., Ariel Derecho, España, 1999.

tándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Mientras que las características de las reglas es que éstas son dadas y una vez que esto sucede, la respuesta que dan tendrá necesariamente que ser aceptada. Por el contrario, y como el mismo Dworkin lo advierte, el principio es algo que debe tomarse en cuenta, y si éste resulta relevante, servirá entonces para orientar la dirección de un conflicto en uno u otro sentido.

Se dice que el derecho actual está compuesto de normas y principios, que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios, por lo cual distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley; que sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, "constitutivo" del orden jurídico; mientras que las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas, en efecto, se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan. Sin embargo, no es fácil para la doctrina aportar una definición de "principios constitucionales", ante la pluralidad de concepciones, pues cada una de las mismas va a redundar en un *definiendum* diferente. Se trata de un *nomen iuris* (denominación jurídica). Por tanto, existen múltiples maneras de emplear el vocablo "principio" en la temática constitucional (principio como valor, principio como metanorma, principio como supernorma, principio como generalización de normas, principio como norma a medias). Y como se afirma en la doctrina, cada principio, dentro del razonamiento puede tener una forma de operar distinta, pues hay principios "organizativos" del poder (principio de legalidad, división de poderes), principios "teleológicos" (asociados a valores deseables: justicia, bien común, paz), principios "procedimentales" (debido proceso, en su variante sustantiva y adjetiva) y principios de "criterio" (el más importante, en nuestro sistema, es el principio de razonabilidad); y las concepciones más "puras" de principios –principios "en sentido fuerte"– son las que

se relacionan con su "fundamentalidad", que corresponden a las tres primeras acepciones de nuestro catálogo[3].

Las reglas son normas que, dadas determinadas condiciones, ordenan, prohíben, permiten u otorgan un poder de manera definitiva. Así, pueden caracterizarse como "mandatos definitivos". Los derechos que se basan en reglas son derechos definitivos. Los principios son normas de un tipo completamente distinto. Éstos ordenan optimizar. Como tales, son normas que ordenan que algo debe hacerse en la mayor medida fáctica y jurídicamente posible. Las posibilidades jurídicas, además de depender de reglas, están esencialmente determinadas por otros principios opuestos, hecho que implica que los principios pueden y deben ser ponderados. Los derechos que se basan en principios son derechos *prima facie*[4]. Pero también se opina[5] que hay un punto decisivo para la distinción entre principios y reglas, y consiste en que los primeros son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas; que los mismos son *mandatos de optimización* que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario, en cambio las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo o cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente. Lo importante por ello no es si la manera de actuar a

[3] Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil,* p. 110, traducción de M. Gascón, 2ª ed., Madrid, Trotta, 1997.

[4] En trabajo sobre Robert Alexy, *Derecho y Razón Práctica*, Distribuciones Fontamara, Colección de Ética, Filosofia del Derecho y Política, Nº 30, México, 1993.

[5] Robert Alexy, *Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica*, ponencia presentada en las IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídica, San Sebastián (España), septiembre de 1988.

que se refiere la regla puede o no ser realizada en distintos grados. Hay por tanto distintos grados de cumplimiento. Si se exige mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio. Si sólo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla.

Sin embargo, en la doctrina no existe acuerdo para separar los principios y reglas. Para Aulis Aarnio[6], por ejemplo, en primer lugar, la indeterminación e imprecisión pueden predicarse tanto de los principios como de las reglas. "Reglas y principios pueden tener teóricamente el mismo grado de inexactitud, y por lo tanto resulta imposible separarlos en categorías lingüísticas nítidamente distintas". En segundo lugar, tanto reglas como principios, una vez que son "consideradas todas las cosas" (*all things considered*), permiten llegar a formulaciones normativas con un contenido preciso.

De todas maneras, que la diferencia (entre reglas y principios) estriba en que los principios configuran el caso en forma abierta, mientras que las reglas lo hacen en forma cerrada. Con ello queremos decir que mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas: no se trata sólo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedad, sino de que tales condiciones no se encuentran genéricamente determinadas. El tipo de indeterminación que aqueja a los principios es, pues, más radical que el de las reglas (aunque, desde luego, entre uno y otro tipo de indeterminación puede haber casos de penumbra)[7].

---

[6] *Reglas y Principios en el Razonamiento Jurídico*, Anuario da la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña, pp. 593-602, 2000.

[7] Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las Piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, p. 9.

Si observamos el artículo 77 constitucional *in commento* y el 44 del Código Civil, a la luz de las anteriores anotaciones, tendríamos la posibilidad de obtener que esta norma constitucional podría estar estructurada por principios y reglas al mismo tiempo; y la norma civil únicamente integrada por una regla. En efecto, conforme al artículo 77: "Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, el cual se funda en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y los deberes de los cónyuges. 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". Esta norma, cuando expresa: "Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer", configura una *regla* porque el concepto es cerrado, determinado, y no cabe allí una interpretación distinta ni se puede incorporar un contenido que cambie lo que se dice, pues el matrimonio protegido constitucionalmente es únicamente el contraído entre un hombre y una mujer; por lo cual la regla se aplica o no se aplica. En cambio, cuando allí se contempla, en relación al matrimonio, "el cual se funda en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y los deberes de los cónyuges", la norma, en este punto, contiene un *principio,* pues el concepto no es cerrado sino abierto, no es determinado sino indeterminado, por lo que cabe allí la interpretación de los *conceptos jurídicos indeterminados* "igualdad absoluta de los derechos y los deberes conyugales", que exige explicitar la voluntad normativa por medio de la compleja metodología interpretativa, en orden a establecer en qué consiste la "igualdad absoluta" y también esos "deberes y derechos conyugales"; y si en el caso concreto esa igualdad absoluta se da o no se da y de qué manera, donde sólo es admisible para la misma una solución justa.

De igual manera, el artículo 77 constitucional en la segunda hipótesis del mismo, pauta que "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". Esta hipótesis normativa contiene un *principio* (así como la regla: *"entre un hombre y una mujer,* que es un concepto cerrado, determinado*"*), pues el concepto ("*unión estable de hecho*") no es cerrado sino abierto, no es determinado sino indeterminado, por lo cual requiere de interpretación no sólo del signifi-

cado de "unión de hecho", sino los vocablos "estable" y "efectos"[8], como conceptos jurídicos indeterminados, abiertos, que tienen, cada uno de los mismos, diversos significados, son vagos e imprecisos en la forma empleada, pero que tienen una directriz indicada por la propia norma constitucional, no obstante su indeterminación que está sujeta a valoración sin que se autorice su tergiversación para sacarla del objetivo indicado en la norma. Por eso, cuando los conceptos jurídicos indeterminados afectan derechos fundamentales, su determinación tiene que realizarse a la luz de las normas constitucionales y legales que resulten aplicables a tales derechos, pues de la indeterminación legislativa del concepto no puede derivarse la posibilidad de imponer restricciones injustificadas a los derechos fundamentales, entendiendo por tales restricciones, aquellas que trasciendan los límites que a cada derecho trazan las respectivas normas constitucionales y legales.

Y en cuanto concierne al artículo 44 del Código Civil vigente, el mismo contempla: "El matrimonio no puede contraerse sino entre un solo hombre y una sola mujer...". Se trata de una regla, de un concepto jurídico determinado, cerrado, donde no cabe una interpretación distinta a la que la norma ordena, por lo que no se permite establecer que es posible la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo, o entre varias (más de dos) de sexo distinto, por lo cual la norma se aplica o no se aplica en su contenido, tal como ella es, como está estructurada, pues esta norma jurídica contiene esos conceptos que la misma precisa, determina su contenido y lo construye de modo explícito, sin dejar ninguna duda: "El matrimonio no puede contraerse sino entre un solo hombre y una sola mujer...".

---

[8] La Sala Constitucional del TSJ en sentencia interpretativa del artículo 77 constitucional, de fecha 15 de julio de 2005 (caso: Carmela Mampieri Giuliani), resolvió que: "(...) el matrimonio –por su carácter formal– es una institución que nace y se prueba de manera distinta al concubinato o a cualquier otra unión estable, y por ello estas últimas no pueden equipararse íntegramente al matrimonio y, por tanto, no puede pretenderse que, automáticamente, todos los efectos del matrimonio se apliquen a las "uniones estables. En consecuencia, no es posible una declaración general que asimile las uniones (de cualquier tipo) al matrimonio, y por lo tanto, observa la Sala, hay que distinguir cuáles efectos del matrimonio se aplican al concubinato y a las posibles otras uniones estables (...)".

1.2 *EL MATRIMONIO Y LA UNIÓN* ***MORE UXORIO***

Según el artículo 77 de la Constitución Nacional,

> Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, el cual se funda en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta[9] de los derechos y los deberes de los cónyuges. *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*. (Destacado nuestro).

El artículo 77 de la Constitución venezolana vigente contempla dos (2) principios contradictorios y diferentes como son: la protección al matrimonio y la tutela de las uniones estables de hecho, en ambos casos entre un hombre y una mujer. La contradicción *inter* principios pudiera apreciarse si se observa que decir "matrimonio" - "unión de hecho" como iguales o equivalentes no es más que una afirmación-negación,

[9] Que existe por sí misma, independientemente de cualquier relación o comparación con cosas; que existe por sí misma, independientemente e incondicionada; que es completa, general o incluye todos los elementos o partes de una; que no está por ninguna restricción, condición o ley, en especial gobernantes y formas de gobierno en su actuación. Sin embargo, la "igualdad absoluta" (de los derechos y deberes conyugales) constituye una afirmación principista de orden relativo, puesto que esa "igualdad absoluta" resultará obviamente inalcanzable, sobre todo si se observa un mundo desigual donde los deberes y derechos, por su propia indeterminación y naturaleza, resultan siempre inacabados e inagotables, y ejemplo de esto es el artículo 22 de la Constitución Nacional cuando pauta: "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos". No obstante esa "igualdad absoluta" se comprende a la luz del notable avance del desarrollo ético y doctrinario de los derechos humanos en las últimas décadas, especialmente por la actividad de la mujer para proteger su dignidad y evitar la discriminación en su contra, logrando se legisle ante la situación de inferioridad a que ha estado sometida no sólo en la familia (la violencia intrafamiliar) sino en la sociedad. Los avances están a la vista, y el avance progresivo de los derechos (también deberes), la igualdad de condiciones en las relaciones sociales, políticas, de lenguaje y oportunidades, laborales, jurídicas, económicas. Al respecto, avanzado luce el Código Civil venezolano cuando en el artículo 137 pauta: "Con el matrimonio el marido y la mujer adquieren los mismos derechos y asumen los mismos deberes...".

pues se oponen recíprocamente, más aún, cuando no pueden ser y no ser al mismo tiempo: es matrimonio o es unión de hecho. Pero la contradicción inter principios no significa que los mismos se excluyan recíprocamente, el uno frente al otro en choque irreconciliable, pues ambas realidades existen y funcionan cada una dentro de su propia identidad y especificidad que los hace diferentes.

Aristóteles en Metafísica 1005b, dice que "el principio más firme de todos es aquel acerca del cual es imposible engañarse; es necesario, en efecto, que tal principio sea el mejor conocido (pues el error se produce siempre en las cosas que no se conocen) y no hipotético. Pues aquel principio que necesariamente ha de poseer el que quiera entender cualquiera de los entes no es una hipótesis, sino algo que necesariamente ha de conocer el que quiera conocer cualquier cosa, y cuya posesión es previa a todo conocimiento. Así, pues, tal principio es evidentemente el más firme de todos. Cuál sea éste, vamos a decirlo ahora. Es imposible, en efecto, que un mismo atributo se dé y no se dé simultáneamente en el mismo sujeto y en un mismo sentido (con todas las demás puntualizaciones que pudiéramos hacer con miras a las dificultades lógicas). Éste es, pues, el más firme de todos los principios, pues se atiene a la definición enunciada. Es imposible, en efecto, que nadie crea que una misma cosa es y no es, (...) Y si no es posible que los contrarios se den simultáneamente en el mismo sujeto (y añadamos también a esta premisa las puntualizaciones de costumbre), y si es contraria a una opinión la opinión de la contradicción, está claro que es imposible que uno mismo admita simultáneamente que una misma cosa es y no es. Pues simultáneamente tendría las opiniones contrarias el que se engañase acerca de esto (...)".

Además de contradictorios entre sí, aquellos dos (2) principios son también diferentes, aun cuando bajo el mismo signo de identidad: entre un hombre y una mujer. El matrimonio es una unión o vínculo de Derecho. La unión de hecho es eso: de hecho, y cuando en la doctrina, legislación, jurisprudencia y la Constitución se insiste en la expresión "unión de hecho", resulta precisa la diferencia entre ambas realidades, bajo una identidad diferente que las hace desiguales (*Vid.* Cap. II), e incluso en cuanto a la denominación de cada una. Así, la norma constitucional da preva-

lencia y jerarquía normativa a la protección al matrimonio, mientras que la unión de hecho, allí está sometida o condicionada, para que pueda producir los mismos efectos que el matrimonio, al cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley.

Ello significa que mientras el matrimonio, en esa norma constitucional, aparece con su propia identidad, especificidad, autonomía funcional y estructural, sin tener que acudir a otras exigencias, requisitos o modelos (para adquirir su plenitud e integridad), para que produzca sus efectos (personales y patrimoniales); a la unión *more uxorio* o de hecho entre un hombre y una mujer, se coloca dentro de una estructura normativa, especialmente de principio, condicionada a parecerse al matrimonio (algo así como un matrimonio de segunda clase); o como una copia del original del que toma su apariencia pero que como copia no es igual en sustancia, pero que se reproduce de éste para que se parezca al original y produzca los efectos del mismo, o al menos que tiene la posibilidad de convertirse[10] en matrimonio; en cuyo caso –cuando no se transforma o convierte– esa unión queda como de rango inferior que aspira semejársele, sin que adquiera su mismo y propio contenido, su mismo sistema, que genere los plenos efectos en la relación interpareja, entre el hombre

[10] A propósito de esto, el artículo 70 del Código Civil venezolano establece que "Podrá prescindirse de los documentos indicados en el artículo anterior y de la previa fijación de carteles, cuando los contrayentes deseen legalizar la unión concubinaria existente en que hayan estado viviendo. Esta circunstancia se certificará expresamente en la partida matrimonial..." (destacado nuestro). Como se observa, los convivientes de hecho (hombre y mujer) pueden convertir la unión fáctica en unión de derecho, presumiendo la ley que la convivencia es estable, conforme a las notas distintivas de la cohabitación, permanencia, fidelidad, notoriedad, sin impedimentos dirimentes que impidan la "conversión" del hecho al derecho.
El propio artículo 70 *eiusdem* constituye una clara demostración en cuanto a que el matrimonio y la unión *more uxorio* no son equiparables, no son iguales, y no tienen sus integrantes absolutamente los mismos derechos del modo como previene el artículo 77 constitucional ("Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, el cual se funda en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y los deberes de los cónyuges"). El derecho facilita al hecho (convivencial) su asunción hermética, y por eso le exime del cumplimiento de las exigencias del artículo 69 del Código Civil y de la fijación de carteles, pues la convivencia fáctica así concebida se presume que reúne los requisitos de estabilidad y legalidad para que asuma su nueva realidad existencial diferente a la anterior que ha desaparecido como tal, pues no puede continuar existiendo-siendo y no siendo al mismo tiempo.

y la mujer convivientes. No obstante, ello no significa, de ninguna manera, que la unión fáctica o convivencial entre un hombre y una mujer quede desprotegida, más aún, cuando ésta es una realidad social con características diferentes al matrimonio, salvo que entre ambas uniones existe un signo único o igual que no los diferencia, como es que se trata de la unión de pareja integrada por el hombre y la mujer.

No obstante, la Constitución pareciera equiparar la unión de hecho al matrimonio, en ambos casos entre un hombre y una mujer, pero sólo y de modo relativo en cuanto concierne a los derechos y los deberes recíprocos, pero que en relación a los hijos la diferencia no existe. Cuando el hombre y la mujer se unen de hecho, lo hacen indudablemente para no someterse al régimen matrimonial, y aun siendo una familia con protección, esa unión fáctica no es equivalente al matrimonio; de manera que al producirse conflictos en el ejercicio de los deberes-derechos, hay que asumir o adoptar el caso concreto para llegar a la conclusión solutiva, pero no es posible deducir todos o los mismos efectos del matrimonio. Por eso hablamos de *relatividad de los efectos* (*Vid.* Cap. VI) a que se refiere el artículo 77 constitucional (como por ejemplo, la mujer no puede usar el apellido de su conviniente), que reconoce y garantiza el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio, pero no autoriza el matrimonio entre dos personas del mismo sexo. No es la *orientación sexual* la que impide el matrimonio sino la *identidad sexual*, es decir, la regla indica que no pueden contraer válidamente matrimonio entre sí dos personas del mismo sexo (art. 44, CC). La identidad sexual no se puede elegir a los *efectos*[11] tanto del matrimonio como de la unión estable de hecho (principio como valor, art. 77 constitucional. **Principio**

[11] La Sala Constitucional del TSJ, en decisión interpretativa de fecha 28 de febrero de 2008, correspondiente a los artículos 21, cardinal 1, y 77, en conjunción con los artículos 19, 20 y 22 constitucionales, a petición de la Asociación Civil Unión Afirmativa de Venezuela; y de otro interviniente, sobre la posible colisión entre los preceptos que recogen los artículos 21, cardinal 1, y 77 de la Constitución desde la perspectiva del principio de la no discriminación por orientación sexual, en el sentido de que el artículo 77 constitucional equipara las uniones de hecho entre hombre y mujer al matrimonio, y no así las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, lo que implicaría un tratamiento discriminatorio. Al efecto, la Sala resolvió: "(...) En criterio de la Sala, si lo que la Constitución protegió en forma reforzada fue el matrimonio entre personas de diferente sexo, la posibilidad de extensión de los efectos de esta

axiológico, que incorpora la noción de derecho fundamental indisponible). Y conforme a la regla del artículo 44 del Código Civil, el matrimonio no puede contraerse sino entre un solo hombre y una sola mujer. La Ley no reconoce otro matrimonio contraído en Venezuela sino el que se reglamenta por este Código, siendo el único que producirá efectos legales, tanto respecto de las personas como respecto de los bienes. Se trata de una regla que concuerda exactamente con lo dispuesto en el principio del artículo 77 constitucional ["Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, (...)].

A la vista de lo anterior, cabe señalar que el artículo 77 de la Constitución reconoce un derecho (constitucional) al matrimonio entre hombre y mujer[12], y también admite la unión de hecho entre un hombre y una

institución requiere de la misma exigencia respecto de las uniones de hecho para que se logre la asimilación sustancial entre ambas instituciones y, por tanto, a lo único que aquél podría equipararse –bajo pena de violación al derecho a la igualdad– es a las uniones estables también entre un hombre y una mujer. En otros términos, la extensión o aplicación analógica de los efectos de una institución jurídica como es el matrimonio, a otra como es la unión estable o el concubinato, requiere evidentemente que esta última cumpla con los mismos requisitos sustanciales –que no formales– de aquél. En consecuencia, si el Constituyente de 1999 optó por proteger al matrimonio monogámico entre un hombre y una mujer –como núcleo esencial que da origen a la familia, en el contexto histórico y cultural venezolano– la extensión de sus efectos a las uniones de hecho –que histórica y sociológicamente también ha sido "núcleo esencial que da origen a la familia"– debe exigir, al menos, que estas últimas cumplan con los mismos requisitos esenciales, esto es, que se trate de uniones estables y monogámicas entre un hombre y una mujer, que éstos no tengan impedimento para casarse, tal como dispuso esta Sala en su fallo 1682/05 que antes se citó, y, se insiste en esta oportunidad, que se trate de una unión que se funde en el libre consentimiento de las partes. En consecuencia, mal podría pretenderse la equiparación de uniones estables entre personas de un mismo sexo respecto del matrimonio entre un hombre y una mujer, cuando la Constitución no incluyó al matrimonio entre personas del mismo sexo en los términos del artículo 77 de su texto (...)".

[12] En la doctrina no existe total acuerdo sobre la etimología latina del vocablo "matrimonio". La mayoría de los autores se pronuncia en el sentido de que deriva o proviene de *mater munium* (oficio de madre), procedente a su vez de las voces *matris munium,* que denotan cuidado carga, gravamen o que corresponde a la madre. Según Castán Tobeñas el significado está en la expresión *matrem muniens,* es decir, protección de la madre. De todas maneras, no importa tanto la derivación etimológica. En realidad el vocablo prevalente y determinante es el de "madre" (mater), de la raíz indoeuropea "ma", que se relacione estrechamente con la hebrea "am" (madre). Esta noción o idea presupone la de engendramiento, unión sexual entre un hombre y una mujer. Este es el significado propio del vocablo matrimonio. Con el mismo se designa la unión heterosexual, es decir, la unión entre un hombre y una mujer, o lo que es igual, la unión no heterosexual (por personas del mismo sexo) no es matrimonio.

mujer, pero no reconoce en tales casos a las parejas del mismo sexo; y esa norma constitucional remite a la Ley el establecimiento de los requisitos para que esa unión de hecho produzca los mismos efectos (relativamente) que el matrimonio heterosexual. Así, tanto la ley como la Sala Constitucional del TSJ, como máximo intérprete de la Constitución, tienen que atenerse a los límites que los propios términos del artículo 77 de la Constitución establecen sobre el derecho a contraer matrimonio, que corresponde únicamente al hombre y la mujer, y que tal derecho se reconoce a ambos para contraer matrimonio entre sí. Por tanto, si bien ha de admitirse, por principio, un amplio espacio de actuación al legislador en su función ordenadora de la sociedad, cuando su actuación afecta e incide de modo directo en los derechos consagrados en la Ley Fundamental, la función legislativa ordenadora debe someterse a los límites que la propia Constitución pauta.

Uno de los conceptos elaborados por la Sexología, de mayor repercusión social, científica y política ha sido el de género. En los estudios de John Money y de R. Stoller en los años 50 y 60, se aborda por primera vez la relación entre sexo y género, a partir de sus trabajos con *hermafroditas*[13]

[13] Dentro de ese contexto, pudiera aparecer la dificultad de observar la diversidad de sexos, como ocurre con el hermafroditismo. Éste se da cuando un mismo ser vivo tiene los aparatos sexuales masculino y femenino o un aparato mixto, pero capaz de producir gametos masculinos y femeninos al mismo tiempo. Uno de los casos más famosos fue el de Herculine Barbin, una persona intersexual de Francia, a quien se definió al nacer como mujer pero más tarde como varón después de un examen físico. El término más correcto para referirse a una persona con estas condiciones es intersexual. No obstante, en humanos no hay ningún caso constatado médicamente de auténtico hermafroditismo, es decir, con la capacidad de producir óvulos y espermatozoides al mismo tiempo. El hermafroditismo puro, es decir, aquellos individuos que poseen caracteres sexuales secundarios y primarios de ambos sexos (pene, testículos, vagina y ovarios) es raro. Lo más frecuente es el llamado seudohermafroditismo, en el cual por ejemplo, puede haber pene sin testículos y con ovarios, o vagina con un clítoris agrandado y sin ovarios, pero con testículos. Los seudohermafroditas son problemas genéticos y no suelen ser capaces de fecundar.

y *transexuales (el reciente caso de* Thomas Beattie)[14]. La definición del género como categoría, surge de la necesidad de diferenciar el sexo en el orden biológico, que incluye lo genético, hormonal, cromosómico y fisiológico, y el género como construcción sociocultural e histórica de lo femenino y lo masculino. El desarrollo de esta categoría ha permitido comprender y analizar las asignaciones o rotulaciones que en la historia de las diferentes culturas se han instituido para la mujer y para el hombre, a partir de una

[14] La persona transexual siente y cree que su identidad sexual está en contradicción con su anatomía sexual, pues se produce una disconformidad entre su sexo biológico, su sexo social y el sexo psicológico. La transexualidad no está asociada ni depende de la orientación sexual (heterosexualidad, homosexualidad, bisexualidad, asexualidad). Los transexuales se sienten extrañados de su propia anatomía. En algunos casos los hombres desean ser castrados y que se les coloque una seudovagina. Se inyectan hormonas femeninas. La mujer suele inyectarse con testosterona (la testosterona es una hormona androgénica producida por los testículos, que permite desarrollar los músculos del hombre con muy poco esfuerzo). Sin embargo, los transexuales varones jamás pueden concebir un hijo en sus entrañas, pues no poseen útero ni ovarios. Se han realizado ensayos, pero todos han fracasado, donde se han implantado un óvulo fecundado en el peritoneo del varón, dándole hormonas para producir un embarazo artificial. Ahora aparece el caso de Thomas Beattie, transexual, nació mujer y tiene los órganos reproductores femeninos (ovarios, Trompas de Falopio, vagina, vulva), así como los estrógenos, progesterona, miometrio y endometrio. Se sometió a una operación para extirparse los pechos y a un tratamiento de testosterona, manteniendo su útero. Thomas es una persona de género femenino con apariencia masculina. En Estados Unidos, donde vive (Oregón), es legalmente un hombre y marido de Nancy (matrimonio ente dos mujeres o unión homosexual). En el programa televisivo norteamericano de Oprah Winfrey (03-04-08), se sometió a una ecografía en directo y narró algunos hechos de su vida diaria y sobre la concepción de la niña que lleva en su útero desde hace seis meses. En ese programa, la señora Thomas Beattie –convertida en hombre pero sigue siendo mujer– contó la historia de su cambio de sexo, que realizó a los 24 años, y dijo por qué conservaba su órgano reproductor femenino, "porque sabía que en algún momento iba a tener hijos" (porque es biológicamente mujer). También manifestó que fue su mujer Nancy, quien la inseminó en casa, para estar más tranquilos, después de haber sufrido un aborto en 2007, con espermatozoides comprados en un banco de semen. Thomas se siente hombre y ha dicho que "cuando mi hija nazca, yo seré el padre y Nancy la madre". El 5 de julio de 2008, la señora Thomas parió la niña y ésta se encuentra bien, según reporte médico. De todos modos, ante el deseo de la madre (Thomas Beattie) por tener un hijo, surge la paradójica situación en que se verá envuelta la niña cuando podría llegar a tener no dos (2) padres, sino hasta cinco (5), pues no sólo el "padre genético" (el aportante anónimo del esperma), sino un "padre social" (el que pudiera criar a la niña), no solamente una "madre genética" (la aportante del óvulo fecundado, que posiblemente no es de Nancy), sino también una "madre de gestación" (la que llevó el producto de la fecundación en el vientre y hasta el parto, que es la señora Thomas), así como una "madre social" (la que pudiera criar y educar a la niña, la señora Nancy de no haber ésta aportado el óvulo).

diferencia sexual biológica (genitales externos). El género se ha llegado a definir como "la red de creencias, rasgos, actitudes, sentimientos, valores, conductas y actividades que diferencian a las mujeres y los hombres, como producto de un proceso histórico de construcción social". Sin embargo, para la "*ideología del género*" (*gender*) la *masculinidad* y la *feminidad* no estarían determinados fundamentalmente por el sexo (ser hombre y mujer) sino por meras construcciones culturales realizadas de acuerdo con los estereotipos que en cada lugar o sociedad se asigna a los sexos; y así el denominado "feminismo de género" defiende y predica la idea de prescindir de la naturaleza porque, según dicen, "la naturaleza estorba" y se debe construir una identidad sexual personal con independencia de la marca que da la genética, la biología y especialmente el cuerpo humano, y que ante la diferencia de sexo lo que se ha logrado es discriminar a la mujer colocándola en inferioridad, buscando que no haya ninguna diferencia entre el hombre y la mujer, en cuanto nada característicamente propio del hombre y de la mujer. No obstante, en nuestra sociedad, aun antes de que nazca un ser humano, por lo general, ya hay todo un conjunto de expectativas respecto al hecho de ser "hombre" o "mujer" como seres idénticos (como personas tienen la misma naturaleza humana) y al mismo tiempo diferentes (sexualmente); expectativas que desde los primeros contactos del niño con el exterior (padres, hermanos, abuelos, familiares, padrinos, amigos, médicos, enfermeras) le van transmitiendo una serie de mensajes sobre su condición de género. Se trata de un proceso de socialización, donde la familia y la escuela tienen un papel preponderante, como en el entorno social; y de tal modo se va construyendo su necesaria identidad de género. Y así se va proyectando esa necesaria identidad, para bien de la sociedad humana. Se ha sostenido que la maternidad-paternidad es un carácter sexual diferencial, que impide una relación de igualdad cuando se pasa del matrimonio a la familia, pues la madre lleva al hijo en su vientre, lo pare, lo amamanta y lo ama de la forma en que aman los padres; y el padre también protege, nutre, ayuda, apoya y ama a su hijo de la forma en que aman los padres. Pretender mantener a estos niveles un esquema igualitario es más una cuestión de estética que de realismo.

Es indiscutible que sobre pocas cosas existe hoy tan rotundo desacuerdo como sobre lo que sea la familia, una realidad por todos reconocida como la estructura primaria del entramado social. La familia de fun-

dación matrimonial, es decir, aquella que surgía del vínculo conyugal estable entre un varón y una mujer, va perdiendo sus antiguos y sólidos fundamentos. Una de las características más acusadas de lo que se viene conociendo como la *postmodernidad*, es lo que Malaurie llama *la desafección hacia el matrimonio:* cada vez hay menos matrimonios y cada vez el matrimonio parece tener menos sentido; y una de las consecuencias más típicas de esa desafección es el aumento progresivo de las uniones no matrimoniales. En todo caso, se puede percibir ya una corriente de desafección también hacia este tipo de uniones, sustituidas por una vida en solitario, con encuentros sexuales esporádicos u ocasionales[15].

El matrimonio es una institución cuya finalidad se ha discutido. Para algunos su finalidad es sólo la procreación de los hijos. Para otros, se trata únicamente de la satisfacción sexual. Y, por último, es la ayuda moral –espiritual, educativa– y material de los cónyuges, y su complementariedad recíproca como sujetos perfectibles y con la misma dignidad personal, así como la procreación. Los tres aspectos hay que considerarlos, pues la procreación, la ayuda mutua tanto espiritual como material, así como la satisfacción sexual, son todos ellos indiscutiblemente concurrentes e indispensables. Sin embargo, la satisfacción sexual, la procreación y la ayuda mutua también puede obtenerse fuera del matrimonio. Por eso en la doctrina se sostiene que el matrimonio tiene un fin social que consiste en servir de fundamento al grupo familiar que es a su vez, la base de un determinado concepto de organización de la comunidad. Esto parece importante porque, tanto por su sentido gramatical como por su esencia, ha de entenderse por matrimonio la unión monogámica de hombre y mujer. El matrimonio es una institución reconocida por el Derecho, de gran significación, ya que es la base sobre el cual descansa la estructuración del grupo familiar y el supuesto esencial de la existencia del Derecho de Familia. El hombre y la mujer son iguales (idénticos como personas) y al mismo tiempo sexualmente dife-

[15] Dolores García Hervás, profesora titular de Derecho en la Universidad de Santiago de Compostela (internet).

rentes, como dimensión irrenunciable de cada uno, que da sustancia al ser humano y lo invade, quiérase o no. La maternidad es un buen ejemplo de la diferencia, incluso ante el caso Thomas Beattie.

Está presente un proceso –durante años– que avanza, de separación entre tres (3) realidades que por su naturaleza están íntimamente unidas, como son la familia, el matrimonio y el amor, apareciendo la separación entre lo que es el matrimonio y una pareja, entre la procreación y la sexualidad, entre ser pareja y ser padres y entre padres y procrear. Es conocida la frase de Simone de Beauvoir: "*No se nace mujer sino que se llega a ello*", con la cual se quiere significar que la diferencia entre el hombre y la mujer no sería más que la internalización de estereotipos culturales, por medio de una educación que se adquiere en la familia (por la enseñanza de los padres) y por la presión en la sociedad que lleva a que tanto el hombre (varón) como la mujer (hembra) deban ser de un modo y no de otro; llegándose a afirmar que, por eso, el rol tradicional que se asigna a uno y otro no es más que un hecho cultural. No se hablaría, entonces, de la diferencia entre el varón y la mujer sino del género humano. Se nace humano y se decide ser varón o mujer, que el comportamiento nada tiene que ver con el sexo anatómico y así nadie estaría en condiciones de criticar las relaciones homosexuales o entre lesbianas, sin incurrir en la discriminación. Lo afirmó en su libro *El segundo sexo* (*Le Deuxième Sexe*), escrito por ella en 1949. La autora comenzó a escribirlo cuando reflexionó, a propuesta de Jean-Paul Sartre, sobre lo que había significado para ella el ser mujer. Comenzó a investigar acerca de la situación de las mujeres a lo largo de la historia y escribió este extenso ensayo que aborda cómo se ha concebido a la mujer, qué situaciones viven las mujeres y cómo se puede intentar que mejoren sus vidas y se amplíen sus libertades. Es una de las obras fundacionales del feminismo y utiliza los conceptos existencialistas para indagar acerca de la vida de la mitad de la humanidad. También es considerada una obra enciclopédica, pues aborda la identidad de las mujeres y la diferencia sexual desde los puntos de vista de la psicología, la historia, la antropología, la biología, la reproducción y las relaciones afectivo-sexuales. La teoría principal que sostiene Beauvoir es que "la mujer", o más exactamente lo que entendemos por mujer (coqueta, frí-

vola, caprichosa, salvaje o sumisa, obediente, cariñosa) es un producto cultural que se ha construido socialmente. La mujer se ha definido a lo largo de la historia siempre respecto a algo: como madre, esposa, hija, hermana (...). Así pues, la principal tarea de la mujer es reconquistar su propia identidad específica y desde sus propios criterios. Muchas de las características que presentan las mujeres no les vienen dadas de su genética, sino de cómo han sido educadas y socializadas. La frase que resume esta teoría es muy célebre: "No se nace mujer, se llega a serlo". La fundamental idea del libro no era, en verdad, ninguna novedad, pues con otras palabras Mary Wollstonecraft, filósofa y escritora británica, había dicho "las mujeres no nacen, se hacen" y es conocida por *Vindicación de los derechos de la mujer,* en el cual argumenta que las mujeres no son por naturaleza inferiores al hombre, sino que tan sólo pueden parecerlo debido a que no han tenido acceso a la educación apropiada. Sugiere que hombres y mujeres deberían ser tratados como seres racionales e imagina un orden social basado en la razón.

Pero más que lo especulativo y de apreciación o valoración, estamos en presencia de unas realidades distintas que no atienden tanto a lo formal como a la cuestión de fondo, y que las hace diferentes de modo inevitable ante la presencia de una escala de valores y principios por discernir de modo dialéctico en la vida y la sociedad, quiérase o no; y que se contrastan, de alguna manera, dentro de principios como la dualidad (para unir a hombre y mujer y vincularlos para su convivencia y procreación), la heterosexualidad (diversidad sexual que se caracteriza por la atracción sexual, o el deseo amoroso o sexual hacia personas del sexo opuesto, en contraste con la homosexualidad) y el contenido en cuanto a derechos y deberes (los mismos, con sus variantes, como sujetos iguales). En los animales hay instintos que hacen eficaz la reproducción sexual, al asegurar la relación entre individuos de sexos diferentes, por lo que biológicamente esta atracción se ordena igualmente a la reproducción. Es más, esta atracción sexual entre animales se produce exclusivamente en determinados períodos de tiempo –generalmente con carácter cíclico– que coinciden precisamente con los momentos en que es posible fisiológicamente la fecundación. Es lógico, ya que si la atracción sexual está al servicio de la reproducción, aquélla tenga lugar cuando ésta se puede dar. De eliminarse del reino animal esta atracción, las

especies se extinguirían. Así pues, biológicamente el sexo y la atracción sexual se ordenan y están íntimamente ligados a la reproducción, pero no sólo a la misma.

La sexualidad en el hombre tiene un significado propio y profundo, es una dimensión humana, expresión de donación. En el hombre, por su perfecta unidad de cuerpo y espíritu no hay nada que sea solamente anímico, ni tampoco nada de él es por completo reducible a lo meramente biológico e instintivo. El cuerpo es la expresión de la persona y la sexualidad humana no es, por tanto, algo solamente del cuerpo, biológico exclusivamente, como ocurre en los animales irracionales, sino del hombre en su totalidad y de este modo está al servicio de la más importante pasión humana, que es el amor, la donación al otro. La atracción sexual en el hombre presenta en relación al mero instinto sexual de los animales unas diferencias fundamentales. Ya en el nivel más biológico no está la atracción sexual humana ligada al tiempo cíclico de la fertilidad femenina, como ocurre hasta en los más evolucionados de los primates, ni tiene el automatismo característico del instinto, sino que es modelable plenamente por la racionalidad. El hombre, con la luz de su inteligencia, descubre los valores y el significado de lo que está inscrito en su propia naturaleza y puede de esta manera desarrollar su personalidad humana, integrando de forma armónica y congruente todas sus dimensiones[16].

Sin embargo, el mundo parece encaminarse –por influencia de una nueva escala de valores que van imponiendo las transnacionales como guías o rectoras del más perverso capitalismo, del bajo mundo de los negocios y la idolatría del poder, la riqueza y el sexo, especialmente las multinacionales farmacéuticas– hacia la concepción de un nuevo Derecho de Familia y sus instituciones, donde las relaciones personales entre las

[16] Natalia López Moratalla, Licenciada en Ciencias Químicas, Universidad de Granada, Doctora en Ciencias, Sección Biológicas, Universidad de Navarra; profesora Adjunta de Química Fisiológica, Universidad Complutense; catedrática de Bioquímica, Universidad de Valencia; profesora de Bioquímica, Universidad de Navarra.

parejas quedan sin la descendencia filial y reducidas a la sola unión interpareja para el sexo especialmente, que no haga distinción entre el hombre y la mujer y se refiera únicamente a la pareja integrada por la unión entre hombres (homosexualismo) o entre mujeres (lesbianismo). Bajo tal tendencia, botar a la basura toda la legislación sobre la familia y la deontología familiar, en un mundo donde no exista diferencia sexual, o de género, sin hijos o descendientes. Sin embargo, en ejercicio de la libertad, tanto hombre como mujer optan por lo que consideran es su derecho[17] y esto, indudablemente, hay que respetarlo. De aquí el contraste entre los que se denominan valores, principios, reglas, ética, moral; y la actuación del hombre y la mujer en una realidad cada día más compleja y contradictoria.

Dentro de ese espectro, las trasnacionales farmacéuticas se presentan como las salvadoras del mundo, y anunciando permanentemente que hacen grandes inversiones multimillonarias, dicen no descansar para

[17] En la *supra* antes citada decisión interpretativa del 28 de febrero de 2008, la Sala Constitucional del TSJ, "(...) quiere destacar que la norma constitucional no prohíbe ni condena las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, que encuentran cobertura constitucional en el derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad; simplemente no les otorga protección reforzada, lo cual no constituye un acto discriminatorio en razón de la orientación sexual de la persona, como se explicó. Así, es pertinente poner de relieve que la Constitución no niega ningún derecho a la unión de personas de igual sexo; cosa distinta es, se insiste, que no les garantice ninguna protección especial o extra que haya de vincular al legislador, como tampoco lo hace respecto de uniones de hecho entre heterosexuales que no sean equiparables al matrimonio –el cual sí se define como unión entre hombre y mujer–. De hecho, el disfrute de los derechos sociales y, especialmente, de los económicos, es perfectamente posible en el caso de uniones entre personas del mismo sexo, no a través de la comunidad concubinaria, la cual no se generaría porque aquéllas no cumplen con los requisitos para ello, pero sí a través de una comunidad ordinaria de bienes, en los términos en que la legislación civil lo permite, siempre que no haya fraude a la ley y dentro de los límites que impone el orden público (por ejemplo, que no se burle con la comunidad ordinaria entre una persona casada y otra distinta de su cónyuge, la comunidad de gananciales entre esposos). Lo mismo sucede con otras uniones de hecho que no alcanzan los requisitos legales para que sean consideradas concubinatos como –en el ejemplo que ya se mencionó–, en el supuesto de uniones de hecho en las que uno de los conformantes de la pareja esté casado –uniones de hecho "adulterinas"–, caso en el cual esa unión se ve impedida de ser calificada como una relación concubinaria y, por tanto, no es equiparable al matrimonio (...)".

proteger la salud de la humanidad. ¡Maravillosa filantropía humana y social! Es constante el bombardeo con sus *spots* publicitarios en todos los medios de comunicación mundial, cuyo objetivo final es la obtención de inmensas ganancias monopólicas, para lo cual se valen de la compra de políticos que legislen en su beneficio. La realidad que esconde su conducta es completamente distinta, pues la mayor parte de sus investigaciones y venta de productos están dirigidas a producir drogas para gente sana, no para la enferma. Las personas enfermas no les interesa porque son consumidoras cautivas. Las personas sanas son el objetivo para incorporarlas en la lista de las que han sido cautivadas. A mayor desquiciamiento de la sociedad y de las instituciones, mayores serán las ganancias. La sexualidad resulta así un conjunto de fenómenos biológicos con unas propiedades operativas particulares que ofrecen las posibilidades científicas y técnicas perspectivas muy variadas, es decir, se ponen en manos de los científicos y técnicos capacidades de manipulación y utilización del material humano en su sexualidad para que realice con ellas lo que se desee. Estas posibilidades, que hasta hace poco eran relativamente reducidas, se presentan ahora de una amplitud inquietante: desde las manipulaciones genéticas, hasta la más diversa fragmentación de los procesos naturales de generación humana y la utilización de las sustancias humanas correspondientes para finalidades comerciales variadas. O como afirma el profesor Alejandro Llano[18], la técnica sin la ética corre el grave peligro de llevar al hombre donde no quiere ir. Así ocurre cuando, en un progreso unilateral, la técnica es aplicada a fines bélicos, de hegemonías y de conquistas, donde el hombre mata al hombre, y una nación destruye a otra, privándola de la libertad o el derecho a existir. La ciencia y la tecnología se convierten entonces en esclavas de un tiránico "deseo de poder" político o económico, en lugar de orientarse decidida y sistemáticamente, con medios verdaderamente eficaces, a que desaparezcan de nuestro mundo las zonas del hambre, la miseria, el subdesarrollo, la enfermedad, el analfabetismo, la explota-

[18] Catedrático de Metafísica de la Universidad de Navarra (en el módulo del Master de Bioética de esta universidad).

ción, la dependencia económica y política, o las diversas formas de neocolonialismo, entre otras situaciones evidentemente injustas.

En la perspectiva científica, sostiene A. Ruiz Retegui, la sexualidad se reduce a un fenómeno biológico que no se distingue esencialmente de la asimilación del nitrógeno nítrico por parte de las plantas, o de las proteínas por los animales. La única diferencia se refiere a las posibilidades que se ofrecen a la razón técnica. Con el *cientifismo*[19], la sexualidad, como el hombre y como el mundo mismo, ha perdido su misterio, pero no por un desvelamiento en profundidad, sino por una negativa a priori y voluntarista. Es indudable que la erotización creciente de la sociedad, la procacidad desenfrenada, el impudor casi impuesto por las modas, en muchas ocasiones, no tienen nada en común con algunas formas aberrantes en sociedades primitivas. En éstas, esas manifestaciones reflejaban una visión trascendente de la sexualidad. En la actualidad esa referencia al misterio ha desaparecido y no queda más que una empobrecida visión de la sexualidad como capacidad de gozar y, derivadamente, como fuente de dominio de aquellos que tengan en sus manos alguna forma de poder sobre la comunicación y las formas de conducta. Por lo tanto, podemos afirmar que la sexualidad inscribe de suyo en la persona una estructura de donación a la persona de sexo opuesto en su

[19] Cientifismo es un término que se forjó en Francia en la segunda mitad del siglo XIX (scientisme), para indicar a la corriente de pensamiento que acepta sólo las ciencias comprobables empíricamente, como fuente de explicación de todo lo existente. De esta forma, el término se ha aplicado para describir la visión de que las ciencias formales y naturales presentan primacía sobre otros campos de la investigación tales como ciencias sociales o humanidades. Además de su significado original, la palabra es usada también frecuente como un término peyorativo, utilizado en contra de las explicaciones racionales dadas por ciencias empíricas; para así tratar de desacreditarlas frente a otros argumentos no científicos, que presentan explicaciones filosóficas, religiosas, míticas, espirituales, humanísticas o pseudocientíficas. Una descripción más contemporánea del término, es la descrita por Michael Shermer de la "The Skeptics Society" (sociedad escéptica), quien se identifica a sí mismo como cientifista, y define cientifismo como: "una visión del mundo científica que abarca las explicaciones naturales para todos los fenómenos, y evita las especulaciones supernaturales y paranormales; la cual abraza el empirismo y la razón, como los pilares gemelos de una filosofía de la vida apropiada para una edad de la ciencia".

singularidad personal y en orden a una forma de unión personal que, incluyendo potencialmente la unión corporal sexual, es principio de vida humana. Derivadamente supone también unas formas de apertura que son consecuencia de ella: la relación de maternidad y paternidad son formas de apertura personal, basadas en la estructura sexuada de la persona, que no son reducibles a la mera donación fundamental, sino que derivan directamente de la sexualidad, pero no son la forma primaria y directa de donación, que queda inscrita en la persona en cuanto varón o mujer (Módulo Máster Bioética, Universidad de Navarra).

Se sostiene que en las uniones homosexuales están completamente ausentes los elementos biológicos y antropológicos del matrimonio y de la familia que podrían fundar razonablemente el reconocimiento legal de tales uniones; y que éstas no están en condiciones de asegurar adecuadamente la procreación y la supervivencia de la especie humana. El recurrir eventualmente a los medios puestos a disposición por los recientes descubrimientos en el campo de la fecundación artificial, además de implicar graves faltas de respeto a la dignidad humana, no cambiaría en absoluto su carácter inadecuado; y que en las uniones homosexuales está además completamente ausente la dimensión conyugal, que representa la forma humana y ordenada de las relaciones sexuales. Éstas, en efecto, son humanas cuando y en cuanto expresan y promueven la ayuda mutua de los sexos en el matrimonio y quedan abiertas a la transmisión de la vida; y que como demuestra la experiencia, la ausencia de la bipolaridad sexual crea obstáculos al desarrollo normal de los niños eventualmente integrados en estas uniones. A éstos les falta la experiencia de la maternidad o de la paternidad. La integración de niños en las uniones homosexuales a través de la adopción significa someterlos de hecho a violencias de distintos órdenes, aprovechándose de la débil condición de los pequeños, para introducirlos en ambientes que no favorecen su pleno desarrollo humano. Ciertamente tal práctica sería gravemente inmoral y se pondría en abierta contradicción con el principio, reconocido también por la Convención Internacional de la ONU sobre los Derechos del Niño, según el cual el interés superior que en todo caso hay que proteger es el del infante, la parte más débil e indefensa.

Se afirma que la consecuencia inevitable del reconocimiento legal de las uniones homosexuales es la redefinición del matrimonio, que se convierte en una institución que, en su esencia legalmente reconocida, pierde la referencia esencial a los factores ligados a la heterosexualidad, tales como la tarea procreativa y educativa. Si desde el punto de vista legal, el casamiento entre dos personas de sexo diferente fuese sólo considerado como uno de los matrimonios posibles, el concepto de matrimonio sufriría un cambio radical, con grave detrimento del bien común, y así está ocurriendo. Que para sostener la legalización de las uniones homosexuales no puede invocarse el principio del respeto y la no discriminación de las personas. La no legalización de las uniones homosexuales no impide que los convivientes, por el simple hecho de su convivencia homosexual, pierdan el efectivo reconocimiento de los derechos comunes que tienen en cuanto personas y ciudadanos. En realidad, como todos los ciudadanos, también ellos, gracias a su autonomía privada, pueden siempre recurrir al derecho común para obtener la tutela de situaciones jurídicas de interés recíproco[20].

[20] La Sala Constitucional del TSJ, en la *supra* citada decisión interpretativa de fecha 28 de febrero de 2008, decidió lo siguiente: "(...) La Sala quiere destacar que la norma constitucional no prohíbe ni condena las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, que encuentran cobertura constitucional en el derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad; simplemente no les otorga protección reforzada, lo cual no constituye un acto discriminatorio en razón de la orientación sexual de la persona, como se explicó. Así, es pertinente poner de relieve que la Constitución no niega ningún derecho a la unión de personas de igual sexo; cosa distinta es, se insiste, que no les garantice ninguna protección especial o extra que haya de vincular al legislador, como tampoco lo hace respecto de uniones de hecho entre heterosexuales que no sean equiparables al matrimonio –el cual sí se define como unión entre hombre y mujer–. De hecho, el disfrute de los derechos sociales y, especialmente, de los económicos, es perfectamente posible en el caso de uniones entre personas del mismo sexo, no a través de la comunidad concubinaria, la cual no se generaría porque aquéllas no cumplen con los requisitos para ello, pero sí a través de una comunidad ordinaria de bienes, en los términos en que la legislación civil lo permite, siempre que no haya fraude a la ley y dentro de los límites que impone el orden público (por ejemplo, que no se burle con la comunidad ordinaria entre una persona casada y otra distinta de su cónyuge, la comunidad de gananciales entre esposos). Lo mismo sucede con otras uniones de hecho que no alcanzan los requisitos legales para que sean consideradas concubinatos como –en el ejemplo que ya se mencionó–, en el supuesto de uniones de hecho en las que uno de los conformantes de la pareja esté casado –uniones de hecho "adulterinas"–, caso en el cual esa unión se ve impedida de ser calificada como una relación concubinaria y, por tanto, no es equiparable al matrimonio (..., destacado nuestro)".

Cada realidad tiene su propia especificidad. La unión matrimonial como la no matrimonial presentan diferencias en su estructura, conforme a la realidad que cada una ostenta. El matrimonio como la unión legal de un hombre y una mujer con la finalidad de vivir juntos, procrear y socorrerse o auxiliarse recíprocamente; de lo cual se deducen como fines esenciales del mismo la cohabitación (sexual) o vivir juntos en el mismo techo y la procreación para la perpetuación de la especie humana, que naturalmente (no por inseminación humano asistida, que existe) deviene del acto sexual. El auxilio y la ayuda recíprocos en todas las circunstancias de la vida, como personas iguales y que asimismo se complementan, que son varón y mujer no porque sea fruto de una autodeterminación de cada uno a través del ejercicio de la libertad; sobre todo cuando se observa una etapa de la sociedad donde se combate a toda hora (a través del cine, la música, televisión en todas sus formas, la moda, la electrónica y, en fin, por los medios de comunicación social), para instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo bajo el lema de la eliminación de la diferencia que significa la heterosexualidad como elemento distintivo del matrimonio. Y la unión *more uxorio* o concubinaria, como la situación estable de hecho en la cual se encuentran un hombre y una mujer que conviven al modo conyugal, pero sin haber contraído legalmente matrimonio.

Celebrado el matrimonio, cumpliéndose los requisitos necesarios –de fondo y de forma– establecidos en el Código Civil, produce los efectos *de orden personal* y *patrimonial* que están contemplados especialmente en el Código Civil.

> 1. *EFECTOS DE ORDEN PERSONAL*: a) de *Derecho Público* (que se relacionan con la nacionalidad de los contrayentes, numeral 3º del artículo 33 de la Constitución, que pauta: "Son venezolanos y venezolanas por naturalización: ... 3. Los extranjeros o extranjeras que contraigan matrimonio con venezolano o venezolana desde que declaren su voluntad de serlo, transcurridos por lo menos cinco años a partir de la fecha del matrimonio". Asimismo, el artículo 34 *eiusdem* que preceptúa: "La nacionalidad venezolana no se pierde al optar o

adquirir otra nacionalidad". Por su parte, el artículo 36 *ibídem* estatuye: "Se puede renunciar a la nacionalidad venezolana. Quien renuncie a la nacionalidad venezolana por nacimiento puede recuperarla si se domicilia en el territorio de la República por un lapso no menor de dos años y manifiesta su voluntad de hacerlo. Los venezolanos y venezolanas por naturalización que renuncien a la nacionalidad venezolana podrán recuperarla cumpliendo nuevamente los requisitos exigidos en el artículo 33 de esta Constitución"; b) *De Derecho Privado*: los de naturaleza civil que se relacionan de modo directo con los cónyuges (los *deberes y derechos interconyugales*), e indirectamente con sus hijos (*la patria potestad*).

2. *EFECTOS DE ORDEN PATRIMONIAL*: el régimen patrimonial matrimonial, que consiste en el conjunto de reglas que se refieren a los intereses económicos de los cónyuges, quienes tienen amplia libertad para reglamentar y seleccionar su régimen matrimonial patrimonial, pues la ley da prevalencia a la voluntad *(ad nutum*) del hombre y la mujer para que escojan, antes de contraer matrimonio, el régimen convencional (capitulaciones) y en su defecto la ley (comunidad limitada de gananciales). Al respecto, el artículo 41 del Código Civil pauta: "El matrimonio, en lo que se relaciona con los bienes, se rige por las convenciones de las partes y por la ley", pues "Entre marido y mujer, si no hubiere convención en contrario, son comunes, de por mitad, las ganancias o beneficios que se obtengan durante el matrimonio" (art. 148, CC).

Sin embargo, la problemática de los *efectos* (personales y patrimoniales) va a tener mayor presencia y conflicto cuando se trata de los *efectos patrimoniales* entre la pareja, que los personales. Lo económico atiende con mayor conflictividad las relaciones personales que se desenvuelven movidas más por el interés en lo material que en lo espiritual (cuando no hay patrimonio, dinero o activos, los conflictos se minimizan). En los efectos patrimoniales es donde se observa con mayor fuerza el conflicto de la reclamación material o económica y el

egoísmo idólatra por los bienes, por el apego del hombre y la mujer a los objetos. El conflicto, cuando aparece, en atención a los *efectos personales* (en la pareja o entre la misma y sus hijos), carece de la misma dimensión y trascendencia, por la prevalencia de lo material en el ambiente consumista, aun cuando altera profundamente su estabilidad emocional y afectiva.

1.3 *LA UNIÓN DE HECHO Y EL CONCUBINATO*

En términos generales, la *unión de hecho* o *pareja de hecho* es la unión de dos personas, con independencia de su *opción sexual* (heterosexuales, homosexuales, lesbianas, gays, transexuales), que conviven y mantienen una relación de afectividad (sexual) que algunos comparan con la conyugal, pero que de ninguna manera se le puede equiparar (*Vid.* Cap. I). Se trata del *género.* En cambio, el concubinato se entiende como la unión estable de hecho entre un hombre y una mujer, que mantienen relaciones sexuales, o pueden mantener, y comparten una vida en común. Se refiere a la *especie*. En el primer caso –simplemente unión de hecho– se comprenden no sólo las uniones heterosexuales, sino también las homosexuales y las lésbicas; mientras que bajo la segunda denominación (concubinato) únicamente se admite la unión heterosexual, pues a la luz del artículo 77 constitucional, la *unión estable de hecho* es la situación en que se encuentran un hombre y una mujer que conviven sin estar unidos en matrimonio, con carácter de estabilidad. Como puede observarse del concepto, se excluye la unión transitoria de corta duración y las relaciones sexuales estables pero sin cohabitación. Se aprecia, desde luego, que esa noción no identifica a la "unión estable de hecho" con la "unión de hecho", pues la *estabilidad* constituye el elemento esencial a los efectos del artículo 77 de la Constitución venezolana. La *estabilidad,* con vista a su significado definitivo y definitorio, contiene intrínsecamente no sólo el elemento *cohabitación*, sino también la *permanencia*, *singularidad, notoriedad* y la *ausencia de impedimentos* para el ejercicio de la capacidad convivencial. En lo adelante, cuando nos referimos a la "unión estable de hecho entre un hombre y una mujer", hacemos remisión a la anterior anotación conceptual para reafirmar que el concepto "estabilidad" se nutre de otros contenidos como son "la cohabi-

tación", "la permanencia", "singularidad" "notoriedad" y "ausencia de impedimentos para el ejercicio de la capacidad convivencial".

La homosexualidad es una opción sexual. Etimológicamente el vocablo homosexual es un híbrido del griego *homo* de reciente invención (siglo XIX) y corresponde a la unión del vocablo *griego* (*homos*: "lo mismo") y otro *latino* (sexual), cuya traducción más correcta sería "del mismo sexo", término que puede funcionar como adjetivo, pero no como sustantivo, indicando la relación sexual y afectiva o sentimental entre personas del mismo sexo, donde se incluye el lesbianismo y la cultura gay. Así, un matrimonio homosexual sería –precisamente– la unión de dos personas del mismo género, pero referirse a una persona como "homosexual" significaría etimológicamente "persona del mismo sexo". Teniendo todo esto en cuenta, se usa el término "gay" para referirse a las personas que prefieren las relaciones erótico-amorosas con otras personas de su mismo género. Se dice que es el uso, y no la etimología, lo que da significado a las palabras. En el caso del vocablo gay casi siempre se utiliza para referirse a los hombres homosexuales, aun cuando también se refiere a personas homosexuales de ambos sexos, pero se usa para indicar al hombre homosexual; mientras que el de lesbiana se emplea para referirse a las mujeres. La principal diferencia entre estas dos palabras es que "gay" (alegre; divertido en inglés) es un término importado del inglés y elegido originalmente por la *comunidad gay* de San Francisco (California, Estados Unidos) para referirse a sí mismos. Mientras que homosexual es un neologismo que originalmente en inglés tenía connotaciones negativas relacionadas con una patología, enfermedad o tara. Fue acuñado en 1869 por el escritor austríaco Karl-María Kertbenyen y popularizado más tarde por el psiquiatra alemán Baron von Kraft-Ebbin. En países hispanoparlantes-hispanohablantes, "gay" indica casi exclusivamente al género masculino, especialmente a aquellos que aceptan su género biológico (por lo tanto no se aplica al transformista, al transexual ni al travesti). No suele usarse para designar o calificar al género femenino. Para evitar confusiones se suele hablar de "gays y lesbianas", aunque para algunas interpretaciones esta expresión es redundante.

De allí que la *unión civil* es uno de los varios términos usados para un estado civil que algunos desean asimilar al matrimonio, creados típicamente para permitir el acceso de las parejas homosexuales a las ventajas gozadas por las parejas heterosexuales casadas. En algunos lugares, las uniones civiles están también disponibles para los heterosexuales que no desean formalizar su relación en un matrimonio. Estas uniones heterosexuales reciben el nombre de unión libre. Existen muchos tipos de uniones civiles. Sin embargo, aun cuando en la doctrina se llega a identificar el concubinato con la unión libre, tal equiparación resulta en la actualidad jurídicamente incorrecta, pues el concubinato no es ya la simple cohabitación de un hombre y una mujer, sino que es indispensable, además, que dicha relación se dé entre personas no ligadas por vínculo matrimonial entre sí ni con ninguna otra persona, que sea duradera, continua, monogámica, pública y que no exista impedimento dirimente que impida el ejercicio de la capacidad convivencial. La unión libre no reúne en su conjunto tales requisitos. La unión libre se diferencia del concubinato, en que la misma puede darse entre personas casadas con otras (adulterio), o puede mantenerse en forma ocasional y oculta, lo que no se da en la unión *more uxorio*. Sólo cuando, con el paso del tiempo, se van generando las características propias de la misma, dichas personas que viven en unión libre –a prueba y sin ninguna obligación o derecho– adquieren el status de concubinos, siempre que concurran aquellos requisitos y sean estables a tenor de lo establecido en el artículo 77 constitucional. Por eso, la unión libre de una pareja no produce ninguna clase de derechos y deberes recíprocos entre ellos, pues la ley no reconoce en absoluto dicha situación de hecho, sino únicamente el concubinato.

En Venezuela hasta ahora la unión estable de hecho o la pareja estable de hecho significa comunidad permanente *entre un hombre y una mujer*, que mantienen relaciones sexuales, o pueden mantener, y comparten una vida en común. Al menos así puede entenderse –como unión heterosexual– mientras en Venezuela no se reforme el artículo 77 constitucional y se legisle regulando las uniones homosexuales. Fuera de este contexto, la pareja de hecho es la unión de dos personas con independencia de su opción sexual, que conviven de forma esta-

ble en una relación de afectividad; por lo cual algunos ordenamientos jurídicos –por diversos motivos– las han regulado.

Sin embargo, nos referimos a una "*situación de hecho"* en que se encuentran dos personas, de distinto sexo, que hacen vida marital sin estar unidos en matrimonio. Mientras no haya sido dictada ley específica que la regule, ¿continuará siendo de hecho, no de Derecho? No se entiende por qué se habla de "unión de hecho", como si no la regulara de alguna forma el Derecho, más concretamente la ley[21]. En el caso, por ejemplo, del artículo 77 de la Constitución venezolana vigente, que establece: "...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 esta norma el supuesto de hecho, como *hecho jurídico humano*[22], da lugar a una consecuen-

[21] En la doctrina se afirma que el Derecho es el conjunto de normas que imponen deberes y normas que confieren facultades, que establecen las bases de convivencia social y cuyo fin es dotar a todos los miembros de la sociedad de los mínimos de seguridad, certeza, igualdad, libertad y justicia. Las normas jurídicas constituyen un conjunto de mandatos que se aplican exclusivamente a las relaciones del hombre que vive en sociedad (con sus características: son bilaterales o imperativo-atributivas, exteriores, coercibles y heterónomas). La ley es una norma de derecho dictada, promulgada y sancionada por la autoridad pública, aun sin el consentimiento de los individuos y que tiene como finalidad el encauzamiento de la actividad social hacia el bien común. Para Bonecase la ley tiene dos significados uno estricto y uno amplio. En sentido estricto, "La ley es una regla de derecho directamente emanada del Poder Legislativo, con aprobación y sanción del Poder Ejecutivo, mediante la promulgación respectiva"; y en su sentido amplio, "La ley es una regla abstracta y obligatoria de la conducta, de naturaleza general y permanente, que se refiere a un número indefinido de personas, de actos o hechos, con aplicación durante un tiempo indefinido y dotada del carácter coercitivo del derecho".

[22] El hecho a que nos referimos es un suceso o acontecimiento como acción humana, es un acto humano, que trae aparejadas consecuencias en el Derecho, pues da lugar a consecuencias jurídicas. Es un hecho jurídico, como sucesos temporal y espacialmente localizado que provoca, al existir una unión fáctica estable, un cambio en la realidad jurídica existente entre la pareja individual y comunitariamente considerada. Se puede tratar de la voluntad del hombre y la mujer convivientes de causar determinados efectos de hecho, pero no así su intención de producir consecuencias de derecho. Sin embargo, se trata de un hecho jurídico en sentido estricto, como acontecimiento humano que no sólo modifica a la realidad jurídica, sino que provoca consecuencias de derecho, pero en los cuales la voluntad determinante no es producir dichas consecuencias.

cia jurídica pues le atribuye la virtud de producir determinados efectos jurídicos, es decir, la adquisición de unos derechos. Sin embargo, la convivencia *more uxorio*, entendida como una relación que pretende parecerse a la matrimonial, sin haber recibido en nuestro país sanción legal (a través de ley específica), salvo algunas previsiones obligatorias que la contemplan para determinados efectos, vale decir, no está prohibida en nuestro derecho: es ajurídica. Carece de normativa legal pero produce, por lo general, determinados efectos que tienen trascendencia jurídica, y la solución debe realizarse con arreglo al sistema de fuentes del Derecho, pues debe evitarse que la relación convivencial pueda producir un perjuicio a una de las partes.

Pareciera que el artículo 77 constitucional denota, en primer lugar, que la unión de hecho, si no es estable no produce esos efectos; y de ser estable pero sin cumplir los requisitos establecidos en la ley, entonces no produce tales efectos, o al menos produce pero relativamente los mismos efectos que el matrimonio (*Vid.* Cap. VI). Bajo esta premisa (ausencia de estabilidad o de los requisitos establecidos en la ley), la unión convivencial será únicamente de hecho de manera aislada (sin las consecuencias jurídicas o efectos: los mismos del matrimonio). Sin embargo, cuando la unión fáctica es estable y cumple con los requisitos establecidos en la ley, significa que se ha celebrado por el mutuo acuerdo entre los convivientes mediante el acto voluntario o consentimiento, y no por un hecho ajeno a los mismos, en cuyo caso es un *acto jurídico* que tiene una finalidad familiar, de alguna manera.

Sin embargo, no es fácil comprender el problema en orden a las consecuencias jurídicas, pues si la unión fáctica existe, pero la misma no cumple con aquellas exigencias (estabilidad y los requisitos establecidos en la ley), aun cuando no podría negarse con éxito ese hecho, no obstante quedaría como un hecho aislado que, aparentemente, no producirá por sí mismo ninguna consecuencia jurídica dentro del principio (que prescribe derechos) del artículo 77 *in commento*. Aún así, no siendo estable ni cumpliendo con los requisitos exigidos en la ley, esa unión es un he-

cho jurídico que, a pesar de tales deficiencias, por tratarse de un acto humano, no queda, por tanto, absolutamente aislado de consecuencias jurídicas. Esta afirmación en la praxis podemos demostrarla con estas dos hipótesis: A y B conviven de modo permanente, uno de los mismos está casado y procrean descendencia. Bajo este supuesto, esta unión convivencial (adulterina) no producirá los mismos efectos que el matrimonio (efectos personales y patrimoniales), pero esa unión adulterina, ante tales carencias, éstas no pueden impedir la consecuencia que ese hecho jurídico genera, consistente en que sus descendientes comunes son hijos legítimos, pues como estatuye el artículo 234 del Código Civil, "Comprobada su filiación, el hijo concebido y nacido fuera del matrimonio tiene la misma condición que el hijo nacido o concebido durante el matrimonio con relación al padre y a la madre y a los parientes consanguíneos de éstos". Pero, a su vez, ese hecho jurídico (la convivencia) produce otra consecuencia jurídica que consiste en el adulterio, o acceso carnal que se tiene entre la persona casada y la otra que no es su cónyuge. El adulterio es un delito, y "todos los delitos, tanto los dolosos (con intención) como los culposos (sin ella), son hechos jurídicos en sentido estricto. La razón de ello es que en ambos casos las consecuencias jurídicas del delito se desencadenan con independencia de la intención de provocarlas del sujeto que ha actuado"[23].

Eso significa que la unión de hecho, entre un hombre y una mujer, si es "estable" y cumple con los requisitos establecidos en la ley, dentro del contexto del artículo 77 constitucional, la misma ¿será de Derecho? Como se puede apreciar, cuando se afirma: "unión estable de hecho", ¿la misma no es de Derecho? ¿No será si no concurre al mismo tiempo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley? El Derecho no la regula en orden a su formación, pues hasta ahora en Venezuela no existen normas que establezcan el procedimiento para

[23] Josep Aguiló Regla, *Teoría General de las Fuentes del Derecho*, p. 53, edit. Ariel Derecho, Barcelona, España, 2000.

su constitución, ni los requisitos para que la misma se celebre válidamente; pero no obstante la norma constitucional a ese "hecho" le hace producir consecuencias jurídicas, como hecho que es, el *hecho jurídico humano* (convivencial). Sin embargo, allí existe una confusión terminológica (pareciera más confiable y menos contradictoria "unión estable de pareja", pues "unión estable de hecho" es algo así como irregular: lo irregular denota no conforme con las normas o las reglas, y aun cuando lícita no cumple los requisitos establecidos en la ley). Es posible justificar que a la situación fáctica la ley la haga producir consecuencias jurídicas, pero es comprensible que la misma no sea de Derecho por sí misma, al no estar revestida de determinadas formalidades para su nacimiento, pues como llegaron a sostener Planiol & Ripert[24], la unión libre, llamada también concubinato, se opone al matrimonio del mismo modo que una situación de puro hecho se opone a una situación regulada por el Derecho. ¿Qué partido debe tomar el legislador en presencia de ese estado de cosas, es decir, con relación a personas que viven como si estuvieran casadas, sin someterse, no obstante, a ninguna de las reglas del matrimonio?

Si el concubinato no es estable ni cumple los requisitos establecidos en la ley, sólo será un hecho (voluntario) que no producirá las consecuencias jurídicas (sin los mismos efectos que el matrimonio, relativamente, no de modo absoluto o total en ningún caso). Ese hecho se quedará en lo puramente fáctico, como hecho carente de consecuencias normativas en orden a unos efectos previstos, sin que pueda transformarse, por su aislamiento, en un hecho que genere consecuencias o efectos jurídicos, pero no de modo absoluto como hemos observado. Conforme a esa apreciación tanto el concubinato como la unión de hecho significan lo mismo con fundamento en el artículo 77 *eiusdem*, que se refiere solamente a las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer. El concubinato, como conceptúa el Diccionario de la Lengua Española, en

[24] Derecho Civil Francés, p. 59, Vol. 2, Cultural SA, La Habana, Cuba, 1939.

su vigésima segunda edición, deriva del latín *concubinâtus*).1. m. Relación marital de un hombre con una mujer sin estar casados.

La unión de hecho en nuestro país no presenta ninguna diferencia con el concubinato, pues para que sea tal se trata *prima facie* de la unión o comunidad permanente *entre un hombre y una mujer*, que mantienen relaciones sexuales, o pueden mantener, y comparten de modo permanente la vida en común; no obstante existir la tendencia en Venezuela a regular la unión de hecho y el concubinato de manera diferente, como si fuesen dos hechos distintos, y en contra del criterio según el cual la unión de hecho o concubinato entre un hombre y una mujer, es la relación marital sin estar casados; más aún, cuando la Sala Constitucional del TSJ, en la citada decisión interpretativa (caso Carmela Mampieri Giuliani) afirma que el concubinato es un tipo de unión estable, por ser él la figura regulada en la Ley, y se refiere en la decisión indistintamente como unión estable o concubinato[25].

En nuestro país la unión de hecho y el concubinato se entienden como lo mismo, y así como se dice unión de hecho, también se refiere a unión libre, o pareja no casada, unión extramatrimonial, concubinos, parejas estables, parejas no casadas, parejas no matrimoniales. Quiérase o no, tanto la unión de hecho como el concubinato son dos figuras o formas

[25] Entre otras leyes de Venezuela, la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (G.O. Nº 38.647 del 19-03-07) y su reimpresión por errores materiales (G.O. Nº 38.668 del 23-04-07), en el numeral 5º del artículo 15, emplea los vocablos "concubino" y "ex concubino", mientras que en el numeral 7º *eiusdem* utiliza indistintamente el vocablo "concubina" y la expresión "unión estable de hecho". Y en el artículo 49.5 constitucional se emplean los vocablos "concubino o concubina". Todo esto pareciera indicar que el legislador venezolano no encuentra ninguna diferencia sustancial entre "unión concubinaria" y "unión estable de hecho".

de unión intersexual que, en Venezuela y hasta ahora, se constituyen voluntariamente entre un hombre y una mujer con consecuencias de orden personal y patrimonial cuando les caracteriza la *estabilidad* y cumplen los requisitos establecidos en la ley, de la manera como previene el artículo 77 de la Constitución venezolana vigente.

Conforme a nuestra legislación vigente, deducimos que la unión *more uxorio* o concubinaria[26] es la unión estable entre un solo hombre y una sola mujer que lleven notoria comunidad de vida, tal y como si fuesen casados, aun cuando no cumplan los trámites formales de la celebración del matrimonio, sin impedimento dirimente para contraerlo, o para el ejercicio de la capacidad convivencial.

La anterior noción permite identificar, de algún modo, el significado de unión estable de hecho entre un hombre y una mujer a que se refiere el artículo 77 constitucional. En efecto, se trata de la unión *more uxorio* o concubinaria, que está caracterizada por determinadas exigencias que la distinguen, pues en Venezuela no sólo el concepto de esa unión fáctica, sino su contenido, hay que precisarlos a la luz del artículo 77 *eiusdem*, porque éste indica que los efectos de esa relación de convivencia –que

[26] Oscar Borgonovo, distingue tres (3) tipos de concubinato: a) Concubinato carencial, aquel que forman hombre y mujer que aun cuando carecen de impedimentos matrimoniales, viven en posesión de estado matrimonial, careciendo además de motivación para celebrar el matrimonio civil; b) Concubinato sancionatorio o forzoso, respecto de quienes –uno o ambos– reconocían impedimento de ligamen, indisoluble por divorcio vincular; c) Concubinato utópico, aquel que mantienen quienes no quieren contraer matrimonio por razones filosóficas, que los llevan a considerar el vínculo jurídico como una intromisión del Estado en su vida privada (El concubinato en la legislación y en la jurisprudencia, p. 25, Edit. Hammurabi, 2ª edic., Buenos Aires, 1987). Tales distinciones, así como todas las que sean posibles plantear, no tienen trascendencia jurídica y pueden contribuir a la realización de un análisis de tipo sociológico; pues el concubinato es uno solo, independientemente de las circunstancias o motivos que tengan los convivientes –hombre y mujer– para no contraer matrimonio. Carece de relevancia la distinción tipológica que sobre el mismo se realice. Simplemente, existe unión *more uxorio* o concubinaria, o no existe a los efectos de lo estatuido en el artículo 77 de la Constitución venezolana vigente.

son personales y patrimoniales– serán los mismos que produce el matrimonio (en determinados casos y no total o absolutamente), si cumple con los requisitos exigidos en la ley. De no cumplirse con tales requisitos, se estará en presencia de otro tipo de unión, pero no *more uxorio* o concubinaria a tenor de lo establecido en la norma constitucional.

Puede hablarse de una posesión de estado que no se corresponde con título de estado, como el caso de la unión convivencial o concubinaria, que algunos denominan *estado aparente de hecho*, que de ser *more uxorio* (con las características de estabilidad, permanencia, monogámica, notoriedad y sin impedimento dirimente para contraer válidamente matrimonio) presenta las apariencias de marido y mujer sin las formalidades del matrimonio. De no ser de tal modo, entonces no se trata de la unión *more uxorio* sino de una relación pasajera, convivencia por necesidad y sin *affectio more uxorio*, transitoria u ocasional, o simplemente encuentros furtivos, o el acto sexual gratuito o por dinero sin ninguna otra formalidad indicativa de aquellas exigentes características; por lo cual se observan tres formas, entre otras, que pueden darse en las relaciones no matrimoniales: a) Convivencia con relaciones sexuales ocasionales, o sin éstas, en donde no existe permanencia ni cohabitación; b) relaciones sexuales constantes o duraderas, o sin el acto sexual, caracterizadas por la no permanencia ni cohabitación; y c) convivencia distinguida por la estabilidad, permanencia y la cohabitación, con relaciones sexuales o sin ellas, donde impera una comunidad de vida que aparenta un matrimonio. Esta tercera hipótesis es la que calificamos como *more uxorio* o concubinaria a los efectos del artículo 77 de la Constitución venezolana vigente, en cuya relación se dan los requisitos fundamentales de la singularidad, cohabitación, notoriedad, permanencia y ausencia de impedimentos dirimentes que impidan el ejercicio de la capacidad convivencial.

1.3.1 *Unión fáctica entre un solo hombre y una sola mujer*

La monogamia[27] (del griego *monos* que significa uno, y *gamos* matrimonio), como uno de los caracteres esenciales del matrimonio, es considerada en este ámbito como una cuestión de orden público.

En efecto, según el artículo 44 del Código Civil –que alude a los requisitos para contraer válidamente matrimonio– el matrimonio no puede contraerse sino entre un solo hombre y una sola mujer. La Ley no reconoce otro matrimonio contraído en Venezuela sino el que se reglamenta por el presente Título, siendo el único que producirá efectos legales, tanto respecto de las personas como respecto de los bienes. Una convivencia plural entre un hombre con varias mujeres, o de una mujer con varios hombres, no podría calificarse de *more uxorio* a los efectos del artículo 77 de la Constitución Nacional, que se refiere a "Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer"[28]. Por tanto, cada vez que el

---

[27] Se han publicado algunas informaciones donde se afirma que existen estudios antropológicos serios entre 185 comunidades humanas, de las cuales sólo el 16 % de la población se restringe a relaciones monógamas; que en la historia de la humanidad las relaciones poligámicas son las que han predominado, es decir, la poligamia: la poliandria (una mujer con múltiples hombres) y la poliginia (un hombre con múltiples mujeres). Aunque el cristianismo y el judaísmo han sostenido fuertemente la monogamia, otras religiones practican la poligamia, como los mormones, quienes se rigen por el Antiguo Testamento. El Islam, por ley y práctica religiosa en países como Arabia Saudita y los Emiratos Árabes, en donde se permite sólo a los ricos. En el hinduismo hay diferentes formas de poligamia. En el África negra se da la poligamia. En México hay culturas poligámicas como los Huicholes y algunos descendientes de nahuas. Sin embargo, en las sociedades donde todavía se practica la poligamia hay tendencia hacia la monogamia, ya que se fomenta el concepto e ideal del amor romántico en la que los preceptos para formar pareja es que las uniones deben ir acompañadas de amor, compromiso y fidelidad.
En el mundo moderno el ser humano cada día se ve sometido a la idolatría del trabajo, a los altos niveles de competencia y otras actividades que exigen demasiado tiempo, en desmedro de las relaciones humandas y familiares, que llevan a patologías como los adictos al trabajo, las relaciones humanas son más cercanas e intensas fuera del hogar o la familia; se crean nuevos hábitos y costumbres. Estamos en un momento de grandes mutaciones, fruto del proceso de globalización económica, lo cual repercute en las relaciones humanas.

[28] "Por eso el hombre deja a su padre y a su madre para unirse a una mujer, y formar con ella un solo ser. Los dos estaban desnudos, hombre y mujer, pero no por eso se avergonzaban" (Génesis 2. 24-25).

presente trabajo se diga "unión de hecho" nos referimos únicamente a unión concubinaria, *more uxorio* o simplemente a la unión fáctica estable entre un hombre y una mujer.

1.3.2 *Que la unión sea estable*

La estabilidad a que se refiere el artículo 77 de la Constitución venezolana vigente, denota permanencia, pues la "estabilidad de la unión de hecho", en su sentido material significa solidez, seguridad y firmeza de la misma, y en orden al tiempo que la unión de hecho se mantenga de modo indefinido, es decir, que no sea casual, transitoria u ocasional. Lo contrario desdice del requisito de la estabilidad como elemento esencial para la calificación de la unión de hecho a los efectos del artículo 77 *eiusdem*. De allí que el requisito de la *estabilidad* se integre a su vez con varios elementos que le dan contenido, tales como la *cohabitación, permanencia, notoriedad, singularidad* la inexistencia de impedimentos dirimentes que impidan el ejercicio de la capacidad convivencial.

1.3.3 *Comunidad de vida "como si fuesen casados"*

La unión estable de hecho, a que se refiere el artículo 77 constitucional, tiene que ser apreciada socialmente como la unión de un hombre y mujer que cohabiten bajo el mismo techo, lleven vida en común, se les conozca por la singularidad interpareja y su estabilidad y permanencia; y que esencialmente convivan tal y *como si estuviesen casados* (*affectio more uxorio)*, pero sin cumplir los trámites formales de la celebración del matrimonio. La *affectio maritalis* es una locución latina que alude a la voluntad de afecto, socorro y auxilio mutuo entre marido y mujer durante el matrimonio.

Si la unión de hecho entre un solo hombre y una sola mujer no presentan la apariencia, o no da la sensación, de como si estuviesen casados, esa unión no es *more uxorio*, no es la unión de hecho regulada por el artículo 77 de la Constitución venezolana vigente, que requiere se cumplan las exigencias de estabilidad, permanencia, cohabitación, notoriedad, bajo un mismo techo (residencia), singularidad y que no existan impedimen-

tos para contraer el ejercicio de la capacidad convivencial; o si se admite, para contraer válidamente matrimonio. De no ser así, en el artículo 77 *ibídem* no se habría contemplado "...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" (destacado nuestro). En caso contrario, esa unión no cumplirá con los requisitos establecidos en la ley y se tratará de otro tipo de unión, pero no la tutelada por aquella norma constitucional.

Se trata de reiterar la necesidad de la imprescindible *affectio more uxorio*, sin la cual no hay concubinato ni relación que se le parezca; pues la misma se caracteriza por la intención permanente de convivir, como si fuesen marido y mujer, a la vista de muchos. Por eso hay que excluir del concepto, las simples relaciones de convivencia por amistad o compañerismo, o por motivos laborales, o por cariño o solidaridad humana y social, o por lazos familiares; o aquellas ocasionales, discontinuas o intermitentes que denotan, por tanto, lo pasajero, inestable y ocasional.

La relación *more uxorio* se caracteriza no tanto por el hecho de *la convivencia*, sino por *el ejercicio de la sexualidad* cuando la misma tiene lugar o es posible, pues puede acontecer que se den todas las características de ese tipo de unión, pero sin relaciones sexuales y no por ello deja de considerarse *more uxorio*. En efecto, un hombre y una mujer contraen matrimonio, pero no mantienen relaciones sexuales. Por este hecho omisivo nadie puede negar que se trata de una pareja conyugal.

1.3.4 *Ausencia de impedimentos dirimentes*

Que la unión de hecho entre un solo hombre y una sola mujer no tenga impedimentos dirimentes para contraer válidamente matrimonio. Nos referimos a impedimentos para ejercer válidamente la capacidad matrimonial, pues el artículo 77 de la Constitución se refiere a los requisitos establecidos en la ley que deben cumplir las uniones estableces de hecho para que éstas produzcan los mismos efectos que el matrimonio. Sin embargo, la ley específica hasta ahora no existe en Venezuela que regule lo

relativo a los impedimentos enervantes de la estabilidad de la unión convivencial, y no sólo los mismos sino también el elenco plural de los requisitos a que alude la norma constitucional; lo que no importa porque el artículo 77 de la Constitución Nacional es una norma considerada como plena, de *efecto inmediato y directo*[29], y la misma no requiere para su cumplimiento de una ley que la desarrolle, por lo cual no es necesario esperar que el legislador dicte esa ley específica, pues esa norma constitucional no actúa como *norma programática*[30]; y si fuese programática de todos modos la misma es de cumplimiento inmediato. Con fundamento en el artículo 335 de la Constitución Nacional, tal como lo viene haciendo la Sala Constitucional del TSJ, en los casos concretos donde surge alguna infracción constitucional, la misma Sala ejerce la *jurisdicción en forma normativa*, es decir, da vigencia inmediata a la norma constitucional, y señala sus alcances o formas de ejercicio, así no existan leyes que lo desarrollen directamente; en cuyo caso se trata de interpretaciones vinculantes que obran como una normativa restringida. Por esta vía no sólo se han colmado normas constitucionales que carecían de cualquier desarrollo legal, sino que en casos donde hay que aplicar leyes que choquen

[29] La Constitución es fuente del derecho y por tanto sus normas son de aplicación inmediata (eficacia directa no indirecta). Las normas constitucionales se aplican junto a la ley e incluso frente a la misma, y no requieren de una ley para poder aplicarlas. Y como los derechos esenciales de la persona humana se han constitucionalizado, los jueces, para su protección, están obligados a la aplicación de la Constitución de modo directo. La norma constitucional contiene un conjunto de derechos-deberes y unos valores, que son de aplicación directa o inmediata, y constituyen un mandato a todos los poderes públicos, en especial para el juzgador quien debe velar por su efectividad en la praxis, removiendo los obstáculos que impidan su eficacia, aplicación y plenitud; todo conforme a la Constitución, con criterio finalista y sistemático, conforme a la realidad social, dentro de los principios y valores constitucionales. Para Eduardo García De Enterría, los derechos fundamentales pasan a ser directamente operativos, sin necesidad de la intermediación legal y aun por encima de esa intermediación (*La Democracia y el Lugar de la Ley*, p. 48, Madrid, 1997).

[30] En sentido contrario, el profesor Francisco López Herrera, refiriéndose al artículo 77 de la Constitución venezolana, sostiene que resulta obligado concluir que el antes transcrito texto constitucional es, simplemente, de naturaleza programática. Y como bien lo tiene establecido nuestro más Alto Tribunal, "esas disposiciones reconocen derechos y enuncian propósitos cuya realización y efectiva vigencia está subordinada a la promulgación de leyes futuras. Se llaman programáticas porque representan un programa que requiere ulterior desarrollo y deben orientar la acción legislativa del futuro" (*Derecho de familia,* p. 53, 2ª edic., Caracas, 2006).

con la Constitución, se dejan sin efecto artículos de dichas leyes y jurisprudencialmente se sustituyen las normas inconstitucionales por interpretaciones de cómo se debe actuar, estableciendo procedimientos, a fin de que la institución prevista en la Constitución se aplique.

O como sostiene Bidart Campos (De las Constituciones "ideológicas y nominales" a las cláusulas programáticas de la Constitución), si al titular de ese derecho se le arguye, para paralizar su invocación y su pretensión, que la ley no ha sido dictada y que sin ella la norma programática no puede funcionar, se le está realmente alegando que la supremacía de la norma constitucional programática no existe. En efecto, si la ley omitida frustra la vigencia del derecho, quiere decir que la supremacía depende de la ley y no de la propia Constitución, o que la Constitución no es suprema hasta que la ley reglamente sus normas programáticas. Si lo que se aspira lograr con la supremacía de la Constitución es sustraer su articulado al poder constituido, no parece tolerable que un órgano de este poder –el Congreso– torne inaplicable una norma programática de la Constitución al omitir reglamentarla, porque en tal supuesto la actividad legislativa inhibiría la eficacia del poder constituyente autor de la Constitución: Y concluye afirmando: a) cuando hay cláusulas programáticas que definen derechos subjetivos, el órgano encargado de determinar la norma programática tiene obligación de dictar las normas que lleven a cabo esa determinación; b) cuando no lo hace, incurre en omisión inconstitucional; y c) cuando el titular del derecho lo invoca y postula, la falta de norma que determine a la programática obliga a hacer funcionar directamente la norma programática para reconocer el derecho involucrado en ella, en homenaje a la supremacía de la Constitución que quedaría violada si por falta de reglamentación se desconociera aquel derecho.

Por eso, la ley a que se refiere el artículo 77 constitucional no es otra que, especialmente, el Código Civil vigente; por lo cual es necesario tomar en cuenta las dificultades que, por ejemplo, tiene el conviviente casado, porque el mismo Código Civil no le permite contraer válidamente matrimonio por encontrarse unido a un matrimonio anterior ("No se permite ni es válido el matrimonio contraído por una persona ligada por otro anterior...", art. 50, CC); en cuyo caso es comprensible el obstáculo para que su condición sea equiparable con la unión matrimonial. Si el

artículo 77 de la Constitución remite a los convivientes estables de hecho, a que hagan suyas las normas del Código Civil aplicables al matrimonio, en tal caso no pueden legalmente eludir las obligaciones, exigencias y prohibiciones que las mismas contemplan.

1.3.5 *Notoriedad*

Significa evidencia o claridad. Como evidencia, indica certeza clara y manifiesta de modo que nadie puede dudar que el hombre y la mujer viven juntos. Por eso la notoriedad sugiere o indica que la unión fáctica es conocida por todos los que integran una comunidad en un tiempo y lugar determinados; y constituye uno de los requisitos de la unión concubinaria pues la comunidad, de lecho o habitación y de vida entre los convivientes, debe trascender de la esfera íntima de los mismos y ser conocida, como un hecho, por la mayoría de los sujetos que integran una colectividad en un tiempo y de un lugar determinados, puesto que sin esta notoriedad no tendría cabida hacer referencia a una apariencia de estado como si fuese matrimonial, aun cuando no igual al matrimonio.

En los países donde se ha legislado sobre el reconocimiento de las uniones de hecho, se contempla el *acta de notoriedad*, que consiste en un acto mediante el cual dos personas dan fe ante un funcionario público especialmente del inicio de la convivencia. No obstante, el acta de notoriedad también cumple otras funciones, o se otorga por otros motivos, tal como certificar simplemente la identidad de una persona. En general, se trata de un acta mediante la cual se certifica la notoriedad pública relacionada con la existencia de un hecho. El objetivo de un acta de notoriedad consiste en proporcionar a las personas interesadas un instrumento para probar un hecho basándose en sus derechos o hacer que se reconozcan dichos derechos.

2. CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA UNIÓN FÁCTICA

El inicio y extinción de la unión de hecho resultan imprecisos, a diferencia de la unión matrimonial, pues en Venezuela no tenemos una legislación específica que regule a la primera, salvo el caso de algunas disposiciones legales dispersas. En efecto, el matrimonio antes de su inicio es precedido por el cumplimiento de requisitos formales y sustan-

ciales, que en Venezuela hasta ahora no se aplican o cumplen para el inicio de la unión fáctica. Ésta se forma en Venezuela sin más formalidad que el consentimiento recíproco de vivir juntos, el hombre y la mujer, y se extingue por el mismo acuerdo bilateral o simplemente de modo unilateral por uno de los convivientes, por la muerte real o presunta de uno de ellos o de ambos, o si los convivientes contraen entre sí matrimonio, o si alguno de ellos lo contrae con otra persona o se encuentra casado; o por nulidad, en el caso del concubinato putativo a que se refiere la Sala Constitucional del TSJ (*Vid.* Cap. VII).

El matrimonio se extingue por divorcio, la muerte de alguno de los cónyuges, o por la nulidad del mismo; mientras que la comunidad de bienes se termina por las mismas causas, así como por la *ausencia declarada*, la quiebra de uno de los cónyuges y por la separación judicial de bienes. En cambio, la unión de hecho no se extingue de la misma manera, salvo algunas coincidencias.

2.1 *EL DIVORCIO*

El divorcio no es aplicable a la unión de hecho, pues el divorcio es exclusivo para el matrimonio. Para que se extinga el matrimonio por divorcio, el interesado debe fundamentar el mismo en cualesquiera de las siete (7) causales según el artículo 185 del Código Civil, pero también puede disolverse el mismo por dos (2) causas más como son[31]: a) Por el transcurso de más de un año después de declarada por el tribunal la separación de cuerpos, sin haber ocurrido en ese lapso la reconciliación de los cónyuges; y b) cuando los cónyuges han permanecido separados de hecho por más de cinco (5) años, cualquiera de ellos puede solicitar el divorcio alegando ruptura prolongada de la vida en común. En cambio, hasta ahora en Venezuela los convivientes pueden poner término a la unión fáctica de la manera más fácil, de mutuo acuerdo o simplemente por decisión unilateral de cualquiera de los convivientes sin que tenga que cumplir alguna formalidad.

[31] Conforme al artículo 755 del Código de Procedimiento Civil, el Tribunal no admitirá ninguna demanda de divorcio o de separación de cuerpos que no esté fundada en algunas de las causales establecidas en el Código Civil.

2.2 *LA MUERTE*[32]

La muerte extingue tanto el matrimonio como la unión de hecho, por causa de la cesación o terminación de la vida, desde el punto de vista

[32] Nada de extraño tiene que la ciencia crea saber sobre la muerte celular, hechos tan incontrovertibles que algunas expresiones dentro de los mismos textos de patología sorprenden por cuanto muestran nuestra ignorancia. La transición de la vida a la muerte es igualmente difícil de precisar para la célula como para el organismo considerado globalmente. Este intento de la ciencia por definir la muerte del ser humano choca estrepitosamente con la barrera ideológica. John Eccles, premio Nobel de Medicina y Fisiología, en "Muerte y Cerebro" afirmó: "Creo que la ciencia ha ido demasiado lejos al romper la creencia del hombre en su grandeza espiritual y le ha dado la idea de que es meramente un animal insignificante que surgió por azar y necesidad en un planeta insignificante en la gran inmensidad del cosmos. Debemos aceptar el gran desconocimiento de la física y la fisiología de nuestros cerebros, de las relaciones de mente y cerebro y de nuestra imaginación creadora". Históricamente los intentos por definir el momento preciso de la muerte han sido problemáticos. Antiguamente se definía la muerte (evento) como el momento en que cesan los latidos del corazón y la respiración, pero el desarrollo de la ciencia ha permitido establecer que realmente la muerte es un proceso, el cual en un determinado momento, se torna irreversible. Hoy en día, cuando es precisa una definición del momento de la muerte, se considera que éste corresponde al momento en que se produce la irreversibilidad de este proceso. Existen en medicina protocolos clínicos que permiten establecer con certeza el momento de la muerte, es decir, que se ha cumplido una condición suficiente y necesaria para la irreversibilidad del proceso de muerte. Gracias al avance tecnológico de la medicina, hoy es posible mantener una actividad cardíaca y ventilatoria artificial en cuidados intensivos, en una persona cuyo corazón ha dejado de latir y no es capaz de respirar por sí mismo, por lo cual esto demuestra que no es estar muerto. El protocolo utilizado para el diagnóstico de la muerte en este caso es diferente y debe ser aplicado por especialistas en ciencias neurológicas, hablándose entonces de "muerte cerebral" o "muerte encefálica".

En el pasado, algunos consideraban que era suficiente con el cese de actividad eléctrica en la corteza cerebral (lo que implica el fin de la conciencia) para determinar la muerte encefálica, es decir, el cese definitivo de la conciencia equivaldría a estar muerto, pero hoy se considera, en casi todo el mundo, difunta a una persona (aun si permanece con actividad cardíaca y ventilatoria gracias al soporte artificial en una unidad de cuidados intensivos), tras el cese irreversible de la actividad vital de todo el cerebro incluido el tallo cerebral (estructura más baja del encéfalo encargada de la gran mayoría de las funciones vitales), comprobada mediante protocolos clínicos neurológicos bien definidos y soportada por pruebas especializadas. En estos casos, la determinación de la muerte puede ser dificultosa. Un electroencefalograma, que es la prueba más utilizada para determinar la actividad eléctrica cerebral, puede no detectar algunas señales eléctricas cerebrales muy débiles o pueden aparecer en él señales producidas fuera del cerebro y ser interpretadas erróneamente como cerebrales. Debido a esto, se han desarrollado otras pruebas más confiables y específicas para evaluar la vitalidad cerebral como la Tomografía por Emisión de Fotón Único (SPECT cerebral), la Panangiografía cerebral y el Ultrasonido transcraneal. A pesar de esto se dan por muertas a personas que no lo están, ya que a veces el cerebro vuelve a funcionar y otras muchas veces porque casi nunca se hacen las pruebas anteriormente escritas.

material o corporal. La vida es consustancial con la personalidad y ésta se extingue por la muerte de la persona.

2.3 *NULIDAD DEL MATRIMONIO*

La nulidad del matrimonio es inaplicable a la unión de hecho[33]. La nulidad supone la invalidación del matrimonio por la existencia de un vicio o defecto esencial en su celebración, y se diferencia del divorcio por cuanto en este último se disuelve un matrimonio válido por voluntad de uno o ambos cónyuges. La nulidad se trata de una sanción civil represiva y excepcional debida a la violación de determinadas disposiciones legales en la celebración del matrimonio, que trae como consecuencia la desaparición del mismo del ámbito jurídico, dejándolo tal y como si jamás hubiere sido celebrado, salvo el caso del matrimonio putativo que se reputa válido, para el cónyuge que contrajo el matrimonio de buena fe y siempre en beneficio de los hijos, desde la celebración hasta la fecha de la sentencia que declara su nulidad.

2.4 *DECLARATORIA DE AUSENCIA*

Es posible que la declaratoria de ausencia de alguno de los convivientes pueda ser solicitada por el otro conviviente de hecho, cuya unión concubinaria haya sido previamente declarada por sentencia definitivamente firme, cuando han transcurrido más de dos años de ausencia presunta,

[33] Sin embargo, en relación con la citada sentencia interpretativa de la Sala Constitucional del TSJ (caso Carmela Mampieri Giuliani) hemos observado que para la misma, a los fines de reclamar los posibles efectos civiles del matrimonio, es necesario que la "unión estable" haya sido declarada conforme a la ley, por lo que se requiere de una sentencia definitivamente firme que la reconozca. Por esa misma razón es de considerar la necesaria declaratoria del concubinato putativo a que se refiere la Sala Constitucional, para que éste produzca los mismos efectos, o algunos, que el matrimonio putativo (*Vid.* Cap. VII). Si no antecede la declaración judicial de nulidad de la unión fáctica, entonces ¿de qué manera se va a demostrar la buena o la mala fe entre los convivientes, para que sólo así el concubinato putativo produzca efectos en beneficio del que obró de buena fe?

pues la persona que haya desaparecido de su último domicilio o de su última residencia, y de quien no se tenga noticias, la ley lo presume ausente (art. 418, CC); y si después de dos años de ausencia presunta o de tres, si el ausente ha dejado mandatario para la administración de sus bienes, los presuntos herederos *ab intestato* y contradictoriamente con ellos los herederos testamentarios, y quienes tengan sobre los bienes del ausente derechos que dependa de su muerte, pueden pedir al tribunal que declare la ausencia.

El problema para el conviviente *more uxorio* supérstite está en que si el declarado ausente dejó cónyuge sobreviviente e hijos o descendientes, o cualquier ascendiente o colateral, dentro del orden de suceder, en quienes se defiera la herencia, tendrá que probar su cualidad de conviviente dentro de los requisitos impretermitibles (y concurrentes) establecidos en el artículo 77 de la Constitución vigente, pues en caso contrario carece de legitimidad para solicitar la declaratoria de ausencia. Es mayor la problemática para el conviviente en el caso del cónyuge supérstite, pues el matrimonio crea derechos sucesorios para el cónyuge de la persona de cuya sucesión se trate, que no esté separado de cuerpos y de bienes sea por mutuo consentimiento, sea contenciosa, salvo prueba, en ambos casos, de reconciliación, en cuyo caso el conviviente *more uxorio* queda excluido como heredero *ab intestato* y, por tanto, carece de cualidad para solicitar judicialmente la declaratoria de ausencia.

2.5 *EN SITUACIÓN DE QUIEBRA*

A tenor de lo pautado en el artículo 939 del Código de Comercio, en caso de ser declarado uno de los cónyuges en estado de *quiebra*, queda inhabilitado para la administración de todos sus bienes (propios y comunes), para disponer de los mismos a título oneroso o gratuito, para gravarlos y contraer sobre ellos nuevas obligaciones; por lo cual el cónyuge del fallido tiene derecho en la quiebra a reclamar sus derechos tal y como si se tratara de la disolución y liquidación de la sociedad matrimonial, pues el efecto de la quiebra declarada, en tal caso, es

extinguir esa comunidad patrimonial matrimonial, en cuya situación se deberán tener en consideración los títulos, así como las capitulaciones matrimoniales que se exhiban.

¿En la unión de hecho puede ocurrir lo mismo? *Mutatis mutandi*, mientras el conviviente de hecho no pruebe su cualidad de tal, es posible que el mismo adolezca de cualidad para solicitar los mismos derechos que el cónyuge no declarado en quiebra, a menos que demuestre en ésta los derechos que reclama a través de los correspondientes títulos y del acuerdo o pacto concubinario que de modo auténtico o público hubiere concertado antes de iniciar la convivencia con el conviviente declarado fallido. Ello por la dificultad (la imposibilidad) de probar en la quiebra su cualidad de conviviente *more uxorio*, pues la presunción de comunidad según el artículo 767 del Código Civil, aplicable a la unión fáctica o concubinaria, procede cuando la mujer o el hombre, en su caso, *demuestre* que ha vivido permanentemente en tal estado, situación ésta fáctica demostrativa, por sí misma, de esa imposibilidad, pues la unión estable convivencial debe ir precedida de la declaratoria judicial de su existencia.

2.6 *EN CUANTO A LA SEPARACIÓN JUDICIAL DE BIENES ENTRE LOS CONVIVIENTES*

La misma pareciera no tener lugar, pues es exclusiva del matrimonio, por lo cual únicamente procede entre los convivientes la separación de bienes de modo voluntario, que no está permitido en el matrimonio en donde, según el artículo 173 *in fine* del Código Civil, "Toda disolución y liquidación voluntaria es nula, salvo lo dispuesto en el artículo 190", es decir, que entre cónyuges para que sea válida la separación de bienes, por mutuo consentimiento, debe ser como consecuencia de la separación de cuerpos. Se trata de un requisito legal dentro de los exigidos por el artículo 77 constitucional.

Sin embargo, en el artículo 47 de PLPFMP, se contemplaba que la unión estable de hecho, podía disolverse por acuerdo mutuo de los convivien-

tes, o por alegato que haga una de las partes de la misma, fundamentado en cualquiera de las causales establecidas para el divorcio en el artículo 185 del Código Civil, mediante petición formal escrita ante el Juez de Paz o Parroquia de la jurisdicción de su domicilio y residencia, en cuyo caso la cesación deberá ser declarada en decisión dictada en esta instancia judicial. Sin embargo, como en ese Proyecto no se indicaba si los convivientes podían voluntariamente disolver la comunidad patrimonial sin extinguir previamente la convivencia, por aquello de que "lo no prohibido está permitido" (siempre que no se haga daño); en el artículo 49 *eiusdem* se pautaba que *la disolución y cesación de la unión estable de hecho* aunque no hubiese sido legalmente equiparada en sus efectos al matrimonio, a pesar de haber cumplido las exigencias de los artículos anteriores, *le daba derecho a cada uno de la pareja para acceder a la partición por mitad de los bienes del patrimonio formado y los frutos que hubieren obtenido a título oneroso durante la unión* (destacado nuestro), de lo cual podía inferirse que la separación de bienes entre los convivientes sólo podrá tener lugar como consecuencia de la disolución de la unión convivencial, y no antes, o cuando esa unión fuese declarada nula como consecuencia de haberse concertado la misma bajo el rigor de la existencia de cualquier impedimento dirimente que impidiere el ejercicio de la capacidad convivencial, pues como observamos esa declaración (de nulidad) es necesaria para que pueda conocerse la existencia del concubinato putativo (Cap. VII) a que se refiere la decisión de la Sala Constitucional[34], en cuyo caso el conviviente que actuó de mala fe no tendrá parte en los gananciales. Y tiene que ser así, pues de otra manera esa unión concubinaria no sería *more uxorio*, no sería tal sino una simple comunidad o sociedad de intereses patrimoniales en donde los comuneros o socios pueden, en cualquier momento y mediante el simple cuerdo o consentimiento separar su patrimonio sin que se comprometan los intereses de los terceros con quienes hayan asumido obligaciones; más aún, cuando los terceros pue-

[34] Sentencia del 15 de julio de 2005 (caso: Carmela Mampieri Giuliani).

den tener interés (derechos adquiridos). Como hemos observado en algún lugar de este trabajo, los artículos 47 y 49 de ese Proyecto no aparecen en la Ley vigente.

La separación de bienes anticipada sería nula, y habría que considerar, seriamente, si la comunidad convivencial asumió obligaciones[35], en cuyo caso y como lo estatuye el artículo 180 del Código Civil, "De las obligaciones de la comunidad se responderá con los bienes de la misma y si éstos no fueren suficientes, el cónyuge que haya contraído la obligación responderá subsidiariamente con sus bienes propios, a menos que el otro cónyuge haya consentido el acto, caso en el cual ambos responderán de por mitad con sus bienes propios. De las obligaciones contraídas por los cónyuges en la administración de sus bienes propios responden con éstos y subsidiariamente con los bienes que le correspondan en la comunidad". Es obvio que la pesada carga no se puede hacer soportar únicamente a los integrantes de la comunidad matrimonial y suprimirse a los convivientes de hecho, cuando el artículo 77 de la Constitución venezolana vigente resulta claro al respeto. Por eso y con fundamento en la norma constitucional *in commento*, nos parece interesante utilizar el citado artículo 180 del Código Civil, y donde dice "el cónyuge" o "la cónyuge" colocar "el concubino" o "la concubina", "el conviviente" o

[35] Según el artículo 165 del Código Civil, que resulta aplicable por disposición del artículo 77 de la Constitución venezolana, gústese o no, son de cargo de la comunidad: 1º.- Todas las deudas y obligaciones contraídas por cualquiera de los cónyuges en los casos en que pueda obligar a la comunidad. 2º.- Los réditos caídos y los intereses vencidos durante el matrimonio, a que estuvieren afectos, así los bienes propios de los cónyuges como los comunes. 3º.- Las reparaciones menores o de conservación, ejecutadas durante el matrimonio en los bienes propios de cada uno de los cónyuges. 4º.- Todos los gastos que acarrea la administración de la comunidad. 5º.- El mantenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes y también los de uno solo de los cónyuges en los casos en que tienen derecho a alimentos. 6º.- Los alimentos que cualquiera de los cónyuges esté obligado por la Ley a dar a sus ascendientes, siempre que no puedan hacerlo con el producto de sus bienes propios. Artículo 166.- También son de cargo de la comunidad las donaciones hechas, por cualquier causa, a los hijos comunes, de mutuo acuerdo, por los cónyuges. Si los bienes gananciales no alcanzaren, los cónyuges responderán de la diferencia, con sus bienes propios, de por mitasd.

"la conviviente", como mejor parezca, pues ¿acaso no se afirma que la unión estable de hecho entre un hombre y una mujer es similar al matrimonio? Y mejor aún, ¿acaso no contempla el artículo 77 de la Constitución que "...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"? De otra manera uno de los convivientes *more uxorio* resultaría perjudicado por el más ágil. Los terceros con quienes contrataron resultarían perjudicados y constituiría una incitación por parte de la misma Ley a la comisión de todo tipo de fraude.

CAPÍTULO II

¿ES EQUIPARABLE LA UNIÓN ESTABLE DE HECHO AL MATRIMONIO?

1. NO EXISTE EQUIPARACIÓN

Sin ninguna vacilación, no pueden equiparse (asimilarse, darse por iguales o equivalentes). Por una parte, los propios cónyuges no aceptan la equiparación cuando no quieren vivir dentro de la unión fáctica, y tampoco los convivientes de hecho puesto que no desean contraer matrimonio. Por este motivo no se puede legalmente imponer un *estatus* a los mismos en contra de su voluntad o consentimiento. Se trata de dos instituciones diferentes desde el punto de vista *antropológico*[36], cultural,

[36] Antropología: Ciencia que estudia al ser humano como ser animal y social. Se dice que analiza al hombre en el marco de la sociedad a la que pertenece, como hacedor de cultura y, al mismo tiempo, como producto de la misma; y que la puede definir como la ciencia que se ocupa de estudiar el origen y desarrollo de toda la gama de la variabilidad humana y los modos de comportamiento sociales a través del tiempo y el espacio, es decir, del proceso biosocial de la existencia de la raza humana. Lo cultural como conjunto de estructuras sociales, religiosas, de manifestaciones intelectuales, artísticas y otras, que distingue o caracteriza a una

ideológico, filosófico, doctrinal, político y sociológico. Y tampoco se pueden equiparar (*reductio ad unum)* en orden a los efectos que el matrimonio produce, pues los mismos no se dan en su integridad y totalidad, aun cuando la unión fáctica cumpla los requisitos exigidos en la ley. La Sala Constitucional del TSJ, como *infra* se precisa, ha afirmado que "no puede pretenderse que, automáticamente, todos los efectos del matrimonio se apliquen a las "uniones estables".

Es más, como hemos observado, la Constitución de Venezuela vigente separa ambas realidades, dando jerarquía normativa a la protección al matrimonio entre un hombre y una mujer; mientras que la unión de hecho, entre un hombre y una mujer, allí está condicionada –para que pueda producir *relativamente* (*Vid.* Cap. VI) los mismos efectos que el matrimonio– a que cumpla los requisitos establecidos en la ley. Ello significa que se trata de dos realidades diferentes y bajo esta apreciación diferencial hay que considerarlas, aun cuando la unión de hecho está subordinada a producir relativamente los mismos efectos que el matrimonio, vale decir, a tomarlos prestados porque esos efectos (personales y patrimoniales) sólo se producen si se cumplen los requisitos establecidos en la ley, pues esa unión no se basta a sí misma para tener su propia identidad en orden a esos efectos, que los toma prestados, en la pretensión de equipararse al vínculo matrimonial, para ser igual o equivalente. Según el DRAE, equiparar es considerar a alguien o algo igual o equivalente a otra persona o cosa; y como el segundo

---

sociedad concreta o determinada, y que ésta reactualiza y modifica de modo constante, como consecuencia de los cambios sociales. En el aspecto doctrinal es de observar que la persona humana adquiere un conjunto de ideas que le permiten formarse un criterio determinado sobre algo o sobre alguien. La filosofía tiene a la interpretación como su objeto principal. Es un sistema de principios que permiten dar respuesta a ciertos hechos o interpretarlos, o que mediante la especulación y el razonamiento aspira a encontrar la explicación de todo lo que le es posible con su discurso. La ideología pareciera entenderse como la ciencia del origen y clasificación de las ideas. Las ideas de un grupo u organización. El idealismo es un sistema filosófico que considera la idea como principio del ser y del conocer. Es el conjunto de ideas tendentes a la conservación o la transformación del sistema existente. La política guarda relación con la organización y el gobierno de los asuntos públicos. La sociología, como ciencia, trata de la constitución y desarrollo de la sociedad humana.

supuesto establecido en el artículo 77 de la Constitución Nacional, expresa que "Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio"; ¿estos efectos dan lugar a la equiparación entre la unión de hecho y el matrimonio? No. La aparente "equiparación" está reducida únicamente a los efectos (no a todos los efectos) o consecuencias del matrimonio, pero no a que el matrimonio y la unión estable de hecho sea iguales. Cada una de estas instituciones tiene su propia especificidad.

Equiparar significa asimilar, dar por igual o equivalente; mientras que "*equiparación*" se traduce por asimilación de categorías o funciones; equivalencia que se establece entre cosas diversas por encontrarlas iguales, o muy parecidas tras su comparación o cotejo; aun cuando también se traduce, comparativamente, por "homologar" que significa, entre otras acepciones, "equiparar", poner en relación de igualdad dos cosas. Estas dos últimas acepciones parecieran orientar a la afirmación de que el matrimonio y la unión *more uxorio* son muy parecidos, luego de su comparación o cotejo. Sin embargo, la comparación o cotejo –para afirmar que se equiparan– permite llegar al convencimiento que ambas realidades son diferentes, no equivalentes. Su contraste comparativo de contenido, no tanto lo formal, de orden antropológico, cultural, ideológico, filosófico, doctrinal, político y sociológico, conduce a demostrar su diferencia. Luego, entonces, ¿la unión de hecho y el matrimonio pueden, a la luz del artículo 77 de la Constitución Nacional, asimilarse como iguales o equivalentes? Es equívoca e incongruente tal asimilación o equivalencia, pues tales uniones no son iguales, más aun, cuando la propia norma constitucional contiene en sí misma la diferencia entre ambas instituciones, subordinando la unión fáctica al cumplimiento de los requisitos legales para que sólo así produzca los efectos de aquél.

2. CRITERIO DE LA SALA CONSTITUCIONAL

La Sala Constitucional del TSJ, en la sentencia de fecha 15 de julio de 2005 (caso: Carmela Mampieri Giuliani), equipara parcialmente la unión de hecho o concubinato al matrimonio, en orden a los efectos que éste produce, de la manera siguiente:

> (...) Ahora bien, el matrimonio –por su carácter formal– es una institución que nace y se prueba de manera distinta al concubinato o a cualquier otra unión estable, y por ello *estas últimas no pueden equipararse íntegramente al matrimonio* y, por tanto, no puede pretenderse que, automáticamente, todos los efectos del matrimonio se apliquen a las "uniones estables (...).
>
> *Estas uniones (incluido el concubinato) no son necesariamente similares al matrimonio*, (...)
>
> Ahora bien, *al equipararse al matrimonio, el genero "unión estable"* debe tener, al igual que éste, un régimen patrimonial, y conforme al artículo 767 del Código Civil, correspondiente al concubinato pero aplicable en la actualidad por analogía a las uniones de hecho, éste es el de la comunidad en los bienes adquiridos durante el tiempo de existencia de la unión. *Se trata de una comunidad de bienes que se rige, debido a la equiparación*, que es posible en esta materia, por las normas del régimen patrimonial-matrimonial (...,destacado nuestro).

De lo resuelto por la Sala, tres (3) deducciones pueden extraerse:

> 1.- Como el matrimonio nace y se prueba de manera distinta al concubinato, o a cualquiera otra unión estable (aun cuando la Sala Constitucional no indica a qué otras uniones estables se refiere), la diferencia –en su nacimiento como en el orden probático– hace que tanto las unas como las otras no pueden equipararse íntegramente al matrimonio; y, en consecuencia, los efectos del matrimonio (personales y patrimoniales) no se producen íntegramente en la unión fáctica. En tal caso, la unión *more uxorio* o estable de hecho (concubinato) y cualquiera otra unión estable, no son necesariamente similares al matrimonio, es decir, ni iguales, ni equivalentes.
>
> 2.- La unión estable de hecho (concubinato) y cualquiera otra unión estable, no son necesariamente similares al matrimo-

> nio, es decir, ni semejantes o parecidas, por lo cual no son equiparables.
>
> 3.- Sin embargo, luego la Sala equipara el género "unión estable" al matrimonio, y así debe tener, al igual que éste, un régimen patrimonial (comunidad de gananciales por causa de la equiparación).

La Sala Constitucional, en la sentencia en comentario, equipara la unión de hecho o *more uxorio*[37] al matrimonio de dos maneras diferentes:

> 1. *Equiparación parcial*. Como el matrimonio –según la Sala– nace y se prueba de manera distinta al concubinato, o a cualquiera otra unión estable, la diferencia –en su nacimiento como en el orden probático hace que tanto las unas como las otras no pueden equipararse íntegramente al matrimonio; y, en consecuencia, los efectos del matrimonio (personales y patrimoniales) no se producen íntegramente en la unión fáctica. En tal caso, la unión *more uxorio* o estable de hecho (concubinato) y cualquiera otra unión estable, no son necesariamente similares al matrimonio, es decir, ni iguales, ni equivalentes. Se desprende de la decisión de la Sala que si la unión fáctica naciera y se probara de igual modo que el matrimonio, entonces aquélla se equipararía íntegramente al matrimonio y produciría automáticamente todos los efectos del mismo. Obviamente que ambas instituciones nacen y se prueban de manera diferente, pero es posible pensar que no sea tal diferencia la que impida la producción de los mismos efectos (personales y patrimoniales), sino motivos diferentes, tales como que no son equiparables, no son iguales, ni similares; aun cuando el artículo 77 constitucional pareciera

[37] Con las características de estabilidad: Cohabitación, permanencia, monogamia, notoriedad y sin impedimento dirimente para contraer válidamente matrimonio; por lo que los convivientes presentan la apariencia de marido y mujer sin las formalidades del matrimonio. Por este último aspecto es que la unión fáctica se denomina *more uxorio*.

equipararlas pero relativamente en orden a los efectos (*Vid.* Cap. VI). Además, la Sala no indica a qué otras uniones estables se refiere, dejándolas en una zona de penumbra.

2. *Equiparación total patrimonial*. La Sala Constitucional equipara el género "unión estable" al matrimonio, y así debe tener, al igual que éste, un régimen patrimonial (comunidad de gananciales por causa de la equiparación). Se trata de una equiparación limitada a lo patrimonial, que pareciera dejar de lado lo relativo a los efectos personales (interconvivenciales y en relación con los hijos e hijas), al no afirmarlos en ese contexto.

3. EQUIPARACIÓN E IGUALDAD

¿No calificar o no aceptar a la unión *more uxorio* como igual o equiparable al matrimonio constituye una desigualdad? La igualdad a que alude el artículo 21[38] de CRBV no se corresponde con el tema en comentario, puesto que no comporta discriminación alguna la no equiparación, tratándose que tanto la unión *more uxorio* como el matrimonio, cada una de estas instituciones tiene su propia especificidad, debiendo respetarse su estatus, pues el conviviente de hecho no desea contraer matrimonio, y el casado no quiere vivir como aquél. La equiparación a la fuerza (*reductio ad unum)* a la luz del artículo 77 constitucional y contra la voluntad de los miembros de la pareja matrimonial y de la unión de hecho, no es posible.

Al respecto, la Sala Constitucional en decisión interpretativa de fecha 28 de febrero de 2008, correspondiente a los artículos 21, cardinal 1, y 77, en conjunción con los artículos 19, 20 y 22 constitucionales, a peti-

[38] "Todas las personas son iguales ante la ley, y en consecuencia: 1- No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona (...)".

ción de la Asociación Civil Unión Afirmativa de Venezuela; y por otro interviniente sobre la posible colisión entre los preceptos que recogen los artículos 21, cardinal 1, y 77 de la Constitución desde la perspectiva del principio de la no discriminación por orientación sexual, en el sentido de que el artículo 77 constitucional equipara las uniones de hecho entre hombre y mujer al matrimonio, y no así las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, lo que implicaría un tratamiento discriminatorio[39]. La Sala resolvió:

> (...) La Sala quiere destacar que la norma constitucional no prohíbe ni condena las uniones de hecho entre personas del mismo

[39] El 17 de febrero de 1998, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas hizo pública una sentencia en la que considera que no existe discriminación sexual en el caso de una empleada lesbiana de una compañía de trenes británica que había denunciado a su empresa por negar a su compañera los descuentos previstos en los viajes para los cónyuges de los empleados. El Tribunal ha fallado que, en el actual Derecho de la Comunidad, las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo no se equiparan a las relaciones entre personas casadas o a las relaciones estables sin vínculo matrimonial entre personas de distinto sexo. El fallo sienta jurisprudencia en todos los Estados miembros, por lo que, fuera de las legislaciones que reconocen expresamente efectos matrimoniales a la pareja homosexual, no podría pretenderse, en principio, esta equiparación.
El recurso fue interpuesto por Lisa Grant, empleada de la South West Trains, alegando que se trataba de discriminación por razón de sexo, ya que si ella fuera hombre su compañera disfrutaría de todos los derechos. La sentencia (caso C-249/1996) señala que no existe tal discriminación, pues el reglamento de la empresa se aplica con independencia del sexo del trabajador de que se trate. Así pues, las reducciones de precio son denegadas a un trabajador de sexo masculino que viva con otro hombre, del mismo modo que se le niegan a la trabajadora que viva con otra mujer. Dado que el requisito establecido por el Reglamento de la empresa se aplica de igual modo a las trabajadoras que a los trabajadores, no puede considerarse que constituya una discriminación basada en el sexo.
En contra de lo que alegaba Grant, el Tribunal no considera que la ley equipare la situación de las parejas homosexuales al matrimonio o a la cohabitación de las parejas heterosexuales. En la mayor parte de los Estados miembros, la vida en común de dos personas del mismo sexo se equipara a las relaciones heterosexuales sin vínculo matrimonial sólo en lo que respecta a un número limitado de derechos o no es objeto de ningún reconocimiento específico. El Tribunal cita a la Comisión Europea de Derechos Humanos al decir que a pesar de la evolución contemporánea de las mentalidades en cuanto a la homosexualidad, las relaciones homosexuales duraderas no están comprendidas en el ámbito de aplicación del derecho al respeto de la vida familiar protegido por el art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 4.XI.1950.

sexo, que encuentran cobertura constitucional en el derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad; simplemente no les otorga protección reforzada, lo cual no constituye un acto discriminatorio en razón de la orientación sexual de la persona, como se explicó. Así, es pertinente poner de relieve que la Constitución no niega ningún derecho a la unión de personas de igual sexo; cosa distinta es, se insiste, que no les garantice ninguna protección especial o extra que haya de vincular al legislador, como tampoco lo hace respecto de uniones de hecho entre heterosexuales que no sean equiparables al matrimonio –el cual sí se define como unión entre hombre y mujer–. De hecho, el disfrute de los derechos sociales y, especialmente, de los económicos, es perfectamente posible en el caso de uniones entre personas del mismo sexo, no a través de la comunidad concubinaria, la cual no se generaría porque aquéllas no cumplen con los requisitos para ello, pero sí a través de una comunidad ordinaria de bienes, en los términos en que la legislación civil lo permite, siempre que no haya fraude a la ley y dentro de los límites que impone el orden público (por ejemplo, que no se burle con la comunidad ordinaria entre una persona casada y otra distinta de su cónyuge, la comunidad de gananciales entre esposos). Lo mismo sucede con otras uniones de hecho que no alcanzan los requisitos legales para que sean consideradas concubinatos como –en el ejemplo que ya se mencionó–, en el supuesto de uniones de hecho en las que uno de los conformantes de la pareja esté casado –uniones de hecho "adulterinas"–, caso en el cual esa unión se ve impedida de ser calificada como una relación concubinaria y, por tanto, no es equiparable al matrimonio.

(...) la Sala declara que el derecho a la igualdad que recoge el artículo 21 de la Constitución es enunciativo y como tal proscribe cualquier forma de discriminación, incluso por razones de orientación sexual del individuo. Asimismo, declara que ese precepto constitucional no colide con el artículo 77 *eiusdem* en lo que se refiere a la protección especial o reforzada que éste establece a favor de determinada categoría de uniones de he-

> cho, pues lo que esta última norma recoge es una discriminación positiva, protección o mejora que implica una distinción de una situación jurídica frente a otras a la que no son iguales, que fue la opción que eligió el Constituyente, sin que ello constituya, *per se,* una discriminación de las que proscribe el artículo 21 constitucional, ni comporta una prohibición, desconocimiento o condena de otras formas de uniones de hecho entre personas –de distinto o igual sexo– cuya regulación, en todo caso, corresponde al legislador. Así se declara.
>
> (...) En consecuencia, la Sala declara que el derecho a la igualdad que recoge el artículo 21 de la Constitución es enunciativo y como tal proscribe cualquier forma de discriminación, incluso por razones de orientación sexual del individuo. Asimismo, declara que ese precepto constitucional no colide con el artículo 77 *eiusdem* en lo que se refiere a la protección especial o reforzada que éste establece a favor de determinada categoría de uniones de hecho, pues lo que esta última norma recoge es una discriminación positiva, protección o mejora que implica una distinción de una situación jurídica frente a otras a la que no son iguales, que fue la opción que eligió el Constituyente, sin que ello constituya, *per se,* una discriminación de las que proscribe el artículo 21 constitucional, ni comporta una prohibición, desconocimiento o condena de otras formas de uniones de hecho entre personas –de distinto o igual sexo– cuya regulación, en todo caso, corresponde al legislador (...).

El Tribunal Constitucional español ha considerado que el derecho a la igualdad no obliga a dar el mismo tratamiento al matrimonio y a otras situaciones, sino a no establecer diferencias de trato que tengan un fundamento objetivo y razonable. Baste pensar –para entender esta posición del Tribunal Constitucional, y a título de ejemplo– en los requisitos para la disolución del matrimonio y para la disolución –si puede hablarse así, pues estamos en el mundo de los hechos, no del Derecho– de una "pareja de hecho" (en el segundo caso, la voluntad unilateral de una parte o la concorde de ambos, con consecuencias

inmediatas). Por ello no se debe legislar compulsando el ordenamiento y añadiendo "pareja de hecho" cada vez que aparece el término cónyuge en las más variadas normas. Esto convertiría al matrimonio con los mismos derechos y mayores obligaciones y rigideces en su régimen jurídico en una institución menos deseable que la "pareja de hecho", lo que no parece conforme con el sentir mayoritario de la ciudadanía. Así, el Tribunal Constitucional se ha negado reiteradamente, como afirma Eduardo Espín[40], a deducir directamente del principio de igualdad una equiparación entre matrimonio y uniones de hecho. Semejante equiparación debería ser, en todo caso, una decisión del legislador, quien no podría desconocer, de todas formas, la preferente atención constitucional al matrimonio. Por lo demás, el matrimonio queda abierto a toda persona sin distinción discriminatoria de ningún tipo, y se encuentra constitucionalmente garantizada la posibilidad de su disolución, por lo que el rechazo al mismo no puede fundamentarse, como en el pasado, en razones de carácter objetivo.

En el Anteproyecto de Ley de Parejas del Partido Socialista Obrero Español (PSOE), se llegó a sostener que "partiendo de la tesis de que *no puede haber identidad de efectos entre matrimonio y unión de hecho por tratarse de instituciones diferentes*, que obedecen a opciones y planteamientos personales distintos, es necesario respetar esta diferencia, tanto en el plano social como en el jurídico" (destacado nuestro).

Por su parte, el Consejo Pontificio para la Familia, en documento del 26 de julio de 2000, sostiene que no todas las uniones de hecho tienen el mismo alcance social ni las mismas motivaciones. A la hora de describir sus características positivas, más allá de su rango común negativo, que consiste en postergar, ignorar o rechazar la unión matrimonial, sobresalen ciertos elementos. Primeramente, el carácter puramente fáctico de la relación. Conviene poner de manifiesto que suponen una

[40] *Derecho Constitucional,* en edición conjunta, Vol. 1, p. 239, 4ª edic. Tirant lo Blanch, España, 2000.

cohabitación acompañada de relación sexual (lo que las distingue de otros tipos de convivencia) y de una relativa tendencia a la estabilidad (que las distingue de otros tipos de uniones de cohabitación esporádica u ocasionales), las uniones de hecho no comportan derechos y deberes matrimoniales, ni pretenden una estabilidad basada en el vínculo matrimonial. Es característica la firme reivindicación de no haber asumido vínculo alguno. La inestabilidad constante debida a la posibilidad de interrupción de la convivencia en común es, en consecuencia, característica de las uniones de hecho. Hay también un cierto compromiso, más o menos explícito de fidelidad recíproca, por así llamarla, mientras dure la relación.

Conviene comprender las diferencias sustanciales entre el matrimonio y las uniones fácticas. Esta es la raíz de la diferencia entre la familia de origen matrimonial y la comunidad que se origina en una unión de hecho. El matrimonio no es una creación del poder público, sino una institución natural y originaria que lo precede. En las uniones de hecho, en cambio, se pone en común el recíproco afecto, pero al mismo tiempo falta aquel vínculo matrimonial de dimensión pública originaria, que fundamenta la familia. Familia y vida forman una verdadera unidad que debe ser protegida por la sociedad, puesto que es el núcleo vivo de la sucesión (procreación y educación) de las generaciones humanas. Si la familia matrimonial y las uniones de hecho no son semejantes ni equivalentes en sus deberes, funciones y servicios a la sociedad, no pueden ser semejantes ni equivalentes en el estatuto jurídico.

El artículo 70 del Código Civil venezolano permite la conversión de la unión concubinaria en matrimonio, obviándose las formalidades exigidas para el matrimonio en el artículo 69 *eiusdem*, así como de la previa fijación de carteles; con lo cual de ninguna manera se significa ser equiparable esa unión al matrimonio, sino más bien que, en ese caso, la unión fáctica deja de ser tal para transformarse o convertirse en matrimonio. El tránsito del hecho al derecho, de lo fáctico a lo jurídico. Indica, asimismo, que la unión de hecho tiene la potencialidad para convertirse en matrimonio, por lo cual no es igual al mismo mientras no pierda su sustancia que la caracteriza y por tanto deje de ser tal para convertirse en matrimonio; ni es igual o equivalente al matrimonio, pues en caso

contrario no habría necesidad de tal conversión, ni tendría por qué desnaturalizarse para adquirir nueva sustancia que lo separa definitivamente de la anterior que se transformó en otra que la asume a plenitud. La muerte de una y el nacimiento de otra que adquiere su propia dimensión y especificidad sustancial, a través del cumplimiento de determinadas formalidades establecidas en la ley.

¿Por qué los convivientes contraen matrimonio si la unión de hecho es igual o equivalente al mismo? ¿No será que los convivientes tienen muy clara la diferencia o distinción entre una unión y la otra? La unión *more uxorio* es diferente al matrimonio. No pueden considerarse como iguales, pues si fuesen iguales entonces no habría ningún fundamento lógico ni racional para equipararlas, pues se trataría de una sola institución, una sola realidad sin distinciones al respecto. Indudablemente que cuando los convivientes contraen matrimonio es porque saben que no son iguales esas dos uniones, que no son equiparables, pues de ser iguales o equiparables carecería de sentido casarse.

La Sala Constitucional en la decisión interpretativa *supra* citada, de fecha 28 de febrero de 2008, sostuvo:

> (...) En criterio de la Sala, si lo que la Constitución protegió en forma reforzada fue el matrimonio entre personas de diferente sexo, la posibilidad de extensión de los efectos de esta institución requiere de la misma exigencia respecto de las uniones de hecho para que se logre la asimilación sustancial entre ambas instituciones y, por tanto, a lo único que aquél podría equipararse –bajo pena de violación al derecho a la igualdad– es a las uniones estables también entre un hombre y una mujer. En otros términos, la extensión o aplicación analógica de los efectos de una institución jurídica como es el matrimonio, a otra como es la unión estable o el concubinato, requiere evidentemente que esta última cumpla con los mismos requisitos sustanciales –que no formales– de aquél.
>
> En consecuencia, si el Constituyente de 1999 optó por proteger al matrimonio monogámico entre un hombre y una mujer

> –como núcleo esencial que da origen a la familia, en el contexto histórico y cultural venezolano– la extensión de sus efectos a las uniones de hecho –que histórica y sociológicamente también ha sido "núcleo esencial que da origen a la familia"– debe exigir, al menos, que estas últimas cumplan con los mismos requisitos esenciales, esto es, que se trate de uniones estables y monogámicas entre un hombre y una mujer, que éstos no tengan impedimento para casarse, tal como dispuso esta Sala en su fallo 1682/05 que antes se citó, y, se insiste en esta oportunidad, que se trate de una unión que se funde en el libre consentimiento de las partes. En consecuencia, mal podría pretenderse la equiparación de uniones estables entre personas de un mismo sexo respecto del matrimonio entre un hombre y una mujer, cuando la Constitución no incluyó al matrimonio entre personas del mismo sexo en los términos del artículo 77 de su texto (...).

En esta oportunidad la decisión de la Sala Constitucional califica la equiparación de la unión fáctica entre un hombre y una mujer al matrimonio, como extensión o aplicación analógica de los efectos de éste a la unión estable o concubinato, para lo cual requiere que esta última cumpla con los mismos requisitos sustanciales –que no formales– de aquél. Obviamente que esos requisitos sustanciales son los requisitos de fondo exigidos para contraer válidamente matrimonio. Vale decir (los que son posibles de aplicar), diversidad de sexos entre los convivientes, libre consentimiento, capacidad de los mismos (sus elementos: discernimiento, pubertad, cordura y potencia sexual) y ausencia de impedimentos dirimentes que impidan el ejercicio de la capacidad convivencial.

Capítulo III

La interpretación constitucional

1. El Estado democrático y social de Derecho y de Justicia

El artículo 2º de la Constitución venezolana vigente estatuye que "Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político". Esta concepción indica que se pasa del *Estado legal de Derecho* (del Estado liberal o neoliberal, del positivismo jurídico) al *Estado constitucional* en cuanto Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que indica –*ab initio*– la reformulación de los postulados del Estado liberal y la recomposición de toda la teoría del Derecho. El Derecho constitucional no se queda reducido a lo meramente político, sino que comprende el ámbito social, pues el Estado Social de Derecho y de Justicia es una respuesta al modelo de sociedad capitalista, neoliberal; y esta ampliación del campo de lo constitucional, como observa Balaguer

Callejón[41], tiene importante repercusión metodológica, que marca la transformación de planteamientos característicos de las concepciones del Estado legal de Derecho, a otros que se derivan de las condiciones del Estado constitucional de Derecho. El Estado Social por ser tal está dentro de la misión del Estado de lograr la justicia social dentro de una sociedad distinguida por las desigualdades, en donde unos pocos lo tienen todo en desmedro del derecho de la mayoría del pueblo a disfrutar de mejores condiciones de vida sin reformismos dentro de un cambio profundo en las estructuras sociales, que sustituya el sistema injusto a través de diversos medios para la promoción humana y social (educación, salud, vivienda, alimentación, seguridad social, empleo, mejores salarios y beneficios, protección al ambiente, igualdad[42] sin discriminaciones, mejores servicios públicos, recreación y demás beneficios sociales). El Estado Social de Derecho donde exista, en la praxis, la garantía del imperio de la ley y la sujeción a la Constitución.

Al pasarse del *Estado legal de Derecho* (del Estado liberal) al *Estado constitucional* en cuanto Estado democrático y social de Derecho y de Justicia[43], su funcionamiento conforme a la Constitución no puede darse sin la existencia del control de la actividad del Estado, inseparable del propio concepto de Constitución, es decir, el "*Estado" como* la forma de organización política que se otorga una sociedad para permitir su convivencia y, por tanto, consiste en una estructura; *"social" como la* estructura estatal que no sólo ordena la convivencia de una comunidad,

[41] *Ciencia del Derecho y Constitución Normativa*, en Estudios de Derecho Público en homenaje a J.J. Ruiz-Rico, Edit. Tecnos, Madrid, 1997.

[42] El artículo 19 de CRBV pauta: "El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen".

[43] Conforme al artículo 2 de la Constitución, "Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político".

sino que busca para todos sus componentes un mínimo bienestar, que considera irrenunciable, favoreciendo un nivel de igualdad, limitando las diferencias que la libertad mal utilizada puede generar; *"democrático", o la "democracia"* como forma de gobierno del Estado en la que participa el pueblo; y, "*de Derecho"*, o el sometimiento de la autoridad del Estado a la jerarquía normativa, que obliga a todos por igual y prohíbe la arbitrariedad. El Estado Democrático, jurídica y tradicionalmente representado en la existencia de tres poderes[44]: legislativo, ejecutivo y judicial; la pirámide jerárquica de las normas que, partiendo de la cúspide de la Constitución, desciende a los regulares, normales y múltiples aspectos de la vida y las relaciones económicas y personales de los ciudadanos, y, la sumisión de todas las actuaciones, de particulares y de los propios poderes del Estado, a la visión de los órganos jurisdiccionales que están obligados actuar conforme a las normas adoptadas, por derivación de la voluntad popular, a través de los instrumentos legislativos constitucionalmente previstos.

El concepto *"Estado de Derecho"* se desarrolló durante el liberalismo y encuentra, entre sus fuentes filosóficas, las obras de Kant y de Humboldt. Ambos llegaron a la conclusión de que la acción estatal tiene como límite la salvaguardia de la libertad del individuo. Aunque la idea aparecía claramente en sus escritos, el primero que utilizó la expresión (*Rechtstaat:* Estado de Derecho) fue el jurista y político alemán Robert von Mohl. La expresión "*Estado de Derecho*" no es aceptada por Kelsen, pues para el mismo existe identidad del orden estatal y del orden jurídico, afirmando que "todo Estado tiene que ser Estado de Derecho en sentido formal, puesto que todo Estado tiene que constituir un orden coactivo (...) y todo orden coactivo tiene que

[44] Establece el artículo 136 CRBV: "El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estadal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral. Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado".

ser un orden jurídico". Sin embargo, admite que se puede hablar de un *Estado de Derecho* material para referirse a la cuestión de en qué medida se exigen garantías jurídicas concretas para asegurar que los actos jurídicos individuales se corresponden con las normas generales.

La primera vez que se utilizó la expresión "Estado democrático y social" fue durante la revolución de París de 1848, en la búsqueda del reconocimiento del derecho al trabajo, cuando los socialistas, dirigidos por Louis Blanc y por el constitucionalista Cormenin, encontraron la resistencia argumental de Tocqueville y de Thiers; llegando, mediante acuerdo previos a la elaboración de un nuevo texto constitucional, los socialistas y los conservadores impulsaron un modelo de "Estado democrático y social", resultando luego aprobada la Constitución presidencialista de ese año.

En realidad, la noción o concepto jurídico indeterminado de "Estado Social de Derecho", no es nada nuevo en el constitucionalismo de hoy, pues aparece por primera vez en los artículos 20, numeral 1, y 28 numeral 1, de la *Constitución alemana de 1949* (art. 20.1.- "La República Federal Alemana (*Die Bundesrepublik Deutschland*) es un Estado Federal (*Bundesstaat*) democrático y social". Art. 28.1.- "El orden constitucional de los Länder deberá responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social en el sentido de la presente Ley Fundamental. En los Länder, distritos y municipios, el pueblo deberá tener una representación surgida de elecciones generales, directas, libres, iguales y secretas. En los distritos y municipios, de acuerdo con el Derecho de la Comunidad Europea, el derecho de votar y de ser elegido lo tienen también las personas que posean la nacionalidad de un Estado miembro de la Comunidad Europea. En los municipios, en lugar de un cuerpo elegido podrá actuar la asamblea municipal" (Modificado 21/12/1992). Después en el artículo 1.1 de la *Constitución española de 1978* ("España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político..."), así como en el artículo 1º de la *Constitu-*

ción colombiana de 1991 ("Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general").

2. PRECEDENTE E INTERPRETACIÓN VINCULANTE

La doctrina sostiene que el control constitucional es elemento fundamental del concepto de Constitución y ese control es ejercido por la jurisdicción constitucional, cuya misión principal es la defensa de la Constitución, pero también la defensa de los derechos fundamentales de las personas y la aplicación de los principios y valores constitucionales. Por eso, la justicia constitucional ha de funcionar para consolidar el Estado Social de Derecho y de Justicia y la vigencia y eficacia de los valores y principios constitucionales, pues como sostiene Pablo Lucas Verdú[45], es unánime la doctrina en considerar que la jurisdicción constitucional es la máxima expresión del Estado de Derecho. Es que estamos en presencia del cambio de la supremacía de la ley por la supremacía de la Constitución y el control constitucional que tiene preeminencia ante la jurisdicción ordinaria.

El artículo 335 constitucional previene que el Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son *vinculantes* para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.

[45] *Curso de Derecho Político,* Vol. 2, p. 687, Tecnos, 2ª edic., Madrid, 1977.

Al respecto, como las interpretaciones[46] que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son *vinculantes* para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República; el adjetivo "*vinculante*" denota que ata, obliga, sujeta, a las demás Salas del TSJ y tribunales de la República. Si las interpretaciones –que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales–, son *precedentes* (obligatorios), no serán cuando las interpretaciones se refieran a temas o materias diferentes sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales. Si la interpretación es vinculante no es por-

[46] A la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador. Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho (art. 4 del Código Civil). Como se observa, se trata de: i) la interpretación literal de acuerdo con el significado propio de las palabras, el sentido semántico de las mismas (semántica jurídica), sintáctico o lógico lingüístico (teoría lógico-formal del lenguaje) y pragmático (la decisión jurídica) que con el principio prohibitivo de las formalidades innecesarias o inútiles (arts. 26 y 257, CRBV), el significado propio de las palabras se debe adecuar a la realidad específica, conducente a la interpretación creativa en beneficio de la justicia material del caso concreto, pues no se puede sacrificar la justicia con el empleo de formalismos inútiles o formalidades no esenciales (*Vid.* nuestro trabajo *Objeto de la prueba judicial civil y su alegación,* pp. 110 y ss., Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005). Por eso, la importancia de obviar la interpretación meramente literal, pues las constituciones, como sostiene Pablo Verdú, son objetivación, mediante el lenguaje escrito, de un conjunto de significados. Al intérprete se le presenta este lenguaje-objeto y su misión consiste en esclarecer el sentido preciso mentado con estas palabras. Los textos constitucionales ganarían mucho si se redactasen con dominio suficiente de las palabras, de manera que éstas tuvieran significado unívoco y se empleasen para designar con propiedad los objetos a que se intentan referir (La Interpretación Constitucional, pp. 168 y ss., Universidad de Salamanca, 1960); ii) La interpretación sistemática-teleológica, al contemplar aquella norma sustantiva la necesidad de la interpretación según la conexión de las palabras entre sí y la intención del legislador. La Constitución, observa Marco Gerardo Monroy Cabra, debe interpretarse como un sistema o cuerpo orgánico integrado por reglas y subreglas, principios y valores constitucionales. La interpretación orgánica plantea el problema de la armonía interna, de la coherencia y la homogeneidad del instrumento fundamental (*La Interpretación Constitucional,* p. 70, 2ª edic., Ediciones del Profesional LTDA, Bogotá, 2005).
Encontrar cuál es la intención del legislador resulta problemático ante la pluralidad de perspectivas políticas, sociológicas, culturales, ideológicas, éticas y antropológicas: no obstante que el espíritu y la finalidad de la norma concreta se encuentra observando la realidad social del tiempo en que la misma se ha de aplicar (enfoque realista), con criterio de progresividad (enfoque progresista).

que se trata de un precedente, pues no todo precedente de la Sala Constitucional es vinculante. En derecho se denomina *precedente*, de modo general, a aquellas sentencias dictadas con carácter previo a un caso dado y que sirven para argumentar con vista al juicio, o en la elaboración de la nueva sentencia una solución específica.

Sin embrago, al precedente hay que tomarlo en consideración ante la necesidad de mantener la certeza jurídica en las decisiones judiciales, que tengan relación con casos similares, evitando decisiones contradictorias y garantizando la seguridad jurídica. La obligación de seguir el precedente, como sostiene la doctrina[47], no es el fallo, la decisión o sentencia, sino la *ratio decidendi* que constituye la clave del precedente. ¿Es que, acaso, las decisiones vinculantes así entendidas, en cuanto a la *ratio decidendi*, no es lo mismo que *precedente judicial*? Se trata del valor vinculante que tiene el precedente judicial. Al dictarse una decisión vinculante la misma establece un precedente judicial obligatorio.

No todo precedente es vinculante, y valga como ejemplo lo que sostiene la Sala Constitucional del TSJ, en decisión de fecha 18 de junio de 2003, que *infra* se cita. Para la Sala (*Cfr.* Aulis Aarnio "Derecho, Racionalidad y Comunicación Social", México, Fontamara, 2000) la *fuerza obligatoria de un precedente judicial* puede ser de dos tipos: jurídica (*de iure*) o de hecho (*de facto*). La primera, de *iure,* corresponde a las decisiones que dicta esta Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales (artículo 335 *eiusdem*); en relación con la segunda, se debe decir que la fuerza obligatoria fáctica de los precedentes judiciales la tienen asignadas las decisiones de las demás Salas de este Supremo Tribunal. La distinción en uno u otro caso del precedente judicial, tiene efectos de predecibilidad desde una aproximación sistemática interna y una aproximación sistemática externa respecto al Derecho. Así el punto de vista interno es el que tiene el juez que aplica el derecho como órgano que es del sistema judicial, y en esta función no puede sustraerse a la fuerza obligatoria vinculante del precedente emanado de la Sala Constitucional. Desde el punto

[47] V. Iturralde, *El Precedente en el Common Law,* p. 69, Cívitas, Madrid, 1995.

de vista externo, los precedentes judiciales forman parte de las fuentes del Derecho en los que se basa la Dogmática Jurídica para estudiar los articulados del derecho válido; y en este sentido, la fuerza obligatoria del precedente de facto sólo es *directiva*; significa ello, que en caso de ser inobservado el precedente es altamente probable que sea revocado en una instancia judicial superior.

Los elementos que pueden constituir el precedente no están formalmente definidos. Lo pueden constituir los hechos, las reglas de interpretación aplicables al caso o, en última instancia, los propios fundamentos jurídicos. También pueden constituir el precedente más de uno de estos elementos. Basta que exista una identidad entre el caso anterior y el que se somete a consideración, pues lo que pretende el precedente es proporcionar una seguridad jurídica, haciendo conocer con una razonable antelación la solución a una controversia legal, y que los hechos legales no tengan soluciones diferentes[48].

Sin embargo, a la doctrina del precedente se puede criticar que, a pesar de lo bueno que tiene al predecir el resultado, conduce a la fosilización del sistema, del ordenamiento, impidiendo su avance, pues puede crearse la reiterada creencia negativa de que ya todo está predeterminado o establecido, que ya nada se puede hacer, en desmedro del desarrollo de la capacidad creadora de Derecho[49] y de la elabora-

[48] María Luisa Balaguer Callejón, *Ob. Cit.*, p. 68.

[49] Rodolfo Luis Vigo, en su obra Interpretación Constitucional, pp. 26 y 27 (Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1993), resume las teorías sobre la interpretación que pregonan la función creativa del derecho del juzgador, afirmando que "Desde la teoría pura de Kelsen con su irracionalismo en la elección interpretativa, hasta la teoría herculeana de Dworkin descubridora de la solución correcta para los casos planteados, pasando por el discrecionalismo judicial debilitado de Hart, la nueva retórica de Perelman, la tópica de Viehweg, el arte dialéctico de Villey, el logo de lo razonable de Recaséns Siches, la hermenéutica existencial de Gadamer, la prudencia o razón práctica de Kriele, la teoría de la controversia de Giuliani, la teoría de la convergencia de Kaufmann, las reglas del discurso práctico de Alexy, la aceptabilidad racional de Aarnio o la tópica hermenéutica de Muller, cada uno, a su modo, rechaza tajantemente la ingenuidad de suponer que el intérprete cuando aplica la norma jurídica, la repite sin aportar nada innovador o novedoso para el ordenamiento jurídico y, a su vez, procura establecer mecanismos que permitan asegurar cierta racionalidad, razonabilidad, justicia u objetividad en el resultado interpretativo".

ción de nuevas formas y conceptos, en perjuicio de la dinámica humana y social, aun cuando ésta va abriendo nuevos espacios y creando nuevas formas y conceptos que obligan a un proceso de comprensión. Así va, inevitablemente, apareciendo su relatividad –consecuencia de la contradicción en la praxis judicial–, pues las circunstancias cambian, y ante la necesidad de dar mayor atención a los principios y valores, que a la decisión, y a veces ante la mayor contradicción y rechazo que inspiran algunas decisiones judiciales.

La disidencia es muchas veces muestra de esa contradicción, que se traduce en el denominado voto salvado, continente necesariamente del debido razonamiento o la argumentación jurídica, operante en cualquier clase de decisión judicial, pues la misma "permite la legitimación al darle al juez la posibilidad de legitimar su decisión dando las razones en que se ha basado"[50]. La inconformidad, con fundamento en la realidad social, la preeminencia de lo social frente al individualismo y la existencia de los derechos fundamentales (individuales, sociales, democráticos), hacen más necesario ese disentimiento, y por eso la postura disidente ha venido adquiriendo mucha importancia cuando la misma deviene de la defensa de esos principios, derechos o realidades. O como sostiene equipo multidisciplinario, en trabajo conjunto bajo la dirección de Diego López Garrido, Marcos Francisco Massó Garrote y Lucio Pegoraro[51], mucha importancia han asumido los jueces disidentes. Su *dissenting opinión* o voto particular debilita la decisión de la mayoría y, al tiempo, podrá conducirla hasta la superación del precedente (Rouhette). Admitida esta técnica, no cabe duda que la regla *stare decisis* (estar a lo decidido)[52] experimenta un significativo redimensionamiento. Un caso

[50] Atienza, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, CEC, Madrid, 1991.
[51] *Nuevo Derecho Constitucional Comparado,* p. 111, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2000.
[52] La doctrina del *stare decisis* en los sistemas del *common law,* como regla indica la obligación jurídica que tiene el operador judicial de someterse, de no apartarse de determinados precedentes judiciales, para casos análogos, aun cuando a su juicio sean injustos o fruto de una errónea lectura de las normas, a menos que el tribunal pueda establecer una distinción entre los hechos del caso precedente y los del caso actual.

frecuentemente *critized, questioned, distinguised (apartarse del precedente)*[53] tiene más probabilidad de caer bajo el hacha del *overruling* (derogarlo o anularlo)[54] que la que tiene un caso seguido siempre en virtud, no tanto del vínculo burocrático y positivístico del precedente, cuanto de su valor sapiencial (Mattei).

En la doctrina constitucional, en orden a la elaboración de la teoría de la obligatoriedad de los precedentes judiciales, se han venido utilizando especialmente tres (3) conceptos como son: *Stare decisis, obiter dicta* y *ratio decidendi*, para llegar a la conclusión de cuáles partes de la decisión judicial son fuente formal de derecho.

2.1 *STARE DECISIS*

La doctrina del *stare decisis* en los sistemas del *common law*, como regla indica la obligación jurídica que tiene el operador judicial de some-

[53] En los sistemas donde el precedente es la fuente principal de organización de su sistema jurídico, se han previsto mecanismos no sólo para "evadir" sus efectos mediante la técnica del *distinguishing* en el caso de los tribunales inferiores; sino incluso para "cambiarlo" por un nuevo precedente, en el caso del propio tribunal que lo ha establecido con efecto vinculante.

[54] Los tribunales superiores puedan reformar las decisiones de los tribunales inferiores. Es el llamado *overruling,* que tiene su fundamento en la ficción según la cual los tribunales no crean derecho, sino que se limitan a enunciarlo, es decir, que según esta posición el conjunto de normas existe antes de las decisiones y éstas no hacen más que mostrar su existencia. Se afirma que si un tribunal de grado superior reforma una decisión dictada por un juez inferior, el fundamento de la reforma se basa, no tanto en el poder de los tribunales de crear las normas, sino más bien en el hecho de que el tribunal inferior se equivocó en la enunciación de ellas, que en la realidad eran distintas y correspondían a las que, a continuación, fueron dictadas por el tribunal superior. En este sentido, la técnica del *overruling* permite cambiar un precedente en su 'núcleo normativo' aplicando el nuevo precedente, ya sea al caso en análisis (eficacia retrospectiva) o, en la mayoría de los supuestos, a casos del futuro (*prospective overruling*). Precisamente, la técnica del *prospective overruling* se utiliza cuando un juzgador advierte a la población del inminente cambio que va a realizar de sus fallos, sin cometer la injusticia en una modificación repentina de las reglas que se consideraban como válidas. En el derecho comparado, una técnica semejante, destinada a anunciar la variación futura de la jurisprudencia, es lo que en su versión sajona se denomina *prospective overruling*, que consiste en un mecanismo con fundamento en el cual cualquier cambio de orientación jurisprudencial (*overruling*) no adquiere eficacia para el caso decidido, sino sólo en relación a hechos verificados con posterioridad al nuevo precedente sentado en el *overruling*. No opera con retroacción y se mantiene la seguridad jurídica.

terse, de no apartarse de determinados precedentes judiciales, para casos análogos, aun cuando a su juicio sean injustos o fruto de una errónea lectura de las normas, a menos que el tribunal pueda establecer una distinción entre los hechos del caso precedente y los del caso actual.

En nuestro país cada día cobra más fuerza la coexistencia en mixtura de los dos viejos y grandes sistemas del mundo del derecho como son el *common law* y el *civil law,* pues en los países del primero se da mayor importancia y trascendencia a la creación judicial del derecho y con fundamento en el principio de *stare decisis* y del precedente (judicial) obligatorio o vinculante; mientras que los países del segundo la solución se obtiene a través de la creación legislativa del derecho y con fundamento en el principio de legalidad. Se afirma que la doctrina del precedente no es la misma que la del principio del *stare decisis*, a menudo confundidas. La doctrina del precedente se incardina en la cuestión de las fuentes del ordenamiento jurídico, de modo que el precedente vincula no por ser precedente sino por constituir norma jurídica. El *stare decisis* vincula a un tribunal con sus decisiones anteriores, pero no tanto por ser precedentes cuanto por ser dictadas por el mismo tribunal: es un problema de igualdad ante la aplicación de la norma jurídica. En otras palabras, el sistema del precedente supone que la decisión judicial del caso en litigio se debe resolver con base en las *rationes decidendi* de sentencias anteriores de casos iguales o similares expuestas por tribunales superiores, de manera que tales *rationes* previas conforman el ordenamiento jurídico, son normas jurídicas. El principio *stare decisis* significa que un juez o tribunal queda vinculado por sus propias decisiones para casos futuros. El sistema del precedente se incardina en sede de fuentes del ordenamiento jurídico: el precedente es fuente de derecho. El principio *stare decisis* se vincula a un principio de justicia y, en concreto, al de igualdad en la interpretación y aplicación de la norma de la norma jurídica ya creada por la ley, la costumbre o los principios generales del derecho.

2.2 *OBITER DICTUM*

Obiter dictum (en plural *obiter dicta*), es una expresión latina que significa “dicho de paso” o “dicho gratuitamente”, hace referencia a aque-

llos argumentos en la parte considerativa de una sentencia o resolución no prejudicial, que corroboran la decisión principal, pero que no tienen poder vinculante (precedente persuasivo al guiar al juez en su decisión), pues su naturaleza es meramente complementaria, y son las argumentaciones que no inciden en la decisión. Se dan argumentos propios del derecho jurisprudencial de modo incidental pero que no tocan el fondo de la controversia. Allí el juzgador muestra, de alguna manera, la erudición pero no guardan relación con la parte dispositiva (*decisum*) de la sentencia. Éstos sólo tienen una "fuerza persuasiva" que depende del prestigio y jerarquía del juez o tribunal del cual emana, constituyéndose como criterio auxiliar de interpretación. Las obiter dicta no son derecho para los futuros litigios y por tanto no son obligatorias para casos futuros, no constituyen precedente alguno.

2.3 *RATIO DECIDENDI*

Es una expresión latina, que significa literalmente en español "razón para decidir" o "razón suficiente". Hace referencia a aquellos argumentos en la parte considerativa de una sentencia o resolución judicial que constituyen la base de la decisión del tribunal acerca de la materia sometida a su conocimiento. En el *common law*, es decir, en el derecho anglosajón, la *ratio decidendi* tiene gran importancia, pues al revés del *obiter dictum*, sí tiene carácter vinculante y, por tanto, obliga a los tribunales inferiores cuando deben resolver casos análogos (principio de *stare decisis).* Se entiende como la elaboración general del principio, razón general o regla que constituyen la base indispensable de la decisión judicial concreta, y que también tiene fuerza vinculante general; pues como contempla el artículo 335 de la CRBV, "...las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son *vinculantes* para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República (...)". Conforme a este principio podemos comprender que sólo será obligatoria la *ratio decidendi,* "(...) entendiendo por tal la regla sin la cual la causa se hubiera resuelto de un modo distinto o aquella proposición jurídica que el órgano jurisdiccional estima como deter-

minante en la elaboración del fallo (...)"[55]. La *ratio decidendi* está constituida exclusivamente por los principios, doctrinas o reglas legales en los que el juez ha basado su decisión, junto con el razonamiento que él ha seguido para llegar a su decisión o resolución judicial, y es la parte de la sentencia que constituye el precedente.

Sin embargo, se plantea en la doctrina que la obligación de seguir el precedente no se refiere a la sentencia, sino a la *ratio decidendi,* pues quedan excluidas las cuestiones de hecho y los considerandos de la decisión que no son necesarios para la sentencia, ya que son *obiter dicta;* que la *ratio decidendi* es la regla de derecho aportada por el juzgador para fundamentar o motivar su decisión, a través del razonamiento que le permite llegar a la conclusión, sin el cual habría llegado a resolver de otra manera. La *ratio decidendi* es la regla indispensable para la sentencia, por lo cual las consideraciones no necesarias para ella son solamente *obiter dicta*[56], o "enunciados jurídicos que van más allá de las pretensiones y de las excepciones, ya de las partes, ya recogidas de oficio, que no forman parte de la *ratio* y se diferencia de éstos, en que los mismos son aquellas consideraciones que aparecen en las sentencias pero que no se consideran necesarias para la decisión.

El fundamento del carácter vinculante general de la *ratio decidendi* de las decisiones judiciales, según se afirma[57], es que los jueces deben fundar sus decisiones, no en criterios *ad hoc*, caprichosos o coyunturales, sino en principios generales, o en reglas universales que han adoptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro. El juez debe hacer justicia en el caso concreto pero de conformidad con el derecho vigente, por lo cual tiene el "deber mínimo" de precisar la regla general o el principio que sirve de base a su

[55] Francisco de P. Blasco Gascó, *La norma jurisprudencial, nacimiento, eficacia y cambio de criterio,* Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2000, p. 53; en cita de la sentencia de la Sala Constitucional del TSJ, de fecha 14 de diciembre de 2004, a que luego se hace referencia.
[56] *Ídem.*
[57] Corte Constitucional de Colombia, sentencia Nº SU-1300/01, de fecha 6 de diciembre de 2001.

decisión concreta; que son los jueces posteriores, o el mismo juez en casos ulteriores, quienes precisan el verdadero alcance de la *ratio decidendi* de un asunto, de suerte que la doctrina vinculante de un precedente 'puede no ser la *ratio decidendi* que el juez que decidió el caso hubiera escogido sino aquella que es aprobada por los jueces posteriores'. El juez que decide el caso no puede caprichosamente atribuir el papel de *ratio decidendi* a cualquier principio o regla sino que únicamente tienen tal carácter aquellas consideraciones normativas que sean realmente la razón necesaria para decidir el asunto[58].

En sentencia de fecha 14 de diciembre de 2004 (caso: Seguros Altamira, C.A.), la Sala Constitucional del TSJ, decidió:

> (...) se está en presencia de un criterio jurisprudencial cuando existen dos o más sentencias con idéntica o análoga *ratio decidendi*, entendiendo por tal la regla sin la cual la causa se hubiera resuelto de un modo distinto o aquella proposición jurídica que el órgano jurisdiccional estima como determinante en

[58] La Sala Constitucional del TSJ en sentencia de fecha 18 de febrero de 2003 (caso: Gustavo Quintero Tirado, en amparo), afirmó que, "(...) Las restantes declaratorias emitidas por ese Juzgado forman parte de distintos razonamientos que no atañen al pronunciamiento final, es decir, conforman lo que la doctrina denomina obiter dicta. Entiende la Sala que éstos constituyen argumentos que formula el Juez, concernientes al caso sometido a su conocimiento, que no son parte del razonamiento que conduce a la decisión que finalmente pronuncian (*ratio decidendi*). En este orden de ideas, estima la Sala que los argumentos de obiter dicta no definen situaciones jurídicas y, por ende, no forman parte de lo decidido, sino tan sólo de lo argumentado para decidir (...)". Asimismo, en decisión de fecha 27 de noviembre de 2001 (caso: Víctor Giovanny Díaz Barón, en amparo), la misma Sala, resolvió: "(...) debido a la relevancia de las consideraciones emitidas en el fallo bajo examen y, además, por haber reflexionado la Sala sobre el alcance de principios elementales de nuestro ordenamiento jurídico constitucional, como lo son el derecho a la libertad y la garantía de presunción de inocencia, declara vinculante la *ratio decidendi* que condujo a la decisión definitiva del presente fallo. Por tal motivo, se ordena la publicación de la presente sentencia en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*. Así mismo, se ordena remitir copia certificada del presente fallo a los Presidentes de los Circuitos Judiciales Penales del país, quienes, a su vez, difundirán el contenido de la decisión por medio de copias certificadas a los jueces de primera instancia y superiores que conforman los Circuitos Judiciales Penales de la República (...)"(destacado nuestro).

la elaboración del fallo, en contraposición con los *obiter dicta* o enunciados jurídicos que van más allá de las pretensiones y de las excepciones, ya de las partes, ya recogidas de oficio, que no forman parte de la ratio (*Cfr.* Francisco de P. Blasco Gascó, *La norma jurisprudencial, nacimiento, eficacia y cambio de criterio,* Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2000, p. 53). Para esta Sala la reiteración y la uniformidad constituyen exigencias cardinales para la determinación de la existencia de un criterio jurisprudencial; no obstante, las mismas no son absolutas ya que, algunas veces, la jurisprudencia es vacilante y no se consolida. Por otra parte, en algunos supuestos (excepcionales) podría ser suficiente una sola sentencia como por ejemplo, cuando se produce un cambio de criterio mediante un razonamiento expreso y categórico, o cuando se dilucida por vez primera un asunto o cuando la falta de frecuencia de casos análogos no permitan la reiteración de la doctrina legal (...) Asimismo, se desprende de la doctrina que fue transcrita, que la Sala Constitucional tiene potestad para la revisión del cambio de criterio jurisprudencial de las demás Salas de este Tribunal, en tanto y en cuanto dicho cambio vulnere derechos o principios jurídicos fundamentales, bien sea porque carezca de una motivación suficiente y razonable, es decir, aparezca como arbitrario o irreflexivo; o cuando la nueva interpretación de la Ley no sea válida para la resolución de una generalidad de casos, sino tan sólo del caso concreto, o cuando se le dé eficacia retroactiva, es decir, a situaciones jurídicas o fácticas que surgieron con anterioridad al cambio pero cuyo litigio se resuelve con base en dicha mutación de criterio jurisprudencial, máxime si la norma incorpora algún obstáculo o requisito procesal o sustantivo que no se exigía para el momento en que se produjo la relación jurídico material o que el mismo entrañe una limitación, desmejora o restricción significativa de un derecho o facultad o comporte una evidente situación de injusticia. En el caso *sub examine*, advierte esta Sala que en la sentencia N° RC-00457/2004, la Sala de Casación Civil de este Tribunal Supremo de Justicia cambió el criterio jurisprudencial

> que había asentado en decisión N° 58 de 21 de marzo de 2000, caso: Hildegardis Mata de González y otros *vs* Pedro Rafael Palacios Barrios y Tucker Energy Services de Venezuela S.A. respecto de la aplicación supletoria del artículo 223 del Código de Procedimiento Civil al emplazamiento por carteles que establecía el artículo 77 de la derogada Ley de Tránsito Terrestre de 1996, tal y como lo afirmó la solicitante, lo cual comprobó esta Sala por notoriedad judicial mediante la lectura de ambos fallos en el sitio web de este Tribunal, en el que, además, encontró que, con posterioridad al cambio de criterio en cuestión, se produjo una decisión en un caso análogo en la que se acogió esa nueva doctrina. (*Vid.* s.S.C.C. RC-00616/2004 de 15 de julio, caso: Sebastiano Mangiáfico Latina). Observa esta Sala que, en la sentencia cuya revisión se pretende, la Sala de Casación Civil *no precisó el porqué abandonó o se apartó del criterio que imperaba para ese entonces, es decir, el por qué adoptó la nueva orientación, por lo que dicho cambio jurisprudencial careció de motivación*. Comprueba, además, esta Sala que en dicho veredicto se le dio eficacia retroactiva al cambio de criterio jurisprudencial por cuanto se aplicó para la resolución del caso que lo originó, lo cual vulneró los principios jurídicos fundamentales de seguridad jurídica y confianza legítima, así como el derecho constitucional a la igualdad de la recurrente en casación (aquí solicitante), quien tenía la expectativa plausible de que su asunto se decidiera de acuerdo con la jurisprudencia que imperaba, para ese entonces, en casos análogos. Bajo tales premisas, concluye esta Sala que ha lugar a la revisión de dicho fallo el cual se apartó de la doctrina vinculante que sentó esta Sala en sentencias N°s 956/2001 del 1º de junio, caso: Fran Valero González y Milena Portillo Manosalva de Valero; 1032/2003 del 05 de mayo, caso: Poliflex C.A.; 3702/2003 del 19 de diciembre, caso: Salvador de Jesús González Hernández y 401/2004 del 19 de marzo, caso: Servicios La Puerta S.A. (...,destacado nuestro).

En orden a la fuerza obligatoria del *precedente judicial*, la Sala Constitucional del TSJ –siguiendo a Aulis Aarnio– en sentencia N° 1687 de

fecha 18 de junio de 2003, caso ASODIAM, distingue dos (2) tipos: *jurídica* (*de iure*) y *de hecho* (*de facto*). En efecto:

> (...) La denuncia planteada lleva a esta Sala a distinguir como refiere la doctrina (*Cfr.* Aulis Aarnio "Derecho, Racionalidad y Comunicación Social", México, Fontamara, 2000) que la fuerza obligatoria de un precedente judicial puede ser de dos tipos: jurídica (de *iure*) o de hecho (de *facto*). La primera, de *iure,* corresponde a las decisiones que dicta esta Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales (artículo 335 *eiusdem*); en relación con la segunda, se debe decir que la fuerza obligatoria fáctica de los precedentes judiciales la tienen asignadas las decisiones de las demás Salas de este Supremo Tribunal.
>
> La distinción en uno u otro caso del precedente judicial, tiene efectos de predecibilidad desde una aproximación sistemática interna y una aproximación sistemática externa respecto al Derecho. Así el punto de vista interno es el que tiene el juez que aplica el derecho como órgano que es del sistema judicial, y en esta función no puede sustraerse a la fuerza obligatoria vinculante del precedente emanado de la Sala Constitucional.
>
> Desde el punto de vista externo, los precedentes judiciales forman parte de las fuentes del Derecho en los que se basa la Dogmática Jurídica para estudiar los articulados del derecho válido; y en este sentido, la fuerza obligatoria del precedente de facto sólo es *directiva*; significa ello, que en caso de ser inobservado el precedente es altamente probable que sea revocado en una instancia judicial superior. Tal es el efecto que prevé el artículo 178 de la novísima Ley Orgánica Procesal del Trabajo al otorgarle a la Sala de Casación Social el control de la legalidad de los fallos emanados de los Tribunales Superiores del Trabajo que aun cuando no fueran recurribles en Casación, violentan o amenazan violentar las normas de orden público

o *cuando la sentencia recurrida sea contraria a la reiterada doctrina jurisprudencial de dicha Sala de Casación*.

Esta conceptualización del precedente judicial cobra plena vigencia en el derecho patrio a partir de la Constitución de 1999, y su integración al sistema jurídico procesal es función que compete a la jurisdicción constitucional. De allí la pertinencia de su esclarecimiento para el funcionamiento armonioso del sistema judicial.

La fuerza obligatoria del precedente de la Sala Constitucional radica en la atribución que tiene conferida la Sala como máximo intérprete de las normas y principios constitucionales, pero esta interpretación con fuerza obligatoria vinculante para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República, se extiende al contenido y alcance de las normas de contenido legal para ajustarlas al texto constitucional, máxime cuando todavía prevalece en nuestro ordenamiento jurídico la legislación preconstitucional.

De modo que a la luz del artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, si bien el Tribunal Supremo de Justicia es el máximo intérprete del ordenamiento, la interpretación que las demás Salas realizan de la legalidad ordinaria debe ser acorde con los preceptos constitucionales, y si dicha interpretación es o no constitucional compete decidirlo a la Sala Constitucional.

En este sentido, encuentra la Sala que el juez incurre en conducta indebida en el ejercicio de su función si se negara aceptar el precedente de la Sala Constitucional en el momento de decidir acerca de un caso similar; supuesto en el cual, la inobservancia del precedente debe ser sancionada jurídicamente. Así se declara.

Así también la norma del precedente vinculante debe ser interpretada según el significado y alcance en el que ha sido

> dictada por la Sala Constitucional en todas las instancias jurisdiccionales, correspondiéndose con ello un control vertical del precedente obligatorio (...).
>
> En razón de lo cual, debe esta Sala ante el evidente desacato del mencionado juzgador con respecto a uno de sus fallos vinculantes, imponerle una multa consistente en una quincena de su sueldo, con fundamento en los artículos 174 y 179 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, de igual manera se le conmina para que, en lo sucesivo, se abstenga de desaplicar los precedentes que con carácter vinculante emita esta Sala Constitucional, so pena de incurrir en reiterado desacato, así se decide.
>
> Por último, para el cumplimiento de la multa impuesta se ordena oficiar a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura (...).

3. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Es así, entonces, que la Constitución autoriza y permite la reconstrucción del ordenamiento jurídico. Observamos como en la nueva realidad constitucional venezolana, la interpretación constitucional adquiere relevancia y trascendencia, y la adaptación de las normas preconstitucionales a la nueva estructura normativa constitucional, e incluso la *constitucionalización del derecho*, *del proceso*, de los derechos fundamentales, que obliga a los jueces –para protegerlos– a aplicar la Constitución en forma directa, lo cual ha traído como consecuencia el aumento de la creación jurídica y una nueva forma o manera de interpretar el derecho, el "irrespeto" a la estructura formal de la norma jurídica preconstitucional para penetrarla, preñarla de contenido y volverla más cercana a los sectores sociales; quitándole la rigidez que obstaculiza el acceso a la *justicia material del caso concreto*, para lo cual los jueces están obligados a actualizar las normas a las nuevas situaciones, aun cuando muchos operadores judiciales todavía no comprenden este avance y se quedan agazapados, mirando hacia atrás como la mujer de Lot; estando obligados, como están, a interpretar las

normas jurídicas, que deben aplicar, según los valores y los principios contenidos en la Constitución, más aún, cuando conforme al artículo 334 de la Constitución, todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en la Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución; y en caso de incompatibilidad entre la misma y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente. Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley.

La trascendencia de la interpretación constitucional –sostiene María Luisa Balaguer[59]– sólo se explica desde la interrelación entre la Constitución y el ordenamiento jurídico y, por ello, la *interpretación constitucional adquiere unos perfiles propios que permiten diferenciarla de la interpretación de la Constitución.* En efecto, para poder cumplir su función unificadora del ordenamiento, la interpretación constitucional no puede ya ceñirse a los límites estrictos de la interpretación de la Constitución: esta última es tan sólo el núcleo de la primera. La Constitución es, desde luego, el germen mismo de la reordenación del sistema jurídico, que sólo puede producirse desde los principios y valores constitucionales. Pero la Constitución no es un cuerpo dogmático cerrado en sí mismo que se impone como una verdad revelada y única sobre el conjunto de los operadores jurídicos, sino el resultado de un proceso de conciliación de intereses que se desarrolla y se extiende para renovar, de manera constante esa conciliación y pacificación social. Esta doble faceta que manifiesta la función de la Constitución en el ordenamiento jurídico se refleja igualmente en la interpretación, en cuanto que contiene los elementos que sirven para configurar el parámetro de la legitimidad dentro del ordenamiento, y la reconstrucción de ese parámetro debe hacerse por medio de la interpretación de la Constitución.

[59] *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*, p. 24, Tecnos, Madrid, 1997.

Ese parámetro carece de finalidad propia, en sí mismo considerado, pues su sentido no es otro que la interpretación del ordenamiento jurídico; su modulación debe efectuarse desde la interpretación constitucional. Se puede comprender entonces, la radical diferencia en la concepción de los procedimientos interpretativos que se dan en el Estado legal y en el Estado constitucional de Derecho. De aquí cobra sentido la cuestión de qué aporta a la interpretación de las normas el método de Estado, y cómo ha de determinarse de forma distinta la aplicación del Derecho en uno u otro modelo. De la interpretación concebida como mera fórmula de determinación textual de una voluntad unívoca y homogénea (manifestación en última instancia de la soberanía del legislador), se pasa a la interpretación como combinación de principios, valores y métodos en orden a integrar los textos en el proceso de aplicación del Derecho. De la interpretación de la ley a la interpretación del ordenamiento. Esto supone, por tanto, que la interpretación de la Constitución no puede fundamentarse en la estructura tradicional de la interpretación de la ley. De ahí que no pueda ser solamente interpretación de la Constitución, sino, sobre todo, interpretación constitucional del ordenamiento ... la interpretación de la Constitución no puede ser algo distinto de la interpretación del Derecho. Porque, la interpretación del Derecho tampoco puede ser algo distinto de la interpretación de la Constitución.

El concepto de *interpretación de la Constitución*, según explica Marco Gerardo Monroy Cabra[60], es más complejo que el de aplicación de las leyes. En efecto, la Constitución tiene normas, principios, valores, y opera con *conceptos jurídicos indeterminados*[61]. No se trata propia-

[60] *La Interpretación Constitucional,* p. 54, 2ª edic., Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá, Colombia, 2005.

[61] La tendencia a la eliminación del casuismo legislativo (en cierto modo una norma para cada caso) ha dado lugar a que el operador judicial disponga de la facultad de dar contenido a los conceptos jurídicos indeterminados a que la ley se refiere o indica (verdad, equidad, justicia, pertinencia, debido proceso, buena fe, orden público, incumplimiento, motivo grave, buenas costumbres y otros conceptos más), pues el juez está más cerca de los hechos del caso concreto y con fundamento en la interpretación de los mismos puede darles sentido y trascendencia en el ámbito procesal, en la solución del asunto controversial sometido a decisión. Se observa que el concepto jurídico indeterminado por ser abierto, no limitado, permite precisamente el ejercicio de esa facultad por parte del juzgador, autorizándole, además, realizar también, en ciertos casos, mediante las máximas de la experiencia común, que cumplen la función de llenar los

mente de la aplicación o actuación del derecho que hacen los jueces al aplicar las leyes a los casos concretos, sino de precisar las reglas sub-

conceptos jurídicos indeterminados con elementos o criterios sociales de valor. En cambio, una norma cerrada, inflexible, de formulación exacta o rígida (concepto jurídico determinado), no permite al juez sino únicamente lo que le ordene la norma. Por ejemplo, si una norma de formulación exacta, dice Henke, autorizara al empleador para despedir sin previo aviso a un motorista en caso de "serie retirado el registro de conductor", el juez no podría indagar ni las razones por las cuales ese registro le fue retirado (tal vez dolencias físicas o contraídas en su trabajo al servicio de ese mismo empleador), ni la dureza que ese despido implica (*La cuestión de hecho*, p. 62, Ejea, Buenos Aires, 979). Un concepto jurídico determinado, como ejemplo lo constituye el artículo 12 del Código Civil: "Los lapsos de años o meses se contarán desde el día siguiente al de la fecha del acto que da lugar al lapso, y concluirán el día de fecha igual a la del acto, del año o mes que corresponda para completar el número del lapso. El lapso que, según la regla anterior, debiera cumplirse en un día de que carezca el mes, se entenderá vencido el último de ese mes. Los lapsos de días u horas se contarán desde el día u hora siguiente a los en que se ha verificado el acto que da lugar al lapso. Los días se entenderán de veinticuatro horas, los cuales terminarán a las doce de la noche. Cuando, según la Ley, deba distinguirse el día de la noche, aquél se entiende desde que nace hasta que se pone el sol (...)". Como se aprecia, la estructura y contenido de la norma citada está compuesta por elementos exactos, y el juez queda sometido a tales elementos, por tratarse de un concepto jurídico determinado. En cambio, si en la norma los elementos que la integran son imprecisos, abiertos, dinámicos, fluidos, se trata de un concepto jurídico indeterminado, como por ejemplo, el artículo 185 del Código Civil: "Son causales únicas de divorcio: (...)
2°.- El abandono voluntario". Este concepto jurídico del "abandono voluntario" es abierto, flexible, impreciso, dinámico, fluido; y por tanto permite o autoriza al juez para interpretar, con fundamento en los elementos fácticos de la causa, según lo alegado y probado, y obtener allí elementos de convicción para apreciarlos y declarar, en la sentencia, si hubo o no el abandono voluntario alegado (*Vid.* nuestro trabajo, *Objeto de la Prueba Judicial Civil y su Alegación,* p. 201, edic. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005). Se afirma que la doctrina acepta la existencia de conceptos con contenido y extensión variable, es decir, reconoce la presencia jurídica de conceptos determinables por medio del razonamiento jurídico que, empero, varían de contenido y extensión según el contexto en que se encuentren o vayan a ser utilizados. Es evidente que los conceptos jurídicos pretenden la representación intelectual de la realidad; es decir, son entidades mentales que se refieren a aspectos o situaciones valiosas y que imprimen calidad jurídica a ciertos contenidos de la vida social. Los conceptos jurídicos poseen un contenido, en tanto éste implica el conjunto de notas o señas esenciales y particulares que dicha representación intelectual encierra, y una extensión, que determina la cantidad de objetos o situaciones adheridas al concepto. En ese orden de ideas, el derecho concede un margen de apreciación a una autoridad para determinar el contenido y extensión del concepto aplicable a una situación particular y concreta, siempre que dicha decisión no sea manifiestamente irrazonable o desproporcionada con las circunstancias en donde será utilizada. Uno de los conceptos jurídicos caracterizados por su indeterminación es el interés público, como principio político de la organización estatal y un concepto jurídico. En el primer caso opera como una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales; en tanto que en el segundo actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo.

constitucionales que quedan incluidas en la misma Constitución. La *interpretación constitucional* utiliza los métodos tradicionales de interpretación, pero debe tener en cuenta lo que se ha denominado la Constitución viviente, o sea, las estructuras sociales y las circunstancias en las que se va a aplicar la norma.

La interpretación constitucional adquiere su auténtica dimensión como interpretación jurídica, cuando la Constitución adquiere plena dimensión normativa. La interpretación de la Constitución va ligada a la determinación de su carácter normativo. Cuando se niega la condición normativa de la Constitución, se está admitiendo implícitamente que su interpretación se ha de efectuar en función del carácter programático de sus normas. En tal caso, solamente, por tanto, no como reglas de Derecho positivo, sino como ciertos principios inspiradores de la ley, entendida ésta como Derecho propiamente normativo. Así, es el método jurídico clásico el que opera en el campo interpretativo, no como método de interpretación constitucional, sino como método de interpretación legal, en el que la Constitución supone en cierto modo, parte de los principios del ordenamiento. Pasar del plano legal al plano constitucional implica preguntarse acerca de la idoneidad del método jurídico para el Derecho constitucional[62]. No hay duda alguna que la Constitución tiene una posición preeminente en el ordenamiento jurídico. En tal caso la relación entre Constitución y normas infraconstitucionales no es de simple nivel jerárquico sino de supremacía.

[62] Stern, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana,* p. 163, CEC, Madrid, 1987.

La Constitución contiene *principios*[63] (normas que ordenan se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas; como afirma Robert Alexy[64], y *valores sustantivos* (expresión del deber ser, conceptos axiológicos como la paz, la libertad, la justicia, el bien común, convivencia, trabajo, igualdad, servicio a la comunidad, la participación, entre muchos otros conceptos abiertos o indeterminados). En cambio, las *reglas*[65], según Luciano

[63] *Vid.* Cap. I. Es posible que estos principios se expresen en los textos de las leyes en vigor; sin embargo, tales enunciados rara vez sirven como fundamento positivo para resolver conflictos individuales, ya que los principios sólo muestran la dirección en que debería buscarse la solución de la controversia, a fin de proporcionar criterios razonables para decidir. Sin embargo, Ronald Dworkin denomina "principio" a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. Por ello, y de acuerdo con la naturaleza propia de los principios, no podría hablarse de violación de principios en el mismo sentido en que se habla de violación de normas, pues la validez de aquéllos alude a la base axiológica del orden jurídico positivo a la que se recurre cuando de *lege lata* no es posible satisfacer la exigencia de los valores para cuya realización el orden normativo ha sido instituido. No obstante, que la forma de un estándar, como observa Dworkin, no siempre deja en claro si se tata de una norma o de un principio. 'Un testamento no es válido si no está firmado por tres testigos' no es una proposición muy diferente, en la forma, de 'Un hombre no puede beneficiarse de su propio delito', ... En muchos casos, la distinción es difícil de hacer; tal vez no se haya establecido cómo debe operar el estándar, y este problema puede ser en sí mismo motivo de controversia ... los principios desempeñan un papel esencial en los argumentos que fundamentan juicios referentes a determinados derechos y obligaciones jurídicas. Una vez decidido el caso, podemos decir que el fallo crea una norma determinada (por ejemplo, la norma de que el asesino no puede ser beneficiario del testamento de su víctima). Pero la norma no existe antes de que el caso haya sido decidido; el tribunal cita principios que justifican la adopción de una norma nueva (Gilberto Guerrero Quintero, *Ob. Cit.,* pp. 185 y ss.)

[64] *Sistema Jurídico, Principios y Razón Práctica*, p. 143, Doxa, 1988, Cuadernos de Filosofía del Derecho.

[65] Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero (*en Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos,* p. 9, Ariel, Barcelona, 1996), sostienen que la diferencia (entre reglas y principios) estriba en que los principios configuran el caso en forma abierta, mientras que las reglas lo hacen en forma cerrada. Con ello queremos decir, afirman, que mientras en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas: no se trata tan sólo de que las propiedades que constituyen las condiciones tengan una periferia mayor o menor de vaguedad, sino de que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas. El tipo de indeterminación que aqueja a los principios es, pues, más radical que el de las reglas (aunque, desde luego, entre uno y otro tipo de indeterminación puede haber casos de penumbra).

Parejo[66] son disposiciones jurídicas en las que define, en forma general y abstractas un supuesto de hecho y se determina la consecuencia o consecuencias jurídicas que se derivan de la realización del mismo; una disposición, pues, derechamente construida para regular u ordenar de forma directa la vida humana, la realidad social. Los principios y los valores son normas constitucionales, de obligatoria aplicación por los jueces y demás operadores judiciales, pues como afirma García De Enterría[67], no existe en la Constitución declaraciones (sean inoportunas u oportunas, felices o desafortunadas, precisas o indeterminadas) a las que no haya que dar valor normativo y sólo su contenido concreto podrá precisar en cada caso el alcance específico de dicho valor en cuanto a sus efectos.

Importante traer a colación la advertencia que hace la Corte Constitucional colombiana, en la decisión T-406 de 1992, señalando la diferencia que existe entre *valores y principios*: "Los valores son normas que establecen fines dirigidos en general a las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; los principios son normas que establecen un deber específico del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial. La diferencia entre principios y valores no es de naturaleza normativa sino de grado y, por lo tanto, de eficacia. Los principios, por el hecho de tener una mayor especificidad que los valores, tienen una mayor eficacia y, por lo tanto, una mayor capacidad para ser aplicados de manera directa e inmediata, estos es, mediante una subsunción logística. Los valores, en cambio, tienen una eficacia indirecta, es decir, sólo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales. De manera similar, la diferencia entre principios y reglas constitucionales no es de naturaleza normativa sino de grado, de eficacia. Las normas, como los conceptos, en la medida en que ganan generalidad aumentan su espacio de influencia pero pierden concreción y capacidad para iluminar el caso concreto".

---

[66] *Constitución y valores del ordenamiento, Estudios de Derecho Constitucional,* libro homenaje al Profesor Eduardo García De Enterría, Vol. 1, pp. 122 y ss.

[67] *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional,* p. 66, Civitas, 3ª edic., Madrid, 1994.

Para K. Hesse[68], uno de los de mayor prestigio en la interpretación constitucional, la específica naturaleza de la interpretación constitucional, determina que, en último término, la interpretación tenga su límite en el propio texto constitucional. Porque si bien es admisible que la interpretación pueda llevar, en determinados supuestos, a una auténtica mutación constitucional, es decir, a un cambio de sentido de un determinado precepto, no puede llegar hasta el quebrantamiento constitucional, esto es, a la desviación del texto en un caso concreto, y, en último término, a la reforma de la Constitución por medio de la interpretación. Allí donde el intérprete se impone a la Constitución, deja de interpretar para cambiarla o quebrantarla.

Sin embargo, la interpretación debe ser creativa como manera de que el contenido de la norma se complete con su interpretación, puesto que la dinámica o actividad interpretativa se vincula necesariamente a la norma. Jerzy Vróblewski[69], observa que según la *ideología estática*, la interpretación no debería ser creativa, sino que debería descubrir el significado existente de una regla, oculto en su formulación lingüística; y según la *ideología dinámica,* la interpretación debería ser creativa y el intérprete colaboraría con el legislador creando nuevas reglas adaptadas a situaciones nuevas.

[68] *Escritos de Derecho Constitucional,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
[69] *Sentido y Hecho en el Derecho*, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989.

Capítulo IV

Decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 15 de julio de 2005[70]

1. INTERPRETACIÓN VINCULANTE Y EFECTO INMEDIATO DEL ARTÍCULO 77 CONSTITUCIONAL

En la Constitución venezolana de 1999 por primera vez se tutela la unión de hecho, estableciéndose en el artículo 77 de la misma lo siguiente:

---

[70] Sentencia en recurso de interpretación planteado por Carmela Mapieri Giuliani. Dado su carácter vinculante según lo establecido en el artículo 335 de la Constitución "Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República", por lo cual la Sala Constitucional ordenó la publicación en la *Gaceta Oficial*, sin perjuicio que desde que entró en vigencia la Constitución Nacional vigente, los derechos de los concubinos han quedado reconocidos constitucionalmente. Cuando la Asamblea Nacional dicte la Ley específica que regule las uniones de hecho o concubinato, la decisión de la Sala Constitucional solamente suplirá la temática normativa no contenida en esa ley.

"(...) 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".

Como puede colegirse del citado texto del artículo 77 de la Constitución venezolana, son posibles varias interpretaciones[71], por lo cual, desde el primer momento, se llegó a plantear que el conviviente o la conviviente *more uxorio* tiene los mismos derechos que el cónyuge o la cónyuge, debido a la equiparación[72] que se dice crea la Constitución venezolana; equiparación en relación con los efectos (personales y patrimoniales), entre la unión de hecho y el matrimonio; y que, en consecuencia, el conviviente de hecho puede ahora exigir el cumplimiento de los mismos deberes que el integrante de la pareja matrimonial realiza en beneficio de su cónyuge; e igualmente que la persona no casada, pero que mantenga unión concubinaria estable con otra de distinto sexo, puede ejercer pluralidad de derechos tal y como si estuviese casada.

La unión estable de hecho entre un hombre y una mujer producirá los mismos efectos que el matrimonio, si esa unión, además de su estabilidad, cumple los requisitos establecidos en la ley. En este último supuesto, es decir, que ocurra el cumplimiento de los requisitos legales, podría

[71] Por lo tanto, sostiene Recaséns Siches, el juez, para saber si una determinada norma jurídica es aplicable a cierto caso concreto, debe anticipar mentalmente los efectos que esa aplicación produciría. Si tales efectos concuerdan con el propósito de la norma en cuestión, entonces esta norma es sin duda aplicable a dicho caso. Mas, si por el contrario, la aplicación de esta norma a un caso particular producía efectos opuestos a los propósitos de la norma, a los fines que se trató de cumplir con esa norma, entonces resulta claro que esa norma no es aplicable al caso planteado. El juez no debe colocarse por encima de la ley: simplemente debe emplear su inteligencia para averiguar cuál sea el ámbito material de validez o de imperio de una determinada ley, valiéndose para ello precisamente de las valoraciones en las que efectivamente esa ley se inspiró, valiéndose para ello cabalmente del mismo sentido de la ley. Al hacerlo así, obedece real y efectivamente, con estricta fidelidad, a la ley. Cosa que no hace el juez que atiende solamente al sonido de las palabras, pero no entiende el sentido de las frases, sentido que se actualiza no sólo en el contexto de la frase, sino también y sobre todo en el contexto de la situación real a la que la frase se refiere –en este caso– la frase normativa de la ley (*Tratado General de Filosofía del Derecho*, pp. 653-654, Edit. Porrúa, México, 1959).

[72] *Vid.* Cap. II.

interpretarse como si los efectos de esa unión de hecho estable se producirán dependiendo de la ley específica que regule a la misma, en cuyo caso habría que preguntarse si hay que legislar regulando la relación de los convivientes para que pueda aplicarse de inmediato la norma del artículo 77 de la Constitución Nacional, que es una norma programática; o simplemente acudir a las normas del Código Civil relativas al régimen de las relaciones interpersonales conyugales, que se refiere a los efectos de orden personal que, como consecuencia del acto matrimonial, se produce entre un solo hombre y una sola mujer, y a su vez el efecto insurgente de carácter también personal en la relación paterno-materno filial, así como a las normas del mismo Código Civil que regulan el régimen de los bienes durante el matrimonio, tratándose del acuerdo o convención que los cónyuges hubieran podido celebrar antes de contraer matrimonio, así como las normas que rigen el efecto de aquella convención patrimonial; o supletoriamente el régimen de la comunidad limitada de gananciales a que alude el artículo 148 del Código Civil, según el cual "Entre marido y mujer, si no hubiere convención en contrario, son comunes de por mitad, las ganancias o beneficios que se obtengan durante el matrimonio".

Podría igualmente pensarse que no es necesaria la legislación específica que regule la unión de hecho, entre un hombre y una mujer, para que se aplique de inmediato la norma del artículo 77 constitucional, pues la misma es de *aplicación inmediata*[73], sin que sea necesario esperar

[73] La Constitución es fuente de derecho y por tanto sus normas son de aplicación inmediata (eficacia directa no indirecta). Las normas constitucionales se aplican junto a la ley e incluso frente a la misma, y no requieren de una ley para poder aplicarlas. Y como los derechos esenciales de la persona humana se han constitucionalizado, los jueces, para su protección, están obligados a la aplicación de la Constitución de modo directo. La norma constitucional contiene un conjunto de derechos-deberes y unos valores, que son de aplicación directa o inmediata, y constituyen un mandato a todos los poderes públicos, en especial para el juzgador quien debe velar por su efectividad en la praxis, removiendo los obstáculos que impidan su eficacia, aplicación y plenitud; todo conforme a la Constitución, con criterio finalista y sistemático, conforme a la realidad social, dentro de los principios y valores constitucionales. Para Eduardo García De Enterría, los derechos fundamentales pasan a ser directamente operativos, sin necesidad de la intermediación legal y aun por encima de esa intermediación (*La Democracia y el Lugar de la Ley*, p. 48, Madrid, 1997).

que el legislador regule las uniones de hecho, pues esa norma constitucional no actúa como *norma programática*; y que en base al artículo 335 de la Constitución Nacional, tal como lo viene haciendo la Sala Constitucional del TSJ, en los casos concretos donde surge alguna infracción constitucional, la misma Sala ejerce la *jurisdicción en forma normativa*, es decir, da vigencia inmediata a la norma constitucional, y señala sus alcances o formas de ejercicio, así no existan leyes que lo desarrollen directamente, en cuyo caso se trata de interpretaciones vinculantes que obran como una normativa restringida. Por esta vía no sólo se han colmado normas constitucionales que carecían de cualquier desarrollo legal, sino que en casos donde hay que aplicar leyes que choquen con la Constitución, se dejan sin efecto artículos de dichas leyes y jurisprudencialmente se sustituyen las normas inconstitucionales por interpretaciones de cómo se debe actuar, estableciendo procedimientos, a fin de que la institución prevista en la Constitución se aplique.

El artículo 77 constitucional regula dos tipos de uniones completamente diferentes como son el matrimonio y las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer, y aun cuando la norma contempla la extraña igualdad absoluta de los derechos y deberes conyugales, siendo la igualdad absoluta una imposibilidad; no obstante lo que privilegia esa norma constitucional es el principio de protección a la institución del matrimonio ("Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, el cual se funda en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y los deberes de los cónyuges..."). En este contexto habría que preguntarse si bajo ese principio de tutela, jurídicamente se puede relativizar tal principio de protección para que se coloquen en igualdad de condiciones, cuando lo cierto es que ambas uniones (la matrimonial y la de hecho) por su naturaleza son totalmente distintas, y cada una con su especificidad que la separa de la otra[74].

En consecuencia, entre otras interrogantes, ¿tienen recíprocamente vocación hereditaria los integrantes de la unión de hecho? Cuando en el

[74] *Vid.* Cap. II.

artículo 77 de la Constitución Nacional se contempla, que producirán los mismos efectos que el matrimonio las uniones estables de hecho que "cumplan los requisitos establecidos en la ley", ¿estos requisitos se refieren a establecidos en el Código Civil que regulan el matrimonio? ¿Pueden ahora adoptar los convivientes *more uxorio* al igual que los cónyuges? ¿Los convivientes de hecho pueden legalmente celebrar capitulaciones al igual que la otorgan el hombre y la mujer que proyectan contraer matrimonio? ¿Puede ahora el Juez, por causa plenamente comprobada, autorizar a cualquiera de los convivientes de hecho a separarse legalmente de la residencia común? Si los convivientes tienen los mismos derechos que los cónyuges, ¿pueden los mismos tener residencias separadas de hecho o por autorización del juez, en cuyo situación cómo queda el requisito de la estabilidad exigida por el artículo 77 de la Constitución Nacional?

En Venezuela no existe ley específica que regule la unión de hecho entre un hombre y una mujer, por lo cual más adelante haremos el contraste entre la unión de hecho con el matrimonio, tomando como fundamento algunas normas del Código Civil relativas a la unión matrimonial que regulan los efectos personales y patrimoniales entre los cónyuges; para acudir, entonces, al breve tratamiento de los efectos que origina la unión estable de hecho a tenor de lo dispuesto por el artículo 77 de la Constitución Nacional.

En la referida decisión[75] de la Sala Constitucional del TSJ, la misma dispuso lo siguiente:

> (...) Queda en los términos expuestos, resuelta la interpretación solicitada, y dado el carácter vinculante de la misma, conforme a lo establecido en el artículo 335 de la Constitución, se ordena la publicación del presente fallo en la *Gaceta Oficial de la República*, sin perjuicio que desde que entró en vigencia la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los

[75] El citado caso Carmela Mampieri Giuliani, en recurso de interpretación del artículo 77 constitucional.

> derechos de los concubinos han quedado reconocidos constitucionalmente. Así se decide (...)
>
> Igualmente, la interpretación que se hace en este fallo es sin perjuicio de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, en cuanto a su organización social, usos y costumbres, reconocidos en el artículo 119[76] constitucional (...)
>
> Dado el carácter vinculante de la misma, se ordena la publicación del presente fallo en la *Gaceta Oficial de la República*, y es a partir de dicha publicación que este fallo comenzará a surtir efectos (...).

El artículo 335 de CRBV expresa que, "El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son *vinculantes* para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República" (destacado nuestro). Y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en el numeral 52 del artículo 5º de la misma, estatuye que "Es de la competencia del Tribunal Supremo de Justicia como más Alto Tribunal de la República,... 52. Conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se le formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, en los casos previstos en la ley, siempre que dicho conocimiento no signifique una sustitución del mecanismo, medio o recurso previsto en la ley para dirimir la situación si la hubiere".

[76] Estatuye el artículo 119 constitucional que, "El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles".

A tenor de lo pautado en el artículo 335 de CRBV, como puede apreciarse, para que las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sean *vinculantes*[77] para las otras Salas del Tribunal Supremo de

[77] La Sala Constitucional en sentencia del 22 de septiembre de 2000 (Servio Tulio León, decidió en qué casos procede al conocimiento de la acción autónoma de interpretación; indicando: La interpretación vinculante que hace esta Sala, y que justifica la acción autónoma de interpretación constitucional, se refiere a los siguientes casos: 1. Al entendimiento de las normas constitucionales, cuando se alega que chocan con los principios constitucionales. 2.- Igual necesidad de interpretación existe, cuando la Constitución se remite como principios que la rigen, a doctrinas en general, sin precisar en qué consisten, o cuál sector de ellas es aplicable; o cuando ella se refiere a derechos humanos que no aparecen en la Carta Fundamental; o a tratados internacionales protectores de derechos humanos, que no se han convertido en leyes nacionales, y cuyo texto, sentido y vigencia, requieren de aclaratoria. 3.- Pero muchas veces, dos o más normas constitucionales, pueden chocar entre sí, absoluta o aparentemente, haciéndose necesario que tal situación endoconstitucional sea aclarada. 4.- Pero entre los Tratados y Convenios Internacionales, hay algunos que se remiten a organismos multiestatales que producen normas aplicables en los Estados suscritores, surgiendo discusiones si ellas se convierten en fuente del derecho interno a pesar de no ser promulgadas por la Asamblea Nacional, o no haberlo sido por el antiguo Congreso de la República. En lo que respecta a la constitucionalidad de tales normas surge una discusión casuística, que debe ser aclarada por algún organismo, siendo esta Sala la máxima autoridad para reconocer su vigencia en el Derecho Interno. 5.- También se hace necesaria la interpretación a un nivel general, para establecer los mecanismos procesales que permitan el cumplimiento de las decisiones de los órganos internacionales previstos en el artículo 31 de la vigente Constitución, mientras se promulgan las leyes relativas al amparo internacional de los derechos humanos. 6.- El régimen legal transitorio, por otra parte, ha dejado al descubierto jurídico algunas áreas, donde parecen sobreponerse normas del régimen legal transitorio a la Constitución, o donde ni el uno o el otro sistema constitucional tienen respuestas, creándose así "huecos legales" a nivel constitucional, debido a que ninguna norma luce aplicable a la situación, o que ella se hace dudosa ante dos normas que parcialmente se aplican. Esta situación, que no puede ser resuelta mediante las acciones ordinarias de inconstitucionalidad, sólo lo puede ser mediante interpretaciones que impidan el solapamiento indebido de una norma con otra, o que llenen el vacío dejado por normas que no lo resuelvan. Estos vacíos pesan sobre las instituciones y por ende sobre la marcha del Estado. 7.- Ha sido criterio de esta Sala, que las normas constitucionales, en lo posible, tienen plena aplicación desde que se publicó la Constitución, en todo cuanto no choque con el régimen transitorio. Muchas de estas normas están en espera de su implementación legal producto de la actividad legislativa que las desarrollará. El contenido y alcance de esas normas vigentes, pero aún sin desarrollo legislativo, no puede estar a la espera de acciones de amparo, de inconstitucionalidad o de la facultad revisora, porque de ser así, en la práctica tales derechos quedarían en suspenso indefinido. Como paliativo ante esa situación, las personas pueden pedir a esta Sala que señale el alcance de la normativa, conforme a la vigente Constitución, lo que hizo la Sala, sin que mediase petición al respecto, en la sentencia del 01-02-2000, cuando indicó el desenvolvimiento del proceso de amparo, adaptando la ley especial a la Constitución vigente. 8.- También pueden existir normas

Justicia y demás tribunales de la República, se requiere que sean sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales. Dictadas así, siempre que sean conforme a la Constitución, esas interpretaciones producen efectos de *cosa juzgada* que, por tanto, vincula a todas las personas como a todos los poderes públicos (efecto *erga omnes*).

La Sala Constitucional en su referida decisión interpretativa se pronunció sobre temas esenciales en el ámbito del artículo 77 de la Constitución Nacional (*interpretación de la Constitución*[78]), así como la

constitucionales cuyo contenido ambiguo las haga inoperantes, y ante tal situación, a fin que puedan aplicarse, hay que interpretarlas en sentido congruente con la Constitución y sus principios, lo que es tarea de esta Sala. 9.- Dada la especial situación existente en el país, producto de la labor constituyente fundada en bases preestablecidas (bases comiciales), también puede ser fuente de discusiones las contradicciones entre el texto constitucional y las facultades del constituyente; y si esto fuere planteado, es la interpretación de esta Sala, la que declarará la congruencia o no del texto con las facultades del constituyente. En consecuencia, la Sala puede declarar inadmisible un recurso de interpretación que no persigue los fines antes mencionados, o que se refiera al supuesto de colisión de leyes con la Constitución, ya que ello origina otra clase de recurso. Igualmente podrá declarar inadmisible el recurso cuando no constate interés jurídico actual en el actor.

[78] En la doctrina se distingue dialécticamente entre interpretación constitucional e interpretación de la constitución. Así, por ejemplo, María Luisa Balaguer Callejón, observa que la trascendencia de la interpretación constitucional sólo se explica desde la interrelación entre la Constitución y el ordenamiento jurídico y, por ello, la interpretación constitucional adquiere unos perfiles propios que permiten diferenciarla de la interpretación de la Constitución. En efecto, para poder cumplir su función unificadora del ordenamiento, la interpretación constitucional no puede ya ceñirse a los límites estrictos de la interpretación de la Constitución: esta última es tan sólo el núcleo de la primera. La Constitución es, desde luego, el germen mismo de la reordenación del sistema jurídico, que sólo puede producirse desde los principios y valores constitucionales. Pero la Constitución no es un cuerpo dogmático cerrado en sí mismo que se impone como una realidad revelada y única sobre el conjunto de los operadores jurídicos, sino el resultado de un proceso de conciliación de intereses que se desarrolla y se extiende para renovar, de manera constante esa conciliación y pacificación social (*Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*, pp. 24 y ss., Tecnos, Madrid, España, 1997).

interpretación constitucional[79] atinente a varias normales legales en relación con la norma constitucional *in commento*. Al efecto y para observar la temática contenida, de algún modo, en la mencionada decisión interpretativa de la Sala Constitucional, que comentaremos brevemente, ésta dio respuesta a casi la mayoría de los puntos requeridos de interpretación.

2. ACCIÓN CONCUBINARIA DECLARATIVA Y ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES

2.1 *LA UNIÓN MORE UXORIO Y SU DECLARACIÓN JUDICIAL*

En la decisión interpretativa *in commento* la Sala Constitucional del TSJ resuelve lo siguiente:

Refiriéndose al concubinato,

> (...) Se trata de una situación fáctica que requiere de declaración judicial y que la califica el juez, tomando en cuenta las condiciones de lo que debe entenderse por vida en común (...).

Y luego adiciona:

> (...) En primer lugar considera la Sala que, para reclamar los posibles efectos civiles del matrimonio, es necesario que la "unión

[79] Resulta curioso el concepto o noción de Hesse, para quien sólo puede hablarse de interpretación constitucional cuando debe darse contestación a una pregunta de Derecho Constitucional que, a la luz de la Constitución, no ofrece una solución clara (cita de Enrique Alonso García, *La Interpretación de la Constitución*, p. 1, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1984). La curiosidad resulta por la solicitud de interpretación del artículo 77 de la CRBV, en donde la solicitante formuló a la Sala Constitucional aproximadamente veinticinco (25) preguntas y la Sala responde un alto porcentaje de las mismas, declarando que su interpretación tiene carácter vinculante conforme a lo establecido en el artículo 335 de la CRBV. Según José Asensi Sabater, por vía de la interpretación constitucional se produce un nuevo derecho común supralegal. Mientras la ley pierde su posición de primacía, la Constitución incluye principios materiales de justicia. Esto conlleva, observa Zagrebelsky, la necesidad de llevar a cabo una transformación de los conceptos y categorías vigentes hasta el momento (cita de Sabater).

> estable" haya sido declarada conforme a la ley, por lo que se requiere una sentencia definitivamente firme que la reconozca.
>
> En la actualidad, es necesaria una declaración judicial de la unión estable o del concubinato; dictada en un proceso con ese fin (...).

De lo resuelto por la Sala Constitucional, se deduce:

> 1.- Que para la existencia de la unión fáctica se requiere de la declaración judicial, a través de sentencia definitivamente firme.
>
> 2.- Para reclamar los posibles efectos civiles del matrimonio, es necesario que la "unión estable" haya sido declarada conforme a la ley, por lo que se requiere una sentencia definitivamente firme que la reconozca, dictada en un proceso con ese fin.
>
> 3.- La Sala no resuelve que sea necesario se establezca en primer lugar judicialmente la existencia de la situación de hecho, esto es, la unión concubinaria; y que una vez definitivamente firme esa decisión, es que podrían las partes solicitar la partición de esa comunidad, ni que de lo contrario el juez estaría incurriendo en un exceso de jurisdicción. Incluso, la misma Sala en sentencia del 17 de diciembre de 2001 (caso: Julio Carías Gil), expresó: "(...) Quiere la Sala apuntar, que en los procesos de partición, la existencia de la comunidad debe constar fehacientemente (artículo 778 del Código de Procedimiento Civil) bien de documentos que la constituyen o la prorroguen, o bien de sentencias judiciales que las reconozcan. No es posible dar curso a un proceso de partición sin que el juez presuma por razones serias la existencia de la comunidad, ya que sólo así podrá conocer con precisión los nombres de los condómines (sic) y la proporción en que deben dividirse los bienes, así como deducir la existencia de otros condómines (sic), los que ordenará sean citados de oficio (artículo 777 del Código de Procedimiento Civil). Se requieren recaudos que demuestren la comunidad, tal como lo expresa el citado artículo 777, y en los casos de la comunidad

> concubinaria, el recaudo no es otro que la sentencia que la declare, ya que el juicio de partición no puede ser a la vez declarativo de la existencia de la comunidad concubinaria, el cual requiere de un proceso de conocimiento distinto y por lo tanto previo (...)". Esta última afirmación de la Sala es claramente indicativa en cuanto a que primeramente se declara la existencia de la unión fáctica y sólo así puede realizarse la partición de los bienes comunitarios, y no al revés; pero no se deduce que la Sala requiera primero esa declaratoria y en proceso aparte se solicite la partición de esos bienes.

Hasta ahora, en nuestro país, la unión concubinaria corresponde a una cuestión fáctica o de hecho (*certeza material presunta*), que requiere ser calificada por el tribunal, en beneficio del conviviente que tenga interés, mediante la correspondiente declaración judicial que establezca la existencia de la misma (*certeza jurídica*). La certeza jurídica se establece, entonces, mediante la fijación de los hechos por el juez a través de la actualización de los mismos en el tiempo que ocurrieron o tuvieron lugar durante la convivencia para que la misma sea tal (*more uxorio*) y así poderlos calificar jurídicamente y originar sus consecuencias con los elementos de convicción, y producir la sentencia declarativa, no constitutiva de derechos; declarativa porque como afirma la Sala Constitucional en la decisión *in commento*, dado el carácter vinculante de la misma, conforme a lo establecido en el artículo 335 de la Constitución, ordena la publicación del fallo en la *Gaceta Oficial de la República,* sin perjuicio que desde que entró en vigencia la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los derechos de los concubinos han quedado reconocidos constitucionalmente.

Luego entonces, ¿la sentencia judicial es el único medio de prueba para la existencia de la unión convivencial fáctica? ¿Los convivientes no pueden demostrarla voluntariamente mediante instrumento público o auténtico?

En la doctrina mayoritariamente parece prevalecer el criterio conforme al cual para la comprobación de la existencia de la unión *more uxorio* o concubinaria, entre un hombre y una mujer, es absolutamente necesaria la sentencia judicial que es el acto que le da certeza y eficacia jurídica.

La decisión judicial no tiene naturaleza constitutiva sino declarativa, pues la declaración le da certeza jurídica a la sociedad patrimonial y ello obedece a que la certeza jurídica en referencia no constituye requisito esencial para la existencia, sino para la seguridad jurídica. Antes de la declaración judicial de existencia la unión convivencial tiene existencia por sí misma, desde el momento en que se reúnan las condiciones exigidas para ello, aun cuando no haya sido declarada judicialmente y, por lo tanto, también carezca de la aludida certeza jurídica, que impide los efectos jurídicos que le otorga la Constitución y la ley. Por eso, la declaración hace producir los efectos desde que la unión se creó (efecto declarativo) y hacia el futuro y no desde que la sentencia quede firme (efecto constitutivo).

¿Y si los convivientes han otorgado un instrumento público o auténtico (*Vid*. Nº 2.2.3.4., *infra*) que demuestre la existencia de esa unión, en tal caso no se requerirá de esa declaración judicial? El problema no se reduce sólo a su demostración instrumental. Ese instrumento sin ninguna duda que la demuestra siempre que esa unión sea calificada de estable, que entre otras exigencias haya habido cohabitación o vida en común, singularidad, con carácter de permanencia y notoriedad, sin que existan impedimentos dirimentes que impidan el ejercicio de la capacidad convivencial. Si el problema está en la comprobación de su inicio, de no expresarse nada al respecto en ese instrumento, el inicio tiene importancia en varios aspectos, y uno de ellos corresponde al patrimonial para conocer si los bienes adquiridos por uno sólo de los convivientes pertenece o no a la comunidad concubinaria, dependiendo que uno de los mismos no esté casado, dentro de la temática que construye el artículo 767 del Código Civil y conforme a la tutela prevista en el artículo 77 de la Constitución venezolana. Y, además, la *estabilidad* de esa unión concubinaria resulta importante en orden a la propia *permanencia*, porque aquella declaración de emitirse únicamente para manifestarla, por motivos incluso fuera de lo real, sin que contenga expresado el tiempo que ha durado la misma, habría también que comprobarlo para los diversos efectos establecidos en la ley. Aquel instrumento público o auténtico puede verse reducido a una simple declaración bilateral, si la convivencia que indica sus otorgantes carece de la exigida *estabilidad*

y del cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, a que se refiere el artículo 77 *eiusdem*; no obstante poder constituir una importante presunción para contribuir a la demostración de la existencia de la unión convivencial.

Ese instrumento puede mostrar una verdad formal y ser inútil ante la exigencia de la verdad material que da contenido existencial a la realidad fáctica a tenor de lo establecido en el artículo 77 *ibídem*, pues esa verdad formal resultará intrascendente cuando uno de los convivientes pretende demostrar la unión estable con ese instrumento otorgado y el otro demuestra que la unión no ha sido estable. Tal es el caso, por ejemplo, de la falta de cohabitación, o la ausencia de la singularidad o fidelidad, no permanencia, ausencia de notoriedad, o la existencia de impedimentos dirimentes que obstaculizan el ejercicio de la capacidad convivencial. En cualesquiera de tales casos esa unión, que se afirma convivencial, no es estable y tampoco reúne los requisitos exigidos en la Ley (Código Civil especialmente) para que produzca relativamente los mismos efectos que el matrimonio, tal como lo preceptúa el artículo 77 *in commento*.

La declaración que pueden emitir los convivientes puede tener fines diferentes a la sola demostración de la convivencia. Así, por ejemplo, conocer cómo quedarán los bienes que se adquieran durante la unión, si son propios de cada uno de ellos, o no; o para obtener un beneficio común o particular ante determinada institución, persona jurídica o natural, con ocasión del trabajo u otra circunstancia. En cambio, la declaración judicial deviene de la pretensión de uno de los concubinos que la dirige al Estado, a través del juez para que el objeto de la acción, que es la sentencia mediante la actividad procesal, origine la decisión que declare la existencia de la unión fáctica que en el *petitum* de la demanda se requiere o solicita.

Ahora bien, para la Sala Constitucional:

> (...) como, al contrario del matrimonio que se perfecciona mediante el acto matrimonial, recogido en la partida de matrimonio, no se tiene fecha cierta de cuándo comienza la unión

> estable, ella debe ser alegada por quien tenga interés en que se declare (parte o tercero) y probada sus características, tales como la permanencia o estabilidad en el tiempo, los signos exteriores de la existencia de la unión (lo que resulta similar a la prueba de la posesión de estado en cuanto a la fama y el trato, ya que la condición de la pareja como tal, debe ser reconocida por el grupo social donde se desenvuelve), así como la necesidad de que la relación sea excluyente de otra de iguales características, debido a la propia condición de la estabilidad (...).

De allí que considere la Sala que, para reclamar los posibles efectos civiles del matrimonio, es necesario que la "unión estable" haya sido declarada conforme a la ley, por lo que se requiere una sentencia definitivamente firme que la reconozca.

Por último, para la Sala Constitucional, en la decisión interpretativa *in commento,* "Debido a los efectos y alcances señalados, la sentencia que declare la unión, 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 –por lo tanto carece de procedimiento– en la Ley". Dadas las consecuencias que esta decisión interpretativa producen, nos permitimos citar el artículo 507 del Código Civil en su ordinal 2º que dispone lo siguiente:

> Las sentencias definitivamente firmes recaídas en los juicios sobre estado civil y capacidad de las personas y los decretos de adopción una vez insertados en los registros respectivos, producirán los efectos siguientes: ...2º Las sentencias declarativas, en que se reconozca o se niegue la filiación o sobre reclamación o negación de estado y cualquiera otra que no sea de las mencionadas en el número anterior, producirán inmediatamente los mismos efectos absolutos que aquéllas; pero dentro del año siguiente a su publicación podrán los interesados que no intervinieron en el juicio, demandar a todos los que fue-

> ron parte en él, sin excepción alguna, para que se declare la falsedad del estado o de la filiación reconocidos en el fallo impugnado. No tendrán este recurso los herederos ni los causahabientes de las partes en el primer juicio ni los que no intervinieron en él a pesar de haber tenido conocimiento oportuno de la instauración del procedimiento.
>
> La sentencia que se dicte en el segundo juicio será obligatoria para todos, así para las partes como para los terceros. Contra ella no se admitirá recurso alguno.
>
> A los efectos del cómputo del año fijado para la caducidad del recurso concedido en este artículo, un extracto de toda sentencia que declare o niegue el estado o la filiación, se publicará en un periódico de la localidad sede del Tribunal que la dictó. Si no hubiere periódico en la localidad sede del Tribunal, la publicación se hará por un medio idóneo. Asimismo, siempre que se promueva una acción sobre la cual haya de recaer un fallo comprendido en este artículo, el Tribunal hará publicar un edicto en el cual, en forma resumida, se haga saber que determinada persona ha propuesto una acción relativa a filiación o al estado civil; y llamando a hacerse parte en el juicio a todo el que tenga interés directo y manifiesto en el asunto.

Significa, entonces, que aun cuando el "*estado concubinario*" no es un "*estado civil*"[80] porque la ley no lo admite así, no obstante la sentencia merodeclarativa concubinaria (definitivamente firme) pareciera ubicarse dentro del contexto del numeral 2º del artículo 507 del Código Civil cuando en el mismo se contempla "y cualquiera otra que nos sea

[80] Como hemos observado, la enunciación de los estados civiles de las personas se refiere especialmente en relación con la institución del matrimonio: soltero o soltera, casado o casada, viudo o viuda, divorciado o divorciada. Por eso, toda persona tiene un estado civil que es uno e indivisible, y permanente mientras no se obtenga otro. Las leyes del estado civil son de orden público, es decir, no se transfieren, transmiten ni se renuncian.

de las mencionadas en el número anterior" (del ord. 1º); por lo cual para la existencia de la unión *more uxorio*, no requiere de su inserción en el registro respectivo para que de inmediato produzca plenos efectos; pero dentro del año siguiente a su publicación podrán los interesados que no intervinieron en el juicio, demandar a todos los que fueron parte en él, sin excepción alguna, para que se declare la falsedad del estado reconocido en el fallo impugnado, pero no tendrán este recurso los herederos ni los causahabientes de los convivientes *more uxorio* en el primer juicio, ni los que no intervinieron en él a pesar de haber tenido conocimiento oportuno de la instauración del procedimiento. Esto indica que los terceros[81], así como pueden solicitar se declare aquella unión convivencial, en acción principal o como terceros coadyuvantes[82], también pueden pedir se declare la falsedad del estado convivencial *more uxorio,* que fue declarado mediante sentencia definitivamente firme, de no haber tenido conocimiento oportuno de la instauración de ese procedimiento. Por eso, cuando se promueva la acción merodeclarativa de existencia de la unión *more uxorio,* el Tribunal deberá hacer publicar un edicto en el cual, en forma resumida, se haga saber que determinada persona ha propuesto una acción relativa al estado concubinario; y llamando a hacerse parte en el juicio a todo el que tenga interés directo y manifiesto en el asunto, de conformidad con el artículo 507 *in fine* del Código Civil.

[81] La Sala Constitucional en la mencionada decisión interpretativa, afirma que "(...) los terceros que tengan acreencias contra la comunidad podrán cobrarse de los bienes comunes, tal como lo pauta dicha norma. A ese fin, continúa afirmando la Sala, si la unión estable o el concubinato no ha sido declarada judicialmente, los terceros pueden tener interés que se reconozca mediante sentencia, para así cobrar sus acreencias de los bienes comunes. Para ello tendrán que alegar y probar la comunidad, demandando a ambos concubinos o sus herederos (...).

[82] Conforme al ordinal 3º del artículo 370 del Código de Procedimiento Civil, "Cuando el tercero tenga un interés jurídico actual en sostener las razones de alguna de las partes y pretenda ayudarla a vencer en el proceso" (tercero coadyuvante).

2.2 *ACCIÓN CONCUBINARIA DECLARATIVA Y ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES*

Como ya observamos, la Sala Constitucional no resuelve que sea necesario se establezca en primer lugar judicialmente la existencia de la situación de hecho, esto es, la unión concubinaria; y que una vez definitivamente firme esa decisión, es cuando podrían las partes solicitar la partición de esa comunidad, ni que de lo contrario el juez estaría incurriendo en un exceso de jurisdicción; como tampoco prohibió la acumulación de las pretensiones merodeclarativa concubinaria y la de partición y liquidación de la comunidad patrimonial. Aun cuando se legisle sobre la unión estable de hecho, aquella unión de tal carácter que no haya cumplido con los requisitos a que se refiera esa ley, no por esto dejará de ser una unión de hecho o concubinaria dentro del contexto del artículo 767 del Código Civil, para el caso de que esta norma no llegare a quedar expresa o tácitamente derogada. Esta posible derogación tácita parcial podría haberse producido por la colisión del artículo 41 del abandonado Proyecto de Ley de Protección a la Familia, la Maternidad y la Paternidad[83], con el artículo 767 del Código Civil, cuando aquél contemplaba: "Cuando se demuestre entre personas casadas la existencia de separaciones de hecho prolongadas conforme a lo previsto en el artículo 185-A del Código Civil y se haya extinguido el lapso de caducidad para el ejercicio de la acción penal por adulterio, las uniones estables de hecho entre parejas de un hombre y una mujer, producirán los mismos efectos filiales, patrimoniales y sucesorales que en el matrimonio, conforme la normativa de esta Ley". Es decir, que la presunción de comunidad concubinaria, a que se refiere el artículo 767 del Código Civil, no se aplicaría cuando uno de los convivientes estuviere casado, pero sí cuando se demostrare entre personas casadas la existencia de separaciones de hecho prolongadas conforme a lo previsto en el artículo 185-A del Código Civil,

[83] La Asamblea Nacional suprimió del Proyecto de Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, lo relativo a las uniones de hecho y el concubinato que contemplaba como realidades diferentes (G.O. Nº 38.773 del 20 de septiembre de 2007).

y se hubiere extinguido el lapso de caducidad para el ejercicio de la acción penal por adulterio. En tal caso existiría colisión entre ambas normas que pudiera devenir en la derogación parcial tácita del artículo 767 del Código Civil en ese aspecto, pero la misma quedaría vigente a los fines de la presunción de la comunidad concubinaria en aquellos casos cuando la mujer y el hombre en su casos demuestren que han vivido permanentemente en tal estado, sin que los mismos hayan legalizado la unión conforme a esa Ley, porque no les interesaba o no querían, en cuyo caso podría ocurrir que después cualquiera de los mismos requiera la demostración de la existencia de esa comunidad concubinaria a través de la decisión judicial que así la declare. Estaremos, entonces, en presencia de la acción merodeclarativa concubinaria, y resulta interesante, al efecto, observar si es procedente o no acumular en la misma demanda las pretensiones de declaración de certeza de la unión concubinaria y la de partición de la comunidad patrimonial de la misma.

Los artículos 77 y 78 el Código de Procedimiento Civil disponen lo siguiente:

> **Artículo 77.-** El demandante podrá acumular en el libelo cuantas pretensiones le competan contra el demandado, aunque deriven de diferentes títulos.
>
> **Artículo 78.-** No podrán acumularse en el mismo libelo pretensiones que se excluyan mutuamente o que sean contrarias entre sí; ni las que por razón de la materia no correspondan al conocimiento del mismo Tribunal; ni aquéllas cuyos procedimientos sean incompatibles entre sí. Sin embargo, podrán acumularse en un mismo libelo dos o más pretensiones incompatibles para que sean resueltas una como subsidiaria de otra, siempre que sus respectivos procedimientos no sean incompatibles entre sí.

Como bien dispone el artículo 78 del Código de Procedimiento Civil, se trata de una conexión de pretensiones de orden subjetivo, pues cuando uno de los convivientes acciona al otro para que el tribunal declare la

existencia de la unión convivencial y pide se proceda a la partición y liquidación de los bienes comunitarios, ¿es porque existe identidad de partes entre esas dos pretensiones que justifica su acumulación inicial en la misma demanda primigenia, al no ser incompatibles ni excluyentes entre sí y de la manera como *infra* observamos?

Opina Guasp[84] que dos o más pretensiones son incompatibles cuando, por las consecuencias judiciales que están llamadas a producir, no pueden ser legalmente conjugadas. El autor hace referencia a la competencia del juez y a la naturaleza del procedimiento. En cuanto a la incompatibilidad de las pretensiones "cuando el juez que deba conocer de la acción principal sea incompetente por razón de la materia o de la cuantía litigiosa para conocer de la acumulada"; y "cuando con arreglo a ley deba ventilarse y decidirse las acciones en juicios de diferente naturaleza"; y señala que si el juez no es competente para conocer de todas y cada una de las pretensiones cumuladas, la unión inicial de las pretensiones no podrá ser admitida. Esta regla, dice, aplicada en toda su amplitud, dificultaría extraordinariamente la expedita acumulación inicial de acciones. Para obviar precisamente la rigidez es para lo que se crea la figura de la conexión como causa modificadora de la competencia, es decir, un supuesto que autoriza a que el Juez competente para una cierta pretensión pueda conocer de otra u otras conexas a ella.

El juego de la conexión ha de tenerse, pues, en cuenta, inexcusablemente, para comprender el sentido de la prohibición actual. La conexión, como aduce Véscovi[85], significa la vinculación, relación, enlace o nexo entre dos o más procedimientos, que determina, generalmente, que deben ser decididos por un mismo juez. La conexión puede aparecer antes de iniciarse el proceso, y entonces se produce el fenómeno de la acumulación de pretensiones. También puede darse al contestar la demanda, en el caso de plantearse reconvención, citación en garantía, llamamiento de tercero, etc. Lo mismo sucede en el fenómeno de la

[84] *Derecho Procesal Civil*, Vol. 1, p. 247, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.
[85] *Teoría General del Proceso,* p. 166, Edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1984.

tercería. Finalmente, la conexión en el curso de dos procesos puede conducir al fenómeno de la acumulación procesal (acumulación de autos o de procesos).

La pluralidad inicial de pretensiones que pueden acumularse en la misma demanda del actor puede ocurrir cuando las mismas son conexas entre sí. Por eso, ¿es procedente acumular en la misma demanda del actor la pretensión merodeclarativa de existencia de la unión *more uxorio* o concubinaria y la de partición y liquidación de los bienes habidos durante esa unión?

La Sala de Casación Civil del TSJ, en sentencia RC-00176 del 13 de marzo de 2006 (caso: Ingrid Reyes Centeno contra Roberto Jesús Blanco Colorado), resolvió lo siguiente:

> (...) La Sala observa, que en el caso que nos ocupa se acumularon dos pretensiones en el libelo de demanda: la acción merodeclarativa de reconocimiento de unión concubinaria y la de partición de bienes de la comunidad, que no podían ser acumuladas en una misma demanda, pues **es necesario que se establezca en primer lugar judicialmente la existencia o no de la situación de hecho, esto es, la unión concubinaria; y, una vez definitivamente firme esa decisión, es que podrían las partes solicitar la partición de esa comunidad, de lo contrario el juez estaría incurriendo en un exceso de jurisdicción** (..., negrillas de la Sala).

Y la misma Sala de Casación Civil en decisión RC-00384, del 6 de junio de 2006 (caso: Vestalia de La Cruz Ron contra Isabel Cheksbir de Fernández y otros), decidió:

> (...) Por aplicación de los anteriores criterios jurisprudenciales al caso de marras, los cuales se reiteran en este fallo, si la demandante pretende partir y liquidar los bienes habidos en la comunidad concubinaria que afirma existió entre ella y su difunto concubino, ha debido acompañar al escrito introductorio

> de la demanda copia certificada de la declaración judicial de la existencia del mismo (...).
>
> (...) que mediante esta acción la parte actora pretende la liquidación y partición de una comunidad concubinaria que aún no ha sido calificada como tal por juez alguno; por consiguiente, la presente demanda no debió ser admitida porque mal pueden liquidarse y partirse los bienes de una relación de hecho estable, como lo es el alegado concubinato, que aún no ha sido reconocida judicialmente (...).

Sin embargo, esa sentencia definitivamente firme que reconozca la existencia de la "*unión estable*" (a que se refiere el artículo 77 de la Constitución venezolana vigente), responde a la interrogante ¿qué pretende el concubino o la concubina? Es decir, cuál es la finalidad de esa sentencia. La finalidad tiene que ver según el tipo o clase de acción, porque, en el ámbito de las relaciones *more uxorio*, la decisión judicial que se produzca –establecedora de su existencia para que origine los efectos indicados en el artículo 77 *eiusdem*– deviene de una *acción de juzgamiento o conocimiento*. Para Hernando Devis Echandía[86], la acción de juzgamiento o conocimiento o declarativa genérica, es la que se ejercita para iniciar un proceso de esta clase, es decir, para que el juez juzgue acerca de la existencia del derecho o pretensión que el demandante alega y de las obligaciones que reclama a cargo del demandado, o para resolver sobre la responsabilidad del sindicado. Por lo tanto, en esta clase se comprenden las acciones declarativas puras, de condena y de declaración constitutiva, que forman el grupo general de las acciones declarativas. Por su parte, Juan José Bocaranda[87], sostiene que se entiende como acción concubinaria declarativa aquella que interpone un concubino contra el otro, para que, declarada por el Tribunal la configuración de la relación extramatrimonial, y establecida la exis-

[86] *Compendio de Derecho Procesal,* Vol. 1, p. 171, Edit. ABC, Bogotá, Colombia, 1974.
[87] *La Comunidad Concubinaria ante la Constitución Venezolana de 1999,* p. 245, Ediciones Principios-Vigencia, Caracas, 2001.

tencia de la comunidad de bienes, se condene al demandado a entregar al demandante la parte del patrimonio que le corresponde.

Cuando el concubino o la concubina pide al juez o tribunal que declare la existencia de la unión *more uxorio*, está pretendiendo la búsqueda de la certeza jurídica de la misma, para que produzca los efectos legales correspondientes. Sin embargo, la aspiración de quien pretende no es quedarse en la mera declaración de certeza (sentencia merodeclarativa), sino ir más allá de la misma y con fundamento en la misma y ante la presunción de comunidad de los bienes habidos durante la unión a tenor con lo pautado en el artículo 767 del Código Civil, se proceda a la partición de los bienes comunes (sentencia declarativa-condenatoria, que deviene de un proceso mixto en cuanto comprende a las dos pretensiones bajo el rigor de una sola acción), pues como bien afirma Hernando Devis Echandía[88], puede suceder y es muy frecuente que el proceso requerido por el actor sea mixto, es decir, declarativo y de condena; de declaración constitutiva y de condena; declarativo y de declaración constitutiva y de condena; cautelar y de declaración constitutiva o declarativo. Parece entonces se ejercitaran varias acciones, una para cada clase de peticiones; pero esto es un error, ya que la acción que inicia un proceso es siempre una. Lo que puede existir múltiple es la pretensión. Para ver claramente la verdad de esta afirmación, observa el autor, basta recordar que toda acción conduce a la sentencia mediante el proceso; por lo tanto, una es jurídicamente suficiente. Puede decirse en estos casos que la acción es de naturaleza mixta, ya que persigue una actividad compleja y mixta del juez. Pero jamás puede hablarse de ejercicio de varias acciones en una demanda, en sentido procesal; o no ser que se use el término en sentido material, para referirse a los distintos derechos materiales objeto de la demanda o a las diversas pretensiones que de ellos quiere deducirse.

De modo, pues, que de nada le serviría la sola declaración judicial –sobre la existencia de la unión fáctica– de no ser su finalidad, luego e

[88] *Ob. Cit.*, p. 175.

inmediatamente, obtener y en el mismo proceso esa partición patrimonial como consecuencia de haberse roto o extinguido tal unión, pues la mera declaración no es susceptible de ejecución. Por eso, la antes citada decisión de la Sala de Casación Civil del TSJ (RC-00176, del 13 de marzo de 2006) pareciera no comprender que es un error hablar de acumulación de acciones del mismo actor en la demanda, pues lo que existe es acumulación de pretensiones y no de acciones, y sólo se ejercita una acción. A propósito de ello, en el Código de Procedimiento Civil vigente se corrigió el error consuetudinario que contenía ese equívoco y se estableció que el demandante podrá acumular en el libelo cuantas pretensiones le competan contra el demandado, aunque deriven de diferentes títulos. Cuando la Sala de Casación Civil del TSJ afirma "que en el caso que nos ocupa se acumularon dos pretensiones en el libelo de demanda: la acción merodeclarativa de reconocimiento de unión concubinaria y la de partición de bienes de la comunidad", podría confundirse *pretensión* con *acción*.

Se ha afirmado que es un error hablar de "acumulación de acciones" del mismo demandante en la demanda. Lo que existe es "acumulación de pretensiones y no de acciones". Sólo se ejercita una acción. Pero la pretensión no es la acción. La acción es el poder jurídico de hacer valer la pretensión. Ese poder jurídico existe en el individuo, al decir de Couture, aun cuando la pretensión sea infundada. La acción, aunque no se la deba confundir con el derecho (material) hecho valer en juicio, sea, sin embargo, un derecho (procesal), como sostiene Carnelutti[89], sirve para distinguirla de la pretensión, con la cual se ha confundido a menudo y continúa confundiéndosela. Basta para su distinción exacta recordar que, mientras la acción es una relación, la pretensión es un hecho, y más concretamente, un acto jurídico, ambos conceptos pertenecen, por tanto, a zonas distintas y aun opuestas de la ciencia, cuales son la estática y la dinámica del derecho.

[89] *Instituciones del Proceso Civil,* Vol. 1, p. 317, Edic. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

Acción y pretensión son conceptos distintos y distintos sus elementos en cuanto a los sujetos, objeto y su causa. (i) En efecto, los "sujetos" del derecho de la acción son: el demandante o actor (sujeto activo) y el juez en representación del Estado (sujeto pasivo). Los sujetos de la pretensión son: el actor o demandante (sujeto activo) y el demandado (sujeto pasivo). El "objeto" de la acción es la sentencia, no es la obtención o logro de las pretensiones contenidas en la demanda. El "objeto de la pretensión" –en tal caso– es la búsqueda de esa sentencia favorable que otorgue lo que se pidió o pretendió con la acción propuesta. (ii) La "causa petendi" y "la causa de la acción". La causa petendi es la razón de pedir. La razón de la pretensión es el fundamento que se le da, como afirma Carnelutti[90].

Luego, entonces, ¿cuándo existe verdadera acumulación de acciones en una misma demanda, de acuerdo con lo expresado por el artículo 78 del Código de Procedimiento Civil? Existe verdadera acumulación de acciones, en una misma demanda, en dos casos a saber:

> 1.- Cuando el demandado, en el acto de contestación de la demanda, demanda a su demandante, esto es, cuando reconviene. Con Carnelutti[91] diremos que en este caso sí existe "acumulación de acciones", porque hay dos demandas separadas, e independientemente se está ejerciendo la acción e imponiendo al juez la obligación de proveer sobre aquélla.
>
> 2.- Cuando se acumulan procesos judiciales por separado. Luego, entonces, hay necesidad de referirnos a la "acumulación de pretensiones", puesto que cuando se solicita la declaratoria de existencia de la unión *more uxorio* o concubinaria, la partición y liquidación de la misma, existen dos pretensiones en la misma demanda del actor contra el demandado. Pero no hay

[90] *Ob. Cit.*, Vol. 2, p. 35.
[91] *Ob. Cit.*, Vol. 1, Nº 373.

> allí dos acciones sino una sola acción. ¿Cuál será la acción? La acción, como dice Chiovenda[92], es el poder jurídico de dar vida (*porre in essere*) a la condición para la actuación de la voluntad de la ley; o como sostiene Alsina[93], la acción es un derecho público subjetivo mediante el cual se requiere la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica. Esto es evidente. ¿Cuál es la pretensión? La pretensión es el actuar por el que requiere (demandante) solicitando la declaratoria de existencia de la unión *more uxorio* o concubinaria y la subsiguiente partición y liquidación de la comunidad concubinaria. Como se aprecia, hay una pluralidad de pretensiones. Dos pretensiones acumuladas en la misma demanda del actor.

En la doctrina se han planteado varios criterios para la clasificación de la "pluralidad de pretensiones". Nosotros seguiremos la que presenta Guasp[94] con la idea de permitirnos ubicar el sentido que nos interesa de "pretensión", no su concepto:

> (a) *Pluralidad simple*, o sea, aquella en que las diversas pretensiones reunidas se reclaman todas de modo concurrente, y para satisfacer al titular de la pretensión debería el órgano jurisdiccional actuarlas todas frente al sujeto pasivo de la misma.
>
> (b) *Pluralidad alternativa*, es aquella en que el titular, si bien reclama dos o más actuaciones distintas, no pide que sean realizadas una y otra, sino que la verificación de cualquiera de ellas basta para satisfacerle.
>
> (c) *Pluralidad subsidiaria*, es aquella en que el demandante pide al órgano jurisdiccional, en primer lugar, una sola ac-

[92] *Principios de Derecho Procesal Civil,* Vol. 1, p. 73, Reus, Madrid.
[93] *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Vol. 1, p. 333, Ediar Soc. Anon. Editores, 2ª edic., Buenos Aires, 1963.
[94] *Derecho Procesal Civil,* pp. 242 y ss., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.

> tuación, pero en segundo término, subordinadamente, para el caso de que la primera petición sea denegada formular otra pretensión. De la anterior clasificación nos interesa –en la presente temática– el tipo correspondiente a la "pluralidad simple de pretensiones", por reunirse éstas en una misma demanda, de modo que el órgano jurisdiccional las resuelva todas frente al demandado y en beneficio del actor (de ser procedentes), como lo constituye el caso relativo a la declaratoria de existencia de la unión *more uxorio* o concubinaria y la subsiguiente partición y liquidación de la comunidad fáctica. Aquí se comenta si es o no procedente plantear, en la misma demanda del actor, la "acumulación de esas dos pretensiones" en razón de que se ha afirmado que esa acumulación es excluyente, por ser tales pedimentos contrarios entre sí y tener procedimientos legales incompatibles.

Toda incompatibilidad implica contrariedad o contradicción. Por tanto, lo incompatible plantea exclusión. Entonces trataremos de comentar el sentido que tiene el vocablo "incompatibilidad". Al efecto, podemos hablar de dos tipos de "incompatibilidades", o más concretamente "incompatibilidad de pretensiones".

2.2.1 *Incompatibilidad de carácter material*

Esta incompatibilidad se refiere a que dos o más pretensiones son materialmente excluyentes o incompatibles, cuando los efectos jurídicos o los simples efectos económicos pueden producir no pueden subsistir al mismo tiempo, al oponerse entre sí. ¿Existirá esa incompatibilidad en el caso de la declaratoria de existencia de la unión *more uxorio* o concubinaria y la subsiguiente partición y liquidación de la comunidad patrimonial comunitaria? Consideramos que no, ya que el efecto jurídico de la declaración judicial de existencia de la unión *more uxorio,* es producir los efectos personales y patrimoniales a que nos referimos; y esa declaración no resulta incompatible o excluyente con la partición y liquidación de esa comunidad patrimonial. Ambas pretensiones –la declaratoria de existencia de la unión *more uxorio* o concubinaria y la subsiguiente partición y liquidación de la comunidad concubinaria– pue-

den perfectamente subsistir simultáneamente en la misma demanda del actor, pues los efectos de sendas pretensiones no se oponen entre sí, tratándose que las pretensiones de las cuales derivan se han reunido y reclamado de modo "concurrente", en cuanto coexisten por tener la misma causa o razón de pedir.

Es evidente, pues, que la "incompatibilidad por razón de la materia", la constituye la naturaleza de la relación jurídica o del estado jurídico que forma la materia sobre la cual se pide la actuación del órgano jurisdiccional. No está allí en juego el valor de la causa, sino la naturaleza de la relación jurídica, no obstante, como afirma Rocco en su citada obra, el criterio de la materia viene a veces a entrecruzarse también con el valor, como subordinado que está a él. En tal caso son dos criterios que determinan la competencia, a saber, el valor y la materia de la causa. Pero conviene observar que en aquellas relaciones o estados jurídicos en que, por el carácter ideal y no patrimonial de su contenido, no puede servir el criterio del valor, sirve, objetiva y exclusivamente, el criterio de la materia. Por eso, a lo mejor, nuestro Código de Procedimiento Civil trata en una misma sección "De la competencia del juez por la materia y por el valor de la demanda" (artículos 28 al 39). Así, por ejemplo, el artículo 33 *eiusdem* establece que: "Cuando una demanda contenga varios puntos, se sumará el valor de todos ellos para determinar el de la causa, si dependen del mismo título".

2.2.2 *Incompatibilidad de carácter procesal*

Esta incompatibilidad, entendida como la imposibilidad de acumular en la misma demanda pretensiones que, por razón de la materia, no corresponda al conocimiento del mismo Tribunal, que ha de conocer de la principal, ni aquellas cuyos procedimientos legales sean incompatibles entre sí o se excluyan mutuamente. De consiguiente, ¿son incompatibles los procedimientos relativos la declaratoria de existencia de la unión *more uxorio* o concubinaria y la subsiguiente partición y liquidación de su comunidad? No, no lo son, puesto que declarada judicialmente aquella unión convivencial, al quedar la sentencia definitivamente firme y ejecutoriada no existe impedimento alguno para que el mismo tribunal civil ordinario que la dictó, entre en la fase del procedimiento de parti-

ción y liquidación, conforme lo dispuesto en el artículo 777 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Existe, además, otra razón dada por la conexión causal en cuanto a que podrán acumularse y ejercitarse al mismo tiempo las pretensiones que uno tenga contra otro, siempre que nazcan de un mismo título o se funden en una misma causa de pedir. Más aún, cuando, como sostiene Devis Echandía en su citada obra, esta mayor facilidad de acumular pretensiones del mismo demandante, favorece la economía procesal, pues disminuye el tiempo, el trabajo y el dinero que significarían varios procesos separados. Y observamos nosotros, ¿acaso no es precisamente todo esto lo que se pretende desde el punto de vista de la economía procesal? Además, ¿qué sentido tiene llevar dos procesos por separado? Evidentemente ninguno.

Sin embargo, como hemos observado en las dos decisiones *supra* citadas, y aun cuando como observamos, la Sala Constitucional en la decisión interpretativa del artículo 77 constitucional, *in commento*, no resolvió que sea necesario se establezca en primer lugar judicialmente la existencia de la unión concubinaria; y que una vez definitivamente firme esa decisión sólo así podrían las partes solicitar la partición de esa comunidad; sin embargo, la Sala de Casación Civil del TSJ llega a disponer que "si la demandante pretende partir y liquidar los bienes habidos en la comunidad concubinaria que afirma existió entre ella y su difunto concubino, ha debido acompañar al escrito introductorio de la demanda copia certificada de la declaración judicial de la existencia del mismo"; y, además, "en el caso que nos ocupa se acumularon dos pretensiones en el libelo de demanda: la acción merodeclarativa de reconocimiento de unión concubinaria y la de partición de bienes de la comunidad, que no podían ser acumuladas en una misma demanda, pues es necesario que se establezca en primer lugar judicialmente la existencia o no de la situación de hecho, esto es, la unión concubinaria; y, una vez definitivamente firme esa decisión, es que podrían las partes solicitar la partición de esa comunidad, de lo contrario el juez estaría incurriendo en un exceso de jurisdicción". Por eso, con Liebman[95] preguntamos: ¿Puede el

[95] *Manual de Derecho Procesal Civil,* p. 134, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1980.

actor limitarse a pedir la declaración de certeza, o debe –si quiere accionar– pedir la condena? Pero ¿dónde está la norma que constriña al actor a pedir en cada caso la tutela jurídica en la forma más completa permitida por la situación de hecho? Esta norma, dice, no existe, y no se puede, por eso, limitar su libertad de elección y prohibirle que se contente con la simple declaración de certeza aun el caso de que podría obtener lo más, esto es, la condena.

Además, afirma la Sala de Casación Civil que de acumularse la acción merodeclarativa de reconocimiento de unión concubinaria y la de partición de bienes de la comunidad, que no podían ser acumuladas en una misma demanda, de procederse así el juez estaría incurriendo en un exceso de jurisdicción. Es correcto que la actividad jurisdiccional está sometida en la praxis a ciertos límites que, sobrepasados los mismos da lugar a una decisión inválida por incurrir en exceso o da lugar a un defecto de jurisdicción. Así, en el ámbito civil, que atañe la materia *in commento*, existen tres límites a la actividad jurisdiccional, en relación con los *sujetos*, el *objeto* y la *actividad*.

En cuanto a los sujetos, los convivientes *more uxorio* no están sustraídos al ámbito de la jurisdicción. Al contrario, pueden estar inmersos, no excluidos. En atención al objeto, lo relativo a las pretensiones de declaración judicial de la unión convivencial y la subsiguiente partición de los bienes comunes, es materia civil *strictu sensu*, no extraña al mismo, que se rige no sólo por el Código Civil sino por el de su procedimiento. Por último, la actividad, en orden al lugar, tiempo y forma de esa actividad. En la doctrina procesal[96] se refiere a que por razón del lugar existen límites de la jurisdicción, en cuanto a que ésta no puede conocer de las pretensiones que se formulen fuera del espacio que determina la extensión geográfica de la soberanía del Estado; por razón del tiempo, existen límites en la jurisdicción, en cuanto a que ésta sólo puede intervenir en tanto estén vigentes las normas a que su implantación se debe; y, por razón de la forma existen límites de la jurisdicción, en cuanto a que ésta sólo puede funcionar del modo que

[96] Guasp, *Ob. Cit.* p. 112.

intrínsecamente le es propio, esto es, mediante la recogida, examen y actuación o denegación de pretensiones, quedando fuera de su ámbito normal la posibilidad de que sus mandatos asuman la forma de una declaración general o espontánea.

Obtener la declaración de certeza concubinaria previamente y en juicio aparte, acompañando copia certificada de la sentencia como requisito para su admisibilidad, ¿no podría constituir obstáculo para el ejercicio de la tutela judicial efectiva y un formalismo inútil?, pues la Constitución venezolana vigente en su trajinado artículo 26 establece: "Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles". Y habiendo sido constitucionalizado el proceso judicial venezolano, el mismo constituye un instrumento fundamental para la *realización de la justicia* y no se sacrificará ésta por la omisión de formalidades no esenciales, tal como lo contempla el artículo 257 *eiusdem*. Por eso, a modo de ejemplo, ¿de qué manera reparar el daño que causaría el conviviente que se insolventó para no partir los bienes comunitarios? De modo más concreto: ¿Quién indemniza al conviviente perjudicado por esa insolvencia intencional y fraudulenta?

En otro contexto temático, mientras la unión funcione como pareja estable pareciera no tener sentido aquella declaración judicial, y tampoco cuando la unión convivencial es de derecho como en el caso que proponía el artículo 57 de PLPFMP (que se desechó):

> La pareja que integre una unión estable de hecho, constituida por documento auténtico debidamente protocolizado, que cumpla los requisitos y exigencias de esta Ley, que con su esfuerzo material e intelectual contribuye a la formación del patrimonio de los convivientes, accederá a la comunidad a los gananciales habidos durante del tiempo de su existencia de la convivencia...

Sin embargo, entendemos que la mencionada acumulación de pretensiones no tendría lugar de haberse aprobado el artículo 49 del mencionado Proyecto de Ley, cuando los convivientes de hecho formalizan la unión, o la inician, dando cumplimiento a las formalidades exigidas en ese Proyecto de Ley (PLPFMP), que pautaba (también se desechó):

> En todo caso, la disolución y cesación de la unión estable de hecho aunque no hubiese sido legalmente equiparada en sus efectos al matrimonio, a pesar de haber cumplido las exigencias de los artículos anteriores, le dará derecho a cada uno de la pareja para acceder a la partición por mitad de los bienes del patrimonio formado y los frutos que hubieren obtenido a título oneroso durante la unión (...).

Y la acumulación de pretensiones en la misma demanda del actor no tendría lugar, puesto que sería la disolución y cesación de la unión estable de hecho la que permitiría la posterior partición de los bienes comunitarios, más aún si nos remitimos al artículo 173 del Código Civil, conforme al cual la comunidad de los bienes en el matrimonio se extingue por el hecho de disolverse éste o cuando se le declare nulo. También se disuelve la comunidad por la ausencia declarada y por la quiebra de uno de los cónyuges, y por la separación judicial de bienes, en los casos autorizados por este Código. Toda disolución y liquidación voluntaria es nula, salvo lo dispuesto en el artículo 190. Y esta última norma estatuye que en todo caso de separación de cuerpos, cualquiera de los cónyuges podrá pedir la separación de bienes, pero, si aquélla fuere por mutuo consentimiento, la separación de bienes no producirá efectos contra terceros, sino después de tres meses de protocolizada la declaratoria en la Oficina Subalterna de Registro del domicilio conyugal. *Mutatis mutandi*, la situación no variará, en tales casos, en la situación de la unión *more uxorio* o concubinaria, a tenor de lo pautado en el artículo 77 de la Constitución venezolana vigente.

La experiencia demuestra que el interés económico es el que mueve, por lo general, hacia aquella declaración judicial; y no tendría ningún sentido quedarse en la misma y acudir a un proceso judicial separado para solicitar la partición de los bienes comunes. De allí que nada impi-

de se acumulen sendas pretensiones en la misma demanda, pues no son incompatibles, contrarias entre sí ni excluyentes y por razón de la materia corresponden al conocimiento del mismo Tribunal, más aún, cuando esa acumulación de pretensiones no es contraria al orden público, a las buenas costumbres o a alguna disposición expresa de la Ley. Los procedimientos tampoco son incompatibles entre sí, pues el procedimiento declarativo en referencia no tiene pautado un procedimiento especial[97], por lo cual se ventilará por el procedimiento ordinario[98], al igual que el procedimiento aplicable a la partición o división de bienes comunes que se tramitará por el mismo procedimiento dentro de las previsiones del artículo 777 siguientes del Código de Procedimiento Civil, pues obviamente primero se declara la unión fáctica, cuando corresponda, e inmediatamente después de quedar definitivamente firme la sentencia, se procedería –por el mismo tribunal– a la partición patrimonial, en cuyo caso, dentro del orden de prioridades procesales, no existe ninguna incompatibilidad, al agotarse la primera fase y entrarse al cumplimiento de la segunda, pues las mismas no tienen lugar al mismo tiempo, y tampoco se realiza una en defecto de la otra. Y no obstante de ser el derecho de acceso a la justicia un derecho prestacional de configuración legal, como opina Nelson W. Grimaldo[99], *el legislador debe respetar*

[97] La Sala Constitucional en decisión Nº 559 del 18 de abril de 2001 (caso: Omar Jesús Viera), decidió que, "(...) Observa la Sala –tal como lo declaró el *a quo*– que en el presente caso, había concluido el procedimiento de divorcio, por lo que el Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente no podía proceder –como lo hizo– a homologar el acuerdo efectuado sobre la partición de los bienes de la comunidad conyugal, pues conforme a la Resolución Nº 1030 del 8 de agosto de 1991, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* Nº 34.779 del 19 de agosto de 1991, la partición de la comunidad de bienes está atribuida a los Tribunales de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil, cuyo procedimiento lo regulan los artículos 777 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, y como se desprende del artículo 177 de la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente antes transcrito, lo relativo a la liquidación de los bienes de la comunidad conyugal, independientemente de la existencia o no de hijos menores habidos en el matrimonio, no está previsto como asunto de su competencia (...)".

[98] Las controversias que se susciten entre partes en reclamación de algún derecho, se ventilarán por el procedimiento ordinario, si no tienen pautado un procedimiento especial (art. 338, CPC).

[99] Contenido Esencial del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, ponencia presentada en el VI Congreso Venezolano de Derecho Procesal Civil, en el libro con este mismo título, p. 169.

el núcleo fundamental de este derecho y por tanto debe abstenerse de imponer requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carecen de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que se persigue con el establecimiento de las mismas.

2.2.3 *Fallos del Tribunal Supremo de Justicia vinculados al tema*

Con vista a lo resuelto por la Sala Constitucional del TSJ en la decisión interpretativa en comentario, dada la importancia del tema, citamos cinco (5) sentencias del Máximo Tribunal de la República:

2.2.3.1 Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 28 de mayo de 1975 (Procuraduría General de la República en solicitud de expropiación), con fundamento en el artículo 767 del Código Civil, dispuso se pagara a la concubina la parte correspondiente del precio del bien expropiado habido durante la unión no matrimonial, sin que ésta hubiese sido previamente declarada mediante sentencia; observó y dispuso:

> (...) Se advierte que durante los lapsos previstos en los carteles que fueron publicados en la prensa conforme a la Ley de la materia para empezar a los sucesores de ... y a los demás posibles propietarios, poseedores, arrendatarios, acreedores y en general a todo el que tuviera o pretendiera tener algún derecho en el inmueble a expropiarse, ...El propietario, conforme a lo expresado en la certificación relativa a la propiedad y gravámenes expedida por la Oficina Subalterna de Registro Público..., es el ciudadano ... Ahora bien, el propietario falleció en fecha..., *ab intestato* y sin descendientes u otros parientes, excepto la ciudadana ... con quien mantuvo unión "no matrimonial" por espacio de diez (10) años. Acompañó al presente escrito, justificativo para perpetua memoria levantado por ante el Juzgado (...)
>
> El 6 de febrero del año en curso la señora ... expuso: "En mi carácter de concubina del ciudadano ... propietario de la parcela de terreno objeto de la presente solicitud de expropiación,

> de acuerdo con la presunción establecida en el artículo 767 del Código Civil, según consta de autos, convengo en el justiprecio de dicho inmueble realizado por la Comisión de Avalúo a los fines de la ocupación previa del mismo ... y, en consecuencia, solicito respetuosamente de este Alto Tribunal, me sea entregada la cantidad que me corresponde de dicha suma, (...).

Con relación a la petición de la señora... se observa:

> Conforme a la disposición transcrita, se observa que en el presente caso, la señora ... ha demostrado, que vivió permanentemente en unión no matrimonial con ... durante la época en que éste adquirió el inmueble objeto de la expropiación y hasta la fecha de su fallecimiento y que contribuyó con su trabajo a la formación y aumento del patrimonio del *de cujus*; y, por otra parte, la referida documentación no fue impugnada por persona alguna, ni lo que respecta a la mitad restante de los derechos de propiedad del mencionado terreno.

De la anteriormente citada sentencia, deducimos lo siguiente:

> 1.- La demanda no fue declarada inadmisible, pues se supone que la Sala claramente observó que la justiciable obtenía la satisfacción completa de su interés mediante la misma demanda, y no a través de una acción diferente.
>
> 2.- Nada afirmó la Sala en cuanto a la acumulación de pretensiones de la peticionante, pues la misma alegó ser concubina del *de cujus* sin haber previamente demostrado la existencia de la unión fáctica mediante sentencia de declaración de certeza; y al dar por demostrada esa unión convivencial, requirió el pago del precio del bien expropiado.
>
> 3.- La Sala tampoco observó ningún exceso de jurisdicción, al admitir la petición de la concubina y encontrar ajustada la misma al artículo 767 del Código Civil, dando así por demostrada la unión convivencial con las pruebas que la peticionaria acompañó, sin que la concubina hubiese presentado previamente

> sentencia de declaración de certeza de la unión fáctica que dijo haber existido con el *de cujus*.
>
> 4.- Por último, la Sala ordenó se pagara a la concubina el precio del inmueble expropiado. Es decir, la Sala no sólo dirimió el conflicto planteado sino que impuso el derecho. Es de suponer que, en esa forma, la Sala encontró plenamente satisfecho el interés de la concubina peticionaria.

2.2.3.2 La Sala de Casación Civil en sentencia RC- 0323 del 26 de julio de 2002 (caso: Arcángel Mora contra Ana Ramona Mejías Ruiz), resolvió lo siguiente:

> (...) El artículo 341 del Código de Procedimiento Civil dispone que el tribunal admitirá la demanda "si no es contraria al orden público, a las buenas costumbres o a alguna disposición expresa de la Ley". De lo contrario debe negar su admisión expresando los motivos de su negativa. Ahora bien, el artículo 16 del mismo código señala lo siguiente:
>
> Para proponer la demanda el actor debe tener interés actual. Además de los casos previstos en la Ley, el interés puede estar limitado a la mera declaración de la existencia o inexistencia de un derecho o de una relación jurídica. No es admisible la demanda de mera declaración cuando el demandante puede obtener la satisfacción completa de su interés mediante una acción diferente. (Subrayado de la Sala).
>
> De conformidad con la parte final de la citada norma, las acciones merodeclarativas que no satisfagan completamente el interés del accionante no son admisibles, ello en virtud del principio de economía procesal, pues nada hace un tribunal al conocer de una acción que no logra su objetivo, como es declarar certeza sobre un derecho o una relación jurídica que se tiene como incierta, o ventilar un proceso que sólo pretende preconstituir una prueba para un juicio posterior. Por tanto, la satisfacción completa del interés del actor deviene en condición

necesaria para la admisibilidad de dicha demanda, que de no cumplirse estaría prohibida por la ley, es decir, por el mismo artículo 16 del Código de Procedimiento Civil (...).

En el caso concreto, esta Sala observa que la parte actora interpuso una acción merodeclarativa para obtener los siguientes pronunciamientos: a) Que entre él y la demandada existió una relación concubinaria desde marzo de 1985 hasta junio de 1994; b) Que durante dicha unión ambos adquirieron un inmueble; y c) Que el cincuenta (50%) por ciento del referido bien le pertenece al actor. Ahora bien, es evidente que lo que se pretende con dicha acción es preconstituir una prueba que podrá usarse en un juicio de partición de comunidad, con base en la cuota parte que éste alega tener sobre un inmueble.

Siendo así, la acción de mera certeza propuesta por el formalizante no cumple con el requisito exigido por el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil, pues *existe en nuestro ordenamiento jurídico otra acción que permite al actor satisfacer completamente su interés, como es la partición y liquidación de la comunidad concubinaria*. Por tanto, la demanda intentada es inadmisible por prohibición expresamente del artículo 16 *eiusdem*.

Todas estas razones conducen a la Sala a casar de oficio y sin reenvío el fallo recurrido, ya que se hace innecesario un nuevo pronunciamiento sobre el fondo, de conformidad con el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil y, en consecuencia, declara inadmisible la demanda incoada por la parte actora, ciudadano Arcángel Mora, contra la ciudadana Ana Ramona Mejías Ruiz, por infracción directa de los artículos 341 y 16 *in fine*, del Código de Procedimiento Civil, anulándose en consecuencia el mencionado auto de admisión de fecha 12 de junio de 2000, proferido por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Táchira, así como todas las actuaciones posteriores al mismo. Así se decide (destacado nuestro).

Del contenido señalado se infiere, con fundamento en el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil[100], la Sala de Casación Civil determinó la inadmisibilidad de la demanda merodeclarativa concubinaria al no satisfacer la misma completamente el interés del actor, en aplicación del artículo 341 *eiusdem*, respecto a la prohibición de la ley de admitir la acción propuesta, pues en nuestro ordenamiento jurídico –sostiene– existe otra acción que permite al actor satisfacer completamente su interés, como es la partición y liquidación de la comunidad patrimonial convivencial.

Al resolver de tal modo, en atención a lo que dispone el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil e indicar que la acción que permite al actor satisfacer completamente su interés es la partición y liquidación de la comunidad patrimonial convivencial; pareciera indudable que se obvia la pretensión merodeclarativa y la acción directa sería la mencionada, en cuyo caso se daría por demostrada (tácitamente, o al menos que se demuestre en el proceso de declaración de certeza) la relación concubinaria; no obstante que la aplicación del artículo 16 *eiusdem*, en tal hipótesis, parece complicar la situación si en el caso propuesto la acción directa es la de partición y liquidación de la unión concubinaria. De ser así, entonces resulta más razonable el argumento de la acumulación de la pretensión merodeclarativa concubinaria y la de partición y liquidación de la misma[101], pues mientras los convivientes no "legali-

[100] (...) "No es admisible la demanda de mera declaración cuando el demandante puede obtener la satisfacción completa de su interés mediante una acción diferente".

[101] No pareciera correcta la afirmación para el ámbito matrimonial, si se observa que en el caso de la partición y liquidación de la comunidad patrimonial matrimonial, la misma no puede realizarse si la unión matrimonial no ha sido previamente disuelta o extinguida conforme a cualesquiera de las causas establecidas en la ley (arts. 184 y 185 del Código Civil); y la comunidad de bienes en el matrimonio se extingue de la manera como previene el artículo 173 *eiusdem*, siendo que conforme a esta misma norma "Toda disolución y liquidación voluntaria es nula, salvo lo dispuesto en el artículo 190". De modo que pareciera incomprensible que sin disolverse previamente la unión fáctica, proceda, sin más, a partirse y liquidarse la misma. Lo que ocurre es que la unión fáctica no puede subsumirse en la estructura o sistema normativo de la matrimonial para seguir el mismo procedimiento de partición y liquidación de los bienes; y hasta tanto no se dicte la ley que regule las uniones fácticas, no podrá conocerse las causas que el legislador estatuya en materia de disolución de las mismas, salvo el conocido modo voluntario y unilateral por cualquiera de los convivientes, o por decisión de ambos, y las exigencias para que tal partición y liquidación tenga lugar.

cen" su unión conforme a lo que disponga la ley que se dicte para regular las uniones *more uxorio*, su unión seguirá siendo fáctica, en cuyo caso (ante la acumulación de pretensiones) obviamente no hay posibilidad de fallos contrarios o contradictorios, las mismas guardan relación, no son incompatibles, ni tienen procedimientos distintos de modo sustancial, con alguna variante en el ámbito puramente formalista; con influencia la acumulación (de modo terminante) en la celeridad procesal[102], sin desmedro de los recursos económicos de los intervinientes y en cuanto al tiempo. Es más, en la doctrina se ha llegado a sostener que la tutela jurídica que se obtiene por la mera declaración no es cualitativamente distinta de la que se alcanza con la condena, siendo solamente en aquélla más limitada y restringida que en ésta, de modo que, si se las compara, resulta que la mera declaración es un *minus* respecto a la condena, no un *aliud*[103]. Luego, entonces, si la tutela que se obtiene con la sentencia merodeclarativa, en su esencia no tiene mayor diferencia que la correspondiente a la tutela que se otorga a la sentencia de condena; y aun cuando la diferencia que existe se concreta al alcance que comporta una y otra tutela en cuanto a que la primera es más restringida que la segunda (un *minus* no un *aliud*); por el beneficio de la tutela, la restricción no tiene el poder o la fuerza para impedir la acumulación de las referidas pretensiones, pues obviamente no hay posibilidad de fallos contrarios o contradictorios, las mismas guardan relación, no son incompatibles ni tienen procedimientos distintos de modo sustancial, salvo insignificantes signos formalistas prohibidos en los artículos 26 y 257 de la Constitución venezolana vigente.

[102] Se dice que un proceso está orientado a la celeridad procesal, como afirma Rengel Romberg, cuando su estructura dialéctica permite llegar rápidamente a la síntesis, esto es, a la sentencia. Por el contrario, si entre la tesis (demanda) y la síntesis (sentencia) transcurre un largo período de tiempo, se dice que el proceso carece de celeridad y está dominado más bien por la lentitud (*Estudios Jurídicos*, pp. 360 y 361, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2003).

[103] Ricardo Schmidt, cita que realiza Luis Loreto en la obra *Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina,* pp. 409-438, Buenos Aires, 1946.

El *thema* en discusión encuentra transitorio obstáculo[104] en el positivismo jurídico, que todavía ejerce decisiva influencia en la aplicación del Derecho, y así se obstaculiza –a través de formalismos– que el justiciable tenga acceso a la justicia material del caso concreto. En efecto, el positivismo jurídico sólo toma en consideración las normas que deben aplicarse en todo o no aplicarse y por eso es estrictamente normativo, por ejemplo, en el caso de los artículos 16, 78, 341 y 777 del Código de Procedimiento Civil, en relación con la temática de nuestro discurrir, pues se aplican o no se aplican y parece que resulta más formal su aplicación literal, es decir, que fuera de las normas nada es posible; dejando por fuera la argumentación y la motivación que hagan efectivas la equidad y la justicia del caso específico, en la solución del mismo, obviando así el análisis y subsunción de los principios y los valores constitucionales, pues de tomarse en consideración en el razonamiento la solución podría ser otra, en medio de la contradicción entre la norma establecida, que tiene ciertas formalidades invariables desde el punto de vista meramente literal, que las presenta rígidas e inflexibles. Y en atención a los principios (*Vid.* Cap. I), se ha afirmado que los mismos hacen referencia a la justicia y la equidad, mientras las normas se aplican o no se aplican, los principios dan razones para decidir en un sentido determinado, pero, a diferencia de las normas, su enunciado no determina las

[104] Si el Derecho es el límite del poder, como afirma Faustino Martínez Martínez, y éste se configura como la forma más perfecta (de las conocidas) que tenemos de encauzar la arbitrariedad con arreglo a ciertos parámetros más o menos lógicos (ese reducto al que muchos se aferran todavía desde las más altas instancias), es preciso delimitar cómo ha de operar aquél y si las fórmulas tradicionales que se han estilado para su justificación siguen teniendo validez o, por el contrario, es necesaria y urgente una revisión de los postulados primigenios que sustentan el aparato jurídico. El Derecho sigue siendo indispensable para la vida colectiva, pero cómo ha de operar el mismo, cómo se justifica su presencia, cómo ha de actuar, qué papel le queda por desempeñar en este mundo globalizado, injusto hasta la médula, complejo y sin visos de simplificación en el futuro más inmediato, es tarea que se debe resolver desde el presente y de un modo urente, en la medida de lo posible (*Recensión del libro El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*), de Gustavo Zagrebelsky, en la revista virtual Byblos. Revista de Bibliografía Histórico-Jurídica. Departamento de Historia del Derecho y de las Instituciones. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid, 2005 (España).

condiciones de su aplicación. El contenido material del principio –su peso específico– es el que determina cuándo se debe aplicar en una situación determinada. Los principios, además, informan las normas jurídicas concretas de tal forma que la literalidad de la norma puede ser desatendida por el juez cuando viola un principio que en ese caso específico se considera importante[105].

Nuestra Constitución es antiformalista (en contraposición al extremismo que significan las formalidades rituales excesivas que se apartan, por ser tales, de la finalidad de las mismas que es contribuir, como medios o instrumentos, a la realización de la justicia); y ratifica al mismo tiempo (la Constitución) la necesidad de las formas procesales necesarias o útiles en el ámbito jurídico, en la realización de los actos del proceso; por lo cual el Código de Procedimiento Civil contempla que "Los actos procesales se realizarán en la forma prevista en este Código y en las leyes especiales. Cuando la ley no señale la forma para la realización de algún acto, serán admitidas todas aquellas que el Juez considere idóneas para lograr los fines del mismo" (artículo 7); pero, como afirma el Tribunal Constitucional español, "ningún requisito formal puede convertirse en obstáculo que impida injustificadamente un pronunciamiento sobre el fondo"; y que "no son admisibles aquellos obstáculos que puedan estimarse excesivos, que sea producto de un formalismo y que no se compaginen con el necesario derecho a la justicia, o que no aparezcan como justificados y proporcionados conforme a las finalidades para que se establecen, que deben, en todo caso, ser adecuadas a la Constitución" (sentencia 57/1985).

Por eso, según la concepción formalista de la justicia, una primera acepción de la expresión "formalismo jurídico", se refiere a cierta teoría de la justicia, en particular, según la cual acto justo es aquel que es conforme a la ley, e injusto aquel que está en desacuerdo con ella, como refiere Bobbio, y más exactamente se debería llamar "formalismo ético",

[105] Donald Dworkin, *Los Derechos en Serio,* pp. 72 y ss., Ariel Derecho, España, 1999.

porque tiene en común con todas las teorías formalistas de la ética de la afirmación de que el juicio ético consiste en un juicio de conformidad de un acto con la norma, de donde bueno es el acto realizado para cumplir con la ley, y malo aquel que se realiza para transgredirla. El término más común para designar esta teoría es el "legalismo". Entre los muchos análisis críticos –según sostiene– a que se ha dado lugar el formalismo, destaca como muy preciso y matizado, el de Bobbio. Distingue cuatro acepciones. En la primera de ellas de formalismo jurídico se entiende la teoría de la justicia según la cual el acto justo es el conforme a la ley, y el injusto el disconforme; con lo que formalismo jurídico equivale aquí al más estricto legalismo cifrado en el cumplimiento del deber emanado de la norma. En una segunda acepción, el formalismo se centra en la delimitación de lo jurídico (respecto de lo moral, lo económico, lo consuetudinario), sin tomar en cuenta el contenido y sí sólo la forma, como aparece de manera muy acusada en la fórmula de Kelsen, para el cual lo que caracteriza al derecho no es ésta o aquella materia que sea objeto de regulación ni el fin perseguido sino la forma y en particular la regulación mediante el ejercicio del poder coactivo. Así surge el normativismo; y en relación con él una tercera acepción del formalismo, que se traduce en la concepción de la ciencia jurídica como, ciencia formal, cuyo cometido no es la explicación causal ni la justificación teleológica, sino la construcción, el sistema y la dogmática. Un cuarto significado del formalismo jurídico se manifiesta, según Bobbio, en la teoría de la interpretación jurídica, al propugnar la hegemonía de la interpretación lógica y sistemática sobre la histórica y teleológica (jurisprudencia conceptual frente a jurisprudencia de intereses) y estimar que el juez despliega un cometido exclusivamente declarativo y nunca creador del derecho. Así pues, hay cuatro variantes del formalismo: el legalismo, el referido a la teoría de la justicia; el normativismo, concerniente a la teoría del derecho; el dogmatismo, que expresa un modo de entender la ciencia del derecho, y el conceptualismo que se manifiesta en teoría de la interpretación[106].

[106] Nuestra cit. Obra, 1ª reimpresión, pp. 110 y ss., Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005.

En el contraste de los artículos preconstitucionales 16, 78, 341 y 777 del Código de Procedimiento Civil con los artículos 26, 49 y 257 de la Constitución vigente, aquéllos no pueden soportar o resistir su presencia ante la contradicción que pudiera plantearse, dado su característico formalismo *in extremis*; y de modo concreto con el principio constitucional según el cual "El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia ... No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales" (art. 257 CRBV). Por eso, la justicia que los justiciables exigen es la que dé respuesta inmediata, eficaz, con trámites, criterios, directrices, reglas y fórmulas que no sacrifiquen la justicia material del caso concreto. Se trata de la necesidad de subvertir los estándares y las reglas reiterada y tradicionalmente establecidas por el sistema, que chocan con los principios y valores constitucionales.

2.2.3.3 La Sala de Casación Civil en sentencia RC-00371 del 30 de mayo de 2007 (*in pari causa*: Arcángel Mora contra Ana Ramona Mejías Ruiz), dispuso:

> (...) En resguardo del derecho que tienen las partes a la tutela judicial efectiva y al libre acceso a los órganos de administración de justicia, a fin de materializar el derecho de defensa y el de petición, contenidos en los artículos 49, 26 y 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala de conformidad con la disposición legal consagrada en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, y al principio constitucional que reza *"*(...) *El proceso constituye un instrumento para la realización de la justicia* (...)*"* dispuesto en el artículo 257 constitucional, tiene la prerrogativa de extender su examen hasta el fondo del litigio, sin formalismos, cuando por sí misma, detecte la infracción de una norma de orden público o constitucional.
>
> Por tanto, con el fin de aplicar una recta y sana administración de justicia, la Sala procede a ignorar las denuncias formuladas en el escrito de formalización, y autorizada por la facultad que le confiere el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, hará pronunciamiento expreso, para casar la decisión recurri-

> da en infracciones de orden público y constitucional que se han verificado en el caso bajo juzgamiento...
>
> Al decidir las cuestiones previas, el Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Táchira, las declaró con lugar e inadmisible la pretensión del demandante *"*(...) *por no haber presentado prueba fehaciente de la existencia de la comunidad concubinaria, con la presentación de la sentencia definitivamente firme que debió agregar a los autos* (...)*",* decisión que fue apelada por la parte actora (...)

Para decidir, la Sala observa:

> El recurrente, en la oportunidad de subsanar la cuestión previa contenida en el ordinal 6° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, referida al defecto de forma del libelo de la demanda, invocó sentencia dictada por esta Sala en fecha 26 de julio de 2002, en el marco del proceso por el cual pretendió el *"reconocimiento de la comunidad concubinaria y posterior partición del inmueble hoy objeto de esta demanda"*, sosteniendo que *"el mismo Tribunal Supremo de Justicia recomendó este procedimiento de partición".*
>
> Ahora bien, en virtud del señalamiento hecho por el actor al invocar decisión emanada de esta Sala en la que alega le fue recomendado el procedimiento de partición y liquidación de la comunidad concubinaria, se estima oportuno destacar que de la revisión de las actas que conforman el presente expediente se pudo constatar la existencia de la referida sentencia, y a los fines de lograr una mayor comprensión de la situación procesal que envuelve a la presente causa, se hace menester revisar el contenido del fallo en cuestión dictado el 26 de julio de 2002, en el expediente N° 2001-000590, N° 323, el cual textualmente dice:
>
> ...Como se puede colegir de la anterior transcripción, el ciudadano Arcángel Mora en un proceso anterior al de autos, de-

mandó a la ciudadana Ana Ramona Mejías Ruiz en el que pretendió se declarara que: *a) entre él y la ciudadana antes mencionada existió una relación concubinaria desde marzo de 1985 hasta junio de 1994; b) que durante esa unión ambos adquirieron un inmueble; y c) que el cincuenta por ciento (50%) del referido bien pertenece al demandante.*

Al respecto, la Sala consideró: *"*(...) *lo que se pretende con dicha acción es preconstituir una prueba que podrá usarse en un juicio de partición de comunidad, con base en la cuota parte que éste alega tener sobre un inmueble";* estimando igualmente que *"la acción de mera certeza propuesta por el formalizante no cumple con el requisito exigido por el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil, pues existe en nuestro ordenamiento jurídico otra acción que permite al actor satisfacer completamente su interés, como es la partición y liquidación de la comunidad concubinaria* (...)*".*

Es decir, en aquella oportunidad se le indicó al demandante cuál era la vía procesal idónea que debía ejercer a los fines de obtener la tutela invocada, por lo que éste, en acatamiento a tal mandato, procedió a demandar nuevamente la partición y liquidación de la comunidad concubinaria, a través de demanda que inició el proceso en el cual se dictó la recurrida actualmente en casación.

Ahora bien, la Sala Constitucional de este Alto Tribunal, en sentencia de fecha 15 de julio de 2005, N° 1682, expediente 04-3301, con motivo de un recurso de interpretación del artículo 77 constitucional sobre la figura jurídica del concubinato expresó lo siguiente: (...)

La doctrina antes apuntada es clara al sostener que la tramitación simultánea, en un mismo procedimiento, de las pretensiones de declaración de la comunidad concubinaria su partición y liquidación, constituye la acumulación prohibida por el artículo 78 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto para la

procedencia del segundo procedimiento es necesario que previamente se haya declarado, mediante sentencia definitivamente firme, la existencia del vínculo concubinario, en razón de que ésta es el documento fundamental que exigen los artículos 777 y 778 *eiusdem* para la admisibilidad de la misma (...).

De lo anteriormente expuesto, se evidencia que, existe un punto de derecho analizado en forma divergente en el tiempo en el que transcurrió el *iter* procedimental, es decir, en el transcurso del precisado juicio surgieron tesis que contrariaron aquella decisión dictada por esta Sala de Casación Civil en fecha 26 de julio de 2002, que ordenó al demandante incoar su pretensión por el procedimiento de partición y liquidación de comunidad concubinaria.

De tal manera que el Juzgador de alzada, a los fines de resolver la situación jurídica sometida a su consideración, debió, imperiosamente, analizar las particularidades del caso y, de esta forma, advertir la existencia de la Sentencia de esta Sala, que constituyó cosa juzgada entre las partes, mediante la cual se indicaba que la vía procesal idónea para obtener la tutela judicial solicitada era la del procedimiento de partición y liquidación de comunidad concubinaria.

Siendo así, si bien es cierto que existen actualmente dos criterios, a saber, el de la Sala Constitucional y el de esta Sala de Casación Civil, que coinciden en sostener que para reclamar la partición debe acreditarse en autos, como documento fundamental, la decisión definitivamente firme que haya declarado la existencia de la comunidad concubinaria en un proceso anterior, también es cierto que existió una sentencia previa dictada por esta misma Sala, que guiaba la conducta del demandante, hoy recurrente, en forma contraria.

En razón de ello, el juez de la recurrida, al aplicar la tesis imperante, tanto en la Sala de Casación Civil como en la Sala Constitucional, generó una consecuencia nefasta para aquel

justiciable que guiado por esta Sala de Casación Civil, en aquella oportunidad, interpuso su demanda de declaración de la comunidad concubinaria, partición y liquidación, lo que evidentemente coartó su acceso a la justicia y le produjo una sanción por una conducta ordenada jurisprudencialmente, que en todo caso no le era imputable.

Es claro pues, que el *ad quem* con su pronunciamiento obvió interpretar la situación presentada a su consideración conforme a los mandamientos proclamados en la Carta Magna, en sus artículos 26 y 257, en los que se enaltece al proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia y se prioriza el derecho de toda persona de acceder a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses.

Igualmente, hizo caso omiso a la doctrina imperante tanto en la Sala de Casación Civil, como en la Constitucional, con respecto al *principio pro actione y acceso a la justicia* en el cual se enfatiza la idea referida a tales principios que forman parte del núcleo esencial de los derechos fundamentales a la tutela judicial eficaz y al debido proceso, y en razón de ello, deben prevalecer las interpretaciones que los favorezcan. (Ver. Entre otras, Sentencias N° 351, de fecha 30 de mayo de 2006, de esta Sala, caso: Aura Elena Rincón de Moreno contra Heriz Moreno Toro, y sentencia de la Sala Constitucional Nº 5043, fecha 15 de diciembre de 2005, expediente N° 05-1212, caso: Alí José Rivas Bolívar y otros).

Lo expuesto, permite determinar que la sentencia recurrida, generó indefensión de la parte demandante, hoy recurrente, ya que lo dejó huérfano de defensas, pese a que el mismo, procedió conforme a lo precisado por la Sala; por ello, actuó contrario al mandato contentivo en el artículo 15 del Código Procesal Civil, 26, 49 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se decide.

> En atención a lo anteriormente explanado, y en aras de la tutela judicial efectiva y del acceso a los órganos de administración de justicia, con el fin de impedir el quebrantamiento a la tutela jurisdiccional, esta Sala evidencia que el juez de alzada debió dar prioridad a lo establecido en la sentencia de fecha 22 de julio de 2002, en la cual se indicaba la forma mediante la cual el demandante debía canalizar su pretensión.
>
> Lo expresado permite determinar que la sentencia recurrida, al declarar sin lugar la demanda, aduciendo a razones contrarias a las dadas por esta máxima jurisdicción en fecha 22 de julio de 2002, ocasionó la indefensión de la parte demandante, hoy recurrente, y la dejó desamparada en el ejercicio de sus derechos, pese a que él mismo procedió conforme a lo precisado por dicha decisión, por ello actuó contrario al mandato consagrado en el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil, y los artículos 26, 49 y 257 de la Constitución Bolivariana de Venezuela. Así se decide.

En esta decisión, aun cuando se mantiene el criterio reiterado de que la acumulación de pretensiones incompatibles no puede darse en ningún caso, es decir, ni de forma simple o concurrente, ni de manera subsidiaria, y que, por tanto, la inepta acumulación de pretensiones en los casos en que éstas se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles, constituye causal de inadmisibilidad de la demanda; sin embargo, la Sala cede ante la situación planteada y renuncia en el caso concreto (con sentido teleológico en la praxis) al criterio de la acumulación de pretensiones que afirma prohibida –ante una situación excepcional como la que se observa– con vista a la prevalencia de los artículos 15 del Código de Procedimiento Civil y 26, 49 y 257 de la Constitución vigente, frente a lo dispuesto en los artículos 16, 78, 341 y 777 del Código de Procedimiento Civil, es decir, que los desaplica (tácitamente) a fin de aplicar la Constitución con preferencia, de lo cual, a su vez, se infiere que los artículos 16, 78, 341 y 777 *eiusdem*, son normas de orden público relativo y, por tanto, renunciables los derechos-deberes que las mismas contemplan, pues de otra manera la Sala no habría dejando de tomarlas en cuenta en todo caso.

Con la sentencia *in commento* queda demostrado que estas normas de procedimiento, aun cuando se consideren como de orden público, al ser preconstitucionales, se deben adaptar a la Constitución, constitucionalizado como ha quedado el proceso judicial venezolano, pues el mismo constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia material del caso concreto y no se sacrificará ésta por la omisión de formalidades no esenciales; por lo cual entonces se permite la tramitación simultánea, en un mismo procedimiento, de las pretensiones de declaración de la comunidad concubinaria, su partición y liquidación, lo cual deja de ser la acumulación prohibida a que se contrae el artículo 78 del Código de Procedimiento Civil, sin que sea necesario que para el segundo procedimiento previamente se haya declarado, mediante sentencia definitivamente firme, la existencia del vínculo concubinario, en cuyo caso ésta (la sentencia) merodeclarativa concubinaria no es el documento fundamental que exigen los artículos 777 y 778 *eiusdem* para la admisibilidad de la misma[107], pues de no ser así se habría decla-

[107] Artículo 777.- La demanda de partición o división de bienes comunes se promoverá por los trámites del procedimiento ordinario y en ella se expresará especialmente el título que origina la comunidad, los nombres de los condóminos y la proporción en que deben dividirse los bienes. Si de los recaudos presentados el Juez deduce la existencia de otro u otros condóminos, ordenará de oficio su citación. Artículo 778- En el acto de la contestación, si no hubiere oposición a la partición, ni discusión sobre el carácter o cuota de los interesados y la demanda estuviere apoyada en instrumento fehaciente que acredite la existencia de la comunidad, el Juez emplazará a las partes para el nombramiento del partidor en el décimo día siguiente. El partidor será nombrado por mayoría absoluta de personas y de haberes. Caso de no obtenerse esa mayoría, el Juez convocará nuevamente a los interesados para uno de los cinco días siguientes y en esta ocasión el partidor será nombrado por los asistentes al acto, cualquiera que sea el número de ellos y de haberes, y si ninguno compareciere, el Juez hará el nombramiento (destacado nuestro). Como en Venezuela no ha sido dictada la Ley que regule la unión fáctica, tanto "el título que origina la comunidad", a que se refiere el artículo 777 del Código de Procedimiento Civil, como el "instrumento fehaciente que acredite la existencia de la comunidad" a que se contrae el artículo 778 *eiusdem*, en relación al thema en discusión, es la sentencia merodeclarativa de la existencia de la unión concubinaria. Si se observa que la decisión de la Sala de Casación Civil *in commento*, autoriza la acumulación de las diversas pretensiones del actor del modo como queda expuesto, entonces cabe afirmar que el título que origina la comunidad o el instrumento fehaciente que acredite la existencia de la misma como instrumento fundamental para la admisión de la demanda, se integra o construye en el mismo momento en que el tribunal dicta la declaración de certeza de existencia de la unión convivencial en la misma causa, y se puede proceder luego a la partición y liquidación de la comunidad de los bienes que exista.

rado inadmisible la demanda, lo cual no ocurrió sino que se interpreta como que tal instrumento fundamental puede constituirse al declararse la certeza existencial de la unión fáctica, dentro del proceso en el cual han sido acumuladas las diversas pretensiones en comentario. Por eso se admite que entre los ciudadanos, a que se refiere la litis, existió la relación concubinaria que adujo el actor y que durante esa unión ambos adquirieron un inmueble, correspondiendo el cincuenta por ciento (50%) del mismo al demandante.

2.2.3.4 La Sala de Casación Social del TSJ en sentencia Nº 2106 del 19 de octubre de 2007, en el juicio que por indemnizaciones por accidente de trabajo, lucro cesante y daño moral siguió la ciudadana Delia Bautista Rodríguez, actuando como causahabiente del ciudadano Aníbal José Rodríguez, contra la sociedad mercantil Corporación de Servicios Agropecuarios S.A., estableció lo siguiente:

> (...) la parte actora consignó original de la *constancia de concubinato, al cual se le otorga pleno valor probatorio, evidenciándose de la misma que la actora, convivió en concubinato durante 19 años con el hoy occiso*; copia certificada de la partida de nacimiento de su hijo, ... quien actualmente cuenta con doce años de edad, (...) de la cual se evidencia que dicho ciudadano es hijo del occiso y de su concubina la ciudadana, Delia Bautista Rodríguez, y su minoridad; y como consecuencia de lo expuesto debe establecer esta Sala, con fundamento en las consideraciones de equidad y equilibrio que deben conducir al juez en la tarea de cuantificar el daño moral, que la indemnización a la que debe ser condenada la empresa demandada, asciende a la cantidad de CIEN MILLONES DE BOLÍVARES (Bs. 100.000.000,00) de los cuales CINCUENTA MILLONES DE BOLÍVARES (Bs. 50.000.000,00) deben cancelársele a la actora y los otros CINCUENTA MILLONES DE BOLÍVARES (Bs. 50.000.000,00), están destinados al menor, Eduardo José Rodríguez Rodríguez, quien los recibirá a través de su progenitora, en su condición de representante legal, los cuales serán custodiados por un Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción

> Judicial del Estado Sucre con sede en la ciudad de Cumaná. El Tribunal designado tiene que supervisar que ese dinero sea empleado exclusivamente para la alimentación y el sostenimiento del menor hasta que cumpla su mayoría de edad, debiéndose enterar la suma que estimara conveniente y en los plazos que a su arbitrio fueren idóneos, ello, en sujeción a los cometidos antes enunciados. Así se establece (destacado nuestro, mayúsculas en el original).

Con fundamento en lo transcrito, observamos: la demandante alegó ser concubina del trabajador fallecido, como consecuencia de un accidente en el trabajo, sin que previamente hubiese probado la existencia de la unión concubinaria mediante sentencia de declaración de certeza definitivamente firme, es decir, dio por demostrada esa unión convivencial consignando la original de la *constancia de concubinato*, a cuyo instrumento la Sala otorgó pleno valor probatorio, evidenciándose de la misma que la actora convivió en concubinato durante 19 años con el occiso. La demandante solicitó se condenara a la demandada al pago de los conceptos que narra en la demanda. La Sala de Casación Social del TSJ, en la citada sentencia, no observó y menos declaró algún exceso de jurisdicción. Al contrario, también dio por demostrada la unión convivencial, en las pretensiones acumuladas, aducida por la actora con la "constancia de concubinato" promovida por la misma, y condenó a la demandada, con fundamento en la equidad y equilibrio que deben conducir al juez en la tarea de cuantificar el daño moral, a la indemnización del mismo en la expresada suma dineraria, en un 50% para la ex concubina y el otro 50% para su menor hijo habido durante la unión fáctica, como consecuencia de darse por demostrada la unión convivencial, sin necesidad de que la misma fuese declarada en proceso previo y por separado. Por eso la Sala dirimió el conflicto judicial e impuso el derecho, al encontrar plenamente satisfecho el interés de la concubina peticionaria, liquidándose el bien patrimonial de manera directa.

2.2.3.5 La Sala Constitucional del TSJ en decisión Nº 1682, interpretativa del artículo 77 constitucional, de fecha 15 de julio de 2005, con carácter vinculante estableció:

> (...) A juicio de esta Sala, dados los efectos que se reconocen a la "unión estable", sería una fuente de fraude para los acreedores de cualquiera de los concubinos, aceptar que uno vendiera al otro los bienes comunes documentados a su nombre o poseídos por él y, en consecuencia, quien demuestre que la venta ha ocurrido entre ellos, *puede invocar la existencia de la unión* y tratarlos como bienes comunes o, según los casos, pedir la nulidad del negocio (...) (destacado nuestro).
>
> (...) Ahora bien, como no existe una acción de separación de cuerpos del concubinato y menos una de divorcio, por tratarse la ruptura de la unión de una situación de hecho que puede ocurrir en cualquier momento en forma unilateral, los artículos 191 y 192 del Código Civil resultan inaplicables, y así se declara; sin embargo, en los procesos tendientes a que se reconozca el concubinato o la unión estable, se podrán dictar las medidas preventivas necesarias para la preservación de los hijos y bienes comunes (...).

En cuanto a la citada decisión, podemos señalar lo siguiente:

> 1.- *Cuando uno de los convivientes vende los bienes al otro en perjuicio del tercero acreedor*. ¿Quiere decir que, en tal hipótesis, se da por demostrada la unión concubinaria sin que el tribunal previamente la declare? En efecto, parece desprenderse que si uno de los convivientes tiene bienes a su nombre o los posee y los enajena al otro, si el tercero acreedor del enajenante demuestra la venta, puede invocar la existencia de la unión fáctica y tratar esos bienes como de la comunidad concubinaria o, según los casos, pedir la nulidad del negocio; con lo cual se da por demostrada esa unión sin necesidad de que el tribunal declare su existencia previamente. De ser así, ninguno de los convivientes tendría necesidad de que la unión fáctica fuese declarada en proceso previo y por separado al de la partición de los bienes comunitarios; previamente sí pero en el mismo proceso donde se requiere la partición y liquida-

ción de la comunidad patrimonial, pues quedó demostrada su existencia al encontrarse, de tal modo, plenamente satisfecho el interés de cualesquiera de los concubinos.

2.- *Cuando el tercero tiene acreencias contra la comunidad*[108]. Para la Sala Constitucional "los terceros que tengan acreencias contra la comunidad –supuesto diferente cuando el tercero tiene acreencias contra uno de los convivientes– podrán cobrarse de los bienes comunes, y a ese fin si la unión estable o el concubinato no ha sido declarado judicialmente, los terceros pueden tener interés que se reconozca mediante sentencia, para así cobrar sus acreencias de los bienes comunes. Para ello tendrán que alegar y probar la comunidad, demandando a ambos concubinos o sus herederos". En este segundo supuesto, es decir, el *tercero tiene acreencias contra la comunidad* (ambos convivientes como deudores[109]), para

[108] Conforme al artículo 180 del Código Civil, "De las obligaciones de la comunidad se responderá con los bienes de la misma y si éstos no fueren suficientes, el cónyuge que haya contraído la obligación responderá subsidiariamente con sus bienes propios, a menos que el otro cónyuge haya consentido el acto, caso en el cual ambos responderán de por mitad con sus bienes propios. De las obligaciones contraídas por los cónyuges en la administración de sus bienes propios responden con éstos y subsidiariamente con los bienes que le correspondan en la comunidad".

[109] Artículo 165, CC.- Son de cargo de la comunidad:
1º.- Todas las deudas y obligaciones contraídas por cualquiera de los cónyuges en los casos en que pueda obligar a la comunidad.
2º.- Los réditos caídos y los intereses vencidos durante el matrimonio, a que estuvieren afectos, así los bienes propios de los cónyuges como los comunes.
3º.- Las reparaciones menores o de conservación, ejecutadas durante el matrimonio en los bienes propios de cada uno de los cónyuges.
4º.- Todos los gastos que acarrea la administración de la comunidad.
5º.- El mantenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes y también los de uno sólo de los cónyuges en los casos en que tienen derecho a alimentos.
6º.- Los alimentos que cualquiera de los cónyuges esté obligado por la Ley a dar a sus ascendientes, siempre que no puedan hacerlo con el producto de sus bienes propios.
Artículo 166, CC.- También son de cargo de la comunidad las donaciones hechas, por cualquier causa, a los hijos comunes, de mutuo acuerdo, por los cónyuges. Si los bienes gananciales no alcanzaren, los cónyuges responderán de la diferencia, con sus bienes propios, de por mitad.
Artículo 167, CC.- La responsabilidad civil por acto ilícito de un cónyuge no perjudica al otro en sus bienes propios ni en su parte de los comunes.

poder exigirlas o cobrarlas tiene que obtener sentencia declarativa concubinaria, en cuyo caso la misma constituye el instrumento fundamental de la demanda por lo cual deberá acompañarla a la misma.

3.- Por último, y a modo de conclusión decimos, afirma la Sala Constitucional que, "como no existe una acción de separación de cuerpos del concubinato y menos una de divorcio, por tratarse la ruptura de la unión de una situación de hecho que puede ocurrir en cualquier momento en forma unilateral, los artículos 191 y 192 del Código Civil resultan inaplicables, y así se declara; sin embargo, *en los procesos tendientes a que se reconozca el concubinato o la unión estable, se podrán dictar las medidas preventivas necesarias para la preservación de los hijos y bienes comunes"* (destacado nuestro). Por tanto, en el proceso declarativo de la unión fáctica se pueden dictar las cautelares necesarias con la finalidad que afirma la Sala Constitucional, de donde puede deducirse que de quedar firmes las mismas, lo serán con efecto dentro del mismo proceso que conducirá, es de suponer, habiendo sido declarada la existencia de la unión de hecho, a la pretendida partición y liquidación de los bienes comunes, sin necesidad de tener que acudirse a un segundo proceso. De no ser así, ¿qué hacer con las cautelares dictadas? ¿Se llevarán junto con la sentencia declarativa al segundo proceso comprensivo de partición y liquidación? A propósito, en esa sentencia "considera la Sala que, para reclamar los posibles efectos civiles del matrimonio, es necesario que la "unión estable" haya sido declarada conforme a la ley, por lo que se requiere una sentencia definitivamente firme que la reconozca; y que la actualidad, es necesaria una declaración judicial de la unión estable o del concubinato, dictada en un proceso con ese fin". Como se observa, la Sala no afirma que ese proceso tiene que ser primeramente declarativo de la existencia de la unión concubinaria, y que después, en proceso aparte, se resuelva la partición y liquidación que contenga como documento fundamental esa declaración de certeza.

3. LA EXPRESIÓN *UNIÓN ESTABLE*

A la Sala Constitucional llama la atención que en el artículo 77 constitucional use la voz "unión estable" entre un hombre y una mujer, y no la de concubino o concubina utilizada en el artículo 49.5 *eiusdem*; y afirma que ello es así porque unión estable es el género[110], tal como se desprende del artículo 146 del Código Orgánico Tributario, o del artículo 135-5 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, o del artículo 78-5 de la Ley de Cajas de Ahorros y Fondos de Ahorro siendo el concubinato una de sus especies.

Ahora bien, como la ley no ha determinado aún quiénes se consideran que viven en unión estable de hecho, tal mención, en todos los casos, a juicio de esta Sala, debe entenderse en la actualidad que se aplica por

[110] *Género.* Es un concepto que contiene enteramente a otros, llamados especies, respecto a los cuales se encuentra superordinado. El género posee una serie de atributos o cualidades que son comunes a todas las especies. El vocablo "género" designa tanto al conjunto de los seres humanos como la división de esta especie en dos categorías sexuadas. Así, "género humano" y "especie humana" son dos expresiones distintas pero a veces intercambiables, aun cuando una tenga un carácter más político, y la otra más zoológico.
Es el conjunto de características sociales, culturales, políticas, psicológicas, jurídicas, económicas, asignadas a las personas en forma diferenciada de acuerdo con el sexo. Refiere diferencias y desigualdades entre hombres y mujeres por razones sociales y culturales. Estas diferencias se manifiestan por los roles (reproductivo, productivo y de gestión comunitaria), que cada uno desempeña en la sociedad, las responsabilidades, conocimiento local, necesidades, prioridades relacionadas con el acceso, manejo, uso y control de los recursos. Especie: Cada uno de los tipos en que se divide un género. Es de esencia que la especie contenga al menos una característica más que el género. Una especie puede a su vez transformarse en género, si es subdividida en otras especies. La Taxonomía (del griego, taxis, "ordenamiento", y nomos, "norma" o "regla") es, en su sentido más general, la ciencia de la clasificación. Por lo general, se emplea el término para designar la taxonomía biológica, la ciencia de ordenar a los organismos en un sistema de clasificación compuesto por una jerarquía de taxones anidados. En taxonomía, el género es una unidad sistemática para la clasificación de organismos. Jerárquicamente, el género es una categoría taxonómica que se ubica entre la familia y la especie; así, un género es un grupo que reúne a varias especies emparentadas, sin embargo, existen algunos géneros que son monoespecíficos (contienen una sola especie). En Biología se denomina especie (del latín especies) a cada uno de los grupos en que se dividen los géneros, es decir, la limitación de lo genérico en un ámbito morfológicamente concreto. En biología, una especie es la unidad básica de la clasificación biológica. Una especie se define a menudo como grupo de organismos capaces de entrecruzar y de producir a descendiente fértil.

igual a los concubinos, ya que con relación específica a ellos, existen prohibiciones en el artículo 20 de la Ley de Minas.

También acota la Sala que diversas leyes vigentes, tales como el Código Orgánico Tributario (artículo 146-4), la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros (artículos 13-5 y 21), la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro (artículos 78-5 y 136, señalan impedimentos para acceder a cargos para quienes mantengan uniones estables de hecho. Igualmente, a éstos se refieren los artículos 56 de la Ley del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, y 71 de la Ley del Contrato de Seguros.

Unión estable no significa, a juicio de la Sala, 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. A juicio de la Sala, así como no existe el deber de vivir juntos, tampoco puede existir el de *fidelidad* contemplado en el artículo 137 del Código Civil, por lo que la violación de deberes como el de fidelidad o de vida en común no producen efectos jurídicos, quedando rota la unión por el repudio que de ella haga cualquiera de los componentes.

Pareciera que la cohabitación o vida en común pudiera tener lugar sin que la misma se dé o realice "bajo un mismo techo", lo que resulta incomprensible porque "hogar común" no denota significado diferente a "casa" o "vivienda" de ambos convivientes, o el lugar común donde los mismos habitan. No significa, por tanto, que ambos convivientes tengan hogares separados, o viviendas separadas, sino la misma vivienda, el mismo hogar; y por eso mismo se habla de *cohabitación*, es decir, "habitación común", el hecho de vivir juntos, en el mismo techo y *lecho*. El lecho no es más que el lugar que se utiliza para dormir o descansar. El lecho conyugal es una sola cama. El vocablo *concubinat* proviene de la voz latina *cumcubare* que se traduce por *comunidad de lecho*, pero también comunidad de vida. De no resultar así, ¿cómo puede precisarse lo que es la cohabitación o vida en común a los efectos del artículo 77 de la Constitu-

ción? Y, ¿cómo precisar también lo que es la cohabitación o vida en común, de no ser la misma entendida como bajo un mismo techo, si conforme al artículo 139 *eiusdem*, el marido y la mujer están obligados a contribuir en la medida de los recursos de cada uno, al cuidado y mantenimiento del hogar común? Y en definitiva, ¿cuál sería ese hogar común, de no estar obligados los convivientes a vivir bajo un mismo techo y cada uno tener el suyo, para que su convivencia pueda ser calificada de estable dentro de la concepción del artículo 77 de la Constitución?

Para la Sala Constitucional la *estabilidad* (Cap. V,1) no significa, necesariamente, bajo un mismo techo ni existir *fidelidad*, sino permanencia en una relación; entonces la unión de hecho es estable cuando un hombre y una mujer mantienen relaciones ocasionales, en cuanto conviven de modo periódico pero intermitente, sin requerirse *la convivencia bajo un mismo techo (cohabitación)*, aun cuando en la misma decisión afirma que "*...siendo lo relevante para la determinación de la unión estable, la cohabitación o vida en común, con carácter de permanencia,...*". Tampoco se exigiría la misma *residencia*, pues cada uno tendrá la suya, ni fijarían el *domicilio* de mutuo acuerdo, pudiendo cada uno tener el que le convenga; y menos aún que los convivientes sean fieles el uno al otro, pues –según la Sala– no están obligados a ello. No obstante, conforme al artículo 137 del Código Civil, por remisión del artículo 77 constitucional, con el matrimonio el marido y la mujer adquieren los mismos derechos y asumen los mismos deberes. Del matrimonio deriva la obligación de los cónyuges de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Y según el artículo 139 del Código Civil el marido y la mujer están obligados a contribuir en la medida de los recursos de cada uno, al cuidado y mantenimiento del *hogar común*, y a las cargas y demás gastos matrimoniales. En esta misma forma ambos cónyuges deben asistirse recíprocamente en la satisfacción de sus necesidades. El cónyuge que dejare de cumplir, sin causa justificada, con estas obligaciones, podrá ser obligado judicialmente a ello, a solicitud del otro. En consecuencia, para que la unión de hecho sea considerada como estable tiene que cumplir los requisitos establecidos en la Ley, pues en caso contrario no puede producir los mismos efectos que el matrimonio. Quiere significar, desde luego, que los efectos a que se refiere el artículo 77 en comentario no se producen en su totalidad en

la unión fáctica, sino relativamente (Cap. VI); no serán, de ninguna manera, los mismos efectos, sino algunos.

Para la Sala, aunque el concubinato es un tipo de unión estable, por ser él la figura regulada en la Ley, a él se referirá la Sala indistintamente como "unión estable" o concubinato, pero reconociendo que dentro del concepto de unión estable pueden existir tipos diferentes al concubinato. La Sala con fines de abarcar ambas clases de uniones, y por tanto al género, utiliza el término de unión estable en el fallo, para referirse a todas las posibilidades, incluido el concubinato; pero no se sabe a qué tipología diferente al concubinato se refiere la Sala, aun cuando se sospecha que esos diferentes tipos podrían ser, entre otros, las uniones adulterinas y las homosexuales[111], aun cuando la Sala no lo afirma expresamente de ese modo[112], pues, en tal aspecto no podría legislar para

[111] Fueron los países nórdicos los primeros en el mundo que aprobaron una legislación que regula las parejas homosexuales, equiparando la unión homosexual registrada al matrimonio heterosexual.; y establecen que la convivencia inscrita de homosexuales produce los mismos efectos jurídicos que el matrimonio en cuanto a los convivientes. Sin embargo, no existe equiparación en lo que concierne a los hijos, de modo que, salvo en Islandia, no pueden ejercer conjuntamente la patria potestad sobre el hijo de uno de ellos, y tampoco pueden adoptar conjuntamente. Allí se excluye a las parejas homosexuales de las prácticas sobre reproducción humana asistida.

[112] Sin embargo, la Sala Constitucional en la citada decisión interpretativa referida a la peticionante Asociación Civil Unión Afirmativa de Venezuela, de fecha 28 de febrero de 2008, resolvió que "(...) es pertinente poner de relieve que la Constitución no niega ningún derecho a la unión de personas de igual sexo; cosa distinta es, se insiste, que no les garantice ninguna protección especial o extra que haya de vincular al legislador, como tampoco lo hace respecto de uniones de hecho entre heterosexuales que no sean equiparables al matrimonio –el cual sí se define como unión entre hombre y mujer–. De hecho, el disfrute de los derechos sociales y, especialmente, de los económicos, es perfectamente posible en el caso de uniones entre personas del mismo sexo, no a través de la comunidad concubinaria, la cual no se generaría porque aquéllas no cumplen con los requisitos para ello, pero sí a través de una comunidad ordinaria de bienes, en los términos en que la legislación civil lo permite, siempre que no haya fraude a la ley y dentro de los límites que impone el orden público (por ejemplo, que no se burle con la comunidad ordinaria entre una persona casada y otra distinta de su cónyuge, la comunidad de gananciales entre esposos). Lo mismo sucede con otras uniones de hecho que no alcanzan los requisitos legales para que sean consideradas concubinatos como –en el ejemplo que ya se mencionó–, en el supuesto de uniones de hecho en las que uno de los conformantes de la pareja esté casado –uniones de hecho "adulterinas"–, caso en el cual esa unión se ve impedida de ser calificada como una relación concubinaria y, por tanto, no es equiparable al matrimonio (...)".

modificar esa norma constitucional, siendo que está establecido que la unión fáctica a que se refiere es entre un hombre y una mujer, que sea estable y cumpla los requisitos establecidos en la ley.

La interpretación queda sometida dentro del límite esencial o principal que es la Constitución y el poder constituyente, y la motivación es, asimismo, un límite a la actividad judicial; siendo que los valores y principios contenidos en la Constitución son, al mismo tiempo, límites de la interpretación, la que debe hacerse conforme a la misma, pues en la concreción o elaboración de una regla a partir de la norma constitucional no cabe discrecionalidad que vaya más allá de lo que la Constitución ha previsto. O como afirma José Asensi Sabater[113], en la medida en que el proceso interpretativo participa de los valores y principios del entero ordenamiento y está destinado a producir efecto en él, la interpretación no es libre sino está sujeta a ciertas reglas. No puede ser una operación caprichosa o subjetiva, ni estar basada en criterios arbitrarios, sino ha de ser el resultado de un proceso racional y controlable, capaz de crear certeza y previsibilidad jurídicas. Ha de servir, además, para hallar una respuesta jurídicamente "correcta" o "razonable" al caso que se plantea. El requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad. La idea que confiere sentido al requisito de razonabilidad es encontrar la solución justa de cada caso, o la que se considere más justa. En consecuencia, una decisión contraria a la razón puede ser considerada antijurídica, pues en un sistema de derecho positivo la razonabilidad de una solución está determinada por los principios, valores y las normas que lo conforman y no sólo por motivos de pura razón.

4. LA UNIÓN ESTABLE DE HECHO ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER Y LOS IMPEDIMENTOS DIRIMENTES

Como en el artículo 77 constitucional se utiliza la expresión "Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer", la Sala Constitu-

[113] *Constitucionalismo y Derecho Constitucional,* p. 189, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1996.

cional infiere que 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, y que la pareja sea soltera, formada por divorciados o viudos entre sí o con solteros, sin que existan impedimentos dirimentes que impidan el matrimonio.

La decisión de la Sala Constitucional al respecto resulta determinante, pues se comprende que por la existencia de cualquier impedimento dirimente, que impida la celebración del matrimonio, esa sola existencia impeditiva obliga al juzgador a decidir que resulta relevante para la determinación de que la unión concubinaria alegada no es estable a los efectos del artículo 77 de la Constitución; y en tal circunstancia la misma no producirá los mismos efectos que el matrimonio. En efecto, es constante en la doctrina afirmar que *los impedimentos* son obstáculos que establece la ley para el ejercicio de la capacidad matrimonial. Ahora bien, como los impedimentos se distinguen entre impedientes y dirimentes, los primeros constituyen la prohibición establecida en la ley para contraer matrimonio y que recae sobre personas capaces para contraerlo; no obstante que si la persona inmersa en la prohibición celebra el matrimonio, el mismo es válido, es decir, no da lugar a la nulidad absoluta ni relativa del acto matrimonial, aun cuando en algunos casos da lugar a la imposición de penas de naturaleza económica, como los casos que regula el artículo 131 del Código Civil, y en otros casos no ha lugar a ninguna sanción. Estos impedimentos se distinguen entre dispensables y no dispensables.

4.1 *IMPEDIMENTOS IMPEDIENTES DISPENSABLES*

4.1.1 *Impedimento impediente de consanguinidad (art. 53, CC)*

"No se permite el matrimonio entre tíos y sobrinos, ni entre tíos y los descendientes de los sobrinos (...)¨. Este impedimento puede ser dispensado por el juez de familia del territorio donde tendrá lugar el matrimonio; o del competente de la Sala de Juicio del Tribunal de Protección

del Niño y el Adolescente, en caso de que alguno de los contrayentes sea menor de edad. Si el matrimonio tiene lugar sin la dispensa, la sanción sería una multa (art. 131, 1, CC).

4.1.2 *Impedimento impediente de afinidad (art. 53, CC)*

"...Tampoco se permite el matrimonio entre cuñados cuando el que produjo la afinidad quedó disuelto por divorcio". Si el matrimonio tiene lugar sin la dispensa, la sanción sería una multa (art. 131.1, CC).

4.1.3 *Impedimento impediente de turbatio sanguinis (por la confusión de la sangre, evitar conflictos de paternidad, art. 57, CC)*

La mujer no puede contraer válidamente matrimonio sino después de diez (10) meses contados a partir de la anulación o disolución del anterior matrimonio, excepto en el caso de que antes de dicho lapso haya ocurrido el parto o produzca evidencia médica documentada de la cual resulte que no está embarazada. Este impedimento no procede cuando el matrimonio se celebra entre esa mujer y su cónyuge anterior. Si el matrimonio tiene lugar, no da lugar a ninguna sanción.

4.1.4 *Impedimento impediente de tutela (art. 58, CC)*

No se permite el matrimonio del tutor o curador o alguno de sus descendientes con la persona que tiene o han tenido bajo su protección, en tanto que, fenecida la tutela o curatela, no haya recaído la aprobación de las cuentas de su cargo; salvo que el Juez ante quien se constituyó la tutela o el del domicilio del tutor, por causas graves, expida la autorización. Si el matrimonio se celebra en violación de la disposición legal, el tutor o curador será privado de toda remuneración por razón del cargo (art. 131.2, CC).

4.2 *IMPEDIMENTOS IMPEDIENTES NO DISPENSABLES*

4.2.1 *Impedimento impediente de autorización (art. 46, CC)*

"No pueden contraer válidamente matrimonio la mujer que no haya cumplido catorce (14) años de edad y el varón que no haya cumplido dieci-

séis (16) años". Artículo 59.- "El menor de edad no puede contraer matrimonio sin el consentimiento de sus padres. En caso de desacuerdo entre los padres, o de imposibilidad de manifestarlo, corresponderá al Juez de Menores del domicilio del menor autorizar o no el matrimonio, oída la opinión de los padres si fuere posible. Contra esta decisión no habrá recurso alguno".

Ahora bien, si el matrimonio se celebra contra la prohibición, se sanciona al autor de la falta con la privación de la administración de sus bienes hasta que llegue a la mayoridad, según lo pauta el numeral 3º del artículo 131 del Código Civil. Artículo 60.- "A falta del padre y de la madre se necesita el consentimiento de los abuelos y abuelas del menor. En caso de desacuerdo bastará que consientan en el matrimonio dos de ellos. Si esto no fuere posible, corresponderá al Juez de Menores del domicilio del menor autorizar o no el matrimonio, oída la opinión de los abuelos y abuelas. Contra esta decisión no habrá recurso alguno". Artículo 61.- "A falta de padres, abuelos y abuelas, se necesita el consentimiento del tutor; si éste no existe, se pedirá la autorización del Juez de Menores del domicilio del menor". Artículo 63.- "Contra la negativa de consentimiento por parte de los llamados por la Ley a darlo no habrá recurso alguno, salvo que la negativa fuere del tutor, caso en el cual podrá ocurrirse al Juez de Primera Instancia del domicilio del menor para que resuelva lo conveniente". Artículo 64.- "Se entiende que faltan el padre, la madre o los ascendientes, no sólo por haber fallecido, sino también por los motivos siguientes: 1º.- Demencia perpetua o temporal, mientras dure. 2º.- Declaración o presunción de ausencia, o estada en países extranjeros de donde no puede obtenerse contestación en menos de tres meses. 3º.- La condenación a pena que lleve consigo la inhabilitación, mientras dure ésta. 4º.- Privación, por sentencia, de la patria potestad".

4.2.2 *Impedimento impediente de inventario (art. 111, CC)*

"No podrá celebrarse el matrimonio de quien tuviere hijos menores bajo su potestad, sin que se presenten, originales, las actuaciones a que se refiere el artículo anterior". Ahora bien, la celebración del matrimonio en contravención a lo dispuesto en esta norma, puede dar lugar a la sanción a que se refiere el artículo 112 del Código Civil, que estatuye lo

siguiente: "Quien, hallándose en las circunstancias expresadas, haya dejado de cumplir las formalidades prescritas, y el que contrajere matrimonio con aquél, serán responsables solidariamente de los perjuicios que ocasionen a los hijos".

Como la Sala Constitucional sólo se refiere a los *impedimentos dirimentes,* es de observar que tales impedimentos comprenden prohibiciones legales para que el matrimonio tenga lugar entre personas capaces, y que impiden la validez del acto. La contravención a la prohibición legal determina la *nulidad absoluta* del acto matrimonial. Estos impedimentos son *absolutos* y *relativos*.

4.3 *IMPEDIMENTOS DIRIMENTES ABSOLUTOS*

Los mismos consisten en la prohibición general para contraer cualquier matrimonio. Sin embargo, la persona caracterizada por el impedimento no puede contraer matrimonio con otra persona. Esta clase de impedimento es:

4.3.1 *Impedimento dirimente absoluto de vínculo anterior (art. 50, CC)*

"No se permite ni es válido el matrimonio contraído por una persona ligada por otro anterior, (...)". Al respecto el artículo 122 *eiusdem* pauta: "La nulidad del matrimonio celebrado en contravención al primer caso del artículo 50, puede declararse a solicitud de los cónyuges inocentes de ambos matrimonios, de los ascendientes de éstos, como de los del cónyuge culpable, de los que tengan interés actual en ella y del Síndico Procurador Municipal. Si los nuevos cónyuges o cualquiera de los interesados sostuvieren la invalidez del matrimonio anterior, deberá decidirse sobre la validez o invalidez de ambos matrimonios en un mismo expediente. En el caso de este artículo, el matrimonio contraído por el cónyuge de un presunto o declarado ausente, no puede atacarse mientras dure la ausencia. Si la nulidad fuere por contravención al segundo caso del artículo 50, podrá declararse a solicitud de la esposa, de los ascendientes de ambos cónyuges, de los que tengan interés legítimo y actual en ella, del Síndico Procurador Municipal y del correspondiente Prelado". Por su parte, el artículo 400 del Código

Penal estatuye: "Cualquiera que estando casado válidamente, haya contraído otro matrimonio, o que no estándolo, hubiere contraído, a sabiendas, matrimonio con persona casada legítimamente, será castigado con prisión de dos a cuatro años. Si el culpable hubiere inducido en error a la persona con quien ha contraído matrimonio, engañándola respecto a la libertad de su propio estado o el de ella, la pena será de presidio de tres a cinco años. Será castigado con las penas anteriores, aumentadas de un quinto a un tercio, el que, estando válidamente casado, haya contraído otro matrimonio a sabiendas de que el otro contrayente era también legítimamente casado". Y el artículo 401 *eiusdem* pauta: "Los reos de bigamia deberán ser condenados, por vía de indemnización civil, a mantener la prole menor de edad y si la contrayente inocente es soltera y no se ha hecho constar que no es honesta deberán ser, además, condenados a dotarla"; mientras que según el artículo 402 *ibídem*, "La prescripción de la acción penal por el delito previsto en el artículo 400, correrá desde el día en que se haya disuelto uno de los dos matrimonios, o desde el día en que el segundo matrimonio se hubiere declarado nulo por causa de bigamia".

4.3.2 *Impedimento dirimente absoluto de rapto (art. 56, CC)*

"No podrá contraer matrimonio el encausado por rapto, violación o seducción, mientras dure el juicio criminal que se le forme y mientras no cumpla la pena a que haya sido condenado, a no ser que lo celebre con la mujer agraviada".

4.3.3 *Impedimento dirimente absoluto de orden (art. 50, CC)*

"No se permite ni es válido el matrimonio ... de un ministro de cualquier culto a quien le sea prohibido el matrimonio por su respectiva religión". La nulidad absoluta del matrimonio celebrado en contravención de la citada norma, está contemplada en el último aparte del artículo 122 del Código Civil, que pauta: "...Si la nulidad fuere por contravención al segundo caso del artículo 50, podrá declararse a solicitud de la esposa, de los ascendientes de ambos cónyuges, de los que tengan interés legítimo y actual en ella, del Síndico Procurador Municipal y del correspondiente Prelado".

4.4 *IMPEDIMENTOS DIRIMENTES RELATIVOS*

Estos impedimentos son relativos porque aun cuando las personas inmersas en la prohibición no pueden contraer entre ellas válidamente matrimonio, no obstante cada una de las mismas sí puede contraerlo con otra persona distinta.

4.4.1 *Impedimento de consanguinidad (art. 51, CC)*

"No se permite ni es válido el matrimonio entre ascendientes y descendientes ni entre afines en línea recta". Artículo 52 *eiusdem*: "Tampoco se permite ni es válido el matrimonio entre hermanos". (Al efecto, el artículo 117 *ibídem*, contempla: "La nulidad del matrimonio celebrado en contravención a los artículos 46, 51, 52, 55 y 56, puede demandarse por los mismos cónyuges, por sus ascendientes, por el Síndico Procurador Municipal y por todos los que tengan interés actual".

4.4.2 *Impedimento de afinidad (art. 51, CC)*

"No se permite ni es válido el matrimonio entre ... afines en línea recta". La *afinidad* no desaparece con la extinción del matrimonio que la originó y tampoco desaparece con la extinción de ese vínculo. El artículo 40 del Código Civil, en su último aparte al efecto establece que "...La afinidad no se acaba por la disolución del matrimonio, aunque no existan hijos, excepto para ciertos efectos y en los casos especialmente determinados por la Ley". Su nulidad está contemplada en el artículo 117 *eiusdem*.

4.4.3 *Impedimento de adopción (art. 54, CC)*

"No es permitido ni válido el matrimonio del adoptante con el adoptado y sus descendientes, entre el adoptante y el cónyuge del adoptado, ni entre el adoptado y el cónyuge del adoptante, mientras dure la adopción". Al respecto, el artículo 123 *eiusdem* establece que la nulidad del matrimonio contraído en contravención al artículo 54, sólo podrán intentarla el Síndico Procurador Municipal y quien tenga interés actual.

4.4.4 *Impedimento de crimen (art. 55, CC)*

"No se permite ni es válido el matrimonio entre el condenado como reo o cómplice de homicidio ejecutado, frustrado o intentado contra uno de los cónyuges, y el otro cónyuge. Mientras estuviere pendiente el juicio criminal, tampoco podrá celebrarse el matrimonio". Al efecto el artículo 117 *eiusdem* se refiere a la nulidad.

No obstante, la interpretación de la Sala Constitucional obliga, entonces, a todos los jueces de la República, cuando se les solicite la declaración judicial de la unión *more uxorio* en que dice haber estado inmerso o inmersa quien pretenda la declaración, a tener que valorar los hechos afirmados y establecer si los mismos demuestran o no, (i) que la pareja de que se trate ha cohabitado o llevado vida en común con carácter de permanencia. La propia Sala pondera el tiempo indispensable para que la unión pueda ser calificada de estable o permanente, cuando sostiene que "(...) Siguiendo indicadores que nacen de las propias leyes, el tiempo de duración de la unión, *al menos de dos años mínimo*[114], podrá ayudar al juez para la calificación de la permanencia, ya que ese fue el término contemplado por el artículo 33 de la Ley del Seguro Social, al regular el derecho de la concubina a la pensión de sobrevivencia **...**" (destacado nuestro); y, (ii) que la pareja sea soltera, formada por divorciados o viudos entre sí o con solteros, sin que existan impedimentos dirimentes que impidan el matrimonio. Si el juez o tribunal no encuentra demostrados esos dos requisitos concurrentes, no le está permitido de-

[114] La Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja de Cataluña, España, establece: 1- Las disposiciones de este capítulo se aplican a la unión estable de un hombre y una mujer, ambos mayores de edad, que, sin impedimento para contraer matrimonio entre sí, hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de dos años o hayan otorgado escritura pública manifestando la voluntad de acogerse a lo que en él se establece. Como mínimo uno de los dos miembros de la pareja debe tener vecindad civil en Cataluña. 2- No es necesario el transcurso del período mencionado cuando tengan descendencia común, pero sí que es preciso el requisito de la convivencia. 3- En el caso de que un miembro de la pareja o ambos estén ligados por vínculo matrimonial, el tiempo de convivencia transcurrido hasta el momento en que el último de ellos obtenga la disolución o, en su caso, la nulidad se tendrá en cuenta en el cómputo del período indicado de dos años.

clarar la existencia de la unión concubinaria a los efectos del artículo 77 de la Constitución Venezolana.

5. LOS ARTÍCULOS 767 DEL CÓDIGO CIVIL Y 77 CONSTITUCIONAL

Para la Sala Constitucional, en la decisión interpretativa en comentario, "actualmente el concubinato que puede ser declarado tal es aquel que reúne los requisitos del artículo 767 del Código Civil, y él viene a ser una de las formas de uniones estables contempladas en el artículo constitucional, ya que cumple los requisitos establecidos en la ley (Código Civil), para ser reconocido como tal unión. Por ahora –a los fines del citado artículo 77– el concubinato es por excelencia la unión estable allí señalada".

Al analizarse el artículo 767 del Código Civil, dentro de la propia interpretación del artículo 77 de la Constitución venezolana vigente, se produce una interrelación entre el ámbito constitucional y el iusprivatístico, para adaptar la norma preconstitucional a la Constitución vigente, según la Constitución, conforme a la Constitución, pero exigente en cuanto a que la interpretación según la Constitución no puede ser interpretación *contra legem*. Al existir valores constitucionales en conflicto o cuando hay principios en conflicto, la Sala Constitucional del TSJ está obligada a ponderar cuál prevalece tomando en consideración la unidad normativa constitucional y las circunstancias del caso según argumentos razonables. Se trata de dar vida al texto constitucional para elaborar lo que la doctrina ha denominado "Derecho constitucional viviente".

El artículo 767 del Código Civil se refiere a la comunidad universal de ganancias (art. 1.650 CC) obtenidas durante la unión no matrimonial, partiendo de la presunción *iuris tantum* de comunidad patrimonial a que se contrae esa norma; más aún, cuando al artículo 767 del Código Civil el legislador lo ubicó en el Libro Segundo (De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones), Título IV (De la comunidad), contemplando en el artículo 759 *eiusdem* que "La comunidad de bienes se regirá por las disposiciones del presente Título, a falta de pacto entre los comuneros o de disposiciones especiales". Tal y como puede colegirse, un

ámbito material específico comunitario patrimonial se regula en el artículo 767 al prevenir el mismo que "Se presume la comunidad", con lo cual indica, de modo preciso, que se regula esa comunidad patrimonial entre convivientes y los efectos que la presunción originan entre ellos y sus respectivos herederos y también entre uno de los mismos y los causahabientes del otro, siempre y cuando uno de ellos no esté casado.

La complicada situación de los convivientes en caso de adulterio por parte de uno o de ambos, en orden a la exclusión de aquella presunción de comunidad, no sólo por disposición del artículo 767 del Código Civil, sino especialmente con fundamento en el artículo 77 constitucional, dada la prevalencia y protección al matrimonio al disponer: "Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, el cual se funda en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y los deberes de los cónyuges (...)". Sin embargo, se ha llegado a sostener que el adulterio –en la comunidad concubinaria– no priva a la concubina del derecho a reclamar lo que es resultado de la convivencia permanente con el concubino*, tal como así lo sostuvo la* Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 13 de octubre de 1982, afirmando que "*la existencia de adulterio en la comunidad concubinaria, excluye la presunción de la existencia de tal comunidad que simplificaría la prueba en beneficio de la concubina, pero no la priva del derecho de reclamar lo que es resultado de la convivencia permanente con el concubino* y del incremento de su patrimonio como resultado de su esfuerzo personal, es decir, la causa ilícita de la unión no desvirtúa la realidad de la existencia de la unión y de la contribución de la concubina al incremento del patrimonio que figura a nombre del concubino". No obstante, la misma Sala en sentencia del 7 de marzo de 1991 (caso: B. Acevedo contra J. Chacón), afirmó que, "Como expresamente queda excluida la presunción de unión concubinaria en los casos en los cuales uno de los concubinos sea casado, en el presente caso al darse este supuesto, fue aplicado correctamente por el Sentenciador el artículo 767 del Código Civil, para resolver la controversia".

Por tanto, para que esa unión produzca los mismos efectos (relativamente) que el matrimonio, hay que tomar en consideración que su inter-

pretación no puede realizarse aisladamente del artículo 137[115] del Código Civil, que exige la obligación de los cónyuges de vivir juntos y guardarse fidelidad, como de las demás normas del Código Civil en orden al matrimonio y que resulten aplicables. El artículo 77 constitucional es claro al respecto cuando exige el cumplimiento de dos requisitos inevitablemente concurrentes: que la unión *more uxorio* sea *estable* y *cumpla los requisitos establecidos en la ley.* Esto indica que si faltare cualesquiera de tales requisitos impretermitibles, la unión de que se trate no podrá ser declarada judicialmente a los efectos del artículo 767 del Código Civil, y por tanto no podrá producir los mismos efectos que el matrimonio en el ámbito patrimonial, en cuanto comunes de por mitad las ganancias o beneficios que se obtengan durante la relación convivencial. Esa norma civil resultaría contradictoria si no se interpretara conforme al artículo 77 constitucional, pues no hay dos tipos de uniones *more uxorio:* las regladas en el artículo 767 en referencia, y otras bajo el amparo del artículo 77 *in commento*. La unión fáctica, a que ambas normas se refieren, es la misma. Por consiguiente, actualmente el concubinato que puede ser declarado tal es aquel que reúne los requisitos del artículo 767 del Código Civil en el ámbito patrimonial, pero en correspondencia con el artículo 77 constitucional en su amplitud hermética (al incluir los efectos tanto personales como patrimoniales), pues, además, no caben dos interpretaciones distintas, es decir, una interpretación para esa norma legal y otra para la norma constitucional.

Y también resuelve la Sala Constitucional que al aparecer el artículo 77 constitucional, surgen cambios profundos en el régimen concubinario del artículo 767 del Código Civil, ya que existiendo la unión estable o permanente, no hay necesidad de presumir, legalmente, comunidad alguna, ya que ésta existe de pleno derecho –si hay bienes– con respecto de lo adquirido, al igual que en el matrimonio, durante el tiempo que duró la unión y, como comunidad, no es que surte efectos legales entre ellos

[115] "Con el matrimonio el marido y la mujer adquieren los mismos derechos y asumen los mismos deberes. Del matrimonio deriva la obligación de los cónyuges de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente...".

dos y entre sus respectivos herederos, o entre uno de ellos y los herederos del otro, como lo contempla el artículo 767 del Código Civil, sino que, al igual que los bienes a que se refiere el artículo 168 del Código Civil, los terceros[116] que tengan acreencias contra la comunidad podrán cobrarse de los bienes comunes, tal como lo pauta dicha norma. Sin embargo, se opina[117] que la presunción de comunidad concubinaria, surte efectos única y exclusivamente respecto de los concubinos entre sí; entre los herederos de cada uno de ellos; y en las relaciones del hombre o de la mujer, con los herederos de una u otro. Pero en cambio, no funciona respecto de terceras personas: para éstas la propiedad de los bienes que aparezcan a nombre de cualesquiera de los concubinos se gobierna por las reglas del Derecho común.

Ahora bien, ante lo afirmado por la Sala Constitucional, es de observar que la sola existencia de unión concubinaria o *more uxorio* estable o permanente, no es suficiente, pues el conviviente que tenga interés en demostrarla requiere de una decisión judicial que así la declare[118], pues

[116] Al efecto PFMP, en su artículo 44 contemplaba: "El documento auténtico contentivo del acta donde consta la existencia de la unión estable de hecho, donde se determinan la manifestación de voluntad de los convivientes, la descendencia habida y el patrimonio afectado o excluido de la relación de hecho por la pareja, será protocolizado por ante la Oficina Subalterna de Registro Público del Municipio, para que surta sus efectos ante terceras personas" (no se incluyó en la Ley, G.O. Nº 38.773 del 20 de septiembre de 2007).

[117] Francisco López Herrera, *Ob. Cit.*, p. 148.

[118] "En primer lugar considera la Sala que, para reclamar los posibles efectos civiles del matrimonio, es necesario que la "unión estable" haya sido declarada conforme a la ley, por lo que se requiere una sentencia definitivamente firme que la reconozca.
En la actualidad, es necesaria una declaración judicial de la unión estable o del concubinato; dictada en un proceso con ese fin" (destacado nuestro).
Pareciera que aun cuando entre los convivientes haya sido otorgado un instrumento indicativo de que los mismos llevan vida concubinaria estable, para reclamar los posibles efectos civiles del matrimonio, debe preceder la declaración judicial que así la declare, como requisito *sine quan non*, pues esa declaración documentada no se equipara al acta de matrimonio. La Sala Constitucional afirma en su decisión que el matrimonio, por su carácter formal, es una institución que nace y se prueba de manera distinta al concubinato o a cualquier otra unión estable, y por ello estas últimas no pueden equipararse íntegramente al matrimonio.

sólo así la presunción *iuris tantum* hace surgir, a su vez, la presunción de comunidad que consagra el artículo 767 del Código Civil. Sin embargo, el conviviente demandado puede demostrar lo contrario, probando la ausencia de cohabitación o convivencia con carácter de permanencia, así como la falta de *singularidad* en cuanto a la relación permanente entre el mismo hombre y la misma mujer, y no entre él u otra o varias mujeres, o entre ella y otro o varios hombres; o que aquél está casado o es ella la que está casada, o cualquier otro hecho indicativo de la falta de permanencia, o la existencia de impedimento dirimente absoluto que impida el ejercicio de la capacidad matrimonial. Mientras no se dicte la legislación específica que regule la unión fáctica, de manera que se establezcan los requisitos para su existencia, la situación de precariedad que caracteriza a dicha presunción continuará dependiendo de la sentencia que declare la existencia de la unión concubinaria o de hecho. Sin embargo, la identidad del matrimonio no puede ser asumida o absorbida por esa legislación, y las exigencias propias de cada identidad autónoma tienen que mantenerse como realidades diferentes.

Efectivamente, con la aparición del artículo 77 de la Constitución venezolana vigente, el régimen comunitario patrimonial, a que se refiere el artículo 767 del Código Civil, sufre cambios profundos, porque hace extender su contenido más allá de lo puramente literal, penetrando ese régimen para conducirlo a que se someta al propio texto constitucional, es decir, que los efectos patrimoniales se van a esparcir en múltiples posibilidades de distribución tal y como si esa unión fáctica se pareciere a la matrimonial, excepto si uno de los convivientes está casado, y otras situaciones propias y exclusivas del matrimonio, pues en caso contrario no tendría sentido alguno el matrimonio que sería igual a la unión *more uxorio*. Es indudable que este principio –cuando uno de los convivientes está casado– por disposición de la misma norma indica que la estructura y el sistema nuevo que crea el artículo 77 *eiusdem* hace referencia *a uno de los requisitos establecidos en la ley*, puesto que de no ser así el matrimonio habría quedado reducido a cenizas en cuanto concierne a su estructura interpareja o interpersonal y patrimonial.

¿De qué manera se resolvería el conflicto insurgente, cuando uno de los convivientes pretendiese reclamar judicialmente los gananciales o la legítima a los herederos legitimarios, al cónyuge supérstite no separado legalmente de cuerpos y de bienes? En el artículo 41 de PLPFMP, que fue desechado, se establecía: "Cuando se demuestre entre personas casadas la existencia de separaciones de hecho prolongadas conforme a lo previsto en el artículo 185-A del Código Civil y se haya extinguido el lapso de caducidad para el ejercicio de la acción penal por adulterio, las uniones estables de hecho entre parejas de un hombre y una mujer, producirán los mismos efectos filiales, patrimoniales y sucesorales que en el matrimonio, conforme la normativa de esta Ley". Es decir, que si una persona estaba casada y separada de hecho de la otra por más de cinco (5) años, como lo previene el artículo 185-A del Código Civil, y a su vez mantenía unión adúltera con otra, y se había extinguido el lapso de caducidad para el ejercicio de la acción penal por adulterio, las *uniones adulterinas estables de hecho* entre parejas de un hombre y una mujer producirían los mismos efectos filiales, patrimoniales y sucesorales que el matrimonio.

Entonces, si dentro de esa misma situación, opina Francisco López Herrera[119], pudiera además existir una comunidad concubinaria entre alguno de los cónyuges y una tercera persona, resultaría que la totalidad de las adquisiciones efectuada por cualquiera de dichos concubinos mientras exista el concubinato, también debería pertenecer a éstos de por mitad, no obstante que normalmente se tratará de los mismos bienes gananciales. Ahora bien, es desde todo punto imposible asignar simultáneamente a tres personas la mitad de un mismo patrimonio, lo cual confirma y ratifica la intención del legislador en el sentido de que no puede existir la comunidad concubinaria, si uno de los concubinos está unido en matrimonio con otra persona.

[119] *Ob. Cit.,* Vol. 2, p. 155.

Conforme al artículo 767 del Código Civil, *se presume la comunidad, salvo prueba en contrario*[120], 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 sólo de ellos. Como se puede apreciar, esta presunción de comunidad no es *iuris et de iure*, pues no se aplica si uno de ellos está casado. La presunción es *iuris tantum* de comunidad patrimonial, pues la misma admite prueba en contrario, y surge con la sola prueba o demostración en juicio de haber vivido permanentemente en unión no matrimonial y que el tribunal declare mediante sentencia la existencia de esa unión fáctica; no obstante que esa presunción de comunidad no es de *pleno derecho*, aun cuando durante la misma se hayan adquirido bienes. Bajo el rigor de tal temática, la presunción insurgente es *iuris tantum* (la ley admite la existencia del hecho, salvo se demuestre lo contrario) y no *iure et de iure* (de pleno y absoluto derecho), pues entonces la ley no ad-

[120] A propósito de la presunción de comunidad a que se contrae el artículo 767 del Código Civil, es permisible traer a colación la sentencia de fecha 13 de noviembre de 2001, de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en el proceso de declaratoria de únicos herederos universales planteado por la conviviente Milagros Lewis Melo y otros (exp. Nº 01-501), cuando dispuso lo siguiente: "(...) Ahora bien, el juez sentenciador de la recurrida al establecer que no puede prosperar la pretensión derivada de una presunta comunidad concubinaria de la ciudadana (...), en base a las pruebas de autos, por cuanto no demostró los tres supuestos básicos establecidos en el artículo 767 del Código Civil, aplicó, aun cuando no lo menciona expresamente, el delatado artículo 77 de la Constitución de la República, que consagra y equipara los efectos matrimoniales a las uniones de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos de ley, puesto que, como ya se dijo, al verificar si se cumplieron o no los extremos de la ley para declarar la presunción o no de la comunidad concubinaria de conformidad con el artículo 767 del Código Civil, se aplicó lo establecido en el citado artículo 77 de la Constitución de la República (...) Ahora bien, el sentenciador de la recurrida no presume la comunidad concubinaria con respecto a la ciudadana (...), motivo por el cual niega su carácter de heredera. Siendo así, mal puede aplicar la norma delatada, como lo es el artículo 823 del Código Civil, que consagra los derechos sucesorales en el matrimonio para el cónyuge de la persona de cuya sucesión se trate, pues en el presente caso se solicita la declaratoria de presunción de comunidad en casos de unión no matrimonial (...)".

mitiría prueba en contrario[121], siendo imposible eludir la aplicación de determinadas normas contenidas en el Código Civil, por la propia remisión que el artículo 77 *in commento* realiza de modo expreso, al estatuir que 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 este caso, esos requisitos legales, dentro del inevitable juego de las presunciones, tienen que ver con los artículos 148 y 164 del Código Civil, en concordancia con los artículos 151, 152, 822, 823 y 824 *eiusdem*, entre otros. En efecto, según el artículo 148 del Código Civil, entre marido y mujer, si no hubiere convención en contrario, son comunes, de por mitad, las ganancias o beneficios que se obtengan durante el matrimonio; mientras que conforme al artículo 164 *eiusdem*, se presume que pertenecen a la comunidad todos los bienes existentes mientras no se pruebe que son propios de alguno de los cónyuges (presunción *iuris tantum*).

Como puede apreciarse, esas dos normas consagran, cada una de las mismas, su correspondiente presunción de comunidad patrimonial: la presunción *iuris tantum* de la comunidad de bienes durante el matrimonio, siempre que no exista régimen capitular matrimonial que la excluya (arts. 141-147, CC), entendiéndose que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 151 del Código Civil, *son bienes propios de cada cónyuge* los que adquiera durante el matrimonio por donación, herencia, legado o por cualquier otro título lucrativo[122]; los bienes derivados

[121] Según Hugo Alsina, es de advertir que, al decir que se prohíbe la prueba en contrario, no quiere decirse que no se pueda aportar prueba para destruir el fundamento de la presunción. Lo que la ley no permite es atacar el razonamiento o demostrar la inexistencia del hecho presumido, pero nada impide justificar que el hecho que se invoca como antecedente no existe o no es el que específicamente requiere la ley (*Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Vol. 3, p. 699, 2º edic., Ediar Soc. Anon. Editores, Buenos Aires, 1961).

[122] Se debe observar que según el artículo 156 del Código Civil, son bienes de la comunidad: Los bienes adquiridos por título oneroso durante el matrimonio, a costa del caudal común, bien se haga la adquisición a nombre de la comunidad o al de uno de los cónyuges; los obtenidos por la industria, profesión, oficio, sueldo o trabajo de alguno de los cónyuges; y, los frutos, rentas o intereses devengados durante el matrimonio, procedentes de los bienes comunes o de los peculiares de cada uno de los cónyuges.

de las acciones naturales y la plusvalía de dichos bienes, los tesoros y bienes muebles abandonados que hallare alguno de los cónyuges, así como los vestidos, joyas y otros enseres u objetos de uso personal o exclusivo de la mujer o el marido; y que, por estatuirlo el artículo 152 *eiusdem*, *se hacen propios de cada cónyuge* los adquiridos durante el matrimonio: Por permuta con otros bienes propios del cónyuge, por derecho de retracto ejercido sobre los bienes propios por el respectivo cónyuge y con dinero de su patrimonio por dación en pago hecha al respectivo cónyuge por obligaciones provenientes de bienes propios; los que adquiera durante el matrimonio o a título oneroso, cuando la causa de adquisición ha precedido al casamiento; la indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades, deducidas las primas pagadas por la comunidad; por compra hecha con dinero proveniente de la enajenación de otros bienes propios del cónyuge adquirente; y, por compra hecha con dinero propio del cónyuge adquirente, siempre que haga constar la procedencia del dinero y que la adquisición la hace para sí.

Conforme a lo contemplado en el artículo 767 del Código Civil, no es posible admitir que los requisitos exigidos en la ley, para que la unión estable de hecho entre un hombre y una mujer produzca los mismos efectos del matrimonio, a tenor de lo preceptuado en el artículo 77 constitucional, se reduzcan a los establecidos en el precitado artículo 767; pues, en caso contrario, sería más fácil reclamar aquellos efectos conviviendo de hecho que contrayendo matrimonio. Por las mismas formalidades exigidas para la celebración del acto matrimonial, así como de los taxativos requisitos establecidos para que el matrimonio se extinga, los cónyuges estarían en desventaja a la hora de comparar el ámbito formal para el inicio de la vida convivencial y la matrimonial, así como el procedimiento para la extinción de uno y otro vínculos. Más fácil, en todos los aspectos, la disolución de la unión convivencial que la matrimonial. Pero, además, a la hora de preguntarse y comparar de qué lado hay más derechos y deberes, no hay duda que los hay en el matrimonio, pues la mayoría de los mismos –no todos– están legislados. Estaríamos en presencia de una situación fáctica sin exigencias, sin ninguna formalidad y exigua responsabilidad en orden a los derechos y deberes, con la

facilidad que implica romper o extinguir la unión fáctica, frente a las exigencias establecidas en la ley para disolver el matrimonio. En la unión fáctica sólo habría que demostrar que la mujer o el hombre, en su caso, ha vivido permanentemente en tal estado (unión concubinaria) para que esa unión produjera los mismos efectos personales y patrimoniales del matrimonio, y eso no es posible puesto que la propia norma constitucional –artículo 77– requiere que la unión convivencial para que produzca los mismos efectos que el matrimonio debe cumplir con los requisitos establecidos en la ley, y la ley no es sólo el artículo 767 del Código Civil, sino todas las demás normas legales conducentes a que la unión fáctica sea calificada como estable.

6. INTERPRETACIÓN Y RESERVA LEGAL

El *principio de legalidad* es un principio esencial del Derecho público, de conformidad con el cual todo ejercicio de potestades debe sustentarse en normas jurídicas que determinen un órgano competente y un conjunto de materias que caen bajo su jurisdicción; por lo cual se afirma que el principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica; que ese principio es la regla de oro del Derecho público, y así actúa como parámetro para declarar que un Estado es un Estado de Derecho, pues en él el poder tiene su fundamento y límite en las normas jurídicas.

Y en estrecha conexión con ese principio la *reserva legal* obliga a regular la materia concreta con normas que posean rango de Ley, de modo concreto aquellas materias que tienen que ver con la intervención del poder público en la esfera de derechos del individuo; por lo que son materias vedadas al reglamento y a la normativa emanada por el Poder Ejecutivo. Por tanto, la *reserva de ley o dominio legal* es el conjunto de materias que de manera exclusiva la Constitución transfiere al ámbito de potestades del legislador, con exclusión de otros poderes del Estado.

Así, la interpretación constitucional tiene su límite en la Constitución misma, pues ésta regula o define las reglas de generación de las demás normas, así como las reglas de competencia de los órganos judiciales. Por eso, la interpretación debe realizarse conforme a la Constitución. El artículo 7 de la Constitución venezolana vigente estatuye que, "La Cons-

titución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución" (como puede observarse, se adopta la concepción kelseniana que ve en la Constitución exclusivamente el conjunto de disposiciones contenidas en el texto constitucional, aun cuando nuestra Constitución es mucho más que un texto que incluye valores y principios de carácter abierto y participativo, cuya máxima instancia es el pueblo); y conforme al artículo 187 *eiusdem*, "Corresponde a la Asamblea Nacional: 1- Legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional. 2- Proponer enmiendas y reformas a la Constitución, en los términos establecidos en esta Constitución (...)". Para Joaquín García Morillo[123], además de la directa aplicabilidad de la Constitución, ésta dota a los derechos fundamentales de un segundo elemento que la misma consagra, y a tenor de este precepto, la Constitución exige que la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales se realice, forzosamente, por la ley. Con ello, se impide que otro órgano que no sea el Legislativo proceda a la regulación –y, eventualmente, a la restricción– de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales.

Cuando en el artículo 77 de la Constitución se establece que "...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"; la norma contiene un conjunto de derechos-deberes y unos valores, que son de aplicación directa o inmediata, y constituyen un mandato a todos los poderes públicos, en especial para el juzgador quien debe velar por su efectividad en la praxis, removiendo los obstáculos que impidan su eficacia, aplicación y plenitud, todo según la Constitución, con criterio finalista y sistemático, conforme a la realidad social, dentro de los principios y valores constitucionales.

Para la Sala Constitucional la unión estable se equipara al matrimonio, y la bigamia se encuentra prohibida, a su juicio es imposible, para que

[123] El Ordenamiento Constitucional. *Derechos y Deberes Ciudadanos, del mencionado trabajo conjunto Derecho Constitucional,* 4ª edic., Vol. 1, p. 441, edic. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2000.

ella produzca efectos jurídicos, la coexistencia de varias relaciones a la vez en igual plano, a menos que la Ley expresamente señale excepciones. Ahora bien, corresponde conforme al artículo 77 constitucional, a la *reserva legal*[124] la regulación de las otras uniones estables diversas al concubinato y, por ello, le está vedado a la Sala, aun por la vía de la *jurisdicción normativa*[125], realizar la tipificación de estas

[124] La Sala Politicoadministrativa del TSJ, en decisión de fecha 2 de agosto de 2006 (caso: J. A. Hernández y otros en nulidad, afirmó que "(...) La reserva legal constituye una limitación a la potestad reglamentaria y un mandato específico del constituyente al legislador para que sea el que regule ciertas materias en sus aspectos fundamentales. Es decir, la reserva legal no sólo limita a la Administración, sino también de manera relevante al legislador, toda vez que este último sujeta obligatoriamente su actividad a la regulación de determinadas materias previstas en el Texto Fundamental como competencias exclusivas del Poder Nacional (...)".

[125] La Sala Constitucional en sentencia de fecha 22 agosto 2001 (caso: Asoviprilara contra Superintendencia de Bancos, dispuso: "(...) Esta Sala Constitucional, desde sus primeros fallos (José Amando Mejía, Corpoturismo, Servio Tulio León), ha venido sosteniendo que las normas constitucionales, en particular los Derechos Humanos, los Derechos que desarrollan directamente el Estado Social, las Garantías y los Deberes, son de aplicación inmediata, sin que sea necesario esperar que el legislador los regule, por lo que, en ese sentido, no actúan como normas programáticas. Para lograr tal aplicación inmediata, la Sala se ha basado en la letra del artículo 335 constitucional, por ser el Tribunal Supremo de Justicia el máxime garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales y, además, por ser las interpretaciones de la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales, vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República.

En base a dicha norma (artículo 335), en los casos concretos donde surge alguna infracción constitucional, la Sala ha ejercido la jurisdicción en forma normativa, dándole vigencia inmediata a la norma constitucional, y señalando sus alcances o formas de ejercicio, así no existan leyes que la desarrollen directamente.

Se trata de interpretaciones vinculantes que obran como una normativa restringida, hasta que la Asamblea Nacional legisle sobre la materia.

Por esta vía no sólo se han colmado normas constitucionales que carecían de cualquier desarrollo legal, como ocurrió en los fallos que tratan sobre los derechos e intereses difusos o colectivos (Casos: Defensoría del Pueblo del 30-06-00; William Ojeda del 31-08-00; Veedores de la UCAB del 23-08-00); o el que se refirió a la legitimación en juicio de la sociedad civil (Caso: Gobernadores del 21-11-00); o el que resolvió lo relativo al *habeas data* (Caso: Insaca del 14-03-01), sino que en casos donde había que aplicar leyes que chocaban con la Constitución, se dejaron sin efecto artículos de dichas leyes, y jurisprudencialmente se sustituyeron las normas inconstitucionales, por interpretaciones de cómo se debía actuar, a fin que la institución prevista en la Constitución pudiera aplicarse. Esto último sucedió, por ejemplo, con el procedimiento de amparo (Caso: José Amando Mejía del 1º-02-00).

Este ejercicio de la jurisdicción con efecto normativo provisorio, ha funcionado cuando se ha planteado un caso de violación constitucional concreto que ha de ser resuelto, no siendo ello posible, cuando lo que se pide es una interpretación constitucional en abstracto, si es la ley

otras uniones. Según Ortiz-Ortiz[126], se entiende por jurisdicción normativa a la potestad de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de establecer las normas generales de conducta, la competencia y el procedimiento, en los supuestos de omisión legislativa o para darle vigencia inmediata a las normas y principios constitucionales no desarrolladas por ley. Se trata del principio –afirma– de la potestad consagrada en el artículo 335 de la Constitución por el cual la Sala realiza interpretaciones vinculantes que obra como una "normativa restringida", de carácter provisional hasta que la Asamblea Nacional legisle sobre la materia. Y agrega que, no debe confundirse la jurisdicción normativa con el carácter vinculante de las sentencias: la primera apunta a la posibilidad de establecer normas jurídicas de com-

aún no dictada quien debe desarrollar la norma constitucional (sentencia del 5 de octubre de 2000, Exp. 00-1236, caso: Hermann Escarrá).

A esta especie de ejercicio de la jurisdicción se le critica que es fuente de incertidumbre, que no se encuentra prevenida en la ley, y que afecta la seguridad jurídica por falta de predictibilidad. Sobre la crítica, la Sala considera que el artículo 335 Constitucional permite la jurisdicción normativa, sobre todo con relación a normas programáticas existentes dentro de la Carta Fundamental, que quedarían en suspenso indefinidamente hasta que el legislador tuviere a bien desarrollarlas, quedando en suspenso su efectividad en el tiempo. Por ello, tal inmovilismo constitucional ha sido rechazado por esta Sala, por aplicación inmediata de los principios constitucionales (ver sentencia José Amando Mejía).

Resulta una crítica tendenciosa, la supuesta incertidumbre que causa la Sala con este tipo de interpretación, ya que la interpretación constitucional sólo funciona cuando no existe ley que desarrolle la norma constitucional, o ella sea contraria a la Constitución, y siempre la interpretación queda proyectada hacia el futuro, permitiendo que los ciudadanos (a futuro) se adapten a ella, motivo por el cual las sentencias se difunden y se publican en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.*

La "jurisdicción normativa" estaba prevista en la Ley de Registro Público de 1940, para que la ejerciera la Corte Federal (artículo 11 de dicha Ley de Registro Público), y en los últimos años de la extinta Corte Suprema de Justicia, fue ampliamente ejercida –sin base legal alguna– tanto por la Sala de Casación Civil, como por la Sala Político-Administrativa.

La Sala de Casación Civil, perversamente cambiaba a cada momento los requisitos de la llamada técnica del recurso de casación, los cuales no aparecían en ninguna ley; y así, formalizaciones basadas en la "técnica" aceptada por la Sala en un fallo eran declaradas inadmisibles, ya que sin previo aviso se cambiaban los requisitos de la "técnica" con motivo del nuevo fallo donde se desechaba la anterior formalidad. La Sala Político-Administrativa, a su vez, fue creando una teoría del proceso de amparo que no estaba en ninguna ley, aceptando el "amparo sobrevenido", y cambiando *contra legem* las competencias señaladas en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, lo que hubo de ser regularizado por esta Sala para aplicar la ley (caso: Yoslena Chanchamire)".

[126] *Teoría General del Proceso,* p. 65, 2ª edic., Edit. Frónesis, S.A., 2004.

portamiento, mientras que la segunda es una previsión legal por la cual se otorga supremacía a la interpretación judicial, esto es lo que se denomina *jurisprudencia como auctóritas*.

7. COMUNIDAD DE BIENES ENTRE CONVIVIENTES Y MEDIDAS CAUTELARES

Igualmente para la Sala Constitucional, diversas leyes de la República otorgan a los concubinos derechos patrimoniales y sociales en diferentes áreas de la vida, y esto, a juicio de la Sala, es un indicador que a los concubinos se les está reconociendo beneficios económicos como resultado de su unión, por lo que, el artículo 77 *eiusdem*, al considerarlas equiparadas[127] al matrimonio, lo lógico es pensar que sus derechos avanzan hasta alcanzar los patrimoniales del matrimonio, reconocidos puntualmente en otras leyes.

La Ley que Regula el Subsistema de Pensiones (artículo 69-6) otorga a los concubinos pensión de sobrevivencia; la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Administración Pública Estadal y Municipal, otorga a la concubina derechos a la pensión de sobrevivencia (artículo 16-3); las Normas de Operación del Decreto con Rango y Fuerza de Ley de los Préstamos Hipotecarios a Largo Plazo (artículo 130), así como las Normas de Operación del Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Subsistema de Viviendas (artículo 34) prevén al concubinato como elegibles para los préstamos para la obtención de vivienda; la Ley del Seguro Social (artículo 7-a) otorga a la concubina el derecho a una asistencia médica integral; la Ley Orgánica del Trabajo (artículo 568) da al concubino el derecho de reclamar las indemnizaciones que corresponderán a su pareja fallecida, e igual derecho otorga el Estatuto de la Función Pública (artículo 31).

Se trata de beneficios económicos que surgen del patrimonio de los concubinos: ahorro, seguro, inversiones del contribuyente (artículo 104 de la Ley de Impuesto sobre la Renta lo reconoce), etc., y ello, en criterio de la Sala, conduce a que si se va a equiparar el concubinato al matri-

[127] *Vid.* Cap. II.

monio, por mandato del artículo 77 constitucional, los efectos matrimoniales extensibles no pueden limitarse a los puntualmente señalados en las leyes citadas o en otras normas, sino a todo lo que pueda conformar el patrimonio común, ya que bastante de ese patrimonio está comprometido por las leyes referidas.

Tal comunidad de bienes, a diferencia del divorcio que exige declaración judicial, finaliza cuando la unión se rompe, lo cual –excepto por causa de muerte– es una cuestión de hecho que debe ser alegada y probada por quien pretende la disolución y liquidación de la comunidad. A juicio de la Sala, y como resultado natural de tal situación, quien demanda la disolución y liquidación de la comunidad, podrá pedir al juez se dicten las providencias del artículo 174 del Código Civil, en el supuesto en él contemplado.

Ahora bien, afirma la Sala, como no existe una acción de separación de cuerpos del concubinato y menos una de divorcio, por tratarse la ruptura de la unión de una situación de hecho que puede ocurrir en cualquier momento en forma unilateral, los artículos 191[128]

[128] Artículo 191.- La acción de divorcio y la de separación de cuerpos, corresponde exclusivamente a los cónyuges, siéndoles potestativo optar entre una u otra; pero no podrán intentarse sino por el cónyuge que no haya dado causa a ellas. Admitida la demanda de divorcio o de separación de cuerpos, el Juez podrá dictar provisionalmente las medidas siguientes:
1º.- Autorizar la separación de los cónyuges y determinar cuál de ellos, en atención a sus necesidades o circunstancias, habrá de continuar habitando el inmueble que les servía de alojamiento común, mientras dure el juicio, y salvo los derechos de terceros. En igualdad de circunstancias, tendrá preferencia a permanecer en dicho inmueble aquel de los cónyuges a quien se confiera la guarda de los hijos.
2º.- Confiar la guarda de los hijos menores, si los hubiere, a uno solo de los cónyuges y señalar alimentos a los mismos; también podrá, si lo creyera conveniente, según las circunstancias, poner a los menores en poder de terceras personas; en todos los casos hará asegurar el pago de la pensión alimentaria de los hijos, y establecerá el régimen de visitas en beneficio del cónyuge a quien no se haya atribuido la guarda.
3º.- Ordenar que se haga un inventario de los bienes comunes y dictar cualesquiera otras medidas que estime conducentes para evitar la dilapidación, disposición u ocultamiento fraudulento de dichos bienes. A los fines de las medidas señaladas en este artículo el Juez podrá solicitar todas las informaciones que considere convenientes (el ordinal 2º antes citado, quedó derogado por disposición del artículo 684 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, G.O. Nº 5.859 Extraordinario del 10 de diciembre de 2007, en lo sucesivo LOPNA).

y 192[129] del Código Civil resultan inaplicables; sin embargo, en los procesos tendientes a que se reconozca el concubinato o la unión estable, se podrán dictar las medidas preventivas necesarias para la preservación de los hijos y bienes comunes.

7.1 *EN LOS PROCESOS TENDENTES A QUE SE RECONOZCA EL CONCUBINATO O LA UNIÓN ESTABLE, SE PODRÁN DICTAR LAS MEDIDAS PREVENTIVAS NECESARIAS PARA LA PRESERVACIÓN DE LOS HIJOS Y BIENES COMUNES*

El artículo 174 del Código Civil pauta que, demandada la separación, podrá el Juez, a petición de alguno de los cónyuges dictar las providencias que estimare convenientes a la seguridad de los bienes comunes, mientras dure el juicio; providencias que son las medidas cautelares innominadas que puede acodar el juez en beneficio del concubino o concubina, cuya unión fáctica estable así fue declarada por el juez, en los casos o hipótesis contenidas en la norma correspondiente; cuya procedencia puede surgir sin los extremos del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil. El nombre de estas providencias, aún antes de que se decida la cuestión, es variable, y se suelen denominar "medidas

[129] Artículo 192.- Cuando el divorcio o la separación de cuerpos se haya fundamentado en alguna de las causales previstas en los ordinales 4º, 5º y 6º del artículo 185, el cónyuge que haya incurrido en ellas quedará privado de la patria potestad sobre sus hijos menores. En este caso la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro progenitor. Si éste se encontrara impedido para ejercerla, o ha sido privado a su vez de la patria potestad, el Juez abrirá la tutela. En los demás casos, la sentencia de divorcio o de separación de cuerpos no produce la privación de la patria potestad. El Juez, en la sentencia de divorcio o de separación de cuerpos, decidirá en interés del menor, la atribución de la guarda a uno de los progenitores, en el lugar donde éste fije su residencia, pudiendo también confiarlas a terceras personas aptas para ejercerla. La guarda de los hijos menores de siete (7) años será ejercida por la madre, salvo que por graves motivos, el Juez competente tome otra providencia. El cónyuge a quien no se ha atribuido la guarda, conserva las demás facultades inherentes a la patria potestad y las ejercerá conjuntamente con el otro. El Juez determinará, en la sentencia definitiva el régimen de visitas para el progenitor a quien no se haya atribuido la guarda o la patria potestad, así como también el monto de la pensión alimentaria que el mismo progenitor deberá suministrar a los menores y hará asegurar su pago con las medidas que estime convenientes entre las previstas por la Ley (en el ámbito de LOPNA este artículo quedó expresamente derogado por disposición del artículo 684 de la misma).

de aseguramiento", "decretos o autos de providencia", "providencias precautorias", "providencias cautelares", "medidas preparatorias de aseguramiento".

La aplicación del artículo 174 del Código Civil, del modo como lo refiere la Sala, puede proceder en el caso de haber sido judicialmente declarada la unión concubinaria y que los bienes existentes hayan sido adquiridos durante la existencia de la misma, que los bienes sean comunes, no propios o se hicieron propios (arts. 151 y 152, CC), pues el juez debe ser cuidadoso en preservar los derechos del demandado y no irse de las primeras, dictando providencias por la simple petición del actuante, ante la posible complicación patrimonial en perjuicio del demandado y de terceros.

Pareciera entenderse que con la sola pretensión declarativa por parte de quien demanda, el juez está facultado para atenerse a los hechos que se indiquen en la demanda, como demostrativos de la unión concubinaria, y sin más dicte las medidas preventivas que considere necesarias, sin que se llene ninguno de los requisitos exigidos en la ley. El peligro y daño insurgentes de orden patrimonial en contra del demandado o de la demandada, cuando quien demanda ni siquiera ha llevado *vida concubinaria estable* dentro de la propia interpretación de la Sala Constitucional; o lo que es más grave aún si quien acciona ni siquiera conoce a quien demanda. Habrá necesidad de entender que la Sala Constitucional no faculta o autoriza al juez para que dicte las medidas cautelares por la sola pretensión del conviviente o la conviviente. En realidad resulta complicado que mientras para la aplicación por el juez del artículo 171 del Código Civil se exija que el *concubinato sea declarado judicialmente.* (En el caso de que alguno de los convivientes se exceda de los límites de una administración regular o arriesgue con imprudencia los bienes comunes que está administrando, el Juez podrá, a solicitud del otro cónyuge, dictar las providencias que estime conducentes a evitar aquel peligro, previo conocimiento de causa); en cambio en los procesos tendentes a que se reconozca el concubinato o la unión estable, se podrán dictar las medidas preventivas necesarias para la preservación de los bienes comunes. Hay allí una compleja situación que la Sala

Constitucional podría discernir para adoptar la mejor determinación posible que guarde la necesaria congruencia.

No obstante, a tenor de lo pautado por el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, las medidas preventivas las decretará el Juez, sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama. Y esas medidas, que el Tribunal puede decretar en cualquier estado y grado de la causa, son el embargo de bienes muebles, el secuestro de bienes determinados y la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles.

Al respecto, el juez debe ser diligente en observar y apreciar, por una parte, que las medidas cautelares las decretará, sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo, y siempre que el solicitante o la solicitante acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama; y por la otra, que el bien o bienes objeto de la cautela –a través de la instrumentación respectiva– hayan sido adquiridos durante la convivencia *more uxorio* (art. 148, CC), en cuyo caso no pueden ser afectados los bienes propios del conviviente ni los que se hagan propios durante la convivencia fáctica (arts. 151, 152, 153, 157 y primera parte del 158 *eiusdem*). De otra manera, sólo pueden ser objeto de la medida cautelar los bienes de la comunidad (arts. 156, segunda parte del 158, 160, 163 y 164 y 767 *ibídem*). En consecuencia, con la sola pretensa demanda declarativa de la unión *more uxorio*, fundada en su *thema decidendum*, no es procedente que el juez decrete cualesquiera de las mencionadas medidas cautelares, pues en caso contrario podría entenderse como que la unión fáctica se presume, aun cuando se pueda afirmar que la cautela no contiene por sí misma un pronunciamiento sobre el fondo de la causa. Además, ¿qué ocurre si esa unión convivencial no es estable ni cumple con los requisitos establecidos en la ley, es decir, que no producirá los mismos efectos patrimoniales que el matrimonio? El caso, por ejemplo, de la existencia de impedimentos dirimentes absolutos para contraer válidamente matrimonio o si se demuestra que la presunta convivencia no tiene dos años de vigencia como mínimo, como temporalidad afirmada por la Sala Constitucional. En cualesquiera de tales

suposiciones, ¿cuál sería el razonamiento del juez para dictar una medida cautelar sobre los bienes indicados por quien la requiere?

Por eso, los jueces debe ser extremadamente cuidadosos cuando se solicita la cautelar, más aún en los casos, por ejemplo, del embargo, secuestro y la prohibición de enajenar y gravar; aquéllos no podrán decretar tales medidas sin haberse llenado los extremos de ley, a menos que se ofrezca y constituya caución o garantías suficientes para responder a la parte contra quien se dirija la medida, de los daños y perjuicios que ésta pudiera ocasionarle; en cuyo casos sólo se admitirán, como lo dispone el artículo 590 del Código de Procedimiento Civil: a) fianza principal y solidaria de empresas de seguro, instituciones bancarias o establecimientos mercantiles de reconocida solvencia; b) hipoteca de primer grado sobre bienes cuyo justiprecio conste en los autos: c) prenda sobre bienes o valores; d) la consignación de una suma de dinero hasta por la cantidad que señale el Juez. En el primer caso, cuando se trate de establecimientos mercantiles, el Juez requerirá la consignación en autos del último balance certificado por contador público, de la última declaración presentada al Impuesto sobre la Renta, y del correspondiente Certificado de Solvencia.

Tratándose de los hijos, con la sola presentación del acta de nacimiento de los mismos o en acta especial inscrita en los libros del Registro Civil de Nacimientos, o en testamento, o cualquier otro acto público o auténtico otorgado al efecto, en cualquier tiempo; o de una declaración o afirmación incidental en un acto realizado con otro objeto, siempre que conste por documento público o auténtico y la declaración haya sido hecha de modo claro e inequívoco (arts. 217 y 218, CC); o si la filiación ha sido establecida judicialmente (art. 226 *eiusdem*); o, tratándose de niños y niñas las declaraciones formuladas a la máxima autoridad de la institución pública de salud donde nace el niño constituyen prueba de la filiación, en los mismos términos que las declaraciones hechas ante los funcionarios del estado civil, tal como lo establece el Parágrafo Segundo del artículo 17 de LOPNNA[130]; en cualesquiera de cuyos instrumen-

[130] G.O. Nº 5.859 Extraordinario, de fecha 10 de diciembre de 2007.

tos aparezca demostrada la relación paterna o materna filial, el juzgador no tiene obstáculo alguno para que dicte las medidas preventivas que garanticen su protección.

Según la Sala Constitucional, *declarado judicialmente el concubinato, cualquiera de los concubinos, en defensa de sus intereses, puede incoar la acción prevenida en el artículo 171*[131] *del Código Civil en beneficio de los bienes comunes y obtener la preservación de los mismos mediante las providencias que decrete el juez*.

Al efecto, la propia Sala decide que *declarado judicialmente el concubinato*, cualquiera de los concubinos, en defensa de sus intereses, puede incoar la acción prevenida en el artículo 171 del Código Civil en beneficio de los bienes comunes y obtener la preservación de los mismos mediante las providencias que decrete el juez. Por eso, no se requiere de ningún esfuerzo argumental o lógico, para comprender que la Sala autoriza la aplicación del artículo 171 del Código Civil, siempre que haya sido declarado judicialmente el concubinato, pero no antes de tal declaratoria o ante la falta de la misma. En todo caso, es de suponer que para la procedencia de esas providencias (las *providencias cautelares* son las que considere adecuadas el juzgador, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En estos casos para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión), el juez comprenderá la necesidad de que el

[131] En el caso de que alguno de los cónyuges se exceda de los límites de una administración regular o arriesgue con imprudencia los bienes comunes que está administrando, el Juez podrá, a solicitud del otro cónyuge, dictar las providencias que estime conducentes a evitar aquel peligro, previo conocimiento de causa. De lo decidido se oirá apelación en un solo efecto, si se acordaren las medidas y libremente, en caso contrario. Si las medidas tomadas no bastaren, el cónyuge perjudicado podrá pedir separación de bienes (art. 171, CC). Se trata, al igual que lo dispuesto en los artículos 174 y 191 *eiusdem* (excepto el ordinal 2º del 191 que expresamente derogó LOPNA), de las medidas cautelares innominadas que puede acodar el juez en beneficio del concubino o concubina, cuya unión fáctica estable así fue declarada por el juez, en los casos o hipótesis contenidas en la norma correspondiente.

solicitante o la solicitante acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama; y por la otra, que el bien o bienes objeto de la cautela –a través de la instrumentación respectiva– hayan sido adquiridos durante la convivencia judicialmente declarada (art. 148, CC), en cuyo caso no pueden ser afectados los bienes propios del conviviente ni los que se hagan propios durante la convivencia fáctica (arts. 151, 152, 153, 157 y primera parte del 158 *eiusdem*). De otra manera, sólo pueden ser objeto de la providencia cautelar, los bienes de la comunidad (arts. 156, segunda parte del 158, 160, 163 y 164 *ibídem*).

8. CONVENIOS O PACTOS *MORE UXORIO*

Resulta importante para esta interpretación, afirma la Sala, dilucidar si es posible que entre los concubinos o personas unidas, existe un régimen patrimonial distinto al de la comunidad de bienes, tal como el previsto en el Código Civil en materia de capitulaciones matrimoniales. A juicio de la Sala, 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[132]), el cual es el que califica la estabilidad de la unión[133]; y siendo ello así, a priori no puede existir una declara-

[132] La propia Sala pondera el tiempo indispensable para que la unión pueda ser calificada de estable o permanente, cuando sostiene que "(...) Siguiendo indicadores que nacen de las propias leyes, el tiempo de duración de la unión, al menos de dos años mínimo, podrá ayudar al juez para la calificación de la permanencia, ya que ese fue el término contemplado por el artículo 33 de la Ley del Seguro Social, al regular el derecho de la concubina a la pensión de sobrevivencia (...)" (destacado nuestro).

[133] No sólo el tiempo califica la estabilidad de la unión *more uxorio*. La unión estable de hecho es la situación en que se encuentran un hombre y una mujer que conviven sin estar unidos en matrimonio, con carácter de estabilidad. Como puede observarse, se excluye la unión transitoria de corta duración y las relaciones sexuales sin cohabitación. La estabilidad contiene intrínsecamente no sólo el elemento cohabitación, sino también la permanencia, notoriedad, singularidad y la ausencia de impedimentos para contraer válidamente matrimonio, que no obstaculicen el ejercicio de la capacidad convivencial.

ción registrada de las partes constitutivas de la unión, en el sentido de cómo manejarán los bienes que se obtengan durante ella.

No obstante, el vínculo matrimonial no se crea por un documento como lo es el acta de matrimonio, sino por el libre y recíproco consentimiento de los contrayentes, de tomarse por marido y mujer; y para que exista consentimiento la voluntad de cada uno de ellos debe ser expresa y el consentimiento puro y simple (no someterlo a condición o término). El acta matrimonial no es más que el instrumento que prueba la existencia del matrimonio. Según el artículo 88 del Código Civil, en la celebración del matrimonio se observarán las formalidades siguientes: Reunidos el funcionario que autorice el acto, su Secretario, los contrayentes y los testigos, el Secretario dará lectura a la Sección I del Capítulo XI del presente Título, que trata de los deberes y derechos de los cónyuges, y en seguida *dicho funcionario recibirá de los contrayentes uno después del otro, la declaración de que ellos se toman por marido y mujer, respectivamente* y los declarará unidos en matrimonio en nombre de la República y por autoridad de la Ley. Por su parte, el artículo 89 *eiusdem* pauta que "*De todo matrimonio que se celebre se extenderá inmediatamente un acta en la que se exprese:* (*...,*destacado nuestro).

Como la Sala Constitucional del TSJ, en la sentencia *in commento*, ha admitido el "*concubinato putativo*" y, por tanto, por efecto de la buena o mala fe del conviviente podría observarse el efecto sobre los convenios o pactos concubinarios (*Vid.* Cap. VII, 2.1.2.), en el artículo 43 de PLPFMP (que se excluyó en la Ley), se establecía: "Las actuaciones que levante el funcionario público, se asentarán en documento auténtico que contendrá la identificación de los convivientes, el estado civil y la capacidad de los solicitantes para la legalización de su unión estable de hecho, las exigencias y requisitos contenidos en esta Ley, así como *la determinación de la descendencia y del patrimonio excluido o habido durante el estado de convivencia*". Esta "determinación" del "patrimonio excluido o habido durante el estado de convivencia", tiende, indudablemente, a indicar la posibilidad presencial de un régimen patrimonial concubinario, pues así como se contempla que entre marido y mujer, si no hubiere convención en contrario, son comunes, de por mi-

tad, las ganancias o beneficios que se obtengan durante el matrimonio; e igualmente se presume que son de por mitad los bienes que se adquieran durante la unión fáctica estable, pareciera no comprenderse por qué los convivientes no pueden al menos celebrar un convenio en el sentido de cómo manejarán los bienes que se obtengan durante ella, aun cuando no se denomine capitulaciones a ese convenio dentro del contexto a que se contraen los artículos 141, 143, 144, 145, 146 y 147 del Código Civil. Pudiera ocurrir que un hombre y una mujer se pongan de acuerdo para iniciar una convivencia *more uxorio*, y con tal finalidad otorguen registralmente un instrumento (Cap. IV, 8) –antes de iniciar tal convivencia– en donde se establezca que los bienes que cada uno adquiera quedan excluidos de la comunidad concubinaria o de qué manera administrarán los bienes que adquieran durante la misma[134].

¿Tendrá o no valor tal convenio o pacto entre ellos y ante los terceros? Sí tiene valor, pues la ley no lo prohíbe. Más bien permite que constituyan y reglen entre ellos, mediante convención, un vínculo de esa naturaleza (art. 1.133, CC), con las limitaciones establecidas en la ley, pues serían nulos esos convenios o pactos que hicieren contra las buenas costumbres, o en detrimento de los derechos y obligaciones que respectivamente tienen en la familia, y las contrarias a las disposiciones prohibitivas del Código Civil y sobre sucesión hereditaria. De otra forma, ¿ese convenio o pacto está inficionado de nulidad? Allí existe el consentimiento de las partes, el objeto (posible, lícito, determinado) que pueda ser materia de contrato y causa lícita (arts. 1.141 y 1.155, CC) y ese convenio o pacto no tiene causa ilícita, pues no es contraria a la ley, a las buenas costumbres o al orden público (art. 1.157, CC). Obviamente que sería nulo ese pacto o convenio si se hiciese contra las leyes o las buenas costumbres, o en detrimento de los derechos y obligaciones que respectivamente tienen en la familia, y los contrarios a las disposiciones

[134] El número 1 del artículo 4 de la ley 11/2001, de 19 de diciembre, de las uniones de hecho de la comunidad de Madrid, España, contempla que: "los miembros de la unión de hecho podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que consideren convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su cese".

prohibitivas de este Código y a las establecidas sobre emancipación, tutela y sucesión hereditaria. A manera de ejemplo –sobre la validez– traemos a colación la sentencia del Alto Tribunal español, de fecha 18 de mayo de 1992, que afirma: "(...) Pero ello no quiere decir que haya de rechazarse de plano la posible aplicabilidad de la normativa que disciplina el régimen ganancial matrimonial, si expresamente se pacta, lo que significaría dar otro aspecto al problema en cuanto a si dichos convenios están dotados de la licitud y fuerza obligatoria conforme al artículo 1.255 del Código Civil. A este respecto hay que hacer constar que la Recomendación número R (88)-3 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, fechada el 7 de marzo de 1988, está orientada para que los contratos de naturaleza patrimonial entre personas que viven juntas como parejas no casadas o que se regulan las relaciones patrimoniales entre las mismas, ya sea por el período ulterior a su cesación, *no puedan tenerse como nulos,* por *la única razón de haberse concertado en dichas situaciones* (...)".

9. ARTÍCULO 211 DEL CÓDIGO CIVIL Y CONCUBINATO NOTORIO

Para la Sala Constitucional, en la decisión *in commento*, en la actualidad es necesaria una declaración judicial de la unión estable o del concubinato, dictada en un proceso con ese fin, la cual contenga la duración del mismo, lo que facilita, en caso del concubinato, la aplicación del artículo 211[135] del Código Civil, ya que la concepción de un hijo durante la existencia del mismo, hace presumir que el concubino es el padre del

[135] Según el artículo 211 del Código Civil, "Se presume, salvo prueba en contrario, que el hombre que vivía con la mujer en concubinato notorio para la fecha en que tuvo lugar el nacimiento del hijo, ha cohabitado con ella durante el período de la concepción".
Al efecto, el concubinato sostenido con la madre durante el período de la concepción, es decir, dentro de los primeros ciento veinte (120) días de los trescientos (300) que preceden al nacimiento, implica una presunción de paternidad respecto del concubino. Como el concubinato es una situación fáctica, la presunción de paternidad sólo operará en la medida que en el proceso de reclamación de la filiación se haya probado la existencia del concubinato de la madre con el pretendido padre, durante el período legal de la concepción de quien reclama la filiación; y "La declaración de la madre no basta para excluir la paternidad", como previene el artículo 212 del Código Civil.

hijo o hija, por lo que la sentencia declarativa del concubinato debe señalar la fecha de su inicio y de su fin, si fuera el caso; y reconocer, igualmente, la duración de la unión, cuando ella se ha roto y luego se ha reconstituido, computando para la determinación final, el tiempo transcurrido desde la fecha de su inicio.

Más que proteger la unión concubinaria, lo teleológico del artículo 211 del Código Civil consiste en la protección del derecho de toda persona nacida viva de conocer quién es su padre, facilitando así la prueba de la filiación paterna, pues según el *principio de la unidad de la filiación*[136], consagrado en la Constitución, toda persona tiene derecho de conocer quiénes son sus padres, como consecuencia de la tendencia a la socialización de las relaciones jurídicas, ante la discriminación que existía entre hijos legítimos y naturales o ilegítimos, y la dificultad del establecimiento de la filiación; suprimiéndose la distinción egoísta e individualista, y equiparándose la filiación matrimonial a la no matrimonial.

---

[136] Artículo 75 CRBV.- "El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley. La adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, de conformidad con la ley. La adopción internacional es subsidiaria de la nacional". Por su parte, el artículo 226 del Código Civil estatuye: "Toda persona tiene acción para reclamar el reconocimiento de su filiación materna o paterna, en las condiciones que prevé el presente Código". Y según el artículo 25 de LOPNA, "Todos los niños, niñas y adolescentes, independientemente de cuál fuere su filiación, tienen derecho a conocer a su padre y madre, así como a ser cuidados por ellos, salvo cuando sea contrario a su interés superior", así como el 346 *eiusdem*: "Los hijos e hijas, independientemente de cual fuere su filiación, tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones en relación a su padre y a su madre".
El establecimiento de la paternidad del niño o niña cuyos padres no estén unidos por vínculo matrimonial o unión estable de hecho que cumpla con los requisitos establecidos en la ley, es regulada por la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad (G.O. Nº 38.773 del 10 de diciembre de 2007), en sus artículos 21 al 31, en los supuestos a que se contrae el artículo 21 de la misma.

La facilitación de ese conocimiento en el ámbito paterno y dentro del contexto de la unión concubinaria, porque precisamente se trata, en tal caso, de ese tipo de unión, pues en la matrimonial opera la *presunción de paternidad* conforme al artículo 201 del Código Civil, según el cual "El marido se tiene como padre del hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días siguientes a su disolución o anulación. Sin embargo, el marido puede desconocer al hijo, probando en juicio que le ha sido físicamente imposible tener acceso a su mujer durante el período de la concepción de aquél, o que en ese mismo período vivía separado de ella" (*prueba indirecta*). En cambio, conforme al artículo 197 *eiusdem*, la *filiación materna* resulta del nacimiento (*prueba directa*).

Por eso, según el artículo 211 del Código Civil se presume (presunción *iuris tantum*), salvo prueba en contrario, que el hombre que vivía con la mujer en *concubinato notorio* para la fecha en que tuvo lugar el nacimiento del hijo, ha cohabitado con ella durante el período de la concepción. Y aquí la expresión *concubinato notorio*[137] (*cum cubare*, esto es, comunidad de lecho, dándole una importancia conceptual a las relaciones sexuales), denota la cohabitación entre un hombre y una mujer que puede ser fácilmente apreciada por la sociedad, por el entorno social, cuando los convivientes llevan una vida común, aun cuando esta última pudieren no llevarla, pues se trata de la prueba de la filiación

[137] En cuanto al significado de la expresión concubinato notorio, como observa Hernán Larraín Ríos, la jurisprudencia de Francia ha tenido serias dificultades para interpretar la noción de concubinato notorio; desde luego, se trata de relaciones sexuales dotadas de cierta habitualidad, pero el Tribunal de Casación ha optado por una actitud intermedia al no exigir, de una parte, la existencia de vida marital ni comunidad de vida y al denegar, por otra, el carácter de unión concubinaria a las relaciones pasajeras, exigiendo la estabilidad de las mismas que también requieren la existencia de notoriedad en cuanto que los interesados deben ser considerados como amantes dentro de un círculo más o menos amplio de parientes, amigos y vecinos. Por otra parte, la doctrina francesa, frente a la reforma, se planteó una serie de interrogantes. ¿Qué debe entenderse por concubinato notorio? ¿Habrá que considerar al concubinato como un estado civil análogo al de casado? ¿Se deriva del precepto legal una presunción de paternidad similar a la que nace del matrimonio? (Revista de Derecho, pp. 153-160, Universidad Austral de Chile, Vol. IX, diciembre 1998).

paterna y en beneficio siempre del concebido, pues lo importante es que esa cohabitación entre el hombre y la mujer haya ocurrido durante el período de la concepción. Al efecto, el período de la concepción se presume –salvo prueba en contrario– que tuvo lugar en los primeros ciento veintiún (121) días de los trescientos (300) que preceden el día del nacimiento. No obstante que, además, y conforme lo dispone el artículo 209 *eiusdem*, "...Queda establecida la paternidad cuando se prueba la posesión de estado de hijo o se demuestre la cohabitación del padre y de la madre durante el período de la concepción y la identidad del hijo con el concebido en dicho período, salvo que la madre haya tenido relaciones sexuales con otros hombres, durante el período de la concepción del hijo o haya practicado la prostitución durante el mismo período; pero esto no impide al hijo la prueba, por otros medios, de la paternidad que demanda"; e incluso la paternidad no puede ser excluida con la sola declaración que realice la madre (art. 212, *ibídem*). "Q*ueda establecida la paternidad*", cuando se demuestran los hechos (efecto inmediato y directo sin retorno) a que se refiere el artículo 209 del Código Civil, con lo cual se comprende que, al quedar establecida la paternidad, ninguna otra prueba es apta para desvirtuarla, salvo que la madre haya tenido relaciones sexuales con otros hombres, durante el período de la concepción del hijo o haya practicado la prostitución durante el mismo período; pero esto no impide al hijo la prueba, por otros medios, de la paternidad que demanda. Además, al quedar establecida la filiación paterna, la misma ya no puede revocarse. Por eso, comprobada la filiación, el hijo concebido y nacido fuera del matrimonio tiene la misma condición que el hijo nacido o concebido durante el matrimonio con relación al padre y a la madre y a los parientes consanguíneos de éstos, tal como así lo previene el artículo 234 del Código Civil.

10. DURACIÓN DE LA UNIÓN *MORE UXORIO*

En relación a la duración de la unión concubinaria, el artículo 767 del Código Civil únicamente se refiere a la unión concubinaria *permanente*. La permanencia guarda relación con lo duradero, que se mantiene en el tiempo, pero sin conocerse su mesura temporal, no obstante la exigencia de la demostración de su inicio y su conclusión, de ser ésta necesaria, pues pudiera no serlo cuando con la acción concubinaria sólo

se pretende su declaratoria de existencia, aun cuando no haya concluido. Esta indeterminación temporal obliga al juzgador, para declarar la existencia de la unión *more uxorio,* a establecer la duración o el tiempo transcurrido en la convivencia, que le permita calificar si la misma ha sido o no permanente, tomando en cuenta una pluralidad de circunstancias o hechos en la vida convivencial interpareja, que le permita llegar a la conclusión que los mismos indican, de alguna manera, la permanencia a que se refiere el sentido de la norma legal en cuanto al inicio de la relación y su movilidad o existencia en el tiempo y su finalización.

Para la Sala Constitucional, en la sentencia *in commento*, se "debe señalar la fecha de su inicio y de su fin, si fuera el caso; y reconocer, igualmente, la duración de la unión, cuando ella se ha roto y luego se ha reconstituido, computando para la determinación final, el tiempo transcurrido desde la fecha de su inicio (...) Siguiendo indicadores que nacen de las propias leyes, el tiempo de duración de la unión, al menos de dos años mínimo[138], podrá ayudar al juez para la calificación de la permanencia, (...)". No obstante el tiempo de duración de la unión, al menos

[138] El Proyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Familia, la Maternidad y la Paternidad contemplaba en su artículo 40, que "El Estado protege la relación de pareja de un hombre y una mujer solteros, divorciados o viudos, originada por efecto de la unión estable de hecho, con más de cinco (5) años de constituida, fundamentados en el libre consentimiento y la igualdad de derechos y obligaciones, con hogar común y conocida pública y notoriamente en la sociedad circundante a su domicilio y la existencia entre ellos de impedimentos no dirimentes a su estado" (destacado nuestro). Como se observa, la constitución de la unión estable de hecho, entre un hombre y una mujer, debe llenar los requisitos exigidos en el artículo 42 del mismo Proyecto que al respecto expresaba: "La legalización de la unión estable de hecho puede obtenerse compareciendo personalmente los convivientes ante el Síndico Procurador Municipal del Municipio o el Notario Público de su domicilio, manifestando verbal o por escrita, su voluntad para formalizarla". De no cumplirse con legales formalidades, la consecuencia es: Artículo 46.- "La inobservancia por la pareja e inexistencia de alguno de los requisitos que hacen viable las uniones estables de hecho, invalida su existencia material aunque haya sido legalizada en forma auténtica el acta de convivencia para su constitución formal, ante el Síndico Procurador Municipal o Notario Público y su protocolización ante la Oficina Subalterna de Registro Público, legalmente producirá los efectos del estado de hecho del concubinato, para la parte que hubiere actuado de buena fe, sin menoscabo de los derechos civiles y sucesorales a que accede la descendencia habida en el mismo".

de dos años mínimo, podrá ayudar al juez para la calificación de la permanencia, que pudiera resultar extenso cuando la unión fáctica es permanente y han sido procreados hijos o hijas.

11. EL ARTÍCULO 168 DEL CÓDIGO CIVIL Y LOS TERCEROS

Para la Sala Constitucional, al aparecer el artículo 77 constitucional, surgen cambios profundos en el régimen concubinario del artículo 767 del Código Civil, ya que existiendo la unión estable o permanente, no hay necesidad de presumir, legalmente, comunidad alguna, ya que ésta existe de pleno derecho –si hay bienes– con respecto de lo adquirido, al igual que en el matrimonio, durante el tiempo que duró la unión y, como comunidad, no es que surte efectos legales entre ellos dos y entre sus respectivos herederos, o entre uno de ellos y los herederos del otro, como lo contempla el artículo 767 del Código Civil, sino que, al igual que los bienes a que se refiere el artículo 168[139] del Código Civil, los terceros que tengan acreencias contra la comunidad podrán cobrarse de los bienes comunes, tal como lo pauta dicha norma.

[139] Artículo 168.- "Cada uno de los cónyuges podrá administrar por sí solo los bienes de la comunidad que hubiere adquirido con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo; la legitimación en juicio, para los actos relativos a la misma corresponderá al que los haya realizado. Se requerirá del consentimiento de ambos para enajenar a título gratuito u oneroso o para gravar los bienes gananciales, cuando se trata de inmuebles, derechos o bienes muebles sometidos a régimen de publicidad, acciones, obligaciones y cuotas de compañías, fondos de comercio, así como aportes de dichos bienes a sociedades. En estos casos la legitimación en juicio para las respectivas acciones corresponderá a los dos en forma conjunta.
El Juez podrá autorizar a uno de los cónyuges para que realice por sí solo, sobre bienes de la comunidad, alguno de los actos para cuya validez se requiere el consentimiento del otro, cuando éste se encuentre imposibilitado para manifestar su voluntad y los intereses del matrimonio y de la familia así lo impongan. Igualmente el Juez podrá acordar que el acto lo realice uno de los cónyuges cuando la negativa del otro fuere injustificada y los mismos intereses matrimoniales y familiares así lo exijan. En estos casos el Juez decidirá con conocimiento de causa y previa audiencia del otro cónyuge, si éste no estuviere imposibilitado, tomando en consideración la inversión que haya de darse a los fondos provenientes de dichos actos".

A ese fin, continúa afirmando la Sala, si la unión estable o el concubinato no ha sido declarada judicialmente, los terceros pueden tener interés que se reconozca mediante sentencia, para así cobrar sus acreencias de los bienes comunes. Para ello tendrán que alegar y probar la comunidad, demandando a ambos concubinos o sus herederos.

No existiendo mecanismos de publicidad que comuniquen la existencia del concubinato, continúa afirmando la Sala, ni que registren las sentencias que lo declaren, para los terceros con interés en los bienes comunes, resulta –la mayoría de las veces– imposible conocer previamente la existencia del concubinato y cuáles son esos bienes comunes, motivo por el cual la Sala considera que exigir la aplicación del artículo 168 del Código Civil resultaría contrario al principio de que a nadie puede pedírsele lo imposible, ya que al no conocer la existencia de concubinato, ni estar los concubinos obligados a declarar tal condición, en las demandas que involucren los bienes comunes, bastará demandar a aquel que aparezca como dueño de ellos, e igualmente éste legítimamente podrá incoar las acciones contra los terceros relativos a los bienes comunes, a menos que la propiedad sobre ellos esté documentada a favor de ambos.

Para la Sala los terceros, frente a los concubinos, se determinan por el interés que aquéllos tienen en orden a exigir el pago de sus acreencias (acreencias que los terceros tengan contra la comunidad y que podrán cobrarse de los bienes comunes), en cuyo caso el cónyuge, ex cónyuge o ex concubino, parecieran no tener ese carácter de terceros. Así podría deducirse del texto de la decisión *in commento*, aun cuando la Sala no los excluye de la temática que analiza. No obstante, es admisible considerar que el o la cónyuge, el ex o la ex cónyuge como el ex concubino o la ex concubina, pudieran alegar mediante tercería, ante la existencia de un proceso declarativo concubinario, o en el de partición de bienes que se afirmen como comunes entre convivientes –dentro de cualesquiera de los supuestos aplicables a que se contrae el artículo 370 del Código de Procedimiento Civil– que tienen un derecho preferente al del concubino o la concubina demandante, o que son suyos los bienes demandados o embargados, o sometidos a secuestro o a una prohibición de enajenar y gravar, o que tiene derecho a ellos; o cuando practicado el embargo de un bien, el cónyuge o ex cónyuge alegare que ese bien es

de su común propiedad y se opusiere al mismo de acuerdo con lo previsto en el artículo 546 del Código de Procedimiento Civil, o cuando el tercero tenga interés jurídico actual en sostener las razones del demandado o demandada y pretenda ayudarlo o ayudarla a vencer en el proceso, o para apelar de una sentencia definitiva, en los casos permitidos en el artículo 297[140] *eiusdem*.

[140] No podrá apelar de ninguna providencia o sentencia la parte a quien en ella se hubiere concedido todo cuanto hubiere pedido; pero, fuera de este caso, tendrán derecho de apelar de la sentencia definitiva, no sólo las partes, sino todo aquel que, por tener interés inmediato en lo que sea objeto o materia del juicio, resulte perjudicado por la decisión, bien porque pueda hacerse ejecutoria contra él mismo, bien porque haga nugatorio su derecho, lo menoscabe o desmejore (art. 297, CPC).

CAPÍTULO V

ESTABILIDAD Y REQUISITOS DE LA UNIÓN *MORE UXORIO*

La segunda parte del artículo 77 de la Constitución Nacional expresa: "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" (destacado nuestro). Es así como el artículo 137 del Código Civil establece que "Con el matrimonio el marido y la mujer adquieren los mismos derechos y asumen los mismos deberes. *Del matrimonio deriva la obligación de los cónyuges de vivir juntos*, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente..." (destacado nuestro); de donde se deduce que la cohabitación constituye el hecho distintivo más importante[141], no el único, que identifica a la unión *more uxorio*, y lo diferencia de la mera relación ocasional; más aún, cuando si esa rela-

[141] La cohabitación constituye elemento sustancial del concepto "estabilidad", a que se contrae el artículo 77 constitucional, junto con la permanencia, singularidad, notoriedad y la ausencia de impedimentos dirimentes que impidan el ejercicio de la capacidad convivencial.

Los mismos son elementos esenciales porque cada uno, con vista a su propio contenido material y conceptual, intervienen en la formación del elemento fundamental y céntrico que es la estabilidad. Ésta no puede existir sin la estructura integrada por tales elementos, pues por sí misma, en el ámbito de las relaciones interpareja, quedaría aislada y sin la plenitud para concretarse en la praxis como *concepto jurídico indeterminado*, y califica la convivencia *more uxorio* para que la misma pueda producir (relativamente) los efectos a que se contrae el artículo 77 constitucional. En caso contrario, ¿cómo sustraer del concepto "estabilidad" los elementos cohabitación, permanencia, singularidad, notoriedad y ausencia de impedimentos dirimentes que impidan el ejercicio de la capacidad convivencial, para que la misma califique a la unión de hecho dentro de la concepción de esa norma constitucional, y pueda, por sí sola, como concepto jurídico indeterminado (Cap. I), independiente de los mismos, hacer que se produzcan los efectos que la misma pauta? Por tal motivo y tratándose del vocablo "estabilidad", el mismo es un concepto jurídico abierto y como consecuencia de su concreción (interpretación) en la praxis, se integra o llena por esos elementos que le dan plenitud.

1.1.1 *Cohabitación*[143]

Constituye la convivencia en la misma habitación o techo (la aceptación de vivir juntos como así lo determina el artículo 137 del Código Civil y para el matrimonio: "del matrimonio deriva la obligación de los cónyu-

[143] O vida en común (vivir juntos, art. 137, CC), por lo que pareciera entenderse que constituye un requisito de orden legal. Sin embargo, también se comprende como integrante del concepto "estabilidad", pues de no existir cohabitación ¿de qué manera existirá estabilidad interpareja?

4º.- Los documentos que acreditan la dispensa de los impedimentos que pudieren existir para la celebración del matrimonio.

5º.- En el caso de segundo o ulterior matrimonio, copia certificada del acta de defunción del cónyuge fallecido, o copia certificada de la sentencia firme que declare nulo o disuelto el matrimonio anterior, con la constancia de estar ejecutoriada.

6º.- Las pruebas que exige el artículo 111 de este Código.

7º.- En los casos de oposición al matrimonio, copia certificada de la decisión firme que la haya declarado sin lugar.

8º.- Los documentos que exige el artículo 108 de este Código, si se trata de extranjeros (...)".

ción, como signo que la distingue no sólo entre los integrantes de la unión convivencial, sino ante los terceros que llegan a conocer que entre aquéllos existe esa relación que mantienen (notoriedad). A propósito de esto, el artículo 70 del Código Civil venezolano establece que, "Podrá prescindirse de los documentos indicados en el artículo anterior y de la previa fijación de carteles, cuando los contrayentes deseen legalizar la unión concubinaria existente en que hayan estado viviendo. Esta circunstancia se certificará expresamente en la partida matrimonial...". Como se aprecia, el solo ánimo de contraer matrimonio, y si los convivientes han estado cohabitando (porque han estando viviendo juntos), la ley les facilita el tránsito hacia la unión matrimonial, eximiéndolos de los requisitos exigidos por el artículo 69 *eiusdem*[144], y de la fijación de carteles. Se comprende así que ante la cohabitación –ese estado de convivencia– la ley asume el hecho (convivencial) como la mejor muestra, elemento, signo o medio, de que los convivientes nada más tienen por demostrar o cumplir sino únicamente su deseo de legalizar la unión existente en que hayan estado viviendo, cuya circunstancia fáctica se certificará expresamente en la partida matrimonial.

La *cohabitación* implica esa vida en común –vivir juntos– a que se refiere la Ley, o el compartir en los diversos aspectos de su vida interpersonal. Significa, además, la *comunidad de lecho* o la existencia entre los convivientes de relaciones sexuales o, al menos, la apariencia de ellas, pues se supone la vida íntima dentro de la cual mantienen sus relaciones. El elemento distintivo de la unión concubinaria, de una relación no circunstancial, es el de la cohabitación, pues si el hombre y la mujer carecen de una residencia común (la misma hace las veces de domicilio), no es posible sostener la existencia de un concubinato dentro de la concepción del artículo 77 de la Constitución venezolana vigente;

[144] "El funcionario ante quien se haga manifestación de la voluntad de contraer matrimonio, formará un expediente, que deberá contener:
1º.- El acta de esponsales.
2º.- Todo lo relativo a la fijación de los carteles.
3º.- Copia de las partidas de nacimiento de los futuros contrayentes, las cuales no deberán datar de más de seis meses antes de la celebración del matrimonio.

a una situación de hecho que pueda en determinados casos revestir carácter penal de acción privada, implícitamente confiere al sentenciador de la jurisdicción civil potestad sobre la materia, es decir, para calificar la situación de hecho planteada y aplicar las consecuencias civiles previstas. No se trata de permitir al Juez Civil producir un pronunciamiento con efectos penales, sino pura y simplemente de dar aplicación a algunos de los efectos patrimoniales o de familia que puedan ser consecuencia de un hecho delictuoso de acción privada. Cuando se requiere decisión previa penal, lo establece el Legislador en forma expresa' (...) y esta última hipótesis es distinta al caso específico que nos ocupa (...)".

1.1.2 *Permanencia*

La permanencia es elemento esencial del concubinato, por lo cual no hay convivencia *more uxorio* cuando se trata de relaciones fugaces o transitorias. La idea de permanencia es consustancial a ese tipo de unión y de allí que las uniones transitorias no guardan relación con el concepto de la unión *more uxorio*, aun cuando se tengan hijos. La unión, según afirma Claudio Belluscio, requiere continuidad, o sea, permanencia en el tiempo, para que sea reputada como concubinato[146]; por lo cual quedan excluidas las uniones meramente circunstanciales. La *permanencia*, como la define la Real Academia Española, consiste en una duración firme, consistente, perseverante, estable e inmutable.

Luego, entonces, la unión fáctica fugaz e inestable, inconsistente, no perseverante y mutable, no produce los mismos efectos que el matrimonio a tenor de lo estatuido en el artículo 77 de la Constitución Nacional. No hay duda alguna en cuanto a que la unión sexual del hombre y la mujer, que sea accidental u ocasional (casual o contingente), intermitente o discontinua (que se interrumpe o cesa y prosigue o se repite), no configura la unión estable de hecho a que se refiere el artículo 77 cons-

[146] *Resarcimiento por la Ruptura de Concubinato: Fuente Extracontractual*, trabajo publicado en la obra Derecho de Daños, daños en el derecho de familia, p. 729, Edic. La Rocca, Buenos Aires, 2003.

la relación"; con lo cual parece indicarse que la unión *more uxorio* no produce relativamente los mismos efectos jurídicos que el matrimonio, ante la falta de *cohabitación* de modo permanente. Decimos que parece indicarse, pues la Sala Constitucional en la decisión en comentario afirma que "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".

Sobre la anterior temática interpretativa, el requisito *permanencia* forma parte del concepto *estabilidad,* y ésta no existe si no hay cohabitación (convivencia en su sentido amplio y comprensivo de las relaciones interpersonales y sexuales, éstas cuando son posible); la convivencia en la misma habitación o techo (la aceptación recíproca de vivir juntos, lo que supone una residencia común y *permanente* (que dure sin modificación durante cierto tiempo, que para la Sala Constitucional, siguiendo indicadores que nacen de las propias leyes, el tiempo de duración de la unión, al menos de dos años mínimo[147], podrá ayudar al juez para la calificación de la permanencia). Es así como para la Sala Constitucional, se "(...) debe señalar la fecha de su inicio y de su fin, si fuera el caso; y reconocer, igualmente, la duración de la unión, cuando ella se ha roto y luego se ha reconstituido, computando para la determinación final, el tiempo transcurrido desde la fecha de su inicio...". En cambio, en

[147] La Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja de Cataluña, España, establece: 1.- Las disposiciones de este capítulo se aplican a la unión estable de un hombre y una mujer, ambos mayores de edad que, sin impedimento para contraer matrimonio entre sí, hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de dos años o hayan otorgado escritura pública manifestando la voluntad de acogerse a lo que en él se establece. Como mínimo uno de los dos miembros de la pareja debe tener vecindad civil en Cataluña. 2.- No es necesario el transcurso del período mencionado cuando tengan descendencia común, pero sí que es preciso el requisito de la convivencia. 3.- En el caso de que un miembro de la pareja o ambos estén ligados por vínculo matrimonial, el tiempo de convivencia transcurrido hasta el momento en que el último de ellos obtenga la disolución o, en su caso, la nulidad se tendrá en cuenta en el cómputo del período indicado de dos años.

adulterio (arts. 394 al 399 del Código Penal). Ante la existencia interferencial de una tercera persona, se suprime el carácter singular a la unión de hecho y, por tanto, el requisito constitucional de la estabilidad. La singularidad significa que la unión fáctica debe ser monogámica (singular) y no poligámica (no plural).

En la doctrina la fidelidad suele calificarse de aparente, por tratarse de una condición moral, que se trata de una noción bastante difusa en tanto caracterizante del concubinato; que así como en el matrimonio puede darse la infidelidad sin que por ello pierda su carácter de tal, asimismo en la unión convivencial puede ocurrir la infidelidad de uno o de ambos convivientes; no obstante que si la infidelidad es pública, la singularidad –como requisito– quedaría afectada y, por tanto, el requisito constitucional de la estabilidad. De no cumplirse con la fidelidad se incurriría en la inobservancia de un requisito establecido en la Ley, dentro del principio a que se contrae el artículo 77 de la Constitución venezolana vigente. Si a los cónyuges la Ley exige la fidelidad, ¿a los convivientes de hecho no se les exige la misma?

1.1.4 *Notoriedad*

Significa que la unión fáctica es conocida por todos los que integran una comunidad en un tiempo y lugar determinados. La notoriedad de un hecho depende de dos circunstancias esenciales: La primera, que sea un hecho conocido por la mayoría de los sujetos que integran una colectividad en un tiempo y un lugar determinados. En realidad, el tiempo y el lugar concretos o determinados, donde esa mayoría de los sujetos que integran una comunidad tienen conocimiento directo de la existencia de la unión convivencial, tiene importancia esencial pues el tiempo resulta determinante. Este conocimiento varía con el transcurso de los momentos temporales, al igual que según las circunstancias locales o territoriales, en donde no sólo entra en juego la cultura, las tradiciones y costumbres, sino hasta el clima que influye de alguna manera. El valor notorio del hecho convivencial no permanece de forma inmutable a través del tiempo. Esto explica por qué los hechos notorios existen en la conciencia de un pueblo o, por lo menos, en la mayoría del mismo. Lo que hoy es notorio, mañana puede no serlo. Más aún, lo que es notorio

de los efectos que la misma produce (relativamente los mismos efectos que el matrimonio). Por eso, probada y declarada que sea la unión convivencial a través de sentencia definitivamente firme, surgen los efectos (*Vid*. Cap. VI) como consecuencia de su existencia jurídica. De aquí la inevitable interrelación entre las dos hipótesis de la norma constitucional, en cuanto concierne a la unión convivencial, y el obligado contraste entre "requisitos", "efectos" y la "buena fe". En atención a esta última, las anotaciones que luego siguen indican un resultado que se verá motivado, en algunos casos, por la presencia de la "buena fe" como determinante en orden a esos "efectos"

Ahora bien, ¿a qué ley remite el constituyente? ¿Al Código Civil y otras leyes de la República? ¿Al artículo 767 del Código Civil? ¿A la ley especial que se dicte y desarrolle el principio constitucional? En definitiva, ¿cuáles son esos requisitos legales?

Pareciera necesaria una ley especial que desarrolle el principio según el cual "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", pues la ley a cumplirse por los convivientes –para que su unión de hecho que sea considerada como estable y produzca (relativamente) los mismos efectos que el matrimonio– hasta ahora no existe en Venezuela.

No obstante, como el artículo 77 de la Constitución Nacional es una norma considerada como plena, de *efecto inmediato y directo*[148], la misma no requiere para su cumplimiento de una ley que la desarrolle. Por eso, la ley a que se refiere el artículo 77 *eiusdem*, no es otra que, especialmente, el Código Civil vigente. Y de ser el Código Civil vigente, entonces habrá que tomar en cuenta las dificultades que tiene el conviviente casado, porque el mismo Código Civil no le permite contraer válidamente matrimonio por encontrarse unido a un matrimonio anterior ("No se permite ni es válido el matrimonio contraído por una persona ligada por otro anterior...", art. 50, CC); en cuyo caso es comprensible

[148] Ver nota 26.

como "*El matrimonio no puede contraerse*", o "*No puede contraer válidamente matrimonio*", o, "*No se permite ni es válido el matrimonio contraído*". La prohibición constituye un impedimento u obstáculo para la celebración válida del matrimonio, y si uno de los convivientes o ambos se encuentran dentro del supuesto negativo de la norma, ello indica que al encontrarse dentro de tal supuesto no cumple con los requisitos exigidos en la Ley para contraer válidamente matrimonio y, por tanto, esa unión fáctica no produce los mismos efectos que el matrimonio, tal como puede observarse en algunas normas del Código Civil, que al efecto citamos.

2.1 *ARTÍCULO 44*

El matrimonio no puede contraerse sino entre un solo hombre y una sola mujer. La Ley no reconoce otro matrimonio contraído en Venezuela sino el que se reglamenta por el presente Título[149], siendo el único que producirá efectos legales, tanto respecto de las personas como respecto de los bienes.

Se refiere, en primer lugar, a la diversidad de sexos, como requisito de fondo para la celebración matrimonial, y a su carácter singular (entre un solo hombre y una sola mujer), pues "No se permite ni es válido el matrimonio contraído por una persona ligada por otro anterior..." (art. 50, CC). De allí que hasta ahora en Venezuela el matrimonio contraído entre dos personas del mismo sexo está inficionado de nulidad absoluta, así como el matrimonio del asexual, pues al no tener sexo no se cumple con el requisito de diversidad sexual. Obviamente, en Venezuela el único matrimonio válido hasta el día de hoy es el contraído entre un solo hombre y una sola mujer, que cumpla los requisitos exigidos en la Ley, y por tanto es el único que producirá efectos legales, tanto respecto de las personas como respecto de los bienes; aun cuando para la Sala Constitucional –en el caso Carmela Mampieri Giuliani– el concubinato es un tipo de unión estable, por ser él la figura regulada en la Ley, y al mismo

[149] Se refiere al Título IV (Del Matrimonio).

mente no puede demostrarse que a esas edades ni la mujer ni el hombre tienen conciencia de lo que es y significa la asunción del compromiso matrimonial, pues no están en capacidad de discernir con acierto; aun cuando sí tienen aptitud para la procreación (*pubertad*: la edad en la que comienza la función de las glándulas reproductoras y se manifiestan ciertos caracteres sexuales secundarios, que permiten no sólo al hombre engendrar, sino también a la mujer concebir). Si contraen matrimonio la mujer que no haya cumplido catorce (14) años de edad y el varón que no haya cumplido dieciséis (16) años, el mismo no es nulo sino anulable (nulidad relativa) tal como así lo demuestra el artículo 62 del Código Civil, antes trascrito.

En consecuencia, de darse una relación de convivencia *more uxorio* entre la mujer que no ha cumplido catorce (14) años de edad y el varón que no tiene dieciséis (16) años, ¿la misma podrá producir los mismos efectos que el matrimonio? La mujer menor que haya dado a luz un hijo o que se encuentre en estado de gravidez; y, respecto al varón menor conviviente cuando la mujer con la que convive ha concebido un hijo que aquél reconoce como suyo o que ha sido declarado judicialmente como tal; o en el caso de "El matrimonio contraído por personas que no hubiesen llegado a la edad requerida para contraerlo válidamente, no podrá impugnarse: 1º.- Cuando los contrayentes hayan alcanzado dicha edad sin que se haya iniciado el juicio correspondiente; 2º.- Cuando la mujer que no tenga la edad exigida, haya concebido" (art. 120, CC). En cualquier situación hay que considerar que tiene prevalencia la normativa especial contenida en LOPNNA, pues se debe garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías, a través de la protección integral que el Estado, la sociedad y las familias deben brindarles desde el momento de su concepción (*Vid.* art. 1). Al efecto, el interés superior de niños, niñas y adolescentes es un principio de interpretación y aplicación de esta Ley, el cual es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños, niñas y adolescentes. Este principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías; y para determinar el interés superior de niños, niñas y adolescentes en una situación concre-

motivos de diversa naturaleza (emocionales, culturales, anatómicos, sicológicos, fisiológicos y otros); y (ii) la *impotencia generandi*, o la incapacidad para engendrar por parte del hombre o de concebir en la mujer (los órganos genitales no producen espermatozoides u óvulos); aun cuando exista aptitud para efectuar la copulación.

La potencia sexual constituye un elemento de la capacidad matrimonial, como requisito de fondo. Dada la aguda exigencia del artículo 77 de la Constitución venezolana, así como no puede contraer válidamente matrimonio el que adolece de impotencia *manifiesta y permanente,* tampoco permitirá que la unión fáctica sea considerada como beneficiaria de los mismos efectos que el matrimonio.

La impotencia permanente y manifiesta, para que constituya un impedimento dirimente absoluto (la persona afectada por el impedimento no puede válidamente contraer matrimonio con nadie) y debe preceder[152] al acto matrimonial o al de inicio de la convivencia, y si uno de los integrantes de la unión fáctica, o ambos, adolece de la misma, esa unión no puede considerarse que cumple con los requisitos exigidos por la Ley aun cuando sea estable, por lo cual no produce los mismos efectos que el matrimonio, salvo existencia de la buena fe en atención al concubinato putativo.

2.4 *ARTÍCULO 48*

Tampoco puede contraer válidamente matrimonio el entredicho por causa de demencia ni el que no se halle en su sano juicio.

Si la interdicción ha sido únicamente promovida, se suspenderá la celebración del matrimonio hasta que la autoridad judicial haya decidido definitivamente.

---

[152] Así se desprende del artículo 119 del Código Civil, al expresar: "La nulidad por impotencia manifiesta y permanente anterior al matrimonio sólo puede demandarse por el otro cónyuge" (destacado nuestro). Luego, entonces, la impotencia que sobreviene al matrimonio no puede conducir a la nulidad del mismo.

2.5 *ARTÍCULO 50*

No se permite ni es válido el matrimonio contraído por una persona ligada por otro anterior, ni el de un ministro de cualquier culto a quien le sea prohibido el matrimonio por su respectiva religión.

En el primer supuesto de la citada norma, la prohibición consiste en un impedimento dirimente absoluto, pues el hombre o la mujer inmersa en la prohibición no puede contraer matrimonio con ninguna otra persona, mientras no se extinga el vínculo matrimonial, pues en caso de contraerlo incurre en el delito de bigamia. Es decir, sólo pueden contraer válidamente matrimonio personas solteras, viudas o divorciadas. En el segundo supuesto, no se permite ni es válido el matrimonio contraído por un ministro de cualquier culto a quien le sea prohibido el matrimonio por su respectiva religión; en cuyo caso se trata de un impedimento dirimente absoluto, pues prohíbe el vínculo matrimonial del ministro de culto a quien su religión prohíba el mismo con cualquier mujer, mientras dure el obstáculo o impedimento.

El Código Penal (G.O. número 5.768 Extraordinario del 13 de abril de 2005) estatuye: "Cualquiera que estando casado válidamente, haya contraído otro matrimonio, o que no estándolo, hubiere contraído, a sabiendas, matrimonio con persona casada legítimamente, será castigado con prisión de dos a cuatro años. Si el culpable hubiere inducido en error a la persona con quien ha contraído matrimonio, engañándola respecto a la libertad de su propio estado o el de ella, la pena será de presidio de tres a cinco años. Será castigado con las penas anteriores, aumentadas de un quinto a un tercio, el que, estando válidamente casado, haya contraído otro matrimonio a sabiendas de que el otro contrayente era también legítimamente casado" (art. 400). "Los reos de bigamia deberán ser condenados, por vía de indemnización civil, a mantener la prole menor de edad y si la contrayente inocente es soltera y no se ha hecho constar que no es honesta deberán ser, además, condenados a dotarla (art. 401). "La prescripción de la acción penal por el delito previsto en el artículo 400, correrá desde el día en que se haya disuelto uno de los dos matri-

mento dirimente al matrimonio y la violación determina la nulidad absoluta del mismo, al igual que el de consanguinidad, conforme lo expresa el artículo 117 del Código Civil.

En consecuencia, la convivencia entre ascendientes y descendientes o entre afines en línea recta, no está permitida a los efectos del artículo 77 constitucional y, de producirse, el hecho indica que esa convivencia no tiene el carácter de *more uxorio* al no cumplir con los requisitos establecidos en la Ley y, por tanto, no genera los efectos a que el artículo 77 *eiusdem* se contrae, salvo existencia de la buena fe en atención a las consideraciones observadas en cuanto al concubinato putativo.

2.7 *ARTÍCULO 52*

Tampoco se permite ni es válido el matrimonio entre hermanos.

No sólo los hermanos unidos por vínculo de la sangre (hermanos de doble conjunción y de simple conjunción), sino también los hermanos por adopción que también son consanguíneos por disposición de la ley, pues dejan de pertenecer a la familia biológica o de origen y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta, aun cuando subsisten los impedimentos matrimoniales. Al efecto, el artículo 504 de LOPNNA dispone que "El juez o jueza, una vez decretada la adopción, debe enviar una copia certificada del correspondiente decreto al Registro Civil de la residencia habitual del adoptado o adoptada, a fin de que se le levante una nueva partida de nacimiento en los libros correspondientes. Los funcionarios o funcionarias del Registro Civil deben proceder, sin dilación, a elaborar esta nueva partida de nacimiento en la cual no deben hacer mención alguna del procedimiento de adopción, de los vínculos del adoptado o adoptada con sus progenitores consanguíneos o de cualquier otra información o dato, que afecte la confidencialidad de la adopción (...)". Por tratarse que los hermanos están unidos en parentesco por consanguinidad, como relación que existe entre las personas unidas por los vínculos de la sangre, la convivencia entre ellos está alejada de modo absoluto del contexto tutelar del artículo 77 de la Constitución Nacional, salvo existencia de la buena fe en atención al concubinato putativo.

que llegare a declararse la unión *more uxorio*, y como lo indica el artículo 77 constitucional.

2.9 *ARTÍCULO 54*

No es permitido ni válido el matrimonio del adoptante con el adoptado y sus descendientes, entre el adoptante y el cónyuge del adoptado, ni entre el adoptado y el cónyuge del adoptante, mientras dure la adopción.

Conforme al artículo 427 de LOPNNA (G.O. N° 5. 859 Extraordinario del 10 de diciembre de 2007), la adopción extingue el parentesco del adoptado o adoptada con los y las integrantes de su familia de origen, excepto cuando el adoptado o adoptada sea hijo o hija del o la cónyuge del adoptante; y según el artículo 428 *eiusdem*, la adopción no extingue los impedimentos matrimoniales que existen entre el adoptado o la adoptada y los miembros de su familia de origen. Como se observa *prima facie,* la adopción extingue el parentesco del adoptado con los miembros de su familia de origen, con la excepción anotada, pero cuando se trata del acto matrimonial la adopción no extingue los impedimentos para contraerlo que existan entre el adoptado o la adoptada y los miembros de su familia de origen. Esto es así debido a que el vínculo de consanguinidad no puede borrarse del terreno de la realidad, pues es el cruzamiento entre individuos emparentados que descienden unos de otros y de un tronco común, que un acto formal del legislador no podría borrar de tal modo. Cuanto mayor sea el parentesco entre dos individuos, mayor será el coeficiente de consanguinidad de su progenie y menor será la probabilidad de que esta progenie sea heterocigótica.

De allí que la convivencia del adoptante con la adoptada, o entre el adoptante y alguno de los descendientes de la adoptada, carece de los efectos a que se refiere el artículo 77 de la Constitución, pues la adopción crea un vínculo legal de filiación entre el adoptante y la adoptada, y se estaría en presencia de un impedimento dirimente por causa de consanguinidad en línea recta. La misma circunstancia prohibitiva vale en cuanto a la convivencia entre el adoptante y la ex cónyuge del adoptado, o entre el adoptado y la ex cónyuge del adoptante, pues entre los mismos no es permitido ni válido el matrimonio. Al efecto el artículo 380

matrimonio, a una mujer mayor o emancipada, será castigado con prisión de uno a tres años". E incluso, el consentimiento de la víctima no exime al victimario de la pena, pues "(...) Si la raptada hubiere prestado su consentimiento, la pena será de prisión por tiempo de seis meses a dos años (...)" (art. 384 *eiusdem*).

Si después de la violencia, amenaza o del engaño empleados y el consiguiente arrebato, sustracción o detención de la mujer; tiene lugar la convivencia entre ella y su raptor, se entiende que la mujer consintió la convivencia, y aún así, por fuerza del impedimento dirimente contenido en el artículo 56 del Código Civil, los efectos del artículo 77 de la Constitución no se producirán aun cuando esa unión llegare a ser permanente, pues la unión de hecho estaría caracterizada por la absoluta contradicción con los supuestos de la norma civil en eferencia.

2.12 *ARTÍCULO 59*

El menor de edad no puede contraer matrimonio sin el consentimiento de sus padres.

En caso de desacuerdo entre los padres, o de imposibilidad de manifestarlo, corresponderá al Juez de Menores del domicilio del menor autorizar o no el matrimonio, oída la opinión de los padres si fuere posible. Contra esta decisión no habrá recurso alguno.

Se trata de un impedimento impediente de autorización, pues para poderse celebrar el matrimonio se requiere la autorización de los padres del menor de edad, y a falta de éstos, la autorización de los abuelos y abuelas del menor. De faltar los padres, los abuelos y las abuelas, se necesita el consentimiento del tutor, y si éste no existe se pedirá la autorización al Juez de Protección del Niño, Niña y el Adolescente del domicilio del menor. Y si el matrimonio del menor tiene lugar sin el correspondiente consentimiento, el matrimonio no está afectado de nulidad absoluta ni relativa, pues la sanción consiste en la privación de la administración de sus bienes hasta que llegue a la mayoridad (ord. 3º del art. 131, CC).

Ahora bien, ¿qué ocurre en el caso de la convivencia entre menores de edad, o entre el menor o la menor y el mayor o la mayor de edad, en

ciocho meses y la pena será doble si el autor del delito es el primero que corrompe a la persona agraviada; o si se trata de acto carnal ejecutado en mujer mayor de dieciséis años y menor de veintiuno con su consentimiento, y hubiere seducción con promesa matrimonial y la mujer fuere conocidamente honesta (*Vid*. art. 378 Código Penal); o si por el contrario corresponde la relación a una unión fáctica exenta de delito alguno. Si corresponde la valoración fáctica a la realización de un delito, resultará indudable que los efectos a que alude el artículo 77 de la Constitución, no se producirán para el conviviente o la conviviente mayor de edad por haber obrado en contrario a lo que la disposición legal exige o prohíbe, y sí en beneficio del menor por causa del mencionado principio en aplicación del interés superior de niños, niñas y adolescentes cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los mismos, a tenor de lo dispuesto en el Parágrafo Segundo del artículo 8 de LOPNNA.

Capítulo VI

Efectos a que se refiere el Artículo 77 Constitucional

El tema fundamental que presenta el artículo 77 de la Constitución –para nuestra indagación– consiste en verificar si la unión estable de hecho entre un hombre y una mujer, que cumpla los requisitos establecidos en la ley, produce los mismos efectos que el matrimonio; con la observación en cuanto a que la Sala Constitucional en la sentencia interpretativa *supra* indicada (caso: Carmela Mampieri Giuliani), con efecto vinculante, afirma que el matrimonio –por su carácter formal– es una institución que nace y se prueba de manera distinta al concubinato o a cualquier otra unión estable, y por ello estas últimas no pueden equipararse (*Vid.* Cap. II) íntegramente al matrimonio y, por tanto, no puede pretenderse que, automáticamente, todos los efectos del matrimonio se apliquen a las "uniones estables" y que, en consecuencia, no es posible una declaración general que asimile las uniones (de cualquier tipo) al matrimonio y por lo tanto, observa la Sala, hay que distinguir cuáles efectos del matrimonio se aplican al concubinato y a las posibles otras uniones estables, aun cuando no indica sino parcialmente esos efectos y no dice a qué otras uniones estables se refiere.

Con aquella finalidad –la de los posibles efectos de la unión *more uxorio*– necesariamente hay que acudir a los efectos que produce el matrimonio, es decir*, efectos personales y patrimoniales*, que se traducen en derechos y deberes recíprocos ("Con el matrimonio el marido y la mujer adquieren los mismos derechos y asumen los mismos deberes (..., art. 137, CC)".

En el artículo 77 constitucional, como hemos observado, se contempla que "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*". Como puede colegirse, las uniones estables de hecho, así reguladas, producen (relativamente) los mismos efectos que el matrimonio; en cuyo caso es necesario conocer cuáles son los *efectos* que el matrimonio produce, a fin de precisar si esos mismos efectos los origina también la unión estable de hecho, entre un hombre y una mujer, que cumpla los requisitos establecidos en la ley. El efecto esencial que origina el acto matrimonial, entre los cónyuges, es la creación del estado personal de *conyugio*, que no vínculo alguno de parentesco, caracterizado por efectos, deberes y derechos recíprocos, en orden a deberes-derechos personales y patrimoniales. La unión *more uxorio* o concubinaria, a que alude el artículo 77 constitucional, no crea el estado personal de concubino o concubina, pero no obstante la unión convivencial, así considerada, produce relativamente los mismos efectos que el matrimonio. Relativamente denota en la praxis que no todos los efectos que el matrimonio produce son los mismos que va a producir esa unión fáctica, aun cuando esa norma constitucional literalmente afirme lo contrario. Y no los produce porque entre ambas uniones existen significativas diferencias no sólo formales sino sustanciales, como de alguna manera hemos observado en este trabajo.

Las anotaciones precedentes sirven para orientarnos en el desarrollo de los comentarios que siguen, con la finalidad de tratar, de alguna manera, el exigente tema sobre los *efectos* a que alude la norma constitucional en referencia.

1. EFECTOS PERSONALES

Nuestro Código Civil en los artículos 137 al 140 se refiere a los deberes y derechos de los cónyuges, es decir, los efectos personales entre los mismos.

En el artículo 137 *eiusdem,* se establecen esos efectos de modo genérico, así:

> Con el matrimonio el marido y la mujer adquieren los mismos derechos y asumen los mismos deberes. Del matrimonio deriva la obligación de los cónyuges de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.
>
> La mujer casada podrá usar el apellido del marido. Este derecho subsiste aun después de la disolución del matrimonio por causa de muerte, mientras no contraiga nuevas nupcias (...). Como se aprecia, los cónyuges tienen la obligación de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.

1.1 *DEBER-DERECHO DE CONVIVENCIA*

Se trata del deber-derecho de convivencia o cohabitación habitual (*Vid.* Cap. V, (i) en la misma casa o habitación. Ello supone una residencia común, establecida de mutuo acuerdo. Y en caso de causa justificada que obligue a alguno de los cónyuges a separarse de ese hogar común, podrá acudir al Juez competente para que lo autorice a separarse temporalmente de esa residencia común. ¿El mismo procedimiento podrá aplicarse a las uniones de hecho?

Supongamos que uno de los convivientes desea separarse del otro. En tal caso, ¿con qué fundamento pediría al juez para que lo autorice a separarse de la residencia común, cuando la ley no contempla tal circunstancia; y ni siquiera de haber sido declarada la unión convivencial mediante sentencia definitivamente firme? Como se observa, de aplicarse los mismos principios a las uniones de hecho, es decir, que se rompa el deber de convivencia o cohabitación, ya no podría calificarse

esa unión de hecho como "estable", pues la "estabilidad" (Cap. V, I) es la que califica el artículo 77 de la Constitución Nacional como el primer requisito para que la unión de hecho produzca (relativamente) los mismos efectos que el matrimonio. En ese caso ya no produciría los mismos efectos que el matrimonio, pues éste, aun cuando ocurra esa separación, seguirá existiendo mientras no se extinga a través de cualesquiera de las causas establecidas en la ley; lo que no ocurre en la unión de hecho, que rompería su estabilidad y la ley vigente no contempla el modo o la causa para su extinción, pero se supone que por la muerte o debido a la voluntad recíproca o la de uno sólo de los convivientes, pues el otro no queda atado a esa unión. El incumplimiento grave, injustificado y voluntario del deber de cohabitación conyugal puede dar lugar a la acción de divorcio o la separación de cuerpos. En cambio, la infracción del débito de cohabitación entre convivientes lo más que podría ocasionar es la ruptura de la unión sin más y la consiguiente partición de la comunidad de bienes que existiere, cuando la unión concubinaria ha sido declarada mediante sentencia firme.

1.2 *DEBER-DERECHO DE FIDELIDAD*

La infracción del deber de fidelidad conyugal no da lugar a ninguna sanción legal que no sea la del divorcio o la separación de cuerpos, así como la correspondiente al delito de adulterio contemplado en los artículos 394, 395, 396, 397, 398 y 399 del Código Penal (G.O. número 5.768 Extraordinario del 13 de abril de 2005). En cambio, si cualesquiera de los convivientes es infiel al otro, ninguna de estas sanciones represivas, ni la civil ni la penal, se producirán, pues tales actos o hechos son exclusivos en el caso del matrimonio. En la situación en comentario la consecuencia podría ser la ruptura de la convivencia sin ninguna formalidad legal.

1.3 *DEBER-DERECHO DE ASISTENCIA CONVIVENCIAL*

A tenor de lo pautado en el artículo 137 del Código Civil venezolano, en la doctrina se hace distinción entre "*socorro mutuo"* (ayuda, auxilio, asistencia, deber de asistencia conyugal) y "*deber de socorro"*. El primero indica el deber recíproco de los cuidados (el esmero del uno por el

otro), atenciones (interés de uno por el otro), afecto (inclinación del uno al otro), consideración (estima, aprecio, respeto, cuidado, buen trato), que se deben los cónyuges durante la existencia del matrimonio. Como puede apreciarse, el "socorro mutuo" guarda más relación con el aspecto ético, moral y espiritual, que el económico o material. En cambio, la comprensión se capta en atención a que el marido y la mujer están obligados a contribuir en la medida de los recursos de cada uno, al cuidado y mantenimiento del hogar común, y a las cargas y demás gastos matrimoniales. Ambos cónyuges deben asistirse recíprocamente en la satisfacción de sus necesidades. Así, el "deber de socorro" remite directamente al contenido del artículo 139 del Código Civil, en cuanto "El marido y la mujer están obligados a contribuir en la medida de los recursos de cada uno, al cuidado y mantenimiento del hogar común, y a las cargas y demás gastos matrimoniales. En esta misma forma ambos cónyuges deben asistirse recíprocamente en la satisfacción de sus necesidades. Esta obligación cesa para con el cónyuge que se separe del hogar sin justa causa. El cónyuge que dejare de cumplir, sin causa justificada, con estas obligaciones, podrá ser obligado judicialmente a ello, a solicitud del otro". En tal aspecto, se afirma[155] que el deber de socorro que existe entre los esposos, constituye una *obligación legal de alimentos*, pero a diferencia del deber alimentario legal propiamente dicho, no requiere que la parte acreedora se encuentre en estado de necesidad. En consecuencia, el deber conyugal normal que establece el artículo 139 del Código Civil para los cónyuges, es más amplio y extenso que la obligación excepcional que ellos también tienen por disposición del artículo 286[156] *eiusdem*.

[155] Francisco López Herrera, *Derecho de Familia*, Vol. 1, pp. 460 y 461, 2ª edic., UCAB, Caracas, 2006.

[156] La persona casada, cualquiera que sea su edad, no podrá exigir alimentos a las personas mencionadas en el artículo anterior sino en el caso de que su cónyuge se encuentre en el mismo estado de necesidad o carezca de recursos o medios propios y suficientes para suministrárselos; en caso contrario, la obligación de alimentos recae, en primer lugar, sobre dicho cónyuge, de conformidad con las disposiciones que regulan esta obligación como un efecto del matrimonio en el Título IV, Capítulo XI, Sección I del Libro Primero del presente Código.

El incumplimiento del deber de asistencia conyugal, tanto afectivo (socorro mutuo) como material (económico o patrimonial), puede configurar el abandono voluntario como causal de divorcio. La falta de asistencia recíproca, en orden a la satisfacción de las necesidades materiales, da derecho al cónyuge afectado a que el incumpliente sea obligado judicialmente a suministrarle alimentos. Lo mismo pareciera no ocurrir en el ámbito de las relaciones *more uxorio*, en razón de celebrarse el matrimonio según determinadas formalidades legales; mientras que la unión de hecho se inicia (no se contrae o celebra), en nuestro país hasta ahora, con fundamento en el afecto recíproco y sin ninguna exigencia legal, lo cual podría indicar no existir obligación legal alguna en orden al cumplimiento de deberes y el ejercicio de derechos, sino que se trata, posiblemente, de un aspecto solamente moral e incoercible, pero no es así.

La Sala Constitucional del TSJ, en el mencionado caso (Carmela Mampieri Giuliani), afirma que "Debido a lo expuesto, pasa la Sala a examinar los efectos del matrimonio aplicables a las uniones estables y al concubinato, y ella considera que los deberes que el artículo 137 del Código Civil impone a los cónyuges y cuya violación se convierte en causales de divorcio (ver en el artículo 185 del Código Civil los ordinales 1° y 2°), no existen en el concubinato ni en las otras uniones". Sin embargo, en la misma decisión afirma: "En cuanto al deber de socorrerse mutuamente, contemplado para los cónyuges en el artículo 137 del Código Civil, la Sala considera que éste sí existe en cualquier tipo de unión, ya que si legalmente las uniones (o al menos el concubinato) generan derechos –como los alimentarios– los cuales normalmente corresponden a los cónyuges mientras dure el matrimonio, los componentes de estas uniones de hecho deben tener también esos derechos, como luego se explica, y ello se corresponde con el deber de socorro mutuo comentado"; y que, "equiparando a los concubinos o a los unidos a los cónyuges en lo compatible entre estas figuras y el matrimonio, considera la Sala que mientras exista la unión, cada uno podrá exigir alimentos al otro partícipe, a menos que carezca de recursos o bienes propios para

suministrarlos, caso en que podrá exigirlos a las personas señaladas en el artículo 285[157] del Código Civil.

En relación con lo previsto en el artículo 285 del Código Civil, aparecen dos aspectos por considerar: (i) El primero se relaciona con los convivientes que se deben alimentos congruos recíprocamente, y la obligación de suministrarlos presupone la imposibilidad de suministrárselos quien los exige, así como la capacidad económica del que está obligado a suministrarlos; y, asimismo, si alguno de los convivientes, o ambos, no están en condiciones económicas para cumplir con la obligación alimentaria; ésta corresponde a los descendientes por orden de proximidad, después a los ascendientes, y a falta de unos y otros, se extiende a los hermanos y hermanas. Y como contempla el artículo 285 *eiusdem* e *in fine*, si ninguna de estas personas existe o posee medios para cumplir con las obligaciones expresadas, el Juez competente podrá imponer a los tíos y sobrinos, la prestación de alimentos estrictamente necesarios para asegurar alojamiento y comida al que los reclama, cuando éste sea de edad avanzada o esté entredicho; (ii) Y la segunda cuestión se refiere a la problemática procedimental para la obtención de alimentos entre convivientes, pues si cohabitan no es lo mismo si han disuelto su convivencia (de modo unilateral, recíprocamente o por causa de muerte), pues en este último caso no existe la obligación alimentaria; a diferencia de lo que ocurre en el divorcio, pues cuando éste ha sido declarado por algunas de las causales previstas en los ordinales 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del artículo 185 del Código Civil, el Tribunal que lo declare podrá conceder pensión alimentaria al cónyuge que no haya dado motivo al juicio, cuando éste, por incapacidad física u otro impedimento, se encuentra imposibilitado para trabajar y carece de otros medios para sufragar sus

[157] Art. 285.- La obligación de alimentos recae sobre los descendientes, por orden de proximidad; después sobre los ascendientes y, a falta de uno y otros, se extiende a los hermanos y hermanas.
Si ninguna de estas personas existe o posee medios para cumplir con las obligaciones expresadas, el Juez competente podrá imponer a los tíos y sobrinos, la prestación de alimentos estrictamente necesarios para asegurar alojamiento y comida al que los reclama, cuando éste sea de edad avanzada o esté entredicho.

necesidades; y esta obligación subsiste mientras dure la incapacidad o el impedimento y cesa con la muerte del obligado, del beneficiario, o si este último contrae nuevo matrimonio, tal como lo previene el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil.

En el primer caso de la anterior hipótesis (cuando existe la convivencia), habría que observar lo que previene el artículo 747 del Código de Procedimiento Civil (aplicable a los mayores de edad, pues para los menores priva lo dispuesto en LOPNNA[158]), según el cual (a) *Cuando la unión more uxorio ha sido judicialmente declarada*: "Siempre que conste de modo auténtico la cualidad del acreedor y del deudor de la obligación alimentaria, en virtud de la cual pretenda el demandante tener derecho a los alimentos, la respectiva demanda se sustanciará y decidirá por los trámites del procedimiento breve previsto en el Título XII, Libro Cuarto de este Código, salvo lo que dispongan leyes especiales"; por lo cual a solicitud del demandante, y con base en los elementos y pruebas que le sean presentados; por lo cual y conforme al artículo 12 de la Ley sobre Protección a la Familia, el Juez podrá tomar las medidas siguientes: 1.- Ordenar al deudor de sueldos, salarios, pensiones u otras rentas del obligado que retenga la cantidad fijada y la entregue a la persona indicada. 2.- Señalar otros bienes del obligado, dictar respecto de ellos las medidas preventivas que considere convenientes, someterlas a administración especial o fiscalizar su administración por parte del obligado resolviendo en todo caso acerca de la forma como se ha de entregar la cantidad que se obtenga. Podrá, también, constituir un fideicomiso sobre determinado bien del obligado a favor de sus beneficiarios, al cual se aplicarán en cuanto correspondan los artículos 14, 15, 16, 18, 20, 26 y 27 de la Ley de Fideicomiso (el Capítulo I de la Ley sobre Protección a la Familia fue derogado expresamente por el artículo 684 de LOPNNA); no obstante, el fideicomiso no será necesariamente re-

[158] La obligación de manutención se extingue por haber alcanzado la mayoridad el beneficiario o la beneficiaria de la misma, excepto que padezca discapacidades físicas o mentales que le impidan proveer su propio sustento, o cuando se encuentre cursando estudios que, por su naturaleza, le impidan realizar trabajos remunerados, caso en el cual la obligación puede extenderse hasta los veinticinco años de edad, previa aprobación judicial.

munerado y el Juez podrá nombrar fiduciario a toda persona capaz de contratar en cuyo caso el artículo 31 de la Ley de Fideicomiso se aplicara también a los fiduciarios que sean personas naturales y a los administradores de personas jurídicas que no sean Bancos o Compañías de Seguros. 3.- Tomar sobre el patrimonio del obligado, a su prudente arbitrio, las medidas preventivas o ejecutivas que juzgue convenientes hasta por una suma que cubra las pensiones atrasadas más dos años de pensiones por vencerse. El Juez podrá disponer que la cantidad que se obtenga sea depositada en un Banco para su entrega periódica al beneficiario o tomar las medidas que crea convenientes acerca de la inversión, administración y entrega de dicha cantidad.

El juez competente para conocer de este procedimiento es el de Primera Instancia en lo Civil del domicilio del demandante, o el del demandado, a elección de aquél (art. 750, CPC). **(b)** *Cuando la unión more uxorio no ha sido judicialmente declarada*: cuando la cualidad del acreedor y del deudor de la obligación alimentaria no conste de modo auténtico, la demanda se sustanciará y decidirá por las reglas del procedimiento ordinario (art. 751, CPC). En este punto observa que para reclamar los efectos de la unión estable de hecho, se debe previamente obtener la declaración de su existencia a través de la sentencia definitivamente, en cuya demanda puede cumularse la pretensión alimentaria (*Vid.* Cap. IV, 2.2, la acumulación de pretensiones) para que el Tribunal en esa sentencia la resuelva; pues para la Sala Constitucional en la sentencia interpretativa en comentario, "equiparando a los concubinos o a los unidos a los cónyuges en lo compatible entre estas figuras y el matrimonio, considera la Sala que mientras exista la unión, cada uno podrá exigir alimentos al otro partícipe, a menos que carezca de recursos o bienes propios para suministrarlos, caso en que podrá exigirlos a las personas señaladas en el artículo 285 del Código Civil; e igualmente, en caso de declaración de ausencia de uno de los miembros de la unión, la otra podrá obtener una pensión alimentaria conforme al artículo 427 del Código Civil. En los casos en que se incoen acciones sucesorales o alimentarias, o contra terceros, sin que exista previamente una declaración judicial de la existencia del concubinato o la unión estable, la demanda requerirá que se declaren éstas previamente, por lo que en la

misma deberá alegarse y probarse tal condición". Sin embargo, si uno de los convivientes está necesitado de alimentos, que constituyen los recursos o medios necesarios para que una persona pueda subsistir, ¿tiene que probar previamente la existencia de la unión fáctica mediante sentencia definitivamente que la declare y con la misma –como instrumento fundamental– sólo así solicitar alimentos al otro? Obviamente que el proceso declarativo puede durar varios años y el conviviente o la conviviente necesitada, no puede esperar y se trata de un derecho humano como el de la vida. En tal situación, el Tribunal con fundamento en los elementos y pruebas que le sean presentados puede acordar cualesquiera de las medidas a que se contrae el citado artículo 12 de la Ley sobre Protección a la Familia.

1.4 *DERECHO A USAR EL APELLIDO*

El *estado civil* es la situación en que encuentra la persona natural, determinada por sus relaciones de familia, provenientes del matrimonio o del parentesco, que establece ciertos derechos y deberes. Por lo general, los Estados llevan un registro público con los datos personales básicos de los ciudadanos y ciudadanas, donde se incluye el estado civil. A este registro se le denomina Registro Civil, y aun cuando las distinciones del estado civil de una persona pueden ser variables de un Estado a otro, la enunciación de esos estados civiles de las personas se refiere especialmente en relación con la institución del matrimonio: soltero o soltera, casado o casada, viudo o viuda, divorciado o divorciada. Por eso, toda persona tiene un estado civil que es uno e indivisible, y permanente mientras no se obtenga otro. Las leyes del estado civil son de orden público, es decir, no se transfieren, transmiten ni se renuncian.

La mujer casada podrá usar el apellido de su marido, mientras exista el matrimonio, y aun después de disuelto el mismo por causa de muerte, mientras no contraiga nuevo matrimonio. La negativa a usar el apellido del marido no constituye falta a los deberes conyugales. En cambio, es obvio que la conviviente *more uxorio* no puede legalmente usar el apellido de su conviviente, pues la condición de concubina –aun cuando comprobada la existencia de la unión fáctica mediante sentencia firme– no es un estado civil.

1.5 *DOMICILIO CONVIVENCIAL*

El domicilio conyugal es el lugar donde el marido y la mujer establecen de mutuo acuerdo su residencia, y en caso de que los cónyuges tuvieren residencias separadas, de hecho o en virtud de la autorización judicial prevista en el artículo 138 del Código Civil, el domicilio conyugal será el lugar de su *última residencia*; en cambio, el domicilio de la pareja *more uxorio* será el lugar donde los convivientes de mutuo acuerdo establecen su residencia, es decir, donde ejercen sus derechos y cumplen sus deberes de orden afectivo y moral.

Sin embargo, no existe procedimiento legal alguno que faculte a uno de los convivientes para solicitar al Tribunal competente autorización para separarse legalmente de esa residencia, pues para constituirla no procedieron cumpliendo alguna formalidad legal, que hasta ahora no existe en Venezuela, sino como consecuencia de la espontaneidad recíproca convivencial; máxime cuando cualesquiera de los convivientes puede libremente cambiar su residencia sin que ello signifique la violación de alguna norma legal, salvo únicamente la influencia que podría tener al momento de calificar esa unión en orden a su estabilidad; mientras que el cambio de la residencia conyugal sólo puede efectuarse si ambos cónyuges están de acuerdo, tal como lo preceptúa el artículo 140ª del Código Civil[159]; pues el abandono voluntario constituye motivo o causa de divorcio con fundamento en el numeral 2º del artículo 185 *eiusdem*, como incumplimiento voluntario, grave e injustificado de los deberes conyugales, de asistencia, socorro y convivencia (*abandono genérico*, que puede ocurrir sin necesidad del abandono del hogar común por uno de los cónyuges); o *abandono específico* consistente en el abandono del hogar común de modo permanente, grave y voluntario, yéndose a vivir permanentemente a otro lugar.

[159] Según el artículo 140ª del Código Civil, el domicilio conyugal será el lugar donde el marido y la mujer tengan establecida de mutuo acuerdo, su residencia. En caso de que los cónyuges tuvieren residencias separadas, de hecho o en virtud de la autorización judicial prevista en el artículo 138, el domicilio conyugal será el lugar de la última residencia común. El cambio de residencia sólo podrá hacerse si ambos cónyuges están de acuerdo en ello. Como se observa, el vocablo residencia tiene en esa norma la equivalencia o significado de domicilio.

1.6 *EN RELACIÓN A LOS HIJOS E HIJAS*

Cualquiera sea la relación existente entre los progenitores, los hijos e hijas nacidas tienen el ejercicio y disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías, a través de la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben brindarles desde el momento de su concepción; máxime cuando la maternidad y la paternidad son protegidas, cualquiera sea el estado civil de la madre y el padre. Es más, comprobada la filiación, el hijo concebido y nacido fuera del matrimonio tiene la misma condición que el hijo nacido o concebido durante el matrimonio con relación al padre y a la madre y a los parientes consanguíneos de éstos, pues así lo contempla el artículo 234 del Código Civil. La Constitución Nacional vigente en su artículo 75 estatuye que "Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados y criadas y a desarrollarse en el seno de la familia de origen. Cuando ello no sea posible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley"; y los mismos "son sujetos plenos de derechos y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales" (art. 78 *eiusdem*). Y, "Todos los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho; en consecuencia, gozan de todos los derechos y garantías consagrados en favor de las personas en el ordenamiento jurídico, especialmente aquellos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño" (art. 10, LOPNNA).

1.7 *EN MATERIA DE ADOPCIÓN*

En materia de adopción, los convivientes podían adoptar, pero no conjuntamente, pues la adopción conjunta estaba reservada a los cónyuges no separados legalmente. Así se desprendía de lo establecido en el artículo 411 de LOPNA anterior, al contemplar: "La adopción puede ser solicitada, en forma conjunta por cónyuges no separados legalmente, de manera individual por cualquier persona con capacidad para adoptar, con independencia de su estado civil". Ahora, según la nueva Ley (Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, publicada en *Gaceta Oficial* Nº 5.859 (Extraordinario) de fecha 10 de diciembre de 2007), pueden adoptar las parejas conformadas por un hombre y una mujer que mantengan una unión estable de hecho que cumpla los requi-

sitos establecidos en la Ley, así como también cualquier persona con capacidad para adoptar, con independencia de su estado civil. Así, el artículo 411 pauta: "La adopción también puede ser conjunta o individual. La adopción conjunta sólo puede ser solicitada por cónyuges no separados o separadas legalmente, *y por parejas conformadas por un hombre y una mujer, que mantengan una unión estable de hecho que cumpla los requisitos establecidos en la Ley*. La adopción individual puede ser solicitada por cualquier persona con capacidad para adoptar, con independencia de su estado civil. Toda adopción debe ser plena" (destacado nuestro).

¿Con fundamento en esta norma legal será o no necesaria la declaratoria judicial previa de la existencia de la unión concubinaria para que proceda la adopción conjunta por los convivientes? No, al contrario. De manera laxa pudiera pensarse que en tal caso sí, por tratarse de una materia diferente a la regulada en el artículo 77 constitucional como es la de los efectos personales y patrimoniales del matrimonio, y que el citado artículo 411 no exige la demostración existencial (jurídica) de la unión concubinaria, pero tampoco es así, pues la pareja estable de hecho debe cumplir con los requisitos establecidos en la Ley como esa norma claramente exige (*Vid.* Cap. V, 1 y 2). La Ley, mientras no se dicte la especial que regule las uniones estables de hecho, continuará siendo el Código Civil en orden a las normas atinentes al matrimonio que resulten aplicables y la demostración de la unión convivencial; en tal caso, será la sentencia definitivamente firme que declare su existencia, como documento fundamental para que la pareja de convivientes solicite la adopción de modo conjunto dentro de los requisitos establecidos en la Ley.

1.8 *ESTADO DE PARIENTE AFÍN*

Conforme al artículo 40 del Código Civil, la afinidad es el vínculo de parentesco que existe entre cada uno de los cónyuges y los consanguíneos del otro; por lo cual sin el matrimonio y del parentesco consanguíneo de alguno de los cónyuges con terceras personas, no existe el vínculo de afinidad. Por eso se dice que las fuentes de la afinidad son, al mismo tiempo, el matrimonio y la filiación. Es un vínculo jurídico que se crea

como efecto propio de la realización del acto matrimonial, y no desaparece por la extinción del matrimonio, aunque no existan hijos, excepto para ciertos efectos y en los casos especialmente determinados en la ley; y en la misma línea y en el mismo grado en que una persona es pariente consanguíneo de uno de los cónyuges, es afín del otro, como previene el artículo 40 *eiusdem*.

Si el vínculo de consanguinidad de uno de los esposos con una tercera persona es matrimonial (legítimo), opina Francisco López Herrera[160], el cónyuge de ese esposo es afín matrimonial (legítimo) de dicho tercero; en cambio, si tal consanguinidad es extramatrimonial (ilegítima), la afinidad del esposo con esa tercera persona es también extramatrimonial (ilegítima); y por último, cuando la consanguinidad que une a uno de los cónyuges con otra persona deriva de una adopción (actual), el esposo o la esposa de aquél es afín neutro del tercero en cuestión. En consecuencia, el hermano matrimonial (legítimo) del esposo, es afín matrimonial (legítimo) de la cónyuge; el hermano extramatrimonial (ilegítimo) del esposo, es afín extramatrimonial (ilegítimo) de la cónyuge; y el hermano por adopción del esposo, es afín neutro de la cónyuge.

La unión convivencial o concubinaria no genera ningún vínculo de afinidad entre uno de los convivientes y los consanguíneos del otro, pues el vínculo de afinidad únicamente existe entre cada cónyuge y los parientes consanguíneos del otro.

2. EFECTOS PATRIMONIALES

Si bien la coercibilidad de la ley no opera absolutamente en el ámbito de los efectos personales entre convivientes, lo mismo no podría afirmarse en orden a las relaciones de orden patrimonial entre los mismos, con las diferencias que se producen, en algunos aspectos, cuando se trata de la unión de hecho y la unión matrimonial.

[160] *Derecho de Familia,* Vol. 1, p. 72, 2ª edic. UCAB, Caracas, 2006.

Según el artículo 141 del Código Civil: "El matrimonio, en lo que se relaciona con los bienes, se rige por las convenciones de las partes y por la ley". Se trata del régimen patrimonial existente entre los cónyuges, como consecuencia del matrimonio, que han adoptado los mismos antes de contraerlo, a través de las capitulaciones matrimoniales; o, en su defecto, supletoriamente, será aquel régimen de bienes determinados por la ley. Por eso, el régimen patrimonial matrimonial siempre está vinculado al matrimonio, como un convenio o pacto accesorio del mismo, pues al celebrarse el matrimonio surgen *ipso iure* efectos de orden personal y patrimonial que son regulados por la ley.

Fuera del matrimonio el acuerdo a través del cual un hombre y una mujer, que decidan convivir *more uxorio* y establezcan un régimen de bienes, no dejará de ser una comunidad patrimonial entre esas dos personas, que se regula por las disposiciones que los convivientes adopten (Cap. IV, 8); en cuyo caso de aprobar los mismos la separación de los bienes, no resulta absurdo que así será. No mediando ese acuerdo escriturado su régimen de bienes, durante la convivencia *more uxorio* se regirá, en lo que resulte aplicable, por las disposiciones del Código Civil que regulan la comunidad legal de bienes aplicables al matrimonio, vale decir, las ganancias o beneficios que obtengan durante la existencia de la unión de hecho estable, se liquidarán de por mitad, según las normas que rigen la comunidad ordinaria conforme a la presunción de comunidad, salvo la prueba en contrario a que se contrae el artículo 164 del Código Civil; presunción de comunidad que también se aprecia conforme a lo dispuesto en el artículo 767 *eiusdem*, siempre que el conviviente o la conviviente, en su caso, demuestre que ha vivido permanentemente en ese estado y que los bienes fueron adquiridos durante la existencia de esa unión, sin importar a nombre de quién se encuentren, dentro de la advertencia perceptible que hace esa norma sobre la "presunción de comunidad" al estatuir para desvirtuarla: "*Lo dispuesto en este artículo no se aplica si uno de ellos está casado"*. (Destacado nuestro).

El artículo 168 del Código Civil exige el consentimiento de ambos cónyuges para realizar actos de disposición a título oneroso o gratuito, cuando se trata de inmuebles, derechos o bienes muebles sujetos a régimen de publicidad, acciones, obligaciones y cuotas de compañías, fondos de

comercio, así como aportes de dichos bienes a sociedades. ¿El mismo principio se aplica a la unión de hecho? Varias circunstancias indican la dificultad en la praxis:

Previamente el conviviente, en su caso, tendrá que probar la existencia de la unión estable de hecho, demostrando el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 77 constitucional, a través de la sentencia definitivamente firme que la declare.

Tomando en consideración el artículo 170 del Código Civil, los actos cumplidos por el conviviente o la conviviente sin el necesario consentimiento del otro y no convalidados por éste, son anulables cuando quien haya participado en algún acto de disposición con el cónyuge actuante tuviere motivo para conocer que los bienes afectados por dichos actos pertenecían a la comunidad conyugal. Quedan a salvo los derechos de los terceros de buena fe que, no habiendo participado en el acto realizado con el cónyuge, hubiesen registrado su título con anterioridad al registro de la demanda de nulidad. En caso de bienes inmuebles, se procederá a estampar en el protocolo correspondiente la nota marginal referente a la demanda de nulidad; en los otros casos, se tomarán las providencias que garanticen la protección de los terceros de buena fe.

Sin embargo, es necesario que el bien sobre el que se ha realizado el acto de disposición pertenece, o pertenecía a la comunidad concubinaria, para sólo en este último caso posiblemente pueda resultar favorable la acción de anulabilidad (nulidad relativa) del acto realizado por el otro conviviente sin el necesario consentimiento del afectado por el acto de disposición. De no proceder esta acción, debido a convalidación del acto de modo expreso o tácitamente por causa de haber caducado (no la ejerció dentro de los 5 años a contar de la realización del acto, de haber sido declarada la existencia de la unión convivencial mediante sentencia firme, y bajo la misma hipótesis desde que tuvo conocimiento del acto en caso de dolo, art. 1.346 CC), o resultar improcedente la acción de nulidad relativa; de manera difícil de comprender sólo le correspondería la acción por los daños y perjuicios a

que alude el artículo 170[161] del Código Civil, siempre que la intente dentro del año a contar de la fecha en que tuvo conocimiento del acto y de haber sido declarada la existencia de la unión convivencial mediante sentencia firme, y no menos complejo aún precisar que en todo caso, al año después de la disolución de la comunidad concubinaria (probando primero la unión convivencial por medio de la aludida sentencia y después el hecho y momento de la extinción).

Cuando la unión convivencial ha sido declarada por sentencia definitivamente firme e inscrita registralmente, aun cuando el artículo 507 del Código Civil no contempla esta exigencia, parece aplicable el artículo 168 del Código Civil (en cuanto a la administración extraordinaria) y requerirse el necesario consentimiento de ambos convivientes para enajenar a título gratuito u oneroso o para gravar los bienes gananciales, cuando se trata de inmuebles, derechos o bienes muebles sometidos a

[161] El artículo 170 del Código Civil estatuye: "Los actos cumplidos por el cónyuge sin el necesario consentimiento del otro y no convalidados por éste, son anulables cuando quien haya participado en algún acto de disposición con el cónyuge actuante tuviere motivo para conocer que los bienes afectados por dichos actos pertenecían a la comunidad conyugal.
Quedan a salvo los derechos de los terceros de buena fe que, no habiendo participado en el acto realizado con el cónyuge, hubiesen registrado su título con anterioridad al registro de la demanda de nulidad.
En caso de bienes inmuebles se procederá a estampar en el protocolo correspondiente la nota marginal referente a la demanda de nulidad; en los otros casos, se tomarán las providencias que garanticen la protección de los terceros de buena fe.
La acción corresponde al cónyuge cuyo consentimiento era necesario y caducará a los cinco (5) años de la inscripción del acto en los registros correspondientes o en los libros de las sociedades si se trata de acciones, obligaciones o cuotas de participación. Esta acción se transmitirá a los herederos del cónyuge legitimado si éste fallece dentro del lapso útil para intentarla.
Cuando no procede la nulidad, el cónyuge afectado sólo tendrá acción contra el otro por los daños y perjuicios que le hubiere causado. Esta acción caducará al año de la fecha en que ha tenido conocimiento del acto y, en todo caso, al año después de la disolución de la comunidad conyugal. En la decisión *in commento*, "...A juicio de esta Sala, dados los efectos que se reconocen a la "unión estable", sería una fuente de fraude para los acreedores de cualquiera de los concubinos, aceptar que uno vendiera al otro los bienes comunes documentados a su nombre o poseídos por él y, en consecuencia, quien demuestre que la venta ha ocurrido entre ellos, puede invocar la existencia de la unión y tratarlos como bienes comunes o, según los casos, pedir la nulidad del negocio...".

régimen de publicidad, acciones, obligaciones y cuotas de compañías, fondos de comercio, así como aportes de dichos bienes a sociedades. Sin embargo, cuando el conviviente o la conviviente procede a realizar el acto de administración extraordinaria, el funcionario presencial del acto de enajenación o disposición de que se trate no tiene facultad para requerir el consentimiento del otro conviviente, pues el concubinato no confiere el estado civil de "concubino" o "concubina".

La legitimación en juicio que correspondería a los dos concubinos en forma conjunta, para las respectivas acciones, del modo como previene el artículo 168 del Código Civil, siempre y cuando los dos hayan intervenido realizando el acto de enajenación o gravamen.

No es lo mismo el matrimonio que la unión estable de hecho (*Vid.* Cap. II), no "nacen" de la misma forma ni se prueban de la misma manera, no son iguales; y aun cuando para la existencia de la unión *more uxorio* no requiere la inserción de la sentencia en el Registro Civil para que de inmediato produzca los efectos[162], sin embargo dentro del año siguiente a su publicación podrán los interesados que no intervinieron en el juicio, demandar a todos los que fueron parte en él, sin excepción alguna, para que se declare la falsedad del estado reconocido en el fallo impugnado, pero no tendrán este recurso los herederos ni los causahabientes de los convivientes *more uxorio* en el primer juicio, ni los que no intervinieron en él a pesar de haber tenido conoci-

[162] Diferente resulta el caso, por ejemplo, cuando se trata del numeral 1º del artículo 507 del Código Civil, en materia de divorcio, que la sentencia surte efecto entre las partes desde que la misma ha quedado definitivamente firme, aun cuando no haya sido ejecutoriada, y para su oponibilidad a terceros se requiere su incorporación al Registro del Estado Civil. Al respecto, la Sala de Casación Civil del TSJ en decisión de fecha 3 de diciembre de 2001 (caso: P.A. Contreras contra N.A. Rivas), dispuso que la doctrina fijada por la Sala puede sintetizarse de la siguiente manera: 1.- La sentencia que declara el divorcio surte plenos efectos entre las partes desde el momento en que ha quedado definitivamente firme, aun cuando no se haya decretado su ejecución; y 2.- La disolución del vínculo conyugal y el cese de la comunidad de gananciales no tiene efecto frente a terceros, sino a partir de su inscripción en el Registro del Estado Civil, tal como lo indica el ordinal 1º del artículo 507 de Código Civil.

miento oportuno de la instauración del procedimiento (*Vid.* art. 507, CC); lo que resulta demostrativo –entre otros ejemplos que pueden suministrarse– de la fragilidad de la merodeclarativa en aquel aspecto (y no tanto por este motivo, sino porque el artículo 168 es exclusivo para el matrimonio mientras la ley contemple lo contrario); que impide o dificulta la aplicación del artículo 168 del Código Civil (tratándose del *consentimiento* a que el mismo se refiere).

A tenor de lo pautado en el artículo 168 del Código Civil, el Juez podrá autorizar a uno de los convivientes para que realice por sí solo, sobre bienes de la comunidad, alguno de los actos para cuya validez se requiere el consentimiento del otro, cuando éste se encuentre imposibilitado para manifestar su voluntad y los intereses de la familia así lo impongan; pudiendo, asimismo, acordar que el acto lo realice uno de los convivientes cuando la negativa del otro fuere injustificada y los mismos intereses familiares así lo exijan. En estos casos el Juez decidirá con conocimiento de causa con previa audiencia del otro conviviente, si éste no estuviere imposibilitado, tomando en consideración la inversión que haya de darse a los fondos provenientes del acto que se propone realizar. Ahora bien, para que el juez decida con conocimiento de causa, la solicitud debe contener el hecho o los hechos demostrativos de procedencia de la misma, sino también que la unión fáctica esté probada mediante sentencia declarativa definitivamente firme y se acompañe instrumento público o auténtico donde conste que el bien pertenece a la comunidad.

Conforme al artículo 171 del Código Civil, puede afirmarse que en el caso de excederse alguno de los convivientes de los límites de una administración regular o arriesgue con imprudencia los bienes comunes que está administrando, el Juez podrá, a solicitud del otro conviviente, dictar las providencias que estime conducentes a evitar aquel peligro, previo conocimiento de causa. De lo decidido se oirá apelación en un solo efecto, si se acordaren las medidas y libremente, en caso contrario. Y para que el juez decida con conocimiento de causa, la solicitud debe contener no sólo el hecho o los hechos demostrativos de procedencia de la misma, sino también que la unión fáctica esté probada mediante sentencia declarativa definitivamente firme y se acompañe instrumento

público o auténtico donde conste que el bien pertenece a la comunidad. Sin embargo, de haberse disuelto o extinguido la unión convivencial por la voluntad de ambos o de uno solo de los convivientes, la comunidad patrimonial estará en expectativa de liquidación, en cuya circunstancia parece dudable la procedencia de la solicitud.

Serán bienes propios de cada conviviente *more uxorio* los que le pertenecen al tiempo de iniciar la convivencia declarada por sentencia definitivamente firme, así como los que durante la misma adquieran por donación, herencia, legado o por cualquier otro título lucrativo; como también los bienes derivados de las accesiones naturales y la plusvalía de dichos bienes, los tesoros y bienes muebles abandonados que hallare alguno de los convivientes, así como los vestidos, joyas y otros enseres u objetos de uso personal o exclusivo de la mujer o el hombre (art. 151, CC).

Asimismo, se harán propios del respectivo concubino los bienes adquiridos durante la unión fáctica, es decir, por permuta con otros bienes propios del conviviente; por derecho de retracto ejercido sobre los bienes propios por el respectivo concubino y con dinero de su patrimonio; por dación en pago hecha al respectivo conviviente por obligaciones provenientes de bienes propios; los bienes; los bienes que adquiera durante el concubinato a título oneroso, cuando la causa de adquisición ha precedido a la convivencia; la indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades, deducidas las primas pagadas por la comunidad convivencial; por compra hecha con dinero proveniente de la enajenación de otros bienes propios del concubino adquirente; por compra hecha con dinero propio del conviviente adquirente, siempre que haga constar la procedencia del dinero y que la adquisición la hace para sí. En caso de fraude, quedan a salvo las acciones de los perjudicados para hacer declarar judicialmente a quién corresponde la propiedad adquirida (art. 152, CC).

Siempre con la observación en cuanto a que la unión convivencial debe ser declarada mediante sentencia definitivamente firme, para poder reclamar los efectos o consecuencias de aquélla, no obstante cualquier

convenio o pacto entre convivientes, el derecho de autor corresponde exclusivamente al conviviente o la conviviente autora o derechohabiente del autor; y en caso de muerte del conviviente autor o de la conviviente autora, siempre que el otro o la otra conviviente lo sobreviva o la sobreviva, los derechos de autor sobre las obras creadas durante la convivencia, se incluirán dentro de los bienes comunes a los efectos de la liquidación de la comunidad de bienes que existiere; e igualmente los proventos derivados de la explotación de una obra del ingenio obtenidos durante la unión fáctica (declarada judicialmente), directamente o mediante cesión de los derechos de explotación, son bienes comunitarios convivenciales (*Vid.* arts. 34 y 35, Ley sobre el Derecho de Autor).

Son, asimismo, bienes de la comunidad convivencial, los adquiridos título oneroso durante la unión fáctica, a costa del caudal común, bien se haga la adquisición a nombre de los dos o al de uno de los concubinos; los obtenidos por la industria, profesión, oficio, sueldo o trabajo de alguno de los convivientes, así como los frutos, rentas o intereses devengados durante la convivencia, procedentes de los bienes comunes o de los peculiares de cada uno de los concubinos (*Vid.* art. 156, CC).

Igualmente, cuando pertenezca a uno de los convivientes una cantidad pagadera en cierto número de años, no corresponden a la comunidad las cantidades cobradas en los plazos vencidos durante la convivencia, sino se estimarán como parte de los bienes propios, deducidos los gastos de su cobranza (art. 157, CC).

El aumento de valor por *mejoras* hechas en los bienes propios de los convivientes, con dinero de la comunidad fáctica, o por industria de sus integrantes, pertenece a la comunidad estable de hecho (art. 163, CC); mientras que la *plusvalía* o mayor valor que adquiera el bien propio de cualesquiera de los convivientes corresponde exclusivamente a su propietario o propietaria convivencial, pues para la adquisición de ese mayor valor no hay ninguna inversión comunitaria, ni dinero habido que sea de la comunidad; mayor valor que adquiere el bien por el solo transcurso del tiempo, por causa de inflación o de circunstancias externas a la relación convivencial (obras contiguas o cercanas realizadas por el Estado o particulares, la escasez de bienes de esa cate-

goría o del que se trata,). El bien adquiere un mayor valor por causa de la intervención de un agente o elemento externo a los convivientes, sin el esfuerzo de los mismos o alguno de ellos, de modo espontáneo en cuanto no se ha previsto su mayor valor. La plusvalía es un accesorio que deviene de su principal.

Tomando en consideración el artículo 156 del Código Civil, son bienes de la comunidad convivencial: 1º- Los bienes adquiridos por título oneroso durante la convivencia, a costa del caudal común, bien se haga la adquisición a nombre de la comunidad (de los dos, pues la comunidad no es una persona jurídica) o al de uno de los convivientes; entendiéndose esto último de tal manera siempre que el bien o los bienes que se adquieran a nombre de uno de los convivientes no sea por causa o motivo de alguno de los supuestos contemplados en los artículos 151 (bienes propios) y 152 (bienes que se hacen propios) del Código Civil. 2º- Los obtenidos por la industria, profesión, oficio, sueldo o trabajo de alguno de los cónyuges, salvo –como observamos *supra*– el derecho de autor corresponde exclusivamente al conviviente o la conviviente autora o derechohabiente del autor; y en caso de muerte del conviviente autor o de la conviviente autora, siempre que el otro o la otra conviviente lo sobreviva o la sobreviva, los derechos de autor sobre las obras creadas durante la convivencia, se incluirán dentro de los bienes comunes a los efectos de la liquidación de la comunidad de bienes que existiere; e igualmente los proventos derivados de la explotación de una obra del ingenio obtenidos durante la unión fáctica (declarada judicialmente), directamente o mediante cesión de los derechos de explotación, son bienes comunitarios convivenciales (arts. 34 y 35). 3º- Los frutos, rentas o intereses devengados durante el matrimonio, procedentes de los bienes comunes o de los peculiares de cada uno de los cónyuges.

Cargas de la comunidad concubinaria. Partiendo de la inevitable exigencia previa del establecimiento de la comunidad convivencial a través de sentencia declarativa definitivamente firme de la unión fáctica, con fundamento en el artículo 77 constitucional, podría realizarse un parangón entre las cargas de la comunidad matrimonial y la convivencial, a objeto de determinar las cargas de esta última, con fundamento en el artículo 165 del Código Civil (puesto que la carga denota aquí

responsabilidad compartida entre los convivientes) para indicar que son de cargo de la comunidad establece de hecho, individualmente considerada porque "la comunidad" carece de personalidad jurídica, al igual que la matrimonial:

Todas las deudas y obligaciones contraídas por cualquiera de los convivientes en los casos en que pueda obligar a la comunidad convivencial. Se está en presencia de la obligación contraída con el tercero (acreedor), cuya responsabilidad la asume el conviviente respectivo, pero si éste asume la obligación a través de un acto de administración comunitaria para el que está facultado, compromete los bienes comunes, puesto que cada uno de los convivientes puede administrar por sí solo los bienes de la comunidad que hubiere adquirido con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo. En cambio, cuando no actúa como administrador comunitario la obligación asumida corresponde únicamente al obligado.

Los réditos (renta de un capital prestado) caídos y los intereses vencidos durante la convivencia, a que estuvieren afectos, así los bienes propios de los convivientes como los comunes. Corresponde al deber de pagar periódicamente a los terceros acreedores por las rentas e intereses que alguno de los convivientes o ambos les adeuden, durante la convivencia.

Las reparaciones menores o de conservación, ejecutadas durante la convivencia en los bienes propios de cada uno de los convivientes. Se supone que los bienes que pertenecen a cada conviviente, como propios, pueden ser del común uso o disfrute, por lo cual es equitativo que tanto las reparaciones (menores o mayores según corresponda) como su conservación durante la convivencia, correspondan a la comunidad convivencial.

Todos los gastos que acarrea la administración de la comunidad convivencial. Se entiende por los mismos, los gastos de conservación, así como las reparaciones de los bienes comunitarios. Los pagos que se deban realizar dentro de la administración ordinaria, que son necesarios e inevitables en la actividad diaria. Pago de impuestos sobre bienes propios o comunes y por servicios, así como todos aquellos pagos que deben hacerse dentro de una administración normal u ordinaria.

El mantenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes y también los de uno sólo de los convivientes en los casos en que tienen derecho a alimentos. Comprende todos los gastos esenciales para el mantenimiento de la familia, tales como alimentación, vestido, vivienda, medicamentos, asistencia médica y social, y todo cuanto resulte necesario para su subsistencia. Y en relación con los hijos e hijas menores, la obligación de manutención que comprende todo lo relativo al sustento, vestido, habitación, educación, cultura, asistencia y atención médica, medicinas, recreación y deportes que requieren.

Los alimentos que cualquiera de los convivientes esté obligado por la Ley a dar a sus ascendientes, siempre que no puedan hacerlo con el producto de sus bienes propios. Cada conviviente tiene la obligación de dar alimentos a sus respectivos ascendientes cuando éstos no pueden suministrárselos. En tal caso, cuando el respectivo conviviente no está en capacidad de cumplir con esa obligación, la misma corresponde a la comunidad convivencial (se responde con los bienes comunes), y si éstos no alcanzan se responderá con los bienes propios del otro o la otra conviviente.

Pero también son de cargo de la comunidad –observando lo dispuesto en el artículo 166 del Código Civil– las donaciones hechas, por cualquier causa, a los hijos comunes, de mutuo acuerdo, por los convivientes. Si los bienes gananciales no alcanzaren, los convivientes responderán de la diferencia, con sus bienes propios, de por mitad. Y tomando en consideración lo dispuesto en el artículo 167 *eiusdem*, la responsabilidad civil por acto ilícito de un conviviente no perjudica al otro en sus bienes propios ni en su parte de los comunes.

CAPÍTULO VII

EL CONCUBINATO PUTATIVO

1. CRITERIO DE LA SALA CONSTITUCIONAL

En el comentado fallo correspondiente al caso Carmela Mampieri Giuliani, la Sala Constitucional declaró la existencia del *concubinato putativo* al afirmar lo siguiente:

> (...) Igualmente, la Sala tiene que examinar la posibilidad para uno de los miembros de una unión o concubinato, de la existencia del *concubinato putativo* 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 (...).

La buena fe consiste en la creencia errónea o equivocada por alguno de los convivientes o ambos, en cuanto a que no existe ningún impedimento legal que obstaculice su convivencia.

En atención a lo expresado por la Sala, allí se observan especialmente tres (3) inferencias:

> (i) La presencia del concubinato putativo que se genera cuando el concubino de buena fe ignora la condición de casado del otro. Pareciera, entonces, que no será putativo ante la existencia de los demás impedimentos dirimentes para contraer válidamente matrimonio. De ser así, entonces el concubinato putativo –a que se refiere la Sala Constitucional– se concreta únicamente al tipo que la misma determina de manera simplificada o reducida, es decir, únicamente cuando –existiendo buena fe como presupuesto condicionante y esencial–, acontece que uno de los convivientes es casado, aun cuando no se impide que ambos lo sean.
>
> La buena fe exigida consiste en el subjetivo estado de creencia, por parte de uno o de los dos convivientes, o de ambos, al tiempo de iniciar la convivencia de modo estable, desde que existe como unión *more uxorio,* que la inician válidamente aunque exista un error de hecho o de derecho, siempre que sea excusable, siendo indiferente el conocimiento posterior del error. La buena fe se presume, salvo prueba en contrario, que corresponde a quien la impugna.
>
> (ii) Ese desconocimiento o ignorancia del estado civil del otro conviviente, conduce a que el de buena fe goce de los beneficios o efectos del matrimonio putativo, en relación a los bienes. ¿Se traduce que, en tales casos, al concubinato putativo se aplican las normas del régimen de bienes en el matrimonio, pero no las atinentes a los efectos personales del mismo? De ser así, ¿qué ocurre con los efectos de orden personal interpareja y en relación con los hijos e hijas?
>
> (iii) Para la existencia del concubinato putativo debe previamente declararse judicialmente la existencia de la unión fáctica mediante sentencia definitivamente firme y, desde luego, producirse la declaración de nulidad de la misma mediante de-

cisión también definitivamente firme, aun cuando la Sala así no lo exige en este último caso. Pero, sin la declaración de nulidad no puede hablarse, en propiedad, de concubinato putativo, como no puede afirmarse el matrimonio putativo sin la sentencia que declare su nulidad.

1.1 *PRIMERA INFERENCIA*

En cuanto a la primera inferencia –sobre la presencia del *concubinato putativo que se genera cuando el concubino de buena fe ignora la condición de casado del otro*– indica que ese tipo de concubinato sólo se da cuando el concubino de buena fe ignora la condición de casado del otro; en cuyo caso, entonces, *no sería putativa la relación por otra causa distinta a la de existir un matrimonio anterior del conviviente de que se trate*. Sería putativo únicamente cuando se produjere la violación del artículo 50 del Código Civil, por causa de bigamia; pues no se permite ni es válido el matrimonio contraído por una persona ligada por otro anterior, ni el de un ministro de cualquier culto a quien le sea prohibido el matrimonio por su respectiva religión (art. 50, CC).

Conforme a la apreciación de la Sala Constitucional del TSJ, el concubinato putativo dependerá únicamente de ese motivo (la existencia de un matrimonio anterior ignorado por el concubino de buena fe), pero no lo será, haciendo nosotros un símil comparativo con lo afirmado por la Sala y por fuerza de lo dispuesto en el artículo 77 constitucional, entre otros, en los casos siguientes:

No sería putativo cuando el conviviente ignore que la mujer no ha cumplido catorce (14) años de edad, o el varón que no ha cumplido dieciséis (16) años (art. 46, CC); aun cuando no se requerirá la edad prescrita en el artículo 46, cuando: 1.- La mujer menor haya dado a luz un hijo o que se encuentre en estado de gravidez; y 2.- El varón menor cuando la mujer ha concebido un hijo que aquél reconoce como suyo o que ha sido declarado judicialmente como tal (art. 62, CC). No obstante, las personas que no hubiesen llegado a la edad requerida para contraer matrimonio válidamente, el mismo no podrá impugnarse: 1º- Cuando los contrayentes hayan alcanzado dicha edad sin que se haya iniciado el

juicio de nulidad; 2º- Cuando la mujer que no tenga la edad exigida, haya concebido. Sin embargo, como el matrimonio putativo es aquel declarado nulo pero válido para aquel de los cónyuges que lo contrajo de buena fe, con efectos desde su celebración hasta la sentencia de nulidad, siempre en beneficio de los hijos e hijas, entonces habría que observar que la unión *more uxorio* sería putativa para el conviviente o la conviviente que ignoraba la incapacidad del otro en relación a lo dispuesto en el artículo 46 en referencia, pero que no sería putativo si nos atenemos a que la Sala sólo se refiere al concubinato putativo cuando el concubino de buena fe ignora la condición de casado del otro.

Tampoco podría ser putativa la unión concubinaria, cuando se diere el caso de adolecer de impotencia manifiesta y permanente (art. 47, CC). *Mutatis mutandi*, la misma consideración que antecede y en relación con las subsiguientes anotaciones sobre la misma temática. La *impotencia permanente y manifiesta* imposibilita a la pareja tener hijos directamente. En medicina la *impotencia sexual* se refiere a la incapacidad de una persona para realizar el acto sexual. Existen distintos tipos de impotencia: *Impotencia coeundi* que significa la imposibilidad para el coito. *Impotencia erigendi (o disfunción eréctil)*, o la incapacidad para la erección del pene. *Impotencia generandi*, quiere decir la incapacidad de procrear, aunque la penetración sea posible, y es sinónimo de esterilidad. *Impotencia psíquica*, que depende de procesos mentales y no de causas físicas. Sin embargo, existe modernamente la tendencia a no considerar como impedimento para contraer matrimonio la impotencia, ni siquiera la inexistencia de órganos sexuales.

De igual manera, en el caso del entredicho por causa de demencia ni el que no se halle en su juicio (art. 47, CC). Para la ciencia médica, la demencia es la pérdida progresiva de las funciones cognitivas, debido a daños o desórdenes cerebrales más allá de los atribuibles al envejecimiento normal. La misma provoca incapacidad para la realización de las actividades de la vida diaria. Los déficits cognitivos pueden afectar a cualquiera de las funciones cerebrales, particularmente las áreas de la memoria, el lenguaje (afasia), la atención, las habilidades visuoconstructivas, las praxias y las funciones ejecutivas como la resolución de problemas o la inhibición de respuestas. Durante la evolu-

ción de la enfermedad se puede observar pérdida de orientación tanto espacio-temporal como de identidad. La demencia puede ser reversible o irreversible según el origen etiológico del desorden. Los dementes según avanza la enfermedad pueden mostrar también rasgos sicóticos, depresivos y delirios. Dentro de los síntomas conductuales, los primeros hallazgos consisten en cambios de personalidad o de conducta leves, que posteriormente se hacen más evidentes con cuadros de delirio o alucinaciones. Los dementes suelen experimentar cuadros de confusión al ser hospitalizados o secundarios a otras enfermedades como infecciones o alteraciones metabólicas. La demencia puede afectar el lenguaje, la comprensión, habilidades motoras, memoria de corto plazo, la capacidad de identificar elementos de uso cotidiano, el tiempo de reacción, rasgos de la personalidad y funciones ejecutivas. Aunque la alteración de la memoria pueda, en una minoría de casos. De no ser un síntoma inicialmente dominante, es la alteración típica de la actividad cognitiva en las demencias, sobre todo para la más frecuente que es la enfermedad de Alzheimer. Su presencia es condición esencial para considerar su diagnóstico.

Tampoco podría ser putativa la unión concubinaria entre convivientes ascendientes y descendientes, ni entre afines en línea recta (art. 51, CC).

No sería putativo el matrimonio entre hermanos (art. 52, CC). Se puede observar que el hijo de un matrimonio entre hermanos consanguíneos, al estilo del antiguo Egipto, tendría un grado de *implexión*[163] del 50% (tendría dos abuelos en vez de cuatro). Casi todas las sociedades han prohibido este tipo de matrimonios, por remotas normas de propagación y alianza entre clanes distintos Se ha intentado reforzar el precepto dándole un carácter higiénico (degeneración de la estirpe), aunque la experiencia obtenida en los cruces entre animales no apoya

[163] La implexión es la concurrencia en la ascendencia de una persona de antepasados vinculados a su vez entre sí por lazos de consanguinidad. En una palabra, es la medida del grado de endogamia entre los ascendientes de una persona. Podría considerarse también una medida de "heterodoxia social", toda vez que en la gran mayoría de las sociedades, encontramos el de la exogamia, que proporciona alianzas entre clanes distintos mediante el recíproco suministro de "rehenes" femeninos.

esta suposición. Es más, en matrimonios relativamente sencillos y no prohibidos se dan grados de implexión de este orden o mayores. Por ejemplo, el mismo grado del 50% se daría en el hijo de dos progenitores procedentes de sendos matrimonios de dos hermanos con dos hermanas (tendría cuatro bisabuelos en vez de ocho). Este caso se dio, por ejemplo, con el famoso príncipe don Carlos, hijo del rey Felipe II, casado con su prima por partida doble María Manuela de Portugal (los bisabuelos de Carlos, los Reyes Católicos, eran a su vez parientes entre sí, aunque sólo en quinto grado). La cosa se complica cuando los matrimonios acontecen entre individuos de dos generaciones distintas, contadas desde el ascendiente común. Por ejemplo, en el caso de un matrimonio de tío con sobrina (caso de Fernando VII con su sobrina carnal, María Cristina. Es obvio que la implexión estará entre la de dos hermanos (50%) y la de dos primos (25%), sin que pueda llegarse a una cifra, basándose en la definición dada, a menos que se añadan nuevas precisiones en el modo de contar. La implexión puede llegar a valores mucho mayores a lo largo de generaciones estudiadas. Por ejemplo, el rey Alfonso XIII de España tenía 111 abuelos novenos distintos en lugar de los 1.024 que le correspondían.

Tampoco sería putativa la unión *more uxorio* o concubinaria entre tíos y sobrinos, ni entre tíos y los descendientes de los sobrinos; ni entre cuñados cuando el que produjo la afinidad quedó disuelto por divorcio (art. 53, CC).

1.2 *SEGUNDA INFERENCIA*

En relación a la segunda inferencia, referida al desconocimiento o ignorancia del estado civil del otro conviviente, conducente a que el concubino de buena fe goce de los beneficios o efectos del matrimonio putativo, *en relación a los bienes* (efectos patrimoniales); la decisión de la Sala Constitucional tácitamente excluye los *efectos de orden personal*[164] entre los concubinos y los hijos, pues la existencia

[164] Al respecto en este capítulo solamente observamos los siguientes: 1.- Respecto de los convivientes: a) Efectos de carácter personal y familiar; b) Efectos sobre los pactos o convenios concubinarios; c) Efectos sobre la comunidad de gananciales; d) Sobre las donaciones con ocasión del concubinato; e) Efectos sobre la vocación hereditaria intestada. 2.- Efectos sobre los hijos (la patria potestad).

del *concubinato putativo* –como afirma la Sala– nace cuando uno de ellos, de buena fe, desconoce la condición de casado del otro. A juicio de la Sala, en estos supuestos funcionará con el concubino de buena fe, las normas sobre el matrimonio putativo, aplicables a los bienes; bajo cuya apreciación el concubinato putativo queda reducido o simplificado en sus efectos, cuando uno de los convivientes, el de buena fe, ignora la condición de casado del otro.

Tal reducción pareciera aparejar, como consecuencia, que el efecto será patrimonial y no personal (entre los convivientes y en relación a los hijos), pero que en realidad aquí la simplificación no opera porque es imposible que el efecto personal-convivencial no ocurra. Y en relación con los hijos e hijas, en tal caso, son hijos e hijas tal y como si hubiesen sido concebidos y nacidos en la unión matrimonial. Es más, comprobada la filiación, el hijo concebido y nacido fuera del matrimonio tiene la misma condición que el hijo nacido o concebido durante el matrimonio con relación al padre y a la madre y a los parientes consanguíneos de éstos, conforme así lo contempla el artículo 234 del Código Civil. Aquí el reduccionismo pudiera tener lugar por la importante influencia que indudablemente ejerce el artículo 767 del Código Civil, que únicamente regula el efecto patrimonial de la unión fáctica ["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 de cuya comunidad se quiere establecer aparezcan a nombre de uno solo de ellos* (...)]; así como por lo complejo del concepto "concubinato putativo" en ese tipo de convivencia.

1.3 *TERCERA INFERENCIA*

En consideración a la tercera inferencia, es necesario se produzca previamente la declaración judicial de existencia del concubinato mediante sentencia definitivamente firme, como única forma para que pueda existir el concubinato putativo como consecuencia de la declaración judicial de su nulidad, aun cuando nada se diga al respecto en la decisión en comentario. Ello es así porque conforme al artículo 127

del Código Civil, *el matrimonio declarado nulo* produce efectos civiles, tanto respecto de los cónyuges como respecto de los hijos, aun nacidos antes del matrimonio, si ha sido contraído de buena fe por ambos contrayentes; y si sólo hubo buena fe de uno de los cónyuges, el matrimonio surte efectos civiles únicamente en favor de él y de los hijos. Si hubo mala fe de ambos cónyuges, el matrimonio sólo produce efectos civiles respecto de los hijos. El argumento más importante es el mismo artículo 77 constitucional.

Ahora bien, si se afirma la existencia del *concubinato putativo* es porque se admite –de modo inevitable– el *matrimonio putativo,* pues de éste adopta su denominación. Así, el *matrimonio putativo* consiste en aquel que es declarado nulo o anulado, cuando concurre la circunstancia de reputarse válido para uno o ambos cónyuges, y por consiguiente la sentencia produce efectos para el o los cónyuges de buena fe, siempre en beneficio de los hijos, desde o a partir de su celebración (*ex tunc,* el efecto retroactivo) y hasta la fecha de la sentencia definitivamente firme (*ex nunc*, sin efecto retroactivo) que declare la nulidad[165]. En consecuencia, en contraste comparativo, por *concubinato putativo* (putativo: que se predica sin serlo) puede entenderse como el declarado nulo cuando concurriere la circunstancia de reputarse válido sólo para el o los convivientes de buena fe, siempre en beneficio de los hijos y no sólo en el ámbito de los bienes, desde su inicio hasta la fecha de la sentencia que declare la nulidad. Esto significa que no puede existir concubinato putativo sin una sentencia que así lo declare, lo cual podría resultar complicada su comprensión. El calificativo de *putativo*, con efectos válidos, tiene que devenir de una sentencia que así lo declare, pues el mismo no aparece de modo espontáneo o automático. Como principio general, la nulidad pronunciada mediante sentencia firme, deja las cosas en el mismo estado en que se encontraban antes del acto declarado nulo, por lo que produce efecto retroactivo (*ex tunc*) al día de

[165] Cuando se trata del numeral 1º del artículo 507 del Código Civil, en materia de nulidad del matrimonio, la sentencia surte efecto entre las partes desde que la misma ha quedado definitivamente firme, aun cuando no haya sido ejecutoriada, y para su oponibilidad a terceros se requiere su incorporación al Registro del Estado Civil.

celebración del acto. Esa sentencia es declarativa por esa misma circunstancia o motivo.

De aplicarse ese principio al matrimonio declarado nulo, dejaría el mismo como si jamás se hubiese celebrado, en cuyo caso se crearía tremenda problemática en relación con los hijos habidos en esa unión, así como sobre los bienes adquiridos. Ante esa circunstancia surgió en el Derecho Canónico la noción del matrimonio *putativo* (*putare*: creer, suponer), para regular los efectos de la nulidad cuando el matrimonio se contrajo suponiendo uno o ambos contrayentes que el vínculo era válido; que el mismo se había celebrado mediante la buena fe, de uno o de ambos, al ignorarse el vicio que dio lugar a la nulidad o la anulabilidad del acto matrimonial, vicio o defecto que existe al momento de la celebración. De allí que esa concepción del matrimonio putativo es una excepción al mencionado principio general en cuanto a los efectos de la nulidad. La buena fe se entenderá, entonces, como el desconocimiento del *impedimento matrimonial* en el momento de la celebración por parte del que contrajo matrimonio, o de ambos; como también el contraído con *vicios del consentimiento*.

Sin embargo, se discute en la doctrina que no habrá buena fe por ignorancia o *error de derecho*, y que tampoco existirá la misma por ignorancia o *error de hecho* que no sea excusable, a menos que el error sea ocasionado por dolo; pues el dolo consiste en la acción o conducta realizada con la finalidad de obtener la ejecución de un acto determinado, la aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, el artificio, maquinación, cálculo, astucia, que se utilice con esa finalidad. Como vicio del consentimiento matrimonial, el dolo debe ser *grave*, *esencialmente dañoso*, *determinante*, *no recíproco*.

En cuando al *error de derecho*, el artículo 2º del Código Civil contempla que "La ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento", por lo cual el error de derecho no impide los efectos legales que producen los actos lícitos, como tampoco obviará la responsabilidad por los ilegales. Ese principio contiene, a su vez, el de la seguridad jurídica, como fundamento del orden social, pues si no sería muy fácil sustraerse a las consecuencias o los efectos del acto, alegando y probando que se ignoraba

la ley. En efecto, como observa Belluscio[166], ¿es que alguien podría alegar que no sabía que no podía casarse con su hija, con su hermana o con su nuera?, ¿o que le estaba vedado llevar a las nupcias a un impúber o a un insano?, ¿o que no podía casarse por segunda vez sin estar disuelto su anterior matrimonio?, ¿o que no podía hacerlo con la viuda de aquel a quien dio muerte?, ¿o que la ley no le permitía abusar del error, engañar u ofrecer violencia para lograr la celebración?, ¿o que sabiéndose impotente no podía contraer matrimonio?

Tratándose del *error de hecho*, se afirma que el mismo debe ser excusable, o de la justa causa para incurrir en error, salvo el caso de dolo donde el error deviene del engaño o el ardid del otro contrayente o por la acción de un tercero. Bueno el ejemplo que da Eduardo Zannoni[167] en el caso del bígamo, cuya mala fe se presume porque su anterior matrimonio no estaba disuelto o anulado, mal podría alegar desconocimiento del impedimento del ligamen. Por tanto, cabe presumir que el bígamo sabe que está casado y que no puede contraer válidamente un segundo matrimonio. Pero supóngase que el bígamo alegara y probara error excusable, como ocurriría en el siguiente caso: su cónyuge del primer matrimonio desapareció en ocasión de un secuestro y, tiempo después, se da la noticia pública de su muerte en ocasión de identificarse un cadáver por la policía, inscribiéndose su defunción. Pero más tarde resulta que la identificación del cadáver fue errónea porque reaparece el cónyuge a quien se creía muerto, quien en realidad, sólo había sido retenido por sus secuestradores y finalmente dejado en libertad. Planteada la nulidad del segundo matrimonio, el bígamo deberá invocar y probar su buena fe, es decir, la excusabilidad de su error, o lo que es lo mismo, la razón para errar. Todo ello, sin perjuicio de que si de las propias circunstancias de la causa estos hechos resultaran acreditados, el juez debería calificar de buena fe al bígamo aunque éste no hubiera expresamente invocado el error excusable.

---

[166] *Derecho de Familia*, Vol. 2, p. 247, Nº 458, Depalma, Buenos Aires, 1974.
[167] *Derecho de Familia,* Vol. 1, p. 387, 3ª edic., Edit. Astrea, Buenos Aires, 1998.

Considera la Sala Constitucional que para reclamar los posibles efectos civiles del matrimonio, es necesario que la "unión estable" haya sido declarada conforme a la ley, por lo que se requiere una sentencia definitivamente firme que la reconozca. Por esa misma razón es de considerar la necesaria declaratoria del *concubinato putativo*, para que produzca los mismos efectos que el *matrimonio putativo*. En realidad resulta complicado y hasta difícil admitir que la unión *more uxorio* pueda ser declarada nula o anulada por sentencia firme, cuando para su nacimiento no se utilizó alguna formalidad ni el cumplimiento de determinados requisitos, como en el caso del matrimonio; pero si no antecede tal declaración judicial de nulidad, entonces ¿cómo podría hablarse con propiedad de concubinato putativo? Si hay nulidad judicialmente declara, en tal caso, el concepto de concubinato putativo se relativiza y quedaría en duda su existencia, puesto que el matrimonio putativo por definición es el matrimonio declarado nulo.

2. ¿CONCUBINATO DECLARADO NULO?

El *matrimonio putativo* se reputa válido para el cónyuge que contrajo matrimonio de buena fe y siempre en beneficio de los hijos, desde la celebración hasta la fecha de la sentencia declarativa de su nulidad. Por esto, resulta dificultoso demandar la nulidad de la unión de hecho o concubinaria, pues su nacimiento depende de la voluntad recíproca de los convivientes sin ninguna otra formalidad establecida en la ley, y su extinción o disolución se produce por el acuerdo recíproco, como también por decisión unilateral de uno solo de los convivientes o por causa de muerte. En consecuencia, habría que declarar primero la existencia de la unión fáctica y mediante sentencia definitivamente firme, y luego declarar la nulidad de la misma con fundamento en la existencia de un impedimento dirimente que no autorizaba la celebración del matrimonio, o que impedía el ejercicio de la capacidad convivencial para que la unión fáctica fuese estable y cumplía los requisitos establecidos en la ley; y que uno de los convivientes actuó de buena fe para que sea putativo para él; o si ambos actuaron de buena fe reputado putativo para los dos. En el caso, por ejemplo, si uno de los convivientes de hecho, de buena fe, desconoce o ignora la condición de casado del otro, en tal supuesto

funcionarán, con el concubinato de buena fe, las normas del matrimonio putativo aplicables a los bienes, como afirma la Sala Constitucional; por lo cual y para que los efectos del matrimonio putativo se puedan aplicar en la praxis, se requiere una declaración judicial establecedora de la buena fe del conviviente, a través de la declaración de nulidad de la unión fáctica, pues, en caso contrario, no cabría hablar de *concubinato putativo*. Como puede observarse, en tal caso, estamos en presencia de una problemática de difícil comprensión y solución, pues para la Sala Constitucional la existencia del *concubinato putativo* nace cuando uno de ellos, de buena fe, desconoce la condición de casado del otro.

Con sobrada razón el artículo 127 del Código Civil, estatuye: "El matrimonio declarado nulo produce efectos civiles, tanto respecto de los cónyuges como respecto de los hijos, aun nacidos antes del matrimonio, si ha sido contraído de buena fe por ambos contrayentes. Si sólo hubo buena fe de uno de los cónyuges, el matrimonio surte efectos civiles únicamente en favor de él y de los hijos. Si hubo mala fe de ambos cónyuges, el matrimonio sólo produce efectos civiles respecto de los hijos". En consecuencia, ¿cuál sería la causa o motivo que sirva de fundamento a la demanda de nulidad o anulabilidad del concubinato? El tribunal tendría primeramente que declarar la existencia del concubinato, luego declararlo nulo o anulado con fundamento en la norma jurídica específicamente infringida, y, asimismo, establecer que esa unión es putativa por haberse contraído o celebrado en violación de un impedimento dirimente que no permitía su existencia, pero de buena fe por uno de los concubinos o por ambos, según las circunstancias fácticas del caso concreto.

2.1 *POR LO EXPUESTO, EL* ***MATRIMONIO PUTATIVO****, PARA QUE SEA TAL TENDRÍA, ENTONCES, QUE CUMPLIR VARIOS REQUISITOS*

2.1.1 *El matrimonio para que pueda declararse como putativo exige que el mismo se haya contraído*

Esto implica que se debe comprobar la celebración del mismo, pues nadie puede reclamar los efectos civiles del matrimonio si no presenta

copia certificada del acta de su celebración, excepto en los casos previstos en los artículos 211[168] y 458, como así lo preceptúa el artículo 113 del Código Civil. *A falta de inscripción del acta de matrimonio en el Registro destinado a esta finalidad*, como lo pauta el artículo 115 *eiusdem*, cuando haya indicios de que por dolo o culpa del funcionario respectivo, no se ha inscrito el acta de matrimonio, los cónyuges pueden pedir que se declare la existencia del matrimonio, según las reglas establecidas en el artículo 458, siempre que concurran las circunstancias siguientes: 1° Que se presente prueba auténtica de la publicación o fijación del cartel de matrimonio, salvo los casos previstos en los artículos 70 (legalización de la unión concubinaria), 96 (matrimonio *mortis causa in genere*) y 101 (matrimonio *mortis* causa de militares en campaña).

2.1.2 *Nulidad del matrimonio por sentencia definitivamente firme, para que pueda reputarse válido para el cónyuge (o ambos) de buena fe y siempre en relación con los hijos, desde su celebración hasta la fecha de la sentencia que declare la nulidad*

Mientras no se produzca la nulidad el matrimonio celebrado de modo irregular continuará produciendo efectos como si fuese válido. Asimismo, mientras el concubinato no sea declarado nulo por sentencia definitivamente firme, no podrá hablarse de concubinato putativo.

2.1.3 *La buena fe*

Como quiera que nuestra legislación –afirma Isabel Grisanti Aveledo de Luigi[169]– concede efectos, respecto a los hijos, al matrimonio celebrado de mala fe por ambos contrayentes, la buena fe pierde su condición de requisito autónomo del matrimonio putativo y se convierte en presu-

[168] El mismo dispone: "Se presume, salvo prueba en contrario, que el hombre que vivía con la mujer en concubinato notorio para la fecha en que tuvo lugar el nacimiento del hijo, ha cohabitado con ella durante el período de la concepción". Como se observa, lo aquí dispuesto no se refiere a la excepción aludida por el artículo 211 del Código Civil.

[169] *Lecciones de Derecho de Familia,* p. 180, 12ª edic., Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2002.

puesto subjetivo, que sirve solamente para señalar la extensión de los efectos con relación a los cónyuges.

Es evidente que la buena fe sólo interviene, luego de su declaración judicial, para el surgimiento de los efectos personales y patrimoniales, pues la misma no es requisito para que la nulidad tenga lugar. La causa, móvil o requisito que da lugar a la nulidad es determinado impedimento dirimente y, obviamente, también la falta de consentimiento.

Sin embargo, como la sentencia de nulidad que pronuncia el juez es declarativa, proyectando sus efectos con carácter retroactivo, al día de la celebración del acto, tal principio en el ámbito matrimonial tiene una connotación distinta cuando el matrimonio se celebró bajo la creencia por uno de los contrayentes, o por ambos, que no existía al momento ningún impedimento que invalidara el acto, ignorando el vicio que posteriormente podría conducir a la nulidad del matrimonio. Por eso, el matrimonio que se declara nulo no será putativo para el cónyuge que actuó de mala fe, y si ambos actuaron de mala fe no será putativo para ninguno de los mismos y, en consecuencia, los efectos de validez no comprenderá a ninguno de los contrayentes, es decir, que la doctrina del matrimonio putativo constituye una excepción al principio general en orden a los efectos de la nulidad.

2.2 *POR TANTO, PARA QUE LA UNIÓN* MORE UXORIO *O CONCUBINARIA SEA REPUTADA PUTATIVA, SE REQUIERE:*

2.2.1 *Existencia de la unión concubinaria*. *Que la unión more uxorio sea declarada por el Tribunal competente a través de sentencia definitivamente firme*

Este requisito constituye la primera exigencia para demostrar, mediante declaración judicial, la existencia de esa unión y de modo inevitable la fecha de su inicio, pues sin la misma no se puede conocer con certeza desde cuando empieza a producir los efectos de putativo y hasta cuándo; pero, en esencia, de no existir jurídicamente la unión fáctica, sólo mediante esa declaración judicial, no existe tampoco concubinato putativo.

2.2.2 *Que tal unión sea declarada nula o anulada*

Por ese mismo tipo de sentencia y con valor de putativo para el conviviente de buena fe, desde su celebración hasta la declaración judicial de nulidad, y siempre en beneficio de los hijos y las hijas, aun cuando la Sala Constitucional nada afirmó al respecto

La problemática en este punto está en que la unión concubinaria no se celebra, pues no existen hasta ahora en nuestra legislación formalidades conducentes a ello, y como hemos observado su nacimiento es sólo *consensus,* por lo cual se dificulta la prueba de su inicio de modo claro y determinante. Sin embargo, ¿la prueba del inicio es determinante? Esta prueba pudiera no precisarse o determinarse y no por eso quedaría imposibilitada o impedida la declaración de existencia, la certeza de la unión fáctica, ante la demostración de su estabilidad y el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley

2.2.3 *La buena fe*

Que significa para el conviviente *more uxorio* el desconocimiento de la existencia en el otro de una causa o motivo que obstaculiza o impide la celebración del matrimonio entre ellos, es decir, la existencia de un *impedimento dirimente* que impide el concubinato entre ellos, conducente a la nulidad del mismo. La buena fe consistirá en la errada creencia de uno o ambos convivientes, que los mismos iniciaron la unión concubinaria sin que al momento existiese algún impedimento legal que la obstaculizara del modo indicado.

3. EFECTOS DEL CONCUBINATO PUTATIVO

La Sala Constitucional afirma la existencia del *concubinato putativo,* cuando uno de los convivientes *more uxorio* de buena fe, desconoce o ignora la condición de casado del otro, en cuyos supuestos funcionarán, con el concubinato de buena fe, las normas del matrimonio putativo aplicables a los bienes (efecto patrimonial). Aun cuando la Sala no hace referencia a los efectos de carácter personal y familiar (entre los convivientes y en relación con los hijos e hijas), los mismos son imposibles de evitar.

En tal caso, aun cuando el criterio de la Sala Constitucional se refiere al conviviente que desconoce o ignora la condición de casado del otro, en cuyo supuesto funcionarán, con el concubinato de buena fe, las normas del matrimonio putativo aplicables a los bienes (efecto patrimonial); no obstante el *concubinato putativo* así declarado por sentencia firme, como requisito *sine qua non*, produciría de manera inevitable los siguientes efectos de orden personal y patrimonial:

3.1 *RESPECTO DE LOS CONVIVIENTES*

3.1.1 *Efectos de carácter personal y familiar*

Cuando el concubinato declarado nulo no produce efectos de putativo a favor de ninguno de los convivientes, se considera que jamás existió entre ellos una convivencia estable.

La unión *more uxorio* es putativa para ambos convivientes (porque actuaron de buena fe) cuando el vínculo se considera válido y legal desde la fecha del inicio de esa unión, hasta la de la anulación, en cuyo caso el "estado concubinario" (que no general estado civil alguno) existe para ellos durante ese período y produce allí todos los efectos de validez, pero desaparece y se extingue a partir de la declaración de nulidad.

Si el concubinato es putativo para uno solo de los concubinos, el vínculo produce efectos para el pasado, desde la fecha de inicio de la unión concubinaria hasta su anulación (pues de no declararse la nulidad de la unión, no existirá concubinato putativo, así como no existe matrimonio putativo si no se declara la nulidad del mismo); y produce todos sus efectos de orden personal y familiar a favor del concubino de buena fe, pero no determina ningún efecto a favor del conviviente de mala fe. El primero se considera concubino desde la fecha de inicio de esa unión fáctica hasta la anulación; y el segundo, como si jamás estuvo unido en concubinato.

3.1.2 *Efectos sobre los pactos concubinarios*[170]

Nada impide que los convivientes estipulen, pacten o convengan, en relación a los bienes que adquiera durante la convivencia, sin que se les denomine capitulaciones concubinarias. Pareciera no comprenderse por qué los convivientes no pueden al menos celebrar un convenio en el sentido de cómo manejarán los bienes que se obtengan durante la convivencia, aun cuando no se denomine capitulaciones a ese convenio dentro del contexto a que se contraen los artículos 141, 143, 144, 145, 146 y 147 del Código Civil; pues puede ocurrir que un hombre y una mujer se pongan de acuerdo para iniciar una convivencia *more uxorio*, y con tal finalidad otorguen auténtica y registralmente un instrumento –antes de iniciar tal convivencia– en donde se establezca que los bienes que cada uno adquiera quedan excluidos de la comunidad concubinaria[171]. ¿Tendrá o no valor tal convenio o pacto entre ellos y ante los terceros? Si tiene valor de tal modo. La ley no lo prohíbe, pues más bien se permite que constituyan y reglen entre ellos, mediante convención, un vínculo de esa naturaleza (art. 1.133, CC). Por tanto, cuando ambos concubinos han sido de mala fe (por ejemplo, ambos saben que están casados), el convenio queda anulado tanto *ad nunc* como *ex tunc*. En caso de concubinato putativo para ambos convivientes, se considerará válido el pacto o convenio hasta la fecha de la anulación; y, en caso de concubinato

[170] Para la Sala Constitucional, en la sentencia *in commento,* resulta importante para esta interpretación, dilucidar si es posible que entre los concubinos o personas unidas, existe un régimen patrimonial distinto al de la comunidad de bienes, tal como el previsto en el Código Civil en materia de capitulaciones matrimoniales. A juicio de la Sala, 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" (destacado nuestro).

[171] El número 1 del artículo 4 de la ley 11/2001, de 19 de diciembre, de las uniones de hecho de la comunidad de Madrid, España, contempla que: "los miembros de la unión de hecho podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que consideren convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su cese".

putativo para un solo de los concubinos la unión *more uxorio* es válida para el que obró de buena fe, y como si no hubiera existido para el otro.

3.1.3 *Efectos sobre la comunidad de gananciales*

Si el concubinato anulado no vale como putativo para ninguno de los concubinos, la comunidad de gananciales corresponde a los hijos nacidos en esa unión. Si no hay hijos se dividen los bienes entre los dos concubinos.

En caso de unión *more uxorio* putativa para ambos concubinos, se divide entre ellos los gananciales.

Cuando esa unión es putativa para uno solo de los convivientes, los bienes corresponden íntegramente al mismo.

3.1.4 *Sobre las donaciones con ocasión del concubinato*[172]

Si ambos concubinos son de mala fe, las donaciones corresponderán íntegramente a los hijos. Si no hay hijos las donaciones quedarán sin efecto.

La unión es putativa para ambos convivientes: si la donación fue hecha a ambos, pertenecerá de por mitad a cada conviviente. Si fue sólo para uno de ellos, conservará él la donación. (c) C*oncubinato putativo* para uno solo de los convivientes: corresponderán al de buena fe las donaciones hechas a ambos. Las donaciones dadas a favor del concubino de mala fe deben ser devueltas al donante.

---

[172] Es de suponer que reciban donaciones en ocasión de unirse en concubinato, pues la sociedad va adquiriendo nuevos "valores" y desechando los anteriores que han podido adquirir de sus antepasados o de otros, y va penetrando, como consecuencia del consumismo y otros antivalores, en el aprendizaje de nuevas culturas y la realización de "prácticas novedosas" y asunción de modelos transculturizados. Por eso es posible que familiares o amigos celebren esa unión, aun cuando todavía en estos tiempos se continúa conservando la tradición, de alguna manera, y manteniendo en secreto el inicio de los amoríos y después la unión se haga pública. En todo eso no hay nada extraño. En este mundo peregrino y frágil las mentiras de hoy pueden llegar a ser "verdades" mañana, sin abarcar lo trascendente.

3.1.5 *Efectos sobre la vocación hereditaria intestada*

Ante todo hay que comprender que el orden de suceder no puede trastocarse o subvertirse dentro de la regla del artículo 822 y siguientes del Código Civil (arts. 823, 824 y 825); y tampoco está permitido obviar lo dispuesto en el artículo 767 *eiusdem* ("Lo dispuesto en este artículo no se aplica si uno de ellos está casado"). (a) Si ambos convivientes han actuando de mala fe, cada uno pierde la vocación hereditaria intestada respecto del otro; (b) Caso de *concubinato putativo* para ambos convivientes, si fallece uno antes de la declaración judicial de nulidad del concubinato, el ex concubino supérstite no tiene vocación hereditaria *ab intestato* en tal sucesión, pues el concubinato putativo produciría efecto hacia el pasado y desde la celebración del concubinato hasta la fecha de la nulidad declarada del mismo, pero no hacia el futuro. Lo mismo no ocurre cuando uno de los concubinos fallece con anterioridad a la sentencia que declare la nulidad de esa unión, pues el sobreviviente de buena fe lo heredaría; (c) Cuando el concubinato es putativo para uno solo de los convivientes, si fallece el de mala fe lo sucede el de buena fe. Si fallece el de buena fe, el otro conviviente no lo hereda en forma intestada; (d) A partir de la sentencia, la nulidad hace cesar la vocación sucesoria recíproca[173]. Sin embargo, en el caso del matrimonio, por ejemplo, si la muerte de uno de los cónyuges tiene lugar durante el juicio de nulidad, el otro mantiene esa vocación porque el vínculo matrimonial está produciendo los efectos del matrimonio válido; a un cuando la nulidad se pronuncie con posterioridad.

3.2 *EFECTOS SOBRE LOS HIJOS E HIJAS*

3.2.1 *Efectos sobre la patria potestad*

La patria potestad consiste en el conjunto de deberes y derechos del padre y la madre en relación con los hijos e hijas que no hayan alcanza-

[173] El matrimonio crea derechos sucesorios para el cónyuge de la persona de cuya sucesión se trate. Estos derechos cesan con la separación de cuerpos y de bienes, sea por mutuo consentimiento, sea contenciosa, salvo prueba, en ambos casos, de reconciliación (art. 823, CC).

do la mayoridad, y tiene por objeto el cuidado, desarrollo y educación integral de los hijos e hijas (art. 347, LOPNNA). La misma comprende la responsabilidad de crianza, la representación y la administración de los bienes de los hijos e hijas sometidos a ella (art. 348 *eiusdem*). Si el *concubinato anulado* vale como putativo para ambos convivientes, los mismos ejercen los derechos y deberes correspondientes a la patria potestad; y si uno de los convivientes actuó de mala fe, la patria potestad *debiera* corresponder al de buena fe.

3.2.2 *La buena y la mala fe singular*

La buena fe es un principio general del Derecho. Consiste en la convicción en cuanto a la verdad, exactitud de un asunto, hecho u opinión, o el estado mental de honradez o la rectitud de una conducta. La misma requiere una conducta recta u honesta en relación con las partes interesadas en un acto, contrato o proceso. En el ámbito de la unión fáctica, consistirá en la firme creencia de que en el o la cointegrante de la pareja no existe ningún impedimento dirimente que obstaculice o impida el ejercicio de la capacidad convivencial. En cambio, la mala fe se entiende como aquella actuación intencionadamente maliciosa por la que se lesiona un derecho ajeno o no se cumple un deber propio; por lo cual se hace incurrir al otro integrante de la pareja en el equívoco de no haber ninguno de esos impedimentos. De allí que si el concubinato vale como putativo únicamente en relación con uno de los convivientes, el de mala fe no debiera pretender sobre sus hijos el ejercicio de la patria potestad, que correspondería al de buena fe, por su maliciosa e intencionada conducta.

3.2.3 *La mala fe dual*

Si ambos convivieron de mala fe, el concubinato anulado no vale como putativo respecto de ninguno de ellos y correspondería al juez decidir a cuál le otorgará la *patria potestad* de los menores, lo que indudablemente significaría la privación del ejercicio de la patria potestad al conviviente que actuó de mala fe. No obstante, subyace un inconveniente en cuanto a que LOPNNA no lo establece así para este supuesto ni para ninguno de los dos anteriores; por lo cual no puede darse la priva-

ción de la patria potestad por motivos diferentes a los expresamente establecidos en la Ley, es decir, únicamente por cualesquiera de las causales del artículo 352[174] de LOPNNA, *en donde no se incluye la mala fe como causa*, más aún, cuando la privación de la patria potestad debe ser declarada por el juez o jueza a solicitud de parte interesada y en todos los casos, *la decisión judicial debe estar fundada en la prueba de una o más de las causales previstas* en el mencionado artículo 352, como lo previene el artículo 353[175]; pues la privación, extinción y restitución de la patria potestad deben ser decididas por el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, siguiéndose, para ello, el procedimiento previsto en LOPNA, de la manera como lo contempla el artículo 357 de esta Ley que estatuye: "La privación, extinción y restitución de la Patria Potestad deben ser decididas por el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, siguiéndose, para ello, el procedimiento previsto en el Capítulo IV de este título", que comprende los artículos 450 y siguientes.

---

[174] Artículo 352.- Privación de la patria potestad. El padre o la madre o ambos pueden ser privados de la Patria Potestad respecto de sus hijos o hijas cuando: a) Los maltraten física, mental o moralmente; b) Los expongan a cualquier situación de riesgo o amenaza a los derechos fundamentales del hijo o hija; c) Incumplan los deberes inherentes a la Patria Potestad; d) Traten de corromperlos o prostituirlos o fueren conniventes en su corrupción o prostitución; e) Abusen de ellos o ellas sexualmente o los expongan a la explotación sexual; f) Sean dependientes de sustancias alcohólicas, estupefacientes o psicotrópicas u otras formas graves de fármaco dependencia que pudieren comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos o hijas, aun cuando estos hechos no acarreen sanción penal para su autor o autora; g) Sean condenados o condenadas por hechos punibles cometidos contra el hijo o hija; h) Sean declarados entredichos o entredichas; i) Se nieguen a prestarles la obligación de manutención; j) Inciten, faciliten o permitan que el hijo o hija ejecute actos que atenten contra su integridad física, mental o moral. El juez o jueza atenderá a la gravedad, reiteración, arbitrariedad y habitualidad de los hechos.

[175] Artículo 353.- Declaración judicial de la privación de la Patria Potestad. La privación de la Patria Potestad debe ser declarada por el juez o jueza a solicitud de parte interesada. Se considera parte interesada para interponer la correspondiente acción: el otro padre o madre respecto al cual la filiación esté legalmente establecida, aun cuando no ejerza la Patria Potestad y el Ministerio Público, actuando de oficio o a solicitud del hijo o hija a partir de los doce años, de los y las ascendientes y demás parientes del hijo o hija dentro del cuarto grado en cualquier línea, de la persona que ejerza la de la Responsabilidad de Crianza, y del Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. En todos los casos, la decisión judicial debe estar fundada en la prueba de una o más de las causales previstas en el artículo anterior (destacado nuestro).

Capítulo VIII

Cónyuges, convivientes y derechos sucesorios

Hasta ahora se ha entendido el *Derecho Hereditario* como las normas y principios jurídicos que rigen la transmisión del patrimonio, que una persona deja al fallecer, en beneficio de sus sucesores o herederos.

Según el artículo 807 de nuestro Código Civil, "Las sucesiones se defieren por la Ley o por testamento. No hay lugar a la sucesión intestada sino cuando en todo o en parte falta la sucesión testamentaria". Esta norma indica que en nuestro sistema jurídico son dos las fuentes que dan lugar a la sucesión por causa de muerte: el *testamento* y la *ley*. La sucesión testamentaria que priva sobre la ley, salvo el derecho de los herederos legitimarios, puede ser a título universal que instituye heredero y a título particular que instituye legatario. La ley que origina la sucesión intestada o *ab intestato*, únicamente instituye heredero de modo supletorio, es decir, en defecto parcial o total de la sucesión testamentaria.

Con los elementos básicos antes anotados, podemos observar que la herencia no se adquiere únicamente por razones de consanguinidad,

pues un extraño al parentesco consanguíneo puede ser instituido heredero mediante el acto testamentario, dado que como lo pauta el artículo 808 del Código Civil "Toda persona es capaz de suceder, salvo las excepciones determinadas en la Ley"; estableciendo ésta un orden de suceder que abarca no sólo a los que descienden unos de otros, sino también aquellos que descienden de un tronco común; así como también el derecho del cónyuge o la cónyuge por el solo hecho del matrimonio (sin necesidad de parentesco alguno, pues el matrimonio no produce ningún parentesco), de cuya sucesión se trate a tenor de lo contemplado por el artículo 823 del Código Civil, cuando expresa: "El matrimonio crea derechos sucesorios para el cónyuge de la persona de cuya sucesión se trate (...)".

1. DERECHOS SUCESORIOS DE LOS CÓNYUGES

Conforme el artículo 823 del Código Civil, "*El matrimonio crea derechos sucesorios para el cónyuge de la persona de cuya sucesión se trate.* Estos derechos cesan con la separación de cuerpos y de bienes, sea por mutuo consentimiento, sea contenciosa, salvo prueba, en ambos casos, de reconciliación" (destacado nuestro).

En consecuencia, por disposición de la ley el cónyuge supérstite no puede ser excluido por otros herederos *ab intestato*, y puede concurrir con los hijos del causante y demás descendientes, con sus padres y demás ascendientes, con sus hermanos y los hijos de éstos (cuando concurren a la herencia por derecho de representación); hasta el punto de que cuando faltan todos esos familiares del *de cujus* la herencia corresponde totalmente al cónyuge sobreviviente.

Cuando el cónyuge sobreviviente concurre a la herencia con los hijos del causante, la cuota hereditaria que le corresponde es igual a la de uno de esos hijos. Habiendo ascendientes, pero no hijos o descendientes, cuya filiación esté legalmente comprobada, al cónyuge supérstite corresponde la mitad de la herencia al igual que a aquéllos. A falta de ascendientes la mitad de la herencia corresponde al cónyuge y la otra mitad a los hermanos y por derecho de representación a los sobrinos. De no existir estos hermanos y sobrinos, la herencia corresponde total-

mente al cónyuge sobreviviente y si éste faltare, corresponde a los hermanos y sobrinos indicados. No habiendo cónyuge, ascendientes, hermanos y sobrinos, heredarán otros colaterales consanguíneos. Los derechos de los colaterales no se extienden más allá del sexto grado. Y a falta de todos los herederos *ab intestato* antes mencionados, los bienes del causante pasan al patrimonio de la Nación, previo el pago de las obligaciones insolutas.

2. DERECHOS SUCESORIOS DE LOS CONVIVIENTES *MORE UXORIO*

El artículo 77 de la Constitución Nacional, en su segunda parte, expresa que "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"; lo cual permite precisar que la unión estable de hecho producirá relativamente los mismos efectos que el matrimonio, siempre que la misma cumpla los requisitos establecidos en la ley, entre cuyos requisitos se encuentra aquel según el cual *para contraer válidamente matrimonio se requiere que uno de los contrayentes no esté unido a matrimonio anterior*. Si el conviviente de hecho está inmerso dentro de alguno de los impedimentos dirimentes que no autorizan sino obstaculizan la celebración del matrimonio, entonces la unión de hecho que exista, entre uno de los convivientes unido a matrimonio anterior, no cumplirá con "los requisitos establecidos en la ley".

Cuando el o la conviviente está unida a matrimonio anterior desaparece la presunción de comunidad concubinaria, a que alude el artículo 767 del Código Civil, y aun cuando el conviviente, o la conviviente, está separado de hecho o de derecho de su cónyuge y tampoco se llena un requisito establecido en la ley, no existe "estabilidad" en la unión de hecho, pues esa separación fáctica, o la de derecho, obviamente que no extingue el vínculo matrimonial, pues para tal extinción existen medios conducentes para ello, que están taxativamente expresados en la ley, como son el divorcio, la muerte o la nulidad del matrimonio; y mientras el matrimonio no esté disuelto, es indudable que cualesquiera de los cónyuges puede ejercer los derechos que la propia ley le asigna, y asimismo ser compelido al cumplimiento de los deberes que la misma contempla.

El hecho de adquirirse bienes durante la convivencia fáctica no significa el impretermitible requisito constitucional de la "estabilidad", pues ésta denota permanencia, que se aplica a lo que no está en peligro de caer, de descomponerse, de cambiar o de desaparecer; que se mantiene de modo indefinido, sin conclusión o terminación *sine die*. De allí que la "estabilidad de la unión de hecho", en su sentido material signifique la solidez, seguridad y firmeza de la misma, y en orden al tiempo que la unión de hecho se mantenga de modo permanente, es decir, que no sea casual, transitoria u ocasional, pero también que no exista impedimento dirimente que obstaculice el ejercicio de la capacidad convivencial. Lo contrario desdice del requisito de la estabilidad como elemento esencial para la calificación de la unión de hecho a los efectos del artículo 77 constitucional.

Cuando el conviviente no está unido a matrimonio anterior, no existe impedimento alguno para que como sobreviviente goce de los derechos sucesorios de su causante (soltero, viudo o divorciado) con quien convivió, no porque se equipare su unión al matrimonio, sino porque le corresponde tal derecho, siempre que esa unión hubiere sido estable y cumplido los requisitos exigidos en la ley. En efecto, que el conviviente pruebe que la unión fue estable, es decir, "que ha vivido permanentemente en tal estado" como lo previene el artículo 767 del Código Civil y además que la unión convivencial cumpla los requisitos establecidos en la ley, pues la presunción de comunidad emergente en los casos de unión no matrimonial, en tal caso, surte efecto entre los convivientes y sus respectivos herederos y también entre uno de ellos y los herederos del otro; con derecho a concurrir *–cuando ha sido declarada, mediante sentencia definitivamente firme, la existencia de la unión convivencial–* reclamando su cuota hereditaria, e incluso por razones de justicia y equidad con derecho a la legítima[176], pues la unión *more uxorio*

[176] La legítima es una cuota de la herencia que se debe en plena propiedad a los descendientes, a los ascendientes y al cónyuge sobreviviente que no esté separado legalmente de bienes, con arreglo a los artículos siguientes. El testador no puede someter la legítima a ninguna carga o condición. Así lo previene el artículo 883 del Código Civil.

así declarada, crea derechos sucesorios para el conviviente o la conviviente de la persona cuya sucesión se trate; y tales derechos cesan con la separación convivencial.

El conviviente *more uxorio* concurre con los descendientes cuya filiación esté legalmente comprobada, tomando una parte igual a la de un hijo; y de no existir hijos o descendentes cuya filiación esté legalmente comprobada, habiendo ascendientes le corresponderá la mitad de la herencia a aquéllos y al conviviente o la conviviente la otra mitad. A falta de ascendientes, corresponde la mitad de la herencia al conviviente y la otra mitad a los hermanos y por derecho de representación a los sobrinos. A falta de estos hermanos y sobrinos, la herencia corresponde íntegramente al conviviente o la conviviente, y si faltare éste corresponde a los hermanos y sobrinos expresados. A falta del conviviente o de la conviviente, ascendientes, hermanos y sobrinos, sucederán al *de cujus* sus otros colaterales consanguíneos. A falta de todos los herederos *ab intestato* designados, los bienes del *de cujus* pasan al patrimonio de la nación, previo pago de las obligaciones insolutas (arts. 824, 825 y 832, CC). Asimismo, el conviviente *more uxorio* –cuya unión haya sido declarada judicialmente– puede aceptar la herencia pura y simplemente o a beneficio de inventario (art. 996, CC). Obviamente puede repudiar la herencia en forma expresa y que conste en instrumento público (art. 1.012 *eiusdem*).

Para la Sala Constitucional del TSJ en la comentada sentencia (caso Carmela Mampieri Giuliani), como resultado de la equiparación (*Vid.* Cap. II) reconocida en el artículo 77 constitucional, en cuanto a los efectos y alcances de la unión estable (concubinato) con el matrimonio, la Sala interpreta que entre los sujetos que la conforman, que ocupan rangos similares a los de los cónyuges, existen derechos sucesorales a tenor de lo expresado en el artículo 823 del Código Civil, siempre que el deceso de uno de ellos ocurra durante la existencia de la unión. Una vez haya cesado, la situación es igual a la de los cónyuges separados de cuerpos o divorciados.

Y agrega la Sala Constitucional que al reconocerse a cada componente de la unión derechos sucesorales con relación al otro, el sobreviviente o

supérstite, al ocupar el puesto de un cónyuge, concurre con los otros herederos según el orden de suceder señalado en el Código Civil (artículos 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[177] del Código Civil.

El impedimento dirimente absoluto no permite la celebración del matrimonio entre los convivientes, independientemente que los mismos deseen o no contraerlo, y en consecuencia no autoriza que esa unión convivencial produzca (relativamente) los mismos efectos que el matrimonio y, por tanto, el conviviente caracterizado por el impedimento no tendrá derecho a la sucesión o herencia de que se trate. Una interpretación diferente del artículo 77 de la Constitución al respecto, estaría fuera de contexto, pues para que esa unión produzca los mismos efectos que el matrimonio debe cumplir los requisitos establecidos en la Ley. La afirmación significa que conforme al artículo 44 del Código Civil, "El matrimonio no puede contraerse sino entre un solo hombre y una sola mujer (...)"; y que "No pueden contraer válidamente matrimonio la mujer que no haya cumplido catorce (14) años de edad y el varón que no haya cumplido dieciséis (16) años (artículo 46 CC); no requiriéndose esa edad cuando: 1.- A la mujer menor que haya dado a luz un hijo o que se encuentre en estado de gravidez; y, 2.- Al varón menor cuando la mujer con la que quiere contraer matrimonio ha concebido un hijo que aquél reconoce como suyo o que ha sido declarado judicialmente como tal; tomando en consideración, además, que "Tampoco puede contraer válidamente matrimonio el entredicho por causa de demencia ni el que no

[177] Conforme al artículo 810 del Código Civil, "Son incapaces de suceder como indignos: 1º- El que voluntariamente haya perpetrado o intentado perpetrar un delito, así como sus cómplices, que merezca cuando menos pena de prisión que exceda de seis meses, en la persona de cuya sucesión se trate, en la de su cónyuge, descendiente, ascendiente o hermano. 2º- El declarado en juicio adúltero con el cónyuge de la persona de cuya sucesión se trate. 3º- Los parientes a quienes incumba la obligación de prestar alimentos a la persona de cuya sucesión se trate y se hubieren negado a satisfacerla, no obstante haber tenido medios para ello".

se halle en su juicio" (artículo 48, CC). Asimismo "No se permite ni es válido el matrimonio entre ascendientes y descendientes ni entre afines en línea recta" (artículo 51, CC), y, "Tampoco se permite ni es válido el matrimonio entre hermanos" (art. 52, CC). De igual manera, "No se permite el matrimonio entre tíos y sobrinos, ni entre tíos y los descendientes de los sobrinos. Tampoco se permite el matrimonio entre cuñados cuando el que produjo la afinidad quedó disuelto por divorcio" (art. 53, CC). "No es permitido ni válido el matrimonio del adoptante con el adoptado y sus descendientes, entre el adoptante y el cónyuge del adoptado, ni entre el adoptado y el cónyuge del adoptante, mientras dure la adopción" (art. 54, CC). Asimismo, "No se permite ni es válido el matrimonio entre el condenado como reo o cómplice de homicidio ejecutado, frustrado o intentado contra uno de los cónyuges, y el otro cónyuge. Mientras estuviere pendiente el juicio criminal, tampoco podrá celebrarse el matrimonio" (art. 55, CC).

Sin embargo, en lo relativo a la indemnización por daños materiales y morales, en el caso de la masacre en EL AMPARO, Venezuela, una de las víctimas, Julio Pastor Ceballos, dejó cónyuge, *conviviente* e hijos, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cumplimiento de la sentencia de fecha 18 de enero de 1985, que dictó en ese caso en contra de Venezuela; pronunció contra la misma sentencia reparatoria el 14 de septiembre de 1996. La Corte, fundada en *razones de justicia y equidad*, dispuso lo siguiente:

> 40 (...) la Corte toma nota que una de las víctimas, Julio Pastor Ceballos, tenía tanto esposa como una compañera e hijos con ambas. En este caso la Corte considera de justicia dividir la indemnización correspondiente entre las dos (...).
>
> 41 (...) y considera equitativo adoptar los siguientes criterios que mantienen concordancia con lo resuelto en ocasiones anteriores (Caso Aloeboetoe y otros. Reparaciones, *supra* 14, párr. 97).
>
> a) La reparación del daño moral se repartirá de la siguiente manera: un tercio a la esposa y dos tercios a los hijos entre quienes se dividirá la cuota en partes iguales.

> b) La reparación del daño moral se adjudicará, una mitad a los hijos, y una cuarta parte a la esposa y una cuarta parte a los padres.
>
> c) Si no hubiere esposa pero sí compañera, la parte que le hubiere correspondido a aquélla la recibirá ésta.
>
> d) En cuanto al daño material, si no hubiere ni esposa ni compañera, se adjudicará esta parte a los padres. En cuanto al daño moral, si no hubiera ni esposa ni compañera se acrecerá con esta parte la cuota de los hijos.
>
> e) En caso de falta de padres su porción la recibirán los hijos de las víctimas y, si sólo vive uno de los padres, éste recibirá el total de la porción correspondiente.
>
> f) La indemnización por reembolso de gastos se entregará a la esposa o a la compañera (...).

Como se observa, la sentencia reparatoria antes citada, dictada en contra de Venezuela, fue pronunciada el día 14 de septiembre de 1996, cuando el artículo 77 de la Constitución venezolana no existía. Sin embargo, los fundamentos adoptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*razones de justicia y equidad*) de ninguna manera están en contradicción con la norma constitucional, pues tales valores (*justicia y equidad*) son conceptos jurídicos indeterminados y, como se ha afirmado, son normas que establecen fines dirigidos en general a las autoridades creadoras del derecho y de modo especial al legislador, no obstante que son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales. La justicia y la equidad constituyen mandatos a todos los poderes públicos, en especial para el juzgador quien debe velar por su efectividad en la praxis judicial, removiendo los obstáculos que impidan su eficacia, aplicación y plenitud.

CAPÍTULO IX

RESARCIMIENTO ENTRE CONCUBINOS POR LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA

No se trata del efecto por la ruptura de la unión *more uxorio* por el solo hecho de la misma, sino por determinadas circunstancias que pudieran dar lugar al resarcimiento indemnizatorio, pues así como por la extinción del vínculo matrimonial no se genera la posibilidad resarcitoria, puesto que la causa de la extinción la determina la ley de modo taxativo; asimismo la extinción de la unión *more uxorio* la posibilita o genera, hasta ahora, la voluntad unilateral de uno de los convivientes, o por la de ambos, o *mortis causa.* La Sala Constitucional en la citada decisión interpretativa (caso Carmela Mampieri Giuliani), establece que la ruptura de la unión de hecho puede ocurrir en cualquier momento en forma unilateral, aun cuando en el Proyecto de Ley de Protección a la Familia, la Maternidad y la Paternidad, de formalizarse legalmente de la manera como lo establecía en su artículo 42 (que fue desechado), compareciendo personalmente los convivientes ante el Síndico Procurador Municipal del Municipio o el Notario Público de su domicilio, manifestando verbal o por escrita, su voluntad para formalizarla; no podría tener lugar

la ruptura de modo unilateral, pues en tal caso la unión fáctica dejaría de ser de hecho y se convertiría de derecho, en cuyo caso para extinguirse la misma tendría que ser por el acuerdo recíproco de los convivientes, o por medio de "una especie de procedimiento de divorcio" al fundamentarse la ruptura en cualesquiera de las causales del artículo 185 del Código Civil, como lo indicaba el artículo 47 de ese Proyecto. Por tanto, la posibilidad resarcitoria habría que considerarla cuando la ruptura es de la unión concubinaria o *more uxorio* "no legalizada" (no de derecho). Por la sola ruptura de la unión fáctica no hay lugar al resarcimiento, sino que se debe establecer la causa o motivo de la ruptura y si la misma puede dar lugar a daños y perjuicios y su resarcimiento.

Como hasta ahora la unión concubinaria o *more uxorio* debe ser judicialmente declarada[178], dos exigencias nos permiten precisar, de alguna manera, la posibilidad resarcible. En primer lugar se debe considerar si la conducta que dio lugar a la ruptura de la unión fáctica es ilícita, o si la misma es lícita. Para que exista responsabilidad extracontractual, se requiere, por lo general, una conducta ilícita en la ruptura caracterizada por antijuricidad[179], daño y relación de causalidad. Concurrentes que sean en la praxis estos requisitos, en la ruptura del vínculo convivencial, será procedente el referido resarcimiento por la ruptura de la unión concubinaria. Y si en el nacimiento de la unión no medió esa conducta antijurídica por hecho ilícito, la ruptura unilateral de la unión *more uxorio* no genera responsabilidad extracontractual, salvo el caso de ruptura mediante hecho o acto ilícito realizado de manera abusiva o por conduc-

[178] *Vid.* posible excepción en Cap. IV. 2 (v), caso Carmela Mampieri Giuliani (cuando se puede invocar la existencia de la unión).

[179] Se entiende por juridicidad la condición de respeto al Derecho en su más amplia concepción, no sólo como derecho positivo sino también el Natural; pero no basta con que exista la norma, se debe fiscalizar su cumplimiento, lo que conforma el principio de control, y se deben hacer efectivas las consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento, actuando el principio de responsabilidad. El principio de "juridicidad", generalmente conocido como de "legalidad", es el soporte de la independencia judicial y el vehículo de legitimación social del juez. El Estado de derecho se caracteriza por su lucha contra la arbitrariedad. Esta lucha se plantea primeramente en el ámbito del Poder Judicial, sometiendo al juez a la legalidad y reduciendo al máximo su discrecionalidad.

ta antijurídica derivada de culpa o dolo. Sin embargo, el daño resarcible no deviene del *simple menoscabo a los bienes o por* la lesión a un derecho subjetivo, sino por *la lesión a un interés protegido o tutelado por el ordenamiento jurídico*. La doctrina moderna ha superado con creces la concepción que identificaba al daño como un simple menoscabo a los bienes (sostenida por Messineo y Larenz, entre otros), como el criterio que lo hacía depender de la lesión a un derecho subjetivo.

1. ILICITUD OBJETIVA

A tenor de lo pautado por el artículo 1.185 del Código Civil, el que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo; y debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho.

1.1 *LA ANTIJURICIDAD O ILICITUD OBJETIVA*

Ésta comprende la violación de la correspondiente disposición legal por una conducta que da lugar a la ruptura de la convivencia fáctica; pero no sólo la transgresión a la norma por esa conducta ilícita, sino también el daño que se haya causado excediéndose, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho, pues ilícito, como afirma Atilio Alterini[180], no es sólo lo prohibido, sino que también comprende conductas cuya prohibición surge de la consideración armónica del sistema jurídico como plexo normativo. De acuerdo con tal consideración y dentro del contexto del artículo 1.185 del Código Civil venezolano, conforme al principio de progresividad –indicativo de que el Estado se encuentra imposibilitado de reducir o limitar los derechos y garantías consagradas en nuestro ordenamiento jurídico, así como los con-

[180] *Responsabilidad civil, Límites de la Responsabilidad Civil,* p. 73, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970.

templados en los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela– la conducta contraria a la moral, las buenas costumbres y el orden público, puede ser ilícita y por tanto generar responsabilidad civil; pues se trata de valores, de *conceptos jurídicos indeterminados*[181], tutelados por la ley, si se observa que conforme al artículo 6º *eiusdem*, no pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres. Se trata de derechos humanos dentro de la preeminencia axiológica de los mismos (art. 2º, CRBV); y "El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen" (art. 19 *eiusdem*).

La concepción objetiva de la ilicitud resulta fundamental para poder incluir dentro del concepto de acto ilícito a las omisiones, toda conducta omisiva que ocasione un daño a otro sin causa de justificación alguna será reputada como antijurídica, o como mera relación contradictoria entre la conducta obrada y las exigencias del Derecho en su conjunto.

Conducta antijurídica por hecho ilícito sería, por ejemplo, el caso de la convivencia que se inicia bajo la promesa de matrimonio y resulta que quien hizo la promesa está casado, en tal situación existe un impedimento dirimente absoluto que impide dicha celebración, y por eso ocurre la ruptura; o tratándose de la mujer mayor o emancipada que es seducida, induciéndola a convivir mediante promesa de matrimonio y después la abandona; hay allí una conducta antijurídica, pues bajo el engaño la llevó a mantener relaciones sexuales, y esa conducta intencional ha causado un daño moral a la mujer, por lo cual está obligado a repararlo, y la

[181] *Vid.* nuestro trabajo, *Objeto de la Prueba Judicial Civil y su Alegación,* 1ª reimpresión, p. 201, edic. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005.

obligación resarcitoria se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito, en cuyo caso el Juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima en caso de atentado a su honor, a su reputación; más aún, cuando ese hecho o acto engañoso constituye un delito: "Todo individuo que por medio de violencias, amenazas o engaño hubiere arrebatado, sustraído o detenido, con fines de libertinaje o de matrimonio, a una mujer mayor o emancipada, será castigado con prisión de uno a tres años" (art. 383 del Código Penal). No obstante, por el principio de progresividad en la tutela de los derechos humanos, se puede interpretar que también el hombre, *mutatis mutandi,* dentro de los anteriores supuestos, también puede resultar afectado por la conducta antijurídica por el acto ilícito realizado por la mujer en su contra, cuando el artículo 1.185 del Código Civil no establece distinción alguna al estatuir: "El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo..."; pues "Todas las personas son iguales ante la ley y, en consecuencia: 1.- No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona..." (art. 21, CRBV); siendo que "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos" (art. 22 *eiusdem*).

1.2 *NO HABIENDO CONDUCTA ANTIJURÍDICA*

De no haber una conducta antijurídica en el nacimiento o constitución de la unión *more uxorio*, es indudable que no existió un acto ilícito objetivo y, por tanto, en principio es apreciable que la ruptura, en tal circunstancia, de la convivencia fáctica no da lugar a resarcimiento por responsabilidad extracontractual. Esto ocurre cuando el hombre y la mujer convivientes estuvieron de acuerdo en iniciar esa relación, sin que la misma se fundara en la seducción de uno de los mismos bajo la promesa de contraer matrimonio, o mediante una conducta dolosa. Sin

embargo, en la doctrina se sostiene, como afirma Bossert[182], que si la relación concubinaria se estableció sobre la base del libre consentimiento de los sujetos y no sobre la base de un ardid que pudiera calificarse de maniobra de seducción, no es posible, a la luz de nuestro ordenamiento, acoger una demanda de indemnización por ruptura del concubinato. Sin embargo, el autor admite que en caso de abandono, pesa sobre el concubino que ha provocado la ruptura una obligación natural[183] de indemnizar a la concubina, por lo cual, en el supuesto del abandono, un pago efectuado en concepto de reparación de daños materiales y morales será irrepetible.

Es apreciable que si no ha habido una conducta intencional en la ruptura de la convivencia, o negligencia o imprudencia, en tal caso no se ha causado un daño al otro conviviente, pues el concubinato se extingue de modo unilateral y esta conducta por sí misma no es ilícita. No obstante, si esa ruptura se ha producido de modo abusivo o causa daño injusto es posible considerar –en tales casos– la posibilidad resarcible, como luego anotamos.

1.3 *ABUSO DE DERECHO*

Dentro del contexto del artículo 1.185 del Código Civil, y observando otro tópico diferente al hipotético antes planteado, el artículo 77 de la Constitución venezolana vigente acoge el derecho del hombre y la mujer de mantener una relación convivencial estable, pero de ninguna manera ampara, obviamente, que el ejercicio de ese derecho sea abusivo; y partiendo del concubinato creado por la voluntad de ambos convivien-

[182] *Ob. Cit.*, pp. 136 y ss.

[183] En la doctrina se afirma que la obligación natural es aquella que no es susceptible de ejecución forzosa por el acreedor, pues no está dotada de poder coactivo, en cuyo caso el deudor no está obligado a cumplirla; no obstante que si éste la cumple voluntariamente, tal cumplimiento es válido, surte plenos efectos. Observemos que, por ejemplo, el artículo 1.178 del Código Civil se estatuye que todo pago supone una deuda: lo que ha sido pagado sin deberse está sujeto a repetición. La repetición no se admite respecto de las obligaciones naturales que se han pagado espontáneamente.

tes, debe también reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho, tal como lo preceptúa el artículo 1.185 del Código Civil. De aquí que la ruptura abrupta y unilateral de la unión convivencial podría ubicarse en un abuso de derecho, pues como afirma Carlos Ameglio Arzeno[184], el concubino está obligado a indemnizar por la ruptura del concubinato, pues ha cometido un abuso de derecho, ya que dicha relación fue creada por las dos partes y nació de ambas voluntades, por lo cual mediante el abandono (entendemos nosotros que el abandono culposo, dañoso) produce un perjuicio moral y material en la concubina, y viceversa. Nuestro legislador estableció en el artículo 41 del Código Civil que "La promesa recíproca de futuro matrimonio no engendra la obligación legal de contraerlo, ni de cumplir la prestación que haya sido estipulada para el caso de inejecución de la promesa". Es que la sola promesa de matrimonio no obliga a cumplirla ni a entregar la prestación convenida en caso de su incumplimiento. Sin embargo, como lo contempla el artículo 42 *eiusdem*, si la misma consta de los carteles ordenados en el Capítulo II de este Título o de otro documento público, la parte que sin justo motivo rehusare cumplirla, satisfará a la otra los gastos que haya hecho por causa del prometido matrimonio. Esto significa que se tiene el derecho de no cumplir la promesa matrimonial y tampoco de entregar la prestación ofrecida en caso de inejecución de la promesa, pero no se autoriza a abusar de tal derecho incumpliéndola sin justo motivo, aun cuando el resarcimiento consecuencial por la conducta injusta queda limitado a indemnizar únicamente los gastos necesarios o útiles que se haya hecho por causa del prometido matrimonio.

No toda ruptura intempestiva y unilateral puede traducirse en un abuso de derecho, pues hasta ahora ninguna ley obliga a mantener la relación, tratándose que la misma puede extinguirse o disolverse de modo unilateral, y quien la rompe no tiene por qué justificar la ruptura, siempre que no exceda los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del

[184] *El Régimen Jurídico del Concubinato*, p. 128, Rosario (Argentina), 1935.

cual le ha sido conferido ese derecho. La buena fe por uno de los convivientes quien al iniciar la relación creyó en la promesa que le hizo el otro de contraer futuro matrimonio, y de pronto ocurre la unilateral ruptura; o el daño moral y económico que puede sufrir uno de los convivientes cuando el otro lo abandona en momento de encontrarse necesitado de recursos[185], o en estado de grave enfermedad, encontrarse embarazada la mujer, así como cualquier otro hecho que cause un daño o perjuicio.

1.4 *¿EN EL CASO DE CULPA O DOLO?*

Se ha plantado que al abandonar la responsabilidad civil su antiguo dogma consistente en que "no existe responsabilidad sin culpa", para pasar a ser concebida como la "reacción frente a un daño injusto", el daño se ha convertido en el eje del sistema reparatorio desplazando a la culpa de su pedestal, dando lugar a un mayor aspecto del ámbito resarcible y la tutela de nuevos intereses. El fundamento de la responsabilidad civil ya no lo constituye el acto ilícito de quien ocasiona el perjuicio, sino el daño de quien lo soporta, de modo injusto.

Sin embargo, en la doctrina se continúa haciendo distinción entre culpa *latu sensu,* en sentido amplio, y comprende los actos intencionales, es decir, dolosos, realizados por alguno de los convivientes en perjuicio del otro; al igual que los actos no intencionales tales como la imprudencia (el conviviente o la conviviente realiza una conducta que no debía hacer o ejecutar) o la negligencia (realizar una actividad negativa, una abstención, o culpa negativa); y la culpa *strictu sensu* o en sentido estricto o restringido, excluyente de los actos dolosos o inten-

[185] Para la Sala Constitucional en la decisión interpretativa comentada, en cuanto al deber de socorrerse mutuamente, contemplado para los cónyuges en el artículo 137 del Código Civil, la Sala considera que éste sí existe en cualquier tipo de unión, ya que si legalmente las uniones (o al menos el concubinato) generan derechos –como los alimentarios– los cuales normalmente corresponden a los cónyuges mientras dure el matrimonio, los componentes de estas uniones de hecho deben tener también esos derechos, como luego se explica, y ello se corresponde con el deber de socorro mutuo comentado.

cionales, y abarca sólo los actos no intencionales, aquellos que son propiamente culposos: La imprudencia y negligencia. La conducta es dolosa cuando ocurre la intención de engañar (*animus decipiendi*) uno de los convivientes al otro, prometiéndole que van a legalizar la unión convivencial, o a contraer matrimonio, y después no cumple y ocurre el abandono. Pero en la doctrina se afirma que la esencia del fenómeno resarcitorio es un daño que se valora como resarcible y no un acto que se califica como ilícito, convirtiéndose el daño, en consecuencia, en el núcleo de todo el sistema de la responsabilidad civil, en el centro de gravedad y en el eje alrededor del cual girará aquél, siendo esencial su presencia y su falta de justificación.

La mujer ha llegado al concubinato entusiasmada por quien la indujo o sedujo bajo falsa promesa matrimonial y después la abandona. En ese caso, como expresa Gustavo Bossert[186], la mujer ha llegado al concubinato y ha vivido en él, alentada por la promesa de matrimonio que el varón le hizo. Si además se prueba que éste ha actuado dolosamente, es decir, ha hecho su promesa sin intención de cumplirla y con el solo objeto de llegar a la relación concubinaria y mantenerla, creemos que la reparación de daños y perjuicios que tras la ruptura la mujer reclama, podrá considerarse basada en un acto doloso de seducción por parte del demandado, y como tal acogida.

2. EL DAÑO

Conforme al artículo 1.185 del Código Civil venezolano, el que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo. Aquí la noción de daño no presenta ninguna distinción. Pareciera referirse, *in genere*, a todo daño dentro del principio *alterum non laedere,* es decir, no dañar a otro, o no hacer daño a otro sin justificación (antijuricidad genérica), por lo cual del *thema* es el daño como lo céntrico en lo atinente a la responsabilidad civil, sin que la ilicitud o licitud de la conducta sea lo determinante: es el daño lo que justifica la obligación resarcitoria, y el daño consiste en la disminución o

[186] *Ob, Cit.,* p. 135.

pérdida que sufre una persona en su patrimonio material o moral. Por eso, el hecho de causar daño a otro sin que medie una causa de justificación se traduce en una conducta ilícita, que no puede ser absorbida u obviada por la víctima. Es que modernamente se admite que se puede ser responsable sin ser culpable o negligente (responsabilidad sin culpabilidad). Para Guillermo Borda[187], resulta clara una definida tendencia del derecho moderno a poner el acento del problema en el damnificado y no en el autor del hecho o actividad dañosa. De lo que se trata hoy es de asegurar a toda persona que ha sufrido un daño la reparación lo más amplia posible y comprendido tanto el daño material como el moral.

3. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Se trata de la relación de causalidad entre el hecho o acto y el daño, para que éste sea imputable jurídicamente al conviviente que se presuma responsable de la conducta que produjo la ruptura de la convivencia.

La noción de relación de causalidad no comprende meramente el vínculo o la relación de tipo físico entre la culpa y el daño, como observan Maduro Luyando y Pittier Sucre[188], sino también una relación causal (de causa a efecto) entre el hecho de la persona demandada como responsable y el daño. En este último sentido se habla de una relación de causalidad jurídica que permite vincular un determinado hecho físico que causa el daño con la persona a quien se le reclama la reparación. Nuestro Código Civil emplea en materia de responsabilidad civil la noción de la relación de causalidad en sus dos acepciones: como vínculo de causalidad física, en la disposición del artículo 1.185, que fija el principio general en materia de responsabilidad civil delictual ordinaria; (...) En cambio, nuestro legislador emplea la noción de vínculo de causalidad en sentido jurídico cuando una determinada relación de causalidad física es atribuible al hecho de una persona que se señala como responsable, sin que exista ninguna

[187] Responsabilidad Extracontractual: Fundamentos y Tendencias, en Derecho de Daños, *Ob. Cit.,* 1ª parte, p. 105.
[188] *Curso de Obligaciones, Derecho Civil III,* Vol. 1, pp. 196 y ss., Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007.

CONCLUSIONES

1. El artículo 77 constitucional es una norma considerada como plena, de *efecto inmediato y directo*, y la misma no requiere para su cumplimiento de una ley que la desarrolle, por lo cual no es necesario esperar que el legislador dicte esa ley específica, pues esa norma constitucional no actúa como *norma programática.* Por eso, cuando esa norma pauta que "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"; la expresión "requisitos establecidos en la ley", se refiere o hace remisión especialmente al Código Civil vigente, que desarrolla esos "efectos" (personales y patrimoniales del matrimonio).

La Constitución es fuente del derecho y, por tanto, sus normas son de aplicación inmediata (eficacia directa no indirecta). Las normas constitucionales se aplican junto a la ley e incluso frente a la misma, y no requieren de una ley para poder aplicarlas. Y como los derechos esenciales de la persona humana se han constitucionalizado, los jueces, para su protección, están obligados a la aplicación de la Constitución de modo directo. La norma constitucional contiene un conjunto de principios, reglas y valores, unos derechos-deberes, que son de aplicación directa o inmediata, y constituyen un mandato a todos los poderes públicos, en especial para el juzgador, quien debe velar por su efectividad en la praxis, removiendo los obstáculos que impidan su eficacia,

aplicación y plenitud; todo conforme a la Constitución, con criterio finalista y sistemático, conforme a la realidad social, dentro de los principios y valores constitucionales.

2. No puede haber identidad de efectos entre el matrimonio y la unión de hecho por tratarse de instituciones diferentes, que obedecen a opciones y planteamientos personales distintos, por lo cual es necesario respetar esta diferencia, tanto en el plano social como en el jurídico. Sin embargo, la unión estable de hecho que cumpla los requisitos establecidos en la ley, no es que se equipare al matrimonio, sino que esa unión convivencial de modo autónomo tendría relativamente los mismos efectos que el matrimonio.

3. El artículo 77 constitucional cuando se refiere a los efectos que produce la unión estable de hecho como "los mismos del matrimonio", en el ámbito hereditario, son efectos exclusivamente entre convivientes de hecho, porque la equiparación sobre los efectos se refiere a conceder los mismos derechos sucesorios "*entre"* los convivientes cuando ninguno de los mismos está casado, pero no entre el conviviente "*con*" el cónyuge supérstite, puesto que entre los requisitos legales a que alude el artículo 77 constitucional están las normas que regulan los *impedimentos dirimentes* que obstaculizan o impiden la celebración del matrimonio. Conforme al artículo 823 del Código Civil, el matrimonio crea derechos sucesorios para el cónyuge de la persona de cuya sucesión se trate, y estos derechos cesan con la separación de cuerpos y de bienes, sea por mutuo consentimiento, sea contenciosa, salvo prueba, en ambos casos, de reconciliación; mientras que el viudo o la viuda concurre con los descendientes, cuya filiación esté legalmente comprobada, tomando una parte igual a la de un hijo (art. 824, CC). Asimismo, la herencia de toda persona que falleciere sin dejar hijos o descendientes cuya filiación esté legalmente comprobada, se refiere conforme a las siguientes reglas: Habiendo ascendientes y cónyuge, corresponde la mitad de la herencia a aquéllos y a éste, la otra mitad. No habiendo cónyuge, la herencia corresponde íntegramente a los ascendientes. A falta de ascendientes, corresponde la mitad de la herencia al cónyuge y la otra mitad a los hermanos, y por derecho de representación a los sobrinos. A falta de estos hermanos y sobrinos, la herencia corresponde íntegramente al

cónyuge y si faltare éste, corresponde a los hermanos y sobrinos expresados. A falta de cónyuge, ascendientes, hermanos y sobrinos, sucederán al *de cujus* sus otros colaterales consanguíneos (art. 825, CC).

Se trataría de la equiparación entre convivientes de hecho cuando entre los mismos no existe impedimento dirimente alguno que obstaculice la celebración válida del matrimonio, pero de ninguna manera que el conviviente ocupe la misma cualidad del cónyuge, sus mismos derechos sucesorios, en cuanto a que el conviviente sobreviviente tenga los mismos derechos que el cónyuge supérstite, a modo de concurrir con éste en la herencia, tomando la parte correspondiente dentro de las previsiones a que se refieren el artículos 824 y siguientes del Código Civil, que aluden al orden de suceder, pues razonablemente el artículo 77 constitucional, cuando estatuye que las uniones estables de hecho "cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio", hay que, asimismo, tomar en consideración que entre tales requisitos el artículo 50 del Código Civil, ordena que "No se permite ni es válido el matrimonio contraído por una persona ligada por otro anterior".

4. El artículo 77 constitucional es una norma continente de principios, reglas y valores que exige el cumplimiento de dos requisitos esenciales concurrentes, para que la unión de hecho, entre un hombre y una mujer, produzca (relativamente) los mismos efectos que el matrimonio: 1º.- Que la unión de hecho sea estable; y 2º.- Que la misma cumpla con los requisitos establecidos en la ley. En consecuencia, de faltar alguno de estos dos requisitos, la unión de hecho, de que se trate, no producirá (relativamente) los mismos efectos que el matrimonio.

La Constitución se refiere al adjetivo "*estable*" que denota permanencia. Se aplica a lo que no está en peligro de caer, de descomponerse, de cambiar o de desaparecer"; que se mantiene de modo indefinido, sin conclusión o terminación *sine die,* aun cuando no a perpetuidad. Por eso, la "estabilidad de la unión de hecho", en su sentido material, significa la solidez, seguridad y firmeza de la misma, y en orden al tiempo que la unión de hecho se mantenga de modo indefinido, es decir, que no sea casual, transitoria u ocasional. De aquí que el requisito de la *estabi-*

lidad se integre a su vez con varios elementos que le dan contenido, tales como (i) la cohabitación, (ii) permanencia, (iii) singularidad, (iv) notoriedad y (v) la no existencia de impedimentos dirimentes que impidan el ejercicio de la capacidad convivencial.

Los mismos son elementos esenciales porque cada uno, con vista a su propio contenido material y conceptual, intervienen en la formación del elemento fundamental y céntrico que es la estabilidad. Ésta no puede existir sin la estructura integrada por tales elementos. El vocablo "estabilidad" es un concepto jurídico abierto y como consecuencia de su concreción (interpretación) en la praxis, se integra o llena por esos elementos que le dan plenitud.

5. Como se ha podido apreciar, la Sala Constitucional en la sentencia interpretativa vinculante (caso: Carmela Mapieri Giuliani) equipara la unión de hecho o *more uxorio* al matrimonio de dos maneras diferentes: a) *Equiparación parcial*. Como el matrimonio –según la Sala– nace y se prueba de manera distinta al concubinato, o a cualquiera otra unión estable, la diferencia –en su nacimiento como en el orden probático– hace que tanto las unas como las otras no pueden equipararse íntegramente al matrimonio; y, en consecuencia, los efectos del matrimonio (personales y patrimoniales) no se producen íntegramente en la unión fáctica. En tal caso, la unión *more uxorio* o estable de hecho (concubinato) y cualquiera otra unión estable, no son necesariamente similares al matrimonio, es decir, ni iguales, ni equivalentes. Se desprende de la decisión de la Sala que si la unión fáctica naciera y se probara de igual modo que el matrimonio, entonces aquélla se equipararía íntegramente al matrimonio y produciría automáticamente todos los efectos del mismo. Obviamente que ambas instituciones nacen y se prueban de manera diferente, pero es posible pensar que no sea tal diferencia la que impida la producción de los mismos efectos (personales y patrimoniales), sino motivos diferentes, tales como que no son equiparables, no son iguales ni similares; aun cuando el artículo 77 constitucional pareciera equipararlas pero relativamente. Además, la Sala no indica a qué otras uniones estables se refiere, dejándolas en una zona de penumbra; b) *Equiparación total patrimonial*. La Sala equipara el género "unión estable" al matrimonio, y así debe tener, al igual que éste, un régimen

patrimonial (comunidad de gananciales por causa de la equiparación). Se trata de una equiparación limitada a lo patrimonial, que pareciera dejar de lado lo relativo a los efectos personales (interconvivenciales y en relación con los hijos e hijas), al no afirmarlos en ese contexto.

6. La unión concubinaria o *more uxorio,* para la Sala Constitucional en la sentencia antes referida, "se trata de una situación fáctica que requiere de declaración judicial y que la califica el juez, tomando en cuenta las condiciones de lo que debe entenderse por vida en común"; por lo cual "en primer lugar considera la Sala que, para reclamar los posibles efectos civiles del matrimonio, es necesario que la "unión estable" haya sido declarada conforme a la ley, por lo que se requiere una sentencia definitivamente firme que la reconozca. En la actualidad, es necesaria una *declaración judicial* de la unión estable o del concubinato, *dictada en un proceso con ese fin*".

La calificación a que se refiere la Sala la realiza el juez, tomando en cuenta las condiciones de lo que debe entenderse por vida en común. Sin embargo, la expresión "*vida en común*" no es lo mismo que la "*estabilidad*" y tampoco comprende la pluralidad de los requisitos establecidos en la ley, a que contrae el artículo 77 constitucional "(...) 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". (Destacado nuestro). Por tanto, para que la unión fáctica sea declarada judicialmente mediante sentencia definitivamente firme, a los efectos del artículo 77 en referencia, el juzgador debe encontrar que esa convivencia es *estable* y cumple *los requisitos establecidos en la ley*. La vida en común, en comentario, sólo constituye un elemento integrador del concepto estabilidad.

Dispone la Sala que en la actualidad es necesaria una *declaración judicial* de la unión estable o del concubinato *dictada en un proceso con ese fin.* Esta última afirmación es exacta. No obstante, la misma no indica que en el "proceso con ese fin" sea excluyente de la acumulación al mismo de la pretensión de partición y liquidación de los bienes comunes convivenciales, del modo como hemos analizado, pues toda prohibición debe ser expresa, no tácita ni sobreentendida. La Sala no prohíbe

la acumulación de pretensiones y no obstante la Sala Civil declara inadmisible la demanda por la acumulación en la misma de las pretensiones merodeclarativa concubinaria, la partición y liquidación de la comunidad patrimonial, como hemos observado. Por eso, la estabilidad y los requisitos se conjugan en los conceptos permanencia, singularidad, cohabitación, notoriedad y la inexistencia de impedimentos dirimentes que impidan el ejercicio de la capacidad convivencial.

7. La Sala Constitucional "tiene que examinar la posibilidad para uno de los miembros de una unión o concubinato, de la existencia del *concubinato putativo* 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". Como se observa, para la Sala la presencia del concubinato putativo se genera cuando el concubino de buena fe ignora la condición de casado del otro, reduciendo el alcance de lo que sería el concubinato putativo únicamente al impedimento dirimente absoluto de vínculo anterior (art. 50, CC), cuando existen más impedimentos de tal carácter que también dan lugar a que la convivencia, en sus efectos, no perjudica al conviviente de buena fe. Por eso pareciera que no será putativo ante la existencia de los demás impedimentos dirimentes para contraer válidamente matrimonio.

De ser así, entonces el concubinato putativo –a que se refiere la Sala Constitucional– se concreta únicamente al tipo que la misma determina de manera simplificada o reducida. Asimismo, el desconocimiento o ignorancia del estado civil del otro conviviente –según la Sala– conduce a que el de buena fe goce de los beneficios o efectos del matrimonio putativo, en relación a los bienes. La Sala no dice por qué en los supuestos a que se refiere funcionará con el concubino de buena fe las normas sobre matrimonio putativo, aplicable a los bienes, y omite referirse (o incluir) los efectos personales que el concubinato putativo inevitablemente tiene que producir en beneficio del conviviente de buena fe, y de los hijos e hijas. ¿Se traduce que, en tales casos, al concubinato putativo se aplican las normas del régimen de bienes en el matrimonio, pero no las atinentes a los efectos personales del mismo? De ser así, ¿qué ocurre con los efectos de orden personal interpareja y en relación con los hijos e hijas? Por último,

para la existencia del concubinato putativo debe previamente declararse judicialmente la existencia de la unión fáctica mediante sentencia firme y, desde luego, producirse la declaración de nulidad de la misma (unión concubinaria) mediante decisión también firme. La Sala no observa nada al respecto. No obstante, sin la declaración de nulidad no puede hablarse, en propiedad, de concubinato putativo, como no puede afirmarse el matrimonio putativo sin la sentencia que declare su nulidad.

8. Para salvar en la praxis la contradicción entre los dos principios que integran el artículo 77 de la Constitución Nacional vigente, como son: la protección del matrimonio y a la protección de las uniones de hecho, al aparentemente equiparar las mismas al matrimonio, cuando contempla esa norma que "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"; hay necesidad en Venezuela de legislación específica para tales uniones fácticas, de modo que los convivientes tengan su propio régimen tutelar. Confundir, en orden a los efectos, la unión de hecho con el matrimonio, constituye una incongruencia que contradice y altera ambas realidades, pues la aparente "equiparación" está reducida únicamente a los efectos (no a todos los efectos) o consecuencias del matrimonio, pero no a que el matrimonio y la unión estable de hecho sea iguales. Cada una de estas instituciones tiene su propia especificidad.

9. De no existir impedimento dirimente alguno para contraer válidamente matrimonio entre convivientes, surge la necesidad de autorizar un régimen convencional de bienes entre los mismos, que se celebre antes de iniciar la cohabitación, en protección de los mismos y de los terceros; así como la determinación de los requisitos que deben cumplirse para que pueda tener lugar la extinción o disolución de la unión fáctica.

Se debe respetar el principio básico de la libertad de pactos o convenciones, pues resultaría más acorde con el principio de libertad dejar a la voluntad de los convivientes la estipulación de los efectos que pretendan otorgar a su cohabitación, o la libertad de no estipular nada. Las decisiones autónomas y prácticas convenidas por los convivientes serían el verdadero objeto que el Derecho se ocuparía de proteger.

10. ¿Es posible que por efecto de la ruptura de la unión *more uxorio* se pueda obtener resarcimiento indemnizatorio? Por el solo hecho de la misma, pareciera que no es posible, sino por determinadas circunstancias que pudieran dar lugar a esa indemnización, pues así como por la extinción del vínculo matrimonial no se genera la posibilidad resarcitoria, puesto que la causa de la extinción la determina la ley de modo taxativo, asimismo la extinción de la unión *more uxorio* la posibilita o genera, hasta ahora, la voluntad unilateral de uno de los convivientes, o por la de ambos. La Sala Constitucional, en la decisión interpretativa citada, establece que la ruptura de la unión de hecho puede ocurrir en cualquier momento en forma unilateral. La sola ruptura de la unión fáctica no ha lugar al resarcimiento, sino que se debe establecer la causa o motivo de la ruptura y si la misma puede dar lugar al resarcimiento por los daños y perjuicios que genere.

Como hasta ahora no existe en nuestro país ley específica que regule la unión convivencial, ésta debe ser judicialmente declarada, y es posible considerar si la conducta que dio lugar a la ruptura de la unión fáctica ocasionó un daño, consistente en la disminución o pérdida sufrida por una persona en su patrimonio material o moral. Por eso, el hecho de causar daño a otro sin que medie una causa de justificación, se traduce en una conducta ilícita que no puede ser absorbida u obviada por la víctima.

11. Necesidad de un Registro, como consecuencia de la legislación específica, para las parejas estables de hecho entre un hombre y una mujer, que sea llevado por el Estado, donde se contemple, entre otras materias, ser mayor de edad o menor emancipado, sin parentesco por consanguinidad ni afinidad en línea recta, certificación de estado civil, no estar unido a matrimonio anterior, declaración de no encontrarse unido a otra pareja de hecho. De esta manera los convivientes no serán copias de la unión matrimonial, a la fuerza y contra la voluntad de los mismos, en la forma como la presenta el artículo 77 constitucional, pues el hombre y la mujer que conviven de hecho, aparte de otros motivos que tengan, es porque no quieren contraer matrimonio o legalmente no pueden.