



UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

**UNIONES CONYUGALES DE HECHO ESTABLE Y SU INCIDENCIA EN LA
LEGISLACIÓN NICARAGÜENSE**

Trabajo investigativo para obtener el título de Licenciada en Derecho

Autor: Mariela Sofía Sánchez Sánchez

Tutor: Msc. Diana Cecilia Santana Paisano

Managua, Nicaragua

Julio.2011

ÍNDICE

Objetivo General:.....	4
Objetivos Específicos:	4
INTRODUCCIÓN.....	5
CAPÍTULO I:	7
DERECHO DE FAMILIA.....	7
1. HISTORIA, EVOLUCIÓN y ACTUALIDAD	7
2. Concepto de familia y Derecho de familia.....	14
3. Caracteres del Derecho de familia	16
4. Singularidad del Derecho de familia: Ubicación en el Derecho civil	19
5. Evolución del Derecho de familia en la legislación Nicaragüense y Amparo Constitucional de la familia	20
6. Corolario	23
CAPÍTULO II:	27
MATRIMONIO Y UNIONES DE HECHO ESTABLE.	27
1. MATRIMONIO	27
1.1 Antecedentes Históricos	27
1.1.1. Roma.....	27
1.1.2 Medioevo	30
1.1.2.1. Teoría Contrato-Sacramento.....	31
1.1.3 Edad Moderna y Revolución Francesa	33
1.2. Matrimonio Actual	36
1.2.1 Etimología. Concepto. Naturaleza	36
1.2.2. Características y fines del matrimonio	38
1.2.3 Requisitos	39
1.2.4 Celebración	40
1.2.5 Efectos Generales	41
1.2.6. Consecuencias Jurídicas del Matrimonio	42
2. Uniones de Hecho Estable	53
2.1. Figuras históricas con alguna similitud.....	53

2.2. Actualidad	57
2.3. Compatibilidad entre Matrimonio y Uniones de Hecho Estable.	59
2.4. Régimen Patrimonial del matrimonio y la Unión de Hecho Estable	61
2.5. Uniones de Hecho Estable hacia una romanización de concepciones.....	62
CAPITULO III:	64
UNIÓN DE HECHO ESTABLE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NICARAGÜENSE .	64
1. Constitución Política de Nicaragua.....	64
2. Código Civil	65
3. Ley de Alimentos.....	66
4. Ley de Adopción. Ley de reforma y Adición a la Ley de Adopción	67
5. Ley de seguridad social. Reglamento de la Ley de Seguridad Social.....	69
6. Código del trabajo	71
7. Código Penal	72
8. Código Procesal Penal de Nicaragua.....	74
9. Ley General de Bancos, Instituciones Financieras No Bancarias y	75
Grupos Financieros	75
10. Proyecto de Código de Familia.....	76
10.1. Crítica	80
CONCLUSIONES.....	84
RECOMENDACIONES.....	87
LISTA DE REFERENCIAS.....	89

Objetivo General:

- Estudiar la problemática relacionada con las uniones de hecho estable y sus posibles soluciones.

Objetivos Específicos:

- Analizar los antecedentes históricos y evolución de la unión de hecho estable.
- Dar a conocer aspectos generales de la unión de hecho estable y su compatibilidad con la figura del matrimonio, así como la existencia de derechos y obligaciones nacidos a partir de este fenómeno.
- Señalar las disposiciones jurídicas existentes en el ordenamiento jurídico nicaragüense que hacen mención de las uniones de hecho estable.
- Mostrar las deficiencias jurídicas existentes en la normativa legal en Nicaragua y en el Proyecto de Código de Familia relacionadas con las uniones de hecho estable.
- Manifestar las posibles soluciones a la problemática actual de las uniones de hecho estable.

INTRODUCCIÓN

Debido a la sociabilidad impregnada en cada ser humano, éste tiende a estar en constante relación o cercanía con otros seres humanos, desarrollándose de generación en generación, y conservando la raza humana mediante la descendencia o procreación.

La sociedad evoluciona constantemente, y el derecho debe adecuarse a dicha evolución. Hay realidades sociales que el derecho las toma e intenta incorporar en sus esquemas normativos, no obstante, debido a su persistente cambio, no logra regular todos los aspectos, un ejemplo de ello lo vemos reflejado en la familia.

La familia es la organización humana más antigua, ésta ha ido evolucionando con el pasar del tiempo, existiendo diferentes maneras de formación, regulación y desarrollo interno. Hoy en día conceptuamos familia como el núcleo de la sociedad, que nace de la unión de un hombre y una mujer, que tiene, en la mayoría de los casos, función de reproducción, por lo que existe básicamente progenitores y procreados, pudiéndose unir más personas que comparten cierta relación de parentesco. Actualmente nuestra Constitución Política reconoce dos formas de hacer nacer familia: matrimonio y unión de hecho estable.

La unión de hecho estable es una realidad actual en nuestro país, que sin duda alguna hace nacer familia y genera consecuencias jurídicas. Se puede definir como la unión entre un hombre y una mujer, estable y singular, que desarrollan una vida marital, y que a pesar que no tienen impedimentos para contraer matrimonio, no desean contraerlo, primando el no interés a un compromiso legal.

Debido a que es algo existente en nuestro contexto social, consideramos que es necesaria la regulación de sus consecuencias jurídica, con el fin de brindar protección y seguridad jurídica a los involucrados, asimismo es de gran relevancia

hacer notorio todas las deficiencias que existen actualmente, por lo que al realizar dicho estudio se colaboraría a dejar en claro lo que es necesario reformar o crear, las deficiencias existentes, y reflejar la verdadera situación social y jurídica que se está desarrollando actualmente.

Este trabajo investigativo tiene como objetivo mostrar las escasas regulaciones con las que cuenta el ordenamiento jurídico nicaragüense en relación a las uniones de hecho estable, y sus deficiencias y vacíos legales que son necesarios cubrir, para ello primeramente se da la ubicación en el derecho de familia del tema en estudio, detallando determinados aspectos generales de este derecho; posteriormente se dan antecedentes históricos tanto del matrimonio como de la unión de hecho estable, como formas de hacer nacer la familia, también pretendemos conceptuarlo, brindar características esenciales y efectos de ambas. Se incorpora las disposiciones esenciales del Proyecto de Código de Familia, como posible avance legislativo en el tema, el cual, a pesar de que podría incorporar novedad en nuestra ley positiva, posee determinadas deficiencias que son necesarias destacar.

CAPÍTULO I:

DERECHO DE FAMILIA

1. HISTORIA, EVOLUCIÓN y ACTUALIDAD

El concepto de familia ha sido en Derecho muy cambiante desde sus inicios, debido a la diversidad de influencias y comportamientos presentes en su realidad. Iniciamos este breve estudio histórico con la familia en Roma, la cual es una de las principales influencias en el derecho de familia actual, y cuyo concepto se aprecia muy distinto a lo que hoy en día conocemos por “familia”.

La familia *proprio iure* se define como el sometimiento de todos los miembros de dicha organización, a la *manus* del *paterfamilias* o señor soberano de la familia, figura que no encuentra cabida en lo que hoy definimos como padre de familia (Guzmán García, 2005 e Iglesias, 1972).

La familia romana poseía tradición mítica, por lo que no solo tenían pertenencia a este mundo, sino también al otro. Ulpiano define la familia *proprio iure dicta*, como “el conjunto de personas que, por naturaleza o derecho, están bajo una misma potestad”, potestad que hace alusión al *paterfamilias* viviente. En dependencia de cuántos hijos varones se procreen será el número de nuevas familias nacientes con posterioridad a la muerte del *pater*, conservando únicamente el vínculo agnaticio entre los miembros de la familia, y son los agnados, quienes por derecho, y consideración de Ulpiano, componen la familia, pues a pesar de que al morir la cabeza de la familia, conforman nuevas familias, sin embargo, todos en un determinado momento estuvieron sometidos a la misma autoridad y proceden de igual casa y estirpe (Guzmán García, 2005, 2009).

No cabe duda que la figura más importante en la familia romana era el *Paterfamilias*, cuyo poder principal era la *manus*, poder unitario que comprende diversas potestades, entre las cuales encontramos (Guzmán García, 2005):

- *Manus maritalis*: sobre la mujer.
- *Patria Potestas*: sobre los hijos.
- *Dominica Potestas*: sobre los esclavos.
- *Mancipium*: sobre los hijos de otros entregados en venta.

Dicho poder era originalmente absoluto, sin distinción entre individuos libres y no libres. Además, entre las manifestaciones de la *potestas*, encontramos los derechos de exponer (*ius exponendi*) y vender (*ius vendendi*) a los miembros de la familia; así como la facultad de liberarse de responsabilidades externas derivadas de los daños producidos por algún miembro de la casa a otra familia, esto último de conformidad con las prácticas en relaciones internacionales de las antiguas comunidades (*ius noxae dandi*) (Guzmán García, 2005).

En el ámbito privado son inconcebibles las relaciones del *pater* con los *filifamilias*, así como éstos no poseían pretensiones frente al *pater*, ni existía derecho de alimentos, ni derecho de la hija a la constitución de dote. El *pater* posee *potestas* institucional, actuando autónomamente en el gobierno de la familia pero no independientemente, la autonomía que posee es funcional, guiada con diligencia conforme a la voluntad o sabiduría transmitida de generación en generación (Iglesias, 1972).

Entre algunos de los medios de los que dispone el *pater* para hacer valer sus poderes, tanto frente a los *fili* como frente extraños, encontramos la recurrencia ante la Autoridad Pública quien utilizando amenaza, atemoriza al *fili* que no

procede como debe, así la utilización de los interdictos de *liberis exhibendis* y *liberis dicendis*, para dirigirse contra un tercero que sin su voluntad retiene al *filius*. En los tiempos de Antonino Pío se otorgó una excepción a favor de la madre, quien bajo justa causa retuviera al hijo, así como una excepción en beneficio del marido contra el *pater* que conservaba aun la *potestas* de la hija casada (Iglesias, 1972 y Guzmán García, 2005).

Existían dos modos para entrar en la familia

- 1) Nacimiento: es modo normal, es producto de la procreación en *iustae nuptiae*¹ por el individuo varón de la familia, sea *pater* o *filius* (Guzmán García, 2005).

- 2) Acto Jurídico: en este acápite encontramos la adopción y la *conventio in manum*. La primera se refiere al acto jurídico por el cual un extraño ingresa a la familia pasando a ser *filius*.² Existen, según Justiniano, dos tipos: la plena, que es cuando es realizada por un ascendiente, desligándose el hijo totalmente de su familia originaria; y la menos plena que es cuando la potestad del adoptado queda en manos del padre natural, poseyendo únicamente derecho a sucesión legítima sobre los bienes del adoptante. Encontramos en este último tipo de adopción, la figura de la *adrogatio*, en la cual una familia es absorbida por otra (Guzmán García, 2005).

En lo referente a *Convetio in manum*, se trata de cuando la mujer casada, rompe lazo con su familia, para pasar a formar parte de la familia del marido, pasando a ubicarse como *filiae loco* (el *pater familia* es el marido) o *neptis loco* (el *paterfamilias* es el *pater* del marido, por encontrarse éste

¹ Nacido después de los 182 días de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días de su disolución. Regla que aún se encuentra con vigencia en nuestro Código civil actual.

² En dependencia que el Adoptante sea *alieni iuris* o *sui iuris*, se distingue entre adopción y *adrogatio*

último in *patris potestate*). Esta figura se puede llevar a cabo por medio de tres diferentes formas:

- *Confarreatio*: ceremonia religiosa, frente diez testigos y el Sacerdote de Júpiter o Pontífice máximo, se pronuncian las palabras solemnes y se dan una ofrenda de un pan de trigo (*panis farreus*) (Iglesias, 1972 y Guzmán García, 2005).
- *Coemptio*: se trata de un ámbito meramente civil mediante la compra fingida de la mujer, al estilo de *mancipatio* (Iglesias, 1972 y Guzmán García, 2005).
- *Usus*: cuando se adquiere mediante *usucapio* o adquisición por posesión la *manus* sobre la mujer durante un período de un año, es decir se ejerce de hecho dicha potestad. La mujer podía interrumpir el *usus*, estando tres noches consecutivas lejos de la casa del marido (Iglesias, 1972 y Guzmán García, 2005).

Es de gran relevancia, mencionar que los Romanos no se preocuparon por asignarle al matrimonio un valor y función de categoría jurídica, por lo que ni el matrimonio, menos el divorcio, eran concebidos como un acto jurídico, sino, un hecho con consecuencias jurídicas³ (Iglesias, 1972).

El matrimonio era conceptualizado como la unión dos personas de distinto sexo, con la intención de ser marido y mujer, es decir, es una situación jurídica que se fundaba en la convivencia conyugal y en la *affectio maritalis*⁴, no necesariamente una convivencia afectiva. El matrimonio existía siempre y cuando se guardarán consideración y respeto debido (*honor matrimonii*), por tanto lo que prevalecía es el elemento subjetivo de la intención de la *affectio maritalis*. Se necesitaba que el

³ Relacionado con los bienes, sucesiones, ubicación de la mujer dentro de cada familia, hijos, etc

⁴ "Elemento subjetivo, exteriorizado por medio del *Honor matrimonii*, consistente en la intención de los contrayentes de considerarse recíprocamente como marido y mujer" (Morineau, Román; 1993, p. 63).

matrimonio fuese continuo y duradero, no nacía por consentimiento inicial. Asimismo, dicha situación jurídica no estaba sujeta a formalidades, ni la realización ante una determinada autoridad, ni la redacción específica de un documento, lo que se redactaba era los pactos nupciales (*pacta nuptialia*), los cuales no afectaban la existencia del matrimonio, ni constituían medio probatorio de éste (Iglesias, 1972).

Es la intervención estatal, junto con las nuevas concepciones sociales, lo que destruyó el concepto original de familia. Dicha intervención inicia en el s. I .d. C., cuando Trajano ordena la emancipación de los *filius* maltratados por el *pater*. Dicha agresión, con el límite de llevar a la muerte del hijo, posteriormente es castigado por Adriano (*deportatio in insulam*), la Ética Cristiana y Constantino (Iglesias, 1972 y Guzmán García, 2005).

Posteriormente Justiniano, permite la venta del hijo sólo en extrema necesidad, pudiendo el hijo recobrar su libertad mediante oferta al comprador del precio o de otro esclavo. Luego, todas estas normas quedan en el pasado, imperando jurídicamente la normativa ética, definida la patria *potestas* como piedad, no atrocidad (Guzmán García, 2005).

En el derecho Germánico primitivo, manteniendo ciertos aspectos de la familia romana, también existe la pertenencia familiar a la autoridad o jefe de familia, dándole menor importancia a los lazos sanguíneos, sin embargo los hijos mayores ocupan una posición más libre que en Roma primitiva (Lacruz, 1997).

Posteriormente la concepción de Roma evoluciona, al igual que entre los germanos, y se sustituye el vínculo de Autoridad por el de sangre como índice del parentesco (cognación), se disminuye el poder del padre o jefe de la casa y mejora correlativamente la posición de la mujer y de los hijos como sujetos dignos de protección, pudiéndose emancipar al adquirir la plena capacidad natural (Lacruz, 1997).

Luego encontramos la influencia del Cristianismo, implantando la formación de una nueva familia en cada matrimonio, proclamando la unidad e indisolubilidad de éste y la existencia de derechos y deberes recíprocos ente los cónyuges, también, ordena el ejercicio de la autoridad paterna en nombre de Dios y para bien de los hijos y atribuye al padre graves deberes con respecto a éstos (Lacruz, 1997).

“En la familia del Medioevo, se da una diversidad de influencias y comportamientos en los conjuntos sociales” (Guzmán García, 2009, pp. 2 y 3) entre los cuales podemos señalar la influencia canónica sobre el primitivo derecho Germánico y Romano. *“Aparece la familia como un organismo de ética estricta y como uno de los núcleos sociales más fuertemente constituidos”* [Lacruz, 1997]. En este tiempo, al parecer, *“es la fuerza vinculante del patrimonio lo que ligaba la sociedad y en especial a la familia”* (Guzmán García, 2009, p.3) Expresión de eso fue la gran importancia que se le brindaba al hijo mayor y de sexo varón, así como el hecho de que en la nobleza la labor más importante, desempeñada por la familia medieval, era la sucesión, procurando siempre asegurar una descendencia masculina que pudiera proteger, en función de las tierras y siervos, de posibles agresiones por parte de otras comunidades. La autoridad sobre la mujer pasa a ser una especie de tutela, con énfasis en lo patrimonial siempre, la patria potestad pasa a ser un poder de protección (Guzmán García, 2009 y Lacruz, 1997).

A partir de todo ello en la Sociedad Occidental también se tiene al padre como núcleo fundamental e importante, predominando en esta familia una idea del cosmos, la cual se basaba en que Dios, que era responsable del Gobierno y vida de las creaturas, desarrolla su poder por medio de la familia, dentro de éste núcleo él es legislador y Juez, Gobernador y Proveedor (Guzmán García, 2009).

En el S. XVIII se empiezan a producir disfunciones y contradicciones, lo que generó cambios, producto del fenómeno filosófico del iluminismo, se deja atrás la visión de la familia desde un ideal religioso, donde se consideraba que era creada a imagen de la divinidad, y pasa a darse la asignación de derechos y obligaciones

para los miembros de dicha organización. A esto último colaboró el auge de los tratados internacionales y legislaciones que afirmaban dicho cambio de ideas (Guzmán García, 2009). *“Los filósofos ilustrados concretan la composición del grupo familiar a los padres e hijos; mantienen la independencia de éstos, y defienden la licitud y conveniencia del divorcio”* [Lacruz, p.21, 1997].

Como una suerte de condensación de todo lo antes expuesto se presenta el Código de Napoleón, y la influencia, a partir de la mitad del s. XIX, del movimiento feminista en las ulteriores codificaciones de los países europeos, influyendo también las nuevas bases económicas y sociales, la Revolución Industrial y su producción de una nueva cultura y modo de vida.

Llegando la tendencia secularizadora gala a la legislación española con la ley de matrimonio civil de 1870, el Código se inserta en una línea más moderada, limitándose a recibir de los antecedentes Códigos Latinos la técnica y parte de su redacción, pero conservando la concepción de familia con arreglos a los patrones tradicionales (Lacruz, p.21, 1997).

De lo expuesto resulta notorio que lo que en la actualidad se define como familia, es muy distinto a los antecedentes mencionados, sobre todo en lo relacionado a su abordaje jurídico, pues se pasa de poseer una rigurosidad, en lo referente a la formación y estructura, a poseer una flexibilidad, alterando, desde la perspectiva jurídica, radicalmente los principios originarios en que se asentaba la familia (Guzmán García, 2009).

Así pues, podemos notar cambios en relación con la familia Aristocrática (Roma), en cuanto al aspecto económico en la producción en común, en el aspecto jerárquico y afectivo, en la sumisión absoluta a la autoridad del jefe, en el aspecto social en la composición de un grupo numeroso en el cual entran personas que no se hallan unidas por vínculos de sangre (Lacruz, 1997).

Otra expresión de cambio es el pasar de tener al matrimonio como la única forma de hacer nacer familia, a tener a las uniones no matrimoniales como forma de hacer nacer la familia también. Cambio que se dio en nuestro Derecho a través del texto Constitucional, en su artículo 72, expresando el modernismo que se funda en la experiencia social. La manifestación de dichos cambios es notoria en la transformación de la conciencia social, fundamentada en los movimientos ideológicos en torno a la igualdad de derechos y obligaciones entre hombres y mujeres, así como el papel complementario que desarrollan éstas últimas en la sociedad (Guzmán García, 2009).

2. Concepto de familia y Derecho de familia

La familia es una organización de naturaleza social y no jurídica puramente, son diversos los conceptos que podemos encontrar acerca de la familia, los cuales no siempre coincidirán, pues depende desde qué ámbito lo veamos. Así pues, podemos mencionar los siguientes conceptos:

- Históricamente, y aun en la actualidad, se define familia como una comunidad que creada, en principio por el matrimonio, luego se anexa las uniones de hecho estable, está compuesta al menos por progenitores y procreados, y en la que pueden participar otras personas, convivientes o no (Lacruz, 1997).
- En sentido amplio, familia es el conjunto de personas que viven bajo el mismo techo, sometidas a la dirección y con los recursos del jefe de la casa, quedando los derechos de uso y habitación limitados a las necesidades personales de los titulares de derecho y de su familia (Meza Barros, 1989).

- En sentido más restringido se denomina familia al conjunto de personas unidas por vínculos del matrimonio y parentesco (Meza Barros, 1989).
- Nuestra Constitución Política, en su artículo 70, la define como “El núcleo fundamental de la sociedad”.
- Auxiliadora Meza (1997, p.93), la define como *“grupo de individuos cohesionados en virtud de unas determinadas características y de unos determinados fines y funciones que están llamados a cumplir”* (1997, p.93). Otro concepto brindado por dicha autora es *“Forma histórica de organización de la vida común de los seres humanos de ambos sexos. Es la célula de la sociedad porque cumple la función indispensable en la reproducción de la población”*.
- Desde un punto de vista sociológico, Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni (2008, p.5), definen a la familia como una *“institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco”*.

Consideramos que, tomando ciertos aspectos de los distintos conceptos mencionados anteriormente, la concepción de familia más adecuada a nuestra realidad actual sería: Célula de la sociedad, originada por matrimonio o unión de hecho estable, que cumple, en la mayoría de los casos, la función de reproducción y en la cual existen al menos progenitores y procreados, pudiendo participar más personas unidas a ésta por medio de parentesco. Cabe destacar que la función de reproducción se da en la mayoría de los casos, no en la totalidad, pues existen casos en los cuales dicha función no es posible, ejemplo de ello es el matrimonio entre personas de edad avanzada los cuales no son aptos para la reproducción, o el caso de personas estéril que en la mayoría de los casos, no siempre, adoptan, y no por ello ni el primer ejemplo, ni el segundo dejan de conformar una familia.

Una vez definido lo que es familia, pasaremos a conceptualizar Derecho de familia, y para ello mencionaremos dos percepciones de los últimos autores citados anteriormente, para formar una percepción propia:

- Para Auxiliadora Meza (1997,94) este derecho posee características de *“expansivo, emergente, vivo y dinámico, caracterizado por no ser formalista por la autonomía de sus fuentes, además, es protector de la familia y cuyas normas son fundamentalmente de orden público”*.
- Por otro lado, Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni lo definen como *“Conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones jurídicas familiares”* (Bossert, Zannoni, 2008, p.10).

En suma el Derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones jurídicas familiares con el objetivo de brindar a sus miembros protección, principalmente bajo normas de orden público. Además este derecho es vivo y dinámico pues va cambiando y evolucionando constantemente.

3. Caracteres del Derecho de familia

El Derecho de Familia, es la parte del Derecho Privado que se identifica con rasgos muy particulares. Así podemos identificar las siguientes características:

- **Carácter extrajurídico:** La familia es un contexto que el Derecho toma como objeto de su reflexión y lo integra a su tratamiento, no siendo dicha organización creada por el derecho, por lo que tampoco es regulada en todo su esplendor, difiriendo el concepto social del jurídico (Guzmán García, 2009).

En lo que el derecho se centra es en la tutela de las posiciones fundadas sobre vínculos familiares, vinculaciones que son constituyentes de las

relaciones sociales, tanto en orden afectivo como patrimonial, de los integrantes de esta organización. Todo en atención al libre desarrollo de la personalidad de los individuos que la integran (Meza Barros, 1989).

- Contenido Ético: en base a lo dicho por la doctrina, en esta área se ve con facilidad la influencia de la religión y moral, debido a la cercanía del hecho “familia” con la especie humana, lo que hace que sea regulado principalmente por la moral, ya sea social o religiosa, entendida ésta como el conjunto de reglas éticas que el Derecho transforma en jurídicas hasta donde le es posible o conveniente. Dicho Aspecto lo vemos reflejado en deberes que carecen de sanción u obligaciones prácticamente incoercibles, como por el ejemplo la obligación de respeto por parte del hijo a sus padres. Es decir sus normas poseen naturaleza mayormente moral que jurídica (Guzmán García, 2009 y Meza Barros, 1989).
- Indisponibilidad y duración: existe también en este derecho disposiciones de orden público, pues las reglas básicas de la organización familiar están recogidas en nuestro texto constitucional (Guzmán García, 2009).
- Transpersonalismo: las finalidades fundamentales asignadas a la familia trascienden los intereses individuales, por lo que su cumplimiento no se puede dejar al arbitrio de la voluntad individual de los sujetos. Los poderes derivados de las relaciones jurídico-familiares son instrumentales, pues la atribución al titular, en orden al puesto que ocupa dentro del núcleo, es un vehículo para que mediante el ejercicio de dicha potestad, se puedan cumplir los objetivos previstos por el ordenamiento jurídico. Es decir, existe una preponderancia del interés social sobre el individual, subordinándose los intereses particulares al interés superior de la familia y colectividad (Guzmán García, 2009 y Meza Barros, 1989).

- Predominio de las relaciones personales sobre patrimoniales y subordinación de éstas últimas a las primeras: producto de los vínculos familiares surgen también relaciones patrimoniales, sin embargo, a pesar de que son semejantes, no llegan a ser puramente relaciones patrimoniales ordinarias (Meza Barros, 1989).
- Intervención de la Autoridad Pública. Normalmente se mira reflejado en la figura del Juez, quien decide y autoriza determinadas actuaciones, ejemplo de ello es el divorcio. O bien, puede reflejarse en un funcionario de orden administrativo como lo es el Registrador Civil (Meza Barros, 1989).

Ante los caracteres mencionados, se dan unas consecuencias que expresan la singularidad del Derecho de familia. Consecuencias como:

- Normas generalmente de carácter público, por lo tanto son imperativas, inderogables y limitativas del principio de autonomía de la voluntad. Así pues, el nacimiento de la relación puede tener origen en la voluntad del individuo, pero la ley reguladora es independiente de la voluntad existente para el nacimiento de la relación, señalando normalmente de manera imperativa los derechos, obligaciones, contenido, atributos, etc. La única forma en la que se podría dejar actuar la autonomía de la voluntad, es cuando el legislador no considere que se dará un menoscabo al interés general, como por ejemplo en las estipulaciones de separaciones de bienes, cumpliendo de manera clara, que no se produzca ninguna afectación al interés general (Meza Barros, 1989).
- Generación de relaciones de dependencia y subordinación por parte de los derechos familiares, situación muy distinta de los derechos patrimoniales, lo cuales se dan sobre bases de igualdad de las partes. Ejemplo de ello es la Institución de la Patria Potestad (Meza Barros, 1989).

- Derechos generalmente recíprocos. Ejemplo: derecho de los cónyuges a socorrerse mutuamente (Meza Barros, 1989).
- Íntima conexión entre derechos y deberes, es decir, se otorga determinados derechos para el cumplimiento más adecuado de determinados deberes. Ejemplo: el padre tiene el deber de brindar pensión alimenticia a sus hijos y posee el derecho de establecimiento de la relación padre-hijo (Meza Barros, 1989).
- Derechos generalmente intransferibles, intransmisibles e irrenunciables. En los derechos familiares la enajenación, que en los derechos patrimoniales es el modo de ejercerlos, no es aceptada en el ámbito familiar. Ejemplo: derecho de alimentos. Tampoco pueden ser renunciables, puesto que el interés que persigue es el interés superior, no el individual (Meza Barros, 1989).
- No se admite modalidades en los actos de familia. Así pues *“el matrimonio no admite plazos o condiciones”* (Meza Barros, p.10, 1989).

4. Singularidad del Derecho de familia: Ubicación en el Derecho civil

Debido al carácter extrajurídico de la familia, se cuestiona qué criterios, en orden a su creación y regulación, regirán en el Derecho de Familia. La respuesta a dicha interrogante giraba en torno a la incidencia de la autonomía de la voluntad, encontrándose ésta última en el carácter imperativo de las normas familiares, el límite a la libre actuación o diseño de las relaciones interpersonales. La justificación ante este cuestionamiento indicaba que el carácter imperativo no constituye carácter privativo de las normas de derecho público, y que a pesar del interés social y primordial en dichos esquemas asociativos, no excluía que el nacimiento de éstos fuese por mera voluntad de los sujetos de derecho, teniendo

como consecuencia la inserción del Derecho de Familia en el Derecho Privado, específicamente en el Derecho Civil, aunque no se trata del Derecho Privado común, sino que posee determinadas características singulares (Guzmán García, 2009).

Otra razón por la que se adscribe el derecho de familia en el Derecho Privado Civil es debido a la falta de soberanía. Se creía que se podía ubicar en el Derecho Público, pues posee normas imperativas que a pesar que incluye la autonomía privada, la limita, “*así como la predominación de dependencia y subordinación*” [Meza Barros, 1989], pero al carecer de soberanía se debe anexar al Derecho Privado. Así mismo, como nos dicen Bossert y Zannoni,

No podría ser parte del derecho público, pues las relaciones familiares no vinculan a los sujetos con el Estado como sujeto de derecho público. Sino que se trata de relaciones entre personas, derivadas de su vínculo conyugal o de su parentesco. (2008, p.10).

Se debe tener en cuenta también para llegar a dicha conclusión, que las formas en que normalmente se llega a los estatus familiares es por medio de un hecho o negocio jurídico. No obstante, para la explicación de cualquier área del derecho moderno se debe acudir a formulas intermediarias y no únicamente del Derecho Privado, o del Derecho Público, pues no se puede apreciar con puridad una incidencia absoluta (Guzmán García, 2009) no existiendo separación radical, sino más bien penetración frecuente. [Meza Barros, 1989].

5. Evolución del Derecho de familia en la legislación Nicaragüense y Amparo Constitucional de la familia

La persona, por sólo el hecho de existir, está asistida de una serie de deberes y derechos inherentes a su naturaleza. El Estado Nicaragüense, en base a lo establecido por nuestra Constitución Política en sus artículos 4 y 46, asegura,

promueve y garantiza dichos derechos, así como el desarrollo social, político y colectivo, teniendo como objetivo el desarrollo humano. Estos derechos no sólo son los establecidos en la legislación nacional, sino también, los consignados en las disposiciones internacionales ratificadas por nuestra nación, y que por ende forman parte del ordenamiento jurídico del Estado de Nicaragua.

En nuestra Norma Suprema, en su Título IV, Capítulo IV, artículos 70 al 79, se encuentra regulado lo relativo a la configuración básica de la familia, dejando claro que el Estado le brinda la protección necesaria y la adopta como el “núcleo fundamental de la sociedad”. Dicho núcleo está constituido a partir de la estructura básica del negocio jurídico del matrimonio, en el cual el otorgamiento de las voluntades de forma solemne posee gran importancia. No obstante, la Constitución no se limita a tomar en cuenta solamente al matrimonio, sino que, también, por medio de su artículo 72, da cabida a la Unión de Hecho Estable, como forma de hacer nacer la familia, sin embargo, a pesar de este reconocimiento, nuestra legislación nacional carece de una ley secundaria que dé protección a quienes conviven en este tipo de unión, y la falta de dicha norma reglamentaria representa la ausencia de un marco regulatorio de los derechos y deberes que de tal unión surgen (Guzmán García, 2009).

Nuestro Estado, al ubicar a la familia entre las regulaciones Constitucionales, reconoce la gran importancia que posee ésta, estableciendo como derecho de todo ciudadano⁵, el poder constituir una familia (Guzmán García, 2009).

De la lectura de los artículos pertinentes contenidos en el Código Civil del 1904, se deduce una idea de la familia anclada en viejos moldes del siglo XIX, donde el padre es el jefe de la familia y quien ostenta la patria potestad, la madre únicamente en defecto de él ostentaría la patria potestad, hay una diferenciación entre hijos legítimos e ilegítimo y sólo se tiene como forma de hacer nacer la familia al matrimonio. Es a partir de la década de los ochenta, que se ha dado una

⁵ Art. 71 Cn

transformación en lo referente a los derechos y obligaciones de la configuración de la estructura familiar. Dicha transformación fue iniciada por parte del gobierno revolucionario sandinista, el cual con el objetivo de eliminar las desigualdades y la adecuación del Derecho al tiempo, propiciando reformas al Código Civil en lo referente a la familia, dando los primeros pasos hacia una transformación conceptual de familia (Guzmán García, 2009).

Entre los nuevos supuestos encontramos:

- Alteración a la Institución de la Patria Potestad por la Ley Reguladora de las Relaciones entre madre, padre e hijos. En el sentido que la patria potestad ya no sólo corresponde principalmente al padre, sino que, se considera atributo conjunto de ambos padres, dejando atrás lo dictado por el artículo 245 C, donde sólo le da a la madre derecho de participación y de ser oída, pero dejándole al padre, como jefe de familia, toda la atribución (Guzmán García, 2009).
- Eliminación de la discriminación negativa por razón del nacimiento (art. 199C): ya no se da la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, tal como dispone al artículo 75 de nuestra Constitución Política, todos los hijos iguales derechos sin discriminación en los relacionado con la filiación. Por lo que no tiene valor ninguna disposición o clasificación que se pudiese dar en la legislación común que vaya a negar la igualdad entre los hijos (Guzmán García, 2009).
- Aceptación de las Uniones de Hecho estable, como forma de hacer nacer la familia, cambiando así la protección que el Estado le brinda al núcleo familiar como estructura básica en la que se asienta la sociedad (Guzmán García, 2009).

6. Corolario

El concepto de familia ha sido muy cambiante, en Roma todos los miembros de la familia estaban sometida a la figura del *pater familia*, éste poseía diversas potestades entre las que encontramos la *manus maritalis* sobre la mujer, la *patria potestas* sobre los hijos, la *dominica potestas* sobre los esclavos y la *mancipatium* sobre los hijos de otros que fueron entregado por venta. A la familia romana se podía entrar por nacimiento o por acto jurídico (adopción y la *conventio in manum*). La *conventio in manum* se podía llevar a cabo mediante tres formas: *Confarreatio*, *Coemptio* o *Usus*. No debemos de olvidar que el matrimonio romano no poseía ningún valor o función de categoría jurídica, porque no era concebido como un acto jurídico, no obstante si poseía consecuencias jurídicas; el elemento importante para los romanos era la *affectio maritalis* y la convivencia afectiva, y el matrimonio debía ser continuo y duradero, pues no se contaba con un consentimiento inicial para su nacimiento, así como se carecía de formalidades para su celebración.

Con el paso del tiempo la autoridad absoluta del *pater de familia* va disminuyendo considerablemente. En el Medioevo la familia pasa a ser un organismo de ética y es el patrimonio lo que ligaba a la sociedad y a la familia. Luego por influencia del iluminismo, y la posterior creación del Código de Napoleón, los hijos pasan a tener más independencia del padre, y se determina para cada uno deberes y derechos, existiendo más flexibilidad que en los orígenes de la familia, ejemplo de ello es la aceptación de las uniones de hecho estable como forma de hacer nacer familia.

La familia es la cédula de la sociedad, originada por matrimonio o por unión de hecho estable, que cumple en la mayoría de los casos la función de reproducción, y en la cual existen al menos progenitores y procreados, pudiendo participar más personas unidas a ésta por medio de parentesco. Es el Derecho de familia el que se encarga de regular, por medio de normas de orden público, estas relaciones jurídicas familiares con el fin de protegerlas.

El Derecho de familia pertenece al Derecho Privado, poseyendo rasgos muy particulares entre los cuales encontramos el carácter extrajurídico, contenido ético, transpersonalísimo, intervención de la Autoridad Pública, entre otros. Se afirma que este derecho es parte del derecho privado por dos razones: la primera por que la autonomía de la voluntad se encuentra presente en el carácter imperativo de las normas familiares, lo que no significa que es privativo de las normas de derecho público, y a pesar del interés social no se excluye tampoco que el nacimiento fuese por voluntad de los sujetos de derechos; Y la segunda es por la falta de soberanía en el derecho de familia, pues se trata de relaciones entre personas, derivadas de un vínculo conyugal o de parentesco, y no de una vinculación sujeto-Estado. No obstante debemos de acudir tanto al Derecho Privado como al Derecho Público para una mejor explicación, pues no existe separación radical entre uno y otro, sino más bien penetración.

La familia se ha venido configurando con influencia de la ideología burguesa, donde la familia nace únicamente por medio del matrimonio, su estructura es de padre, madre e hijo, el padre es el jefe de la familia y quien ostenta la patria potestad sobre los hijos reconocidos y existe una diferencia entre hijos legítimos e ilegítimos. Esta influencia se hace notoria en nuestro Código Civil y puntualizamos a continuación:

- Art. 94 C define matrimonio *“contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen por toda la vida, y tiene por objeto la procreación y el mutuo auxilio”*.
- Art. 199.C: nos hace la división entre hijos son legítimos o ilegítimos y realiza la aclaración que el marido es el padre del hijo concebido durante el matrimonio.

- Art. 245 C: ubica al marido como jefe de la familia y señala que es el padre al que especialmente le corresponde durante el matrimonio dirigir, representar y defender a sus hijos menores.
- Art. 248 C: deja la patria potestad de los hijos al padre, únicamente en defecto del padre será responsable la madre.
- Art. 260 C: señala que en caso de separación de cuerpos, divorcio forzado o voluntario, o la nulidad del matrimonio, si no se dispusiese otra cosa conforme la ley o el Juez, la madre ejercerá la patria potestad sobre las hijas y el padre sobre los hijos.
- Art. 263 C: nos dice que los hijos ilegítimos menores de edad que han sido reconocido por el padre estarán sujeto a su patria potestad.
- Art. 265 y 266 C: para los hijos ilegítimos que no han sido reconocidos por el padre o en defecto de él, le correspondería a la madre la patria potestad.

No obstante en nuestro derecho patrio el derecho de familia ha sufrido determinadas transformaciones, entre las principales transformaciones encontramos:

- La patria potestad corresponde a ambos padres, poseyendo la madre derecho de participación y de ser oída (artículo 1 Decreto número 1065)
- Eliminación de la discriminación negativa por razón de nacimiento, todos los hijos son iguales. (artículo 75 Cn.)
- Aceptación de las uniones de hecho estable como forma de hacer nacer la familia. (artículo 72 Cn.)

Abarcado lo relacionado con la familia, sus antecedentes históricos, evolución y transformación en la legislación nacional, así como el Derecho de familia, conceptos, características y ubicación en el Derecho Privado, pasaremos a estudiar lo relacionado las uniones de hecho estables, iniciando dicho estudio con un breve desarrollo del matrimonio como forma de contraponer los antecedentes y disposiciones que se tienen de ello con respecto a lo referente de las uniones de hecho estable.

CAPÍTULO II:

MATRIMONIO Y UNIONES DE HECHO ESTABLE.

1. MATRIMONIO

1.1 Antecedentes Históricos

1.1.1. Roma

El matrimonio en Roma siempre fue un hecho social, que perteneció únicamente al campo ético y religioso, por lo que en el aspecto jurídico no tuvo relevancia alguna, no se reguló la forma, requisitos o condiciones para su constitución, únicamente se limitó a la asignación de algunas consecuencias jurídicas, como es el caso del parentesco, no existiendo un derecho matrimonial propiamente dicho (Guzmán García, 2010).

Su fin específico era la procreación, sin embargo, es de importancia resaltar que poseía un carácter consensual, lo cual era esencial. El elemento de gran relevancia en el matrimonio romano era la *affectio maritalis* (intención de ser marido y mujer), si esta desaparecía el matrimonio se disolvía. Y es que a pesar de que para la constitución del matrimonio romano se necesitaba alcanzar la pubertad y cumplir con determinados requisitos legales como la capacidad y edad, el problema residía en que únicamente se hacía referencia a la relación matrimonial en sí y no al acto generador de dicha relación, por lo que no se da tratamiento a ello (Guzmán García, 2010).

En la historia romana el matrimonio primeramente fue considerado como un rito sagrado, luego se dio una secularización de las costumbres romanas y las instituciones sociales se separan de la base religiosa original, y por último se da la ausencia de una determinada forma jurídica (Guzmán García, 2010).

En la época preclásica existían dos formalidades de constitución del matrimonio, estas son *cum manu* y *sine manu*, la primera atribuía a la mujer un parentesco agnaticio distinto al que poseía y era obligada a someterse a la potestad del marido (*convetio in manum*) o a la del padre de éste. Éste tipo de matrimonio tenía tres formas (Guzmán García, 2010):

- a) *Confarretio*: rito sagrado donde intervenía una especie de sacerdote de *Iuppiter (flamens dialis)* y el *Pontifex maximus*. Se expresaban palabras solemnes frente a diez testigos y una hogaza de pan fárreo, con lo que se solemnizaba el inicio del matrimonio (Guzmán García, 2010).
- b) *Coemptio*: negocio formal y general de la *mancipatio*, consistía en una venta imaginaria con la que mediante cláusula se traspasa a la manus del marido, la potestad que posee el paterfamilia sobre la mujer (Guzmán García, 2010).
- c) *Usus*: “convivencia entre hombre y mujer con intención matrimonial durante un año interrumpido” (Guzmán García, P,34,2010) , por lo que la ausencia de la mujer en el domicilio conyugal durante tres noches consecutivas anualmente, interrumpía el *usus* y consecuentemente evitaba la no pertenencia con su antigua familia y también conservaba su parte correspondiente en la sucesión del padre (Guzmán García, 2010).

En lo concerniente a la segunda forma de matrimonio, la *sine manus*, las consecuencias son totalmente opuestas a la primera forma, pues el marido no adquiere la potestad sobre la mujer, la cual sigue conservando su parentesco con su familia de origen (Guzmán García, 2010).

Posteriormente en la época clásica se da un cambio en las costumbres y tradiciones romanas, ejemplo de ello es el desuso de instituciones antiguas como la incorporación de la mujer a la familia del marido, por lo que el matrimonio *sine manu* es el más usual, también se había apartado el matrimonio de la costumbre social y el ritualismo antiguo. Aún no se necesitaba para su constitución una ceremonia determinada, y el elemento fundamental seguía siendo la *affectio maritalis* vivida bajo un mismo techo con ánimo de procreación y mostrarse como matrimonio ante la sociedad (Guzmán García, 2010).

En la época posclásica se da la influencia cristiana a partir del s.IV, lo que se refleja en las estipulaciones legales del poder imperial. La *affectio maritalis* continuaba siendo elemento constitutivo del matrimonio, sin embargo el carácter era distinto pues ya desde el s. V no significa una voluntad continuada sino inicial, por lo que pasa a ser el divorcio lo que pondría fin al matrimonio. Las formas de emisión de consentimiento inicial se llegan a regular hasta el derecho Bizantino, con lo cual, con el pasar del tiempo se llegó a conducir la configuración del matrimonio como un negocio formal y a identificarlo como contrato pues existía formalidades en la escritura (Guzmán García, 2010).

En el Bajo Imperio Romano se dio el inicio de la competencia exclusiva de la Iglesia en materia matrimonial, la Iglesia era tolerante con las costumbres romanas de cada región, por lo que al menos durante los tres primeros siglos no se dio creación ni establecimiento alguno de formalidades o preceptos reguladores en el campo matrimonial, por parte del poder eclesiástico. Hasta el s. IV se da la celebración de concilios, en donde aparecen prescripciones relativas al matrimonio; el único papel que realizaba la Iglesia era evitar que sus fieles

realizaran actos o comportamientos contrapuestos a la moral cristiana, sin llegar a edificar un derecho matrimonial (Guzmán García, 2010).

1.1.2 Medioevo

Con el tiempo las estructuras y situaciones sociales evolucionaron, y la elaboración intelectual de la doctrina cristiana se va perfilando a la concreción de qué es y en qué consiste el matrimonio cristiano, éste proceso tiene su culminación a través de la filosofía escolástica y el derecho canónico clásico, por lo que en esta época se concretó la sistematización de una doctrina y legislación en materia matrimonial, teniendo la potestad absoluta sobre ella la Iglesia (Guzmán García, 2010).

Primero surge un elemento de reflexión y elaboración de la institución matrimonial por parte de la Iglesia, luego se da la defensa de la potestad eclesiástica a través de una doctrina, que tiempo después la despojará de toda competencia y pasa todo a manos del Estado, el cual regulará a través de los aspectos fundamentales desarrollados por la legislación canónica pero desvestida de su aspecto religioso (Guzmán García, 2010).

Entre los siglos V-X la Iglesia llega a adquirir gran influencia o poder en lo relacionado con el matrimonio, producto de la necesidad del poder secular de reorganizar los territorios conquistados luego de la invasión Bárbara y decadencia del poder Regio. El Imperio Carolingio mantiene estrecha vinculación con la Iglesia, permitiendo, incluso, que la Iglesia opinara en asuntos estatales, lo que tuvo como consecuencia la concurrencia de la jurisdicción eclesiástica a la par de la civil en lo referente a imposición de sanciones con causa en la vulneración de las normas eclesiásticas, hasta quedar sólo en manos de la Iglesia (Guzmán García, 2010).

Posteriormente en el Siglo IX la Iglesia ejerce mayor jurisdicción, hasta hacer obligatorio el cumplimiento de las sentencias de los Obispos, luego las leyes seculares se fueron adecuando a la doctrina eclesiástica, la cual elaboró cánones referentes al matrimonio a través de Concilios, donde la legitimidad del matrimonio es considerada cuando, además de otras ceremonias, se cuenta con la bendición sacerdotal (Guzmán García, 2010).

A finales del siglo VIII la competencia jurisdiccional de la Iglesia ya era legítima en materia de impedimentos por causa de parentesco y adulterio, no obstante la ejecución de ello requería auxilio del poder secular. En el siglo posterior la Iglesia ejercía el dominio total en materia del matrimonio, desarrollando una actividad legislativa para su regulación, actividad que decayó en el s. XI, por carecer de capacidad para explicar la sustentación y razón de las cosas (Guzmán García, 2010).

1.1.2.1. Teoría Contrato-Sacramento

Uno de los hitos históricos en esta materia lo constituye la inclusión del matrimonio dentro de la lista de los sacramentos, constituido por la expresión de voluntad de las partes y que conforma un vínculo indisoluble y además que como es sacramento es la Iglesia quien tiene potestad para legislar y juzgar sobre ello, quedando en evidencia que en dicho sacramento hay dos aspectos, uno contractual, y otro divino, que en concurrencia conforman el matrimonio (Guzmán García, 2010).

Es la influencia escolástica, lo que sirvió como base de la reclamación de la jurisdicción matrimonial por parte del Estado; se inicia con la postulación de San Buenaventura, Santo Tomás y San Alberto Magno, quienes consideran al matrimonio como un todo único, pero integrado por dos elementos de realidad natural y sacramental, dichos elementos son un contrato y un sacramento. El consentimiento debía ser expresado libremente por las partes a través de una

manera externa, teniendo su consumación en la cópula carnal, esta manifestación oral del consentimiento produce una unión espiritual (sacramento), y una unión material, pues es un acto natural y de vida civil, por lo que debe ser sometido a la ley civil (Guzmán García, 2010).

Se decía que la Iglesia tenía potestad de legislar los asuntos matrimoniales, además de construir impedimentos y dispensas de ellos, no por ser un sacramento, sino ser también un contrato, y es la parte contractual, como elemento natural y humano del matrimonio y a la vez es fundamento del sacramento, lo que la Iglesia legisla. No obstante por ser un contrato el matrimonio, el Estado puede también legislar y juzgar, y considerándose que el sacramento es algo agregado al contrato, no se requiere para la legitimidad del matrimonio la concurrencia de ambos, además en este tiempo no se aceptaba que fuese el consentimiento bajo la institución divina el único medio por el cual Dios permita a los cónyuges se concedan recíprocamente derechos sobre sus cuerpo y sea esto lo que haga eficaz el matrimonio, por lo que éste debe participar de la ley natural o ley positiva divina, dándole vida al contrato únicamente el consentimiento (Guzmán García, 2010).

Con la frase de Ulpiano "*nuptias non concubitus sed consensus facit*", se refuerza el pensamiento de los defensores de la teoría consensualista. Con el afán de clasificar y sistematizar las figuras jurídicas, en el s. XI se presenta en Francia al matrimonio como un contrato similar al de la venta; en el siguiente siglo con la elaboración de la *Summa codicis Trescensis*, elaborada sobre el Código de Justiniano, le da al matrimonio calidad de sociedad; hacia 1160 el Código escrito por Rigoberto distingue entre contratos personales y reales, incorporando entre los primeros al matrimonio y entre los segundos a la sociedad; en la *Suma Codicis de Placentino*, *Suma de matrimonio de Vacario* y la *Suma Aurea de Azón* acercaron al matrimonio con la noción de sociedad y es cuando por primera vez se hace uso del término "sociedad conyugal"; en la obra de Graciano también se considera al matrimonio como un contrato y se utiliza el término "pacto", se plantean lo relativo

a los vicios del consentimiento con solución basándose en lo referente a la venta escrito por Justiniano (Guzmán García, 2010).

En el siglo XIII logra ser incorporado el vocablo de contrato en el lenguaje matrimonial eclesiástico por lo que en las concepciones posteriores se tendría al matrimonio como contrato consensual, siendo Duns Escoto, de nuevo, quien pone claridad a la discusión, confirmando que el matrimonio es un contrato y que el objeto de dicho contrato esta dado por el *“ius ad corpus⁶, derecho de cada uno de los cónyuges al cuerpo del otro en razón de la naturaleza y de los fines de la institución familiar, que son la procreación y la educación de los hijos habidos”* (Guzmán García, p. 71, 2010), insertándose la realidad matrimonial en una figura jurídico canónica, ubicándola en un ámbito jurídico (Guzmán García, 2010).

1.1.3 Edad Moderna y Revolución Francesa

A pesar de los intentos por parte del poder estatal de despojar a la Iglesia de su jurisdicción matrimonial, es hasta el s. XVI, cuando con la tesis del matrimonio-contrato, los reformadores, o reformistas, atacan el derecho absoluto de la Iglesia de legislar y juzgar la materia matrimonial (Guzmán García, 2010).

La Reforma protestante ataca el carácter sacramental del matrimonio, apoyándose en que es un contrato civil, por lo tanto es el poder civil quien debe tener la jurisdicción de dicha materia. Lutero y Calvino consideraban al matrimonio como un elemento ordinario más, las herejías le negaron a la Iglesia potestad para constituir impedimentos dirimentes; las valdenses fueron hostiles al sacramento o al menos a la bendición del sacerdote. No obstante fue la teoría acuñada por Lutero sobre el pecado y la concupiscencia, el origen inmediato de la doctrina matrimonial protestante. Para Lutero las dos cosas terminan siendo lo mismo, pues si el placer sexual es un elemento natural y permitido por Dios, en el matrimonio no puede ser permitido el pecado a partir de un sacramento, por lo que

⁶ Derecho al Cuerpo

el matrimonio deja de ser un sacramento y se convierte en un contrato normal. Producto de ello, la Iglesia afirma rotundamente, en base del Concilio de Trento, que el matrimonio es un sacramento, y está integrado entre uno de los siete sacramentos, que posee forma *ad validitatem*, sin embargo eso fue en la sesión número VII, pues en la sesión XXIV, por medio del Decreto *Tametsi*, el matrimonio deja de ser un contrato consensual y pasa a ser un contrato formal (Guzmán García, 2010).

Proclamada públicamente la oposición religiosa a la sacramentalidad del matrimonio por parte de los protestantes, la potestad en materia matrimonial pasa a manos del poder estatal (Guzmán García, 2010).

El origen radica en la desmembración conceptual del matrimonio entre contrato y sacramento, por parte de los autores escolásticos del siglo XIV (Guzmán García, 2010).

El carácter sacramental del matrimonio estaba dado por la bendición en la ceremonia por parte del sacerdote, en el caso de los matrimonios clandestino se excluiría de dicho carácter, por lo tanto parte de matrimonios celebrados no se pueden considerar sacramento, dándose la unión conyugal por virtud de un contrato, por lo que es algo secular. Se debe separar pues el contrato que es el título por el que viven como matrimonio, del sacramento que no se ha realizado por la falta de forma, es decir, el contrato aporta la materia sobre la que se constituye el sacramento (Guzmán García, 2010).

Por lo que el regalismo afirma que el matrimonio, en lo referente al contrato, le corresponde a la autoridad civil regularlo y normarlo, ésta idea anti-sacramental en la cual el Estado debe tener la regulación matrimonial, es influencia de los reformistas, logrando arrebatarse a la Iglesia la exclusiva potestad matrimonial con la aportación de la doctrina jurídica, entre la que destacan las ideas de Pothier, en el año 1771, donde el matrimonio se constituye en sacramento sólo a partir del

contrato, el cual es base del sacramento, por ello el Estado tiene derecho propio de regular esta materia (Guzmán García, 2010).

En Holanda y Frisia Occidental, en el año 1580, se impuso como obligatorio el matrimonio civil para todos los ciudadanos; en Francia se da fin a la jurisdicción eclesiástica y la potestad pasa a manos del Estado; en el año 1789 se creó un comité eclesiástico que trabajaría en lo relacionado con el estado de las personas, luego, con el mismo fin, se creó una comisión la cual se pronunció a favor de que quedase en manos del Estado lo relativo al matrimonio, declinando, por medio de los miembros del clero, la participación de la Iglesia en las discusiones de dicha comisión (Guzmán García, 2010).

En la Constitución Francesa del 3-14 de septiembre de 1791 se consideró que el matrimonio era un contrato civil; así mismo en el Código de Napoleón donde también se considera al matrimonio como un contrato más aunque con determinadas características especiales que lo diferencia de los otros contratos, idea que pasará de igual forma a la mayoría de Códigos inspirados por el Código Napoleónico. No obstante es importante recalcar que la regulación del matrimonio civil es una transcripción de la normativa canónica en el texto de las leyes y Códigos, los únicos dos elementos que García Cantero cree que lo difiere del modelo canónico es la admisión del divorcio vincular y la irrelevancia de la consumación (Guzmán García, 2010).

Así incluso podemos notar que nuestro código deja claro en su artículo 94 que el matrimonio es un contrato solemne. Cabe aclarar que en dichos códigos se puede apreciar pautas que llevan a considerar al matrimonio como un negocio jurídico del derecho de familia, con lo que no cabría dentro de los esquemas contractuales (Guzmán García, 2010).

La función esencial de la voluntad de los cónyuges en la constitución del matrimonio es el elemento fundamental, pues por medio de ello las partes le dan

vida a la relación jurídica, es decir es en el elemento volitivo que se funda dicha institución, no obstante existen circunstancias que podrían afectar la libertad personal en la expresión del consentimiento, entre las que encontramos la edad de los sujetos y capacidad de procreación; así mismo encontramos los vicios del consentimiento como lo son el error, engaño, violencia, todo en pro de evitar atentados contra el estado civil (Guzmán García, 2010).

Es al Estado a quien se reconoce la facultad de otorgar el estado civil de casados, éste en atención al orden público que implica el estado civil, regulará el otorgamiento legal de dicho estatus, teniendo como prueba y legitimación jurídica de ello la inscripción del acta matrimonial en el correspondiente Registro (Guzmán García, 2010).

1.2. Matrimonio Actual

1.2.1 Etimología. Concepto. Naturaleza

El matrimonio es la base fundamental de constitución de la familia, ya que de él se origina la relación *paternofilial* y *parental*. La palabra matrimonio etimológicamente proviene del *latin matrimonium*, de las voces *matris* (madre) *munium* (carga, referente a la maternidad), que significa carga, gravamen o cuidado de la madre, teniendo históricamente como función garantizar el cumplimiento de los deberes del hombre hacia la madre de sus hijos (Castán Tobeñas, 1976).

El concepto de matrimonio atiende a dos criterios:

- 1) Realidades extrajurídicas: es decir los caracteres biológicos (procreación) y sociológicos (la unión o acto legal, voluntario, legítimo y lícito que tiene por objeto la comunidad de vida) (Guzmán García, 2009).

- 2) Enfocado puramente al aspecto jurídico: considerado como acto solemne, negocio jurídico o contrato civil bilateral, que se funda en el consentimiento de personas capaces y que se ajusta a lo prescrito por la ley, en el cual se unen dos personas de ambos sexos para vivir en común, prestarse mutua asistencia, socorro y fidelidad y actuando en interés de la familia (Guzmán García, 2009).

Y es de manera clara que es al segundo criterio al que nos unimos en orden de la materia en estudio, por lo tanto conceptualizaremos al matrimonio como *“negocio jurídico bilateral de derecho de familia, por medio del cual las partes que intervienen adquieren el estado civil de casado con todas sus repercusiones”*. (Guzmán García, p.26, 2009) Es importante recalcar que el matrimonio posee un *“elemento volitivo con una circunstancia legal de atribución de status dentro de la sociedad”* (Guzmán García, p.26, 2009), que permite distinguir a cada individuo en la ciudad y familia (Guzmán García, 2009).

Díez Picazo define matrimonio *“unión de un varón y de una mujer, concertada de por vida mediante la observancia de determinados ritos o formalidades legales, y tendente a realizar una plena comunidad de existencia”* (p.62, 2004). Teniendo dicha unión un carácter jurídico que nace del consentimiento, que recae en un proyecto de vida en común de por vida, sin embargo éste puede disolverse posteriormente por determinadas causas que lleguen a ocurrir (2004).

Y nuestro Código Civil en su artículo 94 lo define como *“contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen por toda la vida, y tiene por objeto la procreación y el mutuo auxilio.”* La ley sólo considera al matrimonio como contrato, por lo cual dicho negocio jurídico se debe celebrar ante funcionarios de orden civil que la ley señale, no obstante los profesantes de la religión Católica, Apostólica y Romana, que es la mayoría de los nicaragüenses, tienen la posibilidad de celebrarlo ante el párroco o autoridad eclesiástica correspondiente.⁷ Afirmación

⁷ Artículo 95 C

legal de ser contrato que conforme a la doctrina actual del Derecho civil es absolutamente cuestionable, puesto que a como lo veremos más adelante, según la naturaleza jurídica de esta figura, más que un contrato es un negocio jurídico.

En base a los conceptos mencionados, determinadas características del matrimonio y legislación nicaragüense, puedo conceputar al matrimonio como negocio jurídico bilateral, formal y solemne, que nace de la voluntad de las partes y por medio del cual se da la unión de personas de diferente sexo, con el fin de formar una unión marital o vivencia común, y el cual produce determinados efectos jurídicos, como es el caso de filiación, sucesiones y establecimiento de regímenes económicos, tópico que será abordado posteriormente.

En lo referente a la naturaleza del matrimonio a lo largo del tiempo se ha dado una discusión de cuál de las diferentes tesis es la más aceptada, Díez Picazo, nos narra que el matrimonio es un negocio u acto jurídico del derecho de familia puesto que está formado por la voluntad expresa de los contrayentes, intervención de los funcionarios del Estado ó Ministros de un culto religioso y la ley señala los presupuestos que lo rigen (2004). Siguiendo con la misma línea mencionamos también la opinión de Guzmán García, quien afirma que el matrimonio posee categoría de negocio jurídico en cuanto se encuentra presente en él, la voluntad, objeto y causa, constituyéndolo las partes de manera voluntaria y subyacentemente buscan la producción de los efectos jurídicos para tal acto, caso del estado civil (2009). Siendo indudable la naturaleza de negocio jurídico que posee el matrimonio y el elemento volitivo presente.

1.2.2. Características y fines del matrimonio

El matrimonio es un negocio jurídico personalísimo, siendo lógicamente la persona lo fundamental, pues es quien acepta los principios y valores de la normativa en cuestión. También es típico pues la ley dispone todo lo relacionado a ello. Y por último es formal, pues la misma norma establece las ritualidades o formalidades

para su celebración y validez. Díez Picazo nos dice que es un negocio jurídico formal y solemne, perfeccionándose mediante la emisión de consentimiento y la observación de determinadas formalidades (2004).

Entre los fines del matrimonio encontramos: Reproducción, educación de la prole, amor matrimonial y mutuo auxilio o vida en común, quedando éste último como fin secundario (Castan Tobeñas, 1976 y Espín Cánovas, 1982).

1.2.3 Requisitos

Los requisitos que se debe reunir para llevar a cabo este acto son:

- 1) Capacidad Jurídica: este aspecto primeramente se mira reflejado en nuestro ordenamiento jurídico en los artículos 199 y 101 C., al decirnos que sin el consentimiento de quienes ostentan la patria potestad, pueden contraer matrimonio los varones mayores de veintiún años y las mujeres mayores de dieciocho; dichas edades atienden a la posibilidad o capacidad de procreación. Por lo que también se establece edad mínima para dicho acto jurídico, las cuales son para varones quince años y para mujeres es de catorce. Otra manifestación de capacidad, que se refleja en la validez del acto, está dada por la no concurrencia en ningún impedimento ya sea de tipo absoluto⁸ (razones éticas o genéticas), relativo⁹ (error, violencia o miedo grave, enfermedades psiquiátricas, impotencia en la procreación) o prohibitivo (cumplimientos de requisitos legales) (Guzmán García, 2009 y Díez Picazo,2004).
- 2) Voluntad (Consentimiento Matrimonial): que los contrayentes tienen la voluntad de contraer matrimonio y todo lo que de ello se deriva. Cossio, lo

⁸ Se tienen cómo nunca contraídos, se declara nulo de oficio.

⁹ Se concreta si alguna de las partes lo pide a pesar del conocimiento del hecho.

considera como una voluntad libre y consciente de la persona, debidamente manifestada (Guzmán García, 2009 y Díez Picazo,2004).

- 3) Forma o solemnidades: que se cumpla con todo lo exigido en nuestra norma, de lo contrario no se entiende nacido válidamente el negocio y puede ser declarado nulo. Entre las formalidades que nos presenta nuestra legislación encontramos que conste en escritura pública, que la solicitud, sea escrita u oral, vaya acompañada de ciertos requisitos como que ambas partes no estén casadas, identificación de los contrayentes, testigos idóneos, autorización para casarse en caso de ser menor de la edad legal establecida, que se publique en edictos por cualquier afectación a terceros, entre otros (Guzmán García, 2009 y Díez Picazo,2004).

1.2.4 Celebración

Lo atinente a la celebración del matrimonio se encuentra regulado en nuestro Código Civil. Así pues, podemos ver que su artículo 2483, permite que se pueda celebrar un matrimonio estando ausente uno de los cónyuges, por medio de la gestión directa de un tercero del mismo sexo, es decir, por medio de un poder para contraer matrimonio, donde se expresa exactamente la persona con la que se realizará el acto jurídico, el cual lógicamente debe constar en escritura pública (Guzmán García, 2009).

El matrimonio se lleva a cabo a petición de parte ante un funcionario del Estado competente, que en nuestro es un Notario autorizado o un Juez. También en el artículo 95 C nos expresa que también se puede celebrar bajo el rito católico pero es necesario el reconocimiento legal para su inscripción en el Registro Civil de las Personas, no obstante, posiblemente por la antigüedad de nuestro Código, en la actualidad es la Iglesia Católica la que pone como requisito para la celebración del matrimonio, la existencia del matrimonio civil. Cabe destacar que para dicha celebración es necesario el cumplimiento de todas las formalidades exigidas por

nuestra ley, pues, como se dijo con anterioridad, se trata de un acto formal o solemne (Guzmán García, 2009).

Por último, este tipo de negocio jurídico, en base al artículo 503 C, es necesario inscribirlo en el Registro del Estado Civil de las Personas, en atención a las consecuencias jurídicas que se podrían dar con tal publicación, que pueda afectar a terceros (Guzmán García, 2009).

1.2.5 Efectos Generales

Primeramente es de importancia aclarar que la relación entre cónyuges no es una relación de parentesco, sino una relación de afinidad matrimonial, la cual tiene como consecuencia una serie de derechos y deberes propios de la vida en común de casados (personales), así como deberes y derechos de contenido económico (patrimoniales). Esto es que entre los cónyuges no nace un vínculo parental, pues de ser así, no sería posible deshacerlo al entrar en el concepto de “parentesco” que es absolutamente invariable (Díez Picazo, 2004).

Los deberes patrimoniales se refieren al régimen económico patrimonial adoptado en cada matrimonio, así como las capitulaciones matrimoniales establecidas y las sociedades que se puedan crear, tópico que será abordado posteriormente, por lo que aquí no se hace mayor mención (Díez Picazo, 2004).

Entre los deberes personales encontramos:

- Ayuda y Mutuo Auxilio: significa que *“los cónyuges se deben la cooperación o colaboración precisa para hacer frente a sus necesidades”* (Díez Picazo, p.96, 2004) y desarrollo de su personalidad. No sólo se trata del aspecto económico, sino también, de lo moral e incluso espiritual (Díez Picazo, 2004 y Espín Cánovas, 1982).

- Respeto: Díez Picazo nos dice que está relacionado con el reconocimiento de la personalidad de cada cónyuge y libertad personal (2004).
- Actuación en interés de la familia: en este deber no se debe confundir la esfera individual con la familiar, lo que significa que no todas las actuaciones irán orientadas al interés familiar, sino las relacionadas con esa esfera y la posible afectación a ella, lo que trae como consecuencia que son los intereses individuales los que se subordinarán a los intereses familiares (Díez Picazo, 2004 y Espín Cánovas, 1982).
- Fidelidad: va referido más que todo al aspecto sexual, reprobándose la idea del adulterio por mucho que en ciertas legislaciones se encuentre despenalizado (Díez Picazo, 2004 y Espín Cánovas, 1982).
- Obligación de vivir juntos o Convivencia: convivir bajo el mismo techo, residencia conyugal (Díez Picazo, 2004 y Espín Cánovas, 1982).
- Igualdad Conyugal: se refiere a que ambas partes poseen los mismos derechos y deberes, sin discriminación por sexo (Díez Picazo, 2004 y Espín Cánovas, 1982).

1.2.6. Consecuencias Jurídicas del Matrimonio

Las consecuencias jurídicas del matrimonio las podemos dividir en dos grupos: Patrimoniales y Personales; en las primeras encontramos o relacionado con los bienes en común, capitulaciones matrimoniales, sucesiones, tributación y Patrimonio Familiar y en las segundas encontramos la filiación, parentesco civil (afinidad) y Domicilio.

Patrimoniales:

- Capitulaciones matrimoniales y Régimen económico: El matrimonio, es una comunidad de vida que de manera consecuente genera comunidad de intereses, que no sólo produce efectos en el ámbito moral, sino también en el económico o patrimonial. Por lo tanto se hace necesario la existencia de un ordenamiento que regule estas relaciones patrimoniales y resuelva acerca de la suerte que correrán los bienes que poseen los cónyuges o que adquieran, su administración, la contribución de cada cónyuge en la carga familiar, los bienes de los cuales los acreedores pueden hacer efectivo sus créditos y los derechos de cada cónyuge al momento de la disolución de la sociedad matrimonial (Meza Barros, 1989).

Encontramos pues en lo relacionado en la economía patrimonial las capitulaciones y las comunidades de bienes. En lo referente las primeras se conceptúan como convenciones jurídicas-económicas celebradas entre los cónyuges y están referidas a los bienes aportados, ya sea antes o después de la celebración del matrimonio. Santos Briz las define como equivalentes al contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio. Establece, además, que es un contrato de naturaleza especial, que tiene como contenido las determinaciones sobre el régimen matrimonial de bienes (2003).

En el Código Civil en su artículo 153 da la posibilidad de la creación, antes o después de celebrado el matrimonio, de capitulaciones para regir lo atinente a lo económico-patrimonial antes y durante dicho vínculo o al momento de su disolución. El artículo 2437 dispone como únicos límites al momento de creación de las cláusulas matrimoniales, que no vayan en contra de la Ley, moral y orden público, y que no afecten las obligaciones impuestas al matrimonio por ley imperativa, como es el caso de los alimentos. Los cónyuges son libres de pactar un régimen económico determinado, pero en caso que no se pacte un régimen

específico, la ley establece que se regirán por el de separación absoluta de bienes, disposición que mantendría el proyecto de Código de familia.

Las capitulaciones matrimoniales deben constar en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad, a lo cual Guzmán García realiza la crítica que en caso de la inexistencia de un bien inmueble o derecho real involucrado en el contrato, carecería de sentido inscribirlo en el Registro de la Propiedad, teniendo más sentido que la inscripción se realizara en el Registro del estado civil de las personas, con la excepción de que sí existiese derechos reales involucrados sí se inscribiera en el Registro de la Propiedad, a como lo realizan ordenamientos similares al nuestro (2009).

Las capitulaciones pueden ser reformadas, pero dicho cambio no afectará a terceros hasta el momento en que la nueva escritura se encuentre inscrita en el Registro de las Personas y se haya publicado las modificaciones en la Gaceta¹⁰ (Guzmán García, 2009).

Son ineficaces las capitulaciones cuando el matrimonio no se lleva a cabo o se anula, en caso de las capitulaciones antes de la celebración del matrimonio; en cambio se declaran nulas, siguiendo las reglas básicas de las causas de nulidad de un contrato, como por ejemplo la capacidad del sujeto o vicio en el consentimiento (Santos Briz, 2003).

Respecto a este tópico, de las cláusulas matrimoniales, Guzmán García nos plantea una discusión o duda, y es sí se puede aplicar el artículo 22¹¹ de la ley 38

¹⁰ Artículo 154 C

¹¹ Art. 22.- Para los efectos de esta ley se consideran bienes comunes:

1) Los adquiridos a nombre de ambos cónyuges, antes o durante el matrimonio.

2) Los bienes muebles y objetos de uso familiar que estén en la vivienda, adquiridos durante la vida en común de los cónyuges, antes o durante el matrimonio.

3) Los bienes inmuebles a los derechos sobre los mismos que les fueron otorgados bajo el régimen de núcleo familiar o institución similar.

el cual nos señala cuáles son los bienes comunes, en el caso de la existencia de capitulaciones matrimoniales, en especial teniendo establecido algún régimen económico o estando bajo el régimen de separación de bienes. Por lo que se debe pensar si aplicar dicho artículo o guiarse por el contrato inscrito en el Registro correspondiente, y con el objetivo de llegar a una respuesta, dicho autor llega a la conclusión que es lo dispuesto en el Código Civil lo que se debe aplicar, siendo el contrato económico matrimonial lo que debe prevalecer, pues la ley 38 no es ley de régimen económico patrimonial, sino de divorcio, siendo el Código Civil el que protege la destinación de los bienes para el caso de disolución del vínculo matrimonial desde un tiempo anterior al de la disolución (2009).

En lo atinente a los regímenes económicos-matrimoniales, se conceptúan como el conjunto de reglas que delimitan los intereses pecuniarios derivados del matrimonio, tanto entre las relaciones conyugales como en relación a terceros. Y es el patrimonio lo atractivo para los terceros al momento de formar una determinada vinculación¹² (Guzmán García, 2009).

Los regímenes económicos-matrimoniales los podemos dividir en dos grandes categorías: comunidad de bienes y separación absoluta de bienes. En el sistema de comunidades *“se forma una masa común con la totalidad o parte de los bienes de los cónyuges, cuyas restas son afectadas a los gastos de la familia y que a la disolución de la comunidad se reparte entres los cónyuges o herederos”* (Santos Briz, p. 93, 2003).

4) El bien inmueble, sea propiedad o no de cualquiera de los cónyuges o los derechos sobre el mismo, siempre que sea el que habite la familia. Para efectos de este numeral y si el bien era propiedad de uno de los cónyuges, el Juez sólo podrá decidir sobre el uso y habitación del inmueble a favor de los menores. Hasta la mayoría de edad de los menores, la propiedad no se podrá vender, enajenar, ni arrendar y una vez alcanzada ésta, ellos tendrán opción preferencia de compra sobre el inmueble.

¹² Art. 2335C: *“Todos los bienes que constituyen el patrimonio de una persona, responden al pago de sus deudas.”*

En el régimen de **separación de bienes**, los bienes, rentas y frutos de ellos, ya sean adquiridos antes o durante el matrimonio, continúan siendo de cada uno de los cónyuges propietarios, conservando la propiedad separada. Así mismo cada cónyuge tiene la administración y disfrute de sus bienes respectivos, por lo que queda abierta la posibilidad de realizar acuerdos relacionados con el mantenimiento de las cargas matrimoniales comunes (Santos Briz, 2003).

En caso de adquirir bienes en común le corresponderá a cada cónyuge la mitad de dicho bien, aceptando prueba en contrario y pudiendo cada cónyuge pedir la división cuando lo desee (Santos Briz, 2003).

Con respecto al cumplimiento de obligaciones cada cónyuge será responsable de sus propias obligaciones, no obstante en el caso de las contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica ambos cónyuges deberán responder. En caso de contraer deudas solidariamente responde primeramente el patrimonio que tuviesen en común (si existe), luego respondería el patrimonio del cónyuge que se obligó y de manera subsidiaria responde el otro cónyuge con sus bienes (Santos Briz, 2003).

En lo que respecta a los regímenes de comunidad de bienes podemos clasificarlos en tres grados tipos:

1. **Universal:** todos los bienes son comunes, sean presentes o futuros, muebles e inmuebles, independientemente de su naturaleza, título o época de adquisición, con la salvedad de los bienes inalienables y estrictamente personales, como lo son el derecho alimentos y derecho de autor. Dicha salvedad que poseen los bienes personales desaparece cuando la deuda fue adquirida por la gestión normal del hogar, pudiendo responder los bienes de ambos (Guzmán García, 2009 y Santos Briz, 2003).

El activo de la comunidad son todos los bienes de los esposos contra los cuales se pueda dirigir las deudas de ambos, con la salvedad mencionada en el párrafo anterior. Y el pasivo lo conforman todos los bienes adquiridos anterior o posteriormente del matrimonio, y así como la comunidad se enriquecería por ganancias, también debe soportar las pérdidas, sin diferencia alguna entre marido y mujer en relación a sus compromisos sobre la masa común (Guzmán García, 2009).

La participación de cada cónyuges es por parte iguales, tanto en el pasivo como en el activo y esta comunidad termina ya sea por voluntad de las partes, en caso de alteración de la misma; o por vía judicial, en caso de separación o a petición de uno de los cónyuges cuando el otro contraiga indeliberadamente deudas o malgaste los bienes; o por causas naturales como es la muerte o declaración de ausencia (Santos Briz, 2003).

- 2) **Participación de ganancias:** Se dice que no constituye un régimen en sí, pues durante el matrimonio funciona como separación, no obstante tiene rasgos de comunidad sobre todo al momento de su extinción, por lo que podría decirse que es un sistema mixto pero que es tratado como régimen de comunidad, que puede ser adoptado por los cónyuges antes o después de celebrado el matrimonio (Santos Briz, 2003).

El funcionamiento de este sistema se basa en que cada cónyuge tiene la libre disposición y administración de sus bienes y al momento de liquidación del régimen, se hará como si fuese un régimen de comunidad, poseyendo cada cónyuge o heredero, un derecho de participación en una determinada categoría de bienes o en la totalidad de ellos¹³, o en las ganancias únicamente¹⁴, o bien en los bienes muebles y en las ganancias. Por lo tanto, en este régimen, durante el matrimonio cada cónyuge administra su capital e ingresos, disponiendo de sus

¹³ Régimen de Participación Universal

¹⁴ Régimen de participación en las ganancias

bienes, pero siempre contribuyendo a las cargas familiares y administrando lealmente sus bienes con la diligencia de todo buen padre de familia. Los bienes que son de interés de este régimen son los que producen frutos o ganancia, de modo que en el caso de pérdida de un bien que no genera ganancias no existe repercusión alguna en el régimen (Guzmán García, 2009 y Santos Briz, 2003).

El sistema de cálculo de ganancias se desarrolla de la siguiente manera: una vez extinguido el régimen, se calcula lo que cada esposo tenía al inicio (patrimonio inicial), a ellos se le agregarán los bienes adquiridos a título gratuito desde el inicio de la comunidad, posteriormente se calcula el valor del patrimonio final al momento del fin del régimen. Si el patrimonio final excede al inicial, existen ganancias, ganando al final de manera equitativa, pues si un cónyuge gana más deberá darle a la otra parte la diferencia, con el fin de igualar los provechos. Normalmente la diferencia de ganancias se llega a igualar por medio de dinero que un cónyuge le da al otro, no obstante, en casos excepcionales y voluntad de los cónyuges, se hace por medio de bienes. En caso que el pasivo fuese superior al activo no habrá patrimonio inicial (Santos Briz, 2003).

A pesar de que cada cónyuge administra y dispone de sus bienes, en el caso de las donaciones entre vivos y enajenaciones fraudulentas, se necesita el consentimiento del otro cónyuge para evitar una acción rescisoria al momento de la extinción del régimen, en caso de no contar con dicho consentimiento se tienen a los bienes donados o enajenados fraudulentamente como parte del patrimonio al momento del balance final, todo con el fin de evitar que un cónyuge pueda defraudar al otro (Santos Briz, 2003).

El régimen de participación se puede extinguir cuando el matrimonio se disuelva o declare nulo, por convención de otro régimen entre los cónyuges y por decisión judicial que acoja la petición de algunos de los cónyuges referente a la disolución del régimen¹⁵ (Guzmán García, 2009).

¹⁵ Por administración irregular

- 3) **Gananciales:** se hacen comunes para ambos cónyuges las ganancias o beneficios económicos obtenidos durante el matrimonio, sin importar la forma de adquisición de ellos, de manera que al momento de disolución del régimen a cada cónyuge se le atribuye la mitad de esas ganancias, sin embargo existe entre los bienes de cada cónyuge existen algunos privativos y otros de naturaleza ganancial. Se puede pactar antes o después de la celebración del matrimonio (Guzmán García, 2009).

Los bienes privativos no estarán dentro de los bienes que puedan generar ganancias, asimismo en el caso de donación o herencia, si el testador le da carácter de privativo tampoco se podrá integrar a la masa de bienes que generen ganancias (Santos Briz, 2003).

Todo gasto en el que se incurra por motivos de las cargas¹⁶, el patrimonio común debe de responder, así como el patrimonio del cónyuge que adquirió la deuda y de manera subsidiaria los bienes del otro cónyuge. Si un cónyuge adquiere una deuda en función en caso que uno de los cónyuges aporte uno de sus bienes propios para la satisfacción de alguna deuda, éste cónyuge tendrá derecho a su reintegración o resarcimiento al momento de la liquidación de la comunidad. Así mismo el caudal común responde por las obligaciones contraídas conjuntamente por los cónyuges, o por uno de ellos con el consentimiento del otro; las obligaciones contraídas en beneficio de la comunidad. Si las deudas son personales cada cónyuge responderá con su patrimonio (Santos Briz, 2003).

Para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se necesita el consentimiento de ambos cónyuges, de lo contrario el cónyuge que

¹⁶ El sostenimiento de la familia, alimentación, educación y atenciones diarias de la familia; Adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes; Administración ordinaria de los bienes privativos de los cónyuges y explotación regular de los negocios o desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge.

no brindo su autorización podrá pedir nulidad del acto, sino lo pide el acto surtirá efectos con toda normalidad. En este sentido encontramos determinadas excepciones, tal es el caso cuando se trate de bienes como dinero o títulos valores, o sí el acto se realiza de carácter necesario en un momento de urgencia o sí se realizó para cubrir alguna carga de la comunidad. Con respecto a los actos realizados a título gratuito es necesario el consentimiento de ambos cónyuges de lo contrario será nulo el acto (Santos Briz, 2003).

La comunidad de gananciales se extingue de pleno derecho o por decisión judicial. La primera forma incluye la disolución del matrimonio (muerte, ausencia y por voluntad de los cónyuges), nulidad del matrimonio y cuando se convenga un régimen económico distinto. Y la segunda se da por declaración de incapacidad, demencia, ausencia o quiebra de un cónyuge, por el desarrollo de actos de fraudes por parte de un cónyuge y por incumplir el deber de información de la administración de los bienes comunes (Santos Briz, 2003).

No obstante podemos encontrar cuatro tipos más de comunidades de bienes, atendiendo al tipo de bien:

- 1) Bienes a título oneroso: abarca sólo los bienes adquiridos durante el matrimonio, pero los que se adquieren por el trabajo de los cónyuges y los adquiridos a título oneroso durante el matrimonio. Los bienes adquiridos antes del vínculo matrimonial son propios de cada cónyuge, asimismo serán propios los adquiridos durante el matrimonio por donación, legado o herencia (título gratuito) (Santos Briz, 2003).
- 2) Muebles y adquisiciones: son parte de esta comunidad los bienes muebles, presentes y futuros, los adquiridos a título oneroso o gratuito, y las adquisiciones a título oneroso, efectuados durante el matrimonio (Santos Briz, 2003).

- 3) Bienes Adquiridos durante el matrimonio: serán comunes todos los bienes adquiridos durante el matrimonio sin importar bajo qué título fueron adquiridos y la clase de cada uno. Por lo tanto se respeta la propiedad por parte de cada cónyuge de los bienes adquiridos anterior al matrimonio (Santos Briz, 2003).
- 4) Bienes muebles: la comunidad irá limitada a sólo bienes muebles, sin importar el título por el que fueron adquiridos, ni el tiempo (Santos Briz, 2003).
- Sucesiones: tanto el cónyuge como los hijos tienen derecho a suceder por parte de su cónyuge o procreador, según sea el caso. En caso de sucesiones testadas, a pesar de no haber herederos forzosos, pues el testador tiene libertad de disponer de sus bienes, siempre queda protegidos los hijos y cónyuges, y el artículo 976 C es reflejo de ello, al disponer en su parte final que a pesar de la libre disposición de los bienes por parte del testador, esto no afectará a la pensión alimenticia ni a la porción conyugal. Por otro lado en el caso de las sucesiones intestadas, nos guiaremos con lo establecido en el artículo 1001 C, donde encontramos a los descendientes, sin distinción alguna y en primer lugar, y al cónyuge en cuarto lugar.
 - Tributación: irá en dependencia si los cónyuges tienen conformada una sociedad. En caso que no exista una sociedad entre los cónyuges, cada cónyuge tributará como toda persona natural conforme a lo establecido en la ley de la materia; de lo contrario tributarán conforme a lo establecido para las personas jurídicas en la ley y reglamento de Equidad Fiscal, y existe aparte, la obligación ante el fisco por parte de cada uno de los cónyuges, ya que en base al artículo 3188C *“La sociedad forma una persona moral distinta de cada uno de los socios individualmente considerados”*. Concluyendo que los cónyuges siempre tributarán como lo establece la ley experta para toda persona natural, y aparte de ellos los matrimonios bajo

alguna comunidad de bienes o sociedad también deberá ésta tributar conforme a lo establecido para personas jurídicas en dicha ley, resultando dos obligaciones antes el fisco: la de los cónyuges como persona natural y la de la Sociedad Civil como persona jurídica. Es importante recalcar que conforme lo establecido en el Código Civil, toda sociedad debe constar en escritura pública.

- Patrimonio familiar: conjunto de bienes mínimos para la subsistencia del núcleo familiar. El artículo 71 Cn declara inembargable estos bienes. En base al Decreto 415/59 el patrimonio familiar son los bienes inmuebles que se separan del patrimonio particular de una persona y se vinculan directamente a una familia de escasos recursos económicos, con el fin asegurarles la mejor satisfacción de sus necesidades. Puede ser urbano o rural en dependencia de la zona en que se encuentre. El objetivo que se persigue es la prohibición de afectación por medio de algún embargo y, que de esa manera, conserven la vivienda en que habita la familia (Guzmán García, 2005).

Personales:

- Filiación y parentesco: Es la condición que nace por tener, una persona, a otra u otras por progenitores, es decir la relación que nace producto de los procreadores con los procreados, o de ser hijo reconocido de una o dos personas, por lo que no necesariamente tiene que ser solamente biológica, sino también puede ser por ejemplo producto de adopción (Díez Picazo, 1990).
- Parentesco Civil: la afinidad legítima es el vínculo que une a un cónyuge con los parientes legítimos del otro cónyuge, en la línea y grado en que exista el parentesco con uno de los esposos, tiene la afinidad respecto del otro. Esta afinidad no se excluye por causa de muerte, aunque no exista

prole del cónyuge del cual se deriva, salvo excepciones legales (Título Preliminar del Código Civil 1904).

- Domicilio: en base a nuestro Código Civil, en el caso de las personas casadas, se le denomina domicilio conyugal o familiar, y éste será en lugar en que residen o habitan¹⁷ los cónyuges y desarrollan la faceta más íntima como persona, así como donde suelen ejercer sus derechos y cumplen sus obligaciones. Antes de la ley 38 el domicilio de la mujer lo determinará el esposo, sin embargo posteriormente con dicha ley al inicio existía un vacío legal en cuanto al domicilio de los cónyuges, puesto que no señalaba nada al respecto, no obstante por regla general los cónyuges determinarán conforme a su voluntad y libertad cuál será su domicilio. En el caso de los hombres casados que trabajan para la marina mercante nacional, su domicilio será el de su esposa¹⁸. En caso en que en este último caso, la persona tuviere algún establecimiento, el domicilio del establecimiento será el del giro o negocio y el domicilio personal será el de la mujer¹⁹ (Guzmán García, 2007).

2. Uniones de Hecho Estable

2.1. Figuras históricas con alguna similitud

Existieron en la historia romana figuras que a simple vista, tomando en cuenta únicamente el ámbito social, tenían similitud con las actuales uniones de hecho estable, pero con consecuencias jurídicas diferentes.

¹⁷ Art. 25 C

¹⁸ Art. 36 C

¹⁹ Art. 37 C

En Roma se podría tener como figura similar a las uniones de hecho estable, a la figura del **concubinato**, el cual nace producto de la prohibición de celebración de matrimonio entre personas de distinto rango social, es decir, existe una desigualdad de condición social entre los cónyuges, por lo que dicha unión poseía un rango menor al del matrimonio, no obstante presentaba como característica que fuese una relación duradera y era reconocida por la ley, es decir, no era ilícito (Morineau e Iglesias, 1998).

La primera consagración legal de dicha figura fue la Ley *Julia de Adulteris*, la cual consagra determinada protección a favor del concubinato (Rivera Madriz, 2010). En la época de Augusto, era permitido entre personas púberes y solteras, estando prohibido entre personas con algún grado de parentesco. Por otro lado Paulo decía que sólo se podía tener una concubina y no debía de tenerse esposa legítima, por lo tanto también notamos la monogamia como característica del concubinato (Morineau e Iglesias, 1998).

En los tiempos de Constantino el padre podía legitimar a los hijos y con Justiniano fueron reconocidos derechos de la herencia paterna, y se permitía que el concubinato se convirtiera en matrimonio legítimo (Morineau e Iglesias, 1998).

Rivera Madriz nos presenta como efectos del concubinato los siguientes (2010):

- A los hijos procreados se les denominaba naturales, no legítimos, y éstos seguían la condición de la madre.
- En la época de los Emperadores Romano se les brindó derecho de alimentos y sucesión por parte del padre. También se intentó desaparecer la figura ofreciendo la legitimación de los hijos a cambio de que los padres contrajeran matrimonio.

Otra figura jurídica romana que podría mantener características semejantes con las actuales uniones de hecho estable es el **contubernio**, la cual consiste en la unión de esclavos o entre un esclavo y un sujeto libre. Éste tipo de uniones no producía efecto alguno, y al igual que la figura del concubinato los hijos seguían las misma condición de la madre. Era un estado de vida natural que exigía para su existencia una comunidad de vida y comunidad espiritual (Morineau e Iglesias, 1998).

Queda claro que siempre ha existido una fórmula conyugal ajena, en cuanto a la definición, requisitos y celebración, a la del matrimonio, sin embargo a como pudimos notar en los párrafos anteriores, dichas uniones por razones discriminatorias, ya sean sociales, raciales o morales, no eran reconocidas con el mismo esplendor que el matrimonio. Y es que sin duda alguna a pesar de la no regulación amplia de las uniones de hecho estable, dichas uniones han existido a lo largo de la historia y han sido una de las formas de hacer nacer la familia, a pesar que no se poseen los mismos beneficios que el estado de casados (Rivera Madriz, 2010).

Una importante razón por la que dichas relaciones o manifestaciones no son reguladas en su totalidad por el derecho, es que la organización familiar es una realidad social tomada por éste para su estudio e intento de regulación, y no es una organización creada por éste. En este tipo de uniones dos personas, tienen como fin la realización de una vida marital, sin encontrarse casados, por lo que son las costumbres y moral las que se toman en consideración en estas uniones, sin embargo a pesar de su carencia de regulación amplia, existe la necesidad de al menos dar protección a las posibles consecuencias jurídicas de dichas relaciones, como lo son la filiación y sucesión (Rivera, 2010 y Guzmán García, 2009).

Posteriormente con el advenimiento del cristianismos el concubinato pasó a coexistir con el matrimonio religioso, sin embargo dicha coexistencia fue prohibida

con posterioridad por el Concilio de Trento en 1563, imponiendo sanciones como la excomunión (Rivera Madriz, 2010).

Con la Legislación Napoleónica dicha discriminación se acentuó más, puesto que, sin castigar, se ignoró totalmente la existencia de dichas relaciones, y dejó implantado como única forma de hacer nacer familia al matrimonio, brindándoles únicamente a las personas casadas protección y tutela estatal. Basándose en la expresión de Napoleón que *“quien se sustrae al Derecho debe ser ignorado por el Derecho”*, pues se consideraba que la legislación del concubinato y bastardía sería razón de escándalo, lo que menospreciaba la situación jurídica de la mujer y descendientes, causando grande desprotección jurídicas a dichos sujetos (Rivera, 2010 y Guzmán García, 2009).

Nuestra realidad jurídica no está tan lejos, puesto que a pesar que sí se realizan mención de este tipo de relaciones, no existe la debida y necesaria protección jurídica a ellas ni a las posibles consecuencias jurídicas de dichas uniones, lo que trae como consecuencia que en determinados casos se siga fomentando la irresponsabilidad en cuanto a la paternidad, alimentos y sucesiones, a pesar que nuestra norma constitucional hace reconocimiento de las uniones de hecho estable como forma de hacer nacer familia y le brinda protección estatal, lo cual no se ve desarrollado de manera clara en nuestro ordenamiento jurídico (Rivera, 2010).

LaCruz Berdejo nos dice que en España la primera manifestación, desde el punto de vista estrictamente jurídico, que se podría tener de las uniones de hecho estable es el matrimonio civil de 1870, cuando los católicos se negaban a contraer matrimonio civil por considerarlo una renuncia a su religión, por lo que únicamente contraían matrimonio religioso, lo que tiene como consecuencia que ante el Estado no estaban casados, no obstante desde el punto de vista social sí estaban casados, pero carecían de derechos que solamente contrayendo matrimonio civil se podía adquirir, ejemplo de ello es el caso de la sociedad de gananciales, y la

condición de legitimidad de los hijos. Dicho autor también nos presenta el caso de aquellas parejas que no podían contraer matrimonio por estar una de ellas o ambas casadas con una tercera persona, en tiempo donde el matrimonio era indisoluble, se trata entonces de matrimonios rotos o recompuestos, aunque en este caso no se trataría exactamente de un caso de hecho estable pues posiblemente las partes tenían deseo de contraer matrimonio y el derecho se lo negaba, y hay que recordar que en las uniones de hecho estable se rechaza el compromiso legal (1997).

2.2. Actualidad

En estos tiempos es frecuente encontrarse con parejas que conviven de forma estable bajo una relación similar a la del matrimonio, sin embargo, dichas personas no desean realizar dicho negocio jurídico. Es a éste tipo de relaciones a las que comúnmente se les denomina “uniones de hecho estable”.

Este tipo de relaciones no matrimoniales han sido tratadas por el derecho occidental desde una visión napoleónica, es decir *“quien se sustrae al derecho debe ser ignorado por el derecho”* (Guzmán García, 2009).

Lo que se pretende en este tipo de uniones es no generar ninguna vinculación o compromiso legal, para lo cual se necesita tener en cuenta los derechos de la mujer, puesto que desde la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, así como la contribución de la mujer en la economía del hogar, se ha adaptado el esquema matrimonial a las uniones de hecho estable; dejando atrás el matrimonio como única forma de hacer nacer una familia, así como la sumisión de la mujer hacia el hombre (Guzmán García, 2009).

Debido a que este tipo de uniones inicialmente era un tema ajeno al derecho, se pensaba que éste no podría generar consecuencias jurídicas, sin embargo hoy en día, mediante la evolución y reformas del Derecho, se puede decir que sí existen

consecuencias jurídicas, especialmente con lo relacionado a la filiación y sucesiones. En lo relacionado con la filiación en nuestra legislación, luego de las reformas en el Código Civil acerca de los tipos de ésta, en la cual ya se deja de hacer la distinción entre hijo legítimos e ilegítimos, no plantea mayor problema. No obstante en lo referente a las sucesiones no se ha resuelto totalmente, nos podemos basar en artículo 976 C que nos dice que no hay herederos forzosos por lo que el testador puede disponer libremente de sus bienes, haciendo el énfasis que a pesar de la libre disposición del testador, esto no perjudicará en lo relacionado con la obligación alimenticia y porción conyugal de las personas que le corresponde; por otro lado encontramos el caso de las sucesiones intestadas, disponiendo el artículo 1001, el orden de las personas con derecho a suceder, debiéndose hacer la observación que hay que recordar en esta parte la reforma realizada en el Código Civil, mencionada en este párrafo. Y son dichas consecuencias jurídicas las que son de gran interés para todo legislador (Guzmán García, 2009).

Auxiliadora Meza (1997) expone que en el caso de las uniones de hecho estable también se aplica los mismos requisitos y nulidades necesarias para la celebración del matrimonio, sin embargo estoy en desacuerdo, puesto que en la práctica es compatible el matrimonio con estas uniones, en nuestra realidad social se dan uniones de hecho estable entre familiares, y al momento de conformar una unión de este tipo no es carácter determinante un edad específica, ejemplo de ello lo vemos en las zonas rurales donde menores de edad conviven con personas de sexo distinto, sin importar la edad o el permiso de los padres. Así mismo dicha autora nos explica que en este tipo de uniones también encontramos entres los deberes y derechos, los mismos que en el matrimonio en cuanto al deber de fidelidad, socorro mutuo, cohabitación y alimentos, y tampoco consideramos presentes en todos los casos dicho deberes; en lo referente al los alimentos es claro que existe dicho deber con respecto de los hijos, y la ley especial de la materia así lo manda, sin embargo, en relación con el deber de fidelidad y cohabitación, difiero con la autora por la misma razón de lo explicado

anteriormente, se dan casos de que un mismo sujeto se encuentra casado con un persona y en unión de hecho estable con otra, en estos casos dichos deberes no se expresan en su totalidad.

En Nicaragua las uniones de hecho estable encuentran asilo legal en nuestra norma suprema, en su artículo 72, al expresar: “ *El matrimonio y la Unión de hecho estable están protegidos por el Estado; descansan en el acuerdo voluntario del hombre y la mujer y podrán disolverse por mutuo consentimiento o por voluntad de una de las partes*”, sin embargo, como expresamos en el capítulo anterior, no existen disposiciones legales que desarrolle este tipo de relaciones eficientemente, lo que trae como consecuencia inseguridad jurídica para las personas involucradas, e incluso la falta de definición determinada de la misma. No obstante existe un proyecto de Código de la Familia, que dedica una parte a la regulación de estas uniones, pero debido a que aún no se ha aprobado, no ha entrado en vigencia, estando todavía sin regulación especial este tópico, incumpliendo con lo que nuestra Carta Magna dispone (Guzmán García, 2009).

A pesar de la inexistencia de una determinada concepción, hay leyes especiales que hacen mención de ello, así podemos encontrar entre las principales, la Ley 143, Ley de Alimentos, en su artículo 5 donde indica que en materia de alimentos, se entiende cómo relación de hecho estable cuando han convivido las partes durante un período de tiempo apreciado por el Juez y que además haya existido un trato conyugal entre ambos o posesión notoria de dicho estado civil, error que contiene la ley pues no debería quedar al arbitrio del Juez la apreciación del periodo de tiempo, pues varía de persona a persona (Guzmán García, 2009).

2.3. Compatibilidad entre Matrimonio y Uniones de Hecho Estable.

Ante el reconocimiento Constitucional del matrimonio y la unión de hecho estable como formas de nacimiento de la familia, se puede dar la interrogante de si ambos pueden coexistir al mismo tiempo.

Al interpretar dicho artículo conforme al criterio hermenéutico básico, que es literal, no parece excluir la idea de que la Constitución “reconoce” el matrimonio y la unión de hecho estable, sin expresar que entre ambos exista incompatibilidad alguna en cuanto a las mismas personas. Así parece correcto que la idea del constituyente, en atención al medio social nicaragüense, no rechaza que una misma persona pueda estar unida de hecho estable y casado al mismo tiempo. Y es que dicha opinión parece lógica toda vez que una unión de hecho estable no puede ser objeto de regulación jurídica pues dejaría de ser “de hecho”, y es en dicha característica en la que reside el interés de las partes que participan en ello (Guzmán García, 2009).

En el caso de la participación en los alimentos, la ley de la materia lo deja resuelto, por medio de su artículo 5, en el cual para la prestación de alimentos pone como requisito en la unión hecho estable que hayan vivido juntos por un período apreciable por el Juez y que entre ambos hayan tenido trato, consideración social y armonía conyugal que demuestre al Juez la intención de formar hogar. No obstante, a como se mencionó con anterioridad, se considera que dicha disposición no debería dejar al arbitrio del Juez el tiempo para considerar una relación de hecho, debido a las diferentes perspectiva de cada persona (Guzmán García, 2009).

En lo referente a la participación en las sucesiones, a como dijimos anteriormente, no se tiene resuelto de forma completa, ya que en lo que en el caso de sucesiones testadas nos basaríamos en el artículo 976 C que establece que no hay herederos forzosos por lo que el testador puede disponer libremente de sus bienes, haciendo el énfasis que a pesar de la libre disposición del testador, esto no perjudicará en lo relacionado con la obligación alimenticia y porción conyugal de las personas que le corresponde. No obstante, el problema radica en lo relacionado con las sucesiones intestadas. El artículo 1001C dispone el orden de las personas con derecho a suceder, debiéndose hacer la observación que hoy en día no hay diferenciación entre hijos legítimos e ilegítimos y dejando a la compañera o

compañero de unión de hecho estable fuera de esta nomina para suceder (Guzmán García, 2009).

Por último es de importancia hacer la aclaración que una vez entrando en vigencia el Código de familia esta compatibilidad existente entre matrimonio y unión de hecho estable desaparecería, interpretación que a nuestro criterio es equivocada por parte del legislador puesto que en la Constitución en ningún momento excluye una de la otra. La explicación a ello lo veremos en el siguiente capítulo, el cual abarcaré de manera directa las uniones de hecho estable en el Ordenamiento Jurídico Nicaragüense (Guzmán García, 2009).

2.4. Régimen Patrimonial del matrimonio y la Unión de Hecho Estable

Una vez visto todo lo relacionado con la economía matrimonial, en el apartado de las consecuencias jurídicos-patrimoniales del matrimonio, y analizando las figuras del matrimonio y la unión de hecho estable, podemos notar un vacío legal o inexistencia de una norma específica que determine lo relacionado con la economía en la unión de hecho estable, por lo que surge una interrogante: que régimen económico será aplicable para este tipo de uniones?

Primeramente es importante estar claro que la unión de hecho estable es una sociedad civil de hecho. El artículo 3178 de nuestro Código Civil estipula que *“La simple comunidad de bienes o de intereses, aun resultantes de un hecho voluntario de las partes, no constituye una sociedad. Sin embargo, se constituye sociedad de hecho, por juntarse dos personas de diferente sexo y hacer completa vida marital común, con comunidad de bienes o intereses.”* Por otro lado el artículo 3191 C, establece que *“Las sociedades son civiles o comerciales: son comerciales las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio; las demás son civiles.”*

Actualmente el proyecto de Código de familia no ha sido aprobado, por lo que se sigue careciendo de una norma que regule todo lo atinente a las uniones de hecho estable. Dicho proyecto, pretende llenar este vacío legal, al establecer que todas las disposiciones aplicables al matrimonio, en cuanto de materia económica se hable, será aplicable a estas uniones. No obstante ante la no vigencia de dicho proyecto, nos debemos de basar en lo establecido por nuestro Código Civil, y al tenerse a dichas uniones como sociedad civil de hecho, se le podrán aplicar las mismas normas que se le aplica al matrimonio en relación a las capitulaciones matrimoniales y regímenes económicos. Pudiendo las personas que se encuentra bajo estas uniones crear capitulaciones y establecer régimen económico como el universal, de gananciales y de participación, ya sea antes o durante la relación de hecho estable.

2.5. Uniones de Hecho Estable hacia una romanización de concepciones

Con anterioridad hemos estudiado el matrimonio en Roma, y en este capítulo estudiamos lo relacionado con las uniones de hecho estable. Tomando en cuenta las características principales de ambas figuras, surge la idea si la concepción o realidad actual de lo que es hoy en día una unión de hecho estable es el reflejo de una romanización de concepciones.

Con el fin de darle respuesta a dicha interrogante, y habiendo analizado lo referente a ello, podemos decir que no son el concubinato ni el contubernio las figuras con mas semejanzas, jurídicamente hablando, a las actuales uniones de hecho estable, si bien guardan cierta similitud, es más que todo en el ámbito social, por lo que en lo jurídico, que es la esfera de nuestro interés, es el matrimonio romano en sí la figura más cercana a este tipo de uniones.

En efecto, en el caso de las uniones de hecho estable se está regresando a las concepciones que prevalecían en Roma, ahora, ¿cuál es la base que nos lleva a dicha afirmación? No es lo relacionado con la *manus* lo que nos lleva a esa

afirmación, ni la presencia de un *pater familia*, sino más bien la falta de interés por parte de los romanos por asignar una función y categoría jurídica a lo que en ese tiempo se conceptuaba como matrimonio, así como la falta de concebirlo como negocio jurídico, a pesar del reconocimiento de la existencia de consecuencias jurídicas.

Otro aspecto presente en el matrimonio romano es lo relacionado con la falta de solemnidades, celebración ante una determinada Autoridad, redacción de un documento específico y forma de publicación del matrimonio.

Y por último es importante recordar que el matrimonio romano se conceptuaba como la unión de hombre y mujer con intención de ser marido y mujer, y es esa *afectio maritalis* el elemento de mayor importancia, fundada en una convivencia conyugal.

¿Se encuentran las características mencionada en los tres últimos párrafos presente en las actuales uniones de hecho estables? Realizando un análisis y contraste entre ambas nociones, la respuesta es positiva, las uniones de hecho estable hoy en día no poseen categoría jurídica, el legislador nicaragüense no se ha preocupado por brindárselas, no obstante, sí desencadenan consecuencias jurídicas, como lo son la filiación y sucesiones. Asimismo carecen de solemnidad o requisito alguno. Y por último, al unirse dos personas y conformar una unión de hecho estable, desarrollan una convivencia conyugal y actúan de manera similar como que fuese marido y mujer, lo cual guarda relación con la *afectio maritalis* romana.

Esta situación cambiaría sí el Código de Familia entre en vigencia, pues dicho Código pasaría a dedicarle un capítulo a este tipo de uniones y establecerá determinadas solemnidades, que en el próximo capítulo estudiaremos con mayor detenimiento.

CAPITULO III:

UNIÓN DE HECHO ESTABLE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NICARAGÜENSE

Nuestro Ordenamiento Jurídico actualmente, a como lo hemos dejado expresado en capítulos anteriores, en relación a las uniones de hecho estable, carece de regulación especial, no obstante, existen dispersas alusiones sobre unas temas puntuales, aunque sin llegar a determinarse una ordenación propia. En el Proyecto de Código de la Familia, el cual a pesar de que se encuentra en discusión en la Asamblea Nacional y aún no ha sido aprobado, se encuentra un capítulo dedicado a ello. Por lo que de aprobarse ese texto se pasaría a tener una regulación específica del tema en la norma positiva nicaragüense, introduciendo una serie de cambios que posteriormente se expresarán.

Primeramente haremos mención de las normas que de forma fragmentaria disponen consecuencias de las uniones de hecho estable, las cuales no llegan a constituir una regulación especial, solamente hacen mención del tema en ciertas circunstancias.

1. Constitución Política de Nicaragua

Primeramente hacemos alusión a la norma suprema, nuestra Carta Magna, que recopila los deberes, derechos y obligaciones que tienen todos los nicaragüenses. En las Constituciones anteriores existía silencio referente a las uniones de hecho estable, lo que tenía como consecuencia que no se contemplaba a este tipo de uniones como forma de hacer nacer la familia, no obstante, tal no es el caso de la Constitución actual, la cual en su artículo 72 equipara programáticamente a la unión de hecho estable con el matrimonio, brindándole protección por parte del

Estado. Sin embargo, basta con comparar la regulación jurídica del matrimonio con las dispersas normas que atañen a las uniones objetivo de este estudio, para darse cuenta de que no existe la misma protección, por lo que se hace necesario la creación de determinadas normas jurídicas que protejan los derechos de las personas que se encuentran bajo una unión de hecho estable, así como la protección de los derechos de sus descendientes. En tal sentido pese a la disposición constitucional antes referida, veintitrés años después de entrada en vigencia del texto constitucional, no existe ley o leyes, que regule de manera eficiente este tipo de uniones, situación que cambiaría con la aprobación del Proyecto de Código de familia.

En el Capítulo IV, los derechos de la Familia, en el cual en su artículo 70 conceptúa a la familia como núcleo fundamental de la sociedad y el derecho de ésta a la protección por parte de Estado. Cabe destacar que, a como lo contempla nuestra Constitución Política actual, las uniones de hecho estable sin duda alguna son una forma de hacer nacer la familia y que la formación de una familia es un derecho de todo nicaragüense²⁰, por lo que los derechos de cada miembro serán regulados por la ley.

En otro capítulo de la Constitución Política se encuentra consignada una de las consecuencias jurídicas de la unión de hecho estable, se trata del capítulo I, derechos individuales, artículo 34, el cual nos dice que: “todo procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones a las siguientes garantías mínimas...” y señala en su acápite número siete el no ser obligado a declarar contra sí mismo, o contra su cónyuge o compañero de unión de hecho estable.

2. Código Civil

Nuestro Código Civil vigente no hace mención puntual del tema estudiado, como en el caso anterior, sin embargo, posee una disposición, que a pesar de

²⁰ Artículo 71 Constitución Política de la República de Nicaragua

pertenecer a la regulación de la sociedad, se puede aplicar a las uniones de hecho estable en el aspecto patrimonial. Dicha disposición se encuentra reflejada en el Título XV, de la Sociedad, Capítulo I, artículo 3178, el cual nos dice: “la simple comunidad de bienes o intereses, aun resultantes de un hecho voluntario de las partes, no constituye una sociedad. Sin embargo, se constituye sociedad de hecho, por juntarse dos personas de diferentes sexo y hacer completa vida marital común, con comunidad de bienes o intereses”. No obstante a pesar de la existencia de dicho artículo, en el cual se reflejaría la existencia de una sociedad de hecho para el tipo de uniones en estudio, no se expresa la forma de funcionamiento de dicha sociedad.

La clasificación de las sociedades se divide en dos: civiles y comerciales, se dice que éstas últimas son las que se forman para negocios calificados como actos de comercio, y ya que la comunidad de hecho no se encuentra dentro de ello, se dice que es una sociedad civil. Se alude existencia de la sociedad civil de hecho cuando no se puede demostrar la existencia de una sociedad, y se necesita pedir restitución, liquidación o partición de ganancias sin que se pueda oponer nulidad o inexistencia de la sociedad, independientemente de la razón que lleve a la restitución, liquidación o necesidad de repartición de ganancias (Rivera Madriz, 2010).

3. Ley de Alimentos

La ley número 143 fue publicada en la Gaceta número 57 del 24 de marzo de 1992, la cual llamaremos en lo sucesivo ley de alimentos.

La ley de alimentos hace alusión a las uniones en estudio en su Capítulo I, Disposiciones generales, artículo primero, al determinar quién está obligado a brindar alimentos y quién tiene el derecho de recibir los mismos, por lo que el deber de alimento es fundado en la familia, pero de forma subsidiaria se funda en

la unión de hecho estable, siempre y cuando cumpla con las características exigidas en dicha ley.

Por ello, en su artículo 5 expresa qué requisitos son necesarios para considerar una unión como de hecho estable, y nos señala solamente dos: que hayan vivido juntos durante un periodo de tiempo apreciado a criterio del Juez y que hayan tenido un trato, consideración social y armonía conyugal que demuestre al juez su intención de formar un hogar. Este requisito aparece como una fórmula de permisión para el Juez, ya que existen distintas percepciones en dependencia de cada persona, tornando dicho criterio en algo que depende enteramente de la subjetividad.

El último artículo que menciona al compañero de unión de hecho estable es en el capítulo II, artículo 6, donde se ubica a este en el tercer escalón en la prelación de prestación de alimentos. Se expresa, también, que para el caso donde se fijó, en sentencia de divorcio, alimentos a favor del cónyuge imposibilitado para trabajar por motivos de enfermedad u otra causa apreciada por el Juez, éstos cesarán cuando el cónyuge beneficiado vuelva a contraer matrimonio, establezca una relación de hecho estable o tenga solvencia económica²¹

4. Ley de Adopción²². Ley de reforma y Adición a la Ley de Adopción²³

El decreto número 862, fue publicado en la Gaceta número 259 del catorce de noviembre de 1981 y será llamado posteriormente ley de adopción. Dicho decreto fue reformado por la ley número 614, publicada en la Gaceta número 77 del 25 de abril del año 2007, a la cual llamaremos ley de reforma y adición a la ley de adopción.

²¹ Art. 9

²² Decreto 862

²³ Ley 614

La Ley de adopción hace mención de la unión de hecho estable en cuatro de sus artículos. Primeramente el artículo 5.2 da la posibilidad que las parejas bajo estas uniones soliciten la adopción. Posteriormente, en el artículo 8, inciso f, hace referencia a la adopción de los menores de 15 años de edad, los cuales podrán ser adoptados cuando sea hijo de uno de los miembros de la pareja de unión de hecho estable. En el artículo 18, hace la aclaración que las personas que conformen este tipo de uniones adoptarán conjuntamente. Y por último en el artículo 19 inciso b, dispone, entre los documentos que deben acompañar al escrito de solicitud de adopción, como requisito la certificación del Consejo de Adopción de que la unión de hecho es estable.

Esta ley ha sufrido una serie de modificaciones, las cuales las vemos reflejadas en la ley de reforma y adición a la ley de adopción y la que encontramos ciertas modificaciones atinentes al tópico de estudio, así pues, incorpora como requisito para la adopción la presentación de documentación original ante el Consejo Nacional de adopción de la comprobación de unión de hecho estable²⁴. También limita la capacidad de solicitud de adopción de las personas no casadas o bajo unión de hecho estable, las cuales únicamente podrán adoptar cuando sean familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad o sea el cónyuge del padre o madre del adoptado, todo ellos sujeto a valoración del Consejo Nacional de Adopción²⁵. Y finalmente, agrega entre los sujetos a los que se les brinda debida intervención en el proceso de adopción, al progenitor o progenitora de un cónyuge o miembro de unión de hecho estable.²⁶

Es importante realizar la observación que sí bien esta ley manda la creación de un Consejo Nacional de adopción, el cual ejecutará políticas de adopción y poseerá determinadas facultades, entre las cuales está el reconocimiento o comprobación de las uniones de hecho estable, dicha ley no establece un procedimiento para tal comprobación, y más importante es el hecho, que las

²⁴ Artículo 2, el cual reforma el artículo 3 de la Ley de Adopción.

²⁵ Artículo 4, el cual reforma el artículo 5 de la Ley de Adopción

²⁶ Artículo 10, el cual reforma el artículo 15 de la Ley de Adopción

entidades administrativas no cuentan con la facultad de certificación de estado, únicamente el Juez puede declarar un estado civil, por lo que dicho Consejo no podría comprobar la existencia de las uniones de hecho estable.

5. Ley de seguridad social. Reglamento de la Ley de Seguridad Social.

El Decreto número 974, Ley de Seguridad Social, fue publicado en la Gaceta número 49 del primero de marzo del año 1982. El Reglamento de dicha ley, Decreto número 975, fue publicado en la misma gaceta y con la misma fecha que la ley.

Nuestra ley de seguridad social únicamente hace mención de la unión de hecho estable en su artículo 71, el cual nos habla de las prestaciones económicas que concede el INSS en caso de muerte del asegurado, y en el inciso “b”, nos habla de la pensión para la compañera o compañero de unión de hecho estable, conforme a la normativa del Consejo Directivo.

No obstante encontramos artículos donde menciona al compañero o compañera del beneficiario. En dichos artículo se da la posibilidad que el compañero o compañera de unión de hecho estable sea beneficiario de la pensión de viudez, asimismo se le da protección a los hijos menores de quince años, familiares e inválidos de éste²⁷. También entre las prestaciones de salud y derechos de los asegurados adscrito al sistema integral, se encuentra el derecho de recibir gratuitamente un medio de identificación para el asegurado y sus beneficiarios entre los cuales está la compañera e hijos, todo con el fin de garantizarle atención rápida e integral²⁸. Por último hace la aclaración que para efecto de esta ley la compañera de vida del trabajador, gozará de todos los derechos, siempre y

²⁷ Artículo 58

²⁸ Artículo 83

cuando conviva en el mismo núcleo, con dos años de convivencia o haya tenido hijos con el asegurado, según lo establecido en la norma específica²⁹.

En el reglamento de dicha ley se la llama a la compañera en unión de hecho estable “compañera de vida”. Se denomina compañera de vida de asegurado, según lo establecido en el artículo primero, a la mujer soltera que convive bajo el mismo techo que el asegurado, sin estar casados. Establece como requisito un período de convivencia de cinco años continuos o que hayan procreados hijos. En caso de existir más de una compañera de vida, será la que tenga mayor número de hijos menores con el asegurado la que sea beneficiada con la pensión o prestación correspondiente. No importa que la compañera de vida o el asegurado hayan estado casado y no se hayan divorciado, con que posean cinco años separados e independencia económica será esa persona la que sea beneficiada por la seguridad social.

El Instituto de seguridad social señalará la forma de identificación de la compañera de vida del asegurado.³⁰ Incluso se le beneficiará con el subsidio de lactancia cuando corresponda, con el requisito de cumplir con un año de convivencia, antes del nacimiento del menor, con el beneficiario.³¹

Ante las disposiciones del reglamento de la ley de seguridad social, podemos notar que le da la facultad a funcionario administrativo de determinar la existencia de una compañera de vida e incluso existencia de filiación, con respecto a los hijos, y en caso de existir matrimonio y unión de hecho estable, a que persona le corresponderá ser beneficiada por la seguridad social. En este sentido surgen dos incógnitas: ¿Por qué dejar esa función a un funcionario administrativo? ¿Dónde quedaría la función de los jueces de familia en la determinación de filiación? Con el fin de dar respuesta a las interrogantes anteriores, consideramos que primeramente es necesario comparar el año en que este decreto entró en vigencia

²⁹ Artículo 96

³⁰ Artículo 9

³¹ Artículo 107

y el año en que se implantaron los Juzgados de familia en nuestro país, resultando que el Reglamento de la Ley de Adopción posee mucho más tiempo (27 años) en vigencia, por lo que aclarado este punto, estimamos que el problema radicaría, como es claro, en la falta de regulación de la figura de la unión de hecho estable. Si bien los jueces de familia, actualmente, están facultados para dirimir todo lo relacionado con los aspectos familiares, entre los cuales encontramos a filiación, existe un vacío legal pues dichos jueces únicamente se han implantado en Managua, existiendo ausencia en el resto de departamentos del país. Y por último hacer la observación que un funcionario administrativo no debería de poseer esa facultad, pues son los Jueces lo facultado para ello.

6. Código del trabajo

La ley número 185, Código del Trabajo fue publicada en la Gaceta número 205, del treinta de octubre del año 1996.

El Código del Trabajo hace mención del tema estudiado en dos artículos. Primeramente en el título III, Capítulo II, artículo 73, donde nos hace mención de la protección que se le hace al compañero de unión de hecho estable, al indicarnos que los trabajadores tienen derecho a permiso o licencia de goce de salario por el fallecimiento, entre otros, del compañero o compañera en unión de hecho estable, hasta de tres días hábiles. No obstante, en el segundo inciso de dicho artículo se hace una diferencia para los casos en que las personas se casen, dándoles cinco días hábiles consecutivos de permiso con goce de salario, siendo notoria la mayor protección o goce de beneficios en caso de matrimonio.

El segundo artículo que hace referencia de las uniones de hecho estable es el número 202, en el cual vemos entre las obligaciones del empleador con los trabajadores del campo, el brindarle los gastos de funerales de su compañero o compañera de unión de hecho estable.

7. Código Penal

La ley número 641, Código Penal de la Republica de Nicaragua, fue publicada en la Gaceta número 232, del tres de diciembre del 2007.

Nuestro Código Penal vigente hace mención de las uniones de hecho estable en diferentes artículos. Encontramos entre las circunstancias que agravan la responsabilidad penal el prevalecimiento en razón de género, es decir cuando el hecho realizado se ejecuta aprovechándose de una relación de dependencia, autoridad o afinidad, para causar daño a otra persona en razón de su sexo, ya sea que la relación se derive por matrimonio, unión de hecho estable u otra relación de afinidad o laboral, incluso cuando la relación hubiese cesado. No obstante, realiza la observación que el aumento de la pena no podrá superar, por ningún motivo, el máximo establecido para el delito cometido.³²

En lo relacionado con las situaciones atenuantes o agravantes, específicamente en el parentesco y en dependencia de la naturaleza, se determina entre los supuestos el que la víctima u ofendido sea el cónyuge o compañero (a) de unión de hecho estable del ofensor³³.

Se brindarán una serie de medidas de protección de urgencia para la víctima de violencia intrafamiliar o doméstica en caso de una acción u omisión *“cometida por un miembro de la familia hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad dentro de la familia conviviente o en unión de hecho estable”*.

³² Artículo 36, acápite 11

³³ Artículo 37

Encontramos distintos tipo penales en los cuales intervienen los compañeros de unión de hecho estable:

- Se establece la figura del parricidio junto con su respectiva pena en caso de privación de vida de su ascendiente, descendiente, hermano, cónyuge o compañero de unión de hecho estable³⁴.
- Así mismo será castigado quien ejerza cualquier tipo de fuerza, violencia o intimidación física o psíquica contra, entre otros, su compañero de unión de hecho estable³⁵.
- Delito de estupro, el cual está conceptuado como el acceso carnal con una persona mayor de 14 y menor de 16 años de edad, sin violencia o intimidación, por parte de un sujeto casado o en unión de hecho estable o mayor de edad³⁶.
- Delito de rufianería, que consiste en manutención económica por medio de amenazas o coacciones, ya sea total o parcial, por parte de una persona que realice acto sexual mediante pago; en este delito se hace la diferenciación de pena y establece una pena de cinco a siete años y de doscientos a cuatrocientos días multa, cuando el autor de dicho delito esté casado o en unión de hecho estable con la víctima³⁷.
- Por último se encuentra el delito de encubrimiento, donde se eximirá de responsabilidad penal, entre otros, al compañero en unión de hecho estable en caso que ayude a eludir la investigación de la autoridad o de sus

³⁴ Artículo 111

³⁵ Artículo 155

³⁶ Artículo 170

³⁷ Artículo 180

agentes, o sustraer a la búsqueda o captura de su compañero responsable de la comisión de un delito.³⁸

8. Código Procesal Penal de Nicaragua

La ley número 406, Código Procesal Penal de Nicaragua, fue publicada en la Gaceta número 243 y 244, del 21 y 24 de diciembre del 2001.

Este Código hace mención del tópico en cuestión primeramente en lo relacionado con los motivos de inhibición y recusación, donde nos fija como una de las causas de inhibición o recusación por parte de los Jueces o Magistrados, cuando ha intervenido o interviene en la causa como Juez o integrante de Tribunal, entre otros, su compañero en unión de hecho estable. También señala cuando, entre otros, sea compañero de unión de hecho estable con las partes, abogado o representantes o haya estado en unión de hecho estable con algún pariente de los sujetos mencionados anteriormente. Otro supuesto es cuando el compañero en unión de hecho estable tiene interés en el resultado del proceso. Y el último caso es lo relacionado con recibir por parte del interesado y a favor, entre otros, del compañero de hecho estable, algún beneficio, donación, obsequio o asignaciones testamentarias, luego de haber iniciado el proceso.³⁹

Se define víctima en los delitos cuyo resultado sea la muerte o desaparición, a la persona cuyo compañero de unión de hecho estable fuese el fallecido o desaparecido.⁴⁰ Por otro lado determina que tiene facultad de abstención o no declarar, el compañero de hecho estable del acusado, esta facultad se le informará a la pareja antes de rendir testimonio.⁴¹ Asimismo fija como excepción de la obligación de denunciar los delitos de acción pública, las personas que por disposición de la ley, Autoridad o Acto jurídico tuvieren a su cargo el manejo,

³⁸ Artículo 470

³⁹ Artículo 32

⁴⁰ Artículo 109

⁴¹ Artículo 197

administración, cuidado o control de bienes o intereses ajenos, en caso de que exista riesgo de persecución, entre otros, contra su compañero de hecho estable.⁴²

Determina como deber de la Policía Nacional, el informarle, al momento de la detención, a la persona que tiene derecho de no declarar en contra, entre otros, de su compañero de hecho estable.⁴³

Como punto final, estipula como sujeto legitimado para promover la revisión de sentencia el compañero de unión de hecho estable en caso que el condenado haya fallecido.⁴⁴

9. Ley General de Bancos, Instituciones Financieras No Bancarias y

Grupos Financieros⁴⁵

La ley número 343, Ley General de Bancos, Instituciones Financieras No Bancarias y Grupos Financieros, fue publicada en la Gaceta número 198, del 18 de octubre del año 1999.

Esta ley hace mención de las uniones en estudio en su capítulo III, artículo 29, en lo referente a la administración y control de la integración de la Junta Directiva de un Banco, entre los impedimentos para ser director nos menciona, entre otros, como parte del segundo acápite los que sean compañero de unión de hecho estable con cualquier otro miembro de la Junta Directiva. Hace la excepción en el caso que la relación exista entre un director propietario y su suplente.

⁴² Artículo 223

⁴³ Artículo 232

⁴⁴ Artículo 338

⁴⁵ Ley 561

Por último a manera general se puede notar que son puntuales las manifestaciones regulatorias de las consecuencias que tiene la unión de hecho estable en nuestro ordenamiento jurídico, careciendo y necesitándose en la ley positiva nicaragüense, una norma unitaria que regule este tópico.

10. Proyecto de Código de Familia

Una vez abarcadas las leyes donde se hace mención de la unión de hecho estable, sin llevar a cabo una regulación completa, presentamos lo relacionado con el Proyecto del Código de Familia.

El Proyecto de Código de Familia tiene el objetivo de establecer el régimen jurídico de la familia, abarcando las relaciones jurídicas intrafamiliares, las de ésta con terceros y entidades estatales relacionadas con ella. Así pues, se encuentra regulado lo atinente al parentesco, relaciones de pareja constitutivas de la familia, matrimonio, unión de hecho estable y los efectos jurídicos que de ellas se derivan (Rivera Madriz, 2010).

Encontramos dentro de los principios rectores de dicho proyecto de código, la igualdad y protección del matrimonio y unión de hecho estable por parte de los Poderes Públicos, determinando la competencia de los juzgados de familia en esta materia, no obstante dichos juzgados no se han implantado en toda Nicaragua, por lo que en los lugares en lo que no cuenten con ello será los juzgados de Distrito, locales civiles o los juzgados únicos, los competentes para el conocimiento de las causas en esta materia (Rivera Madriz, 2010).

En el Proyecto se dedica un capítulo a la Unión de hecho estable, el capítulo VI. Inicia dicho capítulo con la definición de este tipo de uniones, conceptuándolas como *“acuerdo voluntario del hombre y la mujer que sin impedimento legal para*

contraer matrimonio, libremente hacen vida en común de manera estable⁴⁶, notoria y singular⁴⁷ mantenida al menos por dos años consecutivamente". Se le denominará a las partes "convivientes".

Se prevé que la constatación jurídica de la existencia de este tipo de uniones se realice por medio de una escritura pública, la cual la podrán otorgar los convivientes ante los Notarios Públicos autorizados para celebrar matrimonios, quienes la autorizarán bajo el nombre de declaración de la unión de hecho estable. El efecto de dicha escritura pública es hacer constar ante terceros la existencia de dicha relación (Proyecto de Código de familia, 2011).

Es necesario que al momento del otorgamiento de dicha escritura pública las partes declaren que han vivido de forma singular y estable, asimismo deben presentar el documento idóneo que acredite la aptitud legal para la realización de dicho acto, lo cual, además de la declaración expresada al inicio de éste párrafo, será parte de las cláusulas del instrumento público, así como lo concerniente a la aptitud legal, quedando incorporado todo ello en el protocolo del Notario (Proyecto de Código de familia, 2011).

En caso de que uno de los convivientes desee el reconocimiento de la unión de hecho estable, ya sea por falta de consentimiento del otro conviviente o por fallecimiento del mismo, deberá solicitarlo ante los juzgados de familia competente o, en caso de inexistencia de juzgados de familia, al juzgado correspondiente. Para ello deberá demandar que comparezca personalmente el sujeto de quien intente el reconocimiento y en el caso de fallecimiento deberán comparecer los herederos o causahabientes del conviviente fallecido. A esta demanda se le dará el proceso especial común de familia que establece el proyecto de código de familia (juicio sumario) y se deberá demostrar el cumplimiento de los requisitos de estabilidad, singularidad y aptitud legal para contraer, todo con el fin de de hacer

⁴⁶ Convivencia constante en el hogar

⁴⁷ Convivencia exclusiva entre hombre y mujer

posible la reclamación y comprobación de los derechos consecuentes de dicha relación. Situación similar a la de posesión notoria del estado, puesto que se trata de que, a pesar de la falta de declaración o documento legal que compruebe la existencia de una relación de hecho, se demuestre mediante juicio que en efecto desarrollan o desarrollaron requisitos fundamentales que posee ese tipo de relación, y que dicho estado es reconocido socialmente (Proyecto de Código de familia, 2011).

En la sentencia del reconocimiento judicial de unión de hecho estable quedará fijada la fecha de inicio y extinción de dicho vínculo, retrotrayendo los efectos jurídicos propios del matrimonio, a la fecha de iniciada dicha unión. En el caso que se trate de fallecimiento de uno de los convivientes se deberá demostrar que la convivencia estaba vigente al momento del descenso para los efectos del derecho a la porción conyugal y a la herencia. Para efectos de terceros, dicha sentencia deberá ser inscrita en el Registro del Estado Civil de las Personas (Proyecto de Código de familia, 2011).

Como podemos notar con lo dicho en párrafos anteriores la unión de hecho estable cumple con su publicidad mediante tres casos: la declaración o reconocimiento ante la persona autorizada; el asentamiento en el protocolo del notario o el libro copiador de sentencia; y por último mediante la inscripción en el Registro Correspondiente. Quedando de esa manera demostrado la convivencia existente entre los convivientes (Proyecto de Código de familia, 2011).

No gozarán de protección legal, aun cuando convivan de manera libre, el conviviente que hiciera vida en común a sabiendas de que uno u otra ha reconocido su unión de hecho estable o contraído matrimonio con otra persona, sin estar esta disuelta o inscrito en el Registro competente (Proyecto de Código de familia, 2011). Por lo que la compatibilidad que existe actualmente entre el matrimonio y la unión de hecho estable, y entre las mismas uniones de hecho estable, a la vigencia de este Código, desaparecería.

En lo atinente a las sucesiones, establece que los convivientes tendrán derecho a heredarse recíprocamente en la misma proporción que las personas unidas por matrimonio, es decir tienen derecho a la porción conyugal y a ser llamado a la sucesión intestada en la misma posición que los casados, claro está que dicha unión de hecho estable debe ser demostrada o reconocida debidamente (Proyecto de Código de familia, 2011).

En lo referente a la disolución de este tipo de uniones, el Proyecto de Código nos plantea cuatro formas diferentes, cuya certificación de disolución deberá ser inscrita en el Registro del Estado Civil de las Personas (Proyecto de Código de familia, 2011):

1) Por mutuo consentimiento: se puede acudir ante Notarios públicos que cuenten al menos con diez años de incorporación a la Corte Suprema de Justicia, con la condición que no existan hijos menores de edad, o mayores discapacitados, ni bienes en común. En caso de existir bienes en común se deberá contar con mutuo acuerdo de los convivientes en lo relacionado con el uso y distribución de los bienes, con lo cual el Notario podrá disolver la unión, debiendo consignar en la escritura pública dicho acuerdo (Proyecto de Código de familia, 2011).

2) Por voluntad de uno de los convivientes

3) Por nulidad declarada por la Autoridad Judicial

Ante la Autoridad Judicial
Competente

4) Por Muerte de uno de los convivientes

Cabe destacar que las disposiciones que el Proyecto de Código de Familia relativas a los deberes y derechos que nacen del matrimonio, al régimen económico matrimonial; así como lo relacionado a la filiación y al derecho de alimentos, son aplicable para la unión de hecho estable, una vez entrando en

vigencia dicho Código (Proyecto de Código de familia, 2011).

En el caso de beneficios de seguridad social a favor tanto de los convivientes como de los hijos nacidos bajo dicha relación, el Instituto Nicaragüense de Seguridad Social deberá tomar como prueba suficiente la certificación del acta o sentencia emitida por las personas autorizadas para ello (Proyecto de Código de familia, 2011).

10.1. Crítica

La unión de hecho estable es una realidad social y cultural siempre actual, por lo que resulta necesaria la protección a los sujetos que se encuentran bajo este tipo de uniones, así como la protección a los hijos producto de esas uniones.

Nuestro país a pesar de contar con normas que hacen mención de ello, no cuenta con norma especial que desarrolle en sí lo que son este tipo de uniones. Existe, desde diciembre de 1994, una propuesta de creación de un Código de Familia, sin embargo hoy en día sigue en discusión en la Asamblea Nacional.

Al realizar la lectura a tal proyecto de Código, de manera rápida o superficial, se creería que generaría gran avance en la normativa de la unión de hecho estable, cumpliendo con la disposición de nuestra Carta Magna, al brindar seguridad jurídica a todos los sujetos que forman parte de esta uniones, no obstante consideramos que posee una serie de incongruencias, que a continuación explicare:

- Primeramente podemos notar que con las disposiciones del proyecto de Código de familia la figura de la unión de hecho estable se degenera, puesto que las diferencias, a manera general, entre dicha figura y el matrimonio, radica únicamente en el nombre y determinadas formalidades

al momento de la celebración del matrimonio, pues varias disposiciones aplicadas para el matrimonio lo serán para este tipo de uniones, sin embargo a pesar de su poca diferenciación creemos que el decidir conformar una unión de hecho estable o matrimonio, radica en el derecho a la libertad de constituir relaciones conyugales por parte de cada ciudadano, por lo que la diferencia tan marcada que actualmente radica entre uno y otro disminuirían considerablemente, lo que no debería de ser así, pues lo correcto sería poder diferenciarlas sin ningún problema, ya que no debería existir tantas similitudes si se trata de situaciones totalmente distintas en orden al interés de las partes en la formación de un compromiso conyugal con otra persona.

- En segundo lugar, el legislador realiza una interpretación errónea de la norma constitucional, pues que si en el artículo 72 de la Constitución Política al “equiparar” las uniones de hecho estable con el matrimonio, en ningún momento establece que son excluyente una de otra, por lo que no tendría sentido establecer en una norma secundaria la incompatibilidad entre ambas.
- Con estas disposiciones del proyecto de Código de familia se estaría coartando la libertad del individuo en orden al establecimiento de un vínculo jurídico conyugal, puesto que si la denominación de este tipo de uniones es “unión de hecho estable”, al pasar a estar regulado por una norma positiva, el carácter de unión de hecho desaparecería y se convertiría en “uniones de derecho” y la características existente hasta ahora en las uniones de hecho estable como lo son la falta de formalidad total y compromiso legal, ya no estarían presente, obligando a las partes a establecer un vínculo jurídico conyugal e inscribirlo en el Registro correspondiente, a pesar de no desearlo o no ser ese su interés.
- El legislador no debería obligar a las partes a proceder de forma tan paralela a la matrimonial, pues con las disposiciones del proyecto de código

para velar y cumplir los derechos y deberes de los involucrados en una relación de hecho, no sólo de los convivientes, sino también de los hijos, si desean ser protegido por la ley deben obligatoriamente inscribirlo o poseer acta de existencia de la unión, de lo contrario la ley no les protege y todos sus derechos y deberes quedarían desamparados, por lo que sería mejor, e iría más de acuerdo con los intereses de las partes, el establecer un sistema de consecuencias jurídicas de las uniones de hecho estable, para de esa forma brindarle seguridad tanto a las partes como a los descendientes, como principales consecuencias jurídica que desencadena este tipo de relaciones, pudiendo comprobar las partes que se encuentran bajo una relación de hecho estable mediante pruebas como testigos o inspecciones oculares en la zona donde habiten, y en el caso de los descendiente con la presentación del certificado de nacimiento. Otra forma que se podría utilizar para la comprobación de estas uniones, es acudir a las disposiciones de la vieja figura de la posesión notoria de estado, regulada en el Código Civil, en el artículo 596 en adelante, donde se tiene a esta figura como método supletorio de prueba cuando sea “necesario” o cuando se carezca de título o registro del estado.

- Ante el requisito del legislador de obligar a las partes a inscribir la unión de hecho estable en el Registro de las Personas, surge la interrogante: ¿qué problema existiría en caso que dicha unión no conste en el registro? Es claro, que mirándolo desde la errónea interpretación del legislador, dicho requisito es obligatorio en orden a la no compatibilidad entre unión de hecho estable y matrimonio, según el legislador el registro sería una forma fácil y ágil de comprobar si una persona está casada o forma parte de una unión de hecho estable, sin embargo, a como lo manifestamos anteriormente, no parece que obligar a las partes a inscribir la unión de hecho estable sea lo mejor. Por lo que si tomamos la propuesta del inciso anterior –creación de un sistema de consecuencias jurídicas- no habría problema alguno en que no se inscribiera este tipo de uniones en el

registro, pues el objetivo principal es brindarle seguridad jurídica tanto a las partes como a sus descendientes, y no obligarlos a cumplir una serie de formalidades y compromisos legales que en ningún momento forman partes de sus intereses.

- Ante todo lo expresado con anterioridad surgen otras interrogantes: ¿cumplirán con todos estos requisitos o formalidades legales las personas que se encuentran bajo una unión de hecho estable? ¿Cree el Estado que si hoy en día miles de parejas conviven y forman una familia al margen de toda vinculación conyugal, con estas disposiciones se verán animados a proceder en consecuencia? En orden a encontrar una respuesta consideramos que si el fin de una persona es no poseer compromiso legal nunca se preocuparía por inscribirlo o poseer una certificación del acta de existencia de la unión, por lo que el Estado no estaría cumpliendo el fin propuesto y resulta necesario crear formas más eficaces para su cumplimiento.
- Como última observación encontramos lo relacionado con la posibilidad de ir ante un notario a reconocer la unión de hecho estable, situación que sería criticable puesto que en nuestro sistema de *numerus apertus*, donde no existe límite alguno, podrían existir tantas uniones de hecho estable como protocolos existan, lo que llevaría a la posibilidad de reconocer diferentes uniones de hecho estable ante diferentes notarios. Es de nuestro parecer que el legislador quiso prever que se diera este inconveniente mediante la inscripción en el registro, en el cual únicamente una unión de hecho estable podría ser reconocida, no obstante ya mencionamos con anterioridad el desacuerdo con que este tipo de uniones tengan que ser inscritas en un Registro Público, como lo hacen en el caso del matrimonio.

CONCLUSIONES

- 1) Actualmente, en nuestro país, prima en las uniones de hecho estable la libertad de las partes de formar una unión que no les represente ningún tipo de compromiso legal, ya que en la mayoría de los casos estas personas no se encuentran incapacitadas para contraer matrimonio, sin embargo no lo contraen por no adquirir un compromiso legal. No obstante existen consecuencias jurídicas como lo son la filiación y sucesiones, que necesitan de protección por parte de una norma dispositiva en nuestro ordenamiento jurídico actual.
- 2) A pesar que desde el punto de vista social los precedentes de la unión hecho estable lo vemos reflejado en figuras romana como lo son el concubinato y el contubernio, figuras que por razones sociales o económicas no eran tratadas con el mismo esplendor que el matrimonio, y eran reconocidas socialmente como inferiores al matrimonio, no obstante, al analizar las características fundamentales del matrimonio romano y lo que hoy en día se conocen como uniones de hecho estable, podemos notar características similares entre ambas desde el punto de vista jurídico, que es el que tiene mayor importancia en nuestro estudio.
- 3) Con la figura de las uniones de hecho estable se está regresando a una romanización de conceptos, donde el legislador, hasta hoy en día, no ha puesto interés a asignarle a este tipo de uniones una categoría jurídica a pesar de sus notorias consecuencias jurídicas; por otro lado notamos la falta de solemnidades en la forma en estas uniones, no se necesita ni forma de publicidad determinada, ni celebración, ni redacción de un documento. Y por último, al momento de que dos personas deciden unirse y conformar una unión de hecho estable se tiene el objetivo de desarrollar una convivencia conyugal, desarrollando actos muy similares a lo de los

cónyuges, esa intención de ser marido y mujer, es el mismo elemento que en roma se conceptuaba como *afectio maritalis*, elemento fundamental que caracterizaba al matrimonio romano. Por lo que es claro que aunque socialmente no estemos hablando de lo mismo, jurídicamente son las mismas figuras.

- 4) El proyecto de familia a simple vista se materializaría la disposición de la Constitución Política e incorporaría una serie de cambios, que según el legislador irán en pro de las protección a las uniones objeto de este estudio investigativo, brindándole mayor seguridad jurídica a las partes, no obstante creemos que existen determinados aspectos que irían en contra de la esencia de las uniones de hecho estable, ejemplo de ello es el obligar a las partes a actuar de manera paralela al matrimonio al establecer como requisito para contar con amparo legal el inscribir en el Registro correspondiente la unión de hecho estable, y regulando dichas uniones conforme norma jurídica, convirtiéndose en uniones de derecho y forzando a los integrantes de dichas uniones a contraer un vínculo jurídico.

- 5) El legislador realiza una incorrecta interpretación de la Constitución Política al establecer, en el proyecto de Código de familia, que la unión de hecho estable y el matrimonio no son compatibles. Si bien en nuestro sistema se establece que en dichas uniones predomina la monogamia, consideramos que se trata de un problema social-moral, puesto que sí la Constitución no prohíbe la existencia paralela del matrimonio y la unión de hecho estable, esto significaría que una persona casada puede tener tantas uniones de hecho estable como le parezca, lo que desde el punto de vista social y sobre todo moral es inaceptable. Por lo que al considerar que el legislador realiza una mala interpretación constitucional en el Proyecto de Código de familia, no se intenta promover la poligamia, sino que nos estamos limitando a decirlo desde el punto de vista meramente jurídico, en base a lo que la norma establece.

- 6) La diferencia radical que actualmente existe entre matrimonio y uniones de hecho estable con la vigencia del dicho proyecto de código, desaparecería, radicando su diferenciación únicamente en el nombre y determinadas solemnidades.

- 7) Las ciertas disposiciones del proyecto de Código de familia limitaría la voluntad de los individuos al obligarlos a actuar de manera paralela al matrimonio y adquiriendo un vínculo jurídico con la otra persona, al obligarlos, para contar con protección legal, a inscribir sus uniones de hecho estable. El mismo término lo dice, uniones de hecho estable, al realizar la regulación que se le pretender dar, el término de hecho, desaparecerían y pasarían a ser uniones de derecho, desvinculando el objetivo inicial de este tipo de uniones con el concepto, pues el fin de las partes es no contraer ningún compromiso legal o vínculo jurídico con la otra parte, y este código pasaría a obligarlos a contraerlo, lo cual no creemos que sea lo más indicado para el buen desarrollo de los fines legales, como lo son brindar seguridad jurídica.

RECOMENDACIONES

- Resolver de raíz, y no de manera superficial, la problemática que gira alrededor de las uniones de hecho estable, para lo cual el legislador debería interesarse más por ello, creando disposiciones especiales para este tipo de uniones. Una idea podría ser en lugar de formar un cuerpo normativo unitario que regule este tipo de uniones, crear o modificar las leyes existentes en las que se regula directamente lo relacionado con las consecuencias jurídicas de estas uniones, que sería sucesiones y filiación principalmente, adecuando dichas normas a la realidad de las uniones de hecho estable.
- Que en lugar que exista una norma unitaria que regule las uniones de hecho estable, lo cual podría degenerar la naturaleza singular de este tipo de uniones, es recomendable la creación de un sistema de protección a las consecuencias jurídicas, es decir, que se regulen las consecuencias jurídicas de estas uniones en normas especiales relacionado directamente con ello, para lo cual se necesita, a como lo mencionamos en el planteamiento anterior, la creación o modificación de las disposiciones actuales, con el fin de adaptar la ley positiva nicaragüense con la situación que rodea las uniones de hecho estable.
- Incorporar las uniones de hecho estable a los tipos de estado civil de las personas con el fin de que únicamente se pruebe la existencia de dichas uniones cuando sea necesario o se necesite título de legitimación, puesto que, a como su nombre lo dice, por ser de hecho no se cuenta con un documento que respalde la existencia de dicha unión.

- Que en lugar de obligar a las partes de una unión de hecho estable a inscribir dicho vínculo en el Registro se cuente con la libertad probatoria que el Proyecto de Código de familia propone, entre estos medios probatorios encontramos la presentación de testigos, inspección ocular en el domicilio y certificados de partida de nacimiento de los descendientes para demostrar la existencia de esa unión. O bien, se acuda a las disposiciones de la figura de posesión notoria de estado, como medio de prueba.

LISTA DE REFERENCIAS

- Bossert G., & Zannoni E. (2008). *Manual de Derecho de Familia*. (6ª Ed.) Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Castan Tobeñas, J. (1976). *Derecho Civil Español, Común y Foral: Derecho de Familia, Relaciones Conyugales*. (T 5. V 1. 9ª Ed.). Madrid, España: Instituto Editorial Reus S. A.
- Cossio y Corral, A. (1988). *Matrimonio luego del canónico: Instituciones del derecho civil, derecho reales y derecho hipotecario, derecho de familia y derecho de sucesiones*. (1ª Ed. T. 2.) Madrid: editorial civitas S.A.
- Díez, L. & Gullón, A. (1990). *Sistema de derecho civil: Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones*. (5ª Ed. V 4) Madrid: editorial TECNOS S. A.
- Díez, L. & Gullón, A. (2004). *Sistema de Derecho Civil: Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*. (V 4. 9ª Ed.). Madrid: Editorial Tecnos Grupo Anaya, S. A.
- Espín Cánovas, D. (1982). *Manual de Derecho Civil Español: Familia*. (V 4. 7ª Ed.) Editorial Revista de derecho privado, editoriales de derecho reunidas, Madrid (deberes personales del matrimonio).

Guzmán García, J. (2005). *Apuntes de Derecho Civil: Derecho de Obligaciones*.
Nicaragua: Facultad de Ciencias Jurídicas UCA.

Guzmán García, J. (2005). *Derecho Romano*. Facultad de Ciencias Jurídicas UCA.

Guzmán García, J. (2007). *Apuntes de la clase de Derecho de Personas de la
Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana*.
Managua: No publicado.

Guzmán García, J. (2009). *Apuntes de la clase de Derecho de Familia de la
Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana*
Managua: No publicado.

Guzmán García, J. (2010). *Apuntes de la clase de Derecho de Familia de la
Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana*.
Managua: No publicado.

Iglesias, J. (1972). *Derecho Romano: Instituciones de Derecho Privado*. (6ª Ed.)
Barcelona: Editorial Ariel.

Lacruz Berdejo, J. (1997). *Elementos de Derecho Civil IV: Derecho de Familia* (4ª
Ed.) Barcelona: Bosch.

Meza Barros, R. (1989). *Manual de Derecho de la Familia*. (2ª Ed. T. 1) Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Meza Gutierrez, A. (1997). *Personas y Familia*. Managua: BITECSA.

Morineau, M., & Iglesias, R. (1998). *Derecho romano*. (4ª Ed.) México: OXFORD University Press.

Rivera Madriz, M. L. (2010). Análisis comparativo de la unión de hecho en los países centroamericanos. Tesis de Derecho no publicada, Universidad Centroamericana. Nicaragua.

Santos Briz, J. (2003). *Tratado de Derecho civil: Teoría y Práctica*. (T. 5) Barcelona: Editorial Bosch.

Constitución Política de la República de Nicaragua. Asamblea Nacional Constituyente de Nicaragua (2009). (3ª Ed.) Managua: Hispamer.

Código Civil de la República de Nicaragua. (2007) (2ª Ed.) Managua: Grupo Editorial Acento S. A.

Ley N° 143: Ley de alimentos publicada en la Gaceta Diario Oficial N° 57 del 24 de marzo de 1992.

Decreto N° 862: Ley de Adopción publicada en la Gaceta Diario Oficial No. 259 del 14 de noviembre de 1981.

Ley 614: Ley de reforma y Adición al Decreto No. 862: Ley de Adopción, publicada en la Gaceta Diario Oficial No. 77 del 25 de Abril del 2007.

Nicaragua Seguridad Social: Leyes de Seguridad Social vigentes y suspensas (Decreto N° 974 y Ley N° 539) (5ª Ed.) Managua: Editorial Jurídica Ley de seguridad social (2007).

Nicaragua Asamblea Nacional, Ley N° 185: Código del trabajo y Legislación Complementaria (4ª Ed.) Managua: Jurídica (2008).

Nicaragua Asamblea Nacional. Ley N° 641: Código Penal de la República de Nicaragua. Managua: Editorial Helios (2008).

Nicaragua Asamblea Nacional. Código Procesal Penal de la República de Nicaragua (Ley N° 406) Managua: Imprima Tur (2003).

Nicaragua Asamblea Nacional. Leyes de Banco. Ley N° 561: Ley General de Bancos, Instituciones Financieras No Bancarias y Grupos Financieros. Managua: Bitecsa (2003).

Proyecto de Código de Familia de la República de Nicaragua (2011).