

UNIVERSIDAD NACIONAL “SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**EL PRINCIPIO DE IGUALDAD COMO SUSTENTO DE LA
PRESUNCIÓN LEGAL DE PATERNIDAD EN LA UNIÓN DE HECHO EN
EL ESTADO CONSTITUCIONAL PERUANO**

Tesis para optar el Título Profesional de Abogada

Responsable de la investigación:

Bach. YOLY PAOLA CELESTINO CISNEROS

Asesor:

Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO

Huaraz – Perú

2019



**FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TESIS Y TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN,
PARA 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 SUNEDUN° 033-2016-SUNEDU/CD

1. Datos del Autor:

Apellidos y Nombres: CELESTINO CISNEROS YOLY PAOLA

Código de alumno: 112.1604.428. Teléfono: 96482778

Correo electrónico: ypcelestino@gmail.com DNI o Extranjería: 70971187

2. Modalidad de trabajo de investigación:

- Trabajo de investigación Trabajo académico
 Trabajo de suficiencia profesional Tesis

3. Título profesional o grado académico:

- Bachiller Título Segunda especialidad
 Licenciado Magister Doctor

4. Título del trabajo de investigación:

“ EL PRINCIPIO DE IGUALDAD COMO SUSTENTO DE LA PRESUNCIÓN LEGAL DE
PATERNIDAD EN LA UNIÓN DE HECHO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL
PERUANO”

5. Facultad de: DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

6. Escuela, Carrera o Programa: DERECHO

7. Asesor:

Apellidos y Nombres: ROBLES TREJO LUIS WILFREDO .Teléfono: 943631567

Correo electrónico: llrobles@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.: 70971187

FECHA: 24 / 06 / 2019

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios por brindarme la oportunidad de llegar a este momento y poder cumplir una de mis metas.

Agradezco también a mi asesor de tesis, doctor Luis Wilfredo Robles Trejo el cual me ha venido apoyando de manera constante, en la elaboración de la presente tesis.

A mis queridos maestros de la gloriosa Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNASAM quienes me han brindado sus sabias enseñanzas durante mi etapa universitaria.

DEDICATORIA

A mi Madre, por su apoyo, consejo, comprensión, amor incondicional y ayuda en los momentos difíciles.

A mi padre por su cariño y constante aliento

A mis hermanos Harry, Francis y Luis por su cariño y apoyo incondicional, durante todo este proceso, por estar conmigo en todo momento gracias.

A toda mi familia porque con sus oraciones, consejos y palabras de aliento hicieron de mí una mejor persona y de una u otra forma me acompañan en todos mis sueños y metas.

.

ÍNDICE

	Pág.
RESUMEN	viii
ABSTRACT	ix
INTRODUCCIÓN	1

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema	4
1.2. Formulación del problema.....	7
1.2.1. Problema general	7
1.2.2. Problemas específicos	8
1.3. Importancia del problema	8
1.4. Justificación y viabilidad	10
1.4.1. Justificación teórica	10
1.4.2. Justificación practica	11
1.4.3. Justificación legal.....	12
1.4.4. Justificación metodológica	12
1.4.5. Justificación técnica.....	13
1.4.6. Viabilidad	13
1.5. Formulación de los objetivos	13
1.5.1. Objetivo general.....	13
1.5.2. Objetivos específicos.....	13
1.6. Formulación de hipótesis.....	14
1.7. Variables	15

1.7.1. V. Independiente	15
1.7.2. V. Dependiente.....	15
1.8. Metodología.....	16
1.8.1. Tipo y diseño de investigación	16
1.8.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico	17
1.8.3. Instrumento(s) de recolección de la información	17
1.8.4. Plan de procesamiento y análisis de la información.....	18
1.8.5. Técnica de análisis de datos y/o información	19
1.8.6. Validación de la hipótesis	20

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes	22
2.2. Bases teóricas	29
2.2.1. El principio-derecho de la igualdad.....	29
2.2.2. La Unión de Hecho.....	34
2.2.3. Presunción de paternidad	44
2.3. Definición de términos	49

CAPÍTULO III

RESULTADO Y ANÁLISIS DE INFORMACIÓN

3.1. Descripción de la realidad problemática de las uniones de hecho	52
3.2. Regulación de la unión de hecho en nuestro ordenamiento jurídico	54
3.2.1. En el Código Civil de 1852	54
3.2.2.- En el código civil de 1936.....	56
3.2.3.- En la constitución de 1979	58

3.2.4.- La regulación de la convivencia en el código civil actual y su conformidad con la Constitución de 1979	59
3.2.5.- En la Constitución de 1993	61
3.3. Presunción de paternidad.....	64
3.4.- La presunción de la paternidad en las uniones de hecho en el derecho Comparado.....	66
3.4.1. En Colombia.....	66
3.4.2. En Argentina	66
3.4.3. En Ecuador	67

CAPITULO IV

DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1. El principio de igualdad como fundamento de la presunción legal de paternidad en la unión de hecho	68
4.2. La Unión de Hecho en el Código Civil Peruano de 1984: Análisis de su conceptualización jurídica desde la perspectiva exegética y jurisprudencial	78
4.2.1. Primer párrafo del art. 326 del CC.....	79
4.2.2. Segundo Párrafo del art. 326	80
4.2.3. Tercer párrafo del art. 326.....	81
4.3. Modificación del artículo 361 del Código Civil respecto de la presunción de paternidad.....	86
4.3.1. Con su sola declaración, la madre puede destruir la presunción de paternidad matrimonial.	86
4.3.2. El verdadero padre podrá reconocer al menor sin necesidad de un proceso judicial.....	87

4.3.3. La prueba de ADN acreditará la filiación incluso si el marido de la madre no hubiese negado la paternidad.....	87
4.3.4. Ahora sí procede la declaración judicial de paternidad del hijo de mujer casada.	88
4.4. La unión de hecho y el principio de igualdad	91
4.4.1. Las Uniones de Hecho	92
4.4.2. La igualdad ante la ley	94
4.5. Validación de hipótesis	95
CONCLUSIONES	108
RECOMENDACIONES	110
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	112
ANEXO	119

RESUMEN

El objetivo de la presente investigación fue determinar por qué el principio de igualdad constituiría el sustento para el reconocimiento de la presunción legal de paternidad en la unión de hecho en el marco del Estado constitucional peruano; para lo cual se realizó una investigación dogmática, transversal, descriptiva, no experimental, careciendo de delimitación temporal y espacial el problema por la naturaleza de la investigación desarrollada. La unidad de análisis estuvo constituida por la doctrina, jurisprudencia y normatividad. Se empelaron como técnicas de investigación el fichaje y el análisis de contenido, utilizando como instrumentos de recolección datos las fichas y ficha de análisis de contenido respectivamente. Entre los métodos utilizados tenemos al exegético, hermenéutico, argumentación jurídica. La investigación ha demostrado que la no inclusión y reconocimiento de la presunción legal de paternidad en la unión de hecho resulta discriminatoria y atenta la vigencia del principio de igualdad de los niños excluidos de la presunción normativa, donde el Estado está en la obligación irrefutable de proteger a los niños, atendiendo su situación de vulnerabilidad; donde la protección de sus derechos fundamentales no puede distinguir la familia a la cual pertenezca.

Palabras claves: Principios constitucionales, Igualdad, Presunción legal, Paternidad Unión de hecho, Estado constitucional.

ABSTRACT

The objective of the present investigation was to determine why the principle of equality would constitute the sustenance for the recognition of the legal presumption of paternity in the de facto union within the framework of the Peruvian constitutional State; for which a dogmatic, transversal, descriptive, non experimental research was carried out, lacking temporal and spatial delimitation the problem by the nature of the developed research. The unit of analysis was constituted by the doctrine, jurisprudence and normativity. The recruitment and analysis of content were used as research techniques, using the data sheets and content analysis sheet as data collection instruments, respectively. Among the methods used we have the exegetic, hermeneutic, legal argumentation. The investigation has shown that the non-inclusion and recognition of the legal presumption of paternity in the de facto union is discriminatory and jeopardizes the validity of the principle of equality of children excluded from the normative presumption, where the State has an irrefutable obligation to protect to the children, attending to their situation of vulnerability; where the protection of their fundamental rights can not distinguish the family to which it belongs.

Keywords: Constitutional principles, Equality, Legal presumption, Paternity De facto union, Constitutional state.

INTRODUCCIÓN

La crisis institucional del matrimonio en los últimos años conlleva de sí un incremento del número de uniones de hecho. Cada vez es más numeroso el colectivo de personas que no desean contraer matrimonio y optan por la mera convivencia de hecho.

Estas uniones, tanto heterosexuales como homosexuales, al realizar actos jurídicos provocan una serie de consecuencias a las que debe dar el ordenamiento una respuesta adecuada y ajustada a Derecho. Con este trabajo se pretende reflexionar acerca de si esta situación entra en contradicción con el principio de igualdad, consagrado en el artículo 2.2. de nuestro Texto Fundamental.

Si bien es cierto que las parejas que han optado por convivir con otra persona sin ataduras ni compromisos de tipo matrimonial, no se encuentran en condiciones de exigir unos derechos y deberes idénticos a los del matrimonio, ello no es excusa para que el legislador articule los mecanismos legales pertinentes para que este colectivo, cada vez más numeroso, cuente con una regulación que garantice mayor seguridad jurídica.

Es ese sentido, la unión de hecho o el concubinato es una institución familiar, reconocida como tal, por primera vez, en la Constitución de 1979. En ese mismo camino, nuestra actual Carta Magna define, en su artículo 5, a la unión de hecho y señala que está sujeta al régimen de sociedad de gananciales y el artículo 4 de la misma, explicita que el Estado tiene la obligación de proteger a la familia y promover el matrimonio, entendiendo con ello que el concubinato es también una

fuente generadora de familia y que, por lo tanto, está amparada por nuestro ordenamiento.

Por otro lado, la presunción de paternidad protege a los hijos matrimoniales por el solo hecho de estar sus padres casados, desde el momento en que contraen matrimonio. En contraste, tal presunción solo cobija a una parte de los hijos extramatrimoniales, a aquellos que sin haber sido reconocidos por el padre provengan de una familia de compañeros permanentes durante el interregno delimitado por la ley.

Al hijo no reconocido por el padre que se encuentre por fuera del intervalo legal es menester que este lo reconozca como tal para poder obtener su estado civil de hijo; si se niega a reconocerlo es preciso que presente demanda de investigación de paternidad. La incertidumbre del hijo menor de edad no reconocido de desconocer quién es su padre torna diferente su situación jurídica frente a la seguridad de identidad que tienen los hijos de una pareja de personas casadas.

Esta diferencia obliga a los primeros a determinar, por los medios procedimentales arriba indicados, la filiación que conlleve a establecer su estado civil de hijo; solamente cuando ya se haya declarado formalmente este estado es cuando puede aplicárseles el principio de igualdad frente a los hijos matrimoniales. Este aserto lo confirma la doctrina judicial al definir los conceptos de filiación y estado civil en los siguientes términos: La filiación estructura un estado civil porque implica la relación jurídica entre un hijo o hija, una hija y su padre o su madre, relación de ese hijo o hija con la familia de donde proviene, que

va a determinar que el mismo o la misma pueda ser titular de derechos y obligaciones respecto a su padre o a su madre. La relación paterno-filial está regulada por la ley, que se encarga de dar efectos a la relación que nace entre esos miembros de la familia. La filiación es el grado de parentesco o relación de descendencia existente entre dos personas, una de las cuales es madre o padre de la otra.

En ese contexto se ha elaborado el presente trabajo, estructurado en cuatro capítulos: el Capítulo I, está referido al Problema y la metodología de la investigación, en la cual siguiendo el diseño de la investigación científica se elaboró el planteamiento del problema, la formulación del problema, los objetivos, hipótesis y la metodología empelada. En el Capítulo II, está referido al marco Teórico de la Investigación, en el cual en base a la técnica del fichaje se elaboró el sustento teórico-doctrinario de nuestra investigación, para lo cual se tomó las principales teorías jurídicas respecto al problema de investigación. El Capítulo III, está referido a los resultados y análisis de la información, en la cual se procedió al recojo de información en base a las variables de investigación, los mismos que fueron luego analizados en base a la técnica del análisis cualitativo. El capítulo IV, referido a la discusión y validación de la hipótesis, para lo cual se empleó el método de la argumentación jurídica para poder justificar la hipótesis planteada en base a los resultados obtenidos y los fundamentos que justifican la validez de la misma, de forma coherente y argumentativa.

La titulado.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema

El modelo legal de la familia peruana ha sufrido una transformación por diversos factores sociales que han superado a la familia matrimonial, condición ideal que garantiza la estabilidad jurídica de pareja. Sin embargo, la realidad ha demostrado que existen otros tipos de familia que también requieren, no solo de protección legal, sino una de carácter especial por sus propias particularidades o condiciones de vulnerabilidad.

El Tribunal Constitucional señala que la realidad ha venido imponiendo distintas perspectivas sobre el concepto de familia y que los cambios sociales como: la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las 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 reconstituidas¹.

Durante los últimos años hemos presenciado el reconocimiento de nuevos tipos de familia tanto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como en las normas y en las políticas públicas emanadas del Poder Ejecutivo. Este es un

¹ Expediente N.º 06572-2006-PA/TC del 6 de noviembre de 2007.

fenómeno que ya se ha presentado en otros países desde hace varias décadas. De tal manera, que ya contamos con una variedad de familias como las familias nucleares, familias monoparentales, familias separadas, familias ensambladas y familias extensas.

Por otro lado, dentro de la concepción civilista del derecho de familia advertimos que, casi de manera exclusiva, se otorga regulación jurídica a la familia matrimonial y, de manera excepcional, a la unión de hecho, pero no se considera a las demás clases de familia.

Por ello, de acuerdo a lo descubierto por ejemplo por el censo de 2007 en el Perú, según el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), un 28.6 % de personas estaban casadas frente a un 24.6 % de convivientes. Años atrás, según el censo de 1993, había 35.2 % de casados frente a un 16.3 % de convivientes. Lógicamente, se ha incrementado el número de convivientes en nuestro país y la diferencia en el 2007 respecto al matrimonio es solo de cuatro puntos. Su aumento ha sido vertiginoso en relación al censo de 1993, ya que aumentó en un 8.3 %.

El crecimiento anual de la convivencia ha sido de 5.2 % y el del matrimonio de 0.7 %. De acuerdo al Plan Nacional de Fortalecimiento a las Familias 2013-2021, durante los últimos veinte años el Perú ha transitado por transformaciones demográficas, sociales, económicas y culturales, como la postergación del matrimonio y aumento de la convivencia; que han impactado en las estructuras familiares, ocasionando el surgimiento y aumento de familias monoparentales jefaturados por mujeres, familias ampliadas, familias transnacionales, etc.

Se aprecia que existe mayor número de convivientes en mujeres más jóvenes; por ejemplo, en el grupo de edad de 20 a 24 años, el 6.1 % de las mujeres declara estar casada, a diferencia de un 37.57 % que declara estar en convivencia. Situación similar ocurre entre las edades de 25 - 29, de 30 - 34 y de 35 a 39 años de edad. Solo en mujeres de 40 y más años hay mayor proporción que declaran estar casadas.

Generalmente, el problema se presenta cuando la relación convivencial se termina y la pareja, en especial la mujer, queda abandonada o sin la colaboración económica de su conviviente, quizás sin la vivienda o sin los recursos económicos para enfrentar la vida doméstica, agravándose si existen hijos. Si bien el artículo 326 del Código Civil otorga a la pareja abandonada por su conviviente la posibilidad de accionar por indemnización o alimentos, lo difícil es demostrar la posesión constante de estado de convivientes en sede judicial.

En sede judicial, los casos tipos de demandas que se presentan son cuando se extingue la unión de hecho y el conviviente demanda su reconocimiento en tanto el otro lo niega; o, cuando el conviviente supérstite reclama su porción del patrimonio hereditario como socio de la sociedad de gananciales o solicita su pensión de viudez; y, finalmente, el conviviente que reclama su derecho de propiedad frente a terceros.

En sede notarial, los convivientes solicitan el reconocimiento de su unión para rectificar la calidad de los bienes, es decir, de bienes propios a bienes sociales. Otro problema que se está presentando en nuestro país es el caso de uniones de hecho simultáneas; que es cuando el conviviente que tiene su

residencia en un lugar, pero labora en otro, puede tener una relación de pareja paralela. A esto adicionamos las uniones sucesivas, las cuales requieren una intervención legal para determinar la cuestión de los bienes y derechos patrimoniales.

En el caso de que la pareja integrante de la unión de hecho procrea hijos estaremos ante una filiación extramatrimonial donde no opera la presunción *pater is*, por lo tanto, ambos padres deben reconocerlos voluntariamente. Caso contrario, se podrá iniciar un proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial, según lo regulado en el artículo 402 inciso 3 del Código Civil, entendiéndose la convivencia en sentido amplio, o al amparo de la Ley 28457.

Como podemos apreciar, las uniones de hecho han sido reguladas de manera insuficiente, lo que ha provocado la desprotección legal de los convivientes a lo largo de muchos años en el Perú. Nuestro Código Civil está basado en un criterio abstencionista, razón por la cual no ha regulado la constitución y el desarrollo de las uniones de hecho. El objeto de protección legal se circunscribió a los efectos de la extinción de la relación concubinaria.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema general

¿Por qué el principio de igualdad constituiría el sustento para el reconocimiento de la presunción legal de paternidad en la unión de hecho en el marco del Estado constitucional peruano?

1.2.2. Problemas específicos

- a. ¿Qué problemas jurídicos presenta la presunción de paternidad de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales en relación a los principios constitucionales y específicamente al principio de igualdad en el marco del Estado constitucional peruano?
- b. ¿Por qué la inobservancia de la presunción de paternidad en las uniones de hecho vulnera el principio-derecho de la igualdad reconocido por el Estado Constitucional peruano?
- c. ¿Cuáles serían los criterios jurídicos para justificar la aplicación del principio de igualdad en la presunción legal de paternidad en las uniones de hecho en la legislación civil peruana?
- d. ¿Cuál es el impacto del neoconstitucionalismo para el reconocimiento y observancia de la presunción de paternidad en las uniones de hecho en la legislación civil peruana?

1.3. Importancia del problema

Una de las causas del subdesarrollo cultural en que vivimos es la inexistencia de una cultura de paternidad responsable. Además de los hijos abandonados, surge el gran problema de los hijos no reconocidos por sus padres, lo que repercute en la gran cantidad de indocumentados existentes en nuestro país o que se les ha vulnerado sus derechos fundamentales como el derecho a la identidad y a los alimentos.

El régimen de filiación se basó en los principios del favor legitimitatis y de jerarquía de filiaciones, posteriormente con la Constitución Política de 1979 y el Código Civil de 1984, se eliminó el principio de jerarquía de filiaciones y se le sustituyó por el principio de igualdad de categorías de filiación. La Constitución de 1993 en su artículo 6 in fine, al igual que la Constitución de 1979, ha adoptado el principio de igualdad de categorías de filiación que reconoce que todos los hijos tienen derechos iguales y deberes frente a sus padres sin discriminación alguna.

En este sentido, los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos se encuentran en un mismo trato igualitario. La incorporación de este principio en nuestro ordenamiento jurídico significa que hemos adoptado la teoría de la unidad de filiación. El hijo del conviviente es considerado hijo extramatrimonial porque no goza de la presunción *pater is*, que tiene el hijo matrimonial.

El artículo 386 del Código Civil de 1984 denomina hijos extramatrimoniales a aquellos concebidos y nacidos fuera del matrimonio, situación en la que se encuentran los hijos de los convivientes que son reconocidos por sus progenitores en una unión de hecho. En el matrimonio se presume que son hijos matrimoniales los nacidos durante la vida matrimonial y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la fecha de la expiración del vínculo matrimonial. En cambio, en la unión de hecho, no se presume que es hijo del padre conviviente por efecto de la unión de hecho sostenida.

De tal manera, que, si este no lo reconoce voluntariamente ante el registro civil o por escritura pública o por testamento, se le tendrá que demandar judicialmente para determinar la filiación. Sin embargo, aún existe mucho

desconocimiento sobre el trámite para registrar la convivencia y los gastos a los cuales hay que incurrir pueden generar una barrera económica que limite el acceso a ella, por lo cual, todavía hay muchas parejas que no regularizan su unión.

1.4. Justificación y viabilidad

1.4.1. Justificación teórica

La investigación encuentra su justificación teórica en la teoría del Neoconstitucionalismo.² Como afirma el conocido profesor español Luis Prieto Sanchís, el neoconstitucionalismo o el constitucionalismo contemporáneo es la forma como hoy se alude a los distintos aspectos que caracterizan a nuestra cultura jurídica³, caracterizándose fundamentalmente por la inclusión de un conjunto de elementos materiales en la Constitución, dejando de ser ésta exclusivamente una forma de organización del poder o de establecimiento de competencias para dirigirse a la concreción de una serie de fines sustantivos⁴.

Desde este punto de partida, la característica principal del neoconstitucionalismo se concreta a aquéllas que tienen mayor proyección en la posición de los derechos fundamentales⁵. De entre los contenidos de la constitución, los derechos son, en este paradigma, la pieza fundamental. Este modelo atribuye a los derechos el papel de ser la justificación más importante del

² Cfr. CARBONELL, Miguel (2005). *“El nuevo tiempo para el Constitucionalismo”*, en Neoconstitucionalismo (s), edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta, Madrid.

³ PRIETO SANCHÍS, Luis (2003). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, p.101.

⁴ CARBONELL, Miguel (2005). *“El Neoconstitucionalismo en su Laberinto”* en: Teoría del Neoconstitucionalismo, edición de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, pp. 9 – 10.

⁵ DE OTTO, Ignacio (1987). *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Editorial Ariel, Barcelona, 1987, p. 34

Derecho y del Estado y por tanto, desde esta perspectiva, el Estado no es sino un instrumento de tutela de los derechos fundamentales y como tal fundamento imponen fines y objetivos que deben ser realizados⁶.

1.4.2. Justificación práctica

Esta investigación aportará al Derecho peruano un análisis jurídico que develará los derechos que tienen los convivientes durante y después de su relación de pareja y analizará la jurisprudencia para conocer la problemática de la inobservancia de la presunción de paternidad en las uniones de hecho vulnera los derechos y principios constitucionales reconocidos por el Estado Constitucional peruano.

Es relevante precisar que no todas las relaciones de convivencia están protegidas por nuestro ordenamiento, así el artículo 326 de nuestro Código Civil y la jurisprudencia han establecido una serie de requisitos, entre los cuales podemos indicar los siguientes:

- Unión estable entre un varón y una mujer, es decir debe ser una relación heterosexual.
- Voluntariamente realizada, sin coacción.
- Libres de impedimento matrimonial, con lo cual la relación de convivencia de una persona casada con otra distinta a su cónyuge no, será considerada como unión de hecho impropia y podrá, de ser el caso, interponer una demanda por enriquecimiento indebido.

⁶ FERRAJOLI, Luigi (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, p. 883.

- Permanente puesto que debe durar por lo menos dos años continuos.
- Exclusiva, es decir, no será considerada aquella relación en donde convivan y se mantengan relaciones sexuales con más de una persona.
- Notoriedad, la relación de convivencia tiene que ser pública.

Para que una unión de hecho goce de la totalidad de derechos reconocidos es imperioso e ineludible que esta sea declarada judicialmente o que se encuentre inscrita en el Registro Personal de Registros Públicos (Artículo 39 de la Ley 26662 y Ley 29560). Respecto a esta segunda opción, se evidencia un incremento en las inscripciones de las uniones de hecho ya que de enero a diciembre de 2016 se registraron 2,588 uniones de hecho en todo el país, en comparación, con el año 2015, cuando se inscribieron solo 673 uniones de hecho⁷.

1.4.3. Justificación legal

- Constitución Política del Perú
- Ley Universitaria N° 30220
- Estatuto de la UNASAM
- Reglamento de Grados y título de la FDCCPP- UNASAM

1.4.4. Justificación metodológica

Se aplicó la metodología de la investigación jurídica en cuanto al tipo y diseño de investigación propuesto para la presente investigación, tanto en el proceso de planificación y ejecución de la investigación, así como en el proceso de recolección y análisis de información.

⁷ <https://www.sunarp.gob.pe/PRENSA/inicio/post/2017/02/17/conoce-por-que-debes-inscribir-tu-convivencia-en-la-sunarp>

1.4.5. Justificación técnica

Se conto con el soporte técnico necesario, habiendo previsto una computadora personal, impresora, scanner, y el software respectivo Office.

1.4.6. Viabilidad

a. Bibliográfica: Se conto con acceso a fuentes de información tanto bibliográficas, hemerográficas y virtuales, los que permitirán recoger información para el marco teórico y para la validación de la hipótesis.

b. Económica: Se conto con los recursos económicos para afrontar los gastos de la investigación, los mismos que están detallados en el presupuesto; y

c. Temporal: La investigación se ejecutó durante el año 2018.

1.5. Formulación de objetivos

1.5.1. Objetivo general

Determinar por qué el principio de igualdad constituiría el sustento para el reconocimiento de la presunción legal de paternidad en la unión de hecho en el marco del Estado constitucional peruano.

1.5.2. Objetivos específicos

a. Describir los problemas jurídicos que presenta la presunción de paternidad de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales en relación a los principios constitucionales y específicamente al principio de igualdad en el marco del Estado constitucional peruano,

- b. Explicar por qué la inobservancia de la presunción de paternidad en las uniones de hecho vulnera el principio-derecho de la igualdad reconocido por el Estado Constitucional peruano.
- c. Establecer los criterios jurídicos para justificar la aplicación del principio de igualdad en la presunción legal de paternidad en las uniones de hecho en la legislación civil peruana.
- d. Analizar el impacto del neoconstitucionalismo para el reconocimiento y observancia de la presunción de paternidad en las uniones de hecho en la legislación civil peruana.

1.6. Formulación de hipótesis⁸

La no inclusión y reconocimiento de la presunción legal de paternidad en la unión de hecho resulta discriminatoria y atenta la vigencia del principio de igualdad de los niños excluidos de la presunción normativa, donde el Estado está en la obligación irrefutable de proteger a los niños, atendiendo su situación de vulnerabilidad; donde la protección de sus derechos fundamentales no puede distinguir la familia a la cual pertenezca.

⁸ZELAYARAN DURAND, Mauro (2007). *Metodología de la investigación jurídica*, Ediciones Jurídicas, Lima, pp. 239, respecto de la hipótesis descriptiva plantea que “Son las que expresan las características o propiedades de determinados objetos, sujetos, ocurrencias o fenómenos. En términos cualitativos o cuantitativos. Sin embargo cabe comentar que no en todas las hipótesis descriptivas se formulan una estructura de variables... siendo simplemente enunciativas, descriptivas, predictiva”...Las hipótesis en las investigaciones dogmáticas o teóricas son “opcionales”, y si se plantean son solo descriptivas, como el que se ha planteado en la presente investigación, constituyendo una hipótesis de trabajo, que nos sirvió de guía en la investigación, los elementos de variables, unidad de análisis y conectores lógicos son propias de la hipótesis correlacional, de causalidad o de diferencia de grupos que se plantean en investigaciones cuantitativas o jurídicas sociales..

1.7. Variables

1.7.1. V. Independiente: Inobservancia de la presunción de paternidad en las uniones de hecho

Indicadores:

- Nuevas formas de familia
- Modalidades familiares
- Regulación jurídica.
- Alcances de la presunción de paternidad
- La unión de hecho,
- Derechos de los menores
- Filiación
- Legislación civil

1.7.2. V. Dependiente:

Principio de igualdad

Indicadores:

- Constitucionalización del OJ
- Constitucionalización del derecho civil
- Constitucionalización del derecho de familia
- Principios constitucionales
- Principios de igualdad
- Igualdad formal y material
- Fines del Estado constitucional

1.8. Metodología

1.8.1. Tipo y diseño de investigación

a. Tipo de investigación: Corresponde a una investigación jurídica dogmática teórica y normativa⁹, cuya finalidad fue profundizar los conocimientos que presenta el problema sobre por qué el principio de igualdad constituye el sustento para el reconocimiento de la presunción legal de paternidad en la unión de hecho en el marco del Estado constitucional peruano.

a. Tipo de diseño: Corresponde a la denominada **No Experimental**¹⁰, debido a que careció de manipulación la variable independiente, además no posee grupo de control, ni tampoco experimental; su finalidad fue analizar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia, es decir determinar los fundamentos por qué el principio de igualdad constituiría el sustento para el reconocimiento de la presunción legal de paternidad en la unión de hecho en el marco del Estado constitucional peruano.

b. Diseño General: el diseño **transversal**¹¹, toda vez que se realizó el estudio del hecho jurídico en un momento determinado de tiempo, el recojo de datos estuvo delimitado por el periodo del 2018.

⁹ SOLÍS ESPINOZA, Alejandro (1991). *Metodología de la Investigación Jurídico Social*, Lima, pp. 54 y ss.

¹⁰ ROBLES TREJO, Luis y otros (2012). *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*, Editorial Fecatt, Lima, p. 34.

¹¹ HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto y otros (2010). *"Metodología de la Investigación"*, Editorial McGrawHill, México, p. 151.

c. **Diseño específico:** Se empleó el diseño **descriptivo**¹², toda vez que se estudiará los factores que generan situaciones problemáticas sobre el principio de igualdad como sustento para el reconocimiento de la presunción legal de paternidad en la unión de hecho en el marco del Estado constitucional peruano.

1.8.2. Plan de recolección de la información

1.8.2.1. Población

- **Universo Físico:** Careció de delimitación física o geográfica, ya que estuvo constituida por el nacional en general.
- **Universo Social:** La población materia de estudio se circunscribió al aporte de los juristas a nivel dogmático y los magistrados a nivel jurisprudencial.
- **Universo temporal:** Correspondió al periodo del 2018, espacio temporal donde se ejecutó la investigación.

1.8.2.2. Muestra

- **Tipo:** No Probabilística
- **Técnica muestral:** Intencional
- **Marco muestral:** Doctrina, jurisprudencia y norma.
- **Unidad de análisis:** Documental.

¹² *Ibíd.*, p. 155.

1.8.3. Instrumento(s) de recolección de la información

- a. Fichaje. Ello referido a las fuentes o textos bibliográficos y hemerográficos para recopilar información sobre la doctrina sobre el problema de investigación, empleándose la Fichas textuales, Resumen y comentario.
- b. Ficha de análisis de contenido. Para el análisis de la jurisprudencia y determinar sus fundamentos y posiciones dogmáticas, se emplearon la ficha de análisis.
- c. Electrónicos. La información que se recabó de las distintas páginas web, que se ofertan en el ciberespacio, sobre nuestro problema de investigación, empleándose las fichas de registro de información.
- d. Fichas de Información Jurídica. Es un criterio de recolectar la información, a fin de almacenarla y procesarla adecuadamente, de forma coherente y sistemática, para lo cual se empleó un programa informático como soporte técnico.

1.8.4. Plan de procesamiento y análisis de la información

El plan de recojo de la información por la naturaleza de la investigación que es teórica; comprendió en primer lugar la selección de los instrumentos de recolección de datos, en ese sentido se emplearon las siguientes:

Para las fuentes bibliográficas, hemerográficas y virtuales se realizó a través de las fichas bibliografías, literales, resumen y comentario. Para la jurisprudencia se empleó la ficha de análisis de contenido, los que nos permitirán recoger datos

para la construcción del marco teórico y la discusión, y de esa forma validar la hipótesis planteada.

Para el estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico, para tener una visión sistemática nuestro problema de estudio.

Para la sistematización de la información se empleó la técnica de la argumentación jurídica, a fin de justificar las proposiciones o enunciados jurídicos de forma clara, coherente y racional.

1.8.5. Técnica de análisis de datos y/o información

Se empleó la técnica del análisis cualitativo¹³, 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. Donde 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 estadística¹⁴.

¹³ BRIONES, Guillermo (1986). *Métodos y técnicas de investigación para las ciencias sociales*, Editorial Trillas, México, p. 43.

¹⁴ ROBLES TREJO, Luis (2014). *Guía metodológica para la elaboración de proyectos de investigación jurídica*, Editorial Ffecaat, Lima, p. 74.

Los criterios empleados en el presente proceso de investigación fueron:

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

1.8.6. Validación de la hipótesis

Tratándose de un estudio cualitativo, el método que se utilizó para la validación de la hipótesis y logro de objetivos será mediante fue la argumentación jurídica¹⁵.

Entendiéndose a la argumentación jurídica es la forma organizada de demostrar lógicamente por medio de un razonamiento formulado con el propósito de conseguir la aceptación o rechazo de una tesis o teoría determinada. La aceptación o rechazo de esa tesis dependerá de la eficacia o ineficacia de la argumentación que le sirve de apoyo.

Debemos tener presente que en este tipo de investigaciones no podemos probar que una hipótesis sea verdadera o falsa, sino más bien argumentar que fue apoyada o no de acuerdo con ciertos datos obtenidos en nuestro estudio (...) no se acepta una hipótesis mediante la elaboración de una tesis, sino que se aporta evidencias a favor o en contra de esa hipótesis (...)”¹⁶.

¹⁵ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (2005). *La argumentación en el Derecho*, Editorial Palestra, Lima.

¹⁶ RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2011). *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*, Editorial Grijley, Lima, p. 129.

En consecuencia, la validez no busca reproducir criterios para lograrla verdad última sobre los fenómenos. Tampoco, se orienta a establecer la congruencia o correspondencia entre las descripciones, interpretaciones o representaciones del investigador (teorías, hipótesis) y las del investigado. La validez busca dar cuenta de los procedimientos efectuados para demostrar ¿cómo se llegó a lo que se llegó? En definitiva, como y bajo que procedimientos podemos llegar a establecer la objetivación, o esas verdades provisionales.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

Revisado las investigaciones realizadas, hemos podido encontrar las siguientes tesis que tienen relación con nuestra investigación.

A nivel local tenemos: **Jannel Andrade Ortiz (2013)**, titulado: “La exclusión de los concubinos de los derechos hereditarios en las uniones de hecho en el Ordenamiento Jurídico Peruano-2011”, tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho Civil y Comercial, donde la autora plantea que la unión de hecho, en nuestros días constituye una realidad apremiante cuyas implicancias jurídicas genera efectos personales y patrimoniales en las personas que optaron por convivir, debiendo ser reguladas en toda su dimensión. También advierte que el matrimonio se encuentra en una mayor consideración respecto de ésta, colocándose en desventaja a la familia que nace de dicha unión de hecho, al no reconocerse a los mismos acceder en iguales condiciones a los efectos personales y patrimoniales que surgen de él, en consonancia con el mandato de protección constitucional descrito. Por último, advierten empirismos normativos en el Art. 326 del Código Civil por parte de los responsables, al no reconocer derechos hereditarios en las uniones de hecho, ocasionado por desconocimiento de los conceptos básicos relacionados tanto con el Derecho de Familia como a Derecho de Sucesiones.

El segundo presentado por **Karina Manrique Gamarra (2011)**, titulado: “La unión de hecho y sus problemas de carácter patrimonial y extrapatrimonial en el Ordenamiento Jurídico Peruano, periodo 2008-2010”, tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho Civil y Comercial, donde la autora plantea que hasta la fecha no ha habido, de parte del legislador, mayor preocupación por una regulación amplia y detallada respecto de la familia no matrimonial. Y pese a la pobreza del Código civil, nada se ha dicho sobre la necesidad de redefinir los escasos efectos que se reconocen a las parejas no casadas que día a día cobran mayores espacios en la realidad social; por otro lado explica los problemas patrimoniales y extrapatrimoniales que origina la unión de hecho y que aún no han sido resueltos por nuestro ordenamiento jurídico, pues las parejas convivenciales no se encuentran debidamente protegidas, y plantea algunas modificaciones a la forma como se viene regulando las uniones de hecho.

A nivel nacional tenemos: **Ivonn Janet Sullon Silupu (2015)**. "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 de Abogado. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Piura. 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 jurisprudencia!. En nuestro trabajo se pone énfasis en la búsqueda la eliminación del plazo de impugnación de paternidad matrimonial y el establecimiento del plazo de dos años para que deje de regir la

presunción Pater Is Est existiendo aún el vínculo matrimonial, para que no se afecte el Derecho a la Identidad del hijo que no es del marido de la mujer casada.

Gabriela Katherine Bravo Cuayla (2016). “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 Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Nacional del Altiplano. Puno. 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.

María Soledad Fernández Revoredo (2014). “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 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.

Chucuya Zaga, Julio César (2008). “Implicancias jurídicas de la aplicación de la presunción Pater Est Is para la declaración paterno filial en uniones de hecho”. Tesis para optar el grado de maestría en Derecho civil. Universidad Nacional del Altiplano, Puno. La Tesis se inserta en el ámbito de la Maestría en Derecho Civil, del Programa de Maestría en Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano. Trata de una investigación de corte jurídico que aborda la problemática de la desigualdad de tratamiento que existe en determinar la filiación en una unión de hecho formal frente al hijo nacido dentro del matrimonio, lo que permite que exista una discriminación entre el hijo nacido dentro de una unión de hecho y el hijo nacido dentro del vínculo matrimonial, viéndose el hijo extramatrimonial no reconocido en una desventaja respecto de la

determinación paterno-filial. El problema se ha abordado a través de cuatro capítulos, el primero de ellos destinado al planteamiento del problema, el segundo al marco teórico, el tercero, sobre los aspectos y manejo metodológico de la investigación y el cuarto, concierne a los resultados de la investigación, que comprende el análisis de las normas jurídicas supranacionales y nacionales, como el derecho comparado, análisis doctrinario del problema de investigación y la interpretación del trabajo de campo.

Rocío del Pilar Vargas Morales (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. 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.

Tuesta Vásquez, Fátima Suley (2015). “Responsabilidad civil derivada de la negación del reconocimiento de la paternidad extramatrimonial”. Tesis para optar el Título profesional de Abogado. Escuela Académico Profesional de Derecho de la Universidad Autónoma del Perú, Lima. Entre los resultados de la presente investigación, cabe destacar que la interposición de la demanda de Filiación Extramatrimonial no permiten aminorar o disminuir los procesos de reconocimiento de paternidad extramatrimonial; y las normas legales sustantivas y procesales aplicables en los casos de padres biológicos que no reconocen a sus hijos, no son efectivas, pues, no existe ninguna responsabilidad civil que se derive de la negación de asumir los deberes que correspondan a dicha situación jurídica, afectando el desarrollo emocional, social, psicológico del niño, niña o adolescente no reconocido por su padre biológico, considerado que todo niño tiene Derecho a la identidad, y esto se encuentra garantizado en el Texto Constitucional Peruano de 1993 y los diversos tratados internacionales de los que es parte el Estado Peruano. En este sentido, se ha resuelto aceptar la Hi: Sí existe responsabilidad civil derivada de la negación de la paternidad extramatrimonial, y genera la necesidad de un replanteamiento legal del texto único ordenado del código civil peruano de 1984 y rechazar su versión negativa se expresa de la siguiente forma: No existe responsabilidad civil derivada de la negación de la paternidad extramatrimonial.

A nivel internacional tenemos: **José Germán Quezada Guarinda (2012).** “Insuficiencia normativa para que la presunción de la unión de hecho sea tratada en forma objetiva dentro de el Código Civil Ecuatoriano” Tesis previa a optar para el Grado de Abogado. Universidad Nacional de Loja,

Quito. En términos generales conviene observar que si era conveniente que se regularan de alguna manera estas uniones que tradicionalmente, y aun por el derecho penal, se han llamado siempre “ concubinato; habría sido adecuada una legislación que no deje en el desamparo económico ni al conviviente ni a los hijos, pero en cambio, no es apropiada la equiparación económica prácticamente total, al matrimonio, ya que esta igualación va en desmedro del matrimonio y puede ser nociva para la moralidad ya para el debido resguardo del derecho de otras personas. Mas adecuado habría sido un régimen espacial que no hubiere pretendido esta igualación casi total al matrimonio, que, por otra parte, va a originar graves dificultades de aplicación de la ley, porque las dos instituciones son evidentemente muy diversas: la una el matrimonio-es un contrato solemne, y la otra –el concubinato-es una situación de mero hecho de bastante difícil prueba, y nada clara, en al mayor parte de los casos, respecto de su comienzo y de su terminación. En estas circunstancias, el presente trabajo investigativo se a propuesto como objetivo general “Realizar un estudio doctrinario y jurídico de las garantías establecidas en el derecho civil ecuatoriano” y como objetivos específicos. “Determinar las incongruencias jurídicas existentes en el derecho civil ecuatoriano sobre la unión de hecho de nuestro país “Establecer las consecuencias jurídicas y sociales derivadas de la unión de hecho en el proceso civil ecuatoriano”, y “Realizar una propuesta de reforma el Código Civil Ecuatoriano”

2.2. Bases teóricas

2.2.1. El principio-derecho de la igualdad

2.2.1.1. Sobre el concepto de igualdad

La esencia de la igualdad no se puede revelar por su significado literal, por la expresión que la contiene. La dificultad con la que tropezamos cuando queremos aprehender su contenido es su indeterminación; y es que la igualdad por sí sola es una expresión vacía, no significa nada. En la doctrina italiana, refiriéndose al tema, Bobbio¹⁷ ha expresado: ce... decir que dos entes son iguales, sin otra determinación, nada significa (...) si no se especifica de qué entes se trata y respecto a qué cosa son iguales, es decir, si no se está en condiciones de responder a dos preguntas: a) ¿Igualdad entre quienes?, y b) ¿Igualdad en qué?".

Se advierte entonces, de modo inmediato, que la igualdad es un concepto relacional, que solo se revela a partir de la identificación de los datos precitados. El mandato de igualdad no produce en modo alguno la pluralidad, la diferenciación; solo proscribire el trato desigual arbitrario, cuyos alcances desarrollaremos más adelante.

Pero la tarea de dotar de significado al concepto de igualdad se complica cuando comprobamos que este derecho fundamental, lo mismo que todos los de su género, son derechos históricos, en el sentido de que su contenido va formándose gradualmente, al extremo de llegar a puntos radicalmente

¹⁷ BOBBIO, Norberto (1993). *Igualdad y libertad*. Ediciones Paidós. ICE de la Universidad Autónoma de Barcelona. Buenos Aires – Barcelona, pp. 53-54.

distanciados. Piénsese, por ejemplo, en la igualdad en Grecia antigua, en donde existía y era legal la esclavitud; o la igualdad en la democracia norteamericana en pleno siglo XX, en donde se reconocía la doctrina "separados pero iguales", que no era otra cosa que un modo morigerado de discriminar a los hombres de raza negra en dicho país. Estas concepciones de la igualdad parecen pálidas expresiones de este derecho cuando las comparamos con los alcances a que ha llegado en el siglo XXI. Así, actualmente se llega a hablar de una "igualdad social", es decir, una concepción de la igualdad en la que el papel del Estado se orienta hacia la promoción de condiciones de equidad entre los individuos, ya que si bien se reconocen las diferencias entre estos, es necesario también garantizar un trato justo e igualitario a cada persona, mejorando, en tal sentido, las condiciones de vida y posibilidades de desarrollo de quienes se encuentran en una posición desfavorable.

Adicionalmente, el concepto de igualdad adquiere otro nivel de complejidad cuando lo trasladamos al terreno jurídico, pues en él ha de convivir con otras normas y principios. Un mundo en el que no serán infrecuentes las colisiones, en especial con el derecho -principio- de libertad. En efecto, libertad e igualdad son categorías que se implican recíprocamente. Cada hombre es igual a los demás en la medida en que es libre respecto de ellos, es decir, en la medida en que no está obligado a obedecer a ningún otro; o es libre en la medida en que, siendo igual a los demás, ninguno de ellos puede imponerle su voluntad¹⁸.

¹⁸ RUBIO, Francisco. *"La forma del poder"*. En: Estudios sobre la Constitución. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. p. 105.

De este modo, la igualdad es un permanente desafío para el Derecho, más aun en un mundo en que las diferencias se revelan y reclaman a cada instante. Si hay un rasgo verdaderamente humano es ese afán, que compartimos todos por diferenciarnos, si algo caracteriza a la sociedad moderna es precisamente el pluralismo, el derecho a que se reconozca nuestra individualidad, las características y particularidades de cada ser humano. Solo tal reconocimiento y respeto garantiza el pleno desarrollo de la personalidad del sujeto, pero en ese contexto de diferenciación, aun cuando parezca contradictorio, ha de existir y garantizarse el derecho a la igualdad.

Constitucionalmente la igualdad ha de leerse como una aspiración normativa de gran importancia, que representa un estándar básico del contenido de la dignidad humana. En esta línea, la igualdad a que nos referimos no implica una falsa identidad entre todos los seres humanos, sino que apunta al reconocimiento de una equivalente dignidad atribuible a toda persona -minimum de humanidad respecto del cual no cabe distinciones¹⁹, y que es merecedora de una especial protección frente a otros entes y bienes existentes.

Pero la igualdad, al ser un concepto relacional-como anotamos- exige, incluso cuando lo abordamos como bien jurídico constitucional, ciertos términos de referencia que sirvan de parámetro para poder ser declarada. Desde esta perspectiva, el derecho fundamental a la igualdad no puede ser considerado como un derecho autónomo, pues siempre se encontrará vinculado al ejercicio de otro

¹⁹ Cfr. PETZOLD-PERNÍA, Hermann (1990). “*La igualdad como fundamento de los derechos de la persona humana*”. En: Anuario de Filosofía Jurídico Social, N° 10, Argentina, pp. 211-212.

derecho constitucional²⁰, el cual se disfrutará o no de igual manera, en comparación con otras personas que ejercen ese derecho.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que: "La naturaleza jurídica de la igualdad reposa en una condición o presupuesto indispensable para el ejercicio de los distintos y plurales derechos individuales. Por ende, no es un derecho autónomo, sino relacional"²¹; en otras palabras, el derecho a la igualdad "funciona en la medida en que se encuentra conectado con los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Más precisamente, opera para asegurar el goce real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantizan"²².

Cabe anotar entonces que, desde una perspectiva constitucional, la igualdad puede reconocerse como un principio o revelarse como un derecho fundamental que exige respeto, sirviendo en el primer caso como pauta para examinar la afectación de diversos bienes constitucionales y, en el segundo, como un derecho pasible de reclamación y protección individual.

2.2.1.2. La igualdad constitucional. Derecho a la igualdad y principio de igualdad

Tal como ya se anotó, la igualdad constitucional puede encararse desde dos perspectivas: como principio rector del ordenamiento jurídico, al que habrá que dotarlo de contenido en cada caso, siendo en este sentido una regla básica que el

²⁰ Cfr. GARCÍA MORILLA, Joaquín (1991). "*La cláusula general de igualdad*". En: AA.VV. Derecho Constitucional. Editorial Tecnos, Valencia, p. 144.

²¹ STC Exp. N° 0261-2003-AA/TC, fundamento jurídico 3.1.

²² STC Exp. N° 0018-2003-AI/TC, fundamento jurídico 2

Estado debe garantizar y preservar; y como un derecho fundamental de la persona, es decir, exigible en forma individual, por medio del cual se confiere a todo sujeto el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación alguna.

Pero en realidad no solo la igualdad, sino prácticamente todos los derechos fundamentales son al propio tiempo derechos individuales y valores o principios que vertebran el ordenamiento jurídico. Vistos así, los derechos fundamentales se comportan como principios estructurales básicos para el derecho positivo y el aparato estatal²³, los cuales deben tenerse en cuenta en las diferentes actividades públicas, como son la expedición de normas, su interpretación y aplicación jurídica, la intervención de la fuerza pública, la actuación administrativa, etc.²⁴.

En esta misma línea, el máximo intérprete de la constitucionalidad considera que la igualdad como principio "implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica, que por tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático" y, de otra parte, en cuanto a derecho fundamental "comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de una persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, como tal deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias"²⁵.

²³ Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio E. (1993). *Los derechos fundamentales*. Editorial Tecnos, Madrid, pp. 20-22.

²⁴ Cfr. STC Exp. N° 2050-2002-AA/TC, fundamento jurídico 25.

²⁵ STC Exp. N° 0018-2003-AI/TC, loco cit.

2.2.2. La Unión de Hecho

2.2.2.1. Aceptaciones de la Unión de Hecho

Según 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 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 carnal²⁶.

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".²⁷

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 y de sustento y soporte como se da en toda familia.

Quienes son parte de esa familia concubinaria no diferencia ni esperan que el grupo familiar se comporte de modo diverso a la familia matrimonial²⁸. 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 sólo

²⁶ Citado por CALDERÓN BELTRAK Javier. *Uniones de Hecho en el Perú*. <http://escribiendoderecho.blogspot.com/2008/04/uniones-de-hecho-en-el-per.html>, 18 de junio del 2018.

²⁷ Ibidem.

²⁸ VEGA MERE, Yuri (2009). “*Amor, Familia, Unión de Hecho y Relaciones Patrimoniales*”; www.personaedanno.it/cms/data/articoli/014724.aspx, 14 de junio del 2018.

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 matrimonial²⁹.

El concubinato denominado también amancebamiento, no viene a ser sino la cohabitación de un hombre con una mujer fuera del matrimonio, pero con fines muy parecidos a éstos, es decir llevar una vida en común, tener hijos. Sin embargo en la doctrina se abre cada vez más el camino en lo que se refiere a la necesidad de regular esa clase de relaciones, en primer término porque parece cruel e injusto privar de todo derecho a la pareja que ha mantenido su unión a veces durante toda su vida y en la que la mujer ha contribuido al cuidado del hogar y a su sostenimiento igual que una esposa y en segundo lugar porque el concubino, a diferencia del esposo, se libera de toda responsabilidad frente a la mujer, que es la parte más débil frente a este tipo de relación³⁰.

²⁹ VEGA MERE, Yuri (2002). “*Consideraciones Jurídicas sobre la Unión de Hecho*”; En: *revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/17232/17519*; 16 de junio del 2018.

³⁰ VIGIL CURO, Clotilde Cristina (2003), “*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 15 de junio del 2018.

Para Augusto César Bellucio es la unión de hecho y la procreación fuera del matrimonio que dan lugar a la existencia de vínculos que determinan también la existencia de una familia ilegítima o extramatrimonial, vínculos cuya relación jurídica también es necesaria, sea cual fuere el criterio que se adopte para organizar su ordenamiento frente a la legítima³¹.

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

En realidad, no existe contradicción entre las definiciones dadas, lo que ocurre es que, o bien pecan por incompletas, o son definiciones parciales que enfocan sólo una de las facetas del problema en estudio, según se dé mayor trascendencia a uno de sus elementos frente a los demás, sin enfocar la noción integral que se debe tener del concubinato³².

La definición propiamente dicha se halla contenida en el artículo 5o. de la Constitución Política del Perú del año 1993 que a letra dice: “La unión estable de un varón y una mujer libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de

³¹ BELLUCIO AUGUSTO, Cesar (2014). *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 16 de junio del 2018.

³² HURTADO CÁRDENAS, Eduardo de Jesús (2014). “*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 16 de junio del 2018.

hecho da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”³³.

Se pueden apreciar las características más saltantes del concubinato a partir de la siguiente definición que se saca del artículo 326 del Código Civil de 1984: es la unión de hecho voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, originan una sociedad de bienes, que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere 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 amparable³⁴.

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 matrimonial³⁵.

2.2.2.2. Terminología

A las uniones de hecho se les denomina también como: "concubinato", "convivencia adulterina", "convivencia extramatrimonial", "convivencia fuera del

³³ REYES RÍOS, Nelson (2014), “*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, Erickson Aldo “*¿El Concubinato puede derivar derechos sucesorios?*”, en sitio WEB <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2287/21.pdf>, visitado el 16 de junio del 2018.

³⁴ 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 16 de junio del 2018.

³⁵ 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>, visitado el 16 de junio del 2018.

matrimonio", "matrimonio de hecho"; precisamente para hacer notar que no se ajusta a la familia matrimonial³⁶

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 sólo 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 matrimonial³⁷.

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 matrimonio³⁸.

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

³⁶ Ibidem.

³⁷ Ibidem.

³⁸ Ibidem.

se alude a dos personas unidas, sin necesidad de la presencia de hijos, lo cual encuentra explicación desde el momento que las 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 acostumbre 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 América³⁹.

2.2.2.3. 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 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.⁴⁰

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 y la convivencia

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ CORNEJO CHAVEZ, Héctor. (1999) *Derecho Familiar Sociedad Conyugal. Sociedad Paterno Filial. Amparo familiar del incapaz*. Ediciones. Gaceta Jurídica Editores, Lima, p. 63

violatoria de alguna insalvable disposición legal relativa a los impedimentos para contraer matrimonio.⁴¹

Para Yolanda Vásquez⁴², 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, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio 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 al 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 el primero tiene los efectos jurídicos de una sociedad de bienes y, el segundo, la acción de enriquecimiento indebido⁴³.

2.2.2.4. 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

⁴¹ Ibidem.

⁴² VASQUEZ GARCIA, Yolanda. (1988) *Derecho de la Familia. Teórico-Práctico*. Tomo I. Sociedad Conyugal. Editorial RODHAS, Lima, pp. 187-188.

⁴³ Ibidem.

convivencia forzada. Es en esta decisión en la que se revela el *affectio maritalis* aunque voluntad y afectos sean distintos (pero claramente complementarios)⁴⁴.

b) Además, debe ser una unión entre un hombre y una mujer, es decir, debe tratarse de una unión heterosexual, quedando descartadas las parejas homosexuales⁴⁵.

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 matrimoniales⁴⁶.

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 discontinuos⁴⁷.

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 sexual”, para

⁴⁴ VEGA MERE, Yuri. *Consideraciones Jurídicas sobre las Uniones de Hecho*; <http://blog.pucp.edu.pe/item/24616>, 16 de junio del 2018.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Ibidem.

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 sólo se comparte el lecho los fines de semana o de modo infrecuente⁴⁸.

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 matrimonio⁴⁹.

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”⁵⁰.

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

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ Ibidem.

oculta, clandestina, pues ello podría denotar que la situación de los convivientes podría encontrarse al margen de tales exigencias⁵¹.

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*⁵².

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 intención⁵³.

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

⁵¹ Ibidem.

⁵² Ibidem.

⁵³ Ibidem.

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 imperfectos⁵⁴. 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. Presunción de paternidad

2.2.3.1.- 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

⁵⁴ Ibidem.

finalidad esencial la de dar al niño sus padres verdaderos. En suma, el sistema de pruebas en el derecho de filiación, tanto matrimonial como extramatrimonial, se dirige al establecimiento de la verdad biológica⁵⁵.

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; y, 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 orígenes⁵⁶.

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 mundo⁵⁷; 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 presumir la paternidad legítima. La particularidad de la filiación matrimonial es que la maternidad constituye en sí misma prueba de filiación matrimonial⁵⁸.

⁵⁵ *GACETA JURÍDICA "Código Civil Comentado"* Tomo II, Primera Edición Junio 2003, p. 675. Luz Monge Talavera "Presunción de la Filiación"

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ídem*, p. 676.

El Código Civil establece la célebre presunción de paternidad: *Pater is est quem nuptiae demonstrant* (Artículo 361° del Código Civil). El criterio 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 gestación⁵⁹.

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.

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 sólo puede ser cuestionada por el esposo conforme se tiene de lo dispuesto por el artículo 367° del Código Civil; ello se debe a que en nuestra legislación prevalece la moralidad.

⁵⁹ Ibidem.

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 gestación⁶⁰.

2.2.3.2. 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 marido⁶¹.

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 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.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ Ibidem.

2.2.3.3. 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 marido⁶².

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)⁶³. 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 ésta ha faltado a su deber de fidelidad⁶⁴.

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

⁶² Ibidem.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ Ibidem.

contestación de la paternidad está sujeta a criterios estrictos (artículo 363 del Código Civil)⁶⁵.

2.2.3.4. 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”

2.3. Definición de términos⁶⁶

- a. **Familia.** - De acuerdo con el Tribunal la acepción común de *familia* alude a aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo. Usualmente, con ello se pretendía englobar a la familia nuclear,

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ Cfr. ARCOS TORRES, Luis Miguel (1999). *Diccionario de Derecho Civil*, Editorial Comares, Barcelona.

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 monopaterales o las que en doctrina se han denominado *familias reconstruidas*⁶⁷.

- b) **La unión de hecho o concubinato.**- Según el Maestro Cornejo Chavez 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 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 carnal⁶⁸.
- e. **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 el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales⁶⁹. Se trata de un concepto eminentemente legal.
- f. **Norma jurídica.** - Son aquellas prescripciones normativas encaminadas a regular el comportamiento humano en relación con unos valores, como

⁶⁷ 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° 10, http://gaceta.tc.gob.pe/img_upload/2b3dbc748b6bb62663f59958d6207845/Articulo_Yuri.pdf, 16 de junio del 2018.

⁶⁸ CALDERÓN BELTRAK, Javier. *Uniones de Hecho en el Perú*. En: <http://escribiendoderccho.blogspot.com/2008/04/uniones-de-hecho-en-el-per.html>, 16 de junio del 2018.

⁶⁹ CODIGO CIVIL (2004), GACETA JURIDICA, Duodécima edición, p. 101.

sucede con las Leyes morales y jurídicas⁷⁰. Para MARIN PEREZ las normas jurídicas 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 generales⁷¹.

g. Presunción de paternidad. - En sentido civil son llamadas presunciones legales las establecidas por la ley para dar por existente un hecho aun cuando en la realidad pudiera no haber sido cierto. 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.

⁷⁰ GARCIA GARRIDO Y FERNANDEZ GALIANO. Citado por LLEDO YAGUE, Francisco y ZORRILLA RUIZ, Manuel. (1998) *Teoría General del Derecho*, Editorial Dykinson, Madrid, p. 149.

⁷¹ LLEDO YAGUE, Francisco y ZORRILLA RUIZ, Manuel. (1998) *Teoría General del Derecho*, Dykinson, Madrid, p. 153.

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

3.1. Descripción de la realidad problemática de las uniones de hecho⁷²

Dentro de la concepción civilista del derecho de familia advertimos que, casi de manera exclusiva, se otorga regulación jurídica a la familia matrimonial y, de manera excepcional, a la unión de hecho, pero no se considera a las demás clases de familia.

De acuerdo a lo descubierto por el censo de 2007 en el Perú, según el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), un 28.6 % de personas estaban casadas frente a un 24.6 % de convivientes. Años atrás, según el censo de 1993, había 35.2 % de casados frente a un 16.3 % de convivientes. Lógicamente, se ha incrementado el número de convivientes en nuestro país y la diferencia en el 2007 respecto al matrimonio es solo de cuatro puntos. Su aumento ha sido vertiginoso en relación al censo de 1993, ya que aumentó en un 8.3 %.

El crecimiento anual de la convivencia ha sido de 5.2 % y el del matrimonio de 0.7 %. De acuerdo al Plan Nacional de Fortalecimiento a las Familias 2013-2021, durante los últimos veinte años el Perú ha transitado por transformaciones demográficas, sociales, económicas y culturales, como la postergación del matrimonio y aumento de la convivencia; que han impactado en las estructuras familiares, ocasionando el surgimiento y aumento de familias monoparentales jefaturados por mujeres, familias ampliadas, familias transnacionales, etc.

⁷² CASTRO AVILÉS, Evelia Fátima (2014). *Análisis legal y Jurisprudencial de la unión de hecho*. Fondo Editorial de la AMAG, Lima, pp. 34-37.

Se aprecia que existe mayor número de convivientes en mujeres más jóvenes; por ejemplo, en el grupo de edad de 20 a 24 años, el 6.1 % de las mujeres declara estar casada, a diferencia de un 37.57 % que declara estar en convivencia. Situación similar ocurre entre las edades de 25 - 29, de 30 - 34 y de 35 a 39 años de edad. Solo en mujeres de 40 y más años hay mayor proporción que declaran estar casadas.

Sin embargo, contradictoriamente, en la Encuesta Mundial de Valores, el 76.96 % de la población de nuestro país, el 78.96 % de las mujeres y el 81.58 % del interior urbano, consideran que el matrimonio no es una institución «pasada de moda». En esta misma encuesta, 98.13 % de la población peruana considera que en su vida la familia es muy o bastante importante.

Asimismo, 94.11 % afirma que sería bueno «que se dé más importancia a la vida familiar». La citada encuesta revela que el 93.02 % de la población peruana considera que «un niño necesita un hogar donde haya un padre y una madre donde pueda crecer feliz». Hace tres décadas las mujeres se casaban más jóvenes pero, actualmente, están postergando el matrimonio por su realización personal o profesional y, en algunos casos, optan por la convivencia sin hijos.

Por supuesto, que esto depende muchísimo del estrato cultural y socioeconómico al que pertenece la mujer, porque en un buen número aún se sigue manteniendo el modelo tradicional del matrimonio o la convivencia con hijos. Lo cierto es que el número de convivientes en nuestro país se viene incrementando.

Como podemos observar, la convivencia va en aumento con respecto al matrimonio por diversos factores influyentes como el evitar compromisos y responsabilidades, las razones económicas y el optar por el estado de convivencia como un periodo de prueba, para conocer si se complementan y se comprenden como pareja estable.

3.2. Regulación de la unión de hecho en nuestro ordenamiento jurídico

3.2.1. 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 cónyuge⁷³. En este Código no se abordó el 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

⁷³ CARREON ROMERO, Francisco. *Un nuevo matrimonio en el Perú*, www.gacetajuridica.com.pe/informes/comentarios_b/diciembre_05/comentarioa, 14 de Agosto 2009.

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 romana⁷⁴.

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) según la cual: “aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro, está obligado a la restitución”⁷⁵.

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

⁷⁴ TOLEDO MÁAS, 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

⁷⁵ 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

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 cultos⁷⁶.

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

3.2.2.- 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.

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”⁷⁷. 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”⁷⁸.

⁷⁶ 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

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ Ibidem.

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 societatis*. Pero por una razón de justicia, aceptó que se declare comprendido el caso en el enriquecimiento indebido⁷⁹

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.

⁷⁹ 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

3.2.3.- 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"

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 unión⁸⁰:

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.

⁸⁰ VEGA MERE, Yuri. *Amor. Familia. Unión de Hecho v Relaciones Patrimoniales*. Disponible en: www.personaedanno.it/cms/data/articoli/O14724.qsp.x; 14 de Octubre del 2009.

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 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.

3.2.4.- 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 intención 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 clase⁸¹.

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 patrimonio familiar.

3.2.5. En la Constitución de 1993

La Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 5° 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 reconoce⁸².

Artículo 5° de la Constitución Política del Estado: *"La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimentos matrimonial, que forman un hogar de*

⁸¹ Ibidem.

⁸² BELTRAN PACHECO, Patricia Janet (2009) *"Dad a cada quien lo que le corresponde"*. En *Diálogo con la Jurisprudencia* N°129, junio, Lima, p.42.

hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable"

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 patrimonial⁸³.

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 familia⁸⁴

Este reconocimiento constitucional es inherente a un contexto en el cual la convivencia va en aumento y el matrimonio va decreciendo. Así tenemos que, según el INEI, en el año 2004, el 17.6% manifestó que su estado civil era conviviente y en el año 2013, lo hizo un 20.4%. Por otro lado, en el año 2004, el 30.8% señaló que su estado civil era casado y en el año 2013, lo hizo un 28.1%⁸⁵.

⁸³ Ibidem, p. 42.

⁸⁴ VEGA MERE, Yuri. *Amor. Familia. Unión de Hecho v Relaciones Patrimoniales*. Disponible en: www.personaedanno.it/cms/data/articoli/O14724.qsp.x; 14 de Octubre del 2009.

⁸⁵ https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitaless/Est/Lib1157/libro.pdf

Es relevante precisar que no todas las relaciones de convivencia están protegidas por nuestro ordenamiento, así el artículo 326 de nuestro Código Civil y la jurisprudencia han establecido una serie de requisitos, entre los cuales podemos indicar los siguientes:

- Unión estable entre un varón y una mujer, es decir debe ser una relación heterosexual.
- Voluntariamente realizada, sin coacción.
- Libres de impedimento matrimonial, con lo cual la relación de convivencia de una persona casada con otra distinta a su cónyuge no, será considerada como unión de hecho impropia y podrá, de ser el caso, interponer una demanda por enriquecimiento indebido.
- Permanente puesto que debe durar por lo menos dos años continuos.
- Exclusiva, es decir, no será considerada aquella relación en donde convivan y se mantengan relaciones sexuales con más de una persona.
- Notoriedad, la relación de convivencia tiene que ser pública.

Para que una unión de hecho goce de la totalidad de derechos reconocidos es imperioso e ineludible que esta sea declarada judicialmente o que se encuentre inscrita en el Registro Personal de Registros Públicos (Artículo 39 de la Ley 26662 y Ley 29560).

Respecto a esta segunda opción, se evidencia un incremento en las inscripciones de las uniones de hecho ya que de enero a diciembre de 2016 se registraron 2,588 uniones de hecho en todo el país, en comparación, con el año

2015, cuando se inscribieron solo 673 uniones de hecho⁸⁶. Sin embargo, aún existe mucho desconocimiento sobre el trámite para registrar la convivencia y los gastos a los cuales hay que incurrir pueden generar una barrera económica que limite el acceso a ella, por lo cual, todavía hay muchas parejas que no regularizan su unión.

3.3. Presunción de paternidad

Para dar comienzo al desarrollo del presente, es menester identificar el concepto de «presunción». Esta es una «ficción jurídica» que permite establecer una atribución directa de certeza a determinados hechos jurídicos, actos jurídicos, relaciones jurídicas o situaciones jurídicas que reúnen ciertas características preestablecidas por la ley; todo ello en miras de generar seguridad jurídica, y por lo cual, cumplidos dichos presupuestos, se entiende que el acontecimiento se encuentra probado.

Ahora bien, cabe aclarar que dentro de las presunciones, se diferencian aquellas que no admiten prueba en contrario -«iure et de iure»- y las que sí admiten prueba en contrario -«iuris tantum»-, denominadas por tal motivo «presunciones relativas», en las cuales se permite aniquilar dicha atribución directa de certeza probando y demostrando la inexistencia de dicho hecho o situación.

Entonces, partiendo de esta base, debemos identificar que el legislador, en miras de crear seguridad jurídica en la sociedad, crea y atribuye presunciones a

⁸⁶ <https://www.sunarp.gob.pe/PRENSA/inicio/post/2017/02/17/conoce-por-que-debes-inscribir-tu-convivencia-en-la-sunarp>

determinados presupuestos para lograr certeza en las relaciones jurídicas; pero además otorga la posibilidad de aniquilar dichas presunciones, las que conlleven relatividad en sí mismas, a los efectos del perfeccionamiento global de dicha seguridad jurídica.

Por otro lado, en el mismo cuerpo normativo, en su art. 361 se debe de agregar la presunción en relación con el concubinato, que expresaba así: «El concubinato de la madre con el presunto padre durante la época de la concepción hará presumir su paternidad, salvo prueba en contrario».

Nuevamente, se procedía a crear una presunción respecto de la paternidad del nacido en función de la convivencia que lleve el concubino con la madre del nacido. Cabe destacar que esta se encontraba dentro de las presunciones relativas, ya que admitía prueba en contrario, entendiéndose dentro de las defensas, tal como expresan en su artículo los Dres. Roveda y Massano: “la inexistencia de nexo biológico, la imposibilidad de concebir o mantener relaciones sexuales o la denominada “exceptio plurium concubenum”⁸⁷.

La constitucionalización del derecho de familia ofrece una nueva interpretación e integración de los nuevos institutos que contiene el Código Civil, tomando como base el principio de la interpretación constitucional: “La interpretación conforme a la Constitución”, y adaptándolos a la realidad imperiosa que exigía nuestra sociedad en cuanto a los esquemas familiares de la vida actual, los cuales requerían una necesaria actualización, creando así presunciones

⁸⁷ OVEDA, Eduardo G. y MASSANO, María A. (2015): “*Acciones de filiación en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*”, En: DFyP, febrero de 2015, 29, Cita Online:AR/DOC/4100/2018.

específicas y plurales a los efectos de establecer y garantizar seguridad jurídica para todos los modelos de familia que hoy en día surgen en la sociedad, garantizando así acciones de familia específicas a los efectos de emplazar y desplazar los vínculos familiares que dichas presunciones establezcan.

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

3.4.1. En Colombia

A las uniones de hecho se les denomina unión marital de hecho, y conforme se tiene del artículo 213° del código Civil Colombiano⁸⁸.

“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.

3.4.2. En Argentina

Artículo 509.- Ámbito de aplicación. Las disposiciones de este título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública,

⁸⁸Artículo 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.

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.

3.4.3. 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.

CAPITULO IV

DISCUSION Y VALIDACIÓN DE LA HIPÓTESIS

4.1. El principio de igualdad como fundamento de la presunción legal de paternidad en la unión de hecho

La igualdad de los hijos ante la ley es un tema que ha sido objeto de abundante reflexión jurisprudencial y doctrinal, hasta el punto de que todo pareciera indicar que se trata de una materia pacífica lo suficientemente estudiada, en especial respecto al trato que la norma legal le ha ofrecido a los otrora llamados hijos legítimos e ilegítimos; empero, respecto de estos últimos, hoy llamados extramatrimoniales, aún perviven preceptos normativos basados en una estructura filosófica formalista que quizá, por el afán del legislador de igualarlos, lo que ha logrado en algunas ocasiones es agrietar el tratamiento justo que merecen estos sujetos.

Conforme al principio de igualdad, expuesto por Carlos Bernal Pulido en su obra “El derecho de los derechos”, es del caso considerar que los hijos extramatrimoniales deben recibir trato paritario, igual al de los hijos matrimoniales, pues sus situaciones presentan similitudes y diferencias, pero las similitudes son más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia).⁸⁹

⁸⁹ BERNAL PULIDO, Carlos (2005). *El derecho de los derechos*. Universidad Externado, Bogotá, p. 255 y ss.

Se advierte entonces que el trato debe ser igual, por cuanto esta diferencia solamente radica en la clase de familia de donde provienen los hijos y estos ya fueron igualados por el mismo ordenamiento jurídico. Conforme a esta tesis, si se distingue la igualdad ante la ley, como la eficacia vinculante de los mandatos de la igualdad en la aplicación administrativa y jurisdiccional de la ley y en las relaciones entre particulares; y la igualdad en la ley, que alude al carácter que define a la igualdad como derecho fundamental, es decir, a su eficacia vinculante frente al legislador⁹⁰, se concluye que en el caso de los hijos extramatrimoniales se puede utilizar este doble enfoque, cuando se legisle sobre sus derechos fundamentales y cuando al juez le corresponda resolver un caso concreto en relación con los mismos.

El principio de igualdad y el mandato de no discriminación, enunciados en el artículo 2º inciso 2 de nuestra Constitución, atraviesan a todas las instituciones del Derecho Familiar. Asimismo, el artículo 6 de la Carta declara que todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. En los instrumentos internacionales⁹¹ también encontramos una expresa mención a tales principios.

La igualdad, aplicada a la esfera de la familia, cobra especial relevancia si se tiene en cuenta que históricamente las mujeres han sido discriminadas por

⁹⁰ Ibidem

⁹¹ Artículo 162 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Artículo 24.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículo 2 y 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y artículo 2.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

razón de su sexo y que los niños y niñas han sufrido también un trato desigual, en razón de su edad y filiación⁹².

Fue recién con la Carta de 1979 que en el Perú se constitucionalizó el derecho a la igualdad y a la no discriminación. Este hecho obligó a cambios normativos en materia familiar, pues hasta ese momento las relaciones familiares habían estado basadas en un modelo de potestad marital que implicaba que el varón era la autoridad y el jefe de la familia, encargado de mantenerla y dirigirla, quedando las mujeres y los/las niños y niñas en un status de inferioridad⁹³.

Es así pues que el derecho familiar contenido en el Código Civil de 1936 fue revisado a la luz de los mencionados principios, con el objeto de dejar atrás todas las diferencias de trato injustificadas.

La aplicación del principio de igualdad y no discriminación en materia familiar, implica fundamentalmente que⁹⁴:

- No son admisibles diferencias de trato principalmente por razón de sexo, filiación y edad que no estén basadas en una causa justa y razonable.
- Normas neutras podrían generar en su aplicación una discriminación por razón de sexo.⁹⁵ Ello se encuentra vedado por el mandato de no discriminación.

⁹² FERNÁNDEZ REVOREDO, Marisol (s.f.e.). *“La familia vista a la luz de la constitución y los derechos fundamentales: Aproximación a un análisis crítico de las instituciones familiares”* En: revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/download/18290/18536.

⁹³ Ibidem

⁹⁴ Ibidem

⁹⁵ El artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, contempla bajo el concepto de discriminación, aquella que se produzca "por resultado". Esta forma de discriminación es conocida también como indirecta o impacto adverso.

- Los poderes públicos deben generar políticas tendientes a eliminar la discriminación contra mujeres y niños y niñas, en el ámbito de la Familia.
- Son posibles la adopción de medidas especiales, de carácter temporal, con el propósito de eliminar la discriminación contra la mujer en el ámbito de la familia (medidas de acción afirmativa).

Si como ya se advirtió, la Constitución igualó a los hijos extramatrimoniales con los matrimoniales aunque provengan de familias diferentes, este mandato de igualdad debe permanecer vigente en la mente del legislador cada vez que le corresponda regular sus derechos. El encargado de crear las leyes no debe olvidar que la eficacia vinculante de la igualdad real depende del respeto que se tenga por la misma.

Luego, si lo que se pretende es proteger a algunos de los destinatarios, en este caso los hijos de los compañeros permanentes, tal protección, aunque no contenga una intención discriminatoria, no puede desconocer los derechos fundamentales de los otros hijos extramatrimoniales que sin ser hijos de la unión marital se encuentren en situaciones similares, o de los que aun siendo hijos de la misma no se hayan declarado formalmente como tales, los cuales deben recibir un trato igualitario por el legislador.

Sobre la falta de intención discriminatoria anota Bayefsky⁹⁶ (1990): “El material jurídico internacional sugiere que una intención discriminatoria no es un elemento necesario ni de la discriminación ni de una negación de la igualdad.”

⁹⁶ BAYEFESKY, Anne (1990) “*El Principio de Igualdad o no discriminación en el derecho internacional*”. Título original: “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, publicado en Human Rights Law Journal, Vol. 11, N° 1-2, 1990, p. 1-34.

Cuando el legislador discrimina le corresponde entonces a la autoridad administrativa encargada de aplicar el derecho regulado o al juez encargado de resolver el caso concreto de echar mano de interpretaciones que no todas las veces resultan las más justas, debido a que en el Estado Constitucional se debe respetar el imperio de la ley como fuente principal de derecho.⁹⁷

El distinto tratamiento que el derecho otorga a las reglas y principios, en este caso la norma estudiada y el principio de igualdad, se debe a que las primeras deben ser obedecidas, aunque provengan del lenguaje confuso del legislador, en cuyo caso deben ser interpretadas, en tanto que los principios proporcionan criterios para tomar posición frente a situaciones concretas.⁹⁸

No obstante, se debe precisar que esta prohibición de discriminación es de rango constitucional y se encuentra establecida en el artículo 2.2 de la Constitución, que dice: “*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*”. (Constitución Política del Perú, 1993).

Este principio fue retomado por el Constituyente del artículo 26 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, que indica: “*Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley*”. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole,

⁹⁷ Cfr. LÓPEZ MEDINA, Diego. (2006). *La interpretación constitucional*. (2ª ed.) Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, p. 56.

⁹⁸ ZAGREBÉLSKI, Gustavo. (2006) *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. (9ª ed.) Traducción de Marina Gascón. Editorial Trotta, México, p. 109 y ss.

origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (Naciones Unidas, 1966).

Al respecto, de acuerdo con Bayefsky la interpretación del artículo 26 citado se debe guiar por un Comentario General que el Comité de Derechos Humanos emitió respecto de la no discriminación. En él se dijo que ese artículo: Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas. Por lo tanto, el artículo 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes⁹⁹.

Por consiguiente, al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio. Siendo ello así, la interpretación que debe hacer el juez, dependiendo del caso concreto, debe atender el fin propuesto en la norma, entendiendo por norma la Constitución y la ley, con el fin de lograr el cumplimiento del derecho fundamental a la igualdad del hijo concebido dentro de la unión marital objeto de la presunción, pero sin desconocer el principio de igualdad para los hijos extramatrimoniales de los mismos padres no incluidos en la preceptiva legal y de los hijos extramatrimoniales que se encuentren en situaciones similares, en cuanto que esta dimensión objetiva de la igualdad no ha sido atendida de manera apropiada por el legislador.

⁹⁹ BAYEFKY, Anne (1990) “*El Principio de Igualdad o no discriminación en el derecho internacional*”. Título original: “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, publicado en Human Rights Law Journal, Vol. 11, N° 1-2, 1990, p. 1-34.

En el caso puntual de los hijos extramatrimoniales distintos a los hijos de la unión marital la regla legal determina que al juez no le corresponde dirimir este asunto, por cuanto a estos sujetos el legislador los excluye tácitamente al momento de incluir en la presunción solamente a los hijos extramatrimoniales que tengan como padres a los compañeros permanentes, tomando como motivo principal de la inclusión el origen familiar, circunstancia que se encuentra enmarcada dentro de la esfera exclusiva del legislador (igualdad en la ley).

Sin embargo, cuando quiera que al juez le corresponda resolver un asunto concreto en el que esté involucrado esta clase de hijo extramatrimonial que exija la aplicación del principio de igualdad, debe analizar el caso, máxime si se trata de un niño cuyo derecho a la filiación es fundamental y atendiendo el interés superior del mismo; en este contexto es posible equipararlo u ofrecerle el trato paritario que el legislador no le brindó al crear la ley (igualdad ante la ley).

Estos casos, si bien no son usuales en el proceso ordinario, se pueden presentar en sede de judicial, escenario donde el juez debe realizar una interpretación constitucional y en algunos eventos aplicar la excepción de inconstitucionalidad.¹⁰⁰

En cualquiera de los casos le correspondería al juez definir, a través del correspondiente test de igualdad, determinar si el trato diferenciado es discriminatorio y por consiguiente vulnera la Constitución o si, por el contrario, el

¹⁰⁰ LÓPEZ MEDINA, Diego. (2006). *La interpretación constitucional*. (2ª ed.) Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, pp. 34 y ss.

trato diferenciado es constitucional, por no vulnerar la prohibición de discriminación.¹⁰¹

Empero, se debe precisar si la distinción que hace el legislador es justificada, en el sentido de determinar, de acuerdo con Bayesky, (1990) que “no toda diferencia de trato es discriminatoria y que un trato igualitario no implica el otorgamiento de trato idéntico.” Para establecer si se justificó expresamente en la ley estudiada la distinción contenida en la presunción objeto de análisis, se examinó el contenido de las actas de exposición de motivos que tuvo el legislador en cuenta para expedir la norma y en ninguno de sus apartes se hace referencia a las razones originarias atendidas para hacer extensiva la presunción de hijos matrimoniales a los hijos extramatrimoniales habidos dentro de la unión marital.

En cuanto a la familia, genéricamente considerada, la Constitución Política señala la forma en que puede ser constituida. Dice el artículo 5: “*La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.*”.

Este es un marco normativo de textura abierta¹⁰² que permite la coexistencia de diversas familias; la dinámica de la institución familiar implica una permanente mutación en el tiempo, de acuerdo con los cambios

¹⁰¹ BERNAL PULIDO, Carlos (2005). ob. cit., p. 255 y ss.

¹⁰² Las normas constitucionales son de textura abierta, porque son normas indeterminadas, incompletas.

socioculturales que se produzcan en el devenir histórico. No es la norma la que determina la conformación de la familia, sino las distintas maneras en las cuales se concibe como fenómeno social lo que obliga a que sea regulada de determinada forma. Así, hay familias nucleares, monoparentales, complejas, de padre o madre soltera, de pareja de hombres o de mujeres, entre otras.

Del análisis del artículo 5 de la Carta Política no se puede deducir que el constituyente haya contemplado un solo modelo de familia originado exclusivamente en el vínculo matrimonial, pues la convivencia puede crear también la unión marital de hecho, en cuyo caso los compañeros permanentes ya constituyen familia o crear formas de familia monoparentales, encabezadas solamente por el padre o por la madre o aún las ensambladas que se conforman cuando uno de los cónyuges o compañeros ha tenido una relación previa de la cual han nacido hijos que ahora entran a formar parte de la nueva unión, de manera que en su ciclo vital una misma persona puede experimentar el paso por diversas clases de familia.

En este sentido y de conformidad con la norma constitucional, la institución familiar puede tener diversas manifestaciones que se constituyen a su vez, a través de distintos “vínculos naturales o jurídicos”, según lo previsto en el precepto superior. De esta doctrina constitucional se colige que, aunque la Constitución distingue dos formas de conformarla, eso no significa que sólo el matrimonio modélico y la unión marital de hecho sean las únicas existentes merecedoras de protección jurídica.

En un Estado de concepción pluralista que constitucionalmente autoriza la diversidad de familias todas deben recibir un trato similar del legislador, siempre que se encuentren en situaciones fácticas similares, máxime cuando en cualquiera de estas familias los hijos menores sean los destinatarios, directos o indirectos, de los derechos que el legislador ordene proteger.

Aun así, como ya se advirtió arriba, en el Perú la familia matrimonial ha sido tradicionalmente amparada por la ley como la única que legítimamente podía ser protegida por el Estado, especialmente la conformada en un matrimonio católico. La familia matrimonial la conforman los cónyuges y los hijos, si los hay, pero estos últimos no hacen parte de su esencia, pues es válida la familia conformada únicamente por los dos esposos, a pesar de que una de las funciones del matrimonio sea la de procrear.

En consecuencia, desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. 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 monopaterales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas.¹⁰³

¹⁰³ STC EXP. N° 09332-2006-PA/TC, F.J. 7.

4.2. La Unión de Hecho en el Código Civil Peruano de 1984: Análisis de su conceptualización jurídica desde la perspectiva exegética y jurisprudencial¹⁰⁴

Recién con la Constitución Política de 1979 se reconocieron los efectos jurídicos sobrevinientes a la unión de hecho o concubinato en el ordenamiento jurídico peruano.

Así, el artículo noveno expresaba: *"La unión estable de un varón y una mujer, libre de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable"*.

Disposición que, en su esencia, ha sido adoptada por la vigente Carta Constitucional de 1993, en cuyo artículo quinto dice: *"La unión establece 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"*.

Se observa que, mientras en la Constitución Política de 1979 se dejaba a una ley específica la determinación del tiempo y las condiciones que debía tener la unión de hecho para surtir efectos jurídicos; aquella disposición ya no se consigna en el art. 5° de la vigente Constitución de 1993, lo cual se encuentra justificado pues le correspondió al Código Civil de 1984, establecer la regulación específica de la materia, desarrollando el precepto constitucional.

¹⁰⁴ FERNÁNDEZ ARCE, César y BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia (2000) *"La unión de hecho en el código civil peruano de 1984"* En: Revista Derecho y Sociedad N° 15, PUCP, Lima, pp. 221-239.

Por otro lado, se aprecia en la Carta de 1979 la calificación de los bienes de la unión de hecho como "sociedad de bienes", mientras que en el texto vigente, se los denomina "comunidad de bienes", término que está más acorde a la naturaleza jurídica de la unión de hecho, como se verá más adelante.

El Código Civil de 1984 desarrolló en el art. 326 el tratamiento normativo sobre esta forma de unión concubinaria, a la que denomina como "unión de hecho". Hasta ese entonces, no se había plasmado el reconocimiento a una problemática real en nuestras leyes civiles.

4.2.1. Primer párrafo del art. 326 del CC

La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libre 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.

Del texto de la norma se distingue el supuesto de hecho que se compone, a su vez, de los siguientes elementos: 1) una unión de hecho; 2) voluntariamente realizada; 3) mantenida por un varón y una mujer; 4) quienes se encuentren libres de impedimento matrimonial; 5) que persigue alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio; 6) y que haya durado por los menos dos años continuos. El nexo normativo se encuentra en la expresión: "origina", refiriéndose a la creación de una relación jurídica. Finalmente, la consecuencia jurídica: está dada en que reunidos los elementos del supuesto de hecho, entonces

se origina: 1) una sociedad de bienes; y 2) que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable.

En esta norma se establece la creación de una relación jurídica de orden patrimonial entre los bienes que origina la unión de hecho, cumplidos todos los elementos del supuesto de hecho. Debe anotarse que, el tiempo de duración mínima de la convivencia, forma parte de los componentes del supuesto de hecho, y que ha sido colocado al final del texto de la norma.

De los elementos que constituyen el supuesto de hecho de la norma analizada, se infiere que se trata de la convivencia sostenida entre un hombre y una mujer que podrían casarse legalmente, donde ambos no tengan impedimentos matrimoniales.

Así, mediante esta norma se protege a las personas unidas de hecho, a diferencia del Código Civil de 1936 que no regulaba esta figura. Merece resaltarse que, mediante esta nueva institución de "unión de hecho", el legislador del Código Civil de 1984 tomó en cuenta la situación fáctica de la familia peruana, que en parte se ha formado en base a uniones voluntarias, asimismo se cumplió con la disposición constitucional prevista en el art. 9° de la Carta de 1979 que, como señaláramos, reconociera por primera vez la regulación de la unión de hecho.

4.2.2. Segundo Párrafo del art. 326

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.

En cuanto a esta segunda norma, distinguimos que, el supuesto de hecho es: la posesión constante de estado a partir de fecha aproximada; su nexo normativo lo descubrimos en el término puede remite a la concesión de una facultad; por último, la consecuencia jurídica: [puede] probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.

Entonces, por la norma consignada en el segundo párrafo del art. 326 se establece un derecho, al atribuir una facultad a favor de cualquiera de los concubinos, para acreditar la posesión constante de estado concubinario. Son varios los aspectos a analizar de esta norma, como el objeto de la prueba, la obligatoriedad del recurso a la vía judicial, el principio de prueba escrita y los efectos de la declaración judicial.

4.2.3. Tercer párrafo del art. 326

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.

Precisemos, en primer lugar, los elementos de esta norma jurídica que, tiene como supuesto de hechos: aquellas formas de terminación de la unión de hecho, como: 1) la muerte; 2) la ausencia, 3) el mutuo acuerdo; o 4) la decisión unilateral. El nexo normativo está referido al momento en que se produce la

finalización de la unión de hecho y los efectos que correlativa mente emergen. Siendo la consecuencia jurídica: 1) la terminación de la unión de hecho; y 2) que a la sociedad de bienes generada durante la unión de hecho, se le debe aplicar las reglas de la sociedad de gananciales para su correspondiente liquidación.

Asimismo, una consecuencia jurídica aplicable sólo al supuesto de hecho de la terminación de la unión de hecho por la decisión unilateral de cualquiera de los concubinos, es que 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 sobre la sociedad de bienes, de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales.

Mediante esta norma se regulan los efectos de la terminación de la unión de hecho por cualquiera de los supuestos señalados, disponiéndose la expresa aplicación de las normas referidas a la sociedad de gananciales para la liquidación de la sociedad de bienes, constituida durante del concubinato.

Como se señala, en el caso de producirse la decisión unilateral de cualquiera de los concubinos que conlleve a entender como concluida la unión de hecho, el concede la facultad al concubino abandonado para la interponer una demanda solicitando una indemnización o una pensión de alimentos, alternativamente.

En este sentido, la jurisprudencia se ha pronunciado en exigir la acreditación del abandono unilateral del hogar conyugal como presupuesto para

asignación de la pensión de alimentos a cargo del concubino culpable del abandono.

Por otro lado, 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. Lo que se trata de proteger es la familia, al margen de su origen, ya sea matrimonial o de hecho.

4.3. Hijo de mujer casada de la convivencia impropia¹⁰⁵

Se presentan casos en que la mujer aun manteniendo el vínculo matrimonial, solo se separa de hecho y convive con un hombre que no es su marido y fruto de esa relación nace un hijo. ¿Cuál es el status jurídico de ese hijo?

El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido¹⁰⁶, aunque el hijo tenga otro padre biológico, porque se aplica la presunción de hijo matrimonial establecida en el artículo 362 del Código Civil: *«el hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera»*. El artículo 396 del Código Civil de 1984 establece que *«el hijo de mujer casada no*

¹⁰⁵ CASTRO AVILÉS, Evelia Fátima (2014). *Análisis legal y Jurisprudencial de la unión de hecho*. Fondo Editorial de la AMAG, Lima, pp. 207-208.

¹⁰⁶ Artículo 361 del Código Civil.

puede ser reconocido sino después de que el marido impugne la paternidad y obtenga sentencia favorable».

Como podemos apreciar, el actual ordenamiento civil prefiere la subsistencia de la presunción de paternidad matrimonial, en lugar de la evidencia biológica de la paternidad extramatrimonial. Empero, presentamos el caso en que se han inaplicado los artículos 361 y 362 del Código Civil por incompatibilidad constitucional con el derecho a la identidad del niño.

En la Consulta N.º 110-2012- Arequipa, se inaplicaron los artículos mencionados para hacer efectivo el derecho que tiene todo niño a conocer quiénes son sus padres, derecho que tiene todo sujeto a su propia identidad personal reconocido en el artículo 2 inciso 1) de la Constitución Política del Estado, como un derecho fundamental de la persona que por ser consustancial a ella, tiene carácter inalienable, perpetuo y oponible erga omnes, por tanto, no admite límites de ninguna naturaleza sean estos temporales o materiales.¹⁰⁷

El marido tiene un término establecido por el artículo 364 del Código Civil para contestar la paternidad: dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar o, desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente. Sin embargo, por incompatibilidad constitucional con el derecho a la identidad del niño, se ha inaplicado el artículo 364 del Código Civil, en ejercicio del control difuso. Presentamos el caso de la consulta del expediente N.º 1870-2012 de Lima Norte que en el considerando octavo, se sostiene que el hecho que en la partida de nacimiento aparezca consignado el

¹⁰⁷ Considerando noveno de la Consulta N.º 110-2012- Arequipa.

nombre de los verdaderos padres, no es otra cosa que la manifestación concreta del derecho que tiene todo sujeto a su propia identidad personal.

La Ley N.º 28457 que estableció un procedimiento especial para la pretensión de reclamación de la paternidad extramatrimonial solo cuando se invoca el inciso 6 del artículo 402 del Código Civil, referido a la acreditación del vínculo parental a través de la prueba de ADN, precisa que tal regulación, «no es aplicable respecto del hijo de mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad».

Para resolver el caso de hijo de mujer casada, nosotros sostenemos que se aplicará la evidencia biológica de la paternidad extramatrimonial, en la medida que el interés superior del niño sea el criterio que va a determinar, si el presupuesto biológico debe prevalecer en contra de una identidad filiatoria que no corresponde.

Recordemos que el propio artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece la frase “en la medida de lo posible”; lo que implica que contamos con una concepción restringida para la investigación de la filiación, cuando resulta contraria a la dignidad humana. Esto significa que, si el niño pudiera resultar dañado emocionalmente por conocer la identidad de sus padres, no se le debería proporcionar dicha información. Si bien es cierto que el derecho del niño a conocer a sus padres constituye un derecho fundamental de la niñez que se basa en el desarrollo de su personalidad, debe tenerse en cuenta su interés superior.

4.3. Modificación del artículo 361 del Código Civil respecto de la presunción de paternidad

Se acaban de modificar cinco artículos del Código Civil y se ha derogado otro. Todo ello conforme a lo dispuesto por la Ley que fortalece la protección integral de niñas, niños y adolescentes, Decreto Legislativo N° 1377, publicada el viernes 24 de agosto de 2018 en el diario oficial El Peruano.

Los artículos modificados en cuestión son los siguientes: 46, 361, 362, 396 y 402 inc. 6. Asimismo, ha quedado derogado el artículo 404.

4.3.1. Con su sola declaración, la madre puede destruir la presunción de paternidad matrimonial.

Este es, sin duda, el cambio más importante. Se sigue reputando que el hijo o hija nacido/a durante el matrimonio (o dentro de los 300 días calendario siguientes a su disolución) tiene como padre al marido de la madre. Pero ahora se establece que dicha presunción quedará a un lado si la madre declara expresamente lo contrario, esto es, si la progenitora afirma que su esposo no es padre del menor.

Así, el art 362 del Código Civil, que regula la presunción de filiación matrimonial, ahora señala que "el hijo o hija se presume matrimonial, salvo que la madre declare expresamente que no es del marido". Igualmente, el art. 361 refiere que "el hijo o hija nacido/a durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días calendario siguientes a su disolución tiene como padre al marido, salvo que la madre declare expresamente lo contrario".

4.3.2. El verdadero padre podrá reconocer al menor sin necesidad de un proceso judicial

El texto original del artículo 396 del Código Civil señalaba que el hijo de mujer casada no podía ser reconocido por el verdadero padre, sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable. Esta regla también ha cambiado radicalmente. Ahora el progenitor podrá hacer directamente el reconocimiento, bastando para ello que la madre haya declarado expresamente que el menor no es de su marido.

Así, el artículo 396 ahora establece lo siguiente: "El hijo o hija de mujer casada puede ser reconocido por su progenitor cuando la madre haya declarado expresamente que no es de su marido. Este reconocimiento se puede realizar durante la inscripción del nacimiento cuando la madre y el progenitor acuden al registro civil, o con posterioridad a la inscripción realizada solo por la madre, cuando esta haya declarado quién es el progenitor. Procede también cuando el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable".

4.3.3. La prueba de ADN acreditará la filiación incluso si el marido de la madre no hubiese negado la paternidad.

El anterior texto del inc. 6 del art. 402 del Código Civil establecía que se podría acreditar el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas. Pero señalaba que esta regla no era aplicable en los casos de hijo de mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.

Esto también ha cambiado. Ya no existe esa limitación, por lo que la prueba de ADN acreditará la filiación sin importar que el marido haya negado la paternidad.

Así, el nuevo texto de este inciso ahora establece que "la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: (...) 6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo o hija a través de la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. El juez desestimarás las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza".

4.3.4. Ahora sí procede la declaración judicial de paternidad del hijo de mujer casada.

El artículo 404 del Código Civil establecía que si la madre estaba casada en la época de la concepción, solo podía admitirse la acción de declaración judicial de paternidad del hijo de madre casada en el caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable. Esta regla ya no existe más en nuestra legislación, al quedar derogado dicho artículo.

Con ello, ahora sí procederá la declaración judicial de paternidad de hijo de mujer casada sin necesidad que el marido haya contestado la paternidad.

En este sentido, ha sido modificado el artículo 361° sobre la presunción de paternidad. Si bien se presume que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días calendario siguientes a su disolución tiene como

padre al marido, no obstante, se ha incorporado una excepción: la declaración expresa de la madre en el sentido de que su marido no es en realidad el padre de su hijo. En esta misma línea, el artículo 362° incide sobre la presunción de paternidad aplicable a los hijos matrimoniales, salvo la declaración expresa de la madre de que el marido no es el padre de su hijo.

Ante este nuevo escenario legislativo, señala Andalucía Torres Flor¹⁰⁸ ¿estas modificaciones realmente garantizan el derecho a la identidad y al nombre de las niñas, niños y adolescentes? Lo primero que hay que recalcar es que todas las modificaciones -salvo la del artículo 46°-, giran en torno a la determinación de la filiación del hijo de mujer casada. En este sentido, la filiación del hijo matrimonial ha estado siempre resguardada por la presunción de paternidad, conforme a la cual se presume que los hijos de la mujer casada tienen por padre al marido, consecuencia lógica del deber de fidelidad que se supone la mujer guarda a su marido, así como de la relación con mutua disponibilidad sexual que el matrimonio implica.

Sin embargo, con las nuevas reglas de determinación de la filiación matrimonial, bastaría la mera declaración expresa de la madre para destruir la presunción de paternidad, lo que nos lleva a identificar los siguientes problemas:

1) La falta de previsión de un plazo para que la madre declare que su hijo no tiene como progenitor a su marido, ya que si se determina la filiación a favor de este último, se activan el entramado de derechos y obligaciones que la patria

¹⁰⁸ ANDALUCÍA TORRES, Flor (2018). “La presunción de la paternidad matrimonial: Breve análisis de las modificatorias introducidas por el Decreto Legislativo N° 1377”. En: <https://ucsp.edu.pe/saladeprensa/articulos> de la Universidad San Pablo., 19/09/2018.

potestad implica, además del respectivo vínculo afectivo que generará el marido con el niño(a) que cree su hijo, y si luego la madre declara que el verdadero progenitor es un tercero, se generaría una situación que claramente puede afectar la formación de la identidad filiatoria del menor.

2) La posibilidad de que el marido demande a la madre y al verdadero progenitor el pago de una indemnización por daño moral, derivado de la atribución de una falsa paternidad.

3) La falta de determinación de la filiación de los hijos matrimoniales en aquellos casos en los que la madre hubiese expresado que su marido no es el padre y el verdadero progenitor no haga un reconocimiento voluntario de paternidad.

4) La falta de determinación de la obligación alimentaria respecto de aquellos hijos matrimoniales cuya madre haya declarado expresamente que su marido no es el padre y cuyo verdadero progenitor no pretende reconocerlos voluntariamente.

5) Asimismo, las modificaciones introducidas siguen sin resolver el problema sobre la determinación de la filiación del hijo de mujer casada concebido mediante técnicas de reproducción asistida heteróloga (con gametos de donante anónimo) pero sin consentimiento del marido, al cual se le aplica indefectiblemente la presunción de paternidad.

En este sentido, consideramos que las modificaciones introducidas en el Decreto Legislativo podrían generar efectos totalmente contrarios a la finalidad del legislador: garantizar el derecho a la identidad y al nombre de niñas niños y

adolescentes, siendo estos últimos perjudicados por el cambio de normativa. En este sentido, las modificaciones que se analizan abren la puerta a importantes problemas jurídicos cuya solución se hallará, probablemente, en los tribunales – con la consecuente sobrecarga de demandas judiciales en torno a estas cuestiones– así como en la doctrina, que seguramente tendrá mucho que decir al respecto.

4.4. La unión de hecho y el principio de igualdad

Sin ánimo de realizar un análisis exhaustivo de este principio, consideramos oportuno mencionar algunos datos generales que sirvan para centrar el tema. Aunque el derecho a la igualdad de los peruanos aparece recogido en el artículo 2.2 de la Constitución Política, este artículo se debe conectar con los artículos 43 y 44 de nuestro Texto Fundamental. Como es bien sabido el artículo 43 de la Constitución establece que el Perú se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. El principio de igualdad se puede estudiar como valor recogido en el artículo 2.2 de nuestro Texto Fundamental. En cuanto que valor superior podemos considerar está recogido en nuestra Constitución en el artículo 44.

El Tribunal Constitucional¹⁰⁹, con relación al artículo 43 de la Constitución, ha declarado que es un precepto que compromete la acción de los poderes públicos, a fin de que pueda alcanzarse la igualdad sustancial entre los individuos, con independencia de su situación social. Unificar un concepto

¹⁰⁹ Cfr. STC Exp. N° 0001-2018-PI/TC

doctrinal sobre igualdad es tarea ardua y compleja, que excede el interés de este trabajo, pues nos encontramos con distintas definiciones.

Pérez Luño entiende que la igualdad ha sido una de las categorías más invocadas y utilizadas en nuestra incipiente experiencia jurídico constitucional¹¹⁰. El término igualdad se caracteriza, entre otros rasgos, por ser de difícil delimitación¹¹¹, excesivamente vago¹¹² e incompleto¹¹³. El Tribunal Constitucional ha reconocido que el principio de igualdad no tiene que implicar necesariamente que se encuentre prohibida la existencia de situaciones desiguales, siempre que éstas se encuentren justificadas. Como reconoció desde el principio el Tribunal Constitucional, no es suficiente con que la norma establezca una desigualdad, sino que ésta debe ser irrazonable, no justificada objetivamente¹¹⁴.

4.4.1. Las Uniones de Hecho

Pero los supuestos susceptibles de análisis relativos a la familia no se agotan con los ya expuestos. En todo caso subsiste, a efectos civiles, la duda respecto de las uniones de hecho y su adecuación al principio de igualdad en relación con la regulación de los derechos de los miembros del matrimonio. No podemos desconocer las consecuencias que de estas uniones se pueden derivar para sus integrantes en diversos ámbitos como en orden a la seguridad social y las

¹¹⁰ Cfr. PEREZ LUÑO, Antonio (1987): "Sobre la igualdad en la Constitución española", Anuario de Filosofía del Derecho, IV. Madrid, p. 36

¹¹¹ DURÁN Y LALAGUNA, Pedro (1994): «*Notas sobre la igualdad*» en Anuario de Filosofía del Derecho XI, Madrid, p.233.

¹¹² GUISÁN SEIJAS, Esperanza (1987): «*Igualdad, imparcialidad y bienestar en la ética contemporánea*» en Anuario de Filosofía del Derecho, Tomo IV, Madrid, p.10.

¹¹³ MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio (1991): «*El principio de igualdad y la producción de diferencias en el derecho*», en AAVV El principio de igualdad en la Constitución española, IX Jornadas de Estudio del Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica, de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, del Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 539 y ss.

¹¹⁴ Cfr. STC Exp. N° 02835-2010-PA/TC

pensiones, fiscalidad, empleo y en su caso prestaciones por desempleo, en cuestiones relativas a la educación, en arrendamientos, etc.

Es cierto que se ha de formular una advertencia respecto a su regulación atendiendo a la existencia de un ordenamiento foral propio en el territorio en consideración o el régimen común del Código Civil. Será a éste último al que atenderemos en estas páginas si bien indicando que las leyes autonómicas que han contemplado su regulación, han incluido entre los requisitos para la consideración de las mismas por la administración, la existencia de convivencia efectiva durante un tiempo determinado, la inscripción en el registro de las uniones de hecho creadas por la respectiva ley autonómica de su normación, la existencia de la declaración formulada para dejar constancia de su constitución e incluso, en algún caso, la existencia de hijos habidos durante la convivencia.

Con apoyo en la jurisprudencia del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional podemos caracterizar las uniones de hecho como una realidad social que reúne entre otros los siguientes requisitos: «constitución voluntaria, estabilidad, permanencia en el tiempo, con apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial»¹¹⁵. Pues bien, esta realidad social ha sido merecedora de reconocimiento como una modalidad de familia, aunque sin equivalencia con el matrimonio, por lo que no cabe trasponerle el régimen jurídico de éste, salvo en algunos aspectos, aunque el hecho de operar sus integrantes fuera del matrimonio no implica que la existencia de éstas o su ruptura no tengan importantes consecuencias jurídicas.

¹¹⁵ Cfr. STC Exp. N° 06572-2006-PA/TC y el Exp. N° 09708-2006-PA/TC

Son diversas las cuestiones que pueden resultar polémicas respecto de las consecuencias jurídicas de las uniones de hecho; desde la exigencia de formalidad para determinar su existencia a través del requisito de su inscripción en el registro autonómico consiguiente, hasta la disparidad normativa de su regulación, que se ve afectada por la existencia de normativa foral propia en algunos casos y, sin duda, por la ausencia de legislación estatal sobre las parejas de hecho.

4.4.2. La igualdad ante la ley

Es claro que ante la realidad social que supone hoy en día las uniones de hecho, éstas deben gozar de protección jurídica y evitar en todo caso situaciones de desigualdad o discriminación. En este sentido hemos de detenernos brevemente en el análisis de sendas cuestiones de inconstitucionalidad que ha resuelto el TC relativas a la existencia de vulneración de la igualdad a la luz de la regulación de la pensión de viudedad entre los integrantes de una pareja de hecho.

Comienza el TC por recordar que el legislador dispone de un amplio margen de libertad a la hora de llevar a cabo la configuración del sistema de la Seguridad Social y reiterando su doctrina se recuerda que «habrá de ser, en su caso, el legislador quien decida proceder a dicha extensión, con los requisitos y en los términos que se consideren pertinentes, y en el marco de una nueva y coherente ordenación de la citada pensión singularmente si la convivencia establece sin vínculo matrimonial se instalara como una practica social extendida».

Por tanto, para la resolución de esta cuestión compete al Alto Tribunal resolver si la diferencia de trato que se deriva del precepto analizado que establece entre parejas de hecho con hijos en común y parejas de hecho que no hayan tenido hijos comunes, «responde a una finalidad objetivamente justificada, razonable y proporcionada».

Pues bien, considera el Tribunal que lo determinante de este precepto para el legislador no es otra cuestión que la pareja de hecho haya tenido descendencia en común, lo que constituye una directa vulneración del principio de igualdad ante la ley ya que «la diferencia de trato que se establece por la norma cuestionada entre parejas de hecho, en razón a que hubieran tenido o no hijos en común, no sólo no obedece, (...) a ninguna razón objetivamente justificada (...) sino que conduce además a un resultado desproporcionado, al impedir injustificadamente a determinados supérsites de parejas de hecho el acceso a la protección dispensada mediante dicha pensión, por ser de imposible cumplimiento (por razones biológicas o jurídicas) la exigencia de haber tenidos hijos comunes».

4.5. Validación de las hipótesis

La hipótesis formulada en la investigación fue: “La no inclusión y reconocimiento de la presunción legal de paternidad en la unión de hecho resulta discriminatoria y atenta la vigencia del principio de igualdad de los niños excluidos de la presunción normativa, donde el Estado está en la obligación irrefutable de proteger a los niños, atendiendo su situación de vulnerabilidad; donde la protección de sus derechos fundamentales no puede distinguir la familia

a la cual pertenezca”: la cual ha quedado validada en base a los siguientes fundamentos:

a) La unión de hecho es reconocida como una fuente generadora de la familia por el principio de amparo a las uniones de hecho establecido en el artículo 5 de la Constitución Política de 1993, situación que se ve reflejada en los planes nacionales sobre niñez y familia y leyes especiales. La Constitución Política del Perú reconoce a la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial que forman un hogar de hecho, dando lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de una sociedad de gananciales, en cuanto le sea aplicable.

b) Nuestro constituyente consideró que era necesaria la incorporación de la teoría de la apariencia del estado matrimonial para otorgarle efectos patrimoniales a las uniones de hecho; es decir, los convivientes tendrían que cumplir con el requisito de no tener impedimento matrimonial y que hayan convivido por un período permanente e ininterrumpido, siempre que cumplan fines y deberes semejantes al matrimonio, como el hacer vida en común, el respeto a la fidelidad y la asistencia recíproca.

El modelo peruano de la unión de hecho comprende la convivencia voluntariamente realizada por un varón y una mujer de por lo menos dos años continuos, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar las finalidades y cumplir deberes semejantes al matrimonio. Los convivientes cuentan con derechos y deberes extrapatrimoniales como el deber de fidelidad y el deber de cohabitación.

En el caso del deber de fidelidad, derivado de la característica de la singularidad de la unión de hecho, los jueces nacionales no han reconocido los casos de convivencias simultáneas, cuando el conviviente mantiene una duplicidad convivencial. Pero, debido al incremento de las uniones de hecho paralelas en nuestro país, el Pleno Jurisdiccional Distrital de Familia del año judicial 2013 abordó el tema de las uniones de hecho simultáneas.

La interrogante consistía en: «Si dos o más personas solicitan judicialmente el reconocimiento de uniones de hecho simultáneas o paralelas con la misma persona del sexo opuesto, ¿a cuál de ellas debe reconocerse dicha situación jurídica? Obtuvo mayor votación la segunda ponencia que estableció que tratándose de uniones de hecho simultáneas o paralelas con una persona del sexo opuesto, si bien en aquellos casos se encuentra ausente el elemento de la singularidad, se debe reconocer la unión de hecho de la accionante que actuó conforme al principio de la buena fe.

c) La circunstancia de la maternidad modifica las reglas generales comprendiendo para este caso a la unión de hecho con y sin impedimentos legales para contraer matrimonio. Si el padre ha reconocido al hijo, la madre tendrá derecho a alimentos durante los sesenta días anteriores y los sesenta días posteriores al parto, así como al pago de los gastos ocasionados por este y por el embarazo. Sin embargo, el hijo del conviviente es considerado hijo extramatrimonial porque no goza de la presunción *pater is*, que tiene el hijo matrimonial.

En el matrimonio se presume que son hijos matrimoniales los nacidos durante la vida matrimonial y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la fecha de la expiración del vínculo matrimonial. En cambio, en la unión de hecho, no se presume que es hijo del padre conviviente, por efecto de la unión de hecho sostenida.

De tal manera, que, si el padre no lo reconoce voluntariamente ante el Registro Civil, ya sea por escritura pública o por testamento, se le tendrá que demandar judicialmente para determinar la filiación. En tanto no sea reconocido el hijo del conviviente, tendrá la vocación de hijo alimentista.

d) Nuestro Código Civil, establece para el caso de la filiación matrimonial lo siguiente: Son hijos matrimoniales los concebidos y nacidos dentro del matrimonio. Así también, los concebidos fuera pero nacidos dentro del matrimonio (luego de los 180 días de su celebración) y los concebidos dentro y nacidos fuera (dentro de los 300 días de la disolución).

Como bien sabemos, la filiación matrimonial se prueba con las partidas de nacimiento del hijo y de matrimonio de los padres. A falta de estas pruebas, la filiación matrimonial queda acreditada por sentencia recaída en juicio en que se haya demostrado la posesión constante del estado o por cualquier medio siempre que exista un principio de prueba escrita que provenga de uno de los padres (artículo 375°).

e) En este orden de razonamiento, tenemos que el artículo 4° de la Constitución Política del Perú reconoce a la familia como un instituto natural

y fundamental de la sociedad, en atención a lo cual obliga al Estado y a la comunidad a prestarle protección. Por su parte, el artículo 16° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil tienen derecho -sin restricción motivada en la raza, nacionalidad o religión- a casarse y a fundar una familia, agregando que esta es un elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que "tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".

En este sentido, el Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 23° que la 'familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad', debiendo ser protegida de las posibles injerencias lesivas del Estado y la sociedad. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) dispone en su artículo 17° que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado", e indica que el derecho a fundar familia se ejercerá siempre que se cumplan con las condiciones requeridas para ello. de acuerdo con las leyes internas que regulan la materia.

e) En atención al marco normativo expuesto, la tutela de la familia implica protegerla de posibles daños y amenazas. provenientes no sólo del Estado sino también de la comunidad y de los particulares. Tal facultad ha sido reconocida por tratados internacionales de derechos humanos referidos precedentemente los que han pasado a formar parte del derecho nacional, de conformidad con el artículo 55° de la Constitución Política del Perú.

Si atendemos, desde una perspectiva constitucional, que la familia se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos cambios sociales, esta protección a la que hemos hecho referencia, debe ser vista a partir de la protección de los derechos e intereses de cada uno de los miembros que la conforman, y no sólo en conjunto.

f) Si bien bajo la presunción de naturaleza romanista: *pater is est quem nuptiae demonstrant*, según la cual el hijo tenido por mujer casada se reputa hijo del marido, nuestro ordenamiento jurídico regula la filiación matrimonial haciendo denotar que quienes figuran ante la ley como padres de un hijo, lo son en la realidad natural, por lo que resulta necesario determinar si se requiere la reforma de nuestra norma sustantiva que acoge dicha presunción, a fin de brindar una mejor protección de los derechos del menor de edad, como parte integrante de la familia.

Lo expuesto se sustenta en las disposiciones contenidas en el artículo 8º1 del Código de los Niños y Adolescentes, el cual si bien establece que: "El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia": más adelante nos precisa que: "El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos".

g) Ante la complejidad de las relaciones procreativas y el contexto social en el que vivimos, existe la necesidad de tomar acciones dirigidas a salvaguardar el derecho a la identidad del menor de edad, derecho que involucra otros derechos como el del nombre y la filiación, entre otros; así como atender

la preocupación que el registro del estado civil contenga información que concuerde con la realidad biológica del menor de edad, sin menoscabo con otros derechos de la infancia, en mérito de lo cual consideramos debe plantearse una propuesta modificatoria del Código Civil, sin incurrir en la desprotección del menor de edad al sustraerlo de su familia legal:

g.1) En la jurisprudencia romana prevalece la máxima: "*infans conceptus pro natu habetur, quoties de commodis ejus agitur*" ("el niño concebido se tiene por nacido, en tanto se trate de su conveniencia") que sustenta la denominada teoría ecléctica, según la cual el nacimiento es el punto de partida de la personalidad, pero se reconoce, por una ficción, derechos al nasciturus, los cuales sólo por el nacimiento pueden convertirse en derechos definitivos. Esta ficción legal actúa como reserva o garantía de derechos con un valor general, comprensivo de los casos que no están expresamente contemplados, quedando irrevocablemente adquiridos si el concebido naciere con vida.

g.2.) Este presupuesto del nacimiento con vida actúa como condición suspensiva, en consecuencia producido con éxito el hecho vital del nacimiento, esto es, manteniéndose con vida el hijo una vez separado totalmente de la madre, los efectos se proyectan retroactivamente hacia la fecha del acto jurídico que creó el derecho.

h) En mérito de lo expuesto, en el marco jurídico nacional encontramos las disposiciones siguientes:

- La Constitución Política del Perú en el segundo párrafo del inciso 1 del artículo 2º establece lo siguiente: *"El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece"*

- El Código Civil en su artículo 1º relativo al principio de la persona y de la vida humana, guarda concordancia con la norma constitucional bajo el texto siguiente: *"La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. la vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo"*.

El Código Civil vigente considera al concebido como sujeto de derecho privilegiado puesto que sólo lo es "para todo cuanto le favorezca", en consecuencia al estar el concebido genéticamente diferenciado tiene derechos patrimoniales y extra patrimoniales, éstos últimos no sujetos a condición alguna. Complementariamente si bien el artículo 1º del Código Civil señala expresamente sólo derechos patrimoniales; al establecer como atribuibles al concebido los derechos que son favorables a su titular, comprende por consiguiente a los derechos extra patrimoniales dado que éstos, por su naturaleza, no requieren que el legislador los conceda expresamente.

Al respecto, debemos entender que el concebido al ser considerado como un sujeto de derecho privilegiado se le reconoce por ley como sujeto de derecho en la situación favorable de su reconocimiento.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la categoría de hijo se adquiere desde el momento de la concepción, no obstante la situación jurídica establecida en el Código sustantivo de "matrimonial" o "extramatrimonial" se obtiene a partir del nacimiento, por ello la presunción, prevista en el artículo 361 ° del Código Civil, al referirse al nacido durante el matrimonio, no alcanzaría al concebido al momento en el que fuera reconocido por el padre biológico, ni a éste le alcanzaría la imposibilidad a que se refiere el artículo 396° del mismo cuerpo legal, en esa época.

i) 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 consagrado¹¹⁶.

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 motivo¹¹⁷.

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

¹¹⁶ CRUZ VEGAS, Rubén Alfredo “*a quién le importa... si yo me caso*”, ob. Cit., pág. 88

¹¹⁷ Ibidem.

igualdad, habrá dominación y sumisión, no la libertad”¹¹⁸. 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”¹¹⁹. Por cierto, esta es la misma línea de pensamiento adoptada por Santo Tomás de Aquino quien sostiene que la justicia coincide exactamente con la igualdad¹²⁰.

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 situaciones¹²¹.

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 inconstitucional¹²².

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

¹¹⁸ DIAS, María Berenice (2010). *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 VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique “Legalidad de Matrimonio entre personas del mismo sexo en el Perú”. En: Gaceta Constitucional, Tomo 32, Agosto, Editorial Gaceta jurídica, Lima, p. 31.

¹¹⁹ PERELMAN, Chaimapud GARCIA, María da Gloria (2005). *Estudios sobre o principio da igualdade*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 29. Citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique “Legalidad de Matrimonio entre personas del mismo sexo en el Perú”. En Gaceta Constitucional (2010) Tomo 32, Agosto, Editorial Gaceta jurídica, Lima, p. 31.

¹²⁰ Ibidem, p. 31.

¹²¹ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique “Legalidad de Matrimonio entre personas del mismo sexo en el Perú”, ob. cit., p. 31

¹²² Ibidem.

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*.

j) 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 tanto 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 puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana" [Opinión Consultiva N° 4/84]. La igualdad jurídica presupone pues, 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].

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 : “[...]La igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2° 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.

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 proscribiera 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).

CONCLUSIONES

1. Del estudio realizado se puede concluir que el derecho a la igualdad que se persigue proteger con la presunción de paternidad en la unión de hecho, ya que afecta el contenido de la igualdad ante la ley de los hijos extramatrimoniales provenientes de familias diferentes a la unión que se encuentren en situaciones fácticas similares y de los que aun perteneciendo a ella también fueron excluidos.
2. Se deduce que resulta discriminatoria la no inclusión si se tiene en cuenta que el principio de prevalencia e interés superior agregan un plus a favor del principio de igualdad de los niños excluidos de la presunción normativa.
3. El principio de igualdad, constituye la justificación 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.
4. El Estado, la sociedad y la familia están en la obligación irrefutable de proteger a los niños y esta protección debe ser globalizante para los casos similares, no se debe proteger a algunos y de paso desatender a los otros, por cuanto equivaldría a regresar al paradigma del Estado proteccionista que subvaloraba a algunos “menores”, y sólo los protegía cuando se encontraran en situaciones de irregularidad. En el Estado Social de Derecho que se pregona en la Carta Política se mira al niño como sujeto de derecho que debe ser protegido atendiendo su situación de vulnerabilidad; la protección de sus

derechos fundamentales no puede distinguir la familia a la cual pertenezca por muy altruista que aparezca la intención del legislador.

5. La unión de hecho genera efectos jurídicos en cuanto a las relaciones extramatrimoniales duraderas y estables, por lo que su situación jurídica es casi igual a la del matrimonio, y por tanto existe igualdad de derechos entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales legalmente reconocidos, y de este modo aparece en nuestra legislación la unión de hecho con iguales derechos y obligaciones de quienes viven bajo el régimen de matrimonio.
6. La constitucionalización del derecho de familia ofrece una nueva interpretación e integración de los nuevos institutos que contiene el Código Civil, tomando como base el principio de la interpretación constitucional: “La interpretación conforme a la Constitución”, para realizar una interpretación constitucional del Código Civil.

RECOMENDACIONES

1. Deben explorarse nuevas formas de interpretar las normas en los cuales se abra cabida a una armonización de la subsunción tradicional con la principialística del derecho constitucional que sirva de contrapeso al afán del legislador de formalizar las situaciones fácticas de manera sesgada, como ocurre en el caso de la unión marital de hecho, que surgió como unión libre y hoy es más complicada en su aplicación que el mismo matrimonio, con lo cual termina excluyendo injustamente a otras personas.
2. Las desigualdades de trato surgen porque simplemente el legislador utiliza la analogía partiendo del modelo matrimonial ya existente en la ley, cuando el modelo no debe ser conceptual legalista sino extraído del programa constitucional de la Carta Política, que si bien autoriza la conformación de dos clases de familia, matrimonial y por vínculos naturales, es una norma abierta que permite a los ciudadanos construir diversas clases de familia de acuerdo con las circunstancias en que se encuentren las personas en el ejercicio del libre desarrollo de su personalidad. Queda entonces abierto el debate para reconsiderar la doctrina según la cual solamente cuando esté consolidado el estado civil de hijo extramatrimonial de un niño es cuando se puede predicar el principio de igualdad frente al hijo de origen matrimonial, dado que la mayoría de los derechos de los niños son fundamentales y de aplicación inmediata.
3. La realidad imperiosa de las uniones de hecho en nuestra sociedad exige que se requieran una necesaria actualización, creando así presunciones específicas y plurales a los efectos de establecer y garantizar seguridad jurídica para

todos los modelos de familia que hoy en día surgen en la sociedad, garantizando así acciones de familia específicas a los efectos de emplazar y desplazar los vínculos familiares que dichas presunciones establezcan.

4. Agréguese en el artículo 361 del Código Civil lo siguiente: “En el caso del concubinato de la madre con el presunto padre durante la época de la concepción hará presumir su paternidad, salvo prueba en contrario y que se considera la mera presunción de la unión de hecho aun cuando uno de los convivientes hubiese fallecido antes a de legalizar la misma.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ANDALUCÍA TORRES, Flor (2018). “*La presunción de la paternidad matrimonial: Breve análisis de las modificatorias introducidas por el Decreto Legislativo N° 1377*”. En: <https://ucsp.edu.pe/saladeprensa/articulos> de la Universidad San Pablo., 19/09/2018.
2. ARCOS TORRES, Luis Miguel (1999). *Diccionario de Derecho Civil*, Editorial Comares, Barcelona.
3. BAYEFISKY, Anne (1990) “*El Principio de Igualdad o no discriminación en el derecho internacional*”. Título original: ”The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, publicado en *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, N° 1-2.
4. BELTRAN PACHECO, Patricia Janet (2009) “*Dad a cada quien lo que le corresponde*”. En *Dialogo con la Jurisprudencia* N°129, junio, Lima.
5. BELLUCIO AUGUSTO, Cesar (2014). *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>.
6. BERNAL PULIDO, Carlos (2005). *El derecho de los derechos*. Universidad Externado, Bogotá.
7. BOBBIO, Norberto (1993). *Igualdad y libertad*. Ediciones Paidós. ICE de la Universidad Autónoma de Barcelona. Buenos Aires – Barcelona.
8. BRIONES, Guillermo (1986). *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*, Editorial Trillas, México.

9. CALDERÓN BELTRAK Javier. *Uniones de Hecho en el Perú*.
<http://escribiendoderccho.blogspot.com/2008/04/uniones-de-hecho-en-el-per.html>.
10. CALDERÓN BELTRAK, Javier. *Uniones de Hecho en el Perú*. En:
<http://escribiendoderccho.blogspot.com/2008/04/uniones-de-hecho-en-el-per.html>.
11. CARBONELL, Miguel (2005). “*El Neoconstitucionalismo en su Laberinto*”
en: Teoría del Neoconstitucionalismo, edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta, Madrid.
12. CARBONELL, Miguel (2005). “*El nuevo tiempo para el Constitucionalismo*”, en Neoconstitucionalismo (s), edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta, Madrid.
13. CARREON ROMERO, Francisco. *Un nuevo matrimonio en el Perú*,
www.gacetajuridica.com.pe/informes/comentarios_b/diciembre_05/comentari oa, 14 de Agosto 2009.
14. CASTRO AVILÉS, Evelia Fátima (2014). *Análisis legal y Jurisprudencial de la unión de hecho*. Fondo Editorial de la AMAG, Lima.
15. CASTRO AVILÉS, Evelia Fátima (2014). *Análisis legal y Jurisprudencial de la unión de hecho*. Fondo Editorial de la AMAG, Lima.
16. CASTRO AVILES, Fátima Evelia y otros (sfe.). *Taller de Derecho de Familia*,
http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Taller_de_Derecho_de_Familia.pdf

17. CORNEJO CHAVEZ, Héctor. (1999) *Derecho Familiar Sociedad Conyugal. Sociedad Paterno Filial. Amparo familiar del incapaz*. Ediciones. Gaceta Jurídica Editores, Lima.
18. CORNEJO FAVA, María Teresa (2000). *Matrimonio y Familia. Su tratamiento en el Derecho*, Tercer Milenio S.A., Lima.
19. 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>.
20. COSTA CARHUAVILCA, Erickson Aldo “¿El Concubinato puede derivar derechos sucesorios?”, en sitio WEB <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2287/21.pdf>.
21. COSTA CARHUAVILCA, Erickson Aldo “¿El Concubinato puede derivar derechos sucesorios?”, en sitio WEB <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2287/21.pdf>.
22. DE OTTO, Ignacio (1987). *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Editorial Ariel, Barcelona.
23. DURÁN Y LALAGUNA, Pedro (1994): «*Notas sobre la igualdad*» en Anuario de Filosofía del Derecho XI, Madrid.
24. FERNÁNDEZ ARCE, César y BUSTAMENTE OYAGUE, Emilia (2000) “*La unión de hecho en el código civil peruano de 1984*” En: Revista Derecho y Sociedad N° 15, PUCP, Lima.
25. FERNÁNDEZ REVOREDO, Marisol (s.f.e.). “*La familia vista a la luz de la constitución y los derechos fundamentales: Aproximación a un análisis*”

- crítico de las instituciones familiares”* En:
revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/download/18290/18536.
26. FERRAJOLI, Luigi (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid.
27. GACETA JURÍDICA (2003). *Código Civil Comentado*. Tomo II, Primera Edición, Lima.
28. GARCÍA MORILLA, Joaquín (1991). “*La cláusula general de igualdad*”. En: AA.VV. *Derecho Constitucional*. Editorial Tecnos, Valencia.
29. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (2005). *La argumentación en el Derecho*, Editorial Palestra, Lima.
30. GUISÁN SEIJAS, Esperanza (1987): «*Igualdad, imparcialidad y bienestar en la ética contemporánea*» en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo IV, Madrid.
31. HURTADO CÁRDENAS, Eduardo de Jesús (2014). “*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>.
32. LÓPEZ MEDINA, Diego. (2006). *La interpretación constitucional*. (2ª ed.) Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá.
33. LLEDO YAGUE, Francisco y ZORRILLA RUIZ, Manuel. (1998) *Teoría General del Derecho*, Editorial Dykinson, Madrid.

34. LLEDO YAGUE, Francisco y ZORRILLA RUIZ, Manuel. (1998) *Teoría General del Derecho*, Dykinson, Madrid.
35. MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio (1991): «*El principio de igualdad y la producción de diferencias en el derecho*», en AAVV *El principio de igualdad en la Constitución española*, IX Jornadas de Estudio del Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica, de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, del Ministerio de Justicia, Madrid.
36. MONGE TALAVERA, Luz (2003): "*Presunción de la Filiación*", En: *Código Civil Comentado*, Tomo II, Editorial Gaceta Jurídica, Lima.
37. PEREZ LUÑO, Antonio (1987): "Sobre la igualdad en la Constitución española", *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV. Madrid.
38. PÉREZ LUÑO, Antonio E. (1993). *Los derechos fundamentales*. Editorial Tecnos, Madrid.
39. PETZOLD-PERNÍA, Hermann (1990). "*La igualdad como fundamento de los derechos de la persona humana*". En: *Anuario de Filosofía Jurídico Social*, N° 10, Argentina.
40. PRIETO SANCHÍS, Luis (2003). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid.
41. RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2011). *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*, Editorial Grijley, Lima.
42. REYES RÍOS, Nelson (2014), "*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, Erickson Aldo "*¿El*

- Concubinato puede derivar derechos sucesorios?*”, en sitio WEB <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2287/21.pdf>.
43. ROBLES TREJO, Luis (2014). *Guía metodológica para la elaboración de proyectos de investigación jurídica*, Editorial Ffecaat, Lima.
44. RUBIO, Francisco. “*La forma del poder*”. En: Estudios sobre la Constitución. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
45. TOLEDO MÁS, César. *Legislación Matrimonial en el Perú*. pp. 31-32. En: CASTRO AVILES, Fátima Evelia y otros. *Taller de Derecho de Familia*; En: http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Taller_de_Derecho_de_Familia.pdf
46. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2010). “*Legalidad de Matrimonio entre personas del mismo sexo en el Perú*”. En: Gaceta Constitucional, Tomo 32, Agosto, Editorial Gaceta jurídica, Lima.
47. VASQUEZ GARCIA, Yolanda. (1988) *Derecho de la Familia. Teórico-Práctico*. Tomo I. Sociedad Conyugal. Editorial RODHAS, Lima.
48. VEGA MERE, Yuri (2002). “*Consideraciones Jurídicas sobre la Unión de Hecho*”; En: revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/17232/17519.
49. VEGA MERE, Yuri (2009). “*Amor, Familia, Unión de Hecho y Relaciones Patrimoniales*”; www.personaedanno.it/cms/data/articoli/014724.aspx.
50. VEGA MERE, Yuri (2009). “*Amor. Familia. Unión de Hecho v Relaciones Patrimoniales*”. En: www.personaedanno.it/cms/data/articoli/O14724.qspk.
51. 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° 10, http://gaceta.tc.gob.pe/img_upload/2b3dbc748b6bb62663f59958d6207845/Articulo_Yuri.pdf.

52. VIGIL CURO, Clotilde Cristina (2003), “*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.
53. ZAGREBÉLSKI, Gustavo. (2006) *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. (9ª ed.) Traducción de Marina Gascón. Editorial Trotta, México.
54. ZELAYARAN DURAND, Mauro (2000). *Metodología de la investigación jurídica*. Ediciones Jurídicas, Lima.

ANEXO: MATRIZ DE CONSISTENCIA LÓGICA

TITULO: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD COMO SUSTENTO DE LA PRESUNCIÓN LEGAL DE PATERNIDAD EN LA UNIÓN DE HECHO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL PERUANO

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	ASPECTOS METODOLÓGICO
<p>Problema general</p> <p>¿Por qué el principio de igualdad constituiría el sustento para el reconocimiento de la presunción legal de paternidad en la unión de hecho en el marco del Estado constitucional peruano?</p> <p>Problemas específicos</p> <p>a. ¿Qué problemas jurídicos presenta la presunción de paternidad de los hijos</p>	<p>Objetivo general</p> <p>Determinar por qué el principio de igualdad constituiría el sustento para el reconocimiento de la presunción legal de paternidad en la unión de hecho en el marco del Estado constitucional peruano.</p> <p>Objetivos específicos</p> <p>a. Describir los problemas jurídicos que presenta la</p>	<p>La no inclusión y reconocimiento de la presunción legal de paternidad en la unión de hecho resulta discriminatoria y atenta la vigencia del principio de igualdad de los niños excluidos de la presunción normativa, donde el Estado está en la obligación irrefutable</p>	<p>V. Independiente:</p> <p>Inobservancia de la presunción de paternidad en las uniones de hecho</p> <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Nuevas formas de familia ▪ Modalidades familiares ▪ Regulación jurídica. ▪ Alcances de la presunción de paternidad 	<p>TIPO DE INVESTIGACIÓN: Dogmática</p> <p>TIPO DE DISEÑO: No Experimental</p> <p>DISEÑO GENERAL: Transversal</p> <p>DISEÑO ESPECÍFICO: Explicativa</p> <p>METODOS ESPECIFICOS: Exegético, Hermenéutico, Dogmático, Argumentación jurídica.</p> <p>UNIDAD DE ANALISIS:</p> <p>Estará será DOCUMENTAL conformada por la Doctrina, Normatividad y jurisprudencia.</p>

<p>matrimoniales y extramatrimoniales en relación a los principios constitucionales y específicamente al principio de igualdad en el marco del Estado constitucional peruano?</p> <p>b. ¿Por qué la inobservancia de la presunción de paternidad en las uniones de hecho vulnera el principio-derecho de la igualdad reconocido por el Estado Constitucional peruano?</p> <p>c. ¿Cuáles serían los criterios jurídicos para justificar la aplicación del principio de igualdad en la presunción legal de paternidad en las uniones de hecho en la legislación civil peruana?</p>	<p>presunción de paternidad de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales en relación a los principios constitucionales y específicamente al principio de igualdad en el marco del Estado constitucional peruano,</p> <p>b. Explicar por qué la inobservancia de la presunción de paternidad en las uniones de hecho vulnera el principio-derecho de la igualdad reconocido por el Estado Constitucional peruano.</p> <p>c. Establecer los criterios jurídicos para justificar la aplicación del principio de igualdad en la presunción legal de paternidad en las uniones de hecho en la</p>	<p>de proteger a los niños, atendiendo su situación de vulnerabilidad; donde la protección de sus derechos fundamentales no puede distinguir la familia a la cual pertenezca.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ La unión de hecho, ▪ Derechos de los menores ▪ Filiación ▪ Legislación civil <p>V. Dependiente:</p> <p>Principio de igualdad</p> <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Constitucionalización del OJ ▪ Constitucionalización del derecho civil ▪ Constitucionalización del derecho de familia ▪ Principios constitucionales ▪ Principios de igualdad ▪ Igualdad formal y material ▪ Fines del Estado constitucional 	<p>INSTRUMENTO(S) DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN</p> <p>Recojo de información: Técnica documental Instrumentos: Fichas y la ficha de análisis de contenido</p> <p>PLAN DE RECOLECCIÓN, PROCESAMIENTO Y ANALISIS</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ 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 categorías. ▪ Análisis y evaluación de la información. ▪ Sistematización de la información ▪ Para el análisis de la información se empleará la técnica de análisis cualitativo: Triangulación de teorías. <p>VALIDACIÓN DE LA HIPOTESIS:</p> <p>Método de la argumentación jurídica</p>
--	---	---	---	---

<p>d. ¿Cuál es el impacto del neoconstitucionalismo para el reconocimiento y observancia de la presunción de paternidad en las uniones de hecho en la legislación civil peruana?</p>	<p>legislación civil peruana.</p> <p>d. Analizar el impacto del neoconstitucionalismo para el reconocimiento y observancia de la presunción de paternidad en las uniones de hecho en la legislación civil peruana.</p>			
--	--	--	--	--