**FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TESIS Y TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN, PARA A OPTAR GRADOS ACADÉMICOS Y TÍTULOS PROFESIONALES EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL DIGITAL - UNASAM**

Conforme al Reglamento del Repositorio Nacional de Trabajos de Investigación – RENATI.
Resolución del Consejo Directivo de SUNEDU Nº 033-2016-SUNEDU/CD

**1. Datos del Autor:**

Apellidos y Nombres: MANRIQUE GAMARRA KARINA YENNY

Código de alumno: 2009.0030.N.AG Teléfono: 943485749

Correo electrónico: kayemg@hotmail.com DNI o Extranjería: 31658236

**2. Modalidad de trabajo de investigación:**

( ) Trabajo de investigación ( ) Trabajo académico

( ) Trabajo de suficiencia profesional ( x ) Tesis

**3. Título profesional o grado académico:**

( ) Bachiller ( ) Título ( ) Segunda especialidad

( ) Licenciado ( ) Magister ( x ) Doctor

**4. Título del trabajo de investigación:**

RECONOCIMIENTO DE LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD EN LA UNIÓN DE HECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

**5. Facultad de:**.....

**6. Escuela, Carrera o Programa:** Doctorado en Derecho y Ciencias Políticas

**7. Asesor:**

Apellidos y Nombres: ROBLES TREJO LUIS WILFREDO Teléfono: 943631567

Correo electrónico: llroble@hotmail.com DNI o Extranjería: 31658643

A través de este medio autorizo a la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, publicar el trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional Digital, Repositorio Nacional Digital de Acceso Libre (ALICIA) y el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI).

Asimismo, por la presente dejo constancia que los documentos entregados a la UNASAM, versión impresa y digital, son las versiones finales del trabajo sustentado y aprobado por el jurado y son de autoría del suscrito en estricto respeto de la legislación en materia de propiedad intelectual.

**Firma:** ……..

**D.N.I.:** **31658236**

**FECHA:** **17/01/2019**

# UNIVERSIDAD NACIONAL
# "SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO"

## ESCUELA DE POSTGRADO

# RECONOCIMIENTO DE LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD EN LA UNIÓN DE HECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

Tesis para optar el grado de doctor en
Derecho

**KARINA YENNY MANRIQUE GAMARRA**

**Asesor: Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO**

Huaraz – Ancash – Perú

2018

Nº. Registro: TE0042

**MIEMBROS DEL JURADO**

*Doctor* Elmer Robles Blacido Presidente

_____

*Doctor* Felix Julca Guerrero Secretario

_____

*Doctor* Luis Wilfredo Robles Trejo Vocal

_____

**ASESOR**

***Doctor***Luis Wilfredo Robles Trejo

## AGRADECIMIENTO

- A Dios por bendecirme para llegar hasta donde he llegado, porque hizo realidad este sueño.
- A la Escuela de Postgrado de la UNASAM por darme la oportunidad de concretar un anhelo personal y profesional.
- A los docentes de la EPG-UNASAM por sus enseñanzas y conocimientos compartidos.
- A mi asesor de Tesis, por la rectitud en su práctica docente, por sus consejos y dirección, que me ayudaron a formarme como persona e investigadora.
- A mis amados padres e hijas, por su constante aliento, comprensión y apoyo.

A mi familia, sin cuyo apoyo, colaboración, paciencia y cariño me habría sido imposible llevar acabo esta dura empresa. A mi Madre, por su apoyo, consejos, comprensión, amor, ayuda en los momentos difíciles: por ella soy lo quien soy. A mi padre por su cariño y constante aliento. A mis amadas hijas por su comprensión, por el tiempo empleado en el estudio e investigación.

# ÍNDICE

**Página**

Resumen ..... viii

Abstract ..... ix

I. INTRODUCCIÓN ..... 1

1.1. Objetivos ..... 4

1.2. Hipótesis ..... 5

1.3. Variables ..... 5

II. MARCO TEÓRICO ..... 6

2.1. Antecedentes ..... 6

2.2. Bases teóricas ..... 11

2.2.1. Bases filosóficas y epistemológicas del problema ..... 11

2.2.2. La familia ..... 43

2.2.3. La unión de hecho ..... 63

2.2.4. La constitucionalización del derecho privado familiar a partir de instrumentos internacionales ..... 82

2.2.5. Presunción de paternidad ..... 94

2.3. Definición de términos ..... 102

III. METODOLOGÍA ..... 107

3.1. Tipo y diseño de investigación ..... 107

3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico ..... 108

- Población ..... 109

- Muestra ..... 110

3.3. Instrumentos(s) de recolección de la información ..... 110

3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información .....112

IV. RESULTADOS .....114

V. DISCUSIÓN .....128

VI. CONCLUSIONES .....179

VII. RECOMENDACIONES .....181

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....185

ANEXO .....203

## RESUMEN

La presente investigación tiene por finalidaddeterminar los fundamentos jurídicos para el reconocimiento de la presunción de paternidad en la unión de hecho en el ordenamiento jurídico peruano. En este sentido se realizó una investigación jurídica de tipo dogmático y por su naturaleza es cualitativa. Se empleó la técnica documental, la del análisis de contenido, la teoría de triangulación y la argumentación jurídica. Se obtuvo como resultadoque nuestro ordenamiento jurídico civil presenta vacíos normativos en la regulación de la presunción de paternidad en la unión de hecho; quedando en desprotección e indefensión, por ello había que acudir a los principios constitucionales. Finalmente, la investigación justificó que la igualdad, la integridad, el interés superior del niño y la protección de la familia constituyen los fundamentos jurídicos para el reconocimiento de la presunción de paternidad en la unión de hecho en el ámbito del ordenamiento jurídico peruano, por lo que al estar regulada la presunción de paternidad como la que existe en la familias matrimoniales debería tenerse en cuenta la dinámica familiar y el estado de familiapara determinar la filiación de los hijos de los concubinos.



**Palabras clave:** Constitución, principios, presunción de paternidad, unión de hecho,ordenamiento jurídico peruano.

## ABSTRACT

The purpose of the present investigation was to determine the legal bases for the recognition of the presumption of paternity in the de facto union in the Peruvian legal system; for which a dogmatic legal research was carried out and due to its qualitative nature; the documentary technique, content analysis, theory of triangulation of theories and legal argumentation were used. The result was that our civil legal system has normative gaps in the regulation of the presumption of paternity in the de facto union, leaving it unprotected and defenseless, for that reason it was necessary to resort to constitutional principles. Finally, the investigation justified that the equality, the integrity, the best interests of the child and the protection of the family constitute the legal foundations for the recognition of the presumption of paternity in the de facto union in the Peruvian legal system, so that the the presumption of paternity as that which exists in matrimonial families is regulated; The family dynamics and family status should be taken into account to determine the sonship of the children of the concubines.



**Key words:** Constitution, Principles, Presumption of paternity, fact unión, peruvianlegalorder.

# I. INTRODUCCIÓN

El trabajo de investigación presenta como objetivo el determinar los fundamentos jurídicos para el reconocimiento de la presunción de paternidad en la unión de hecho en nuestro ordenamiento jurídico, ello considerando el tratamiento doctrinario y jurisprudencial.

La presente investigación fijó su punto de partida en el hecho fáctico de que en nuestra sociedad cada vez es mayor el número de parejas convivientes , y el legislador no está respondiendo a esta realidad.

En el ordenamiento jurídico peruano, la determinación de la maternidad o establecimiento de la filiación maternacasi nunca ha sido motivo de conflicto ante los órganos judiciales, debido a que esta se fundamenta en un hecho real, cierto y objetivo –es decir incuestionable– como lo es el parto. Salvo en los casos en que se puedan destruir los dos elementos o pilares en los que se estructura la maternidad: que se pruebe que hubo falso parto o suplantación del hijo, o sea, que no exista identidad entre el hijo que aparece como tal y el que verdaderamente fue producto del parto.

En relación a la filiación paterna no ocurre así. En este suceso que se remonta a la época del derecho romano, siempre se ha soportado en una presunción, hasta hace poco legal; lo relevante de esta concepción jurídica es que la presunción es una figura que se aplica única y exclusivamente a la descendencia legítima, mas no a los hijos extramatrimoniales, nien las uniones de hecho.

El tipo de investigación corresponde a la denominada investigación jurídica dogmática. En esta dimensión se estudió las teorías para explicar por qué no se aplica la presunción de paternidad en la unión de hecho como sí se aplica en el matrimonio. Así mismo, se analizaronlos problemas que se generan como consecuencia de la falta de reconocimiento y aplicación de la presunción de paternidad en las uniones de hecho, para lo cual no se realizó un trabajo estadístico, sino más bien se tomó en cuenta resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema y algunas emitidas en el Distrito Judicial de Ancash.

En ese sentido, el trabajo de investigación se encuentra estructurado, de la siguiente manera:

**La introducción** que explica la importancia de la investigación y algunos elementos de la parte metodológica, como los objetivos de investigación, tanto a nivel general como específicos. Se incluye también la hipótesis de investigación ,que sirvió de guía y orientación en la investigación, y las variables que permitieron recolectar una serie de datos.

Luego se desarrolla el **marco teórico** el cualcomprede el estudio de los antecedentes de la investigación y las bases teóricas jurídicas que justificaron el problema de investigación y por otro lado sustentany justificanel trabajo de investigación, enfocados en los fundamentos teóricos doctrinales. En ese sentido, se han desarrollados los fundamentos teóricos doctrinales sobre los principales institutos jurídicos vinculados a nuestro problema de investigación: la familia, el matrimonio, la presunción de paternidad y la unión de hecho.

También engloba el desarrollo de la **metodología**, que involucró el tipo y diseño de investigación, el plan de recolección de la información y diseño estadístico, los instrumentos de recolección de la información, el plan de procesamiento y análisis de la información y datos obtenidos en el trabajo de investigación. En todo este proceso se empleó los métodos y técnicas de la investigación cualitativa y dogmática jurídica, por ende, los resultados se evidencian en esa línea:por la naturaleza de la investigación relacionados a las aspectos doctrinales, normativos y jurisprudenciales, y determinando las posiciones dogmáticas sobre el problema.

Luego se procedió a la **discusión**, la cual consistió en analizar los alcances y limitaciones de la regulación normativa y la posición de la jurisprudencia al respecto. Esto para luego determinar a través de una apreciación crítica, los cuestionamientos a las bases teóricas, los problemas en la aplicación, los criterios y razonamientos jurídicos yla validez de las teorías.Finalmente se incluyen las conclusiones alas que se han arribado, las recomendaciones del caso, y las referencias bibliográficas citadas y consultadas en el proceso de investigación.

Finalmente, conforme al esquema requerido por la Escuela de Postgrado de la UNASAM, en este apartado se incluyen los objetivos de investigación, tanto a nivel general como específicos; a la par de las hipótesis de investigación, que sirvió de guía en la investigación y las variables que permitirán recolectar una serie de datos para el proceso de validación de la hipótesis. Se consideró necesario previamente formular los problemas de investigación como punto inicial de la investigación siendo los siguientes:

**Problema general:**

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para el reconocimiento de la presunción de paternidad en la unión de hecho en el ordenamiento jurídico peruano?

**Problemas específicos:**

1. ¿Qué relación existe entre la falta de aplicación de la presunción de paternidad y la unión de hecho en nuestro ordenamiento jurídico en la actualidad?
2. ¿Cuál es el tratamiento jurídico que se otorga a la figura de la presunción de paternidad en relación a la unión de hecho en nuestro ordenamiento jurídico en la actualidad?
3. ¿Qué cambios normativos se deben de realizar para el reconocimiento de la presunción de paternidad en la unión de hecho en el ordenamiento jurídico peruano?

## 1.1. Objetivos

**Objetivo general**

Determinar los fundamentos jurídicos para el reconocimiento de la presunción de paternidad en la unión de hecho en el ordenamiento jurídico peruano.

**Objetivos específicos**

a) Explicar la relación existente entre la falta de aplicación de la presunción de paternidad y la unión de hecho en nuestro ordenamiento jurídico.
b) Analizar el tratamiento jurídico de la figura de la presunción de paternidad en la unión de hecho en nuestro ordenamiento jurídico.

c) Proponer posibles reformas en nuestra Constitución Política del Estado y en el Código Civil, para tratar de darle protección a la familia convivencial.

## 1.2. Formulación de hipótesis[1]

Los principios constitucionales a la igualdad, dignidad humana, la identidad, el interés superior del niño y la protección de la familia constituyen los fundamentos jurídicos para el reconocimiento de la presunción de paternidad en la unión de hecho en el ordenamiento jurídico peruano.

## 1.3.Variables

**Variable Independiente**:

Principios constitucionales como fundamentos jurídicos

**Indicadores:** doctrina, legislación, jurisprudencia

**Variable Dependiente:**

Reconocimiento de la presunción de paternidad en la unión de hecho

**Indicadores:** doctrina, legislación, jurisprudencia

[1]RAMIREZ ERAZO, Ramón. (2010). *Proyecto de investigación / Cómo se hace una tesis*, UNMSM, Lima, p. 470. Por lo tanto, las hipótesis en las investigaciones dogmáticas o teóricas son "opcionales", y si se plantean son solo descriptivas, como el que se ha planteado en el proyecto en el punto 2.5. constituyendo una hipótesis de trabajo, que nos servirá de guía en la investigación, los elementos de variables, unidad de análisis y conectores lógicos son propias de la hipótesis correlacionales, de causalidad o de diferencia de grupos que se plantean en investigaciones cuantitativas o jurídicas sociales, planteamientos tomados de ZELAYARAN DURAND, Mauro (2007). *Metodología de la investigación jurídica*, Ediciones Jurídicas, Lima, pp. 239 y ss., quien plantea al respecto que: "… que no en todas las hipótesis descriptivas se formulan una estructura de variables… siendo simplemente enunciativas, descriptivas, predictivas".

# II. MARCO TEÓRICO

## 2.1. Antecedentes

**Rocío del Pilar Vargas Morales (2011)[2].** "El Derecho a la identidad del hijo como objeto de protección de la presunción pater is est. Alcances, límites y necesidad de cambio en el código civil de 1984". Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial Unidad de Post-Grado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima. La presente investigación tiene por objeto analizar la presunción "pater is est", como institución del derecho de familia, a la luz de los principios constitucionales del ordenamiento jurídico peruano que influyen en todo el sistema sobre la base del principio de jerarquía. En efecto, partimos de la idea de que el ordenamiento jurídico se ha constitucionalizado y en ese sentido, algunas instituciones han transformado sus contenidos con el objeto de adecuarse a los principios constitucionales propios de un Estado Constitucional de Derecho, y más en específico a los contenidos en la Constitución de 1993. En concreto, la presunción *pater is est* y su contenido clásico o tradicional se contrastarán con el contenido constitucional del concepto de familia, los roles de los cónyuges, los deberes que se derivan del matrimonio, los derechos del niño, el principio de unidad de la filiación y el de igualdad y no discriminación. Teniendo en cuenta todo lo anterior, si bien mi posición es crítica con el objeto de protección histórico de la presunción *pater is est*, considero que la misma debe mantenerse vigente en la medida en que su contenido ha evolucionado y vista desde la perspectiva *pro personae* o la del

[2] Disponible en: cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/cybertesis/1194

interés superior del niño resulta útil para proteger los derechos de estos. Así, opino que la presunción de paternidad matrimonial, cuyos presupuestos siguen siendo el deber de cohabitación y fidelidad en el matrimonio, tiene como finalidad la protección del derecho a la identidad.

**Danny Wilson Celis Guerrero (2016)[3].** "Propuesta para proteger los bienes inmuebles de la unión de hecho impropia en el Perú". Tesis para optar el grado académico de maestro en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial. Escuela de post grado de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo. La Unión de Hecho Impropia ha tenido problemas de índole legal toda vez que el Estado Peruano ni su registro de la unión concubinaria impropia, ni su registro de los bienes patrimoniales (bienes inmuebles), ha generado perjuicio sobre todo en lo económico y lo moral en la Unión de Hecho Impropia. Se ha hecho uso de la técnica de recolección de datos y el análisis documental en la población de Hecho Impropia.

**María Soledad Fernández Revoredo (2014).[4]** "La igualdad y no discriminación y su aplicación en la regulación del matrimonio y las uniones de hecho en el Perú". Tesis para optar por el grado académico de magister en Derecho con mención en Derecho Constitucional. Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. La Constitución de 1993 contiene un concepto abierto de familia. En relación a esta, no es posible derivar del texto constitucional un modelo único. Así lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional. En ese sentido el mandato de proteger a la familia, que se traduce en una dimensión

[3] Disponible en: docplayer.es/65667401-Universidad-nacional-de-trujillo-tesis.html
[4] Disponible en: tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/5510

institucional y personal, asegurando el reconocimiento de los derechos individuales de sus miembros está dirigido a la diversidad de formas familiares. - El mandato de promoción del matrimonio que la Constitución contiene, está orientado a que el Estado desarrolle políticas públicas para facilitar el acceso a la formalización, a través de la celebración del matrimonio civil, de las uniones de hecho. - Las disposiciones constitucionales que se refieren al matrimonio y a la unión de hecho deben ser leídas a la luz de los principios de dignidad, autonomía e igualdad, por tanto para afirmar que dichas formas familiares tienen como elemento intrínseco a la heterosexualidad, se debe justificar una razón lo suficientemente poderosa para derrotar a la igualdad. Ello constituye la forma de trabajar con el Derecho bajo el Estado Constitucional.

**Guerra Zerpa, Raquel Corina (2015)**[5]. "La responsabilidad civil como consecuencia del no reconocimiento voluntario de paternidad extramatrimonial en Huancavelica- 2014". Tesis para optar el título profesional de abogado. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Nacional de Huancavelica. La presente investigación titulada "La Responsabilidad Civil como consecuencia del No Reconocimiento Voluntario de Paternidad Extramatrimonial, en Huancavelica - 2014", asume como objetivo principal determinar si el no reconocimiento voluntario de paternidad extramatrimonial genera responsabilidad civil, en el distrito de Huancavelica- 2014. Los Resultados fueron que el valor de la estadística de prueba de r de Pearson tiene un valor de 0,374 con un valor probabilístico (Sig.) asociado a ella de 0,104 (10,4%). Comparando este valor con el nivel de

[5] Disponible en: repositorio.unh.edu.pe/handle/UNH/646

significancia asumida de 0,05 (5%); se determina que es mayor (0, 104 > 0,05), por lo que se acepta la hipótesis de investigación (Hi). Así mismo la correlación entre las variables de estudio es alta con un valor de 0.374. Con este resultado se concluye que: "El no reconocimiento voluntario de la paternidad extramatrimonial, si genera responsabilidad civil, en el distrito de Huancavelica- 2014". Finalmente los resultados precisan que el no reconocimiento voluntario de la paternidad extramatrimonial, si generó responsabilidad civil, en el distrito de Huancavelica, en el año 2014, con lo cual se confirma la hipótesis de la investigación.

**Ivonn Janet Sullon Silupu (2015)[6].** "Análisis de la aplicación de la presunción pater is est y su afectación al derecho a la identidad del hijo que no es del marido de la mujer casada". Tesis para optar el título profesional de abogado. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Nacional de Piura. En el presente trabajo se analiza la problemática de la afectación del Derecho a la Identidad del hijo que no es del cónyuge de la mujer casada por la aplicación de la presunción Pater Is Est, atendiendo este fenómeno desde el punto de vista constitucional, legal y jurisprudencial. En nuestro trabajo se pone énfasis en la búsqueda la eliminación del plazo de impugnación de paternidad matrimonial y el establecimiento del plazo de desafíos para que deje de regir la presunción Pater Is Est existiendo aún el vinculo matrimonial, para que no se afecte el Derecho a la Identidad del hijo que no es del marido de la mujer casada.

[6] Disponible en: docplayer.es/63299259-Universidad-nacional-de-piura.html

**Gabriela Katherine Bravo Cuayla (2016)[7].** "Regulación de la impugnación de paternidad matrimonial: vulneración del principio del interés superior del niño y propuesta de modificación normativa". Tesis para optar el título profesional de abogado. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Nacional del Altiplano. La legislación civil peruana, en lo pertinente a la regulación de la impugnación de la paternidad determinada por el matrimonio, establece una serie de postulados que evidencian una no adecuación de los mismos a los mandatos de la Convención sobre los Derechos del Niño, en relación a los fines de resguardar cabalmente el pleno respeto al interés superior del niño, advirtiéndose fallas de precisión y previsión de la norma en cuanto a los supuestos de procedencia e improcedencia de la acción, sujetos legitimación para obrar y plazos de caducidad establecidos, conforme a las circunstancias que derivan de la colisión entre la verdad biológica y la verdad social del niño centrada en la posesión de estado; aspectos que deben tratarse asegurando la vigencia del principio del interés superior del niño. La presente investigación tiene como objetivo determinar si la actual regulación del Código Civil en materia de impugnación de la paternidad matrimonial es adecuada para garantizar el respeto del principio del interés superior del niño; a fin de lograr su consecución se hará uso del enfoque cualitativo, del método dogmático, y la técnica de análisis de contenido. La identificación de los defectos en la regulación actual sobre impugnación de paternidad permitirá efectuar una propuesta coherente con los principios establecidos por la Convención sobre derechos del niño.

[7] Disponible en: http://repositorio.unap.edu.pe/bitstream/handle/UNAP/3624/Bravo_Cuayla_Gabriela_Katherine.pdf?sequence=1

## 2.2. Bases teóricas

### 2.2.1. Bases filosóficas y epistemológicas de la investigación

La investigación encuentra su justificación filosófica y etimológica en dos paradigmas[8] jurídicos:el "Neoconstitucionalismo"[9]y la "Hermenéutica jurídica"[10].

#### 2.2.1.1. El neoconstitucionalismo como nuevo paradigma jurídico

##### 2.2.1.1.1. Generalidades

No cabe duda que la incorporación de la noción de paradigma en el ámbito de la ciencia ha generado un verdadero impacto en las concepciones del mundo de las denominadas ciencias sociales, y en especial del Derecho. La visión paradigmática de las disciplinas sociales ha estimulado la visión crítica de nuestras instituciones, de tal forma que ahora se puede afirmar que su característica fundamental es la naturaleza paradigmática. En el caso del Derecho se puede hablar de paradigmas desde el punto de vista general cuando son concepciones compartidas por toda una comunidad de juristas, y paradigmas desde el punto de vista especial cuando se trata de modelos aplicables a campos concretos de la actividad jurídica.

---

[8] Thomas Kuhn, entiende como "una sólida red de compromisos-conceptuales, teóricos, instrumentales y metafísicos" que proporcionan una serie de modelos de los cuales surgen tradiciones especialmente coherentes de investigación "; se refiere al paradigma como "realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica" Ver: KUHN, Thomas (1996). *La Estructura de las Revoluciones Científicas*. Fondo de Cultura Económica, Bogotá, p. 13.

[9]Ver: CARBONELL, Miguel (2009). *Neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, Madrid.

[10]Cfr. HERNÁNDEZ, Carlos Arturo y RODRIGO MAZABEL; Moisés (2010). *Hermenéutica jurídica e interpretación constitucional*. Editorial ARA, Lima.

En ese sentido, el paradigma puede ser definido como un canon general o específico, un arquetipo que cuenta con el respaldo de los juristas de una época, y que cambia de acuerdo a los contextos históricos, así se tiene viejos y nuevos paradigmas[11].

En ese sentido, hoy el debate jurídico ya no gira en torno a los dos viejos paradigmas jurídicos como son el iusnaturalismo y iuspositivismo, sino que tal como lo afirma Molina-Ochoa, Andrés: "No es exagerado afirmar que el debate entre iusnaturalistas y positivistas ha sido fundamental en el desarrollo de la teoría jurídica analítica. No obstante, en la actualidad, los acuerdos a los cuales han llegado ambas escuelas hacen que los puntos de discordia sean irrelevantes para la mayoría de problemas que la teoría jurídica aborda o pretende resolver. De hecho, más que una discusión sobre lo que es el derecho, hoy el debate entre positivistas y iusnaturalistas es sólo un capítulo menor de la compleja discusión acerca de la metodología que deben tener las ciencias sociales"[12]

El Neoconstitucionalismo alude a una nueva visión del Estado de derecho que parte del constitucionalismo, cuya característica primordial es la primacía de la constitución sobre las demás normas jurídicas y que vienen hacer la

[11] ANDRADE, Neilem (2016) *"Paradigma Jurídico y Científico"* Disponible en: https://issuu.com/neilemandrade14/docs/paradigma.

[12] MOLINA-OCHOA, Andrés (2009): *"La Intrascendencia del debate entre positivismo y iusnaturalismo: Las normas de ius cogens".* En: Revista Estudios Socio-Jurídicos, vol. 11, núm. 2, julio-diciembre. Universidad del Rosario, Bogotá, p. 230. Disponible en: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73313667008

distinción entre reglas como normas legalistas y principios como normas constitucionales[13].

El neoconstitucionalismo a grandes rasgos propone la noción de Constitución como un orden valorativo que incide en la conexión necesaria entre derecho y moral. Dicha conexión conlleva a una forma especial de interpretar el texto constitucional por medio de la ponderación, configurando el segundo eje del neoconstitucionalismo[14]. Por último, formula la distinción entre principios y normas, base para la aplicación de la ponderación. No obstante estos aspectos no son los únicos que tendría el neoconstitucionalismo. De hecho, el término puede ser utilizado para hablar del constitucionalismo en general, del sistema de fuentes o incluso de ciertas similitudes con el positivismo[15].

Por otro lado, consideramos que la definición más óptima de neoconstitucionalismo, a nuestro juicio, la brinda, entre varios autores, Luis Prieto Sanchís[16], para quien esta novísima expresión del tradicional Estado constitucional, implica, vía el Estado neoconstitucional, "un cierto tipo de Estado de derecho, (…) una teoría del derecho (…) y una ideología que justifica o defiende la fórmula política designada". En cuanto a concebirlo como un

[13]BARRANCO AVILES, María del Carmen (2011). *Constitucionalismo y función judicial*, Editorial Grijley, Lima, p. 33.
[14] POZZOLO, Susanna (2011). *"Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo"*. En: POZZOLO, Susanna (editor). *Neoconstitucionalismo, Derechos y derechos*. Editorial Palestra, Lima, pp. 13-14.
[15] COMANDUCCI, Paolo (2005). *"Formas de neo(constitucionalismo): Un análisis metateórico"*. En: Neoconstitucionalismo. Editorial Trotta, Madrid, pp. 75-98.
[16]PRIETO SANCHIS, Luis (2001). *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial.* Publicado en anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2001, p. 45.

Estado de derecho, señala el autor español[17] que "es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales: la tradición norteamericana originaria que concibe a la Constitución como regla de juego de la competencia social y política; y la de la revolución francesa, que concibe a la Constitución como un proyecto político bastante bien articulado". Para nuestro dilecto profesor de la Universidad de la Mancha, el neoconstitucionalismo reúne elementos de las dos tradiciones: de un fuerte contenido normativo y de garantías jurisdiccionales. Entonces solemos hablar de "constituciones normativas garantizadas".

En ese sentido, el Neoconstitucionalismo alude a una nueva visión del Estado de derecho que parte del constitucionalismo, cuya característica primordial es la primacía de la constitución sobre las demás normas jurídicas y que vienen hacer la distinción entre reglas como normas legalistas y principios como normas constitucionales[18].

Al respecto conviene poner de manifiesto cuál es el trasfondo del asunto, cuestión que de inmediato abordaremos. Las objeciones que se hacen al neoconstitucionalismo inciden principalmente en su concepción de Constitución, pues esta debería obedecer solo a lo que sus términos y enunciados propugnan. En segundo término, utilizar la ponderación para interpretar los derechos fundamentales deviene en irracional, por ello es aconsejable fundamentar la aplicación de los derechos fundamentales a través

[17]Ibídem
[18]BARRANCO AVILES, María del Carmen (2011). *Constitucionalismo y función judicial*, Editorial Grijley, Lima, p. 33.

de la subsunción con lo que no sería necesaria ni útil la distinción entre principios y normas[19].

Sin embargo, cabe acotar que dichas críticas positivistas pueden ser trasladadas al iusnaturalismo. A nuestro entender, las críticas al neoconstitucionalismo tienen como trasfondo el siempre latente debate entre iusnaturalismo y positivismo. En efecto, lo que se debate es la separación conceptual entre el Derecho y otros elementos que le resulten extraños, la primera consecuencia de esto es la perspectiva de Constitución que se maneje. Aunado a ello, se encuentra el concepto de derechos fundamentales y la aplicación de ellos por los operadores jurídicos. De ahí que la disputa se traslade a su aplicación a través de la ponderación (de tendencia claramente iusnaturalista) o la subsunción (propugnado por los positivistas)[20].

Desde esta perspectiva, consideramos que antes de abordar una concepción de neoconstitucionalismo, se debería poner sobre el tapete tanto las posturas iusnaturalistas como positivistas, debate, que, dicho sea de paso, no ha terminado[21]. Pese a lo anteriormente expuesto, cabe preguntarse si nuestro país ha recepcionado el neoconstitucionalismo y si es así en qué medida lo ha hecho a efectos de verificar sus consecuencias prácticas.

---

[19] GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2007). *"Elementos y pretextos. Elementos de crítica delneoconstitucionalismo"*. En: CARBONELL, Miguel. Teoría del neoconstitucionalismo. Editorial Trotta, Madrid, pp. 237-264.

[20] Para un breve recorrido por las principales ideas del positivismo jurídico: ESCUDEROALDAY, Rafael (2010). *"De la constitucionalización a la indeterminación. Retos y desafíos delpositivismo jurídico"*. En: Anales de la cátedra Francisco Suárez. Universidad deGranada, Nº 44, Granada, p. 395-415.

[21] Una de las últimas defensas del positivismo la podemos encontrar en: SHAPIRO, Scott (2011).*Legality*. Cambridge, Harvard University Press, pp. 472.

Al respecto, Carbonell[22] sugiere tres niveles de análisis: El primero está enmarcado en los textos constitucionales y su contenido valorativo, en nuestro caso la Constitución de 1993; en segundo orden, la práctica jurisprudencial que hacen los operadores jurídicos, para nosotros especialmente el Tribunal Constitucional; por último, los desarrollos teóricos que se hace desde la doctrina[23].

Finalmente, podríamos manifestar que el término neoconstitucionalismo ha sido utilizado como un cajón de sastre para referirse al constitucionalismo contemporáneo (de la segunda posguerra), donde convergen ideas de diversos autores incompatibles entre sí, unos iusnaturalistas otros positivistas. En consecuencia adoptar una postura sobre neoconstitucionalismo resulta complejo, ante tantas divergencias se desaconseja su uso[24].

**2.2.1.1.2. Principales aspectos del neoconstitucionalismo**

Paolo Comanducci expresa al respecto que (…) a fin de evitar ambigüedades en el análisis que me propongo cumplir, el doble significado vehiculado por los términos "constitucionalismo" y "neoconstitucionalismo". Designan, en una primera acepción, una teoría , una ideología y un método de análisis del derecho. En una segunda acepción, designan en cambio algunos elementos

[22] CARBONELL, Miguel (2010). *"El neoconstitucionalismo: Significado y niveles de análisis"*. En:CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (editores). *El canon neoconstitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 159-171.
[23] Sobre los desarrollos doctrinarios puede consultarse: SOSA SACIO, Juan Manuel (2009). *"Nuestrosneoconstitucionalismos"*. En: Pautas para interpretar la Constitución y los derechosfundamentales. Gaceta Jurídica, Lima, pp. 5-26.
[24] BERNAL PULIDO, Carlos (2009). *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 92.

estructurales de un sistema jurídico y político, que son descritos y explicados por el neoconstitucionalismo como teoría, o que satisfacen los requisitos del neoconstitucionalismo como ideología. En esta segunda acepción, "constitucionalismo" y "neoconstitucionalismo" designan un modelo constitucional, o sea el conjunto de mecanismos normativos e institucionales, realizados en un sistema jurídico-político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y protegen los derechos fundamentales"[25].

En consecuencia, para ubicar los aspectos del neoconstitucionalismo, debemos tener en cuenta lo expresado precedentemente por Paolo Comanducci, quien identifica dos aspectos fundamentales del mismo:

A.- Como conocimiento, el neoconstitucionalismo puede analizarse en tanto que teoría y metodología también comprende un aspecto ideológico. Presupone de forma normativa como debe ser el modelo constitucional.

B.- Como práctica constitucional, refleja el funcionamiento de unos sistemas jurídico políticos que satisfacen en mayor o menor medida, es decir, de forma relativa las descripciones del neoconstitucionalismo como teoría y sus requisitos como ideología.Es el análisis crítico de una práctica que realiza parcialmente el modelo neoconstitucional.

Como teoría del derecho, el neoconstitucionalismo aspira a describir los logros de la constitucionalización del orden jurídico. Para ello reconstruye un

[25] COMANDUCCI, Paolo (2009): "*Formas de (neo)constitucionalismo: Un análisis metateórico"*. En: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s), Editorial Trotta, Madrid, p.75.

modelo de sistema jurídico resultante de la profundización de dicho proceso de constitucionalización, es decir, de regulación y racionalización jurídica del poder político, social y la administración estatal caracterizado por las siguientes notas distintivas[26]:

**a. La constitución dirigente e "invasora".** La constitución es la fuerza de imperatividad normativa, el conjunto de normas supremas de conducta dirigidas a los órganos de poder del estado (competencias) y a las personas (derechos y obligaciones)[27]. Se trata de acentuar lo que en materia de principios de derecho constitucional se llama la supremacía constitucional ,esto es, la ubicación en el punto de mayor jerarquía de la pirámide jurídica reservada a las normas de rango constitucional.

**b. La positivización de un catálogo de derechos fundamentales y garantías en el nivel constitucional y en conexión con el derecho internacional universal y regional de los derechos humanos.** Para el neoconstitucionalismo la máxima jerarquía normativa de los derechos es una de sus mayores garantías a la hora de juzgar la validez de las normas inferiores.

**c. La distinción entre principios y reglas.** La constitución contiene no solo reglas (normas jurídicas en una terminología tradicional), sino también principios[28], y en las versiones del neoconstitucionalismo que enfatizan más la

[26] Ibid. p. 83
[27]QUIROGA LAVIE, Humberto, BENEDETTI, Miguel, CENICACELAYA, María (2009). *Derecho constitucional argentino*. T.1., Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 65
[28] Cfr. FERRAJOLI, Luigui y RUIZ MANERO, Juan (2014). *Un debate sobre principios constitucionales*, Editorial Palestra, Lima. Por ejemplo, en nuestra constitución, principio de supremacía (arts. 51), rigidez (206), estabilidad y defensa del orden constitucional (38), etc.

conexión entre derecho y moral valores[29]. Así, Guillermo Peña Freire sostiene que, "la presencia en la constitución del sistema de valores fundamentales que han de constituir el orden de la convivencia política, e informar el ordenamiento jurídico, convierte a la constitución en una norma cualitativamente distinta del resto de las normas que conforman el ordenamiento jurídico…"[30]. Así también, Germán Bidart Campos, por ejemplo, incluye los valores entre los contenidos fundamentales de la constitución que sirven de guía interpretativa de la misma: ellos, junto a los principios, forman un puente entre legalidad y legitimidad; o sea, que la constitución entendida como "superley" enmarca también las deliberaciones acerca de y los juicios sobre la legitimidad de la práctica política y constitucional, además de los de validez jurídica.[31]

**d. Las peculiaridades de la interpretación constitucional respecto de la interpretación legal.** Esa realidad en conexión histórico-culturalplena de principios y valores que es la constitución impacta sobre la actividad interpretativa del ordenamiento jurídico, que no puede entenderse válido ni pretender ser completo, sino concreto en sus distintos niveles de creación-aplicación del mandato constitucional. De ello que muchos autores neoconstitucionalistas compartan la idea de la legitimidad de la actividad de

[29]Por ejemplo, los valores de dignidad, justicia, paz, bienestar general, justicia social, etc.
[30] PEÑA FREIRE, Antonio Manuel (1987). *La garantía en el estado constitucional de derecho*, Editorial Trotta, Madrid, p. 81.
[31]BIDART CAMPOS, Germán (2000). *"Legalidad y legitimidad".* En: BIDART CAMPOS, German y otros. *Estudios de Derecho Político*, Ediciones Suarez, Mar del Plata, pp. 19 y ss.

los jueces al interpretar y aplicar la constitución, pese a ser un poder contra mayoritario.

De esta forma, la teoría neoconstitucionalista se presenta como alternativa a la teoría iuspositivista tradicional que ya no reflejaría la situación real de los sistemas jurídicos constitucionalizados. Este deslizamiento, se produce al menos en tres aspectos de la teoría positivista: el estatalismo, el legicentrismo, y el formalismo interpretativo.

Estatalismo porque el Estado aparece racionalizado y vinculado jurídicamente por el derecho de los derechos humanos a nivel constitucional e internacional. El Estado ya no sería el máximo enunciador normativo. Como lo explica Gil Domínguez, "como mínimo, la constitución crea un referente indisponible de legitimidad para el ejercicio del poder político".[32]

Legicentrismo porque la ley como fuente privilegiada del derecho cede ante la fuerza normativa de la constitución (superley), y ante los compromisos de derecho internacional universales y regionales que los estados asumen al ratificar y obligarse por tratados internacionales de derechos humanos.

Formalismo interpretativo porque ya no cabe realizar una interpretación exclusivamente formal de las leyes y las normas inferiores (cuya calidez se presume si han sido creadas por el procedimiento y órgano correcto), sino que ahora hay que pasar todas las normas jurídicas por un test de constitucionalidad

[32] GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (2005). *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Editorial Ediar, Buenos Aires, p. 13.

que exige parámetros de validez sustancial (contenidos) y no solo formales. De tal forma que de la interpretación concebida como una mera fórmula de determinación textual proveniente de una voluntad unívoca y homogénea (la soberanía del legislador)se pasa a la interpretación como una combinación de principios, valores y métodos en orden a integrar los textos en el proceso de aplicación del derecho.[33]

El neoconstitucionalismo adopta como objeto de investigación el modelo descriptivo de la constitución como norma. Este se entiende como un conjunto de reglas jurídicas positivas, contenidas en un documento o consuetudinarias que son,respecto a otras reglas jurídicas, fundamentales ( por tanto fundantes del entero ordenamiento jurídico y jerárquicamente superiores a las otras reglas). Además se les atribuye un contenido axiológico, es decir, su carácter fundante y superior se debe a que tienen determinados contenidos a los que se les atribuye un valor especial.

Para Comanducci[34], el neoconstitucionalismo como ideología, se diferencia parcialmente del constitucionalismo clásico por acentuar mucho más el objetivo de garantizar los derechos fundamentales, que el de limitar el poder estatal. Este cambio de énfasis se debe a que el Estado democrático contemporáneo, a diferencia de aquél al que se oponía el constitucionalismo clásico, no es más visto con temor y sospecha.

[33]Ibid., p. 14.
[34]COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo…* op. cit., p. 85

Propugna entonces la defensa y ampliación del proceso de constitucionalización, más que describirlo. Destaca la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la constitución.

Establece una conexión entre derecho y moral (Ronald Dworkin, Gustavo Zagrebelsky, Robert Alexy, etc.), entiende que en los ordenamientos contemporáneos existe una obligación moral de obedecer a la constitución dadas circunstancias de normalidad.

Desde el punto de vista metodológico, el neoconstitucionalismo puede entenderse si se lo contrasta con el positivismo metodológico, siguiendo el célebre análisis de Bobbio, este afirma que es posible identificar y describir el derecho como es, y distinguirlo por tanto del derecho como debería ser. Sostiene la tesis de la no conexión necesaria entre derecho y moral e incluso la conveniencia de estudiar de esa forma el derecho, desde un punto de vista exclusivamente interno.[35]

El neoconstitucionalismo sostiene, por el contrario, la tesis de la conexión necesaria, justificativa entre derecho y moral. En última instancia, cualquier decisión jurídica y en especial, la decisión judicial, está justificada por su deriva de una norma moral. No cualesquiera normas morales, sino aquellas conectadas con el orden jurídico positivo a través de los principios y valores

[35] Cfr. BOBBIO, Norberto (2006). *El problema del positivismo jurídico*, Editorial Fontamara, México.

constitucionalizados. Los principios del derecho, operarían tal cual un puente entre la moral objetiva y el derecho positivo. De forma tal, que como lo sostiene Dworkin, en la interpretación judicial y dependiendo de la pericia del juez, puede hallarse la decisión correcta para el caso. Incluso para los llamados "casos difíciles", que suponen la necesidad de ponderar derechos concurrentes, normas contradictorias, etc[36].

De ello la importancia de la función judicial y la discusión que se abre acerca de su justificación teórica. En efecto, es un poder judicial activo. El que, por un lado,realiza la adecuación entre bienes y principios constitucionales y la multiplicidad de circunstancias fácticas que seproducen en los casos judiciales, y por el otro realiza el "filtrado constitucional" de las prácticas legislativas y administrativas tanto en cuanto a su contenido como a su forma[37].

Esta discusión envuelve en polémicas a muchos de los autores ya que al ser el poder judicial de carácter contramayoritario, al que se reclama una actividad que excede en mucho la que le correspondía en la teoría clásica del estado de derecho, se hacen evidentes las tensiones entre los componentes democráticos (mayoritarios) y constitucionales (vinculantes incluso para las mayorías electorales) del Estado contemporáneo[38].

---

[36] Cfr. COMANDUCCI, Paolo (2005). *"Constitucionalización y teoría del derecho"* Conferencia pronunciada en el acto de recepción como académico correspondiente en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 23 de Agosto 2005, Córdoba. Disponible en: www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artconstitucionalizacionyteoriadelderecho

[37] MEDICI, Alejandro (s.f.e.). *"Introducción al (Neo)constitucionalismo como paradigma del estado de derecho contemporáneo*". En: www.eco.unlpam.edu.ar/objetos/materias/.../1.../aportes-teoricos/Neoconsti[1]...doc, p. 6.

[38] Ibidem. p. 6

Otro aspecto a destacar, y que ha señalado Gustavo Zagrebelsky, corresponde al carácter dúctil del derecho desde esta perspectiva, en efecto, los valores y principios constitucionales permiten la interpretación dinámica, histórica y pluralista, es decir, abierta a los cambios en la política constitucional y en valoración moral de la comunidad.

A esta posibilidad de flexibilidad y apertura Zagrebelsky la ha denominado como una dogmática constitucional "líquida" o "fluída" "…que pueda contener los elementos del derecho constitucional de nuestra época, aunque sean heterogéneos, agrupándolos en una construcción necesariamente no rígida que dé cabida a las combinaciones que deriven no ya del derecho constitucional, sino de la política constitucional…el único contenido sólido que la ciencia de una constitución pluralista debería difundir rigurosa y decididamente contra las agresiones de sus enemigos es el de la pluralidad de valores y principios"[39].

**2.2.1.1.3. Las consecuencias del neoconstitucionalismo**

Las reflexiones que anteceden han resultado contextualmente muy útiles para describir los rasgos más sustanciales de un Estado neoconstitucional. La propuesta tiene mucha vigencia y actualidad en el sentido de que nos persuade de que los criterios de interpretación constitucional en los ordenamientos jurídicos, están cambiando de sitio, que apuntan hacia nuevos sitios de producción jurídica, en una forma de fraternidad de intérpretes constitucionales, una especie de *"sociedad abierta de intérpretes de la*

[39] ZAGREBELSKY, Gustavo (2011). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta, Madrid. p. 17.

*Constitución"*, concepto enunciado por Haberle[40] para significar que los argumentos de interpretación van asumiendo un carácter de criterios comunes[41].

Hechas estas descripciones resulta ahora importante, puntualizar cuáles son las consecuencias más relevantes del neoconstitucionalismo en la configuración de un Estado constitucional.[42]

**A. Cambio de tesis en la definición del derecho**

¿Qué propone esencialmente el neoconstitucionalismo, luego de las premisas expuestas?A juicio nuestro y de modo sustancial, un cambio de tesis en la definición del derecho. Refleja Prieto Sanchís que: *"En tanto el positivismo sostiene la tesis de la separación entre el derecho y la moral, el neoconstitucionalismo plantea la tesis de la necesaria vinculación entre el derecho y la moral"*[43].

Esta vinculación resulta de capital importancia para el neoconstitucionalismo, en tanto que el concepto de dignidad de la persona, nos lleva a juicios de valoración de orden moral. Kelsen proponía la interpretación

---

[40] Cfr. HABERLE, Peter (1996). "*La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución".* En: Retos actuales del Estado constitucional, IVAP, Bilbao, 1996, pp. 15-46. Disponible en: www.derecho.uba.ar/.../la-sociedad-abierta-de-los-interpretes-constitucionales.pdf.

[41] FIGUEROA GUTARRA Edwin (s.f.e.*). "Neoconstitucionalismo e interpretación constitucional ¿Hacia nuevos horizontes en el derecho?.* En:https://edwinfigueroag.wordpress.com/9-neoconstitucionalismo-e-interpretacion-constitucional/

[42] FIGUEROA GUTARRA Edwin (2010): *"Neoconstitucionalismo e interpretación constitucional…* op. cit. p. 54-57.

[43] PRIETO SANCHIS, Luis (2001). *"Neoconstitucionalismo y ponderación judicial".* En: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, pp. 201-227. Disponible en: ttps://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111(201-228).pdf.

del Derecho como un producto puro, sin la participación de ninguna otra disciplina. En el neoconstitucionalismo, por el contrario, reafirmamos la tesis de la necesaria interrelación entre moral y derecho. Expresión tangible de ello lo es el artículo 1 de nuestra Constitución[44], el cual propone el parámetro de valoración de la dignidad de la persona como postulado base de todo el ordenamiento constitucional.

Veamos la reflexión que aporta Faralli a este respecto: "La Constitución ya no es solo el fundamento de autorizaciones y marco del Derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad, libertad, igualdad y estado de derecho, democracia y estado social, la Constitución proporciona un contenido substancial al sistema jurídico. Esta circunstancia se materializa en la aplicación del derecho a través de la omnipresencia de la máxima de proporcionalidad, y en una tendencia ínsita a reemplazar la subsunción clásica de los hechos en reglas jurídicas, por una ponderación que sopese valores y principios constitucionales"[45]

**B. Mayor complejidad del derecho**[46]

Otra conclusión de relevancia respecto al estado constitucional, es que el derecho se hace más complejo, por la evolución sin pausa de los derechos fundamentales, por la concurrencia de los principios y sus relativos márgenes de indeterminación para la resolución de conflictos constitucionales. Antes el

[44] Constitución 1993. Artículo 1. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.
[45] FARALLI, Carla (2007). *La Filosofía del Derecho Contemporáneo*, Hispania Libros, Madrid, p. 83.
[46] DWORKIN, Ronald (1995). *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona, pp. 9 y ss.

derecho podía ser definido como un sistema de reglas, en el cual la subsunción era la tarea sustancial del juez. Hoy, el derecho es igual a valores, principios, y directrices, que concurren en forma conjunta con las reglas, normas jurídicas y leyes en la solución de los conflictos.

Por cierto, la propuesta de que optemos por proponer la prevalencia de más principios que reglas, no implica en modo alguno que las reglas desaparezcan en la resolución de controversias. Todo lo contrario, ellas van a seguir subsistiendo en la medida en que van a representar, siempre, la base de definición de una controversia. Es decir, solo ante la insuficiencia de las reglas, concurren los principios.

Algunas veces los conflictos serán resueltos en parte por el contenido de las reglas y de la misma forma, en otros casos, cuando se configuran extremos sumamente complejos en una controversia, la resolución tendrá en cuenta los márgenes de activismo de los principios y de las herramientas interpretativas que conciernen a derechos fundamentales. Todos estos elementos, en forma cohesionada, juegan un rol fundamental en la solución de conflictos y constituyen la base del estado constitucional.

### C. Plena vigencia de los derechos fundamentales[47]

Estimamos que solo los principios y las pautas procedimentales que informan el estado constitucional, permiten una aplicación plena de los

[47] Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos (2005). *El derecho de los derechos*. *Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales.* Universidad Externado de Colombia, Colombia.

derechos fundamentales, cuyo norte aplicativo, en la definición de Peces Barba[48], es la de poseer una juricidad y una moralidad básica. Juricidad porque los derechos fundamentales contienen mandatos vinculados a realizaciones para la protección de un derechoy moralidad, porque la vinculación a la protección de la dignidad de la persona representa una impostergable obligación para el juez constitucional.

Por ello, premunido el juzgador de que no solo concurre un mandato respecto al derecho fundamental, en cuanto a su juridicidad, sino también un contenido de optimización respecto a la moralidad, entonces, puede aplicar los criterios de protección del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental.En ese sentido, los derechos fundamentales son un límite al ejercicio de los poderes públicos, quienes están obligados a garantizarlos y darles eficacia.

**D. Reposicionamiento del rol de los jueces constitucionales**

Con esta expresión queremos significar la importancia capital de las tareas que desarrollan los jueces constitucionales en la protección de los derechos fundamentales[49].

Esta premisa es verificable en el Perú en el sentido de que no solo existe jurisdicción constitucional como tal, sino que ya existen, además de lo

[48] PECES BARBA, Gregorio (1999). *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, p. 37.
[49] ZAGREBELSKY Gustavo (2008). *"El juez constitucional en el siglo XXI",* Traduc. por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ponencia presentada en el I Congreso Internacional de Justicia Constitucional y V Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, celebrado en Cancún, del 14 al 17 de mayo de 2008, México.

reseñado, órganos constitucionales especializados. Esto es, no solo nuestro país es el primero en Iberoamérica en haber adoptado un Código Procesal Constitucional, desde 2004, sino que ya dispone de jueces constitucionales a exclusividad. Esta realidad nos conduce inevitablemente a la premisa de que existe preocupación por la defensa amplia y con sistematicidad jurisdiccional para la defensa de los derechos fundamentales.

Concurrentemente, la tarea interpretativa de los jueces de dichos órganos debe significar una materialización de los derechos fundamentales demandados. Naturalmente concediendo tutela cuando corresponda. En ese orden de ideas, deviene pertinente reforzar la labor de los mismos y en esa línea, el neoconstitucionalismo presta un apoyo invalorable al constituir, como nuevo planteamiento en la teoría del derecho, un medio invalorable para la defensa de los derechos fundamentales.

En ese norte de ideas, el fundamento de que las sentencias constitucionales resulten prevalentes frente a las de los demás órganos jurisdiccionales[50], tiene su razón de ser en el ámbito de protección de la jurisdicción constitucional, vinculado a la tutela, en vía de urgencia, de los derechos fundamentales.

La necesidad de esta tutela preferente obedece, en gran medida, a que las controversias vinculadas a derechos fundamentales manejan parámetros interpretativos distintos, como los principios *pro homine*, *favor processum* y el

[50] Código Procesal Constitucional. Artículo 22. Actuación de Sentencias La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda. Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad.

ámbito de los principios, por oposición distintos a los presupuestos de la justicia ordinaria, de suyo vinculados a las expresiones del principio de legalidad, la supremacía de la norma jurídica y la ley, y el principio de congruencia procesal, como valores máximos del positivismo jurídico[51].

### 2.2.1.2. El paradigma de la hermenéutica jurídica

Consideramos real y objetiva la afirmación hecha por Giuseppe Zaccaria quien afirma que: "En pocas palabras, considero que la filosofía y la teoría del derecho deben ser observadas y desarrolladas desde el punto de vista de los sujetos activos que reconocen y practican el derecho en casos de conflicto y de divergencia, que el derecho tiene la tarea de resolver y superar."[52]De ello la importancia de este paradigma para el proceso de interpretación jurídica y en la forma de solucionar los problema jurídicos.

#### 2.2.1.2.1. Concepto y características

La "nueva hermenéutica jurídica" es una de las corrientes que rechaza la solución positivista. Consistente en dejar puertas abiertas en la decisión jurídica, esto es, resquicios de discrecionalidad "material" que escapan al control metodológico de la ciencia del derecho. Esta corriente tiene como máximos representantes a Emilio Betti y Hans-Georg Gadamer. Jurista el primero y filósofo el segundo. Ambos coinciden tanto cronológicamente, como

---

[51] FIGUEROA GUTARRA, Edwin (s.f.e.). *"Neoconstitucionalismo e interpretación constitucional ¿Hacia nuevos horizontes en el derecho?*. En: https://edwinfigueroag.wordpress.com/9-neoconstitucionalismo-e-interpretacion-constitucional/

[52] ZACCARIA, Giuseppe (s.f.e.)."*Hermenéutica jurídica, comprensión del derecho, traducción".* p.1. En: http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/corr/2014%20Zaccaria%20texto%20ingreso1.pdf. Visitado el 12 de febrero del 2018.

en muchos de sus planteamientos, en el desarrollo de los fundamentos de la "nueva hermenéutica jurídica". Así, ambos impugnan la solución positivista a la crisis del método lógico-deductivo al considerarla, primero, una solución insuficiente, incapaz de dar respuesta a los aspectos materiales más profundos de la decisión jurídica, que irían desde la búsqueda de la norma jurídica aplicable hasta la "precomprensión" de la misma; ysegundouna solución insatisfactoria desde el punto de vista de las exigencias de objetividad y seguridad jurídica que debe satisfacer una teoría hermenéutica[53].

Los últimos desplazamientos de las teorías hermenéuticas tienen que afrontar la tarea de integrar aspectos que pasaban absolutamente desapercibidos desde el punto de vista de la metodología jurídica tradicional. La dimensión subjetiva de la decisión jurídica, los "prejuicios", el peso de criterios económicos y políticos, la toma en consideración de argumentos racionales y otros, eran obviados por un modelo simplificado ideológica y prácticamente, por un modelo hermenéutico basado en el razonamiento deductivo y en la semántica de la voluntad. Como se evidencia líneas arriba, el método lógico deductivo fue concebido como un modelo de razonamiento capaz de garantizar la racionalidad e igualdad formal que demandaba el nuevo espíritu burgués del derecho, por eso se caracterizaba como un método "racional-formal" de aplicación del derecho[54].

[53] PICONTÓ NOVALES, Teresa (s.f.e). *Hermenéutica Jurídica*. Universidad de Zaragoza. España, p. 2 En: https://www.unizar.es/deproyecto/programas/docufilosofia/Hermjca_12.pdf. Visitado el 12 de febrero del 2018.
[54] Ibidem p. 2

La nueva hermenéutica jurídica es un primer paso importante en la "materialización" del método jurídico. Un esfuerzo teórico considerable por integrar metodológicamente aspectos como el contexto de la interpretación o la dimensión subjetiva de la misma sin renunciar a los valores sustantivos y procesales del método jurídico, esto es, a los ideales de certeza y seguridad. El método de la nueva hermenéutica jurídica deja así de tener una eficacia mediadora limitada únicamente a lo formal y pasa a mediar lo material. Con todo, como se podrá de manifiesto a lo largo de este capítulo, la "materialización" metodológica de la "nueva hermenéutica jurídica" no rompe los moldes de racionalidad formal del orden dogmático tradicional como mecanismo de organización, legitimación y control de las decisiones hermenéuticas[55].

Así mismo expresa que:La hermenéutica jurídica presenta puntos de convergencia numerosos e importantes con la visión de los principios elaborada por el neoconstitucionalismo y, en particular, con las implicaciones derivadas, en la fase de interpretación, del reconocimiento de su indeterminación. Es esta última que, en caso de conflicto entre varios principios con respecto a un caso en particular, hace que se deba establecer entre ellos una relación de prevalencia y que se deba ponderarlos, a diferencia de lo que ocurre con las normas que no comparten este carácter y que prevén la aplicación, al menos desde un cierto punto de razonamiento jurídico, en clave deductiva (Dworkin 1982)[56].

---

[55] Ibidem p. 2

[56] ZACCARIA, Giuseppe (s,f,e,).”*Hermenéutica jurídica, comprensión del derecho, traducción”*. p.3. En: http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/corr/2014%20Zaccaria%20texto%20ingreso1.pdf. Visitado el 12 de febrero del 2018.

Agrega: La identificación, interpretación y aplicación de normas dotadas de la estructura de los principios asignan al intérprete un papel central inevitable y necesariamente «creativo». La apertura, la pluralidad de principios y la necesidad de ponderarlos hacen surgir la posibilidad de su interpretación en relación a las circunstancias de hecho y plantean la cuestión de la interpretación como crucial para la comprensión del derecho, para su aplicación e, incluso, para su justificación. En síntesis, emerge del análisis de las características ínsitas en la técnica de ponderación como las estructuras de la interpretación constitucional utilizan más que otras los esquemas del discurso práctico[57].

Ahora bien, todo mensaje requiere ser interpretado y entre ellos los mandatos de las normas jurídicas; pero no es fácil lograr la correcta interpretación sino se cuenta con reglas precisas y claras, metódicas y sistemáticamente establecidas. Es precisamente este hecho del que se ocupa la "hermenéutica jurídica" la cual establece los principios elaborados doctrinaria y jurisprudencialmente, para que el intérprete pueda efectuar una adecuada interpretación de las normas jurídicas. La hermenéutica brinda herramientas guías, que van a auxiliar al juzgador para hacerle la labor más fácil y equitativa posible.[58]

En ese contexto, la honorable Corte Constitucional Colombiana, mediante Sentencia C-820 del 2006[59], asignó a la expresión "Hermenéutica" el siguiente significado : "A pesar de que el propio sentido de interpretación jurídica ha

[57] Ibidem p. 3
[58] BENAVIDES LÓPEZ, Humberto. (2016). *"Hermenéutica y lógica Jurídica".* Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia. pp. 2-3. En: http://wb.ucc.edu.co/hermeneuticaylogicajuridicapc/files/2010/08/hermeneutica-juridica1.pdf. Visitado el 12 de febrero del 2018.
[59] Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-820-06.htm

sido discutido en la doctrina especializada porque, entre otras cosas, inmediatamente remite el debate de si interpretar una norma jurídica implica determinar el alcance de todos los textos legales o solo los oscuros, lo cierto es que, en su sentido más obvio y elemental, interpretar es explicar, declarar, orientar algo, comprender las circunstancias, aprehender, entender los momentos de la vida social y atribuir un significado lingüístico. En fin, como lo advierte Gadamer y Husserl, la interpretación está directamente ligada con la comprensión y el lenguaje, de tal forma que, al referirnos a la hermenéutica jurídica, la entendemos como la actividad dirigida a encontrar la solución al conflicto o al problema jurídico que se somete a estudio del intérprete".

#### 2.2.1.2.2. La constitución y la ley desde la interpretación judicial[60]

La importancia de las disposiciones constitucionales en una sociedad democrática carecen de sentido si no existen mecanismos y garantías dedicados a controlar aquellos actos o normas que vulneran, por la forma o fondo, el contenido del pacto constitucional. En el derecho comparado existen dos caminos para realizar el control de constitucionalidad. El primero de ellos, el modelo estadounidense, conocido también como la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes (judicial review), no fue previsto expresamente por los padres de la Carta de 1787 sino producto de la interpretación judicial. El segundo sistema nació en Europa Continental y estuvo marcado por el

[60] HAKANSSON, Carlos (2009) "*Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del tribunal constitucional peruano. Una aproximación.".* Repositorio Institucional PIRHUA. Facultad de Derecho - Área Departamental de Derecho, Universidad de Piura, Piura. En: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1625/Principios_de_interpretacion_y_precedentes_vinculantes.pdf. Publicado originalmente en: Díkaion: Revista de Fundamentación Jurídica, 18, pp. 55-77, Bogotá.

surgimiento de las jurisdicciones especializadas para conocer y resolver procesos de control de constitucionalidad[61].

Pero cualquiera que sea el sistema a utilizar en una comunidad política, "la Constitución es lo que los jueces dicen que es". Una célebre frase del Derecho Constitucional norteamericano que, hasta hace poco, y salvo contadas excepciones, solo podía referirse a los países de Common Law[62], del precedente judicial, provenientes de la tradición anglosajona; sin embargo, hoy en día, la importancia que cada vez tienen las sentencias de los tribunales constitucionales europeos e iberoamericanos, especialmente cuando declaran la inconstitucionalidad de una norma, nos empieza a enseñar en esta parte del mundo que la interpretación judicial a la carta magna es una herramienta indispensable para conocer lo que ella significa y conocer la justicia constitucional del caso concreto.

Sobre este tema de estudio, el último párrafo del artículo VI del Título preliminar del Código Procesal Constitucional Peruano establece que "los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la

---

[61] Véase KELSEN, Hans (1995): *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución*?, Editorial Tecnos, Madrid, 1995. Como mencionamos, el Derecho Constitucional peruano recoge ambos sistemas desde la Carta de 1979, un modelo que el Profesor GARCÍA BELAUNDE reconoce como un modelo dual o paralelo; véase GARCÍA BELAUNDE, Domingo (1997): "*La Jurisdicción Constitucional en Perú*" en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco y GARCÍA BELAUNDE, Domingo (coordinadores): *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Editorial Dykinson, Madrid, p. 837. Citado por HAKANSSON, Carlos, ob. cit. p. 4.

[62] Sobre la función del Tribunal Supremo norteamericano como máxima instancia en la tarea de interpretar la Constitución de 1787; véase JANDA, BERRY & GOLDMAN (1992): *The Challenge of Democracy. Government in Americ*a, Houghton Mifflin Company, tercera edición, Boston, p. 493. Citado por HAKANSSON, Carlos, ob. cit. p. 4.

interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional".

La afirmación positivista de que la constitución es solo una norma fundamental (visión kelseniana), en realidad es el corolario de una idea de fondo. Digámoslo de esta manera, antes que todo la constitución debe ser fruto de un gran acuerdo (pacto), de doble naturaleza, política y jurídica. Política, pues buscará limitar el ejercicio abusivo del poder; jurídica pues realizará esa misión a través del derecho para la defensa de las libertades. Si bien la apariencia o "envoltura" de ese pacto se asemeja a una norma fundamental (ley), sus características no permiten que los tradicionales métodos de interpretación funcionen al igual que cuando se aplican en las normas jurídicas. En la práctica, los jueces requieren del concurso de un conjunto de principios que informen la naturaleza especial de una constitución, aunque también sea considerada como una norma fundamental[63].

En resumen, esas "particularidades" de la constitución son las siguientes: a diferencia de la ley, que es un concepto abstracto, la constitución existe y es una realidad concreta. La constitución no nació para expresar la regularidad de comportamientos individuales como la ley, sino para convertirse un cauce para que la sociedad se conduzca políticamente y en libertad. Finalmente, las constituciones carecen de una estructura normativa similar a las leyes (un

[63] Tal es así, que incluso una vez elaborada la constitución, y aprobada por referéndum, es el Presidente de la República quien también firma la constitución y le da el cúmplase, como si se tratase de la promulgación de una ley ordinaria; lo cual es un error dado que son los constituyentes los únicos comprometidos con la tarea de elaborar una nueva constitución para los ciudadanos. Citado por HAKANSSON, Carlos, ob. cit. p. 4.

supuesto normativo, la subsunción del hecho y una consecuencia)[64]; sino que contiene unas disposiciones de carácter autoaplicativo, otras más bien heteroaplicativas, pero todas igualmente vinculantes y de observancia por los jueces.

Luego de realizar las diferencias entre la constitución y la ley, en la tarea de interpretar una carta magna existen dos escuelas que son precisas repasar, pues, cada una posee su propia idea de constitución. La primera es la concepción proveniente del mundo jurídico anglosajón, de la escuela judicialista, madre del constitucionalismo. La segunda deriva de los postulados de Hans Kelsen, del positivismo jurídico, entendida como la norma fundamental del ordenamiento jurídico, que tiene predominio en los países de influencia y tradición europea continental.

#### 2.2.1.2.3. La interpretación judicial de la constitución

Si bien la naturaleza de una constitución está más cerca de un pacto entre gobernantes y gobernados, que una ley dada por una autoridad competente; desde el punto de vista interpretativo podemos descubrir dos grandes concepciones judiciales sobre la Constitución. La primera es conocida como la Constitución testamento[65]. Un documento fundamental que fija las ideas y las órdenes del constituyente histórico, y que debe ser obedecido y realizado de modo que su ejecución cumpla exactamente con sus intenciones. En resumen,

[64] En el mismo sentido, véase PÉREZ ROYO, Javier (1994): *Curso de Derecho Constitucional*, Editorial Marcial Pons, Madrid, pp. 102-103. Citado por HAKANSSON, Carlos, ob. cit. p. 5.
[65] Véase SAGÜÉS, Néstor (1998): *La interpretación judicial de la Constitución*, Editorial Depalma, Buenos Aires, p. 31. Citado por HAKANSSON, Carlos, ob. cit. p. 7.

la constitución es un documento escrito y como tal su sentido no cambia. Lo mismo que significó cuando fue adoptada, significará en la actualidad.

En el otro extremo nos encontramos con la constitución viviente[66], que califica como "una ficción legal" o "idea mística" a la teoría de la constitución testamento. Desde esta perspectiva, una constitución es lo que el Gobierno y el pueblo reconocen y respetan como tal. En otras palabras, "no es lo que ha sido ni lo que es hoy", siempre se está convirtiendo en algo diferente. En este caso, el concepto de lealtad constitucional asume otra connotación, pues, ser leal con la constitución no significa ejecutar el mensaje del constituyente histórico sino más bien cumplir con la versión actualizada de ese mismo mensaje en aras de ser leal a lo dispuesto por una carta magna[67].

Las dos concepciones responden a escuelas diferentes, la europea continental y la anglosajona respectivamente, empero cada vez más aproximadas gracias a la irrupción de los tribunales constitucionales. A diferencia de la concepción de la constitución testamento, la constitución viviente le asigna al intérprete operador un trabajo más complejo de construcción jurídica; por supuesto que no podrá ignorar al texto constitucional, pero tendrá que recurrir a muchos más elementos para elaborar una respuesta interpretativa; en ese sentido, el intérprete siempre deberá observar lo siguiente:

---

[66] Véase SAGÜÉS: *La interpretación judicial de la Constitución*…, p. 31.. Citado por HAKANSSON, Carlos, ob. cit. p. 7.
[67] Ibídem

A) La actualización constitucional: la puesta al día del significado de los conceptos establecidos por los constituyentes en una carta magna. B) La visión de conjunto: la necesidad de averiguar los requerimientos sociales, económicos, políticos y culturales existentes. C) La prudencia interpretativa: la ponderación de las circunstancias que se encuentran en juego, así como calcular las consecuencias de la decisión que se vaya a adoptar. D) La tradición cultural: el diseño de un "producto interpretativo constitucional" en función al problema a decidir, teniendo que cuenta que cada caso tiene sus peculiaridades, así como el impedimento de emplear ideologías ajenas al constitucionalismo[68].

En efecto, los principios de dignidad humana, separación de poderes y estado de derecho son verdaderas conquistas de la cultura del hombre político de Occidente.Por esa razón a las comunidades políticas no les compete dar una marcha atrás[69].

Resulta oportuno citar al Tribunal Constitucional peruano cuando nos manifiesta que sus sentencias "(…) constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como

[68] "(…) [T]eóricamente las constituciones no son neutras desde el punto de vista axiológico, y en tal sentido, exigen de parte de sus jueces un ejercicio hermenéutico tendiente a garantizar, maximizar y expandir sus postulados. Combinando esto con lo anterior, parece claro que buena parte de los problemas de interpretación en materia constitucional están referidos a la manera como los jueces constitucionales justifican sus decisiones de tal forma que sean consistentes con estos valores y no, por el contrario, que dichas justificaciones encubran sus propias ideologías personales"; cfr. MORA RESTREPO, Gabriel (2009): *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales,* Editorial Marcial Pons, Buenos Aires, p. 20. Citado por HAKANSSON, Carlos, ob. cit. p. 8.

[69]En el mismo sentido véase HÄBERLE, Peter (2004*): Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*, Palestra Editores, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, p. 173 (edición al cuidado del Profesor Domingo García Belaunde). Citado por HAKANSSON, Carlos, ob. cit. p. 8.

fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado"[70]; sin embargo, los métodos tradicionales (literal, sistemático, teleológico, social, tópico, etc.) no son suficientes para comprender con seguridad el significado y contenido de la constitución, por eso es necesario el refuerzo de unos principios que nos ayuden a descubrir el significado de sus disposiciones. Los principios son aquellas instituciones que poseen cierta proyección normativa de las cuales se pueden obtener reglas jurídicas; no todos se encuentran en la constitución, muchos se encuentran fuera de ella, pues se invocan, mueven y desarrollan mejor en un mundo de sentencias.

Los principios constitucionales más utilizados son los siguientes[71]:el principio de unidad; el principio de concordancia práctica; el principio de corrección funcional;el principio de función integradora;el principio de fuerza normativa de la constitución; el principio *pro homine*.

Por su parte el Tribunal Constitucional peruano, en el caso Pedro Lizama Puelles[72], respecto de los principios de interpretación constitucional ha establecido que:

Reconocida la naturaleza jurídica de la constitución del Estado, debe reconocerse también la posibilidad de que sea objeto de interpretación. No obstante, la particular estructura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la

[70] Cfr. Exp. Nro. 03741-2004-AA (Fundamento jurídico 42). Citado por HAKANSSON, Carlos, ob. cit. p. 8.
[71] Cfr. HESSE, Konrad (1992). *Escritos de Derecho Constitucional*. Traducción de Pedro Cruz Villalón, segunda edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 45-47.
[72] STC EXP. N° 05854-2005-PA/TC, Fundamento 12.

lógica subsuntiva (supuesto normativo - subsunción del hecho - consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional. Tales principios son[73] :

a) El principio de unidad de la Constitución[74]: conforme al cual la interpretación de la constitución debe estar orientada a considerarla como un "todo" armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.

b) El principio de concordancia práctica[75]: en virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta "optimizando" su interpretación, es decir, sin "sacrificar" ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada "constitución orgánica" se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-

[73] Cfr. HESSE, Konrad (1992). *Escritos de Derecho Constitucional*. Traducción de Pedro Cruz Villalón, segunda edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 45-47.
[74] Vid. STC 1091-2002-HC, Fundamento 4; STC 0008-2003-AI, Fundamento 5; STC 0045-2004-HC, Fundamento 3.
[75] Vid. STC 1797-2002-HD, Fundamento 11; STC 2209-2002-AA, Fundamento 25 ; STC 0001-2003-AI
/0003-2003-AI, Fundamento 10; STC 0008-2003-AI, Fundamento 5; STC 1013-2003-HC, Fundamento 6;
1076-2003-HC, Fundamento 7; STC 1219-2003-HD, Fundamento 6; 2579-2003-HD, Fundamento 6; STC
0029-2004-AI, Fundamento 15.

derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1 º de la Constitución).

c) El principio de corrección funcional[76]: este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúelas funciones ycompetencias que el constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de tal modo que el equilibrio inherente al estado constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.

d) El principio de función integradora[77]: el "producto" de la interpretación solo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de estos con la sociedad.

e) El principio de fuerza normativa de la constitución[78]: la interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no solo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este tribunal) y a la sociedad en su conjunto.

[76] Este principio se presenta en cada ocasión en la que este Tribunal delimita las competencias que la constitución ha conferido a los distintos órganos constitucionales (Vg. la reciente STC 0020-2005-PI / 0021- 2005-PI -acumulados).
[77] Vid. STC 0008-2003-AI, Fundamento 5;
[78] Vid. STC 0976-2001-AA, Fundamento 5; STC 1124-2001-AA, Fundamento 6.

### 2.2.2. La familia

Durante casi todo el siglo XX la idea de "familia" se ha relacionado generalmente a la de "matrimonio", empero, paulatinamente la realidad nos demuestra que son cada vez más numerosas las familias que no tienen como baseel matrimonio. En ese sentido, tenemos que el artículo 4° de la Constitución Política del Perú señala que: "La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono[79].

También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad"

A su vez, el artículo 5° del citado cuerpo normativo establece: "La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable"[80].

La reflexión sobre la familia en el Perú no se ha encontrado entre las preferencias de los juristas.

Los comentarios al Código Civil, en los años sucesivos a su promulgación, tampoco causaron mayor impacto, especialmente por dos razones:

---

[79] GARCIA CEVALLOS, Carla Teresita (2011)."*El principio de protección a la familia y la ampliación de dicho concepto en el Perú"*, Sitio WEB http://www.decamana.com/columnistas/el-principio-de-proteccion-a-la-familia-y-la-ampliacion-de-dicho-concepto-en-el-peru, Visitado el 31 de marzo de 2011.
[80] Ibídem.

(i) Fue la Constitución del año 1979 la que produjo algunas reformas importantes como fueron el reconocimiento de la igualdad de varón y mujer, de los derechos entre hijos matrimoniales y no matrimoniales y la incorporación de la unión de hecho;

(ii) El Código introdujo algunos cambios interesantes relacionados con el régimen patrimonial del matrimonio y otras pocas modificaciones, pero siguió anclado a la concepción de la familia matrimonial[81].

El Código y la doctrina que le siguió (a veces con la complicidad de la judicatura) no aportaron mayor transformación mientras que la realidad se desbordaba por los incesantes retos a los cuales se veía expuesta la familia nuclear cuando empezaban a asomar nuevos rasgos y nuevas formas familiares[82].

Así mismo, como lo expresa VEGA MERE Yuri,fueron las Ciencias Sociales como la Antropología, la Sociología y, de otro lado, la Estadística y los estudios emográficos, los que mostraban, en otras latitudes, las mutaciones profundas que sufría el concepto de familia nuclear basada en el matrimonio[83].

Mientras tanto, en nuestro país, la poca atención de la doctrina generó que nos enfrentáramos a un creciente distanciamiento entre el derecho en los libros y el derecho en acción, que no es sino una traducción del famoso trabajo de

---

[81] VEGA MERE, Yuri "*La ampliación del concepto de familia por obra del Tribunal Constitucional. A propósito de la incorporación de la familia ensamblada y de la concesión de mayores derechos a la familia de hecho*", sitio web http://es.scribd.com/doc/42725403/alimentos, Visitado 31 de Marzo de 2011.
[82] Ibídem.
[83] Ibídem.

Roscoe Pound[84] cuando reclamaba que la concepción tradicional y formalista del derecho en los Estados Unidos se encontraba alejada de lo que acontecía en los hechos. Pound, como se sabe, fue el fundador de la jurisprudencia sociológica en su país y un precursor del Realismo Legal, pese a sus posteriores disputas con Karl Llewellyn y el osado Jerome Frank[85].

Y desde entonces, a pesar de que han existido algunas pocas voces aisladas que claman por una reformulación del derecho de familia, los jueces ordinarios no han acogido ni dado protección especial a las familias monoparentales, a las uniones de hecho (limitándose a lo que dicen la Constitución y el Código Civil sin aplicar a los concubinos más derechos de aquellos que se refieren a la sociedad de bienes que conforman), a las familias ensambladas ni a otras nuevas formas de agrupaciones que pugnan por ser familia, como es el caso de los homosexuales[86].

Más allá de las citas de normas supranacionales, el artículo 4° de la Constitución reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad. Es por ello que obliga al Estado y a la comunidad a prestarle protección[87].

Tenemos entonces que nuestro ordenamiento legal reconoce a la familia matrimonial y extramatrimonial y a su vez el ya citado artículo 4 contiene

---

[84] Ver: SILVEIRA, Alipio. *Roscoe Pound y su influencia sobre la Hermenéutica Jurídica*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, En sitio web: html//.www.derecho.unam.mx, consultado el 2º de abril del 2011.
[85] Citado por VEGA MERE, Yuri . "Ampliaciones del concepto…" Ob. Cit.
[86] Ibidem.
[87] Ibidem.

también el principio de promoción del matrimonio, (ello a diferencia de lo dispuesto en la Constitución de 1979 que sentaba el principio de protección al matrimonio), es decir que se protege no solo a la familia de base matrimonial, sino que se protege a un solo tipo de familia, sin importar que sea de origen matrimonial o extramatrimonial. La familia es una sola, sin considerar su base de constitución legal o de hecho[88].

No obstante lo anotado, surge la interrogante respecto a si la regulación y protección de la familia matrimonial y extramatrimonial es suficiente y se condice con los cambios progresivos que se vienen aconteciendo en nuestra sociedad. Cada vez son más las familias que se constituyen sin vinculo matrimonial de por medio. Mayores son también las circunstancias particulares y especiales en las que las personas conviven (madres o padres solteros, personas divorciadas que contraen segundas nupcias y llevan consigo a los hijos de su primer matrimonio), cónyuges que estando casados y separados de hecho, forman una nueva unión de hecho con un tercero, etc., las mismas que no pueden ser excluidas de la protección estatal[89].

En ese orden de ideas, es preciso resaltar que ya el Tribunal Constitucional[90] ha establecido que los múltiples cambios sociales exigen que la protección que al Estado y a la comunidad les corresponde brindar a la familia deba contemplar

---

[88] GARCIA CEVALLOS, Carla Teresita… *"El principio de protección a la familia y la ampliación de dicho concepto en el Perú",* Sitio WEB http://www.decamana.com/columnistas/el-principio-de-proteccion-a-la-familia-y-la-ampliacion-de-dicho-concepto-en-el-peru, Visitado el 31 de marzo de 2011.
[89] Ibidem.
[90] Ver Expedientes Nos. 09332-2006-PA/TC y 06572-2006-PA/TC En web: www.tc.gob.pe

a las familias con estructura distinta a la tradicional generalmente surgidas de uniones matrimoniales[91].

Es decir, comprende a las uniones de hecho, las familias monoparentales o las familias reconstituidas, ello conforme a las sentencias recaídas en los Expedientes Nos. 09332-2006-PA/TC (fundamento 7) y 06572-2006-PA/TC (fundamento 9). Es importante considerar entonces, que si bien es cierto nuestra legislación promueve el matrimonio, no puede ser ajena al contexto social y a los fenómenos que en el mismo se produzcan, razón por la cual se hace necesaria y urgente la protección a todas las familias, aún cuando las mismas no tengan como base el matrimonio, ello independientemente de si tal situación sea positiva o no para la convivencia y el desarrollo social[92].

#### 2.2.2.1. Tratamiento legislativo y concepto tradicional de familia

Como ya hemos señalado, nuestra constitución política reconoce a la familia como instituto natural y fundamental de la sociedad. Por su parte, el Código Civil Peruano en su artículo 233 señala que: "La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú". El Código de los niños y adolescentes en su artículo 8 establece que el niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia.

[91] Citado por GARCIA CEVALLOS, Carla Teresita… *"El principio de protección…"*Ob. Cit.
[92] Ibídem.

El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado.

Por otro lado, el artículo 16.3 de la declaración Universal de los Derechos y Deberes del hombre y el artículo 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos humanos, establecen que la familia es "el elemento natural y fundamental de la sociedad".

Según Cornejo Chávez[93], la familia en sentido amplio:"Es el conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, el parentesco o la afinidad".

Asimismo, en sentido restringido puede ser entendida como:"El conjunto de personas unidas por el matrimonio o la filiación (marido y mujer, padres e hijos generalmente solo los menores o incapaces). Por extensión, se puede incluir en este concepto el caso de los concubinos y sus hijos menores o incapaces. Esta es la llamada familia nuclear […]"[94].

Por su parte, el profesor Argentino Arturo Yungano la conceptúa como "una asociación de personas integrada por dos individuos de distinto sexo y sus hijos, que viven en una morada común bajo la autoridad de ambos padres, que están en relación con los ascendiente, descendientes y colaterales por vínculos de sangre y lazos de parentesco, y que constituye el grupo humano fisiogenético y primario por excelencia"[95].

---

[93] Ver: CORNEJO CHAVEZ, Héctor (1985). *Derecho Familiar Peruano*. Tomos I., Studium Ediciones, Lima.
[94] Citado por GARCIA CEVALLOS, Carla Teresita… *"El principio de protección…"* Ob. Cit
[95] Ibídem.

Para Javier Rolando Peralta Andía[96] la familia es:"Una institución natural, social y jurídica, en primer lugar, porque se refiere a un organismo espontáneo anterior al Estado y a la ley; luego, porque no puede dejar de reconocerse que es célula social básica e irreductible de la sociedad y; por último, porque la familia se organiza jurídicamente y es objeto de una regulación legal, es más, las relaciones familiares inciden en actos jurídicos como: el matrimonio, el divorcio, el cambio de régimen patrimonial, la filiación, el reconocimiento de hijos, el deber de corrección de los mismos, la adopción, los alimentos etc., que tienen repercusiones en el ámbito del derecho"[97].

En suma, no obstante, las múltiples definiciones que se puedan intentar esgrimir en torno de la institución de la familia, lo que resulta innegable es que la misma constituye el cimiento de la sociedad. Toda vez que en su seno, se concibe y forma al individuo que posteriormente trasladará lo aprendido en su núcleo familiar a los ámbitos en los que se desarrolle (laboral, político, económico, etc.). Vale decir que el contexto social y cultural de un pueblo no es más que el reflejo de la situación de la institución familiar en el mismo, razones por las que resulta de suma importancia que el principio de protección a la familia alcance efectivamente no solo a las familias que tienen como base al matrimonio civil y la unión de hecho con las características exigidas para que sea reconocida como tal (estabilidad, ausencia de impedimento

[96] Ver: PERALTA ANDÍA, Javier Rolando (1995). *Derecho de Familia*. 2da edición, Editorial Moreno. Lima.
[97] Citado por GARCIA CEVALLOS, Carla Teresita… *"El principio de protección…"*Ob. Cit.

matrimonial y requisito de temporalidad), sino a todas aquellas que van surgiendo conforme evoluciona la dinámica social[98].

En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en el fundamento 7 de la Sentencia recaída en el expediente Nº 09332-2006-PA/TC que a la letra dice: *"Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales".*[99]

Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*.

Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas[100].

**2.2.2.2.Significaciones jurídicas de la palabra familia**

**A) Familia en sentido amplio (familia extendida)**: en el sentido más amplio (familia como parentesco) es el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico familiar.Desde este punto de vista, la familia

[98] Ibidem.
[99] Disponible en el sitio web: www.tc.gob.pe/jurisprudencias
[100] GARCIA CEVALLOS, Carla Teresita… *"El principio de protección…"* Ob. Cit.

está compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual, de la procreación y del parentesco.

Este sentido de la familia es el que, actualmente, reviste importancia jurídica, puesto que las relaciones a que da lugar son las reguladas por el Derecho de Familia[101].

**B) Familia en sentido restringido (familia nuclear)**: en el sentido más restringido, la familia comprende solo a las personas unidas por la relación intersexual o la procreación. Desde este punto de vista, la familia está formada por el padre, la madre y los hijos que estén bajo su patria potestad[102].

**C) Familia en sentido intermedio (familia compuesta)**: en el concepto intermedio, la familia es el grupo social integrado por las personas que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella[103].

#### 2.2.2.3. Las familias de origen matrimonial

Se fundan en la institución del matrimonio establecido y reconocido por el ordenamiento jurídico de cada país. En nuestro país la familia jurídicamente válida se basa en el matrimonio Civil. Según el artículo 234 del Código Civil el matrimonio es: "…la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones

[101] Ibídem.
[102] Ibídem.
[103] Ibídem.

de este Código, a fin de hacer vida común". Del citado dispositivo se desprende que la finalidad del matrimonio es "hacer vida en común"[104].

El matrimonio genera entre el marido y la mujer una relación conyugal que trasciende a los parientes de estos a través de una relación de parentesco por afinidad.La relación conyugal tiene un contenido complejo que determina un conjunto de derechos y deberes atinentes a la vida común de los casados y, al mismo tiempo, otro conjunto de deberes y derechos de contenido y de proyección económica[105].

### 2.2.2.4. Naturaleza jurídica del matrimonio

Este concepto ha tratado de ser explicado desde las siguientes perspectivas[106]:

**A) Tesis Contractualista[107]**:

Esta posición puede ser enfocada, desde tres perspectivas: la canónica, la civil tradicional y la del derecho de familia. El enfoque canónico considera al matrimonio como un sacramento que se forma a través de un contrato matrimonial valido.

La perspectiva Civil tradicional postula que el matrimonio participa de todos los elementos esenciales de los contratos, lo que determina que resulta

[104] Ibídem.
[105] DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Citado por VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique (2011) *Tratado de Derecho de Familia "Matrimonio y uniones estables"*, Tomo II, Primera edición, Editorial Gaceta Jurídica, noviembre, Perú, p.95.
[106] Citado por GARCIA CEVALLOS, Carla Teresita… *"El principio de protección…"*Ob. Cit.
[107] Ibídem.

aplicable la teoría de la nulidad de los contratos y de los vicios del consentimiento.

Finalmente, se postula que el matrimonio es un contrato, pero no un simple contrato, sino un acto de poder estatal o un acto jurídico complejo.

**B) Tesis Institucionalista[108]**:

Desde esta perspectiva, el matrimonio es entendido como el conjunto de normas, formalidades, deberes, obligaciones, derechos y relaciones a que deben someterse, sin posibilidad de negociar, quienes deseen casarse, vale decir que se trata de una institución.

**C) Doctrina Mixta[109]**:

De acuerdo con esta teoría, el matrimonio es a la vez un contrato y una institución. "Mientras que el matrimonio como acto es un contrato, como estado es una institución".

A su vez, las familias de base matrimonial pueden ser[110]:

a) **Familia matrimonial completa**: formada por padre, madre e hijos (monoparental).

b) **Familia matrimonial incompleta**: originada por el divorcio, la separación, la invalidez del matrimonio y la muerte.

[108] Ibídem.
[109] Ibídem.
[110] Ibídem.

**c) Familia pluriparental**: llamada ensamblada, recompuesta, reconstituida o mosaico.Es la estructura familiar que mantiene una persona con otra en la que una de ellas o ambas tuvieron un compromiso previo (casado, separado, viudo, conviviente).Es la pareja en segundas nupcias con hijos propios y comunes.Según el caso surge el padrastro o la madrastra que respecto del hijo de su cónyuge es un hijo afín.

En la nueva familia convergen obligaciones, patrimonios e hijos ajenos; la indefinición de los nexos es su característica.Si es una sola la parte que tuvo el compromiso se le llama simple; si son las dos, familia ensamblada compleja[111].

Su origen son los fracasos de pareja (matrimoniales o convivenciales) se presentan como una ilusión para quienes salen de una crisis matrimonial y buscan otra oportunidad con nuevas uniones. Se resumen en la frase "tus hijos y los míos les están pegando a los nuestros"[112].

### 2.2.2.5. Las familias de origen extramatrimonial

La uniones de hecho al interior de estas familias de base no matrimonial se han configurado en estructuras familiares diversas, tales como[113]:

**a) Familia concubinaria propia**:

Tanto el varón como la mujer llevan vida de casados sin estarlo.Pero podrían casarse en cualquier momento por no tener impedimentos.

[111] Ibídem.
[112] Ibídem.
[113] Ibídem.

**b) Familia concubinaria impropia**:

En esta situación, la pareja no podrá contraer matrimonio civil válido por la existencia de impedimentos legales que obstan su realización.

**c) Familia religiosa**:

Fundada en el matrimonio canónico que no tiene valor jurídico alguno, excepto los celebrados con anterioridad al año 1936.Puede ser considerado como un medio probatorio para acreditar el concubinato.

**d) Familia andina basada en el servinakuy**:

No se encuentran unidas por el matrimonio civil ni por el religioso, sin embargo están unidas por vínculos estables y duraderos.

**e) Familia amazónica**:

Son grupos familiares típicos ligados por lazos duraderos o peculiares pero que tiene connotaciones distintas a la familia andina y occidentalizada.

**f) Familias nacidas de relaciones circunstanciales**:

Generalmente basadas en el engañó, la irresponsabilidad o el delito y conformadas por la madre y su hijo (madres solteras).

**2.2.2.6.El futuro de las familias ensambladas. Breve referencia extranjera**

La notable incorporación del concepto y de la protección de la familia ensamblada al ordenamiento por obra del Tribunal Constitucional es un logro

de enorme importancia. Pero es un primer paso. Aún quedan muchos aspectos por dilucidar que ya han sido objeto de atención en otras latitudes y sobre las cuales recién, a raíz del fallo del Tribunal Constitucional, la doctrina comienza a inquirir en nuestro medio[114].

Por lo que, los problemas son múltiples, en el orden patrimonial y personal[115]. Y, además (en línea con la misma autora) el tema de la familia que se recompone remite al tema, más general, de las relaciones entre la familia y las instituciones de protección de los particulares al interior de las conformaciones sociales[116].

Y creo que es precisamente a esa protección a la que se debe una serie de respuestas en la legislación o jurisprudencia comparada, sin perjuicio de los aportes de la doctrina.Debe quedar muy claramente divisado que nos encontramos ante una familia que requiere mirar lo que acontece al interior de ella y fuera de la misma; de una familia que se forma a partir de la pareja pero que tiene una vocación inclusiva en la medida que pretende integrar al hijo o a los hijos de uno o de los dos cónyuges o convivientes, sin desconocer los vínculos biológicos con los padres que no viven con aquellos descendientes que pasan a ser parte de la familia recompuesta[117].

---

[114] VEGA MERE, Yuri *"La ampliación del concepto de familia por obra del Tribunal Constitucional. A propósito de la incorporación de la familia ensamblada y de la concesión de mayores derechos a la familia de hecho*", sitio web http://es.scribd.com/doc/42725403/alimentos, GOOGLE, 31 de Marzo de 2011.
[115] Ibídem
[116] Ibídem.
[117] Ibídem.

La reacción de cualquiera de ellos puede ser buena o no y las relaciones pueden construirse de modo armónico o conflictivo, en cuyo caso el derecho es el llamado a dirimirlos , si los propios protagonistas no son capaces de hacerlo, ya sea permitiendo al hijo afín vivir con el progenitor biológico que no es miembro de la familia reconstituida o dando alguna otra solución que puede llegar a ser, inclusive, la decisión de permitir que el hijo no integrado a la nueva familia viva con parientes consanguíneos distintos a los padres[118].

Lo que se pretende es brindar a los hijos un ambiente apropiado en el cual puedan desarrollarse y encontrar seguridad no solo en el aspecto económico sino también emocional; por ello es que se sobrepasa los límites biológicos y genéticos. Se considera el aspecto anímico, el "amor", sentimiento que muchas veces permite superar inconvenientes de carácter legal y biológico, ya que los problemas en el Derecho de Familia deben ser tratados como problemas humanos y no  unicamente aplicar las leyes de manera fría y sin sentido común.

Pero también debemos preguntarnos si cuando la familia ensamblada se integra de modo orgánico y llega a desarrollar una identidad propia que exhibe una interacción similar o igual a la del grupo que hemos calificado de "familia original"[119], existe alguna posibilidad de conceder derechos o de imponer

[118] Ibídem.

[119] Esta calificación es arbitraria, pero responde a la intención de mostrar: "La idea del pluralismo que preside e igualmente conduce a la idea que debe existir varias formas de familias, según la voluntad y elección de cada uno: familia tradicional `legítima` [que los autores entienden como la basada en el matrimonio], familia natural [que entienden no basada en el matrimonio], familia monoparental, familias recompuestas… en espera de la familia homosexual". Vid. LENSEL yLAFOND, La famille a venir. Une realité menacée mais nécessaire, cit., p.60. En VEGA MERE, Yuri "La ampliación del concepto de familia por obra del Tribunal Constitucional. A propósito de la incorporación de la familia ensamblada y de la concesión de mayores derechos a la familia de hecho", sitio web http://es.scribd.com/doc/42725403/alimentos, GOOGLE, 31 de Marzo de 2011.

deberes de naturaleza personal o patrimonial a los “progenitores sociales” o progenitores afines.Como bien dice Ferrando, si la respuesta es afirmativa, se plantea el problema de coordinar tales atribuciones con las que correspondan al progenitor no conviviente[120].

Pues hay padres afines que llegan a entablar mejores relaciones con los hijos afines. Relaciones que superan a las de los progenitores biológicos, por lo que se buscan las mejores soluciones, sobrepasando el aspecto científico biológicos, ya que padre no solo es el que engendra sino que es un concepto mucho más amplio y con mayor significado sentimental y ético.

La forma como se vienen resolviendo estos problemas en otros países deben ser considerados en nuestro país. No para plagiarlos sino para tener un panorama más amplio al momento de resolver problemas humanos y darles la mayor protección posible a los hijos menores de edad; ya que al proteger a la familia y a los hijos menores  se asegura que estos al crecer puedan brindar también amor; y, romper la triste cadena del “abandono familiar”, la cual trae consecuencias negativas en distintos ámbitos que se reflejan , con mayor frecuencia, en nuestra sociedad.

En los Estados Unidos, Walter Wadlington y Raymond C. O’Brien aluden al caso del Estado de Vermont, en el cual se decidió que los padres afines tienen del deber de dar asistencia a los hijastros si estos viven en la misma casa y los

[120]FERRANDO, Gilda. “*Familias recompuestas y padres nuevos*”, p. 317. En VEGA MERE, Yuri “La ampliación del concepto de familia por obra del Tribunal Constitucional. A propósito de la incorporación de la familia ensamblada y de la concesión de mayores derechos a la familia de hecho”, sitio web http://es.scribd.com/doc/42725403/alimentos, GOOGLE, 31 de Marzo de 2011.

recursos del padre natural o adoptivo son insuficientes[121].También refieren que la convivencia y el soporte pueden motivar otro tipo de decisiones judiciales.

En igual línea, señalan que la Corte Suprema de Alaska ha resuelto que tales condiciones constituyen la base para considerar la relación entre padres e hijos afines para determinar la custodia, es decir, la posibilidad de que sea el padrastro quien reciba la custodia del hijo no biológico[122].Ello para garantizar a los hijos la estabilidad emocional y un ambiente propicio para su desarrollo integral; no es suficiente el crédito de padre biológico, sino ahora se toma mucho en cuenta el aspecto sentimental en las relaciones entre padre e hijos afines o hijastros.Los criterios para resolver el régimen de visitas o la tenencia se han ampliado al ámbito sentimental y ya no es suficiente el aspecto biológico

Inclusive, Wadlington y O'Brien refieren que California permite los regímenes de visita entre padres e hijos afines, si ello se concede teniendo en

[121]WADLINGTON,WALTER - O'BRIEN, RAYMOND C.,*Family Law in perspective*, Foundation Press, New York, 2001, p. 142: "The protection originated with statutes and Vemont's is indicative. It provides that a stepparent has a duty to support a stepchild if the stepchild resides in the same household and the resources of the natural or adoptive parents are insufficient to provide the child with reasonable necessities. The statute seeks to provide the stepchild with the same level of living as the naturalchildren in the family. However, the stepparent need only provide for the child for so long as the stepparent and the natural parent remain married". En VEGA MERE, Yuri "La ampliación del concepto de familia por obra del Tribunal Constitucional. A propósito de la incorporación de la familia ensamblada y de la concesión de mayores derechos a la familia de hecho", sitio web http://es.scribd.com/doc/42725403/alimentos, GOOGLE, 31 de Marzo de 2011.

[122]WADLINGTON,WALTER - O'BRIEN, RAYMOND C., Family Law in perspective, pp. 142 y 143. Estos mismos autores refieren inclusive el uso de la famosa doctrina de la "equitable stoppel" (la posibilidad de oponer una situación preexistente como defensa o argumento, que se encuentra relacionada con lo que en el Civil Law se conoce como la doctrina de los actos propios) para, decidiendo siempre sobre la base del "best interest of the child", si la custodia puede ser confiada a unstepparent y no al padre biológico debido a la relación que se ha establecido entre padre e hijo afín. Ver su Op. cit., p. 171. En VEGA MERE, Yuri "La ampliación del concepto de familia por obra del Tribunal Constitucional. A propósito de la incorporación de la familia ensamblada y de la concesión de mayores derechos a la familia de hecho", sitio web http://es.scribd.com/doc/42725403/alimentos, GOOGLE, 31 de Marzo de 2011.

cuenta el interés superior del niño o niña. Similares derechos existen, afirman, en otros Estados, que no distan[123].

Gilda Ferrando alude a la experiencia europea. Así, menciona el caso inglés contenido en la Chile Support Act de 1991 que prevé la imposición, por obra de los Tribunales, del deber de manutención a cargo del progenitor social que ya haya mantenido de modo efectivo al menor.No solo se consideran los lazos biológicos, sino también la relación sentimental que existió con los hijos afines, para no dejarlos desprotegidos al finalizar la relaciones entre los padre afines, ya que muchas veces resulta ser el familiar más cercano.

También alude al Código suizo y el deber recíproco que existe entre los cónyuges y frente a los hijos nacidos antes del matrimonio. Similar norma está contenida en el Code Civil français (art. 373-2)[124].

En la región suramericana encontramos el muy avanzando caso de Uruguay y su Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA), tal como es comentado por Beatriz Ramos Cabanellas[125].

Refiere esta autora que el art. 45 del CNA consagra el deber de asistencia familiar, constituido por los deberes a cargo de los integrantes de la familia u

---

[123]WADLINGTON,WALTER - O'BRIEN, RAYMOND C.,*Family Law in perspective*, pp. 177 y 178.. En VEGA MERE, Yuri "*La ampliación del concepto de familia por obra del Tribunal Constitucional. A propósito de la incorporación de la familia ensamblada y de la concesión de mayores derechos a la familia de hecho*", sitio web http://es.scribd.com/doc/42725403/alimentos, GOOGLE, 31 de Marzo de 2011.
[124]FERRANDO, Gilda. Ob. Cit.
[125]RAMOS CABANELLAS, Beatriz,*Regulación legal de la denominada familia ensamblada*, p. 197 ss.. En VEGA MERE, Yuri "*La ampliación del concepto de familia por obra del Tribunal Constitucional. A propósito de la incorporación de la familia ensamblada y de la concesión de mayores derechos a la familia de hecho*", sitio web http://es.scribd.com/doc/42725403/alimentos, GOOGLE, 31 de Marzo de 2011.

otros legalmente asimilados a ellos.También indica que en caso de imposibilidad o insuficiencia del servicio pensionario por parte de los padres, este será prestado subsidiariamente por los ascendientes más próximos y si no existieran o no estuvieran en condiciones, por el cónyuge respecto a los hijos del otro en cuanto conviva con el beneficiario.Lo que se pretende es la protección de los hijos.

Sin embargo, el mismo art. 51 del CNA incluye el caso de los convivientes para que el concubino o concubina asuma el rol de deudor subsidiario respecto de los hijos del otro integrante de la pareja[126].También señala que el art. 38 del CNA permite al padre afín, tras la ruptura de la unión, pedir un régimen de visitas[127].

Olga Castro Pérez Treviño alude a la experiencia argentina[128] y dice con acierto, que el Tribunal Constitucional no ha llenado el vacío que presenta nuestro ordenamiento. Pues en efecto, como lo hemos adelantado, se trata de un primer paso, pero todas las interrogantes formuladas -y respondidas en otras experiencias- aún quedan pendientes de una necesaria respuesta orgánica[129].

Y es que, como bien afirma Paula Siverino, siguiendo a Germán Bidart, la familia no puede pertenecer más a la provincia del derecho privado. Los aportes

---

[126]Citada por RAMOS CABANELLAS, *Beatriz. Regulación legal de la denominada familia ensamblada*, pp. 198 y 199. En VEGA MERE, Yuri, Ob. Cit., sitio web http://es.scribd.com/doc/42725403/alimentos, GOOGLE, 31 de Marzo de 2011.
[127] Ibidem.
[128]CASTRO PÉREZ, Treviño.*El derecho de los niños, niñas y adolescentes en las familias reconstituidas. Una mirada desde el Tribunal Constitucional*, p. 39.. En VEGA MERE, Yuri , Ob. Cit., sitio web http://es.scribd.com/doc/42725403/alimentos, GOOGLE, 31 de Marzo de 2011.
[129]VELARDE BOLAÑOS, Rosa,*Los míos, los tuyos y los nuestros. De la comedia familiar al reconocimiento judicial*, en Jus (Jurisprudencia), Grijley, Lima, Marzo, 3, 2008, pp. 44 y 45.

del derecho público, tanto desde el derecho constitucional como desde el derecho internacional, al derecho de familia ya no otrogan espacio para que se deje todo en las manos del derecho privado, pues ahora la familia tiene otros parámetros y normas vinculantes.Cada vez es mayor la protección de la familia por el derecho constitucional.

En conclusión. Las bases aún no existen, pero gracias al Tribunal el tema ha sido puesto sobre la mesa de debate quedando pendiente, como dijimos, una respuesta orgánica a los complejos problemas que plantea la familia ensamblada.

Ese parece ser el futuro de las familias recompuestas que estimo asomarán ahora con mayor soltura y confianza y pasarán a ser protagonistas de una era que tiende a reconocer modelos familiares que no se conforman con ser constreñidos al concepto tradicional de familia que mantiene la legislación civil[130].

En nuestro país todavía no existen pronunciamientos judiciales respecto a la obligación de los hijos afines con los padres no biológicos. Esto se debe a que nuestro Tribunal Constitucional aún no se pronuncia al respecto, pero constituye un gran avance el pronunciamiento sobre las familias emsambladas o reconstituidas y unhito para seguir avanzando en el derecho familiar. Todo ello gracias a que las fronteras y el avance de la jurisprudencia han sobrepasado las normas positivas, con lo cual existen grandes expectativas de que se va

[130]SIVERINO,*Apuntes a la Sentencia del TC sobre familias ensambladas*. Una lectura posible de la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Shcols Pérez, cit., p. 73. En VEGA MERE, Yuri, Ob. Cit., sitio web http://es.scribd.com/doc/42725403/alimentos, GOOGLE, 31 de Marzo de 2011.

seguir el mismo rumbo y tratar de dar mayor protección a los niños y adolescentes, considerando además que algunos principios del derecho familiar así lo permiten.

Cada vez ante nuestros Tribunales se presentan casos nuevos que requieren atención por parte del Estado, pues debemos considerar que los problemas familiares requieren ser tratados como problemas humanos, conforme se tiene en nuestro ordenamiento jurídico. Siendo obligación del Estado otorgarle el amparo que solicita de acuerdo a los nuevos parámetros y avances que ya se han expuestos.La familia debe ser protegida por el Estado, ese es el rol, que no puede dejar de cumplir, más aún si consideramos que la familia es anterior a la existencia del Estado.

### 2.2.3. La Unión de Hecho

#### 2.2.3.1. Antecedentes históricos

El concubinato tiene un origen muy remoto, fue admitido como institución legal en el Código de Hammurabi que es el más antiguo texto legal que se conoce.

En Roma fue regulado por el *jus gentium*, alcanzando su mayor difusión a fines de la República[131].

[131] VIGIL CURO, Clotilde Cristina, "*Los concubinos y el derecho sucesorio en el Código Civil Peruano*", Revista de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM, pp. 153 y 154. Así mismo en COSTA CARHUAVILCA, ERICKSON ALDO *"¿El Concubinato puede derivar derechos sucesorios?*", en sitio WEB http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2287/21.pdf, visitado el 31 de Marzo de 2011.

Entre los germanos existió el concubinato para las uniones entre libres y siervos, debido a que no se permitía el matrimonio entre personas de distinta condición social. Fue sustituido después por el matrimonio llamado de mano izquierda o morganático, por el cual la mujer de condición inferior no participaba de los títulos ni rango del marido, siguiendo los hijos la misma condición de la primera sin heredar a este[132].

El concubinato subsistió en la Edad Media, no obstante la creciente oposición del Cristianismo. Así en España lo consagraron antiguas costumbres y ciertas disposiciones legales, tomando el nombre de barragania, que posteriormente fue sustituido por el de amancebamiento[133].

En los Fueros y en las Partidas se reglaron las uniones de hecho a la manera de los romanos, con la diferencia de que la barragana podía en cualquier momento contraer matrimonio siempre y cuando no tuviera impedimentos. Posteriormente en el llamado Concilio de Trento se prohibió sancionar a los concubinos[134].

En el derecho moderno el concubinato resulta ser una costumbre muy extendida. Pese a ello hay códigos que lo ignoran tales como el código germano o el código napoleónico en Francia, en el cual sigue siendo un "acto inmoral" que atenta contra las buenas costumbres. Sin embargo, hay países en los cuales sin dejar de garantizar plenamente al matrimonio -la institución familiar por excelencia- no se ha podido dejar de legislar sobre el concubinato y atribuirle

[132] Ibídem.
[133] Ibídem.
[134] Ibídem.

ciertos efectos bajo ciertas condiciones, puesto que es una realidad que el derecho no puede ignorar, tal es el caso de países como Bolivia, México, Guatemala, el Salvador, Honduras, etcétera[135].

**A.- Derecho Familiar Pre Inca**

Las relaciones familiares en las culturas preincas: Chavin, Tiahuanaco, Mochica, Chimú, Nasca y Paracas estuvieron regidas por normas consuetudinarias[136]. La organización familiar fue el ayllu, característica de todas las culturas preincas, este era un conjunto de familias que estaban unidas por vínculos de sangre, de territorio, de legua, de religión y de intereses económicos. Esta situación se producía porque descendía de antepasados comunes, hablaban el mismo dialecto, adoraban a los mismos dioses, estaban atados a la tierra y al trabajo colectivo y descendían de un mismo tronco: el tótem[137].

El derecho familiar preinca no solo se basa en el ayllu ,sino también en el patriarcado con rezagos de matriarcado con formas matrimoniales exogámicas y endogámicas, inclusive, existían modos de relación de pareja como el servinacuy[138].

---

[135] Ibídem.
[136] CASTRO AVILES, Fátima y otros…. *Taller de Derecho Familiar "Régimen Legal de las Uniones de Hecho"*, GOOGLE; http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Taller_de_Derecho_de_Familia.pdf, visitado 02 de enero del 2010.
[137] PERALTA ANDIA, Javier Rolando. *Derecho de familia en el Código Civil.* Tercera Edición. Lima; Editorial Moreno S.A., 2002, pp. 70-71. En CASTRO AVILES, Fátima y otros…. *Taller de Derecho Familiar "Régimen Legal de las Uniones de Hecho"*, GOOGLE; http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Taller_de_Derecho_de_Familia.pdf, visitado 02 de enero del 2010.
[138] Ibídem.

**B.- Derecho Familiar Inca**

El Inca practicaba la poligamia e incluso podía contraer matrimonio con su hermana a fin de conservar la pureza de sangre.

A la nobleza inca también le era permitido contraer matrimonio poligámico. El soberano se colocaba en medio de los contrayentes, los llamaba y les tomaba de la mano para juntarlos. Este matrimonio se denominaba "entregados por las manos del Inca" cuyas esposas eran mujeres legítimas[139]. El interés del Estado incaico, en dichas uniones maritales era formalizarlas a través del gobernador, con el afán de recibir los tributos y contribuciones[140].

El matrimonio era considerado también como un acto civil, algunas veces adoptó la forma contractual de la compra que se realizaba con intervención de un funcionario público. Coexistieron, al lado de la institución nupcial el matrimonio por rapto y las uniones de hecho en forma legal[141].

El régimen patrimonial del matrimonio del pueblo del Tahuantinsuyo se originaba en la donación que hacía el Estado incaico mediante la entrega de un topo de tierra al varón y medio topo para la mujer. A ello se suman, los aportes de comunidad en la construcción de sus viviendas y el cultivo de sus chacras, el de sus progenitores y el de los mismos pretendientes consistentes en prendas y alimentos que le daban seriedad y solidez a dichas uniones.Una vez

[139] Ibídem.
[140] Ibídem.
[141] Ibídem.

contraídas estas, la fidelidad era celosamente exigida y el adulterio severamente castigado[142].

**C.- Derecho Familiar Colonial**

Las uniones de hecho en la Colonia tuvieron su origen en la desigualdad social debido a que los españoles no podían casarse con las mujeres de la raza incaica[143].

El concubinato generalizado durante la Colonia, significó una forma de opresión socioeconómica, racial y de género, puesto que "en el amacebamiento, la regla general era que el hombre pertenecía siempre a una casta o a una capa social más elevada que la mujer".

El carácter de concubinato de los nobles españoles con mestizas, expresó el dominio masculino y la mujer no solo fue utilizada sexualmente de manera clandestina sino que a los hijos que nacían de estas uniones se les consideraba "ilegítimos", y no podían ingresar a determinados colegios, ni ocupar cargos importantes, ni casarse con quien quisieran[144].Ello ha sido criticado ampliamente por grupos defensores de los derechos de las mujeres.

---

[142] Ibídem.
[143] Ibídem.
[144] FORGUES, Rolando. *El Concubinato en la Colonia en el Perú*, SITIO WEB GOOGLE, http://books.google.com/books?id=UU5Bo38ZYPYC&pg=PA188&lpg=PA188&dq=el+concubinato+en+la+Colonia+en+el+per%C3%BA&source=bl&ots=X8AKucQcj5&sig=JiajDvKdudETJHQmT687TiM2-YE&hl=es&ei=GK2jTYzwKInQsAPEp_H5DA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=8&ved=0CEoQ6AEwBw#v=onepage&q=el%20concubinato%20en%20la%20Colonia%20en%20el%20per%C3%BA&f=false, visitado el 02 de Enero de 2010.

**D.- El Concubinato en la República**

Las fuentes del Derecho de Familia después de la independencia fueron principalmente la legislación castellana, el derecho canónico y el concilio de Trento[145].La unión de hecho subsistió como un hecho efectivo y con innegable difusión, sin que tuvieran eficacia para hacer desaparecer las sanciones de carácter penal dictadas en la época republicana, que disponía:

"El marido que incurra en adulterio, teniendo manceba en la casa conyugal, será castigado con reclusión en segundo grado; y, con la misma pena en tercer grado, si la tuviese fuera". En cambio no se consideraba como delito la unión de hecho de las personas libres[146].

Como se puede apreciarla manera como se trataba a las uniones de hecho era considerando la casta. Se dice que muchas españolas volvieron a su país ya que los españoles terminaban por preferir a sus mancebas, pero estas últimas no eran protegidas por el derecho.

**2.2.3.2. Acepciones de la unión de hecho**

Según el Maestro Cornejo Chávez, el concubinato debe ser definido desde dos dimensiones. La primera en sentido amplio, por la cual dos personas libres (si quiere llamarse solteros) o atadas se unen en una relación que exige un carácter de permanencia y/o habitualidad; no puede considerarse como

---

[145] CASTRO AVILES, Fátima y otros…. *Taller de Derecho Familiar "Régimen Legal de las Uniones de Hecho"*, GOOGLE; http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Taller_de_Derecho_de_Familia.pdf, visitado 02 de enero del 2010.
[146] Ibídem.

concubinato a la unión esporádica, es decir a aquella unión sexual casual entre un varón y una mujer y tampoco puede considerarse concubinato al libre comercio carnal[147].

En sentido restringido el concubinato es la convivencia habitual, continua y permanente, desenvuelta en un ámbito de fidelidad y sin impedimentos de transformarse en un futuro en una unión de derecho o unión matrimonial".[148]

La unión de hecho es una comunidad basada en afectos, emociones, fidelidad y asistencia mutua; es una relación de afectividad que cumple las funciones educativas, socializadoras, moralizadoras , de sustento y soporte como se da en toda familia.

Quienes son parte de esa familia concubinaria no diferencian ni esperan que el grupo familiar se comporte de modo diverso a la familia matrimonial[149].

La unión viene dada por una fórmula lingüística que alude a la familia, ya sea como "familia paramatrimonial" o "familia de hecho", el término «familia» no solo aproxima el fenómeno a la familia fundada en el matrimonio, sino que, además, transmite un patrimonio de valores , emociones y sensaciones que componen un cuadro de referencias importantes: la convivencia de dos

---

[147] CALDERÓN BELTRAK Javier. *Uniones de Hecho en el Perú.* http//escribiendoderccho.blogspot.com/2008/04/uniones-de-hecho-en -el-per-html, 23 de Octubre del 2009.
[148] Ibídem.
[149] VEGA MERE, Yuri. *Amor, Familia, Unión de Hecho y Relaciones Patrimoniales*; www.personaedanno.it/cms/data/articoli/014724.aspx, 14 de Octubre de 2009.

personas de sexo diferente, fundada en la comunión material y espiritual, alegrada por la presencia de los hijos.

Sin embargo, creo que también en aquella calificación de familia "de hecho" se puede advertir cierto giro oculto que, de una u otra manera, pretende acuñar que no es una familia de "derecho", es decir una unión matrimonial[150].

El concubinato denominado también amancebamiento, no viene a ser sino la cohabitación de un hombre con una mujer fuera del matrimonio, pero con fines muy parecidos a estos, es decir llevar una vida en común y tener hijos; sin embargo, en la doctrina se abre cada vez más el camino en relación a la necesidad de regular esa clase de relaciones. En primer término porque parece cruel e injusto privar de todo derecho a la pareja que ha mantenido su unión a veces durante toda su vida y en la que la mujer ha contribuido al cuidado del hogar y a su sostenimiento igual que una esposa y en segundo lugar porque el concubino, a diferencia del esposo, se libera de toda responsabilidad frente a la mujer, que es la parte más débil frente a este tipo de relación[151].

Para Augusto César Bellucio es la unión de hecho y la procreación fuera del matrimonio las que dan lugar a la existencia de vínculos que determinan también la existencia de una familia ilegítima o extramatrimonial. Vínculos

---

[150] VEGA MERE, Yuri. *Consideraciones Jurídicas sobre la Unión de Hecho;*http://blog.pucp.edu.pe/item/24615; 09 de Enero de 2010.

[151] VIGIL CURO, Clotilde Cristina, "*Los concubinos y el derecho sucesorio en el Código Civil Peruano*", Revista de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM, pp. 153 y 154. En COSTA CARHUAVILCA, Erickson Aldo "¿El Concubinato puede derivar derechos sucesorios?", en sitio WEB http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2287/21.pdf, visitado el 31 de Marzo de 2011.

cuya relación jurídica también es necesaria, sea cual fuere el criterio que se adopte para organizar su ordenamiento frente a la legítima[152].

Como se desprende del acápite anterior, cada autor hace énfasis en algún aspecto específico del fenómeno siendo para unos, lo más importante, las relaciones sexuales mientras que otros enfatizan en la ausencia de vínculo jurídico como lo esencial, y otros por su parte ponen énfasis en la temporalidad de la unión.

En realidad, no existe contradicción entre las definiciones dadas, lo que ocurre es que, o bien pecan por incompletas, o son definiciones parciales que enfocan solo una de las facetas del problema en estudio, según se dé mayor trascendencia a uno de sus elementos frente a los demás, sin enfocar la noción integral que se debe tener del concubinato[153].

La definición propiamente dicha se halla contenida en el artículo 5° de la Constitución Política del Perú del año 1993 que a letra dice:

"La unión estable de un varón y una mujer libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable"[154].

---

[152] BELLUCIO AUGUSTO, Cesar. Nociones de derecho de familia, pp. 155. En COSTA CARHUAVILCA, Erickson Aldo "*¿El Concubinato puede derivar derechos sucesorios*?", en sitio WEB http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2287/21.pdf, visitado el 31 de Marzo de 2011.

[153] HURTADO CÁRDENAS, Eduardo de Jesús, *Propuestas para la creación del régimen de bienes entre concubinos*, pp. 33-44. En COSTA CARHUAVILCA, ERICKSON ALDO "*¿El Concubinato puede derivar derechos sucesorios*?", en sitio WEB http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2287/21.pdf, visitado el 31 de Marzo de 2011.

[154] REYES RÍOS, Nelson, "*La familia no matrimonial en el Perú*", Revista de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM, p. 38. En COSTA CARHUAVILCA,

Se pueden apreciar las características más saltantes del concubinato a partir de la siguiente definición que se recoge del artículo 326 del Código Civil de 1984: es la unión de hecho voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, originan una sociedad de bienes, que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos; lo cual supone que de no darse alguno de los presupuestos legales para la unión concubinaria perfecta no hay concubinato amparable[155].

Proponemos nuestra propia definición: concubinato es la unión permanente, estable y libre entre un hombre y una mujer, para hacer vida marital, sin que medie entre ellos vínculo matrimonial[156].

### 2.2.3.3. Terminología

A las uniones de hecho se les denomina también como "concubinato", "'convivencia adulterina", "convivencia extramatrimonial", "convivencia fuera del matrimonio", "matrimonio de hecho"; precisamente para hacer notar que no se ajusta a la familia matrimonial[157]

---

Erickson Aldo "*¿El Concubinato puede derivar derechos sucesorios*?", en sitio WEB http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2287/21.pdf, visitado el 31 de Marzo de 2011.

[155] BERRIO, B., Nuevo Código Civil, p. 76. En COSTA CARHUAVILCA, Erickson Aldo *"¿El Concubinato puede derivar derechos sucesorios*?", en sitio WEB http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2287/21.pdf, visitado el 31 de Marzo de 2011.

[156] COSTA CARHUAVILCA, Erickson Aldo "*¿El Concubinato puede derivar derechos sucesorios*?", en sitio WEB http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2287/21.pdf, visitado el 31 de Marzo de 2011.

[157] Ibídem.

La calificación de la unión viene dada por una fórmula lingüística que alude a la familia, ya sea como “familia paramatrimonial” o “familia de hecho”, el término «familia» no solo aproxima el fenómeno a la familia fundada en el matrimonio, sino que, además, transmite un patrimonio de valores y emociones, sensaciones que componen un cuadro de referencias importantes: la convivencia de dos personas de sexo diferente, fundada en la comunión material y espiritual, alegrada por la presencia de los hijos. Sin embargo, creo que también en aquella calificación de familia “de hecho” se puede advertir cierto giro oculto que, de una u otra manera, pretende acuñar que no es una familia de “derecho”, es decir una unión matrimonial[158].

Se usa la expresión «convivencia *more uxorio*», para hacer referencia a la ausencia de hijos aun cuando se aluda a la vida en común. En una posición, si se quiere, más tirada a la libertad o facilidad de disolución, el jurista prefiere hablar de “unión libre”, apuntalando la presencia de espacios de autonomía privada más amplios a los que suele encontrarse en el matrimonio[159].

En España, y desde el año 1998, las legislaciones forales (siguiendo el ejemplo de Cataluña) han optado por la expresión “pareja estable”. Si tuviéramos que especular sobre las razones por las cuales se ha preferido esta etiqueta, muy probablemente encontraríamos dos motivos. Con el vocablo “pareja” entiendo que se alude a dos personas unidas, sin necesidad de la presencia de hijos, lo cual encuentra explicación desde el momento en que las

[158] Ibídem.
[159] Ibídem.

legislaciones autonómicas españolas admiten las uniones homosexuales. Y me parece que la calificación de "estable" tiene como propósito atacar el mito de la precariedad con la que se acostumbra tildar a las convivencias no matrimoniales. En Bélgica, a raíz de la reforma de su Código civil para dar espacio a las uniones de hecho, se habla de la "cohabitación legal" como una forma de legalizar la cohabitación no matrimonial, término que, por lo demás, es frecuentemente utilizado en los Estados Unidos de América[160].

### 2.2.3.4. Tipos de unión de hecho

**a. En sentido amplio**, el concubinato (unión de hecho) puede darse entre personas libres o atadas por vínculo matrimonial con distinta persona, o que tengan impedimento para legalizar su unión o no lo tengan. Sea dicha unión ostensible o no lo sea; pero siempre que exista un cierto carácter de permanencia o habitualidad en la relación. Quedan en consecuencia, excluidos del concubinato, la unión sexual esporádica y el libre comercio carnal.[161].

**b. En sentido restringido,** el concubinato puede conceptuarse como "la convivencia habitual, esto es, continua y permanente, desenvuelta de modo ostensible, con la nota de honestidad o fidelidad de la mujer y sin impedimento para transformarse en matrimonio, de donde se infiere que no se considera incluida la relación sexual esporádica y el libre comercio carnal

[160] Ibídem.
[161] CORNEJO CHAVEZ, Héctor. (1999) *Derecho Familiar Sociedad Conyugal. Sociedad Paterno Filial. Amparo familiar del incapaz*. Ediciones. Lima, Gaceta Jurídica Editores S.R.L., p. 63

y la convivencia violatoria de alguna insalvable disposición legal relativa a los impedimentos para contraer matrimonio.[162]

Para Yolanda Vásquez[163], la ley civil define dos clases de concubinato:

a) **Concubinato propio**: el artículo 326° del Código Civil dice que "La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libre de impedimento matrimonial, puede alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio; además origina una sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos…"
b) **Concubinato impropio**: De acuerdo a los dispuesto en el artículo 402° inciso 3, hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí hacen vida de tales.

Esta autora sostiene que le primero tiene los efectos jurídicos de una sociedad de bienes y, el segundo, la acción de enriquecimiento indebido[164].

**2.2.3.5. Características: requisitos de la unión de hecho**

a) La unión debe ser voluntaria, es decir, debe surgir de la espontaneidad, conocimiento y libre albedrío de las partes; no cabe, no es posible pensar en una convivencia forzada. Es en esta decisión en la que se revela el *affectio*

[162] Ibídem.
[163] VASQUEZ GARCIA, Yolanda. (1988) *Derecho de la Familia. Teórico-Práctico*. Tomo I. Sociedad Conyugal. Lima, Editorial RODHAS y editado por Editorial Huallaga, pp. 187-188.
[164] Ibídem.

*maritalis* aunque voluntad y afectos sean distintos (pero claramente complementarios)[165].

b) Además, debe ser una unión entre un hombre y una mujer, es decir, debe tratarse de una unión heterosexual, quedando descartadas las parejas homosexuales[166].

c) Cuando ambas normas se refieren a "un" varón y a "una" mujer aluden a la exigencia de la singularidad, de la exclusividad o monogamia, que se traduce en el deber de fidelidad entre los convivientes, que muchos se niegan a concebir para los concubinos bajo la excusa (o denuncia) de que se trata de uniones libres. Por ello, no es posible que se mantenga varias relaciones a la vez, aun cuando todos los involucrados carezcan de impedimentos matrimoniales[167].

d) Cuando se hace referencia a la estabilidad o permanencia, se entiende que la pareja debe tener una comunidad de vida estable y duradera. En el caso de la ley peruana, es claro que se exige un plazo mínimo de dos años. Pero debe tratarse de un lapso de dos años ininterrumpidos; la unión no puede ser sostenida –se ha dicho- de forma interrumpida, ni los dos años pueden ser producto de la acumulación de períodos discontinuos[168].

e) La estabilidad implica, de suyo, compartir un techo común y además cohabitar, es decir, vivir maritalmente como pareja, tener vida sexual. Como dice Beatriz González, debe haber "...existencia efectiva de relación

---

[165] VEGA MERE, Yuri. *Consideraciones Jurídicas sobre las Uniones de Hecho*; http://blog.pucp.edu.pe/item/24616, 09 de Enero del 2010.
[166] Ibídem.
[167] Ibídem.
[168] Ibídem.

sexual", para añadir luego que, dado que estas uniones constituyen una relación de afectividad análoga a la conyugal, cuando no hay hogar común no hay concubinato, quedando excluidas por la ausencia de dicho requisito las uniones esporádicas o circunstanciales, las homosexuales, las de los transexuales, las adulterinas, las de los mal llamados matrimonios a prueba, debiendo seguir la misma suerte aquellas situaciones en las que no se comparte una vida en común y solo se comparte el lecho los fines de semana o de modo infrecuente[169].

f) Los miembros de la pareja, además, deben encontrarse libres de impedimento matrimonial. Le asiste razón a Bigio cuando señala que, en este sentido, no basta que no sean casados, pues este autor entiende que resultan aplicables los artículos 241 y 242 del Código Civil que regulan los impedimentos absolutos y relativos, respectivamente, para contraer matrimonio[170].

g) La convivencia, sin embargo, no se "realiza y mantiene" (en palabras poco técnicas del Código civil) para tener sexo, compartir techo y nada más. Es indispensable que la unión cumpla deberes semejantes a los del matrimonio, lo cual "... implica que el comportamiento de la pareja deberá ceñirse a las pautas generales que el Código Civil señala respecto de las relaciones personales entre los cónyuges"[171].

h) Debe ser una unión notoria, pública, cognoscible por los terceros; de allí que la propia norma civil haga referencia a la "posesión de estado". No debe ser

[169] Ibídem.
[170] Ibídem.
[171] Ibídem.

oculta, clandestina, pues ello podría denotar que la situación de los convivientes podría encontrarse al margen de tales exigencias[172].

i) Es evidente que las uniones libres, por ser tales, carecen de las formalidades que se requieren para la celebración del matrimonio.

Los concubinos asumen una relación de manera voluntaria, y así la sostienen, sin recurrir a autoridad alguna, especialmente en nuestro medio en el que, a diferencia de las legislaciones escandinavas o de las que se inspiran en ellas (como Francia, Alemania y algunas autonómicas de España), no existen registros para las convivencia *more coniugali*[173].

No es requisito el que la pareja tenga hijos, aunque sea un indicio de convivencia o de relaciones maritales.Pese a todo, aun cuando la convivencia presente los caracteres antes indicados, ella no genera estado civil distinto al que tengan los concubinos.Cuando no se cumplen con los requisitos antes señalados se acostumbra a señalar que nos encontramos ante un concubinato "impropio", aunque no falta quien, con agudeza, señale que también podría considerarse como "forzosa" la convivencia en la que uno o los dos miembros tienen ligamen nupcial anterior del cual no pueden desprenderse, muchas veces por razones ajenas a su propia intención[174].

El cumplimiento de tales exigencias, por lo demás, pese a la exigua regulación que tiene la unión de hecho en nuestro medio, resulta de particular interés (de la lectura del texto se desprende que la ley exige estabilidad por dos

[172] Ibídem.
[173] Ibídem.
[174] Ibídem.

años, singularidad o exclusividad, notoriedad, comunidad de techo y de lecho, cumplimiento de fines similares al matrimonio, heterosexualidad y ausencia de impedimentos, dándose por entendido que se trata de uniones que carecen de formalidad ), pues la no observancia de alguno o algunos de ellos tendrá notables diferencias en cuanto a los efectos que la norma reconocerá a los llamados concubinatos impropios o imperfectos[175].Para los cuales quedan restringidos algunos derechos.

Es cierto, por otro lado, que el código no castiga de manera directa al concubinato adulterino en el sentido de asignarle efectos perjudiciales a la relación convivencial en sí misma. Pero, podría servir de justificación para el cónyuge a fin de poder demandar la disolución del matrimonio por causal, con las consecuencias que la ley prevé en contra del comúnmente calificado como cónyuge culpable dentro de las normas del divorcio-sanción que coexisten con la reciente modificación que introduce el divorcio por el cese efectivo de la convivencia y siempre que no se hubiere cumplido el plazo de caducidad establecido por el artículo 339 del Código Civil para fundar la acción en el adulterio.

### 2.2.3.6. Extinción de la unión de hecho

Se rige bajo el principio de libre ruptura, la unión de hecho termina por mutuo acuerdo o por decisión unilateral de uno de ellos. También termina en supuestos en los que la convivencia resulta imposible de sostenerla, como son

[175] Ibídem.

los casos de muerte de uno de los convivientes o por su declaración de ausencia[176].

Así tenemos como causas para la extinción de la unión de hecho, los siguientes supuestos:

- Por muerte de uno (declaración de muerte presunta) o de ambos de los convivientes, ocurrido el fallecimiento de uno de los convivientes o su declaración de muerte presunta o en el supuesto que ambos fallezcan, se originará la extinción de la unión de hecho.
- Por decisión unilateral, uno de los concubinos puede tomar la decisión de ponerle fin a la unión de hecho, y sin necesidad de que el otro se encuentre de acuerdo la unión de hecho termina.
- Por mutuo acuerdo, se produce cuando ambos concubinos toman el acuerdo de ponerle fin a la unión convivencial.

**2.2.3.7. La necesidad de regulación del concubinato**

Se trata de una posición moderada, que sin equipararse el concubinato a la unión matrimonial, reconoce su existencia, concediendo algunos derechos a favor de los sujetos débiles de esta relación[177]. Sus fundamentos son:

---

[176] PLACIDO V., Alex. Familia, *Matrimonio, Convivencia y Constitución*; En CALDERON PUERTAS, Carlos Alberto Y OTROS. (2,009) Persona, Derecho y Libertad. Nuevas Perspectivas. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernandez Sessarego, Editora Jurídica MOTIVENSA, Primera Edición, 1158 pp., p. 507.

[177] COSTA CARHUAVILCA, Erickson Aldo. "*¿El Concubinato puede derivar derechos sucesorios*?", en sitio WEB http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2287/21.pdf, visitado el 31 de Marzo de 2011.

El concubinato es un fenómeno social muy extendido que no puede desarrollarse al margen de la ley ni del derecho.Debe rodearse de algunas garantías a los sujetos débiles de la relación concubinaria como son la mujer y los hijos, quienes finalmente sufren las consecuencias[178].

La ley, por otro lado debe gobernar los efectos que produce el concubinato ya que su fragilidad atenta contra la estabilidad de la familia de base no matrimonial[179].

Adoptan esta orientación la mayor parte de las legislaciones latinoamericanas como la brasileña, la venezolana, la chilena, la peruana, etcétera[180].

Sobre la materia es acertada la opinión del maestro Cornejo Chávez, cuando afirma que en realidad el problema no es el de saber si conviene o no que la ley gobierne el concubinato, sino de establecer en qué sentido y con qué mirada final debe hacerlo, es decir, si debe procurar, con medidas adecuadas, su paulatina disminución y eventual desaparición, o si, al contrario, debe prestarle amparo y conferirle así la solidez que falta[181].

---

[178] Ibídem
[179] Ibídem
[180] Ibídem
[181] Ibídem

### 2.2.4. La constitucionalización del derecho privado familiar a partir de instrumentos internacionales

La familia es el núcleo esencial de toda sociedad por lo que el Estado está obligado a protegerla promoviendo su unidad y evitando su desintegración[182].

El respeto de los derechos fundamentales de la persona se originó como consecuencia de un acuerdo general. Luego de la Segunda Guerra Mundial, con la creación de la Organización de Naciones Unidas, surge una real preocupación de la comunidad internacional por construir un sistema de protección de los derechos humanos. Esto no implica que antes no existieran normas sobre la materia; sin embargo, es recién a partir del año 1945 que se crea el cuerpo normativo e institucional de protección del ser humano[183].

La carta funcional de la organización no solo amplía el listado de derechos, consagrándolos para todos los seres humanos sin excepción, sino que establece el carácter obligatorio para los estados miembros de la organización de promover los derechos humanos y las libertades fundamentales. El derecho internacional moderno de los derechos humanos se origina (precisamente) en estas normas de la carta.

---

[182] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Anual 1981-1982. pp.69 y 81. En DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. Academia de la Magistratura, Programa de Actualización y Perfeccionamiento, pág. 174.

[183]BUERGENTAHAL, Tomas y otros. *Manual de Derecho Internacional Público*, México: Fondo de Cultural Económica, 1994, p. 96. En Derechos Humanos en la Administración de Justicia, Academia Nacional de la Magistratura. Programa de actualización y perfeccionamiento, año 2008, pág. 32.

Ellas sentaron la base conceptual del desarrollo del derecho sustantivo de los derechos humanos y su transformación en materia de interés internacional"[184], pues las declaraciones sobre derechos fundamentales fueron acordadas para proteger a las personas no solo dentro del ámbito nacional sino también a nivel mundial. Existen derechos que incluso forman parte del IUS COGENS. Así tenemos su regulación en:

- Artículo 16 de la Declaración de los Derechos Humanos.
- Artículo 23 del Plan Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Artículo 17 y 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos humanos.
- Artículo 16.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.
- Artículo 4 de la Constitución Política del Perú.

#### 2.2.4.1. Derecho a elegir el modelo familiar que se desea fundar

El derecho de familia es una rama que ha estado tradicionalmente enmarcada en el derecho civil. De esa realidad dan cuenta los textos de doctrina tanto nacionales como latinoamericanos y los currículos de muchas de nuestras universidades. Sin embargo, el derecho de familia amerita ser observado como una rama autónoma con cruces importantes con el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos

[184] Ibídem, p. 32.

humanos; al fin y al cabo es su propósito "procurar la efectividad de los derechos fundamentales" en el marco de las relaciones familiares[185].

El artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que "Los hombres y mujeres a partir de la edad núbil tienen derecho (…) a casarse y fundar una familia". Por su parte el Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos reconoce en su artículo 23 "el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienenn edad para ello". Igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 17:"reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia"[186].

Habiendo expresado que el matrimonio no es la única fuente donde surgen las familias y observando que estos instrumentos internacionales reconocen el derecho que les asiste tanto a hombres como a mujeres de fundar una familia, bien podemos sostener que el contenido esencial de este derecho no solo comprende la facultad que tienen las personas de constituir una familia con ánimo de permanencia en el tiempo y sumando esfuerzos en la consecución de fines comunes; sino también comprende la facultad de poder elegir el modelo familiar que se desea fundar, de acuerdo a lo que resulte más adecuado a las convicciones e ideales de las personales, garantizando así su derecho al libre

[185] ROCA, Encarna. "*El derecho a contraer matrimonio y la regulación de las parejas de hecho*". En: Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión internacional. Dykinson, Madrid, 1999. p. 150. Citado por RAMIREZ HUAROTO, Beatriz "*Hacia un enfoque de Derechos fundamentales en el Derecho de familia*", p. 65. En GACETA CONSTITUCIONAL Tomo 35 Noviembre 2010, Gaceta Jurídica, Perú.
[186] VASQUEZ PEREZ, Ernesto "*El deber alimentario en las familias ensambladas*", p. 55. En GACETA CONSTITUCIONAL Tomo 35, Noviembre 2010, Gaceta Jurídica, Perú.

desarrollo de su personalidad[187].

Es el escenario actual de la familia, en el cual coexisten el hogar nuclear -como forma ideal para algunos- y una variedad de modelos familiares representativos de un considerable porcentaje de nuestra sociedad. Puede hablarse de un derecho que garantiza la libre elección del tipo familiar que se prefiere crear[188].

El ejercicio de este derecho debe ser garantizado por el Estado, independientemente del tipo familiar que se elija, pues, entre otras cosas, la familia tiene el valor primordial de haber sido, ser y seguir siendo el lugar donde se crían, forman y educan las personas antes de ser insertadas a la sociedad[189].

**2.2.4.2.Regulación de la unión de hecho en nuestro ordenamiento jurídico**

**A.- En el Código Civil de 1852**

Se establecía que el matrimonio era perpetuo e indisoluble y solo la muerte lo extinguía, acorde con la concepción católica del matrimonio. Sin embargo, los cónyuges podían separarse de cuerpos por determinadas causales, que contenían supuestos de incumplimiento de los deberes del matrimonio por parte del otro cónyuge[190]. En este Código no se abordó el

[187] Ibídem.
[188] Ibídem.
[189] Ibídem.
[190] CARREON ROMERO, Francisco. *Un nuevo matrimonio en el Perú*, www.gacetajuridica.com.pe/informes/comentarios_b/diciembre_05/comentarioa, 14 de Agosto 2009.

tema, pero si estaba previsto el enriquecimiento sin causa, sin hacer mención que podía ser utilizado por los concubinos.

Para Toledo Más, el artículo 156° del Código Civil de 1852 resume en sí, toda la doctrina del código canónico sobre el matrimonio: "El matrimonio se celebra en toda la República, con las formalidades establecidas por la Iglesia en el Concilio de Trento". Este artículo en su declaración encierra y reproduce toda la legislación eclesiástica en materia de matrimonio. Es como si su hubiera trasladado al Código las disposiciones del Concilio, y más tarde del Código Canónico. En consecuencia, el sistema del Código Civil de 1852 es el matrimonio religioso, que produce efectos civiles. No pueden por lo tanto, contraer matrimonio válido en el Perú, sino los que profesan la religión católica, apostólica y romana[191].

La Comisión Reformadora del Código de 1852, cuyo trabajo culminó con la promulgación del Código de 1936, abordó el problema de las uniones de hecho. El aspecto que le preocupó fue el eventual enriquecimiento del concubino a costa de su compañera, en el caso de que aquel abandonara a esta.

Aquella Comisión Reformadora terminó por aceptar el criterio expuesto por uno de sus miembros, el señor Olaechea, en el sentido de que el problema de la posible explicación de la mujer abandonada por su concubino podría ser resuelto, sin necesidad de legislar sobre la unión de hecho mediante la aplicación de la norma (contenida en el artículo 1149 del Código de 1936)

[191] TOLEDO MÁS, César. *Legislación Matrimonial en el Perú*. Pp. 31-32. En CASTRO AVILES, Fátima Evelia y otros. *Taller de Derecho de Familia*; En sitio web: http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Taller_de_Derecho_de_Familia.pdf

según la cual:

"aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro, está obligado a la restitución"[192].

Como podemos observar, nuestra primera ley civil consideró al matrimonio católico como único válido y por ende surtía efectos civiles. Los que no profesaban la religión católica no podían contraer matrimonio y se quedaban en la esfera de la unión de hecho. Debido a esa situación los no católicos propiciaron la aprobación de la Ley de 23 de diciembre de 1897 a fin de establecer el matrimonio civil para las personas que no profesaran la religión católica, así como para aquellas a quienes la Iglesia negase su licencia por disparidad de cultos[193].

Luego se expidió la Ley de 1920 que establecía el matrimonio civil obligatorio y previo al matrimonio religioso.

**B.- En el código civil de 1936**

El Código Civil de 1936 de influencia francesa, suiza e hispanoamericana, sigue un criterio abstencionista respecto a la unión de hecho, como modalidad de constituir una familia.

---

[192] CORNEJO FAVA, María Teresa (2000). *Matrimonio y Familia. Su tratamiento en el Derecho*, Lima, Tercer Milenio S.A., pp. 541. En CASTRO AVILES, Fatima Evelia y otros …Taller de Derecho de Familia; En sitio web: http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Taller_de_Derecho_de_Familia.pdf

[193] CASTRO AVILES, Fatima Evelia y otros. *Taller de Derecho de Familia*, http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Taller_de_Derecho_de_Familia.pdf

La unión de hecho para el Código de 1936 es:“Una sociedad de hecho en la que el hombre y la mujer conservan su independencia social y económica, no constituyendo una sociedad como el matrimonio, en que sí están vinculados dichos aspectos”[194].El codificador de 1936 reconoce expresamente efectos civiles a la unión de hecho, con relación a la concubina, al prescribir en el artículo 369° que:“En los casos de los artículos 366 y 367, la madre tiene derecho a alimentos durante los sesenta días anteriores y los sesenta días siguientes al parto, así como al pago de todos los gastos ocasionados por este y por el embarazo”.

Y, con respecto a los hijos, en el artículo 366, que:“La paternidad ilegítima puede ser judicialmente declarada con la madre durante la época de la concepción”[195].

Al ser revisado el proyecto del Código Civil, Badani (miembro de la Comisión revisora), se pronunció por la necesidad de legislar sobre el caso relativo a los bienes adquiridos por los convivientes durante su unión, cuando entre ellos no hubiera impedimento para el matrimonio.

Al respecto Olaechea (otro miembro de la comisión revisora) manifestó estar completamente de acuerdo con la ponencia del señor Badani, por ser justa, siendo su naturaleza de carácter indemnizatorio, pero estimó que ella no podía tener cabida en el Libro del Derecho de Familia.Agregó que tampoco procedía basarla en la idea de un contrato de sociedad, porque faltaría la *afecctio*

[194] Ibídem.
[195] Ibídem.

*societatis*. Pero por una razón de justicia, aceptó que se declare comprendido el caso en el enriquecimiento indebido”[196]

Específicamente no tenemos un artículo referido a la unión de hecho, pero se hace referencia al enriquecimiento indebido, así tenemos el artículo 1149° que expresaba "Aquél que se enriquece indebidamente a expensas de otro, está obligado a la restitución".

No se hace mención a que podía ser demandado en el caso del enriquecimiento del concubino a costa de su compañera. Como se puede apreciar la comisión reformadora culminó su trabajo con la promulgación de este código, y trataron el problema de las uniones de hecho solo en el aspecto patrimonial.

**C.- En la constitución de 1979**

El artículo 5° de la Constitución de 1979, expresaba "El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación. Las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley. La ley señala las condiciones para establecer el patrimonio familiar inembargable, inalienable y transmisible por herencia"

[196] VALVERDE, Emilio. Op. Cit. pp.76. En CASTRO AVILES, Fátima Evelia y otros. *Taller de Derecho de Familia*; http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Taller_de_Derecho_de_Familia.pdf

Como se puede apreciar se protegía el matrimonio como única forma de familia; pero el matrimonio no es ni ha sido una institución natural, sin embargo, fue considerada por el constituyente como institución fundamental.

El *favor matrimonio* se explica por las notas características que tiene dicha unión[197]:

a. El carácter estable y cierto de la relación por la forma y ceremonia que rodea la celebración desde los actos previos a dicho momento.

b. El carácter indisoluble del vínculo, en un principio.

c. La mejor y más sencilla determinación de las relaciones que se derivan del matrimonio entre los esposos, los hijos y los familiares de los cónyuges con estos y su descendencia, que no son otra cosa que el surgimiento inmediato de efectos legales entre los nombrados.

d. El ser espacio legitimador de las relaciones sexuales.

e. El ser soporte de una serie de presunciones de paternidad y maternidad (que la ciencia luego podría cuestionar).

Las uniones de hecho o no matrimoniales, no eran bien consideradas desde el aspecto moral, se veían como relaciones precarias y falsas legitimadoras de

[197] VEGA MERE, Yuri. *Amor. Familia. Unión de Hecho v Relaciones Patrimoniales*.. www.personaedanno.it/cms/data/articoli/O14724.qspx.; 14 de Octubre del 2009.

relaciones sexuales o como un escenario de encuentros furtivos sin compromiso estable como el del matrimonio.

Por ello el constituyente de aquel entonces, solo se limitó a regular el aspecto patrimonial de dichas relaciones, por cuanto según se sustentaba los varones compraban bienes a sus nombres y luego abandonaban a sus concubinas llevándose todos sus bienes y dejandola en desamparo.

Lo que se pretendía era no darle mucha protección a estas parejas para incentivar el matrimonio.

**D.- La regulación de la convivencia en el código civil actual y su conformidad con la Constitución de 1979**

El Código Civil perpetuó los valores y prejuicios del constituyente de 1979 en materia de concubinato. Su artículo 326° aún con la misma redacción original, reza:

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

*La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.*

*La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales.*

*Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido.*

*Las uniones de hecho que no reúnan las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita en su caso, la acción de enriquecimiento indebido.*

*Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el presente artículo producen, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios, similares a los del matrimonio, por lo que las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge*".

Como se puede apreciar sigue la misma tendencia y con los mismos perjuicios de la constitución de 1979.Y es claro que el legislador ordinario no

tuvo como intensión instaurar un régimen de protección al concubino, pues su ideal era lograr su paulatina disminución y eventual desaparición y no crear un matrimonio de segunda clase[198].

En el artículo 326° se hace referencia al régimen patrimonial y los requisitos de la convivencia pura, su reconocimiento judicial, formas de extinción, alimentos o indemnización en caso de abandono así como el reclamo en el caso de enriquecimiento indebido cuando se trata de la convivencia impropia; sin embargo, aún no se les aplica la presunción de paternidad ni menos se les permite instaurar patrimomnio familiar.

**E.- En la Constitución de 1993**

La Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 5º reconoce a la unión de hecho como fuente generadora de una familia, por lo que produce efectos tanto personales como patrimoniales. En consecuencia, la protección constitucional de la familia se refiere tanto a la matrimonial - a la cual promociona- como al extramatrimonial - unión de hecho propia- a la cual reconoce[199].

Artículo 5º de la Constitución Política del Estado:*"La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimentos matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable"*

---

[198] Ibídem.
[199] BELTRAN PACHECO, Patricia Janet (2009) "*Dad a cada quien lo que le corresponde*". En Dialogo con la Jurisprudencia N°129, Junio, 395 PP., p.42.

Debemos señalar que el Código Civil de 1984, recoge normas referidas a la familia matrimonial en virtud de que este texto normativo fue redactado a la luz de la Constitución de 1979, en la cual se reconocía que el origen de la familia se basaba solo en esta institución. Por lo que el legislador consignó el artículo 326°-referido a la unión de hecho propia o concubinato-como una excepción, con la finalidad de regular exclusivamente el aspecto patrimonial[200].

Cuando la constitución se refiere a la protección de la familia, no distingue como lo hacía la carta de 1979- a qué clase de familia. Y el mismo legislador ordinario, pese a distinguir todo trato al aspecto patrimonial, no pudo evitar referirse al concubinato como la unión que se conforma para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio con lo que a la postre alude, quiérase o no, a la fundación de una familia[201]

### 2.2.5. Presunción de paternidad

La presunción de paternidad se aplica a la filiación matrimonial.

#### A.- Presunción de filiación matrimonial

Los modos de establecimiento de la filiación admitidos en el derecho, están constituidos por un conjunto de reglas de prueba, las cuales tienen por finalidad esencial la de dar al niño sus padres verdaderos.En suma, el sistema de pruebas en el derecho de filiación, tanto matrimonial como

[200] Ibídem, p. 42.
[201] VEGA MERE, Yuri. *Amor. Familia. Unión de Hecho v Relaciones Patrimoniales*.. www.personaedanno.it/cms/data/articoli/O14724.qspx.; 14 de Octubre del 2009.

extramatrimonial, se dirige al establecimiento de la verdad biológica[202].

Sin embargo, la búsqueda de la verdad biológica no es un criterio exclusivo ni absoluto del derecho de filiación. Son también aplicables en algunos casos, otros criterios como la voluntad individual, el interés del niño, la paz de las familias y los sentimientos. El orden establecido puede desplazar la proclamación de la verdad biológica (Artículo 376° del Código Civil); de lo que se infiere que no existe un derecho absoluto al conocimiento de sus orígenes[203].

La filiación matrimonial se funda en tres pilares fundamentales: **a)**el vínculo de filiación materno; **b)**el vínculo de filiación paterno; **c)**el vínculo conyugal entre los padres (…)Respecto al primero de ellos, debe reunirse dos hechos complementarios: el alumbramiento y la identidad del niño cuya mujer ha traído al mundo[204]. Al segundo, debe tenerse en cuenta que ningún niño al momento de su nacimiento, es sometido a la verificación de su origen biológico.Un Principio tradicional proclama que la paternidad se presume: el matrimonio de los padres hace presumirla paternidad legítima.La particularidad de la filiación matrimonial es que la maternidad constituye en sí misma prueba de filiación matrimonial[205].

El Código Civil establece la célebre presunción de paternidad: ***Pater is est quem nuptiae demonstrant*** (Artículo 361° del Código Civil).El criterio

---

[202]*GACETA JURÍDICA "Código Civil Comentado"* Tomo II, Primera Edición Junio 2003, pág. 675.. Luz Monge Talavera "Presunción de la Filiación"
[203] Ibidem.
[204] Ibídem.
[205] Idem, pág. 676.

ordinario de la presunción es el nacimiento o la concepción durante el matrimonio.Poco importa que el niño haya nacido durante los primeros días del matrimonio, o durante los 300 días posteriores de su disolución.La aplicación de la presunción de la paternidad supone entonces la reunión de tres condiciones: el establecimiento previo de la filiación materna, el matrimonio de la madre con el presunto padre y la coincidencia entre el período del matrimonio y el momento de la concepción o del nacimiento.

En suma para que se aplique la presunción de paternidad es necesario, y es suficiente, que la madre haya estado casada en algún momento de la gestación[206].

La prueba del matrimonio no presenta mayores dificultades. Normalmente, es la partida de matrimonio expedida por los Registros del Estado Civil, instrumento público que proporciona la prueba del vínculo conyugal de los padres[207].

En nuestro ordenamiento jurídico no está previsto el reconocimiento del hijo matrimonial por el verdadero padre biológico; pues conforme se tiene del artículo 362° del Código Civil, se presume de que el hijo dentro del matrimonio tiene por padre al esposo, y la filiación solo puede ser cuestionada por el esposo conforme se tiene de lo dispuesto por el artículo

[206] Ibídem.
[207] http://lawiuris.wordpress.com/2008/08/02/filiacion-matrimonial/, google, 16 de Marzo 2011.

367° del Código Civil. Ello se debe a que en nuestra legislación prevalece la moralidad.

El derecho supone que la esposa ha mantenido relaciones íntimas con su marido y, en segundo lugar, que solo las ha mantenido con su marido.Estos se sustentan a su vez en los deberes personales de los cónyuges (Cohabitación y hacer vida en común); por otro lado, el deber de fidelidad hace suponer que la mujer es fiel a su marido.

En suma, para que se aplique la presunción de paternidad es necesario, y es suficiente, que la madre haya estado casada en algún momento de la gestación[208].

**B. Fundamento de la presunción de paternidad**

Si en la filiación matrimonial, la prueba del vínculo de filiación paterno se deduce de la maternidad de la esposa es porque el derecho supone dos hechos. En primer lugar, que la esposa ha mantenido relaciones íntimas con su marido y, en segundo lugar, que solo las ha mantenido con su marido[209].

Estos dos hechos se sustentan a su vez en los deberes personales de los cónyuges. Por un lado, el deber de cohabitar, de hacer vida en común, permite presumir que el matrimonio se ha consumado; es decir, la existencia de relaciones sexuales entre los esposos (artículo 289° del Código Civil). Por otro lado, el deber de fidelidad hace suponer que la mujer es fiel a su

[208] Ibidem.
[209] Ibidem.

marido (artículo 288° del Código Civil). Más allá del deber de cohabitar y del deber de fidelidad, la presunción legal de la paternidad se funda en la vivencia matrimonial real de los padres.

**C. Alcances de la presunción de paternidad**

A partir del artículo 362° del Código Civil es posible advertir que en el derecho peruano la filiación se funda en una presunción de moralidad y no en la verdad biológica del vínculo de filiación. Consecuentemente, la voluntad individual juega un rol determinante en el establecimiento de la filiación. En efecto, dentro de nuestra legislación civil, la presunción de paternidad aparece como una obligación y como un derecho del marido[210].

La presunción de paternidad es una obligación, en el sentido de que es por el matrimonio que el marido se compromete implícitamente a reconocer y a tratar a los hijos que su mujer pone al mundo como si fueran sus hijos (artículo 287 del Código Civil)[211].

Sin embargo, la presunción legal no es irrefragable. La ley admite la prueba en contrario. Corresponde al marido demostrar la existencia de hechos propios que pongan de manifiesto que no puede ser el padre. Es decir, demostrar que no ha sido el único en mantener relaciones sexuales con la madre o que esta ha faltado a su deber de fidelidad[212].

[210] Ibídem.
[211] Ibídem.
[212] Ibídem.

No obstante, cabe advertir que la prueba del adulterio por sí sola no prueba que el marido no es el padre. En otras palabras, no es suficiente que el marido pruebe el adulterio de su mujer para atacar con éxito la presunción de paternidad. Un marido engañado puede ser el padre biológico de los hijos de su mujer. La contestación de la paternidad está sujeta a criterios estrictos (artículo 363 del Código Civil)[213].

## D.- La presunción de paternidad en los códigos civiles

### a. Código Civil de 1852

En el artículo 221° del Código Civil de 1852 se disponía: "Los hijos nacidos o concebidos durante el matrimonio, tienen por padre al marido".

### b. Código Civil de 1936

En el artículo 299° del Código Civil de 1936 se disponía: "El hijo nacido durante el matrimonio, o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, tiene por padre al marido".

### c. Código Civil de 1984

En el artículo 361° del Código Civil de 1984 se disponía: "El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido".

[213] Ibídem.

**E.- La presunción de la paternidad en las uniones de hecho en el derecho Comparado**

**En Colombia**

A las uniones de hecho se les denomina unión marital de hecho, y conforme se tiene del artículo 213° del código Civil Colombiano[214].

*"El hijo concebido durante el matrimonio o la unión marital de hecho, tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación de impugnación de paternidad"*

Como podemos apreciar la presunción de paternidad se aplica en Colombia para las uniones de hecho, desde el veintiocho de diciembre de mil novecientos noventa.

**En Argentina**

Artículo 509.- Ámbito de aplicación. Las disposiciones de este título se aplican ala unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común,sean del mismo o de diferente sexo.

Artículo 585.- Convivencia. La convivencia de la madre durante la época de la concepción hace presumir el vínculo filial a favor de su conviviente, excepto oposición fundada.

[214]*Artículo modificado por la Ley N° 54 de 1990 (diciembre 28) Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes.*

**En Ecuador**

Artículo 222.- La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señala éste Código, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad, y a la sociedad conyugal.

La unión de hecho estable y monogámica de más de dos años entre un hombre y una mujer libres de vínculo matrimonial, con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, da origen a una sociedad de bienes.

Artículo 233.- El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido.

El marido, con todo, podrá no reconocer al hijo como suyo, si prueba que durante todo el tiempo en que, según el Art. 62, pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer.

## 2.3 Definición de términos[215]

### A.- Aspecto patrimonial y extrapatrimonial

Siendo el patrimonio el conjunto de bienes de una persona, debe entenderse que son derechos patrimoniales los que revisten el carácter de bienes, es decir, los que son susceptibles de tener un valor económico, a ellos se oponen los derechos extrapatrimoniales, los que a su vez se resumen en dos categorías principales: derechos personalísimos (Ver Gr., Derecho al nombre, derecho a la propia imagen y derechos de familia)[216].Los derechos patrimoniales se dividen en derechos reales, derechos personales y derechos intelectuales.

### B.- Doctrina

La constituye la opinión particular compartida por uno o más jursitas o jurisconsultos sobre un punto controvertido de derecho217. La palabra Doctrina puede designar los motivos teóricos en que se apoyan una o varias decisiones judiciales[218].

### C.- Familia

De acuerdo con el Tribunal Constitucional la acepción común de *familia* alude a aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas yque

---

[215] Cfr. ARCOS TORRES, Luis Miguel (1999). *Diccionario de Derecho Civil*, Editorial Comares, Barcelona.
[216] http://www.robertexto.com/archivo17/ramas_derecho.htm#patrimoniales, 23 de Mayo de 2010.
[217] HERNANDEZ LOZANO, Carlos A. y VASQUEZ CAMPOS, José P. (1996) *Código Procesal Civil* Tomo II, Edicionaes jurídicas, Segunda Edición, Perú, Pag. 1189
[218] Ibídem.

comparten el mismo techo. Usualmente, con ello se pretendía englobar a la familia nuclear, conformada por los padres y los hijos, que tienen origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco. Sin embargo, al encontrarse expuesta la familia a los nuevos contextos sociales, han asomado formas diversas como las uniones de hecho, las familias monopaternales o las que en doctrina se han denominado ***familias reconstruidas***[219].

**D.- Familia ensamblada**

Familia ensambladapuede definirse como "la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa".

**E.- Fundamentos juridicos**

Es el sustento normativo que puede ser a través de principios o leyes para poder afirmar algo en el derecho.

**F- Jurisprudencia**

Al inicio del digesto el jurista Ulpiano nos da un concepto de jurisprudencia: "es el conocimiento de las cosas divinas y humanas y la ciencia de lo justo y de los injusto". Según esta definición, los juristas deciden sobre la justicia

[219] VEGA MERE, Yuri. (2008) *"La ampliación del concepto de familia por obra del Tribunal Constitucional. A propósito de la incorporación de la familia ensamblada y de la concesión de mayores derechos a la familia de hecho",* Gaceta Constitucional N° 010, http://gaceta.tc.gob.pe/img_upload/2b3dbc748b6bb62663f59958d6207845/Articulo_Yuri.pdf, 29 Mayo 2010.

o injusticias de los actos sobre lo lícito o lo ilícito[220].Conjunto de sentencias que determinan un criterio sobre una cuestión jurídica[221].

**G.- Proteger**

Resguardar a alguien o a algo de peligros, daños o incomodidades[222].

**H.- La unión de hecho o concubinato**

Según elMaestroCornejoChavezelconcubinatodebeser definido desde dos dimensiones, la primera en sentido amplio, por la cual dos personas libres (si quiere llamarse solteros) o atadas se unen en una relación que exige un carácter de permanencia y/o habitualidad; no puede considerarse como concubinato a la unión esporádica, es decir a aquella unión sexual casual entre un varón y una mujer y tampoco puede considerarse concubinato al libre comercio carnal[223].

**I-Matrimonio**

Es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones del Código Civil, a fin de hacer vida en común.El marido y la mujer tienen en

[220] http://www.elergonomista.com/derechoromano/juris.htm, 29 de Mayo 2010.
[221] http://www.definiciones.com.mx/definicion/J/jurisprudencia/, 29 Mayo 2010.
[222] El pequeño La Rousse, 1997, Mejico, pág. 829.
[223] CALDERÓN BELTRAK, Javier. *Uniones de Hecho en el Perú.* En: http//escribiendoderccho.blogspot.com/2008/04/uniones-de-hecho-en -el-per-html, 23 de Octubre del 2009.

el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales[224]. Se trata de un concepto eminentemente legal.

**J.- Norma jurídica**

Son aquellas prescripciones normativas encaminadas a regular el comportamiento humano en relación con unos valores, como sucede con las Leyes morales y jurídicas[225].Para Marin Perez, las normas juridicas son impuestas por el Estado y obligatorias en su observancia, tienen fuerza coactiva porque mientras todas las demás normas no crean sino deberes (son unilaterales) las jurídicas crean al mismo tiempo deberes y pretensiones (son bilaterales), y son abstractas y generales[226].

**K.- Ordenamiento jurídico**

Se designa normalmente al entero conjunto de normas que en un determinado momento histórico rigen de una comunidad[227] . De Los Mozos "Preferimos hablar del derecho objetivo, más como ordenamiento jurídico que como norma, por diferenciar las normas, ya sean legales o consuetudinarias, de los principios y del sistema.De este modo, norma, principio y sistema son los tres elementos o factores que integran el

[224] CODIGO CIVIL (2004), GACETA JURIDICA, Duodécima edición, pág. 101.
[225] GARCIA GARRIDO Y FERNANDEZ GALIANO. Citado por LLEDO YAGUE, Francisco y ZORRILLA RUIZ, Manuel. (1998) *Teoría General del Derecho*, Dykinson, Madrid, pág. 149.
[226] LLEDO YAGUE, Francisco y ZORRILLA RUIZ, Manuel. (1998) *Teoría General del Derecho*, Dykinson, Madrid, pág. 153.
[227] DIEZ PICAZO Y GULLON. Citado por LLEDO YAGUE, Francisco y ZORRILLA RUIZ, Manuel. (1998) *Teoría General del Derecho*, Dykinson, Madrid, pág. 168.

ordenamiento jurídico, es decir, lo que comúnmente llamamos derecho Objetivo[228].

**L.- El positivismo**

Es una teoría que se integra, por oposición al derecho natural, entendiendo que todo derecho que no tiene existencia práctica y no sea empíricamente verificable, no debe pretender integrar el derecho positivo[229].

**LL.-Presunción de paternidad**

Es una ficción legal que se crea en el ordenamiento jurídico, para considerar a alguien como padre. Se trata de una presunción *iuris tantum*, esto es, que acepta prueba en contrario.

[228] DE LOS MOZOS, Citado por LLEDO YAGUE, Francisco y ZORRILLA RUIZ, Manuel. (1998) *Teoría General del Derecho*, Dykinson, Madrid, pág. 168.
[229] RAMOS SUYO, Juan A. (2008) *Elabore su Tesis en Derecho*, Editorial San Marcos, Lima, Perú, pág. 489.

# III. METODOLOGÍA

## 3.1. Tipo y diseño de investigación

a) **Tipo de investigación:** correspondió a una investigacióndogmática normativa[230], toda vez que el problema de investigación se centró en el estudio de la normatividad civil vigente respecto a un hecho jurídico como fue la unión de hecho a fin de determinar los vacíos y deficiencias normativas y cómo estos generan una serie de problemas jurídicos generando desprotección en los hijos de los concubinos y los fundamentos jurídicos para el reconocimiento de la presunción de paternidad en la unión de hecho en el ordenamiento jurídico peruano.

b) **Tipo de diseño:** correspondió al denominadono experimental[231], debido a que careció de manipulación intencional de la variable independiente, además no posee grupo de control ni experimental . Su finalidad fue estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia, tomando datos de la doctrina, jurisprudencia y la normatividad, sobre el reconocimiento de la presunción de paternidad en la unión de hecho en el ordenamiento jurídico peruano.

c) **Diseño general:** se empleó el diseño transversal[232], cuya finalidad fue recolectar datos del hecho jurídico en un solo momento o en un tiempo único. Su propósito es describir variables de estudio; analizar el estado de

---

[230] SOLIS ESPINOZA, Alejandro (1991). *Metodología de la Investigación Jurídico Social*, Lima, p. 54 y ss.
[231] ROBLES TREJO, Luis et al. (2012). *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Editorial Fecatt, Lima: p. 34.
[232] HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto et al. (2010) *Metodología de la Investigación*. Editora McGraw-Hill, México, p. 151.

cuestión de la misma en un momento dado, y valorar la racionalidad de los fundamentos jurídicos sobre el reconocimiento de la presunción de paternidad en la unión de hecho en el ordenamiento jurídico peruano.

**d) Diseño específico:**se empleó el diseño explicativo[233], para poder explicar las causas y consecuencias del fenómeno jurídico. Dando a conocer por qué ocurre un fenómeno, proceso o hecho, en qué condiciones se da este o por qué dos o más variables están relacionadas, además de proporcionar un "sentido de entendimiento" del fenómeno estudiado; es decir, estudiará los factores que generan situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto y poder explicar los fundamentos jurídicos para el reconocimiento de la presunción de paternidad en la unión de hecho en el ordenamiento jurídico peruano. También, se aplicó el nivel propositivo, debido a que se planteó una solución al problema jurídico descrito,a través de las propuestas legislativas.

### 3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico

Por la naturaleza de la investigación esta fue cualitativa , por ello en las actividades que se realizaron en el proceso de ejecución de ella, se buscó la construcción de la informacióny/o conocimiento de la siguiente manera:

**a)** Determinación de la población y muestra de estudio, compuesto por la identificación de los autores a nivel nacional e internacional, para contruir el marco teórico y discusión.

[233] Ibíd. p. 155.

**b)** Diseño del instrumento, para la recolección de los datos y sistematización de forma coherente, a través de la técnica documental.

**c)** Definición de la unidad de análisis. La cual estuvo conformada por las fuentes documentales: doctrina, jurisprudencia, normatividad. Además, la unidad de análisis estuvo compuesta por:

- Unidad temática: constituida por las variables de estudio sobre el reconocimiento de la presunción de paternidad en la unión de hecho.
- Categorización del tema: en base a los indicadores se estableció las categorías de análisis basadas en la racionalidd jurídica de los fundamentos jurídicos que justifican la hipótesis.
- Unidad de registro: la que fue documental en base al análisis de categorías e información en las fuentes del derecho, obtenidos mediante los IRI, que fueron las técnicas documentales.

### 3.2.1. Población[234]

- **Universo físico:**estuvo constituido por el ámbito mundial y nacional.
- **Universo social:** se circunscribió a los juristas que han desarrollado la dogmática jurídica y a los operadores jurídicos que han generado la jurisprudencia correspondiente.
- **Universo temporal:**el período de estudio correspondió desde el año 2011 al año 2016.

[234] ZELAYARAN DURAND, Mauro. Ob. Cit., pp. 251- 258.

### 3.2.2. Muestra[235]

a) **Tipo:**no probabilística

b) **Técnica muestral:**intencional

c) **Marco muestral:**doctrina, jurisprudencia, normatividad

d) **Unidad de análisis:**elementos documentales

## 3.3. Instrumentos(s) de recolección de la información[236].

La técnica que se siguió en el presente estudio fue la técnica documental[237], que implica la localización de la información y su fichaje textual o de contenido, que sirve para fundamentar las partes subjetivas o conjeturas propias de las respectivas hipótesis de trabajo, empleándose como instrumento las fichas[238], especialmente las literales y de resumen, en base alas cual recogeremos la información suficiente sobre nuestro problema de estudio.

También se aplicará la ficha de análisis de documentos o contenido[239] la

---

[235] Ibíd., pp. 251- 258.

[236]ZELAYARAN DURAND, Mauro. Ob. Cit., pp. 127-132.

[237] VILCAPOMA, José Carlos (2013). *Aprender e investigar / Arte y método del trabajo universitario*, Editorial Argos, Lima, p. 81 y ss. Las técnicas de investigación documental centran su principal función en todos aquellos procedimientos que conllevan el uso óptimo y racional de los recursos documentales disponibles en las funciones de información. Basándose en una investigación documental la principal tecina reconocida es la revisión documental donde tenemos como principal técnica el arqueo bibliográfico En la investigación jurídica, la elaboración de todo tipo de fichas de fuentes de información ha sido y es una tarea básica del investigador del derecho. Todos estos instrumentos se aplicarán en un momento en particular, con la finalidad de buscar información que será útil para la investigación.

[238] Ibíd. p. 88 y ss. El fichaje es una técnica utilizada especialmente por los investigadores. Es un modo de recolectar y almacenar información. Cada ficha contiene una información que, más allá de su extensión, le da unidad y valor propio.

[239] GIRALDO ÁNGEL, Jaime y otros (2002). *Metodología y técnica de la investigación sociojurídica, Ediciones Librería del profesional, Bogotá, p. 111.* El análisis de los documentos consiste en la recolección y manejo de los datos cuya fuente reposa en archivos oficiales o privados y sobre los cuales el investigador no tiene control. Su análisis puede ser cuantitativo como cualitativo y su utilidad radica en poder confrontarlos, analizarlos o planear con ellos estudios posteriores.

misma que se empleó para lograr recoger información de la doctrina y jurisprudencia sobre nuestro problema de estudio y poder determinar cuáles son los criterios jurídicos y el tratamiento que tiene la institución objeto de la presente investigación, para lo cual se delimitó las áreas para la recopilación de información que refleje la situación actual de discusión, es decir sobre el estado de cuestión del problema planteado.

El estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico principalmente, para tener una visión sistemática de nuestro problema de estudio. En ese sentido también se emplearon otros métodos de interpretación de la norma jurídica, tales como los métodos sistemático, literal, teleológico[240].

En consecuecia, se aplicaron los siguientes instrumentos:

a) Para recoger la información para validar, cuestionar y alcanzar los objetivos de la investigación se empleó la técnica documental, cuyos instrumentos fueron las fichas textuales, resumen y comentario, a través del cual se obtuvo información de la doctrina.
b) También se empleó la técnica de análisis de contenido, cuyo instrumento fue la ficha de análisis de contenido, con la cual se obtuvo información de la jurisprudencia.

[240] TORRES VÁSQUEZ, Aníbal (1999). *Introducción al Derecho / Teoría General del Derecho*, Editorial Palestra, Lima, p. 617-647.

c) Para obtener datos o información de las normas jurídicas se empleó la técnica exegética, hermenéuticas, teleológica, con las cuales se pudo determinar el contenido de las mismas.

d) Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir, ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleó el método de la argumentación jurídica.

### 3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información

Para el procesamiento y análisis de la información, por la naturaleza de la presente investigación se empleó la técnica del análisis cualitativo[241], toda vez que en la investigación jurídica dogmática no admiten las valoraciones cuantitativas, el análisis de datos debe concretarse a la descomposición de la información en sus partes o elementos, tratando de encontrar la repetición de lo idéntico y las relaciones de causalidad, a fin de describir y explicar las características esenciales del hecho o fenómeno. Esto es lo que se denomina como análisis cualitativo. Así mismo tratándose de una investigación cualitativa (dogmática jurídicamente) se empleará la técnica de la triangulación de teorías[242] para demostrar o conseguir la validez, esto es, cotejar los datos desde diferentes puntos de vista, lo cual ayuda además a profundizar en la interpretación de los mismos[243].

---

[241] BRIONES, Guillermo (1986). *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*. Editorial Trillas, México, p. 43.

[242] Es la combinación de dos o más teorías, fuentes de datos, métodos de investigación, en el estudio de un fenómeno singular. Existen varios tipos de triangulación, datos, teorías métodos. DENZIN, Norman K. (1970): *Sociological Methods: a Source Book.* Aldine Publishing Company. Chicago.

[243] CANTOR, Guillermo (2002) *"La Triangulación Metodológica en Ciencias Sociales".* Cinta de Moebio - Revista Electrónica de Epistemología de Ciencias Sociales, Nº 13, Chile, En: dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=301285 (Consultado el 10 de febrero del 2017)

El análisis cualitativo buscó la aprehensión de particularidades y significados aportados en la jurisprudencia y doctrina a través del dato. Un dato cualitativo es definido como un "no cuantitativo", es decir, que no puede ser expresado como número, estos datos son difícilmente medibles, no traducibles a términos matemáticos y no sujetos a la inferencia estadística[244]. Está orientado a revelar cuáles son las características del hecho o fenómeno jurídico de estudio. Todos ellos tienen en común que se basan en el análisis textual, por ello cualquier tipo de material tiene que estar preparado para poder ser analizado de esa forma.

**Los criterios empleados serán:**

- Identificación del lugar donde se buscará la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información en función a los objetivos y las categorías.
- Análisis y evaluación de la información.
- Sistematización de la información

Cabe precisar que durante la conceptualización del trabajo de investigación cualitativa suele definirse de antemano la teoría con la cual se analizaron e interpretarán los hallazgos. En este tipo de triangulación se establecen diferentes teorías para observar un fenómeno con el fin de producir un entendimiento de cómo diferentes suposiciones y premisas afectan los hallazgos e interpretaciones de un mismo grupo de datos o información. Las diferentes perspectivas se utilizan para analizar la misma información y, por ende, poder confrontar teorías.[245]

---

[244] ROBLES TREJO, Luis (2014). *Guía metodológica para la elaboración de proyectos de investigación jurídica*, Editorial Ffecaat, Lima, p. 74.

[245] RODRÍGUEZ RUIZ, Óscar (2005) *"La Triangulación como Estrategia de Investigación en Ciencias Sociales"* Revista de Investigación en Gestión de la Innovación y Tecnología. En:

# IV. RESULTADOS

## 4.1. Resultados empíricos

La unidad de análisis la constituyeron los expedientes judiciales correspondientes al año 2015 sobre filiación y alimentos tramitados ante el Primer Juzgado de Paz Letrado de Huaraz. Se hanconsiderado también las conciliaciones realizadas en el año 2015. Las mismas materias y muestras se han tomado respecto a los expedientes tramitados en el año 2011 en el Primer Juzgado de Paz Letrado de Huaraz y se ha considerado las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema.

Los Juzgados de Paz Letrado son competentes para conocer los proceso de filiación extramatrimonial paterna. El trámite es especial, en el cual el auto admisorio constituye la declaración de paternidad. Realizado el emplazamiento, se le concede al demandado el plazo de diez días para que presente su oposición, siendo la única prueba admisible la prueba del ADN. Para quienes no cuentan con recursos económicos se tiene previsto el auxilio judicial, y lo realiza el Instituto de Medicina Legal sin costo alguno, pues el aspecto económico no puede ser óbice para que el demandado haga valer su derecho y reciba tutela judicial por parte del Estado. En el caso en el que el demandado no interponga oposición dentro del plazo concedido el auto admisorio se convierte en mandato de paternidad y se dispone la anotación marginal en la partida del menor y así la consecuente expedición de nueva partida de nacimiento en la cual no aparece la forma como se ha realizado el

http://www.madrimasd.org/revista/revista31/tribuna/tribuna2.asp (consultado el 11 de febrero del 2017).

reconocimiento por parte de los progenitores, para que no afecte el desarrollo psicológico ni la personalidad del menor.

De la revisión de casos relacionados se obtuvieron los siguientes resultados:

a) Durante el año 2015, se ha tramitado un total de 15 expedientes en lo que se refiere a procesos de filiación, que se han tramitado ante el Primer Juzgado de Paz Letrado de Huaraz, de los cuales en doce de ellos se ha expedido sentencia; en once de ellos, se ha declarado la paternidad sin oposición; solo en uno de estos procesos se realizó la prueba del ADN.

En cinco de dichos procesosse ha señalado la convivencia por más de dos años, pero como al concubinato no se aplica la presunción de paternidad en los hijos nacidos dentro de este no fue posible aplicar dichas presunción y fue necesaria la interposición de la demanda en el proceso especial de filiación, que se tramita ante los Juzgados de Paz Letrados. En estos la demandante no se encuentra exenta del pago de tasas judiciales y el tramite se realiza a costo de la demandante, salvo soliciteauxilio judicial. Muchos jueces deniegan dichos auxilios, en tanto, también son supervisados por la parte administrativa del Poder Judicial.

Como podemos observar muy pocas son las personas que concilian en los proceso de alimentos, pues de treinta y seis conciliaciones solo en una de ellas el demandado ha reconocido al beneficiario alimentario como su hijo. Este análisis se ha realizadodel total de conciliaciones ocurridas durante el año dos mil diez de expedientes que se hantramitado ante el Primer Juzgado de Paz Letrado de Huaraz.

De lo anterior se infiere que muy pocos son los padres que , luego de tener conocimiento de ser los padres de los menores, no aceptan de manera voluntaria reconocer a sus hijos. El reconocimientoconlleva al

cumplimiento de obligaciones como la pensión de alimentos, y les da derecho-a los hijos- a percibirlos hasta que culminen sus estudios superiores, siendo la edad máxima los veintiocho años, mientras que en los hijos alimentistas su derecho se estima hasta que cumplan los dieciocho años de edad, además de no no tiener vocación hereditaria.

b) Durante el año dos mil quince, se ha tramitado un total de 20 expedientes en los que se refiere a procesos de filiación extramatrimonial paterna, que se han tramitado ante el Primer Juzgado de Paz Letrado de Huaraz, de ellos se ha resuelto el cien por ciento, sin la realización de la prueba del ADN, pues los demandados no interpusieron oposición, y no fue necesaria la realización de la prueba del ADN. En tanto por el tramite especial del proceso el mandato se convierte en un mandato de declaración de paternidad, esto es, se tiene por padre al demandado.

Este resultado hace notar que los demandados tienen conocimiento y la certeza de que son los padres de los niños, pero no los reconocen en forma voluntaria. De no haberse dado el reconocimiento se hubiera sometido a la prueba del ADN para demostrar lo contrario.

En diecisiete de dichos procesos, se ha señalado la convivencia por más de dos años, pero como al concubinato no se le aplica la presunción de paternidad en los hijos nacidos dentro de este, no fue posible aplicar la presunción legal, sino que necesariamente debió declararse por vía judicial.

c) Durante el año dos mil quince, se han resuelto en total de 153 expedientes en alimentos. De ese total son muy pocos los casosen los que en forma

voluntaria los demandados han reconocidos a sus hijos. En ocho casos se alegaba la convivencia propia y en tres de ellos solo se alegaba convivencia sin señalar el plazo. Estos proceso se han tramitado ante el Primer Juzgado de Paz Letrado de Huaraz.

En cinco de los mencionados procesos, se ha señalado la convivencia por más de dos años, pero como al concubinato no se aplica la presunción de paternidad en los hijos nacidos dentro de este. Muchas veces se emiten sentencias como hijos alimentistas, en aplicación de los señalado por el artículo 415° del Código Civil, y para quienes solo se prevé los alimentos hasta que los beneficiarios alimentarios cumplan dieciocho años de edad; sin embargo, estos hijos no tienen vocación hereditaria, y como podemos apreciar son muy poco los varones que reconocen en forma voluntaria a sus menores hijos, pese aaceptar la convivencia.

## 4.2. Resultados jurisprudenciales

### 4.2.1. Sobre la unión de hecho

La Corte Suprema define al concubinato como la convivencia habitual, esto es continua y permanente, desenvuelta de modo ostensible, con la nota de honestidad y fidelidad de la mujer y sin impedimento de transformarse en matrimonio (Cas. N° 2228-2003-Ucayali, Corte Suprema). En esa línea, las relaciones sexuales esporádicas son insuficientes para configurar el concubinato y para servir de base a una declaración judicial de paternidad, en

todo caso, estas solo pueden originar la acción alimentaria[246]. Lo que se trata de proteger es la familia, al margen de su origen, ya sea matrimonial o de hecho.

### 4.2.2. Declaración judicial de unión de hecho

La declaración judicial de convivencia o unión de hecho tiene como propósito cautelar los derechos de cada concubinato sobre los bienes adquiridos durante la unión. Entendiéndose que por la unión de hecho se ha originado una sociedad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable (Cas. N° 2623-1998, Corte Suprema). Y si bien el artículo 326° del Código Civil no exige la declaración jurisdiccional previa para crear una sociedad de gananciales, este requisito ha sido considerado por ejecutorias de la Corte Suprema como un elemento para reconocer la existencia de una comunidad de bienes, ya que los derechos reales que están en juego requieren de elementos materiales que impidan causar perjuicios a terceros que contratan con alguno de los convivientes (Cas N° 1824-1996, Corte Suprema)[247].

En esa línea, para oponer la existencia del concubinato a terceros, este debe ser declarado judicialmente, al ser este el medio que tienen los concubinos para dar a conocer a los terceros la existencia de la unión. Vale decir, hacer que el juez ante quien han acreditado su unión notifique con dicha sentencia a los terceros que ellos indiquen, finalidad que también se consigue

[246] MESINAS MONTERO, Federico (2010). "*Jurisprudencia Civil y Procesal Civil de carácter constitucional*", Editorial Gaceta Jurídica, Perú – Lima, Marzo, Primera Edición, pág.80.
[247] Ibídem p 80.

inscribiendo dicha resolución registralmente en las partidas correspondientes a los bienes comunes (Cas. N° 688-1995-Lambayeque, Corte Suprema) . Una posterior declaración judicial de la situación de la unión de hecho no puede oponerse a terceros que contrataron de buena fe, si en la fecha en la que se celebró el acto jurídico la titularidad del bien correspondía exclusivamente a una de las partes (CAS N° 1432-2002-La Libertad, Corte Suprema); tampoco dicha condición puede ser opuesta a un acreedor hipotecario, si a la fecha en la que se constituyó dicho gravamen la declaración aún no se encontraba inscrita (CAS N° 1189-2003-La Libertad, Corte Suprema)[248].

La invocación de la relación de convivencia al momento de solicitar la división y partición de los bienes de la sociedad de gananciales generadas, sin que previamente exista un reconocimiento judicial de tal situación, tanto más si se toma en cuenta la imperativa y previa realización de una liquidación patrimonial de la sociedad de gananciales[249].

Pero como ya se ha mencionado existe un proceso resuelto por el Tribual Constitucional expediente en el expediente 498-99-AA/TC en el que sin declaración previa de la unión de hecho, declara fundada una demanda para hacer valer contra terceros derechos patrimoniales de la convivencia como sociedad de gananciales.

[248] Ibídem, p. 81.
[249] Ibídem, p. 81.

Expediente 1925-2002 AREQUIPA (Publicado en El Peruano el 03 de noviembre de 2004)[250]. La Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia que declara fundado el recurso de Casación, sobre la interpretación errónea del artículo 326° del Código Civil, señalando que no se cumple el requisito de permanencia, notoriedad y singularidad. Revocando lo resuelto por la Sala Superior, manifiesta que no se encuentra arreglado a Ley, pues ambos concubinatos eran impropios y simultáneos, conforme ha quedado establecido en autos y en la sentencia expedida por el Juez de Primera Instancia, pues el fallecido concubino convivía indistintamente con ambas demandantes en domicilios diferentes, no dándose el requisito de permanencia en la unión de hecho que exige la Ley[251]. Para el reconocimiento de la unión de hecho debe cumplirse con las finalidades y deberes semejantes a los del matrimonio. En este caso el fallecido concubino ejercía vida en común con las dos demandantes de manera simultánea, con lo que no se cumple con acreditar que existió una relación semejante a la que genera el matrimonio (permanencia, notoriedad y singularidad).

El expediente N° 462-08[252] resuelto por la Corte Superior de Justicia de Lima, Cuarta Sala Civil, vocales SS. JAEGER REQUERO, TÁVARA MARTINEZ, ROSSELL MERCADO. El caso trata sobre la nulidad de acto jurídico por la causal de falta de manifestación de la voluntad y no revestir la

[250] GACETA JURIDICA, Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Número 24 – Noviembre 2004, pp 137-138.
[251] CASTRO AVILES, Fátima Evelia y otros …*Taller de Derecho de Familia*, GOOGLE; http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Taller_de_Derecho_de_Familia.pdf.
[252] GACETA JURIDICA, Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Número 129 – Junio – Ñ° 14, 395pp, pp 17-18.

forma prescrita, interpuesta por la conviviente contra otras dos personas, por cuanto el acto se celebró sin su consentimiento y el bien inmueble era parte de la sociedad de gananciales, y pese a tener un reconocimiento judicial de convivencia se ha desestimado la demanda. Como sustento en la resolución se señala que al celebrarse el contrato de mutuo con garantía hipotecaria, aquel fue realizado con fecha anterior a la declaración judicial de la existencia de la unión de hecho, por lo que el bien inmueble materia de litis (cuarto considerando de la resolución), le correspondía únicamente al propietario codemandado en aquella fecha; pues la declaración judicial de reconocimiento de convivencia rige desde el año mil novecientos ochenta y tres hasta el veintidós de marzo del dos mil seis, y el contrato de mutuo con garantía hipotecaria se realizó el día diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.

La sala no ha tenido en cuenta que una vez que se reconoce la convivencia esta ya surte efectos legales, por lo que considero que se equivoca en lo afirmado en el cuarto considerando. Lo que debió tenerse como sustento es lo señalado en el séptimo considerando de la resolución, respecto al tercero de buena fe, por cuanto para hacer valer derecho contra terceros previamente debe inscribirse la sentencia que reconoce la unión de hecho.

Expediente 3243-2000 LA LIBERTAD. La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, declara fundado el recurso de casación de la causa sobre la interpretación errónea del artículo III del Título Preliminar del Código Civil, sostiene que la Corte Superior debió declarar la

convivencia desde el dieciocho de junio de mil novecientos setenta y tres hasta el primero de mayo de mil novecientos noventa y uno; más no como lo hizo desde el veintiocho de julio de mil novecientos ochenta. Se debió aplicar lo establecido en el artículo 2121° que señala que a partir de su vigencia se aplicará inclusive a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes[253].

Expediente 498-99-AA/TC proceso de Amparo resuelto por el Tribunal Constitucional, interpuesta con la finalidad de proteger el derecho fundamental a la propiedad de un inmueble donado por uno de los convivientes a la Municipalidad de Cajamarca, debido a que se encuentra dentro del Régimen de una Sociedad de Gananciales[254].

El Tribunal sostiene que en ningún momento la parte demandada niega la existencia de una unión de hecho y que la discrepancia radica en una cuestión de derecho consistente en determinar si la partida de matrimonio el religioso es o no un documento idóneo para acreditar la posesión constante de estado. El Tribunal entiende que dicho documento aún cuando no genera efectos civiles en virtud del artículo 2115° del Código Civil sí puede acreditar

[253] GACETA JURIDICA, Diálogo con la jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Número 46 Julio 2002, pp 137-138. En CASTRO AVILES, Fátima Evelia y otros …Taller de Derecho de Familia, GOOGLE; http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Taller_de_Derecho_de_Familia.pdf.
[254] GACETA JURIDICA, Diálogo con la jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Número 23 Agosto 2000, pp 270-273. En CASTRO AVILES, Fátima Evelia y otros …Taller de Derecho de Familia, GOOGLE; http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Taller_de_Derecho_de_Familia.pdf

perfectamente la unión de hecho, conservando mérito probatorio aun cuando carezca de efectos civiles[255].

Expediente 4253-98 la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento confirma la sentencia apelada, argumentando que no se halla acreditada la alegada Sociedad de Hecho, toda vez que las testimoniales presentadas en audiencia de pruebas resultan insuficientes, si se tiene en consideración que para acreditar la posesión constante de estado se requiere del principio de prueba escrita conforme al segundo párrafo del 326° del Código Civil[256].

La ley peruana ha asumido la tesis restringida, al establecer como requisito para la probanza de la existencia de las uniones de hecho, el principio de prueba escrita; lo que invalida el empleo exclusivo de las declaraciones testimoniales. El empleo de cualquier medio de prueba deberá tener carácter complementario[257].

Tenemos la sentencia expedida por el Segundo Juzgado de Familia de Huaraz, en el expediente 2008-0595 en la que se reconoce la unión de hecho desde el año mil novecientos cincuenta y uno hasta su fallecimiento (dos de diciembre del año dos mil seis), en este caso debemos entender que los bienes adquiridos durante los dos primeros años no forman parte de la sociedad de gananciales.

---

[255] Ibídem.
[256] LEDESMA NARVAEZ, Marianella…(2002). *Jurisprudencia Actual*, primera Edición, Lima, Gaceta Jurídica, p. 118.
[257] En CASTRO AVILES, Fátima Evelia y otros …Taller de Derecho de Familia, GOOGLE; http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Taller_de_Derecho_de_Familia.pdf

El Tribunal Constitucional en el expediente 4777-2006-PA/TC en los considerandos 14 y 15 de la sentencia de fecha trece de octubre de 2008, sostiene que: el trámite judicial para el reconocimiento de la convivencia resulta mucho más engorroso que el matrimonio y que la inscripción en registros públicos no garantiza la defensa de los concubinos.

La falta de publicidad registral de las uniones de hecho genera inseguridad jurídica, lo que genera un inadecuado sistema de garantía del derecho de propiedad de los convivientes.

Además de que la forma como viene siendo regulada la unión de hecho, no recibe la protección debida por parte del Estado, pues el régimen patrimonial de la sociedad de gananciales se aplica después de dos años de convivencia, y a los bienes adquiridos durante esos dos primeros años no reciben protección alguna, ya que si fueron comprados a nombre de ambos se aplica las reglas de la copropiedad, pero si fueron comprados a nombre de uno de ellos, será este el titular del derecho de propiedad. Debería reconocerse la unión de hecho desde el primer día, es decir debe tratarse de una sentencia declaratoria, más no constitutiva del derecho, para evitar perjuicios contra los conviviente y brindar mayor protección a estas familias.

Además de que a la unión de hecho debe permitirsele elegir la forma cómo se va a regir su patrimonio al igual que a las familias matrimoniales,si es a través de la sociedad de gananciales o de separación de patrimonios, y no imponerles un único régimen patrimonial como se viene haciendo con la regulación actual.

### 4.2.3. Vocación hereditaria

De acuerdo a la legislación vigente la concubina no tiene vocación hereditaria. Así tenemos la sentencia expedida en el expediente 2008-723 tramitado ante el Primer Juzgado de Paz Letrado, de la solicitud de declaración de heredera a la concubina (la convivencia se mantuvo por 68 años); lo cual ha causado no solo desprotección sino también daños y perjuicios, pues si nos ponemos en el supuesto de que muchas veces la casa conyugal no solo constituye un bien patrimonial en sí( pues si la concubina no intervino en su compraventa no le asiste derecho alguno al fallecimiento de su pareja)ese bien es un centro de recuerdos y riquezas sentimentales. Su valor sentimental es insuperable y no darle a la concubina la protección para poder habitar dicho bien le causa mucho perjuicio no solo patrimonial sino también sentimental.

Es necesario y urgente los cambios en la forma como se viene regulando la unión de hecho, pues ahora tenemos desde julio del año 2010, la declaración notarial de la unión de hecho con inscripción el Registros Públicos, pero aún no tiene vocación hereditaria.

**CAS 2508-2010-LA LIBERTAD** La concubina con resolución de declaración judicial de unión de hecho solicita la anulabilidad del testamento emitido por quien en vida fue su concubino. Demanda que es declarada improcedente en primera y segunda instancia, con el sustento de que la demandante-concubina no tiene vocación hereditaria y por lo tanto no tiene

legitimidad para obrar. En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala Suprema, publicado en El Peruano 31 de enero de 2011, pp. 29481 y 29482[258].

Como se puede apreciar a la concubina se le deniega su vacación hereditaria porque el Código Civil no la considera con esa vocación.Sin considerar que muchas veces la casa convivencial no solo representa el aspecto patrimonial sino es un bien que representa un valor sentimental por ser el lugar que contiene una serie de recuerdos de la vivencia convivencial. Es por ello que incluso a los concubinos debe considerárseles en el derecho de habitación vitalicia que señala el artículo 731° del Código Civil.

### 4.2.4. Casación 950-2016-Arequipa

SUMILLA : La menor se encuentra identificada con su padre y sus hermanos, en una dinámica familiar adecuada con muestras de afecto e identificada en su entorno social con su apellido paterno "Medina", configurándose de esta forma la identidad dinámica de la menor, consagrada en el artículo 2 inciso uno de la constitución Política del Perú. En consecuencia, las instancias de mérito han infringido dicho derecho al no hacer prevalecer la identidad dinámica y el interés superior del niño sobre la identidad estática.

El proceso versa sobre la hija de una mujer casada, producto de la supuesta convivencia con otra persona; en este caso, lejos de considerarse la filiación

[258] DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA N°150, Marzo 2011, Editorial Gaceta Jurídica, pp. 166-167.

biológica se toma muy en cuenta la dinámica familiar y el estado de familia; ya que la niña se desenvuelve en el entorno familiar del cónyuge de la mujer, junto a sus hermanos y se identifica con su padre; más no tiene ningún tipo de identificación o apego con el padre biológico.

El derecho a la identidad no es un derecho de los padres sino en interés de los hijos; entendido este como el derecho que tiene todo ser humano a ser uno mismo, y a ser reconocido como tal; pues el derecho a la identidad personal debe ser protegido en sus dos aspectos:

1) El estático que está restringido a la identificación (fecha de nacimiento, nombre, apellido y estado civil).
2) El dinámico más amplio y más importante, ya que está referido a que la persona conozca cuál es su específica verdad personal, en su calidad de derecho humano esencial debe ser integral.

En esta casatoria lo que se privilegia es el estado de familia y la dinámica familiar del entorno de la niña. En nuestro ordenamiento jurídico se tiene un gran avance respecto a la filiación. No solo debe ser considerado el aspecto biológico sino también la dinámica familiar , empero tratándose de la convivencia a la fecha no se tiene la presunción de paternidad como la que existe en las familiasmatrimoniales; sin embargo, incluso podría tenerse en cuenta la dinámica familiar y el estado de familia, para determinar la filiación de los hijos de los concubinos.

# V. DISCUSIÓN

## 5.1. Constitucionalización del derecho u ordenamiento jurídico a la luz de la teoría de Ricardo Guastini

### 5.1.1. Ideas previas

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, se ha construido una nueva forma de entender el derecho que parte de la importancia y necesidad de la protección de los derechos fundamentales y la dignidad humana. Este "nuevo constitucionalismo" que puede caracterizarse, entre otras cosas, por la materialización del derecho por medio de los principios constitucionales, la garantía jurisdiccional de la constitución, la relación del derecho con la moral y la importancia de la argumentación, viene a retar los fundamentos clásicos de la forma cómo se ha entendido el derecho, en especial mediante el proceso que ha sido llamado constitucionalización del derecho.

La constitucionalización del ordenamiento jurídico se da como resultado de un largo proceso de transformación del estado legal de derecho al estado constitucional de derecho[259]. En la actualidad es inconcebible comprender al ordenamiento jurídico a espaldas de la constitución, como veremos, el texto constitucional condiciona la validez del ordenamiento jurídico en diversos aspectos.

[259] Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo (2011). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trad. de Marina Gascón Abellán, Editorial Trotta, Madrid, pp. 21 y ss.

En el estado constitucional de derecho –a diferencia del estado legal de derecho– la Constitución es norma jurídica suprema, tanto como *lex legis* (jerarquía formal), así como norma *normarum* (jerarquía material), en razón a que fundamenta la validez de la creación y aplicación de las normas jurídicas integrantes del ordenamiento jurídico. La Constitución es la principal fuente del derecho.

Así mismo la constitucionalización del ordenamiento jurídico se puede entender en dos sentidos. El primero se refiere a la introducción de una Constitución formal al ordenamiento jurídico que antes no la tenía. Es pertinente señalar que este sentido no es el idóneo para nuestro propósito de estudio, en la medida que afirma que únicamente existe proceso de constitucionalización en los ordenamientos jurídicos que tienen una Constitución formal. Olvidándose de que el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico también se puede dar en base a una Constitución material, tal como fundamentaremos en los siguientes párrafos.Y el segundo tiene que ver con el resultado del efecto irradiador que tiene la Constitución del estado constitucional en el ordenamiento jurídico. En este escrito tomaré como referencia al último.[260]

Y por último, el ordenamiento jurídico producto de su constitucionalización resulta impregnado por normas constitucionales (expresas e implícitas). En ese sentido, un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracterizará por tener un texto constitucional que vincula a todo poder público y privado. Esta

[260] ORTIZ GASPAR, David (2013). *"La constitucionalización del ordenamiento jurídico peruano. Parte N° 1"* En: *avidortizgaspar.blogspot.pe/2013/11/la-constitucionalizacion-del.html.*

Constitución es capaz de condicionar la validez de toda acción pública y privada (que atente contra los principios del Estado Constitucional de Derecho), tales como: legislación, jurisprudencia, doctrina, actividad de los actores políticos y privados, entre otros.[261]

### 5.1.2. Estado de cuestión del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico

Hablar del proceso de constitucionalización del derecho resulta un asunto difícil, si no hay un acuerdo sobre nociones generales relacionadas con él. Un diálogo fructífero y dialéctico que desee ser tomado en serio para la comprensión del fenómeno implica un acuerdo mínimo sobre ciertos postulados relacionados con el proceso de constitucionalización. Implica, pues, un acuerdo mínimo, en especial acerca de lo que se entienda por derecho, constitución, derechos fundamentales y principios.

En la doctrina pueden encontrarse nociones disímiles las unas de las otras.Una de las causas de esta situación es que una noción acerca de la constitucionalización del derecho presupone múltiples nociones, que difícilmente suscitan amplio acuerdo entre sí; por ejemplo, presupone las nociones de constitución, Estado, derecho, función judicial y derechos fundamentales.

Así, el proceso de constitucionalización del derecho puede partir de diversos puntos de análisis. Como objeto de estudio puede recibir aportes importantes de

[261] Ibídem

la historia, la teoría jurídica, la sociología, la filosofía política y la economía. Tales disciplinas, desde sus perfiles, hacen un aporte importante que nutre la comprensión adecuada del fenómeno.

En consecuencia, la falta de consenso más o menos claro da lugar, entre otras cosas, a posiciones a favor y en contra del proceso de constitucionalización del derecho. Desde la economía, se han recibido grandes críticas a este proceso, en especial con el argumento de los aspectos ineficientes a que lleva el derecho constitucionalizado. La sociología, por su parte, ha entendido el proceso como ineficaz. Pues el gran catálogo de promesas difícilmente puede ser cumplido. La filosofía moral ha visto el proceso como un lugar propicio para la institucionalización de sus debates. Desde las concepciones clásicas del derecho privado, se entiende que se afrentan sus presupuestos básicos.

Por lo que uno de los temas más importantes en las últimas décadas en el ordenamiento jurídico peruano, y en especial en los ordenamientos jurídicos que han bebido de los proyectos constitucionales europeos de la Segunda Posguerra, es el de "la constitucionalización del derecho". Las características y la función en el ordenamiento jurídico, algo novedosas de entender en el constitucionalismo, ha dado pie a interesantes desarrollos doctrinales y a intricados debates, tal es así que la Revista Doxa N° 34 (2012) le dedica toda la edición a discutir este tema.

### 5.1.3. Sobre la constitucionalización de los ordenamentos jurídicos

Hace más de una década se viene utilizando el término "constitucionalización" para nombrar a un fenómeno que ha introducido cambios radicales en los ordenamientos jurídicos de algunos países de Europa continental principalmente España, Francia, Alemania e Italia[262]. Así, el origen de estos cambios ha sido la propia Constitución, convertida en una norma auténticamente obligatoria cuya fuerza es irradiada a todo el ordenamiento jurídico.[263]

Por su parte Ricardo Guastini define a la constitucionalización como el "proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente «impregnado» de las normas constitucionales".[264]

Esto supone que la constitucionalización comienza en la Constitución, pero termina extendiéndose a toda la estructura normativa. Y es que un ordenamiento constitucionalizado se caracteriza, según el mencionado autor, por tener una Constitución extremadamente invasiva y desbordante. En cuanto regula los aspectos más importantes de la vida política y social, incluyendo el comportamiento de los actores políticos y las relaciones entre particulares; pero

---

[262] BERNAL PULIDO, Carlos (2009). *El neoconstitucionalismo y la normatividad en el derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 19.
[263] PRIETO SANCHIS, Luis (2009). *"Neoconstitucionalismo y ponderación judicial".* En: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., p. 128.
[264] GUASTINI, Ricardo (2001). *"La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano",* trad. de José María Lujambio, En: Carbonell, Miguel (ed.), Estudios de teoría constitucional, Editorial Fontamara, México, p. 153.

también condiciona la validez de la legislación, el desarrollo de la jurisprudencia y el estilo doctrinal.

De modo que un ordenamiento constitucionalizado tiene una Constitución con plena fuerza obligatoria, generadora de efectos jurídicos inmediatos y que funciona como parámetro de validez para la interpretación de todas las normas jurídicas.

En este contexto, Guastini[265] ha identificado siete condiciones que un determinado ordenamiento debe satisfacer para poder considerarlo constitucionalizado, si bien aclara que la constitucionalización no es una propiedad "todo o nada", en el sentido de que el ordenamiento esté o no constitucionalizado en términos absolutos. Tal como lo expresa el mismo Guastini se "trata más bien de una cuestión de grado debido a que un sistema puede estar constitucionalizado en mayor o menor medida, dependiendo de cuántas y cuáles condiciones estén satisfechas en el seno de dicho sistema"[266].

Siguiendo al propio Guastini, estas siete condiciones que son necesarias para poder decir que un determinado ordenamiento jurídico está "constitucionalizado", son:

**A. La existencia de una constitución rígida**

El propio Guastini apunta sobre este rasgo que la constitucionalización será más acentuada en aquellos ordenamientos en los que existan principios (tanto

[265] Ibíd. pp. 154-164.
[266] GUASTINI, Ricardo (2010). *"La 'constitucionalización' del ordenamiento: concepto y condiciones".* En: *Interpretación, Estado y Constitución,* Ara Editores, Lima, p.153.

expresamente formulados como implícitos) que no puedan ser modificados en modo alguno: ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional[267]. En otras palabras, a una Constitución más rígida corresponde un mayor efecto de "constitucionalización" de todo el ordenamiento. Esto es, una Constitución escrita que tiene protección frente a la legislación secundaria en tanto que no puede ser derogada, modificada o abrogada a través del procedimiento legislativo ordinario, sino mediante uno de tipo especial, más complejo;

**B. La garantía jurisdiccional de la Constitución**

Dicha garantía permite hacer de la rigidez algo más que un simple postulado de buenas intenciones. La rigidez, para ser tal, debe poder imponerse frente a las leyes y al resto del ordenamiento jurídico. Los modelos para llevar a cabo el control de constitucionalidad son muy variados y pueden analizarse a la vista de su mayor o menor efectividad. Guastini distingue el modelo americano del modelo francés y del modelo continental europeo (Italia, España, Alemania, etcétera)[268] en consecuencia se refiere al control constitucional de las leyes, el cual puede adoptar distintas modalidades (*a posteriori/a priori, in concreto/in abstracto*, etcétera), pero siempre ejercido por un órgano judicial.

[267] GUASTINI, Ricardo. *"La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano",* op. cit., p. 155.
[268] Ibid. pp. 155-157.

**C. La fuerza vinculante de la Constitución**

Este punto se concreta a través de la idea de que las normas constitucionales (todas, con independencia de su estructura y de su contenido) son plenamente aplicables y obligan a sus destinatarios. Tradicionalmente, no se consideraban como vinculantes las normas programáticas (entre ellas la doctrina tradicional solía ubicar las relativas a los derechos sociales) o los principios[269]; en consecuencia significa que todas sus normas son obligatorias y capaces de producir efectos jurídicos inmediatos;

**D. La "sobreinterpretación" de la constitución**

Dicha sobreinterpretación se produce cuando los intérpretes constitucionales (que son tanto los encargados de desempeñar la jurisdicción constitucional como los jueces ordinarios, los demás órganos del Estado y los juristas en general) no se limitan a llevar a cabo una interpretación literal de la constitución, sino que adoptan una interpretación extensiva, utilizando cuando sea posible el argumento *a simili*. A través de este tipo de interpretación, se pueden extraer del texto constitucional innumerables normas implícitas, idóneas para regular casi cualquier aspecto de la vida social y política y, por ende, idóneas también para condicionar de forma muy incisiva el contenido de una parte del ordenamiento jurídico. "Cuando la Constitución es sobreinterpretada (apunta Guastini) no quedan espacios vacíos o sea "libres" del derecho constitucional: toda decisión legislativa está preregulada (quizás aún,

[269] Ibid. pp. 157-158.

minuciosamente regulada) por una u otra norma constitucional. No existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional"[270]; lo que significa la necesidad de que el texto constitucional sea interpretado extensivamente para obtener de él las innumerables normas implícitas reguladoras de cualquier aspecto de la vida social y política.

**E. La aplicación directa de las normas constitucionales**

Esta quinta condición para la constitucionalización del ordenamiento jurídico tiene que ver con dos cuestiones: a) el entendimiento de que la constitución rige también a las relaciones entre particulares y no es un texto dirigido solamente a las autoridades u órganos públicosy b) que todos los jueces pueden aplicar la constitución, incluso sus normas programáticas o normas de principio. Estos dos aspectos no se encontraban en el constitucionalismo clásico, pero se han ido conquistando de forma paulatina en los años recientes tanto por la doctrina como por la jurisprudencia constitucionales[271], lo que significa que la constitución debe ser aplicada directamente por todas las autoridades normativas y en ocasión de cualquier controversia, incluso las de carácter privado.

**F. La interpretación conforme de las leyes**

Guastini explica  que esta condición no tiene que ver con la interpretación de la constitución, sino con la interpretación de la ley[272]. La interpretación

[270] Ibíd. pp. 158-160.
[271] Ibíd. pp. 160-161.
[272] Ibíd. pp. 161-162.

conforme se da cuando, al tener la posibilidad un juez de aplicar a un caso concreto la interpretación $X_1$ de una ley o la interpretación $X_2$ opta por la que sea más favorable para cumplir de mejor forma (de manera más completa) con algún mandato constitucional. Desde luego, la interpretación conforme también significa que, ante una interpretación de la ley que vulnera el texto constitucional u otra interpretación de la misma ley que no lo vulnera, el juez prefiere esta última; en consecuencia esta condición se refiere al deber del juez de interpretar la ley de acuerdo con el texto de la constitución, buscando armonizar la primera con la segunda y evitar así un conflicto entre ambas.

**G. La influencia de la constitución sobre las relaciones políticas**

La última de las condiciones de constitucionalización del ordenamiento a las que se refiere Guastini consiste en una pluralidad de elementos entre los que se pueden mencionar los siguientes: a) que la constitución prevea un sistema de solución de diferencias políticas entre órganos del Estado (incluso entre órganos de los diversos niveles de gobierno en los Estados que sean federales o regionales), que permita a un órgano jurisdiccional resolverlos aplicando normas constitucionales; b) que los órganos jurisdiccionales encargados de la justicia constitucional no asuman actitudes de*self restraint* (autocontrol) frente a lo que en alguna época se ha llamado las *"political questions"* (cuestiones políticas), sino que todos los espacios del quehacer público del Estado sean reconducibles a parámetros de enjuiciamiento constitucional y c) que las normas constitucionales sean utilizadas por los principales actores políticos para

argumentar y defender sus opciones políticas o de gobierno[273]. Por lo que dicha condición se traduce en el hecho de que esta norma confiere a un tribunal constitucional la facultad de resolver los conflictos competenciales de los poderes públicos, entendidos como desacuerdos políticos en torno a las relaciones de poder entre los órganos del Estado así como en el control que ejerce el propio tribunal sobre la discrecionalidad política del legislador, a través de distintos mecanismos.[274]

### 5.1.4. Sobre las condiciones de la constitucionalización del ordenamiento jurídico

Guastini[275] sostiene que las dos primeras son condiciones necesarias de la constitucionalización en virtud de que ella sería inconcebible en su ausencia. Pero ha omitido fijar un orden jerarquizado entre las demás, lo que impide conocer la importancia concreta de cada una. Simplemente ha formulado algunas conjeturas que no permiten determinar con exactitud cuáles son las que tienen mayor valor o peso. Por ejemplo, Guastini cree que las condiciones tres a siete son suficientes de un grado distinto de constitucionalización; la tercera y la quinta son elementos esenciales de este proceso; la cuarta y la sexta son condiciones meramente importantes; la tercera y la cuarta mantienen un nexo muy estrecho entre sí; la quinta se encuentra vinculada tanto a la tercera como a la cuarta, y así por el estilo.

---

[273] Ibíd. pp. 163-164.
[274] GUASTINI, Ricardo. *"La 'constitucionalización' del ordenamiento: concepto y condiciones",* op. cit. p. 153.
[275] GUASTINI, Ricardo. "*La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano"*, op. cit. p. 154.

En un trabajo más reciente, Guastini[276] ha reiterado que las dos primeras son condiciones necesarias para que un ordenamiento cualquiera esté constitucionalizado. Las demás son aspectos o indicios del proceso de constitucionalización. Ello significa que no es posible saber cuánto vale cada una con el fin de precisar qué tan constitucionalizado está un determinado ordenamiento. Consecuentemente, todo aquél que no cumpla las condiciones tres, cuatro, cinco, seis o siete, o las cumpla solo de manera aproximada, será un ordenamiento constitucionalizado en términos parciales. Es importante no perder de vista esta última acotación porque el derecho peruano se encuentra precisamente en este supuesto: el de la constitucionalización parcial. Dando por descontadas las dos primeras condiciones que son *sine qua non*, diríase que el orden jurídico peruano está parcialmente constitucionalizado puesto que en él es posible reconocer la presencia de (por lo menos) algunas de las demás condiciones de ese proceso.

### 5.2. La constitucioanlizacion de derecho civil

Una de las consecuencias del fenómeno de la constitucionalización del derecho es pues la constitucionalización de las diferentes áreas del derecho, entre ellas el derecho civil. Por lo tanto, un elemento clave en la investigación es la influencia del derecho constitucional en el derecho civil, y en específico en el derecho de familia.

[276] GUASTINI, Ricardo. *"La 'constitucionalización' del ordenamiento: concepto y condiciones"*, op. cit. p. 157.

El derecho constitucional, no cabe duda, es un derecho fundamental *(ius privatun sub tutela publicum latet)*en el que se encuentra, como expresara hace mucho tiempo Pellegrino Rossi, los *epígrafes* generales de todo el derecho. A partir de esta afirmación …podemos señalar que hoy el derecho constitucional acusa una eclosión; es decir, las diversas ramas jurídicas van ostentar el aura constitucional inmarcesiblemente prescrita en sendos e inteligibles principios que provienen de su ámbito; surgiendo de esta manera el Derecho Civil Constitucional.[277]

Ello, implica entender estos cambios en el derecho y tener una base angular que nos permite dar una mirada desde la constitución, a fin de otorgarle una envoltura y contenido constitucional del código civil en general y al instituto de la filiación y la unión de hecho en particular.

El derecho constitucional no se encuentra exento de esta evolución, por el contrario, despliega todos sus efectos en el ordenamiento jurídico. A este proceso llamaremos "constitucionalización del derecho", toda vez que los efectos denuestracarta constitucionalse irradian en todas las ramas del derecho. Así, el Tribunal Constitucional ha determinado, enla STC0042-2004-AI/TC,la existencia deunprincipio de constitucionalidad y no solo de conformidad con la ley, principio de legalidad. Ello es así en la medida en que en nuestra constitución están incorporados el principio de supremacía constitucional y el principio de fuerza normativa (artículo 51º). La constitución no es un mero

[277] ETO CRUZ, Gerardo (2000). *Introducción al Derecho Civil Constitucional*, Editora Normas Legales, Trujillo, Prólogo.

documento político sino también una norma jurídica. Esto implica que el ordenamiento jurídico nace y se fundamenta en la constitución y no en la ley. El principio de fuerza normativa de la constitución quiere decir que todos los llamados a aplicar el derecho deben considerar a la constitución como premisa y fundamento de sus decisiones (art. 38º y 45º de la Constitución); sin embargo, en el presente capítulo nos detendremos en el ámbito del derecho civil y, más concretamente,en el del derecho de familia.[278]

Debemos señalar que la constitucionalización del derecho civil no es otra cosa que la aplicación de las normas constitucionales, cuyos efectos recaen en la relación con los particulares.[279] De hecho, así viene sucediendo en nuestro ordenamiento, ya que si bien es cierto que el juez está sometido a la ley —principio de legalidad—, es verdad también que lo está, ante todo, a la Constitución —principio de constitucionalidad—. El juez realiza una aplicación constitucional de la ley a la vista del caso concreto, en la medida en que debe considerar conjuntamente las razones de la ley y las razones de la constitución.[280]

La mejor garantía del goce y ejercicio de los derechos y libertades civiles se encuentra en su reafirmación en los derechos fundamentales. De allí que la reforma del Código Civil tendrá mayor arraigo en la medida en que se edifique como un derecho civil constitucional.[281]Esto significaría que las normas de

[278] MIRANDA CANALES, Manuel (2014). *"Constitucionalización del derecho civil a través de la jurisprudencia del tribunal constitucional peruano".* En: Cuadernos ParlamentariosN° 12, Centro de Capacitación y Estudios Parlamentarios, congreso de la Republica, Lima, pp. 9-10.
[279] Ibidem. p. 15.
[280] GASCÓN, Marina y GARCÍA, Alfonso (2005). *La argumentación en el Derecho*. Segunda edición, Editorial Palestra, Lima, p. 42. Citado por Miranda Canales. Ob. cit. p. 17
[281] Ibid. p. 22

carácter legal o reglamentario deben guardar coherencia y sujeción a la constitución no solo en su aspecto formal, sino también material, de modo que al aplicarlas a un caso particular se evidencie una afectación a un derecho fundamental[282].

Así, tanto la dignidad de la persona como el libre desarrollo de su personalidad y el respeto a los derechos de los demás imprimen su huella en la consolidación de la constitucionalización del derecho civil.

Como consecuencia de lo anterior, y tomando en consideración el carácter normativo de la constitución, su incidencia en el ordenamiento civil resulta innegable y llega a alcanzar de forma más o menos intensa a sus contenidos e instituciones jurídicas. Esto significa que muchas figuras, reglas y derechos civiles tradicionaleshan sido constitucionalizados, imprimiendo un límite infranqueable para el legislador ordinario.En ese sentido, el Código Civil, como cuerpo normativo que guía las relaciones entre los privados, deberá interpretarse a la luz de los preceptos establecidos en la constitución y la jurisprudencia, a fin de respetar las garantías fundamentales.[283]

Sin perjuicio de lo expuesto, debemos resaltar que la reinterpretación de las normas civiles a la luz de la constitución ciertamente podría irrogar dificultades y excesos por parte de los operadores del Derecho, pues «un enfoque que extrema el principialismo constitucional y desliga los derechos de la

[282] MIRANDA CANALES, Manuel. Ob. cit. p. 17.
[283] Citado por MIRANDA CANALES, Manuel Ob. cit. Ibidem. p. 17.

ley»[284]ocasiona severos conflictos para los jueces civiles, toda vez que estos, al verse más vinculados a la constitución que a la ley, podrían—en su potestad de intérpretes— sobrepasar los límites al inaplicar irrestrictamente preceptos legalesbajo pretexto de una propia exégesisde la Constitución, «haciendo tambalear los principios de seguridad jurídica y certeza del derecho, que constituyen hoy los pilares esenciales de un estado democrático de derecho».[285]

Siguiendo la misma línea, es oportuno precisar que el derecho civil y sus disposiciones recogidas en el Código Civil reciben influencia directa de la normativa constitucional y la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional en dicha materia, lo que permite la adaptación de las instituciones civiles a los postulados constitucionales[286].

En ese contexto, algunos Tribunales del Poder Judicial, a la luz de la jurisprudencia emitidaporel TribunalConstitucional, handebidoamoldar elsentidodesus resoluciones al contexto de cambio social. Ello no solo ha sucedido en los casos más polémicos y conflictivospara las relaciones entre ambos órganos, como son los de tutela de honor, intimidad y propia imagen, en las que la controversia suscitada entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema ha llegado a alcanzar tintes relativos al orden público, sino también en otros, que aunque no encontraron eco alguno en los medios de comunicación,

[284] ARAGÓN, Manuel (1997). *"El Juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad"*. En Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, pp. 185-186. Ibidem, p. 17.
[285] GUTIÉRREZ, Pilar (2011). *«La constitucionalización del Derecho Civil»*. En: Revista Estudios de Derecho, Universidad de Antioquia, Colombia, p. 76. Ibidem pp. 17-18.
[286] Ibidem p. 19.

dejan de ser trascendentales para el perfeccionamiento de la tutela que el derecho persigue dispensar a todas las personas.[287]

### 5.3. La constitucionalización del derecho de familia[288]

En esa línea, el abandono de un modelo estrictamente legalista ha facilitado que el legislador entienda el derecho como una unidad sujeta a los parámetros establecidos en la constitución, ya que, solo a partir de esta, los dispositivos normativos con que cuenta cada área del Derecho cobran un sentido cabal.

Dicho esto, debemos asumir que también el derecho civil está inmerso en el marco de los contenidos constitucionales y su actuación se rige bajo principios de constitucionalidad recogidos en la Carta fundamental.Empero,nosolo se encuentra únicamente subordinado a estos mandatos supremos, sino que también está permanentemente dotado con el contenido constitucional que la jurisprudencia, por intermedio del Tribunal Constitucional, desarrolla y que permite que el derecho civil pueda ir transformándose acorde al dinamismo por el que atraviesa nuestra sociedad.

El Derecho de Familia es un claro ejemplo de lo expuesto, pues la evolución de la familia en la legislación nacional no ha sido siempre la misma, sino que ha avanzado de la mano con el desarrollo de los derechos fundamentales. Esto ha

[287] BARBER CÁRCAMO, Roncesvallles (2003). "*La Constitución y el Derecho Civil*". REDUR, Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja, núm. 2. Ibidem., p. 19.
[288] MIRANDA CANALES, Manuel. Ob. cit. Ibidem. p. 26.

permitido que sus alcances y preceptos lleguen a ocupar un espacio más amplio, con mayor proyección cuando hace referencia al pasado.

Así pues, la constitucionalización de esta institución ha permitido que se aborden nuevos aspectos, dejando de lado algunas concepciones tradicionales. Todo ello ha hecho posible ampliar su margen de protección, cuya razón de ser reposa en las nuevas necesidades sociales.

En suma, hoy por hoy, el fenómeno de la constitucionalización del derecho implica una acogida a preceptos constitucionales, cuyo centro es el respeto de los derechos fundamentales de la persona. En consecuencia, el respeto de las disposiciones emanadas de la carta constitucional deberá ser de obligatorio acatamiento para todos los poderes públicos y para las relaciones entre los privados.

En ese sentido, Rocío del Pilar Vargas Morales[289] precisa que en la jurisprudencia vinculada a temas de derecho civil, en específico en materia de familia y filiación, observamos cómo los jueces realizan control difuso, inaplicando normas de rango legal propias del código civil, para aplicar directamente la constitución material. De hecho, el propio artículo 233 del Código Civil de 1984 indica que la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú.

[289] VARGAS MORALES, Rocío del Pilar (2011). *El Derecho a la identidad del hijo como objeto de protección de la presunción pater is est. Alcances, límites y necesidad de cambio en el código civil de 1984.* Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial, Unidad de Postgrado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, p. 28.

Así, las normas del derecho de familia han sido objeto de control constitucional por parte del TC que tiene como competencia exclusiva el conocimiento de acciones de inconstitucionalidad contra normas de rango legal, como lo establece el artículo 200 de la Constitución de 1993.

En específico, podemos mencionar la sentencia recaída en el expediente 0018- 1996-AI/TC en la que se declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo 337 del Código Civil que originalmente establecía a la sevicia, la conducta deshonrosa y la injuria grave como causales de divorcio. El TC declaró fundada la demanda respecto de la sevicia y la conducta deshonrosa, mas no de la injuria grave, lo que demuestra que, por encima del vínculo matrimonial, prevalecen los derechos del individuo.

### 5.4. Los principios constitucionales y su impacto

Se entiende por principio un enunciado dotado de pretensión de aplicación. Más aún, son enunciados con pretensiones de aplicación máxima y absoluta; y que precisamente por tal pretensión devienen difícilmente aplicables por sí mismos a un caso concreto[290]. Por ejemplo, la idea de "proporcionalidad", en cuanto pretensión de que toda sanción tenga medida. Dicha pretensión es excesivamente genérica y resulta ineficaz para un caso concreto, por lo que, si deseamos que sea operativo, ha de concretarse más.

[290] GRANDEZ, Pedro (2016). *El ascenso de los principios en la práctica constitucional.* Editorial Palestra, Lima, p. 21 y ss.

Entendemos que "los principios son enunciados normativos de tan alto nivel de generalidad que [...] no pueden ser aplicados sin añadir premisas normativas adicionales y, más de las veces, experimentan limitaciones a través de otros principios"[291]. Según esto, el principio de "proporcionalidad" entraría en colisión con otros principios, como el de "necesidad" de tutelar la vida social. En concreto, si no se sanciona el delito, la vida social corre peligro; y si se sanciona, se menoscaba la dignidad del penado. Se da así una situación de conflicto entre dos principios. Pero de dicha tensión surgen enunciados más precisos y concretos, que sí pueden ser aplicados a situaciones concretas. Por ejemplo, que la sanción se reduzca al mínimo imprescindible para salvaguardar la vida social.

Ya desde este concepto, algunos enunciados a los que la jurisprudencia y doctrina califican de "principios" no merecen dicha denominación. Pasarían en cambio a denominarse reglas. Por regla se entiende un enunciado derivado de dos o más principios, con pretensiones de aplicación a un grupo de casos. Es más, se trataría de criterios de solución para grupos de casos. Bajo una regla sí puede subsumirse un caso, mientras que bajo un principio, debido a su generalidad, no es posible[292].

---

[291] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2001). *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Editorial Civitas, Madrid, pp. 91 y 98; pp. 114-115 y 122.

[292] ALEXY, Robert (1991). *Teoría de la argumentación jurídica*, (trad. Atienza, Manuel/ Espejo, Isabel), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 249. donde se expresa: "Debido a su generalidad no son utilizables directamente para fundamentar una decisión. Se necesitan premisas normativas adicionales" (con más referencias). De donde la cuestión clave es: ¿de dónde extraer estos principios y cómo operan?.

Según ese concepto, serían reglas la prohibición de *"bis in idem",* el *"nulla poena sine lege"*..., y muchos otros enunciados. Sucede, por tanto, que en la práctica principios y reglas se han confundido sobre todo por englobar bajo la denominación de principios enunciados que no lo son[293].

Los principios constitucionales proceden de la fuerza normativa de la constitución en relación con las restantes normas del ordenamiento. Es oportuno recordar que gozan de una funcionalidad amplia, como elemento informador. El texto constitucional puede contener principios expresos o implícitos.[294]

La terminología empleada por la Constitución vigente es muy variada. En efecto, la Constitución vigente emplea la palabra «principio» con diferentes significados, y aun en aquellos casos en que lo hace con el sentido general con que venimos utilizándolo en este trabajocon relación a supuestos muy distintos, que trataremos de catalogar después. En ocasiones, la Constitución no emplea

[293] Antes de adentrarse en los concretos principios, conviene tener en cuenta que no nos hallamos –de nuevo– en el ámbito de una ciencia teórica, sino en el de una práxica, cuyos parámetros no son la exactitud de las proposiciones. Sus parámetros son la viabilidad o no de un juicio práctico como bueno, justo... Por tanto, son enunciados que permiten llegar a una decisión sobre conductas humanas. Por eso puede afirmarse que el objeto del principio en cuestión no es el enunciado en que este se exprese, en cuanto tal (por ejemplo, "principio de legalidad"), sino las acciones a las que rige (por ejemplo, "no es aceptable castigar conductas sin definirlas previamente en la ley"). Cuando decimos que las acciones son operables, nos estamos refiriendo a que están por ser realizadas, se van a llevar a cabo, todavía no son, y que se trata de que en su realización se adecuen a los principios y reglas que las rigen. Una vez realizada la conducta, se enjuicia con arreglo a las pautas de conducta en cuestión. Por eso, puede decirse que toda conducta presupone unas pautas que operan antes de realizarse, y que esas mismas pautas se emplean después, una vez realizada, como baremo de medición o crítica. Así, el principio de legalidad permite tomar decisiones políticas sobre la definición de conductas a prohibir (en el ámbito legislativo que se legisle respetando los principios). Pero permite igualmente enjuiciar algo ya sucedido (este caso, como homicidio de los previstos con precisión en el Código Penal). De este modo, podemos criticar desde los principios las decisiones que ha adoptado el legislativo, o un juez, o el Tribunal Constitucional... Es lo que hace, por ejemplo, el Tribunal Constitucional declara inconstitucional un precepto de una ley; o lo que realiza un juez al sentenciar sobre una conducta delictiva de un particular.

[294] GRANDEZ, Pedro. Ob. cit. pp. 14-15.

el término principios, sino que usa de otras expresiones cargadas asimismo de significación axiomática y valorativa. Estamos, pues, ante una Constitución de la que puede decirse que no responde a una mentalidad positivista y sí, en cambio, podría afirmarse que es muy «principial»[295].

Lo que ocurre es que esa misma proliferación en el uso del término «principio» aconseja un esfuerzo clasificatorio y una decantación de los diferentes supuestos, aunque desde la perspectiva práctica tiendan a confundirse. En efecto, tanto la doctrina académica como la jurisprudencial emplean a veces los términos «principio» y «valores» y las clasificaciones del Estado español, como entidades diferenciadas, pero, muy frecuentemente también, como si se tratara de sinónimos, utilizando las técnicas y produciendo los efectos que en general se atribuye a los principios[296].

Tal tendencia homogeneizadora no debe llevarnos a ignorar la entidad de los «valores superiores» del ordenamiento jurídico; tarea en la que han puesto esfuerzo distintos autores, entre los que cuenta el trabajo de Peces Barba[297]. Los «valores superiores» constituyen idealidades que han venido siendo reclamadas a lo largo de la historia del pensamiento ético y político de la cultura occidental. Se trata de opciones materiales que son tenidas como metajurídicas y como matrices de valor que, al propio tiempo, han sido hoy positivizadas

---

[295] DÍEZ PICAZO, Luis (1973). *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, p. 207.

[296] Las tomas de postura a este respecto han sido muchas. Una labor de síntesis de tales pronunciamientos puede verse en VILAS NOGUEIRA, José (1984): *"Los valores superiores del ordenamiento jurídico"*, en REDC, núm. 12, p. 94 y sigs. De hecho, la mayoría de la doctrina se inclina por un tratamiento homogéneo desde el punto de vista de la asimilación funcional y operativa.

[297] HERNÁNDEZ GIL, Antonio (1983): *"Sistema de valores en la Constitución",* en la VVAA. La Constitución y la Monarquía parlamentaria, CEC, Madrid, pp. 125 y ss.

expresamente en el artículo 1° de la Constitución[298], donde hallan también ubicación otras afirmaciones asimismo básicas y estructuralmente primarias del orden jurídico-político.

En base a esta realidad se ha podido decir que estamos en una etapa histórica en la que se ha producido la superación definitiva de la antítesis positivismo-iusnaturalismo, siempre presente en nuestra cultura jurídica. La constitución expresa los valores que antaño se discutían como un estadío anterior a la positividad y, por tanto, como no jurídicos en sentido estricto.

### 5.5. Principios del derecho que permiten la aplicación de la presunción de paternidad a la unión de hecho

La familia se presenta como una institución pluridimensional que no se agita en el ámbito legal.Otras ciencias y áreas del conocimiento humano se encargan de consagrarle principios reguladores que van adecuándose a las reglas jurídicas del derecho que regula el derecho de familia.La moral, la ética y la religión condicionan casi a todas sus normas[299].

---

[298] Para algunos, el enunciado del artículo 1.1 no encierra todos los «valores» que la Constitución propugna. Particularmente el artículo 10.1 debe tener tal consideración. La dignidad de la persona humana es para TORRES DEL MORAL, Antonio (1988). *Principios de Derecho Constitucional español*, vol. I, 2.a edic, Universidad Complutense de Madrid, Madrid: un valor que es preciso tener en cuenta (Un paso de considerable trascendencia en la línea de ampliación de los valores es el dado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 77/85, de 27 de junio, fundamentos jurídicos 1.° y 2.° La vida humana es «la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico-constitucional (...) y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendría existencia posible. Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona...». Reacción en contra de tal extensión en los votos particulares de Rubio Llórente y Tomás y Valiente.

[299] VARSI ROSPLIGIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia* (2011). La nueva Teoría Institucional y Jurídica de la Familia, tomo I, Editorial Gaceta jurídica, Primera Edición, Octubre, pág. 245.

La buena fe, las costumbres y el orden público fijan la finalidad de cada una de las instituciones, razón por la cual la autonomía de la voluntad y la libertad de sus integrantes se encuentra limitada[300].

El filósofo norteamericano Ronald Dworkin se opone a a la idea de que el derecho pueda ser constituido solo por reglas (*rules*), ni está afiliado a la idea de que el juez pueda decidir lo que él llama los casos difíciles (*hard case*) con base en su poder discrecional.En tales situaciones trae a colación la existencia de obligaciones jurídicas no positivadas, los principios que abrazan los valores fundamentales  tales como la "justicia", "estado de derecho" y equidad o *"fairness"* y consolidan el camino pordonde la ley, la moral y la política se compenetran mutuamente[301].

Actualmente, existe una búsqueda de un derecho civil que va del individuo a la persona, de la regulación pasiva a una reglamentación que promueva comportamientos específicos en detrimento de otros, de la neutralidad aséptica para un mayor compromiso con la justicia social, para la realización de los valores constitucionales.

Los principios son muy importantes ya que marcan, básicamente, todo el sistema jurídico.Son proposiciones generales que informan una ciencia con una

---

[300] Ibídem.

[301] El jurista dice, in verbis, que su "estrategia se organizará en torno del hecho de que cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos difíciles en nuestros problemas con tales conceptos parecen agudizarse más, echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de maneras diferentes, como principios, directrices políticas u otros tipos de pautas". DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio, Ariel, Barcelona, 1995, p.72.. Citado por VARSI ROSPLIGIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia* (2011). La nueva Teoría Institucional y Jurídica de la Familia, tomo I, Editorial Gaceta jurídica, Primera Edición, Octubre, pág. 246.

amplia base valorativa sobre la cual se constituye el sistema jurídico… De hecho, como son los valores del sistema, los principios orientan el sistema jurídico en toda su extensión y sustancialidad, revelando su indubitable importancia práctica y teórica[302] . Incluso se afirma en la doctrina que "la teoría de los principios es el corazón de las Constituciones"[303].

### 5.5.1. Principio de protección de la unión estable

EL artículo 5° de la Constitución Política del Estado indica que "La uniónestable de un varón y una mujer libres sin impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable".

Las uniones de hecho han dejando de ser solo una costumbre extendida pasando a ser toda una realidad[304].A través de ellas muchas parejas optan por compartirse sin formalidades ateniéndose a sus efectos legales.El problema actual es que la ley sigue diferenciándola del matrimonio, colocándola en un segundo plano, categorías más abajo, lo que debilita las relaciones convivenciales[305].

---

[302] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVAD, Nelson. *Direito das familias*. 2ª edición, Lumen juris, río de Janeiro, 2010, p. 33.. citado por VARSI ROSPLIGIOSI, Enrique *Tratado de Derecho de Familia* (2011). La nueva Teoría Institucional y Jurídica de la Familia, tomo I, Editorial Gaceta jurídica, Primera Edición, Octubre, pág. 247.

[303] BONAVIDES, Paulo. Curso de direito Comstitucional. 16ª edición, Malheiros, Sao Paulo, 2005, p. 282. Citado por VARSI ROSPLIGIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia* (2011). La nueva Teoría Institucional y Jurídica de la Familia, tomo I, Editorial Gaceta jurídica, Primera Edición, Octubre, pág. 247.

[304] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique (2011) "*Tratado de Derecho de Familia*" La nueva teoría institucional y jurídica de la familia, Tomo I, Editorial Gaceta jurídica, Primera Edición, octubre, pág.260.

[305] Ibídem.

Placido Vilcachagua[306] manifiesta que surgiendo la familia de este tipo de uniones merece una protección sin desconocer que debe promoverse el matrimonio como base de su constitución, por lo que la regulación jurídica de la unión de hecho tendrá por objeto imponerle mayores cargas legales, haciéndolo menos atractiva, loque virtualmente fomentará el matrimonio[307].

### 5.5.2. Principio de la dignidad humana

Es el principio máximo, superprincipio, macroprincipio o principio de principios[308].

En el primer artículo de nuestra constitución como principio humano esencial tenemos en el artículo uno "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

Algunos consideran que el derecho a la dignidad es el fundamento de los derechos fundamentales de la persona, pues sin ejercicio de este derecho la persona no puede ser considerada como tal.

Se afirma en la doctrina que la dignidad humana es la premisa de la idea de justicia humana, porque es ella que dicta la condición superior del hombre como ser de razón y sentimiento[309].

---

[306] PLACIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando. *Los principios constitucionales de la regulación de la familia*". En actualidad Juridica, suplemento mensual de Gaceta Jurídica, N° 100, mar 2020, p.88. Citado por VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique *"Tratado del Derecho de Familia"*, p. 260.

[307] En Brasil las diferencias más notables entre la unión estable y el matrimonio están en el ámbito del Derecho sucesorio.

[308] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique *"Legalidad de Matrimonio entre personas del mismo sexo en el Perú"*. En GACETA CONSTITUCIONAL (2010) Tomo 32, Agosto, Gaceta jurídica, pág. 28.

[309] ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. "*O principio da dignida de humana e a excluao social*". En Anais da XVVI Conferencia Nacional dos Advogados. Justicia: realidade e utopia, v. I, OAB – Conselho Federal, Brasilia, 2001, p.72. Citado por VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique "*Legalidad de Matrimonio entre personas del mismo sexo en el Perú*". En GACETA CONSTITUCIONAL (2010) Tomo 32, Agosto, Gaceta jurídica, pp. 28-29.

La noción de dignidad incluye el núcleo existencial que es esencialmente común a todos los seres de la raza humana, el núcleo duro como también lo llaman.

Debemos, con respecto a la dimensión personal de la dignidad, tener la obligación general de respetar, proteger y descalificar cualquier procedimiento, comportamiento o actividad que cosifique al individuo[310].La dignidad es contraria a todo precepto de reificación del ser.

Según Ingo Wolfgang Sarlet[311], la dignidad es la calidad intrínseca y distintiva de cada ser humano que lo hace merecedor del mismo respeto y consideración por parte del Estado y la comunidad, envolviendo un conjunto complejoy derechos y deberes fundamentales que garantizan su desenvolvimiento contra cualquieracto de trato inhumano o degradante así como las condiciones mínimas para una vida sana, facilitando y haciendo posible la promoción de su participación activa y corresponsable en el destino de su propia existencia y la vida en comunión con los otros seres humanos.

### 5.5.3. Principio de la libertad

Es el valor supremo del ser humano, siendo este el único animal que la posee.Implica aquella capacidad que tiene el sujeto para realizarse con autonomía dentro de sus relaciones sociales.Permite actuar sin restricciones

---

[310] Cfr. GAMA, Guillerme Calmon Nogueira da. *Principios constitucionais de Direito de Familia.* Guarda compartilhada á luz da lei n. 11.698/08: familia, crianca, adolescente e idoso. Atlas, Sao Paulo, 2008, pp. 70-71. Citado por VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique "*Legalidad de Matrimonio entre personas del mismo sexo en el Perú*". En GACETA CONSTITUCIONAL (2010) Tomo 32, Agosto, Gaceta jurídica, pág. 29.

[311] SARLET, Ingowofgang. *Dignida de da Pessoa humana e direitos fundamentaisna Constituicao Federal de 1998*. Porto alegre, Livraria do Adrogado, 2001, p. 60. Citado por VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique "*Legalidad de Matrimonio entre personas del mismo sexo en el Perú*". En GACETA CONSTITUCIONAL (2010) Tomo 32, Agosto, Gaceta jurídica, pág. 29.

siempre que sus actos no interfieran con los derechos equivalentes de otros, tomando en consideración que, como derecho, está ligado al interés social.Además los derechos de la persona tienen necesariamente como punto de partida el reconocimiento del hombre como ser libre[312].Es la feliz afirmación de Paulo Dourado de Gusmao, "el hombre es, en esencia, libertad"[313].

Según Rodrigo da Cunha Pereira, "la verdadera libertad y el ideal de justicia están en las jurisdicciones que proporcionan un Derecho de familia comprende la esencia de la vida: dar y recibir amor"[314].Después de todo, la libertad es la posibilidad de una coordinación consciente de los recursos necesarios para el desenvolvimiento de la personalidad y la realización de la felicidad personal.En este concepto se encuentran todos los elementos subjetivos y objetivos esenciales de la idea de libertad.Es el poder de no actuar.No dejar de ser resistencia a la opresión.No se dirige contra, pero sí en la persecución, en busca de algo que es la felicidad personal –que es circunstancial y subjetiva- colocando la libertad, por su propósito, en simetría y armonía con la conciencia e interés de cada persona.Todo aquello que implique bloquear la posibilidad de una coordinación de los recursos en contrario a la libertad[315].

---

[312] FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. (2007) *Derechos de las personas*. Décima edición, GRJLEY, Lima, p. 36 y ss.
[313] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique "*Legalidad de Matrimonio entre personas del mismo sexo en el Perú*". En GACETA CONSTITUCIONAL (2010) Tomo 32, Agosto, Gaceta jurídica, pág. 30.
[314] PEREIRA, Rodrigo da cunha, cit. 161. Citado por VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique "*Legalidad de Matrimonio entre personas del mismo sexo en el Perú*". En GACETA CONSTITUCIONAL (2010) Tomo 32, Agosto, Gaceta jurídica, pág. 30.
[315] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique "*Legalidad de Matrimonio entre personas del mismo sexo en el Perú*", Ob. Cit., pág. 31.

### 5.5.4. Principio de la igualdad

El derecho a la igualdad se constituye como un límite a la actuación de los poderes públicos y como un mecanismo de creación frente a la posibilidad arbitraria del poder. El principio de igualdad únicamente se viola cuando se trata diferente a los iguales. De ahí que lo constitucionalmente vetado sea el trato desigual ante situaciones idénticas y la irrazonabilidad del mismo, es decir que colisione con el sistema de valores constitucionalmente consagrado[316].

El derecho a la igualdad es aquel derecho inherente que tienen todos los seres humanos a ser reconocidos como iguales ante la ley y de disfrutar de todos los demás derechos otorgados de manera incondicional, es decir, sin discriminación por motivos de nacionalidad, sexo, creencias o cualquier otro motivo[317].

La igualdad está visceralmente relacionada con el principio de libertad si existe igualdad. Como dice Maria Berenice Dias: "si no hay el presupuesto de la igualdad, habrá dominación y sumisión, no la libertad"[318]. Con las palabras de Chaim Perelman, uno puede extraer el verdadero significado de la igualdad: "la idea de justicia, sugiere para todos, inevitablemente, la idea de igualdad segura"[319]. Por cierto, esta es la misma línea de pensamiento adoptada por

---

[316] CRUZ VEGAS, Rubén Alfredo *"a quién le importa… si yo me caso",* ob. Cit., pág. 88

[317] Ibidem.

[318] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Familias*. La nueva teoría institucional, jurídica y principista de la familia. Proyecto de investigación inédito científica de la Universidad de Lima, Lima. 2009. Citado por VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique "Legalidad de Matrimonio entre personas del mismo sexo en el Perú". En GACETA CONSTITUCIONAL (2010) Tomo 32, Agosto, Gaceta jurídica, pág. 3i.

[319] PERELMAN, Chaimapud GARCIA, Maria da Gloria F.P.D. *Estudios sobre o principio da igualdad*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 29. Citado por VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique *"Legalidad de Matrimonio entre personas del mismo sexo en el Perú"*. En GACETA CONSTITUCIONAL (2010) Tomo 32, Agosto, Gaceta jurídica, pág. 31.

Santo Tomás de Aquino quien sostiene que la justicia coincide exactamente con la igualdad[320].

Tratamiento diferenciado solo puede existir en la ocurrencia de una base racional para justificarla. A falta de razones válidas, o si ella fuera insuficiente, se debe entender que en virtud de la igualdad debe aplicarse el mismo régimen jurídico en todas la situaciones[321].

En virtud del principio de igualdad consagrado en la Constitución del Perú, puede decirse que toda diferencia debe ser fundamentada, tener una lógica y una racionalidad compatible con los cánones establecidos en la carta magna. Partiendo de estos presupuestos, cualquier discriminación o diferenciación de trato puede considerarse inconstitucional[322].

Es por ello que podemos afirmar que la familia que tiene como origen el concubinato debe ser tratada como la familia matrimonial, ya que la finalidad de nuestro ordenamiento jurídico es la protección de la familia, sin distinción de su origen. El tratamiento que en la actualidad se le da al concubinato es un trato discriminatorio, esto es, no existe razonabilidad en el trato diferenciado con respecto a la familia matrimonial. Debemos de tener en cuenta que la prohibición del trato discriminatorio forma parte del *ius cogens*.

---

[320] GARCIA, Maria da Gloria F.P.D. *Estudios sobre o principio da igualdad*. Citado por VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique "*Legalidad de Matrimonio entre personas del mismo sexo en el Perú*". En GACETA CONSTITUCIONAL (2010) Tomo 32, Agosto, Gaceta jurídica, pág. 31.
[321] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique "*Legalidad de Matrimonio entre personas del mismo sexo en el Perú"*, ob. Cit., pág. 31
[322] Ibídem.

### 5.5.5. Principio del interés superior del niño[323]

El interés superior del niño, el principio de protección especial del niño se erige en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un principio fundamental, que fue inicialmente enunciado en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, que parte de la premisa de que los niños son lo mejor que tiene la humanidad, razón por la cual deben ser especialmente protegidos. De una manera más amplia y precisa fue reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, en su Principio 2 en los siguientes términos: "el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (…) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad". Por su parte, el artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, también reconoce este principio, al consagrar que la infancia tiene "derecho a cuidados y asistencia especiales". En sentido similar, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"; que luego los desarrolla la propia convención. Sin embargo la diferencia entre la concepción de la convención y de las anteriores es cualitativa, pues mientras aquéllas son meramente declarativas, esta dota a dicho Principio de total efectividad, en

[323] CASACIÓN 950-2016-AREQUIPA

primer lugar tenemos, por reconocer al niño como sujeto pleno de derecho; y en segundo lugar, por dotar a tales derechos de las garantías para su cumplimiento, y en ese marco considera dicho interés como principio vinculante para todos los poderes públicos y entes privados. Por consiguiente, atendiendo a tal principio, concebido como la búsqueda del máximo bienestar del niño y la plena efectivización de sus derechos, en su condición de ser humano, es que debe emitirse la presente decisión.

### 5.5.6. Principio de identidad[324]

El derecho a la identidad debe ser entendido como el derecho que tiene todo ser humano a ser uno mismo, y a ser reconocido como tal. En este sentido, el derecho a la identidad personal debe ser protegido en sus dos aspectos: el estático que está restringido a la identificación (fecha de nacimiento, nombre, apellido y estado civil) y el dinámico, más amplio y más importante ya que está referido a que la persona conozca cuál es su específica verdad personal, pues el ser humano, en tanto unidad psicosomática, es complejo y contiene múltiples aspectos vinculados entre sí, de carácter espiritual, psicológico o somático, que lo definen e identifican, así como existen aspectos de índole cultural, ideológicos, religiosos o políticos, las relaciones familiares, las que se instituyen inmediatamente que se conocen quienes son los padres que también contribuyen a delimitar la personalidad de cada sujeto; así, el conjunto de estos múltiples elementos caracterizan y perfilan el ser uno mismo, diferente a los demás. En consecuencia, la protección jurídica del derecho a la identidad

[324] Segundo considerando de la CASACIÓN N° 950-2016-AREQUIPA.

personal, en su calidad de derecho humano esencial debe ser integral, para comprender los múltiples y complejos aspectos de la personalidad de un ser humano.

## 5.6. Validación de la hipótesis

La hipótesis planteada en la investigación fue: "Los principios constitucionales a la igualdad, la integridad, el interés superior del niño y la protección de la familia constituyen los fundamentos jurídicos para el reconocimiento de la presunción de paternidad en la unión de hecho en el ordenamiento jurídico peruano"; la misma que ha sido validada en mérito a los siguientes fundamentos:

### 5.6.1. El carácter de fuerza normativa de la constitución

El Tribunal Constitucional ha adoptado que la concepción dela constitución es como norma jurídica, al considerar que: "El tránsito del estado legal de derecho al estado constitucional de derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la constitución es también una Norma jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto.

Es decir, significó superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso -de la mano del principio político de soberanía popular- al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con lacreación delaconstitución del estado, enelorden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder devino entonces en un poder constituido por la constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo[325].

A partir de entonces, el asunto se hizo bastante elemental y se tiene expuesto así desde hace más de 200 años: "¿Qué sentido tiene que los poderes estén limitados y que los límites estén escritos, si aquellos a los que se pretende limitar pudiesen saltarse tales límites? La distinción entre un Gobierno con poderes limitados y otro con poderes ilimitados queda anulada si los límites no constriñesen a las personas a las que se dirigen, y si no existe diferencia entre los actos prohibidos y los actos permitidos. (...). Está claro que todos aquellos que han dado vida a la constitución escrita la han concebido como el derecho fundamental y supremo de la nación. (...). Quienes niegan el principio de que los tribunales deben considerar laconstitución como derecho superior, deben entonces admitir que los jueces deben cerrar sus ojos a la constitución y regirse solo por las leyes."[326] [ Sentencia del Tribunal Supremo de los

[325] STC Exp. N° 5854-2005-PA/TC f.j. 3
[326] STC Exp. N° 5854-2005-PA/TC f.j. 4

Estados Unidos en el Caso Marbury v. Madison (1803). Texto tomado de: Beltrán de Felipe, Miguel y Gonzáles García, Julio. Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados de América. Madrid: Boletín Oficial del Estado / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 111-112.]

La constitución es, pues, norma jurídica y, como tal, vincula. De ahí que, con acierto, pueda hacerse referencia a ella aludiendo al "derecho de la constitución"[ Concepto al que acude con frecuencia la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica (Vid. Res. 2004-09992, de fecha 8 de septiembre de 2004, recaída en el Exp.03-004485-0007-CO, mediantelacualsedeclaralainconstitucionalidaddel acuerdo del Poder Ejecutivo de brindar apoyo a la "Coalición" de países que incurrió en accionesbélicasenIraq),cuyascompetencias materiales resultansustancialmente idénticas a las de un Tribunal Constitucional. Esto es, al conjunto de valores, derechos y principios que, por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos[327].

Bajo tal perspectiva, la supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la constitución preside el ordenamiento jurídico (artículo 51)[328], como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo

[327] STC Exp. N° 5854-2005-PA/TC f.j. 5
[328] Artículo 51º de la Constitución. - La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. (...).

45º)[329] o de la colectividad en general (artículo 38°)[330] puede vulnerarla válidamente[331].

### 5.6.2. El ascenso de los principios y su incidencia en el razonamiento constitucional

El concepto de «principio jurídico» puede ser usado en diversos sentidos o acepciones, entre las cuales, a juicio de Atienza y Ruiz Manero (1991, p. 103), los más significativos son los siguientes: en el sentido de norma muy general, entendiendo por tal la que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales; en el de norma redactada en términos particularmente vagos, como consecuencia de la incorporación en la misma de un número de conceptos jurídicos indeterminados; en el sentido de norma programática o directriz, esto es, de norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines; en el sentido de norma que expresa los valores superiores del ordenamiento jurídico; en el de una norma especialmente importante, aunque su grado de generalidad sea relativamente bajo; en el sentido de norma de elevada jerarquía; en el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación jurídicos y que señala, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc.; y, en fin, en el sentido de

[329] Artículo 45º de la Constitución: El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. (...).
[330] Artículo 38º de la Constitución. - Todos los peruanos tienen el deber de... respetar, cumplir y defender la Constitución (...).
[331] STC Exp. N° 5854-2005-PA/TC f.j. 6

*regulaiuris*, esto es, de enunciado o máxima de la ciencia jurídica que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo.[332]

Así, los principios constitucionales son normas fundamentales; se trata de construcciones interpretativas, los mismos que suponen obligaciones de garantia por parte Estado, atendiendo a la relevancia social de los fines a los que se orientan estos principios, que ayudan a construir el principio general del estado de derecho como un conjunto de instituciones y derechos que interactúan con un *thelos* que debe amenizarse constantemente.[333]

Así el Tribunal Constitucional peruano ha reconocido que:"La Constitución Política de un Estado, como conjunto de valores, principios y reglas, es el eje principal que asegura la unidad del ordenamiento jurídico, dado que representa la decisión política y jurídica por excelencia y el fundamento central del sistema constitucional en su conjunto. Es a partir de ella que el intérprete constitucional analiza la vigencia de disposiciones de menor jerarquía, cuya garantía de vigencia se encuentra supeditada a la conformidad que guarden con el espíritu de la norma constitucional."[334]

En ese sentido, la principal consecuencia que se deduce de la aplicación de los principios es el fortalecimiento o robustecimiento de la posición del juez, pues allí donde aparece un conflicto entre principios, surge una decisión que otorga preferencia a uno u otro y que va a tener como único límite la

---

[332] ATIENZA, Manuel. y RUIZ, Juan (1991). *"Sobre principios y reglas*". En: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Núm. 10, p. 103
[333] GRANDEZ, Pedro (2016). *El ascenso de los principios en la práctica constitucional*, Palestra Editores, Lima, pp. 13-19.
[334] STC 020-2003-AI/TC *Fundamento Jurídico* 4.

racionalidad en la cual a la hora de aplicar principios, el juez es mucho más libre que cuando aplica reglas según el modelo tradicional.

### 5.6.3. Distinción entre principios y reglas

La cuestión de la distinción entre reglas y principios puede ser abordada desde dos perspectivas o enfoques diferentes: el estructural y el funcional. Este segundo, conforme a Atienza y Ruiz Manero, se centra en el papel o la función que las normas cumplen en el razonamiento práctico de sus destinatarios.[335]

Así, si consideramos las normas jurídicas en su dimensión de pautas dirigidas a los órganos jurisdiccionales para resolver las disputas jurídicamente, entonces la distinción entre reglas, principios explícitos y principios implícitos aparece estrechamente asociada a la distinción entre necesidad de obediencia a las autoridades normativas y capacidad de deliberación propia por parte de aquellos.

En este sentido se pueden considerar las reglas como razones para la acción, perentorias e independientes del contenido. «Razones perentorias» quiere decir que constituyen razones para realizar la acción exigida y para excluir o suprimir cualquier deliberación independiente por parte de su destinatario sobre los argumentos en pro y en contra de ejecutar la acción. Por tanto, cuando se dan las condiciones de aplicación de las reglas, los órganos

[335] ATIENZA, Manuel. y RUIZ, Juan (1996). *Las piezas del Derecho.* Editorial Ariel, Barcelona, pp. 11-15.

jurisdiccionales tienen el deber de aplicarlas, excluyendo su propio juicio acerca de las razones de las mismas.

El carácter independiente del contenido afecta al porqué los órganos jurisdiccionales deben obedecer las reglas, esto es, a las razones por las que deben considerarlas como razones «perentorias». Y en este sentido, se supone que los órganos jurisdiccionales deben considerarlas así por razón de su fuente (esto es, de la autoridad normativa que las ha dictado): su origen en dicha fuente es condición suficiente para que los órganos jurisdiccionales deban considerarlas como razones perentorias

El enfoque estructural, por su parte, puede plantearse de la siguiente manera: «aceptado que las reglas pueden formularse siempre recurriendo a un esquema condicional, esto es, de correlación caso-solución (...) ¿puede decirse lo mismo de los principios?; esto es, se trata de ver si los principios tienen la misma estructura condicional o si los operadores deónticos que rigen para las reglas son los mismos que los de los principios».[336]

Respecto a esta cuestión, Aarnio (2000, p. 539) sostiene que las opiniones sobre la distinción estructural entre reglas y principios, pueden ser divididas, a grandes rasgos, en dos tesis principales. La «tesis fuerte de la separación», según la cual, la diferencia entre reglas y principios no se refiere, por ejemplo, al grado de generalidad, sino que es más bien cualitativa, esto es, por su estructura, reglas y principios pertenecen a categorías diferentes, pues son

[336] ATIENZA, Manuel. y RUIZ, Juan (1991). *"Sobre principios y reglas*". En: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Núm. 10, p. 107

estructuralmente distintos. Conforme a la «tesis débil de la separación», en cambio, reglas y principios guardan entre sí una relación de parecido de familia y existe entre ellas una diferencia de grado, no cualitativa y desempeñan un papel similar o análogo en el discurso jurídico; generalmente, sostienen sus partidarios, los principios tienen una mayor generalidad que las reglas, pero por lo demás no hay especiales características para distinguirlos de ellas, si no tan solo distintos modos de interpretarlos y aplicarlos[337].

#### 5.6.3.1. La tesis de Ronald Dworkin[338]

Dworkin es uno de los más destacados exponentes de la tesis fuerte de la separación y, como hemos visto, el principal promotor del debate respecto a la distinción entre reglas y principios. Este construye su teoría como un ataque frente al positivismo jurídico y, especialmente, a la versión de H.L.A. Hart, a quien acusa de concebir el derecho como un sistema normativo compuesto exclusivamente por reglas, las cuales son identificadas como tales por la manera en que son adoptadas o desarrolladas (lo que Dworkin denomina su pedigree).

Sin embargo, según aquel, cuando los juristas razonan, no solo utilizan reglas, sino también otro tipo distinto de normas como son los principios, algo que el positivismo parece haber olvidado. La crítica de Dworkin es de gran relevancia, dado que ataca las dos tesis básicas del positivismo, a saber, la

[337] AARNIO, Aulis. (2000). "Reglas y principios en el razonamiento jurídico". En: Anuario da Facultad de Dereito da Universidade da Coruña, N° 4. Disponible en: http://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/2070?locale-attribute=es. Visitado el 12 de febrero del 2018.
[338] Cfr. DWORKIN, Ronald (1995*). Los derechos en serio*. Editorial Ariel, Barcelona, pp. 7-15

tesis de la separación conceptual entre derecho y moral y la tesis de la discreción judicial. Conforme a la primera de estas tesis, la validez de una norma jurídica no depende de su bondad moral –ni de la bondad moral de una norma puede derivarse su validez jurídica–, sino de su conformidad con los criterios establecidos en lo que Hart denomina la «regla de reconocimiento».

Sin embargo, para Dworkin esta tesis no se sostiene, puesto que el ordenamiento jurídico está integrado también por principios, cuya pertenencia al mismo no es determinada por la manera en que son creados (esto es, por su pedigree), sino por la adecuación de su contenido a la moral. Ciertamente, para Dworkin un principio es una norma que debe ser observada porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad y, de hecho, la existencia de los mismos constituye una de las vías para la introducción de la moral en el derecho –constituyendo este, por tanto, uno de los argumentos utilizados por los críticos del positivismo jurídico para criticar la separación conceptual entre derecho y moral–.

### 5.6.4. Los principios constitucionales como fundamentos jurídicos para el reconocimiento de la presunción de paternidad en la unión de hecho en el ordenamiento jurídico peruano

#### 5.6.4.1. Principio de igualdad

El artículo 2.2 de la Constitución reconoce el principio - derecho de igualdad en los siguientes términos: Toda persona tiene derecho: (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

En reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha recordado que la igualdad, consagrada constitucionalmente, ostenta la doble condición de principio y de derecho subjetivo constitucional [cfr. STC N° 0045-2004-AI/TC, 20]. Como principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que en tamo componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. Como derecho fundamental constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional; la igualdad oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo" "de cualquier otra índole") que jurídicamente resulten relevantes.

Igualmente ha recordado que este derecho no garantiza que todos los seres humanos sean tratados de la misma forma siempre y en todos los casos Como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puesto que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad naturaleza de la persona. Es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puedeconsiderarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana" [Opinión Consultiva N° 4/84]. Laigualdad jurídica presuponepues, dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es. De modo que se afecta a esta no solo cuando frente a situaciones sustancialmente iguales se da un trato desigual [discriminación directa, indirecta o neutral, etc.], sino también

cuando frente a situaciones sustancialmente desiguales se brinda un trato igualitario [discriminación por indiferenciación].[339]

Así mismo, el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia se ha ocupado del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la igualdad. Al respecto ha señalado que[340]: "[…]La igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2º de la Constitución de 1993, de acuerdo al cual: "(...) toda persona tiene derecho (…) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación.

Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.

[339] STC EXP N 02437 20 I3-PA,'TC, *Fundamentos Jurídicos* 4-6.
[340] EXP. N.° 03525-2011-PA/TC. *Fundamento Jurídico* 4.

Sin embargo, la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado social y democrático de derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables." (STC 00009-2007-PI/TC, fundamento 20).

#### 5.6.4.2. Principio del interés superior del niño[341]

La protección especial que la Constitución asegura a los menores plantea una serie de exigencias a todos los poderes públicos, en especial cada vez que tengan que decidir sobre cuestiones que puedan afectarlos directa o indirectamente. Estas cargas se materializan en la obligación de guardar especial celo en que dichas medidas sean adoptadas teniendo en consideración el interés superior del niño.

En la STC 02132-2008-PA/TC, este tribunal declaró que era implícito a este deber especial de protección del menor el principio de protección del interés superior de los niños. Dicho principio se encuentra reconocido en la

[341] STC EXP. N° 01665 -2014. PHC/TC *Fundamentos Jurídicos.*

Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y ratificada por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa N.° 25278, cuyo artículo 3° establece: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas".

El principio del interés superior del niño se caracteriza por irradiar sus efectos de manera transversal. Así, el deber de considerar sus alcances, cada vez que se adopten decisiones que los tengan como destinatarios, comprende a toda institución privada o pública, esto es, al Congreso de la República, órganos de la administración pública y tribunales de justicia. Y exige de cualquiera de estos una actuación "garantista", de acuerdo con la cual cualquier decisión que involucre a un menor debe adoptarse considerando al menor como un sujeto de derecho al que es preciso garantizar la satisfacción integral de sus derechos.

Este mandato de actuación garantista contiene, a su vez, una obligación de atención especial y prioritaria de los asuntos que les concierne, lo que, desde luego, también se extiende al ejercicio de la función jurisdiccional. Como este

Tribunal sostuvo en la STC 03744-2007-PIIC/TC, "(...) es necesario precisar que, conforme se desprende la Constitución, en todo proceso judicial en el que se deba verificar la afectación de los derechos fundamentales de niños o menores de edad, los órganos jurisdiccionales deben procurar una atención especial y prioritaria en su tramitación. En efecto, como uno de los contenidos constitucionalmente protegidos del artículo 4° de la Constitución establece que "La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)", se encuentra la preservación del interés superior del niño y del adolescente como una obligación ineludible de la comunidad y principalmente del Estado. Desarrollado tal contenido, el Código de los Niños y Adolescentes ha precisado en el artículo IX que "En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos".

Tal atención a prestarse por los órganos jurisdiccionales, como se desprende de la propia Norna Fundamental (artículo 4°), debe ser especial en la medida en que un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, por lo que más allá del resultado del caso, debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso. Asimismo, tal atención deber ser prioritaria pues el interés superior del niño y del adolescente tiene precedencia en la actuación estatal respecto de aquellas

decisiones judiciales en las que no se encuentran comprometidos sus derechos fundamentales".

Al mandato de actuación garantista que contiene el principio del interés superior del niño, se suma su condición de norma sobre la interpretación y aplicación de otras normas. Se trata, en este sentido, de una metanorma o una norma secundaria que contiene directrices sobre el modo cómo debe aplicarse otras disposiciones que alberguen diversos sentidos interpretativos o que entren en colisión entre sí. En su formulación básica, pues, suministra al operador del derecho con una técnica de solución de antinomias, tanto en el nivel de las normas como en el nivel de las disposiciones, que se caracteriza por estar orientada a privilegiar el goce y ejercicio de los derechos de los menores. Por esa razón, en este ámbito, el interés superior del niño no es otra cosa que el principio proinfante.

Según el principio proinfante, ante un dilema semejante no queda a discrecionalidad escoger la disposición con la que resolverá el caso, pues en la elección del material normativo, este necesariamente deberá privilegiar aquella disposición con la cual se optimizará mejor el ejercicio del derecho fundamental del menor.

También el principio proinfante suministra pautas de resolución de conflictos o antinomias entre derechos o entre estos y otros bienes constitucionales. Ante un conflicto que involucre derechos de los menores y otro tipo de derechos o intereses constitucionalmente garantizados, el referido principio predispone al juzgador, *prima facie*, la obligación de brindar

prevalencia a los derechos e intereses de los menores, a no ser que existan razones poderosísimas y absolutamente necesarias en una sociedad democrática, que justifiquen el establecimiento de una regla de precedencia en sentido inverso. Este es el criterio de preferencia o prevalencia, que también aplica al proceso de producción legislativa, esto es, con relación al ejercicio de la función legislativa, condicionando al legislador tomar en consideración todos los derechos e intereses que a favor y en contra del menor puedan existir, cada vez que aprueba un acto legislativo (SIC 2079-2009-PHC/TC).

Por lo demás, el tribunal recuerda que el principio del interés superior del niño ha sido recogido en el artículo 3° de la Convención de los Derechos del Niño y esta convención, como todo tratado sobre derechos humanos, es derecho directamente aplicable (art. 55 de la Constitución) en el ordenamiento jurídico nacional, por lo que si en un caso concreto los jueces observaran su colisión o antinomia con una norma jurídica de producción interna, como la ley o una norma con rango de ley, estos tienen el poder-deber de inaplicarla en conformidad del control de convencionalidad. Y, de otro, de conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, dicha Convención sobre los Derechos del Niño constituye parámetro interpretativo de todos los derechos constitucionales de los menores.

Por ello, el tribunal considera que sobre los jueces que resuelvan casos en los que se decida sobre los derechos y deberes de los niños y adolescentes pesa la obligación de interpretar y aplicar las disposiciones de manera tal que

se asegure el máximo disfrute de los derechos fundamentales del menor, ya que, como ha recordado la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Opinión Consultiva 0C-17/02], el principio del interés superior del niño debe entenderse como el "principio regulador de la normativa de los derechos del niño que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la convención sobre los Derechos del Niño".

#### 5.6.4.3. Principio de la protección de la familia

**La familia como garantía institucional de la sociedad:** "La protección de la esfera subjetiva de libertad de la persona humana, corresponde no solo al equilibrio de su núcleo psicosomático, sino también a todos aquellos ámbitos del libre desarrollo de su personalidad que se encuentren en relación directa con la salvaguarda del referido equilibrio. Por tanto, las restricciones al establecimiento armónico, continuo y solidario de las relaciones familiares, que impide el vínculo afectivo que todo estrecho nexo consanguíneo reclama, no solo inciden sobre el contenido constitucionalmente protegido de la integridad física, psíquica y moral de la persona, protegida por el artículo 2°.1 de la Constitución y el artículo 25°.1 del Código Procesal Constitucional, sino que se oponen también a la protección de la familia como garantía institucional de la sociedad, a tenor del artículo 4° de la Constitución. En consecuencia, bien podría ser amparada por el juez constitucional"[342].

**Derecho del niño a tener una familia:** "Este Tribunal Constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el derecho del niño a tener una

[342] STC EXP. N° 01060- 2012-HC *Fundamento Jurídico* 5,6.

familia, como un derecho constitucional implícito que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar reconocidos en los artículos 1º y 2º, inciso 1) de la Constitución. Se trata de un derecho reconocido implícitamente en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce que "el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión", así como en su artículo 9.1, que establece que "los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos", y a su vez, reconocido de manera expresa en el artículo 8º del Código de los Niños y Adolescentes, al señalar que "el niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia".

Asimismo este tribunal reconoció que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye una manifestación del derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de ella, que aun cuando los padres estén separados de sus hijos impone que la convivencia familiar deba estar garantizada, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y que la autoridad que se le reconoce a la familia no implica que esta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera generar un daño para su bienestar, desarrollo, estabilidad, integridad y salud. En este sentido el niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que impedírselo o negárselo sin que existan razones determinantes en función del interés superior de aquél, entorpece su crecimiento y puede suprimirle los lazos afectivos necesarios

para su tranquilidad y desarrollo integral, así como generar la violación de su derecho a tener una familia.[343]

**5.6.4.4.Principio de identidad**

El derecho a la identidad debe ser entendido como el derecho que tiene todo ser humano a ser uno mismo, y a ser reconocido como tal; en este sentido, el derecho a la identidad personal debe ser protegido en sus dos aspectos: el estático que está restringido a la identificación (fecha de nacimiento, nombre, apellido y estado civil) y el dinámico, más amplio y más importante ya que está referido a que la persona conozca cuál es su específica verdad personal, pues el ser humano, en tanto unidad psicosomática, es complejo y contiene múltiples aspectos vinculados entre sí. Estos de carácter espiritual, psicológico o somático, que lo definen e identifican. Asimismo existen aspectos de índole cultural, ideológicos, religiosos o políticos, las relaciones familiares, que también contribuyen a delimitar la personalidad de cada sujeto; así, el conjunto de estos múltiples elementos caracterizan y perfilan el ser uno mismo, diferente a los demás; en consecuencia, la protección jurídica del derecho a la identidad personal, en su calidad de derecho humano esencial debe ser integral, para comprender los múltiples y complejos aspectos de la personalidad de un ser humano[344].

[343] STC EXP. N° 1817-2009-PHC/TC, *Fundamentos Jurídicos* 14-15 y .EXP. N° 04227-2010-PHC *Fundamentos Jurídicos* 5,6.
[344] CASACION N° 950-2016-AREQUIPA

## VI. CONCLUSIONES

1. El derecho debe estar acorde a las nuevas formas de familia y debe adaptarse a los diferentes cambios de nuestra sociedad, en la que ya no existe la exclusividad que tenía la familia nuclear matrimonial, sino que coexisten diversas modalidades familiares, entre las cuales figura la familia convivencial y la ensamblada, cuyas consecuencias jurídicas son enormes y, por tanto, ameritan una adecuada regulación jurídica.
2. Los principios de igualdad, principio de indentidad, Principio de Interés superior del niño y la proteción de la familia constituyen los fundamentos filosóficos para que se aplique la presunción de paternidad en las uniones convivenciales; que están dirigidas a proteger a los hijos nacidos dentro de la relación convivencial; por lo que es necesario aplicar la presunción de paternidad en la unión de hecho, ello para salvaguardar derechos de los niños, niñas y adolescentes, relacionados a la filiación, identidad y vocación hereditaria.
3. La forma como regula actualmente nuestra legislación civil el tema de la unión de hecho genera en dicha relación convivencial problemas de carácter normativo en los aspectos patrimonial y extrapatrimonial. Los mismos que traen como consecuencia la desprotección de los hijos nacidos dentro de la relación convivencial; pues todavía se encuentra pendiente la aplicación de la presunción de paternidad, lo que afecta a una serie de derechos de los hijos nacidos dentro de la relación convivencial, ya que como consecuencia de ello, afecta el derecho de vocación hereditaria, identidad, protección familiar, patrimonio fasmiliar.

4. Se debe privilegiar el estado de familia y la dinámica familiar del entorno de la niña y niño. Es importante mencionar que en nuestro ordenamiento jurídico se tiene un gran avance respecto a la filiación, en la cual no solo se considera el aspecto biológico sino también la dinámica familiar como expresión del derecho a la identidad dinámica y tratándose de la convivencia, a la fecha no se tiene la aplicación de lapresunción de paternidad como sí se aplica en la familias matrimoniales.

# VII. RECOMENDACIONES

Es necesario darle a la unión de hecho la protección por parte del Estado, por tratarse de una familia que ha elegido una opción de vida que nuestro derecho ofrece. No podemos dejar desprotegidas a las nuevas formas familiares por el afán de mantener como única forma legal y ordenada a la familia matrimonial.

Así mismo, para evitar los problemas identificados y descritos en la investigación son necesarias las siguientes modificaciones normativas:

## 7.1.A NIVEL CONSTITUCIONAL

- **Artículo 5° de la Constitución Política del Estado**:

  *"La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable"*

**Propuesta de reforma**:"La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho es también una familia, a la cual se le debe aplicar en lo que no contravenga a su naturaleza, las reglas y principios de la familia matrimonial".

**Justificación de la propuesta de reforma:**

La justificación de la propuesta la encontramos en la protección de la familia y en especial a los hijos nacidos dentro de la unión convivencial; no hay motivo

razonable para denegar la misma protección que a los hijos nacidos dentro de la familia matrimonial con respecto a la familia convivencial; más aún si consideramos que para la protección de la familia convivencial, deben trascurrir dos años de convivecnia continua. Mientras que en el matrimonio, la presunción de paternidad se aplica desde que se realiza este.

Entendiéndose que en la familia convivencial también rige el deber de fidelidad y ayuda mutua como en el matrimonio con la única diferencia, que no contraen matrimonio , pero rigen los mismo deberes : no gozan de la misma protección, es decir, no hay un trato igualitario.

En el principio de igualdad porque se trata de una familia, pero con origen en la convivencia y merece la misma protección que la familia matrimonial; en la que se aplica la presunción de paternidad por el solo hecho o acontecimiento del acto del matrimonio; cuando el tramite para el reconocimietno de la unión de hecho requiere muchos más requisitos.

En cuanto al interés superior del niño considerando que a través de este principio se debe salvaguardar los intereses de los niños, niñas y adolescentes; y, garantizar su protección superando cualquier aspecto formal; pues debe aplicarse la presunción de paternidad, dado que solo así se garantiza los derechos de los hijos nacidos dentro de la relación, que también deben de recibir protección por parte del Estado.

En cuanto al pricincpio de identidad, dentro del cual encontramos la identidad estática que comprenden los datos; tales como, el nombre, fecha de nacimiento y

otros, además de la identidad dinámica donde se considera al ser tal cual con su desarrollo y su aspecto vivencial dentro del entorno familiar. Por ello, no cabe duda que como consecuencia de este principio, debe también aplicarse la presunción de paternidad en la familia convivencial.

Por lo que concluimos, que los pincipios de igualdad, de indentidad, de interés superior del niño y la proteción de la familia constituyen los fundamentos filosóficos para que se aplique la presunción de paternidad en las uniones convivenciales, que están dirigidas a proteger a los hijos nacidos dentro de la relación convivencial.

## 7. 2.A NIVEL DEL CÓDIGO CIVIL

a. **Artículo 326° del Código Civil**:

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

*La posesión constante de estado a partir de la fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.*

*La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una*

*pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales.*

*Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido.*

***Debe aplicarse la presunción de paternidad a los hijos nacidos dentro del concubinato.***

*Las uniones de hecho que no reúnan las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita en su caso, la acción de enriquecimiento indebido.*

*Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el presente artículo producen, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios, similares a los del matrimonio, por lo que las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge*".

## VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS


- AARNIO, AULIS. (2000). *"Reglas y principios en el razonamiento jurídico".* En: Anuario da Facultad de Dereito da Universidade da Coruña, N° 4. Disponible en: http://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/2070?locale-attribute=es
- ALEXY, ROBERT (1991). *"Teoría de la argumentación jurídica".* (trad. Atienza, Manuel/ Espejo, Isabel), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- ANDRADE, NEILEM (2016). "*Paradigma Jurídico y Científico"*. Disponible en: https://issuu.com/neilemandrade14/docs/paradigma.
- ARAGÓN, MANUEL (1997). «El Juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad». En Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.
- ARANZAMENDI, LINO (2011). *"Fundamentos Epistemológicos de la Investigación básica y aplicada al Derecho"*. Editorial Jurídica Grijley, Lima.
- ARCOS TORRES, LUIS MIGUEL (1999). *"Diccionario de Derecho Civil".* Editorial Comares, Barcelona.
- ATIENZA, MANUEL. y RUIZ, JUAN (1991). *"Sobre principios y reglas".* En: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho.
- ATIENZA, MANUEL y RUIZ, JUAN (1996). Las piezas del Derecho. Editorial Ariel, Barcelona.

- BARBER CÁRCAMO, RONCESVALLES (2003). *"La Constitución y el Derecho Civil"*. REDUR, Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja.
- BARRANCO AVILES, MARÍA DEL CARMEN (2011). *"Constitucionalismo y Función Judicial".*Editorial Grijley, Lima.
- BELLUCIO AUGUSTO, CESAR (s.f.e.). "*Nociones de derecho de familia*". En COSTA CARHUAVILCA, Erickson Aldo "¿El Concubinato puede derivar derechos sucesorios?", en sitio WEB http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2287/21.pdf.
- BELTRAN PACHECO, PATRICIA JANET (2009). "Dad a cada quien lo que le corresponde". En DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA N°129, Junio.
- BENAVIDES LÓPEZ HUMBERTO (2016). *"Hermenéutica y lógica Jurídica".* Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia. En: http://wb.ucc.edu.co/hermeneuticaylogicajuridicapc/files/2010/08/hermeneutica-juridica1.pdf.
- BERNAL PULIDO, CARLOS (2005). *"El derecho de los derechos".*En: Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia.
- BERNAL PULIDO, CARLOS (2009). *"El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho".* Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- COSTA CARHUAVILCA, ERICKSON ALDO (s.f.e.) "¿El Concubinato puede derivar derechos sucesorios?", en sitio Web http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2287/21.pdf.

- BIDART CAMPOS, GERMÁN (2000). "*Legalidad y legitimidad*". En: BIDART CAMPOS, German y otros. Estudios de Derecho Político, Ediciones Suarez, Mar del Plata.
- BOBBIO, NORBERTO (2006). *"El problema del positivismo jurídico".* Editorial Fontamara, México.
- BONAVIDES, PAULO. (2005).*"Curso de direitoComstitucional".* 16ª edición, Malheiros, Sao Paulo.
- BRIONES, GUILLERMO (1986). *"Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales".* México: Editorial Trillas.
- BUERGENTAHAL, TOMASY OTROS. (1994). *"Manual de Derecho Internacional Públic."*Fondo de Cultural Económica, México:
- CALDERÓN BELTRAK JAVIER (s.f.e.). "*Uniones de Hecho en el Perú".* En: http//escribiendoderccho.blogspot.com/2008/04/uniones-de-hecho-en-el-peru-html.
- CALDERON PUERTAS, CARLOS ALBERTO Y OTROS. (2009).*"Persona, Derecho y Libertad. Nuevas Perspectivas".* Escritos en Homenaje al Profesor Carlos FernandezSessarego, Editora Jurídica MOTIVENSA,Lima.
- CARBONELL, MIGUEL (2009). "*Neoconstitucionalismo"* Editorial Trotta, Madrid.
- CASTRO AVILES, FÁTIMA EVELIA (2006). *"Taller de Derecho de Familia";*Disponibleen :http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Taller_de_Derecho_de_Familia.pdf

- CASTRO AVILES, FÁTIMA(2006). Taller de Derecho Familiar *"Régimen Legal de las Uniones de Hecho"*. Disponible en: http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/articulos_rev.htm
- CASTRO PÉREZ, TREVIÑO. "*El derecho de los niños, niñas y adolescentes en las familias reconstituidas. Una mirada desde el Tribunal Constitucional"*. Disponible en: www.unife.edu.pe/derecho/cursos/1/1_perez
- COMANDUCCI, PAOLO (2005). "*Constitucionalización y teoría del derecho*". Conferencia pronunciada en el acto de recepción como académico correspondiente en laAcademia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Córdoba, 23-08-2005. Disponble en. www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artconstitucionalizacionyteoriadel derecho/.../fil...
- COMANDUCCI, PAOLO (2009): *"Formas de (neo)constitucionalismo: Un análisis metateórico".* En: CARBONELL, Miguel. "Neoconstitucionalismo(s)", Editorial Trotta, Madrid.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Anual 1981-1982. Lima.
- CORNEJO CHAVEZ, HÉCTOR (1985). *"Derecho Familiar Peruano"*. Tomos I., Studium Ediciones, Lima.
- CORNEJO CHAVEZ, HÉCTOR. (1999). *"Derecho Familiar Sociedad Conyugal. Sociedad Paterno Filial"*. Amparo familiar del incapaz. Ediciones, Gaceta Jurídica Editores S.R.L., Lima.

- CORNEJO FAVA, MARÍA TERESA (2000). *"Matrimonio y Familia. Su tratamiento en el Derech"*, Editorial Tercer Milenio S.A., Lima,
- COSTA CARHUAVILCA, ERICKSON ALDO (s.f.e). "*¿El Concubinato puede derivar derechos sucesorios?*". Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2287/21.pdf
- CRUZ VEGAS, RUBÉN ALFREDO (2010). "*a quién le importa… si yo me caso*", en Gaceta Constitucional Tomo N° 32, Gaceta Jurídica, Lima.
- LLEDO YAGUE, FRANCISCO y ZORRILLA RUIZ, MANUEL. (1998).*"Teoría General del Derecho".*Editorial Dykinson, Madrid.
- DIAS, MARÍA BERENICE (2009). *"Manual de Derecho de las Familias".* La nueva teoría institucional, jurídica y principista de la familia. Proyecto de investigación inédito científica de la Universidad de Lima, Lima.
- DÍEZ PICAZO, LUIS (1973). "*Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho".* Editorial Ariel, Barcelona.
- DIEZ PICAZO, LUIS y GULLON, ANTONIO (2017). *"Sistema de Derecho Civil".*Editorial Tecnos, Madrid.
- DWORKIN, RONALD (1995). "*Los derechos en serio"* Editorial Ariel, Barcelona.
- ETO CRUZ, GERARDO (2000). *"Introducción al Derecho Civil Constitucional".*Editora Normas Legales, Trujillo.
- FARALLI, CARLA (2007). "La Filosofía del Derecho Contemporáneo". Hispania Libros, Madrid.
- FARIAS, CRISTIANO CHAVES DE; ROSENVAD, NELSON (2010). *"Direito das familias".* 2ª edición, Lumen juris, Río de Janeiro.

- FERNANDEZ SESSAREGO, CARLOS. (2007). *"Derechos de las personas"*. Décima edición, Editorial Grijey, Lima.
- FERRAJOLI, LUIGUI y RUIZ MANERO, JUAN (2014). *"Un debate sobre principios constitucionales"*. Editorial Palestra, Lima.
- FERRANDO, Gilda (s.f.e.). "Familias recompuestas y padres nuevos". En: revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17241
- FIGUEROA GUTARRA EDWIN (2010): "*Neoconstitucionalismo e interpretación constitucional"*. En: https://edwinfigueroag.wordpress.com/9-neoconstitucionalismo-e-interpretacion-constitucional/
- FIGUEROA GUTARRA EDWIN (2011). "*Neoconstitucionalismo e interpretación constitucional ¿Hacia nuevos horizontes en el derecho?"*. En: https://edwinfigueroag.wordpress.com/2011/05/19/neoconstitucionalismo-e-interpretacion-constitucional-%C2%BFhacia-nuevos-horizontes-en-el-derecho-pdf/
- FORGUES, ROLANDO (s.f.e.). "*El Concubinato en la Colonia en el Perú*". En: http://books.google.com/books?id=UU5Bo38ZYPYC&pg=PA188&lpg=PA188&dq=el+concubinato+en+la+Colonia+en+el+per%C3%BA.
- GACETA JURÍDICA (2003). Código Civil Comentado, Tomo II, Primera Edición junio 2003, Lima.
- NOGUEIRA DE GAMA, GUILLERMECALMON (2008). *"Principios constitucionais de Direito de Familia"*. Editorial Atlas, Sao Paulo. Disponible en:

https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:livro:2008;00082540.1

- GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO (2007). *"Elementos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo".*En: CARBONELL, Miguel (ed). "Teoría del neoconstitucionalismo". Editorial Trotta, Madrid.
- GARCIA CEVALLOS, CARLA TERESITA (2011).*"El principio de protección a la familia y la ampliación de dicho concepto en el Perú".* Disponible en: repositorio.unsaac.edu.pe/bitstream/handle/UNSAAC/996/253T20140039.pdf
- GARCIA, MARÍA DA GLORIA (2010). "*Estudios sobre o principio da igualdad*".En:La igualdad de género como eje de un nuevo modelo económico y social eficiente y sostenible: el cometido de las políticas públicashttp://www.inmujer.gob.es/areasTematicas/estudios/estudioslinea2015/docs/LaigualdaddegeneroWeb.pdf
- GASCON ABELLAN, MARINA y GARCIA FIGUEROA, ALFONSO (2005). *"La argumentación en el derecho".* Editorial Palestra. Lima.
- GASCÓN, MARINA y GARCÍA, ALFONSO (2005). La argumentación en el Derecho. Segunda edición, Editorial Palestra, Lima.
- GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS (2005). *"Neoconstitucionalismo y derechos colectivos".*Editorial Ediar, Buenos Aires.
- GOMES, ROMEU (2003). "*Análisis de datos en la investigación*". En: Investigación social. Buenos Aires.
- GRANDEZ, PEDRO (2016). *"El ascenso de los principios en la práctica constitucional",* Palestra Editores, Lima.

- GUASTINI, RICARDO (2010). "*La 'constitucionalización' del ordenamiento: concepto y condiciones*". En: Interpretación, Estado y Constitución, Ara Editores, Lima.
- GUTIÉRREZ, PILAR (2011). *"La constitucionalización del Derecho Civil"*. En: Revista Estudios de Derecho, Universidad de Antioquia, Colombia.
- HABERLE, PETER (1996). *"La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución"*. En: Retos actuales del Estado constitucional, IVAP, Bilbao. Disponible en: www.derecho.uba.ar/.../la-sociedad-abierta-de-los-interpretes-constitucionales.pdf.
- HAKANSSON, CARLOS (2009).*"Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del tribunal constitucional peruano. Una aproximación."*. Repositorio Institucional PIRHUA. Facultad de Derecho - Área Departamental de Derecho, Universidad de Piura, Piura.
- HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO (1983).*"Sistema de valores en la Constitución"*, en la VVAA. La Constitución y la Monarquía parlamentaria, CEC, Madrid.
- HERNANDEZ LOZANO, CARLOS A. y VASQUEZ CAMPOS, JOSÉ P. (1996) Código Procesal Civil,Tomo II, Ediciones jurídicas, Segunda Edición, Perú.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, ROBERTO et al. (2010).*"Metodología de la Investigación"*. Editora McGraw-Hill, México.

- HERNÁNDEZ, CARLOS ARTURO y RODRIGO MAZABEL,MOISÉS (2010). *"Hermenéutica jurídica e interpretación constitucional"*. Editorial ARA, Lima.
- HESSE, KONRAD (1992). *"Escritos de Derecho Constitucional"*. Traducción de Pedro Cruz Villalón, segunda edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- HURTADO CÁRDENAS, EDUARDO DE JESÚS (1988). *"Propuestas para la creación del régimen de bienes entre concubinos"*. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.
- KELSEN, HANS (1995): *"¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?"*, Editorial Tecnos, Madrid.
- LEDESMA NARVAEZ, MARIANELLA (2002).*"Jurisprudencia Actual".* primera Edición, Gaceta Jurídica, Lima.
- LLEDO YAGUE, FRANCISCO y ZORRILLA RUIZ, MANUEL. (1998). "Teoría General del Derecho", Editorial Dykinson, Madrid.
- MEDICI, ALEJANDRO (s.f.e.). *"Introducción al (Neo) constitucionalismo como paradigma del estado de derecho contemporáneo".*Disponible en: www.eco.unlpam.edu.ar/objetos/materias/abogacia/1./derecho../Neoconsti.doc.
- MESINAS MONTERO, FEDERICO (2010). *"Jurisprudencia Civil y Procesal Civil de carácter constitucional",* Editorial Gaceta Jurídica, Perú – Lima.
- MIRANDA CANALES, MANUEL (2014). *"Constitucionalización del derecho civil a través de la jurisprudencia del tribunal constitucional*

*peruano".*En: Cuadernos ParlamentariosN° 12, Centro de Capacitación y Estudios Parlamentarios, congreso de la Republica, Lima.

- MOLINA-OCHOA, ANDRÉS (2009): *"La Intrascendencia del debate entre positivismo y iusnaturalismo: Las normas de ius cogens".* En: Revista Estudios Socio-Jurídicos, vol. 11, núm. 2, julio-diciembre. Universidad del Rosario, Bogotá, p. 230. Disponible en: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73313667008.
- ORTIZ GASPAR, DAVID (2013). *"La constitucionalización del ordenamiento jurídico peruano"*. Parte N° 1 En: avidortizgaspar.blogspot.pe/2013/11/la-constitucionalizacion-del.html.
- PECES BARBA, GREGORIO (1999). *"Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General"*. Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid.
- PEÑA FREIRE, ANTONIO MANUEL (1987). *"La garantía en el estado constitucional de derecho"*, Editorial Trotta, Madrid.
- PERALTA ANDÍA, JAVIER ROLANDO (1995). *"Derecho de Familia*". 2da edición, Editorial Moreno. Lima.
- PERALTA ANDIA, JAVIER ROLANDO (2002). *"Derecho de familia en el Código Civil"*. Tercera Edición. Lima; Editorial Moreno S.A.
- PICONTÓ NOVALES, TERESA (s.f.e). *"Hermenéutica Jurídica"*. Universidad de Zaragoza. España.
- POZZOLO, SUSANNA (2011).*"Neoconstitucionalismo, Derechos y derechos"*. Editorial Palestra, Lima.

- PRIETO SANCHIS, LUIS (2001). *"Neoconstitucionalismo y ponderación judicial",* Madrid
- QUIROGA LAVIE, HUMBERTO, BENEDETTI, MIGUEL, CENICACELAYA, MARÍA (2009). "*Derecho constitucional argentino"*. T.1., Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.
- RAMIREZ ERAZO, RAMÓN. (2010). *"Proyecto de investigación / Cómo se hace una tesis*", UNMSM, Lima.
- RAMOS SUYO, JUAN A. (2008). *"Elabore su Tesis en Derecho",* Editorial San Marcos, Lima, Perú.
- ROBLES TREJO, LUIS (2014). *"Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica*". Editorial Fecatt, Lima.
- ROBLES TREJO, LUIS et al. (2012). *"Fundamentos de la investigación científica y jurídica"*. Editorial Fecatt, Lima.
- SAGÜÉS, NÉSTOR (1998). *"La interpretación judicial de la Constitución"* Editorial Depalma, Buenos Aires.
- SHAPIRO, SCOTT (2011). Legality. Cambridge, Harvard University Press.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA (2001). *"La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales"*. Editorial Civitas, Madrid.
- SOLIS ESPINOZA, ALEJANDRO (1991). *"Metodología de la Investigación Jurídico Social",* Lima.
- TOLEDO MÁS, CÉSAR (s.f.e). *"Legislación Matrimonial en el Perú".* En CASTRO AVILES, Fátima Evelia y otros. *"Taller de Derecho de Familia"*; En sitio web:

http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Taller_de_Derecho_de_Familia.pdf *"Legislación Matrimonial en el Perú"*. En CASTRO AVILES, Fátima Evelia y otros. Taller de Derecho de Familia.

- VARGAS MORALES, ROCÍO DEL PILAR (2011). *"El Derecho a la identidad del hijo como objeto de protección de la presunción paterisest. Alcances, límites y necesidad de cambio en el código civil de 1984"*. Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial, Unidad de Postgrado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima.
- VARSI ROSPIGLIOSI, ENRIQUE (2010). *"Legalidad de Matrimonio entre personas del mismo sexo en el Perú".* En Gaceta Constitucional, Tomo 32, Agosto, Gaceta jurídica, Lima.
- VARSI ROSPIGLIOSI, ENRIQUE (2011). *"Tratado de Derecho de Familia / La nueva teoría institucional y jurídica de la familia"* Tomo I, Editorial Gaceta jurídica, Lima.
- VARSI ROSPIGLIOSI, ENRIQUE (2011).*"Tratado de Derecho de Familia /Matrimonio y uniones estables".* Tomo II, Primera edición, Editorial Gaceta Jurídica, Lima.
- VARSI ROSPIGLIOSI, ENRIQUE (2012).*"Tratado de Derecho de Familia Derecho Familiar Patrimonial. Relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar".* Tomo III, Primera edición, Editorial Gaceta Jurídica, agosto, Perú.
- VASQUEZ GARCIA, YOLANDA. (1988). *"Derecho de la Familia"* Teórico-Práctico. Tomo I. Sociedad Conyugal. Editorial RODHAS, Lima,

- VASQUEZ PEREZ, ERNESTO (2010). "*El deber alimentario en las familias ensambladas*", En Gaceta Constitucional, Tomo 35, Noviembre, Gaceta Jurídica, Lima.
- VEGA MERE, YURI(s.f.e.) *"La ampliación del concepto de familia por obra del Tribunal Constitucional. A propósito de la incorporación de la familia ensamblada y de la concesión de mayores derechos a la familia de hecho",* sitio web http://es.scribd.com/doc/42725403/alimentos.
- VEGA MERE, YURI (s.f.e). *"Amor, Familia, Unión de Hecho y Relaciones Patrimoniales*". En: www.personaedanno.it/cms/data/articoli/014724.aspx.
- VEGA MERE, YURI (s.f.e.). *"Consideraciones Jurídicas sobre la Unión de Hecho"*. Disponible en: http://blog.pucp.edu.pe/item/24615.
- VELARDE BOLAÑOS, ROSA (2008). "*Los míos, los tuyos y los nuestros. De la comedia familiar al reconocimiento judicial*", en Jus (Jurisprudencia), Editorial Grijley, Lima.
- VIGIL CURO, CLOTILDE CRISTINA (2014). *"Los concubinos y el derecho sucesorio en el Código Civil Peruano"*, Revista de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM. Lima.
- COSTA CARHUAVILCA, ERICKSON ALDO (s.f.e.). *"¿El Concubinato puede derivar derechos sucesorios?",* en sitio Web http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2287/21.pdf.
- ZACCARIA, GIUSEPPE (s,f,e*)."Hermenéutica jurídica, comprensión del derecho, traducción".*Disponible en:

http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/corr/2014%20Zaccaria%20texto%20ingreso1.pdf.

- ZAGREBELSKY GUSTAVO (2008). *"El juez constitucional en el siglo XXI",*Traduc. por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ponencia presentada en el I Congreso Internacional de Justicia Constitucional y V Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, celebrado en Cancún, México.
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO (2011). *"El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia".* Trad. de Marina Gascón Abellán, Editorial Trotta, Madrid.

# VI. ANEXO

## 01. MATRIZ DE CONSISTENCIA LÓGICA

TITULO: RECONOCIMIENTO DE LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD EN LA UNIÓN DE HECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

| PROBLEMAS | OBJETIVOS | HIPÓTESIS | VARIABLES | ASPECTOS METODOLÓGICO |
|---|---|---|---|---|
| GENERAL:<br>¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para el reconocimiento de la presunción de paternidad en la unión de hecho en el ordenamiento jurídico peruano?<br><br>ESPECÍFICOS:<br>1.¿Qué relación existe entre la falta de aplicación de la presunción de paternidad y la unión de hecho en nuestro ordenamiento jurídico en la actualidad?<br>2.¿Cuál es el tratamiento jurídico que se otorga a la figura de la presunción de paternidad en relación a la unión de hecho en nuestro ordenamiento jurídico en la actualidad?<br>3.¿Qué cambios normativos se deben de realizar para el reconocimiento de la presunción de paternidad en la unión de hecho en el ordenamiento jurídico peruano? | OBJETIVO GENERAL<br>Determinar los fundamentos jurídicos para el reconocimiento de la presunción de paternidad en la unión de hecho en el ordenamiento jurídico peruano.<br>OBJETIVOS ESPECÍFICOS<br>a)Explicar la relación existente entre la falta de aplicación de la presunción de paternidad y la unión de hecho en nuestro ordenamiento jurídico.<br>b)Analizar el tratamiento jurídico de la figura de la presunción de paternidad en la unión de hecho en nuestro ordenamiento jurídico.<br>c)Proponer posibles reformas en nuestra Constitución Política del Estado y en el Código Civil, para tratar de darle protección a la familia convivencial. | Los principios constitucionales a la igualdad, dignidad humana, la identidad, el interés superior del niño y la protección de la familia constituyen los fundamentos jurídicos para el reconocimiento de la presunción de paternidad en la unión de hecho en el ordenamiento jurídico peruano. | Variable Independiente:<br>Principios constitucionales como fundamentos jurídicos<br>Indicadores: doctrina, legislación, jurisprudencia<br>Variable Dependiente:<br>Reconocimiento de la presunción de paternidad en la unión de hecho<br>Indicadores: doctrina, legislación, jurisprudencia | TIPO DE INVESTIGACIÓN: Dogmática-Normativa<br>TIPO DE DISEÑO: No Experimental<br>DISEÑO GENERAL: Transversal<br>DISEÑO ESPECÍFICO: Explicativa<br>METODOS ESPECIFICOS**:** Exegético, Hermenéutico, Dogmático, Argumentación jurídica.<br>UNIDAD DE ANALISIS:<br>Estará será DOCUMENTAOL conformada POR LA Doctrina, Normatividad y jurisprudencia.<br>PLAN DE RECOLECCIÓN, PROCESAMIENTO Y ANALISIS<br>▪ Identificación del lugar donde se buscará la información.<br>▪ Identificación y registro de las fuentes de información.<br>▪ Recojo de información en función a los objetivos y categorías.<br>▪ Análisis y evaluación de la información.<br>▪ Sistematización de la información<br>Para el análisis de la información se empelará la técnica de análisis cualitativo: Triangulación de teorías.<br>INSTRUMENTO(S) DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN<br>Recojo de información: Técnica documental<br>Instrumentos: Fichas y la técnica de análisis de contenido cuyo instrumento es la ficha de análisis de contenido.<br>VALIDACIÓN DE LA HIPOTESSIS:<br>Método de la argumentación jurídica. |