

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS**

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

TESIS:

**NECESIDAD DE DECONSTRUIR EL CONTENIDO DEL PRINCIPIO
CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA Y PROMOCIÓN
DEL MATRIMONIO COMO BASE DEL ORDEN PÚBLICO FAMILIAR
PERUANO**

Para optar el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

Presentada por:

M.Cs. SANDRA VERONIKA MANRIQUE URTEAGA

Asesor:

Dr. NIXON JAVIER CASTILLO MONTOYA

Cajamarca – Perú

2020

COPYRIGHT © 2020
SANDRA VERONIKA MANRIQUE URTEAGA
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS**

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

TESIS APROBADA:

**NECESIDAD DE DECONSTRUIR EL CONTENIDO DEL PRINCIPIO
CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA Y PROMOCIÓN
DEL MATRIMONIO COMO BASE DEL ORDEN PÚBLICO FAMILIAR
PERUANO**

Para optar el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

Presentada por:

M.Cs. SANDRA VERONIKA MANRIQUE URTEAGA

JURADO EVALUADOR

Dr. Nixon Javier Castillo Montoya
Asesor

Dr. Joel Romero Mendoza
Jurado Evaluador

Dr. Glen Joe Serrano Medina
Jurado Evaluador

Dr. Omar Nathanael Álvarez Villanueva
Jurado Evaluador

Cajamarca - Perú

2020



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO Nº 080-2018-SUNEDU/CD
Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU



PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

MENCIÓN: DERECHO

Siendo las 18:30 horas, del día 10 de enero del año dos mil veinte, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por Dr. JOEL ROMERO MENDOZA, Dr. GLENN JOE SERRANO MEDINA, Dr. OMAR NATHANAEL ALVAREZ VILLANUEVA y en calidad de Asesor, el Dr. NIXON JAVIER CASTILLO MONTOYA Actuando de conformidad con el Reglamento Interno de la Escuela de Posgrado y el Reglamento del Programa de Doctorado de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se inició la SUSTENTACIÓN de la tesis titulada: **NECESIDAD DE DECONSTRUIR EL CONTENIDO DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA Y PROMOCIÓN DEL MATRIMONIO COMO BASE DEL ORDEN PÚBLICO FAMILIAR PERUANO**; presentada por la M.Cs. SANDRA VERÓNICA MANRIQUE URTEAGA

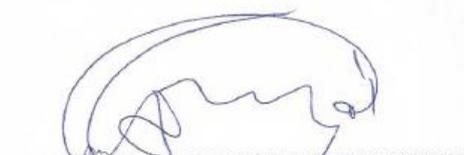
Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó ... **APROBAR** con la calificación de **DIECINUEVE (19)** la mencionada Tesis; en tal virtud, la M.Cs. SANDRA VERÓNICA MANRIQUE URTEAGA, está apta para recibir en ceremonia especial el Diploma que la acredita como **DOCTOR EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Mención **DERECHO**

Siendo las 20:20 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.


.....
Dr. Nixon Javier Castillo Montoya
Asesor


.....
Dr. Joel Romero Mendoza
Presidente Jurado Evaluador


.....
Dr. Glenn Joe Serrano Medina
Jurado Evaluador


.....
Dr. Omar Nathanael Alvarez Villanueva
Jurado Evaluador

A mis padres Marujita y Manolo, por su ternura, dedicación y esfuerzo.

A mis hijas Valeria, Vanessa y Jimena, porque su sola existencia me ha enseñado a valorar lo más importante y sublime en la vida, la Familia.

A Anibal, mi esposo, compañero y amigo, por el camino recorrido.

AGRADECIMIENTO:

A un maestro y gran amigo, el Dr. Nixon Javier Castillo Montoya, porque con su sencillez y calidad académica, motiva a quienes estamos comprometidos con la enseñanza del Derecho a ser cada día mejores.

TABLA DE CONTENIDO

Ítem	Página
DEDICATORIA.....	v
AGRADECIMIENTO.....	vi
TABLA DE CONTENIDO.....	vii
LISTA DE ILUSTRACIONES.....	x
LISTA DE ABREVIACIONES	xi
GLOSARIO.....	xii
RESUMEN	xiii
ABSTRACT	xiv
CAPITULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS	1
1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	1
1.1.1. Contextualización o problemática	1
1.1.2. Descripción del problema.....	2
1.1.3. Formulación del problema.....	9
1.2. JUSTIFICACIÓN	10
1.3. OBJETIVOS	11
1.3.1. Objetivo general.....	11
1.3.2. Objetivos específicos	12
1.4. ÁMBITO DE INVESTIGACIÓN.....	12
1.4.1. Espacial	12
1.4.2. Temporal.....	12
1.4.3. Poblacional o demográfica.....	13
1.5. TIPO DE INVESTIGACIÓN	13
1.5.1. De acuerdo al fin que se persigue	13
1.5.2. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizar	13
1.5.3. De acuerdo al diseño de investigación	13
1.5.4. De acuerdo a la tipología	15
1.6. HIPÓTESIS	15
1.7. VARIABLES	16
1.8. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN	16

1.8.1. Genérico	16
1.8.2. Propios del derecho	17
1.9. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	18
1.9.1. Técnicas de investigación.....	18
1.9.2. Instrumentos de investigación.....	18
1.10. UNIDADES DE ANÁLISIS O UNIDADES DE OBERVACIÓN.....	19
1.11. UNIVERSO, POBLACION Y MUESTRA.....	19
1.12. ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	20
CAPITULO II: MARCO TEÓRICO	21
2.1. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO	21
2.2. CONSTITUCIÓN FORMAL Y CONSTITUCIÓN MATERIAL.....	28
2.3. TEORÍAS DE INTERPRETACIÓN Y MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	29
2.3.1. Teorías de interpretación de la Constitución.....	29
2.3.2. Métodos de interpretación.....	35
2.4. TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	40
2.4.1. Concepto y naturaleza	40
2.4.2. Los derechos fundamentales como principios	41
2.4.3. Distinción entre principios, directrices y reglas	43
2.5. PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA Y PROMOCION DEL MATRIMONIO COMO DIRECTRIZ CONSTITUCIONAL	43
CAPITULO III: EL ORDEN PUBLICO FAMILIAR PERUANO, PRINCIPIOS QUE LO SUSTENTAN	50
3.1. CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO	50
3.2. PRINCIPIOS DEL ORDEN PÚBLICO FAMILIAR PERUANO	53
3.2.1. Principio de protección de la familia y promoción del matrimonio	53
3.2.2. Principio de amparo a las uniones de hecho	58
3.2.3. Principio de igualdad de derechos de los hijos	62

CAPITULO IV: LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE IGUALDAD, LIBETAD Y NO DISCRIMINACIÓN	63
4.1. PRINCIPIO DE IGUALDAD.....	63
4.2. PRINCIPIO DE LIBERTAD.....	64
4.3. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN.....	64
CAPITULO V: EL MATRIMONIO Y LAS UNIONES DE HECHO	66
5.1. MATRIMONIO	66
5.1.1. Concepto.....	66
5.1.2. Elementos estructurales del matrimonio	66
5.1.3. El régimen del matrimonio como relación	67
5.1.4. Decaimiento y disolución del matrimonio	70
5.2. UNIONES DE HECHO	72
5.2.1. Concepto.....	72
5.2.2. Clases	73
5.2.3. Requisitos para su existencia	74
5.2.4. Efectos personales y patrimoniales	75
5.3. MODIFICACIONES LEGISLATIVAS OPERADAS RESPECTO A LAS UNIONES DE HECHO Y AL MATRIMONIO ENTRE 1993 Y LA ACTUALIDAD.....	77
CAPITULO VI: CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	84
CAPITULO VII: NUEVO CONTENIDO DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA Y PROMOCIÓN DEL MATRIMONIO COMO BASE DEL ORDEN PÚBLICO FAMILIAR PERUANO	117
CONCLUSIONES	123
RECOMENDACIONES	125
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	126

LISTA DE ILUSTRACIONES

Ítem	Página
CUADRO 1: MODIFICACIONES LEGISLATIVAS UNIONES DE HECHO....	78
CUADRO 2: MODIFICACIONES LEGISLATIVAS MATRIMONIO Y DIVORCIO	81

LISTA DE ABREVIACIONES

D.S.	: Decreto Supremo
D. Leg.	: Decreto Legislativo
EXP.	: Expediente
MINJUS	: Ministerio de Justicia
RENIEC	: Registro Nacional de Identificación y Estado Civil
STC	: Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	: Tribunal Constitucional

GLOSARIO

DECONSTRUIR: Según la Real Academia de la Lengua significa deshacer analíticamente algo para darle nueva estructura. Se lleva a cabo haciendo evidentes las debilidades, contradicciones, ambigüedades de una teoría o de un discurso, permitiendo ello revisar los conceptos con la finalidad de descubrir el proceso histórico y cultural que subyace detrás de ellos. La teoría deconstructivista fue propuesta Jacques Derrida (1930-2004), y se basa en un análisis de las estructuras que componen un discurso, así se indica que cada texto puede desarticularse y tener diversas interpretaciones. Es en este sentido que debe entenderse el término utilizado en la presente tesis.

RESUMEN

La presente investigación aborda el Principio constitucional de protección de la familia y promoción del matrimonio como base del orden público familiar peruano estipulado en la Constitución Política de 1993, poniendo especial atención, en establecer el contenido de la protección constitucional a la familia en relación al acto jurídico que la origina, sea matrimonio o unión de hecho y la pertinencia de la promoción constitucional prescrita para la familia matrimonial, y que legislativamente debería ser desarrollada en legislación de menor jerarquía; ello en tanto, de la revisión de la jurisprudencia así como de la legislación infra constitucional se advierte que, actualmente no existe tal promoción al matrimonio; pues, por el contrario, la unión de hecho ha ido adquiriendo derechos tanto legislativa como jurisprudencialmente que la equiparán a la familia matrimonial; desarrollándose en la tesis los fundamentos jurídico filosóficos que justifican la deconstrucción del mencionado Principio y proponiendo un nuevo contenido del mismo.

Se ha recurrido a la elaboración argumentativa, teniendo en cuenta la tipología dogmática y filosófica jurídica de la investigación; para tal efecto, se ha hecho uso de los métodos generales como el inductivo – deductivo, analítico – sintético y propios del derecho como el dogmático, hermenéutico, sociológico e histórico; mediante los cuales nos hemos permitido explicar las categorías jurídicas y filosóficas a partir de teorías, normatividad, jurisprudencia y derecho comparado; sobre las cuales se sostiene la presente tesis.

Palabras clave: Familia, matrimonio, unión de hecho, orden público.

ABSTRACT

The present investigation develops the Constitutional Principle of family protection and promotion of marriage as the basis of the Peruvian family public order stipulated in the Political Constitution of 1993, paying special attention, in establishing the content of the constitutional protection of the concerning the legal origin, whether marriage or de facto union and the relevance of the constitutional promotion prescribed for the marriage family, and that should be legislatively developed in legislation of lower hierarchy; this, meanwhile, from the review of jurisprudence as well as from the infra constitutional legislation, it is noted that, currently, there is no such promotion to marriage; because, on the contrary, the union has acquired rights both legislatively and jurisprudentially that will equip it to the matrimonial family; developing in the thesis the philosophical legal foundations that justify the deconstruction of the mentioned Principle and proposing a new content of it.

The argumentative elaboration has been used, taking into account the dogmatic and legal philosophical typology of the investigation, for this purpose, general methods such as inductive - deductive, analytical - synthetic and law-specific, such as dogmatic, hermeneutic, sociological and historical, have been used; through which we have allowed ourselves to explain the legal and philosophical categories based on theories, regulations, jurisprudence and comparative law; on which the present thesis is sustained.

Keywords: *Family, marriage, de facto union, public order.*

CAPITULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.1 CONTEXTUALIZACIÓN O PROBLEMÁTICA

El Principio de Protección de la Familia y Promoción del Matrimonio está regulado en el artículo 4 de la Constitución Política del Perú, similar regulación encontramos en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, la cual en su artículo 17 señala, que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, no reparando o distinguiendo en el origen de la misma. Asimismo, estos dispositivos de rango constitucional tienen un amplio desarrollo a nivel legislativo a partir de disposiciones normativas contenidas en el Código Civil, Ley del Notariado, normas de carácter registral; las que establecen los requisitos para celebrar el matrimonio o constituir uniones de hecho, además de legislar sobre los deberes y derechos que de estas instituciones se desprenden, su extinción y disolución. También podremos evidenciar la problemática recogida en otras fuentes como la doctrina, la jurisprudencia progresiva y cambiante que se ha venido desarrollando desde 1993 hasta la actualidad; y finalmente, mediante evidencias fácticas, inclinación de la población por una u otra institución, teniendo en cuenta el alto contenido valorativo que de hecho lleva consigo esa elección.

1.1.2 DESCRIPCIÓN PROBLEMA

El matrimonio y las uniones de hecho, se han constituido a lo largo de la historia de la humanidad como las fuentes más comunes y socialmente aceptadas para constituir una familia. En el caso peruano de los dos últimos textos constitucionales, podemos advertir, que en la Constitución de 1979 se erigía como Principio fundamental el de Protección de la familia basada única y exclusivamente en aquella nacida en base al matrimonio civil, con una protección tímida y casi nula a las uniones de hecho; así lo explica Cornejo Chávez (1998) al afirmar:

Con relación a este problema, refiriéndose a las uniones de hecho, es pertinente mencionar una preocupación generalizada: si en la medida que se legalice el concubinato no se está desestimulando el matrimonio. En realidad ninguna legislación está, al menos formal y declaradamente, en contra del matrimonio; pero el tipo de garantías que se ofrezcan a la unión de hecho y los derechos que de ellos deriven pueden producir aquel efecto indeseable. Esta es, presumiblemente, la razón de que un sector de la doctrina se incline en el sentido de que la ley podría ocuparse del concubinato, pero con miras a su gradual extinción. Esta podría ser la posición del Código de Familia de Cuba. No es, por cierto, la de la nueva Constitución Peruana. (p. 83)

En la Constitución de 1993, dicho principio experimentó una clara y necesaria transformación al ser concebido como de Protección de la Familia y Promoción del Matrimonio, admitiéndose con él, que no sólo se podía constituir familia en base al matrimonio civil, sino que también podría hacerse a partir de las uniones de hecho, de tal modo que el matrimonio si bien seguía siendo una de las principales fuentes de surgimiento de familia, ya no era la única, evidenciándose con ello un vuelco trascendental en el orden público familiar peruano, el cual, admitió que todas las familias, independientemente de su origen, merecen

protección jurídica, pero estableciendo ciertas bondades y privilegios jurídicos a aquellos que optan por el matrimonio a fin de hacerlo más “atractivo” y propiciar que las personas tiendan a formar familias en base a un compromiso más “estable y seguro”.

Establecido así el principio, puede advertirse un doble significado: por un lado, que la unión de hecho pasa a tener categoría matrimonial reconocida por la propia Constitución y así deja de ser una unión soterrada, discriminada y calificada de inmoral, constituyéndose en una interesante opción para quienes no deseen contraer matrimonio; pero de otro lado que no alcance el mismo nivel e igual protección jurídica que el matrimonio.

Del diario de debates de la Constitución de 1993 podemos corroborar lo afirmado, al advertir que el término “*promoción*” del matrimonio, surgió a propuesta del Congresista Roger Cáceres Velásquez, quien inicialmente lo justificó en el sentido de que dicho término importaba una acción activa y positiva del Estado, precisando:

Por mi parte, señor Presidente, propongo tres modificaciones a este capítulo. La primera es referente a los artículos 5 y 6. El artículo 5° señala: "El Estado protege el matrimonio y la familia [...]"; por su parte, el 6 preceptúa: "El Estado ampara la paternidad responsable [...]". Los verbos proteger y amparar son muy pasivos, dan la idea de que el Estado está esperando para amparar y proteger. Por eso, con la misma mentalidad que tuve para proponer que se dijera: "promover la persona humana", sugiero que se utilice ese verbo para este caso, porque la palabra promoción da la idea de una acción positiva activa. En ese sentido, el artículo 5 debe decir: "El Estado protege y promueve el matrimonio y la familia [...]". De igual manera, en el 6 diría: "El Estado ampara y promueve [...]". Esta modificación es indispensable y sería bien vista por los estudiosos de nuestra concepción constitucional (p. 2628).

Luego el término cobró un nuevo sentido atendiendo a la intervención del congresista Ferrero Costa (1993) quien sostuvo que resultaba útil y necesario para la sociedad que el matrimonio entre hombre y mujer sea promovido por el Estado, porque normalmente este tipo de vida trae como consecuencia nacimiento de hijos y buen orden en la familia, y que en un sentido cristiano toda familia debería estar basada en el matrimonio. Sustento similar al utilizado por el congresista Freundt-Thurne Oyanguren (1993), quien precisó que el Estado debería tratar de promover lo bueno, de mejorar la vida de las personas, y una forma de hacerlo es con el matrimonio, pues un matrimonio constituido tiene más facilidades para poder educar, querer, dirigir y cuidar a sus hijos, a diferencia de las uniones inestables, resaltando la palabra *promueve* por su importancia en cuanto a función constitucional del Estado.

Con ello se advierte que el término promoción, se acuñó finalmente como la necesidad de que el Estado promueva realmente el matrimonio con acciones concretas que lleven a los sujetos a optar por casarse en vez de convivir, bajo el argumento que la unión matrimonial es más estable que la unión de hecho y que habría que dotarle de mayores privilegios y seguridad jurídica.

De las intervenciones de los congresistas durante el debate de este Principio, podemos comprender que si bien se pretendía proteger a las uniones de hecho, de ningún modo se las equiparaba al matrimonio. En todo caso, había que tolerarlas porque se producían en la realidad, pero siempre como uniones de segunda clase, poniendo por encima de ellas a la unión matrimonial; y tal contenido si bien es cierto se gestó por las

convicciones de dichos congresistas quienes continuaron con la inicial tendencia de la Constitución de 1979 que reconoció derechos patrimoniales a las uniones de hecho, así lo corrobora la intervención del Congresista Andrés Aramburú Menchaca (1993) en la Asamblea Constituyente, al indicar que “la incorporación de la unión de hecho se debió al reconocimiento de una realidad social que involucraba a un gran número de personas y que al momento de la separación se generaban situaciones injustas, pues en la mayoría de las veces el varón terminaba quedándose con los bienes adquiridos durante la convivencia” (págs. 432-433); esta gesta también respondió al sentir generalizado de la sociedad en aquel tiempo, ello se refleja en las cifras registradas en 1993 por el INEI respecto al índice de parejas que optaron por la convivencia que alcanzó en dicho año el 16.3%.

Corroborando lo anterior, Plácido (2008) refiere lo expuesto por el Tribunal Constitucional en cuanto a la evolución de la protección de la familia, el cual precisa que:

(...) en el constitucionalismo de inicios del siglo XX se identificaba al matrimonio como único elemento creador de familia. Se trataba pues de un modelo de familia matrimonial, tradicional y nuclear, en donde el varón era cabeza de familia dedicado a cubrir los gastos familiares y la mujer realizaba necesariamente las labores del hogar. (p. 63)

Con los comentarios anteriores se muestra que el incluir a las uniones de hecho como forma para constituir familia ha sido parte de un proceso evolutivo, no solo a nivel social, sino también a nivel jurisprudencial.

Aceptada la unión de hecho como una forma de constituir familia, se optó por la tesis de la apariencia al estado matrimonial, la que se aprecia

claramente el artículo 326 del Código Civil, el cual señala que con la unión de hecho se persigue alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, comprobándose entonces, que no se ha adoptado la teoría de la equiparación de la unión de hecho al estado matrimonial, según la cual ésta produciría los mismos efectos que el matrimonio. Con esta tesis no se trata de amparar directamente a la unión de hecho, sino elevarla a la categoría matrimonial cuando asume similares condiciones exteriores, esto es, cuando puede hablarse de un estado aparente de matrimonio, por su estabilidad y singularidad. Con ello no se aprueba ni fomenta la unión de hecho, pero tampoco se desconsideran hechos sociales muy generalizados, que hay que procurar causen los menores daños posibles (Plácido, 2001).

Así, el contenido que inicialmente se desarrolló respecto a este principio, era admitido y adecuado a la percepción y exigencias sociales de 1993, y permaneció así por varias décadas, es más la propia doctrina lo justificaba indicando que con él no se pretendía fomentar la unión de hecho, pero sí regularla, en tanto, se trataba de situaciones que se venían produciendo, y que habría que procurar que originen los menores daños posibles.

El alcance del principio totalmente justificado en la coyuntura antes narrada, fue decayendo; consideramos por una clara tendencia a la afirmación del individualismo en las relaciones familiares; las que se reclamaba sean iluminadas por los principios de dignidad, libertad e igualdad, por los que se sostiene y reconoce la existencia de un pluralismo familiar, que se justifica en el aumento de divorcios, la reducción del matrimonio y de la tasa de natalidad.

Nos encontrábamos ante otra coyuntura caracterizada por la ocupación laboral de la mujer, la presencia cada vez más protagónica de movimientos feministas que propiciaban radicalmente un cambio en el rol de la mujer, privilegiándose su realización personal y profesional postergando la procreación, lo cual influyó para que el matrimonio ya no fuese la forma principal de generar familia, así lo precisa la Abogada Gabriela Quevedo Castañeda (2015), al afirmar que:

(...) la vieja institución del matrimonio está en retroceso. Según el estudio poblacional del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) de 2014, en la última década el número de matrimonios nuevos se redujo en casi tres puntos porcentuales. ¿Está en crisis la familia? No da la impresión, pues, en el mismo periodo, el número de parejas convivientes aumentó en la misma proporción. Ya en el 2007, el INEI alertaba de esta tendencia: por entonces, de 20 850 502 personas mayores de 12 años censadas, más de cinco millones declaraban vivir en esa condición (p. 34).

Así, lo que actualmente acontece nos muestra claramente una percepción distinta a la de 1993, pues, la versatilidad de las relaciones afectivas y sociales, un cambio a nivel valorativo de la ciudadanía respecto a la institución del matrimonio, y la inclinación progresiva a convivir y no casarse¹, han ido obligando no solo al juez, sino sobre todo al legislador a realizar concesiones legislativas a las uniones de hecho que se pueden resumir en conquista de derechos que antes eran solo privilegio de los cónyuges, tales como:

¹ En cuanto al Perú, las cifras registradas por el Instituto Nacional de Estadística e Informática — INEI— en 1993 se han incrementado en el censo de 2007. De 16.3% en 1993 ha aumentado en 2007 hasta 24.6% la tasa de parejas que conviven. Angelino Pérez, Seti Jair en “A PROPOSITO DE LA LEY N° 30007 ¿QUÉ ES LA UNIÓN DE HECHO?. En Boletín de la Dirección de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico de la Dirección General del Ministerio de Justicia. Año II, N° 2, Marzo – Abril 2013. (<https://www.minjus.gob.pe/wp-content/.../BOLETÍN-2-2013-DGDOJ-MINJUS.pdf>)

El derecho pensionario reconocido por el Tribunal Constitucional en la STC 06572-2006-PA/TC y confirmado en la STC 09708-2006-PA/TC, mediante las cuales se le otorgó una pensión de viudez a la conviviente supérstite, señalándose la inconstitucionalidad sobreviniente del artículo 53 del D.Ley 19990, que fue desarrollado bajo el marco de la Constitución de 1933 y que no compatibiliza con la Constitución de 1993, pues esta última consagra la protección de la familia y siendo la convivencia un tipo de estructura familiar le corresponde tal protección.

El derecho hereditario reconocido mediante Ley 30007 de fecha 17 de abril de 2013 que modifica una serie de artículos del libro de sucesiones del Código Civil con la finalidad de considerar a la conviviente supérstite similares derechos de los que se otorgan a la cónyuge; la posibilidad de adopción conjunta por los convivientes (antes solo permitida para los cónyuges) consagrada por la Ley Nro. 20084 del 22 de setiembre del 2013;

La facultad de autorización de donación de órganos, ante la ausencia de la voluntad del concubino fallecido, consagrada mediante Decreto Supremo Nro. 006-2013-SA publicado el 01/06/2013, que modifica el artículo 14 del Reglamento de la Ley General de Donación de Transplante de órganos y/o tejidos humanos; así como la facultad de inscribir en el Registro Personal a las uniones de hecho voluntariamente constituidas, regulada en la Ley Nro. 26662 - Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, ampliada por Ley Nro. 29560 del 16 de julio del 2010, que autorizó a los notarios a tramitar el reconocimiento de la unión de hecho contemplada en el Artículo 326 del Código Civil, así como su cese,

previando, la inscripción del acto en el Registro Personal; lo que se concretizó en la Resolución Nro. 088-2011-SUNARP-SA, fecha 29 de noviembre de 2011, mediante la cual se aprobó la Directiva que estableció los criterios registrales para la inscripción de las uniones de hecho, su cese y otros actos inscribibles directamente vinculados, en el Registro Personal.

Asimismo, se han flexibilizado los procedimientos y normas para el divorcio, de modo tal, que el mismo puede ser conseguido de una manera más rápida y sin tanta barrera legislativa y burocrática, como es el caso de la introducción de la causal de la separación de hecho mediante Ley 27495 del 07 de julio del 2001 y la instauración del procedimiento de divorcio rápido a través de la Ley 29227, que regula el Procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las Municipalidades y Notarías. Con todos estos cambios, resulta justificado establecer si realmente el contenido del principio de promoción de matrimonio como fue concebido debe persistir o si por el contrario es necesario deconstruirlo, planteándonos la siguiente pregunta:

1.1.3 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son los fundamentos jurídico – filosóficos que justifican la deconstrucción del contenido del Principio Constitucional de Protección de la Familia y Promoción del Matrimonio como base del Orden Público familiar peruano?

1.2 JUSTIFICACIÓN

Los principios de orden público son muy importantes, pues se constituyen en los pilares o bases fundamentales que sustentan e informan todo un sistema jurídico, se caracterizan por ser proposiciones generales que orientan una ciencia con una amplia base valorativa sobre la cual se construye el sistema, de allí la necesidad de que exista coherencia entre éstos, las propias normas constitucionales, legales así como la jurisprudencia que se genere en una determinada área.

En el caso del Derecho de Familia se ha reconocido por largos años al Principio de Protección de la Familia y Promoción del Matrimonio como la base sobre la que se estructura el sistema familiar peruano, respondiendo la normatividad legal, la jurisprudencia y la apreciación social general justamente a dicha postura, que privilegia al matrimonio como forma para dar origen a la familia frente a las uniones de hecho, sin desconocer por supuesto la existencia de éstas; sin embargo, actualmente somos partícipes de un cambio de concepción de las relaciones familiares, las que deben fortalecer la dignidad, libertad e igualdad de los sujetos que las conforman a fin de garantizar y proteger la diversidad de entidades familiares, lo cual se ha visto reflejado tanto a nivel legislativo como jurisprudencial, generándose derechos para la convivencia, que la colocan casi en el mismo estatus jurídico que el matrimonio; ello consideramos producto de la tendencia social a apreciar las uniones de hecho como una opción no solo similar sino mejor al matrimonio; por tanto la concepción social que inspiró al constituyente de 1993 ha dado un vuelco abismal, desterrándose aquella inclinación a

promover el matrimonio en tanto éste resultaba más seguro, estable y mejor para criar hijos y constituir familia.

Podríamos explicar este cambio, apelando a las propias características del orden público; pues el mismo está dado para un lugar y tiempo determinado y va variando en la medida que debe responder a lo que las sociedades exigen, valoran y toleran; esto es lo que ha sucedido respecto al principio aludido. Actualmente somos testigos de dichos cambios, y en razón a ello, consideramos que el contenido del principio no puede quedarse estancado en el tiempo, porque de ser así resultaría incoherente con el propio sistema constitucional, legislativo y jurisprudencial, pero sobretodo con la exigencia social. En esto radica la importancia de la investigación, debido a que se ha identificado que el contenido del aludido principio no puede ser asumido como originariamente fue construido, ya que se evidencia un quiebre con la normatividad legal, la jurisprudencia y la realidad social; derivándose de ello el valor teórico y el aporte académico de la investigación, en la medida que el nuevo contenido propuesto permite entender las relaciones familiares a la luz de los derechos fundamentales.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1. Objetivo general

Determinar los fundamentos jurídico - filosóficos que justifican la deconstrucción del contenido del Principio Constitucional de Protección de la Familia y Promoción del Matrimonio como base del Orden Público familiar peruano.

1. 3.2. Específicos

- a) Explicar la incidencia de la interpretación evolutiva de la Constitución en la resolución de conflictos relacionados con el matrimonio y las uniones de hecho.
- b) Justificar la aplicación de los principios de libertad, igualdad y no discriminación como criterio jurisprudencial para otorgar un tratamiento igualitario a las uniones de hecho y el matrimonio.
- c) Explicar la vigencia efectiva del bloque de convencionalidad en el ámbito familiar.
- d) Analizar las modificaciones legislativas referidas al matrimonio y las uniones de hecho que se han introducido entre 1993 y la actualidad.
- e) Proponer un nuevo contenido al Principio de Protección de la Familia y Promoción del matrimonio.

1.4 ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN: Delimitación del problema.

1.4.1 Espacial: Atendiendo a la tipología de la investigación, no tiene límite espacial en estricto, sin embargo podemos indicar que es para el Perú.

1.4.2 Temporal: Teniendo en cuenta que es una investigación dogmática y filosófica – jurídica, en sentido estricto no tiene limitación en el tiempo, pero atendiendo a la data del principio a tratar podemos situarla entre 1993 (año en que se incluyó el principio en el texto constitucional) hasta la actualidad.

1.4.3. Poblacional o Demográfica: Dada la tipología de la investigación, en tanto no se estudian sujetos, no aplica este parámetro.

1.5 TIPO DE INVESTIGACIÓN

1.5.1 De acuerdo al fin que se persigue:

Básica. Por la finalidad de la presente investigación, que es la de incrementar el conocimiento doctrinario respecto al contenido del Principio Constitucional de Protección de la Familia y Promoción del Matrimonio.

1.5.2 De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan:

Cualitativa. Por cuanto parte de la observación sin manipular la realidad, optando por la recolección de datos a nivel legislativo y jurisprudencial, sin medición numérica, buscando interpretar lo que se va captando respecto a las instituciones del matrimonio y la unión de hecho a fin de comprenderlas como componentes del Principio de Protección de la Familia y Promoción del Matrimonio y evaluar el contenido del mismo. Por ello la identificación y formulación del problema y su solución se sustentan en la argumentación e interpretación jurídica.

1.5.3 De acuerdo al diseño de investigación:

A. No experimental, por cuanto no se realiza manipulación deliberada de variables, no construimos la realidad, sino por el contrario nos centramos en la observación de situaciones ya existentes tal y como se presentan en la realidad, en este caso, la

legislación, la jurisprudencia y la descripción de la percepción de la sociedad respecto a las uniones de hecho y el matrimonio; las cuales son observadas tal y como se producen en su contexto natural, sin que hayan sido provocadas por el investigador.

B. Transeccional, por cuanto la recopilación de datos se está realizando en un solo momento, en un tiempo único. Así nos centramos en recoger información tanto a nivel normativo como jurisprudencial entre 1993 y la actualidad. Se lo compara como tomar una fotografía de algo que sucede en un único momento y no a través de períodos.

C. Explicativo, atendiendo a que esta clase de estudios se orientan al descubrimiento de factores causales de una determinada situación, en este caso, buscamos explicar las razones o causas que permitan justificar la deconstrucción del Principio de Protección de la Familia y Promoción del Matrimonio.

D. Propositivo, resulta importante explicar que si bien es cierto, los metodólogos afirman que los estudios transeccionales pueden ser exploratorios, descriptivos y correlacionales, no considerando a los propositivos; sin embargo, estimamos que el presente diseño puede calificarse como transeccional propositivo atendiendo al alcance de la investigación, que busca sobre la base de la información obtenida a través del tiempo, desarrollar los fundamentos jurídico – filosóficos que justifican la deconstrucción del Principio de Protección de la Familia y Promoción del Matrimonio, proponiéndose su nuevo contenido.

1.5.4. De acuerdo a la Tipología

A. Dogmático – Jurídica, en tanto implica realizar una revisión de los principios relacionados con el matrimonio, unión de hecho y la familia contenidos en normas internacionales, la Constitución Política del Perú y en los artículos pertinentes del Código Civil, así como la jurisprudencia emitida en asuntos relacionados con dichas instituciones, mostrando las incoherencias existentes para luego pasar a la propuesta.

B. Filosófico – Jurídica, por cuanto se busca establecer si actualmente existe una percepción valorativa socialmente distinta a la que inspiró el contenido del Principio de Protección de la Familia y Promoción del matrimonio.

1.6 HIPÓTESIS

Los fundamentos jurídico-filosóficos que justifican la deconstrucción del contenido del Principio Constitucional de Protección de la Familia y Promoción del Matrimonio como base del Orden Público familiar peruano son:

- a) La interpretación evolutiva de la Constitución como criterio para resolver conflictos relacionados con el matrimonio y las uniones de hecho.
- b) La aplicación de los principios de igualdad, libertad y no discriminación como criterio jurisprudencial para un reconocimiento igualitario de las uniones de hecho respecto al matrimonio.

- c) La vigencia efectiva del bloque de convencionalidad en el ámbito familiar.
- d) La marcada tendencia legislativa al reconocimiento de derechos a las uniones de hecho en relación al matrimonio.
- e) La flexibilización de las normas infra constitucionales relacionadas con el matrimonio y su disolución.

1.7 VARIABLES

Siendo la investigación jurídica eminentemente cualitativa y de carácter dogmático, la hipótesis carece de variables.

1.8 METODOS DE INVESTIGACIÓN

1.8.1. Genéricos:

A. Analítico – sintético: Posibilita descomponer mediante una operación mental las categorías de investigación: Principios, directrices, reglas, derechos fundamentales, dignidad, protección, promoción, matrimonio, unión de hecho, orden público, familia; para observar sus cualidades relacionadas con la necesidad de deconstruir el contenido del Principio de Promoción de la Familia y Promoción del Matrimonio.

B. Inductivo – deductivo: Este método permite obtener conocimientos que partan de lo particular y vayan a lo general y viceversa; así, del análisis de cada categoría de nuestro objeto de investigación hemos podido arribar a generalizaciones con relevancia científica que han permitido respaldar las afirmaciones planteadas en la hipótesis.

1.8.2. Propios del Derecho:

A. Dogmático: Porque se analizó el contenido del Principio de Protección de la Familia y Promoción del Matrimonio, así como las instituciones relacionadas con él, a través de fuentes formales como la legislación, la doctrina y la jurisprudencia; específicamente al abordar el Principio y las modificaciones legislativas en cuanto a uniones de hecho y matrimonio; así como cuando se analizó la jurisprudencia existente al respecto.

B. Hermenéutico: En tanto nos hemos centrado en estudiar el Principio de Promoción de la Familia y Protección del Matrimonio, contenido en el artículo 4 de la Constitución Política del Perú, las normas legislativas y jurisprudenciales relacionadas con el matrimonio y la unión de hecho; habiendo desentrañado su razón de ser a través del Diario de Debates de la Constitución y la exposición de motivos de las normas, así como la motivación de las sentencias emitidas en la materia, procediendo a su análisis; teniendo en cuenta para nuestro caso el contexto histórico en el cual se gestó y promulgó el Principio de Protección de la Familia y Promoción del Matrimonio; y las diversas modificaciones legislativas y tendencias jurisprudenciales.

C. Sociológico: Atendiendo a la naturaleza de este método fue necesario revisar información respecto a cómo se ha venido comportando la ciudadanía en cuanto a las instituciones del matrimonio y la unión de hecho, a fin de evidenciar esa dicotomía entre el orden jurídico abstracto y el orden social concreto.

D. Histórico: El cual permitió encontrar los antecedentes que generaron la dación en el año 1993 del Principio de Protección de la Familia y Promoción del Matrimonio así como de las diversas normas legislativas y jurisprudenciales que desde aquella fecha hasta la actualidad se han expedido; y a partir de ello entender el pasado y poder comprender el presente.

1.9 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

1.9.1. Técnicas de Investigación:

A. Revisión documental: Pineda (1990), la define como: “aquella cuya información se recoge de documentos, por lo que la técnica esencial es la observación documental” (p.58). En efecto, nos fue de utilidad, pues permitió revisar la información referida al marco teórico de la investigación, relacionada con las instituciones del matrimonio, la unión de hecho y la familia, en relación al Principio de Protección de la Familia y Promoción del Matrimonio, tanto a nivel de legislación, doctrina y jurisprudencia.

B. Fichaje: Es un modo de recopilar y almacenar la información, lo que permite organizarla y ordenarla en atención a las referencias legislativas, jurisprudenciales y doctrinales, técnica utilizada durante el desarrollo de la tesis.

1.9.2. Instrumentos de Investigación:

A. Guías de Registro. Para la técnica de revisión documental, se aplicaron guías de registro de legislación, doctrina y jurisprudencia peruana, que comprenden la relación y contenido de artículos del

ordenamiento jurídico peruano respecto a los temas antes indicados; así como los diferentes autores que desarrollan las definiciones y características de las instituciones. En igual sentido se anotaron los datos generales de las resoluciones judiciales recabadas, así como los fundamentos de éstas en relación al tema de estudio.

B. Guías de Análisis. En atención a la técnica de análisis documental, se utilizaron las guías de análisis, encaminadas al análisis de la legislación, doctrina y jurisprudencia peruana, con la finalidad de examinar información relevante y evidenciar los cambios suscitados a nivel legislativo, las posturas doctrinarias y la tendencia jurisprudencial.

C. Fichas bibliográficas, de resumen y comentario. La utilidad de estos tres tipos de fichas permitió sistematizar adecuadamente los datos obtenidos, pudiendo evidenciar resúmenes y comentarios de las instituciones involucradas con el tema de tesis, clasificándolas por autores.

1.10 UNIDADES DE ANÁLISIS O UNIDADES DE OBSERVACIÓN

Atendiendo a la naturaleza de la investigación, no resulta pertinente.

1.11 UNIVERSO, POBLACIÓN Y MUESTRA

Teniendo en cuenta la naturaleza de la investigación, no resulta pertinente.

1.12 ESTADO DE LA CUESTION

Al momento de plantear el problema de investigación no se evidenció la existencia de antecedentes referidos a la investigación formulada. Se realiza esta afirmación después de haber revisado los trabajos de investigación publicados en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación – RENATI de la Superintendencia Nacional de Educación Universitaria – SUNEDU.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Estado Constitucional de Derecho

La constitucionalización del ordenamiento jurídico, es el eje central sobre el que se asienta el paradigma del Estado constitucional de derecho, modelo en el que la Constitución es concebida como una norma jurídica directamente aplicable y que irradia a todo el ordenamiento jurídico; debe admitirse entonces, que cualquier propósito de investigación jurídica, encuentra su justificación en este postulado básico del cual se nutre y alimenta.

Aguiló Regla (2007) explica que:

(...) la constitucionalización del orden jurídico, alude a un proceso histórico que ha tenido lugar en países europeos y latinoamericanos, que es el resultado del Constitucionalismo que se ha desarrollado y practicado desde la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días y que está produciendo una transformación profunda en la concepción del Estado de Derecho. En esta transformación del Estado de Derecho que puede sintetizarse en la fórmula “del Estado legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho” (o “del imperio de la ley” al “imperio de la constitución”), se ha situado también la crisis del paradigma positivista en la cultura jurídica y el tránsito hacia un paradigma postpositivista (p.666).

En palabras de Manuel Atienza (2014), la constitucionalización del derecho supone el fin del positivismo jurídico, los cambios en las condiciones históricas de las sociedades, traen como consecuencia una nueva forma de ver el derecho; hoy ya no es solo el impuesto por la autoridad, sino es una creación humana cuyo sentido es satisfacer ciertos valores que se plasman en los derechos fundamentales (p. 8).

Atienza (2014) agrega:

(...) una teoría constitucionalista del derecho se caracteriza por la existencia de rasgos sustantivos, más que formales. Valorativos: reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, así para resolver un problema se basa directamente en los principios y valores constitucionales, prescindiendo incluso del tenor literal de la ley; pero ello no significa que exista en la Constitución un orden de valores bien definidos, pues las Constituciones reflejan las ideologías contrapuestas de las fuerzas políticas; sin embargo, por lo menos casi siempre ofrecen al jurista la posibilidad de una solución justa sin salirse del Derecho, respetando los materiales autoritativos del mismo y que suponga el mayor desarrollo de los fines y valores de la práctica constitucional; orden de valores no preestablecido, sino que se trata de encontrar o construir (pp. 10-12).

Luis Prieto Sanchis (2012), precisa que:

(...) la rematerialización de la Constitución supone un desplazamiento de la discrecionalidad desde la esfera legislativa a la judicial, no es la misma por cierto, porque la del legislador era inmotivada, mientras que la del juez pretende basarse en una depurada argumentación racional. Resume los elementos caracterizadores de ese neoconstitucionalismo en: Carácter normativo o fuerza vinculante de la Constitución, supremacía en el sistema de fuentes, eficacia o aplicación directa, garantía judicial, presencia de un denso contenido normativo, que tiene como destinatarios a los ciudadanos en sus relaciones con el poder, en sus relaciones horizontales, formado por: principios, derechos y directrices, rigidez constitucional, resulta más fuerte en tanto más compleja sea la alteración de su texto (pp. 126-127).

Según Riccardo Guastini:

(...) la constitucionalización del orden jurídico es un proceso, resultado de una combinación de factores que pueden darse en mayor o menor medida en un orden jurídico determinado: Rigidez constitucional, garantía jurisdiccional de la Constitución, fuerza vinculante de la Constitución, sobre interpretación de la Constitución, aplicación directa de las normas constitucionales, interpretación de la ley conforme a la Constitución y fuerte influencia de la Constitución en el debate y el proceso político (Citado en Aguiló 2008, p. 667).

Esta concepción resalta la omnipresencia de la Constitución en todas las actividades públicas y privadas, exige que los valores y los principios constitucionales sean desarrollados en su máxima expresión; la Constitución se constituye a su vez en un límite para toda actividad legislativa que pretenda desconocerla, pues, está impregnada de una gran carga valorativa, en la que se privilegia el contenido antes que las formas. Centra su atención en alcanzar la dignidad humana a través de la protección de los derechos; y de este modo, el derecho ya no solo es concebido como una herramienta para regular las relaciones humanas; la idea de justicia reaparece con el fin alcanzar los propósitos reales del Estado Derecho.

Así, el carácter fundante de la Constitución implica que toda ley o norma de menor jerarquía deberá ajustar su contenido a la Constitución; por tanto lleva como correlato la obligación de interpretar el ordenamiento jurídico a partir y conforme a la Constitución, así lo ha establecido el Tribunal Constitucional al precisar que “en todo ordenamiento que cuenta con una Constitución rígida y, por tanto, donde ella es la fuente suprema, todas las leyes y disposiciones reglamentarias, a fin de ser válidamente aplicadas, deben necesariamente ser interpretadas “desde” y “conforme” con la Constitución.²

² Exp. 1230-2002-HC/TC, 20-06-2002, p.4

Se afirma así, que la Constitución tiene doble naturaleza al ser una norma jurídico-política, este doble contenido es explicado por la doctrina en palabras de Böckenförde de la siguiente manera:

(...) la Constitución ya no se limita a fijar los límites del poder del Estado frente a la libertad civil, y a organizar la articulación y los límites de la formación política de la voluntad y del ejercicio del dominio, sino que se convierte en la positivación jurídica de los “derechos fundamentales” del orden de la vida en común (Citado por Luis M. Cruz, 2005, p.4)

Landa Arroyo (2018), refiriéndose a la constitucionalización del Derecho, específicamente del Derecho Civil, afirma:

(...) Dicho proceso no se ha iniciado de oficio, sino a partir de las limitaciones del modelo tradicional de Estado de derecho basado en el principio de legalidad y su sistema de justicia para restablecer el orden jurídico, antes que procurar el respeto de los derechos fundamentales y, particularmente, de las garantías del debido proceso y de la tutela jurisdiccional consagrados en la Constitución. Ello ha permitido que la justicia constitucional motive sus resoluciones, más aún, cuando el Tribunal Constitucional ha asumido el desafío de resolver los conflictos de derechos entre los particulares, en el marco de los principios y derechos constitucionales (p.37).

El Tribunal Constitucional, al respecto ha establecido en sentencia emitida en el Exp. 014-2003-AI/TC-LIMA:

(...) La Constitución es una norma jurídico-política *sui generis*. El origen de dicha peculiaridad, desde luego, no sólo dimana de su posición en el ordenamiento jurídico, sino también del significado que tiene, y de la función que está llamada a cumplir. Es común señalar que una de las formas cómo se expresa esa singularidad tiene que ver con la doble naturaleza. Así, por un lado, en la medida que crea al Estado, organiza a los poderes públicos, les atribuye sus competencias y permite la afirmación de un proyecto sociopolítico, que es encarnación de los valores comunitarios, la Constitución es, *prima facie*, una norma *política*. Ella, en efecto, es la expresión de todo lo que la nación peruana fue, es y aspira a alcanzar como grupo colectivo. Pero, de otro lado, también la Constitución es una norma *jurídica*. En efecto, si expresa la auto representación cultural de un pueblo,

y refleja sus aspiraciones como nación, una vez formado el Estado Constitucional de Derecho, ella pasa a ocupar una posición análoga a la que ocupaba su creador. En buena cuenta, en el Estado Constitucional de Derecho, el *status* de Poder Constituyente, es decir la representación del pueblo políticamente soberano, lo asumirá la Constitución, que de esta forma pasará a convertirse en la norma jurídicamente suprema.

La Constitución, así, termina convirtiéndose en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella. De manera que una vez que entra en vigencia, cualquier producción normativa de los poderes públicos e, inclusive, los actos y comportamientos de los particulares, deben guardarle lealtad y fidelidad. Ciertamente, no se trata sólo de una adhesión y apoyo que pueda ser medido o evaluado en el plano de la moral o la ética, sino también de una exigencia de coherencia y conformidad de la que es posible extraer consecuencias jurídicas. La infidelidad constitucional, en efecto, acarrea la posibilidad de declarar la invalidez de toda norma o acto, cualquiera sea su origen, según los alcances que el mismo ordenamiento constitucional haya previsto (...).

Interesa para la presente investigación, conceptualizar a la Constitución como norma jurídica, así, en palabras de Prieto Sanchís (2003):

(...) lo decisivo y novedoso de este constitucionalismo, radica precisamente, en las cualidades materiales o sustanciales de la Constitución, que la tornan prácticamente omnipresente en toda operación de creación y aplicación del Derecho. De hecho, en la actualidad, es difícil concebir un problema jurídico que no encuentre alguna orientación, ya sea próxima o remota en el texto constitucional (pp.118-119).

Mauricio Fioravanti, en la misma línea, afirma que:

(...) y en la medida en que la Constitución se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico, contribuyendo a configurar el orden social en su conjunto, las relaciones entre legislación y jurisdicción se han modificado sustancialmente: el juicio de validez de la ley depende ahora de un juicio de conformidad con la Constitución y, en definitiva, de una cierta interpretación de la Constitución y de los principios constitucionales por parte de un Tribunal Constitucional. (Citado por Luis M. Cruz, 2005, p. 4).

En opinión de Habermas (1998) “concebir a la Constitución como norma, implica la incorporación de un denso contenido normativo, compuesto por valores, principios, derechos fundamentales y directrices a los poderes públicos” (Citado por Luis M. Cruz, 2005, p. 317).

Este carácter normativo, también ha sido resaltado por el Tribunal Constitucional en varios casos. Al respecto citamos el extracto de algunas resoluciones:

Exp. Nro. 047-2004-AI/TC (TC – Pleno Jurisdiccional)

(...)El reconocimiento de la Constitución como norma jurídica vinculante y directamente aplicable constituye la premisa básica para que se erija como fuente de Derecho y como fuente de fuentes (...).

Exp. Nro. 0014-2003-AI/TC (Caso Alberto Borea Odría y más de 5000 ciudadanos):

(...) la Constitución es una norma jurídica. En efecto, si expresa la auto representación cultural de un pueblo, y refleja sus aspiraciones como nación, una vez formado el Estado Constitucional de Derecho, ella pasa a ocupar una posición análoga a la que ocupaba su creador. En buena cuenta, en el Estado Constitucional de Derecho, el status de Poder Constituyente, es decir la representación del pueblo políticamente soberano, lo asumirá la Constitución, que de esta forma pasará a convertirse en la norma jurídicamente suprema (...)

Exp. Nro. 0168-2005-PC/TC, (Caso Villanueva Valverde):

(...)La Constitución es un ordenamiento que posee fuerza normativa y vinculante; por ende, la materia constitucional será toda la contenida en ella, y “*lo constitucional*” derivará de su incorporación en la Constitución. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, a lo largo de su funcionamiento, en la resolución de los diferentes casos que ha tenido oportunidad de conocer, donde ha evaluado vulneraciones a la Constitución de la más diversa índole y en las cuales el único requisito para tal examen consistía en que la controversia se fundara en una violación de algún principio, valor o disposición de la Constitución (...)

Exp. Nro. 00030-2005-PI (Caso Ley de la Barrera Electoral).

(...) La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo-estructural (artículo 51º), como desde el subjetivo-institucional (artículos 38º y 45º). Consecuentemente, es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º de la Constitución).

En consecuencia, pretender que la Constitución no puede ser interpretada, no sólo negaría su condición de norma jurídica –en directa contravención de sus artículos 38, 45 y 51–, sino que desconocería las competencias inherentes del juez constitucional como operador del Derecho, y sería tan absurdo como pretender que el juez ordinario se encuentre impedido de interpretar la ley antes de aplicarla. (...)

Exp. Nro. 5854-2005-PA/TC - PIURA

(...) El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto. Es decir, significó superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso -de la mano del principio político de soberanía popular- al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder devino entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo (...).

El carácter normativo de la Constitución se halla íntimamente ligado a la idea de un orden valorativo, vinculante y de aplicación directa, que se aleja de la concepción tradicional formalista que concibe a la Constitución como una norma meramente orientadora de la labor de los poderes públicos.

Landa Arroyo (2018), refiriéndose a la constitucionalización del Derecho de Familia afirma:

(...) La protección de la familia ha sido constitucionalizada, no sólo sobre la base del matrimonio, sino también de las uniones de hecho, de conformidad con el artículo 5 de la Constitución y el artículo 326 del Código Civil. En este sentido, la igualdad y no discriminación integran un presupuesto constitucional en función del cual el Tribunal Constitucional ha logrado notorios avances en el reconocimiento de las uniones de hecho en diversos campos del derecho, como es el caso del derecho de la conviviente a gozar de una pensión de viudez en el sector público. (p. 124)

(Esborraz, 2015) , señala que este proceso de constitucionalización del derecho de familia, se ha presentado a nivel de América Latina, refiriendo que:

La dinámica de “constitucionalización” e “internacionalización” de los ordenamientos en Latinoamérica ha incidido directa y profundamente en el concepto de familia al imponer una relectura de las relaciones familiares a la luz de los derechos fundamentales. Como consecuencia de este nuevo paradigma constitucional se constata que en la mayor parte de los ordenamientos de Latinoamérica, aunque con diferentes matices, se ha pasado: i) de un modelo de familia “totalizante” a otro más “democrático”, donde se trata de conciliar el interés familiar con el interés personal de sus integrantes, y ii) de un modelo “único” de familia al reconocimiento de una “pluralidad” de modelos familiares, todos ellos dignos de igual tutela. (p. 15)

2.2. Constitución formal y Constitución material

En la doctrina se distingue a la Constitución en un sentido “formal” como cuerpo normativo solemne, de particular y especial procedimiento de modificación y en un sentido “material” por el hecho de que contiene implícitamente más allá de las normas, valores y principios de rango constitucional, expresados en aquellas y a la vez orientadoras de las mismas. Una primera función es darle contenido material al texto constitucional: como

expresión de la realidad de cada momento ya que por su carácter normativo ordenan y conforman la realidad social y política, al encontrarse viva su voluntad, la cual debe ser adaptada por el intérprete. (Picado, 2013, p. 128)

2.3. Teorías de Interpretación y Métodos³ de Interpretación constitucional

2.3.1. Teorías de interpretación de la Constitución:

Para el Derecho Constitucional, la importancia de la interpretación de las disposiciones constitucionales es fundamental, pues “dado el carácter abierto y amplio de la Constitución, los problemas de interpretación surgen con mayor frecuencia que en otros sectores del ordenamiento, cuyas normas son más detalladas”. (Hesse, 2012, p. 58)

Gregorio Peces Barba precisa respecto a la necesidad de la interpretación constitucional que:

(...) los derechos aparecen normalmente enumerados en las Constituciones, sin que se especifique cuál es su significado concreto. Corresponde, ciertamente a los operadores jurídicos esa asignación. En primer lugar al legislador; pero a continuación a los restantes sujetos que utilizan el Derecho. Los derechos fundamentales al estar situados en los eslabones superiores del Ordenamiento, al constituirse en normas básicas materiales, necesitan para su concreción el paso por diferentes operadores que poco a poco van delimitando su significado. En este sentido a la hora de dotar de significado a estas figuras, el papel de la interpretación es clave. (citado por Edgar Carpio 2005, p. 324)

³ “Los métodos, o cánones, o técnicas de interpretación, pueden ser concebidos también como una manifestación del respecto a la ley, pues a través de ellos pretende determinarse lo que ésta dice. En sentido lato, los métodos de interpretación hacen referencia a los instrumentos interpretativos con los que se formula una determinada interpretación (o más exactamente un enunciado interpretativo). *Son pues directivas que expresan formas de llevar a cabo la actividad interpretativa.* Ahora bien, con los métodos de interpretación no sólo se pretende formular una interpretación, sino también justificarla; es decir, cumplen una función no sólo *heurística* sino también *justificatoria*. Por eso además de directivas que guía la interpretación, los métodos de interpretación expresan argumentos con los que *justificar ésta*”. (Alfonso J. García y Marina Gascón 2016, p.186).

Así, la interpretación constitucional es abordada por la doctrina partir de tres teorías: cognitiva o cognoscitiva, escéptica e intermedia, las cuales en su análisis abordan aspectos homogéneos, que en palabras de Quispe (2016) están referidos a “la cuestión de la determinación o indeterminación del Derecho en general y de las disposiciones de la Constitución en particular, y, de otro lado, la discrecionalidad de los jueces constitucionales al momento de atribuir significado a las disposiciones de la Constitución”. (p. 123)

A. Teoría Cognitiva (o Cognoscitivista):

Guastini (2018), precisa que según esta teoría “la interpretación es un acto de conocimiento, de modo que los enunciados interpretativos tienen valor de verdad, consiste en descubrir o conocer el único significado propio, preexistente o determinado de las disposiciones de la Constitución”. (p. 147)

(...) De acuerdo a esta teoría, el juez no decide el significado, sino que éste preexiste (“ex ante”) a la interpretación, el juez solo lo descubre (no crea nada nuevo). De lo anterior se sigue que la teoría cognitiva impone un código hermenéutico, según el cual la atribución de significado del texto constitucional supone la búsqueda y/o la reproducción del Derecho preexistente por parte del juez constitucional. (Quispe 2016, p. 124)

La idea central de esta postura radica en la idea de que el derecho está totalmente determinado, lo que implica que las palabras expresadas en las disposiciones constitucionales poseen un significado inherente, único, propio, objetivo y determinado; y que el Derecho necesariamente es pleno y coherente, pues carece de lagunas o antinomias; generando que toda decisión interpretativa sea

el reflejo de un significado preexistente (Guastini 1999). Así, la tarea interpretativa se centraría en descubrir el significado propio y preexistente de las disposiciones constitucionales, no dejando espacio a la discrecionalidad del Juez, entendida esta discrecionalidad en sentido fuerte “cuando al atribuir un significado a una disposición constitucional, el Juez no se encuentra vinculado por estándares impuestos de manera previa por la autoridad”. (Quispe, 2016, p. 123)

Esta teoría presenta algunas variantes, sin embargo, éstas coinciden en negar capacidad creadora en sentido fuerte al Juez constitucional. La teoría cognitiva clásica, la cual, como lo precisa Quispe (2016) “es la tesis que el primer positivismo jurídico (o el positivismo decimonónico) hereda de la ilustración y lo instituye para la interpretación de la ley” (p. 124). En palabras de Cuenca, citado por Quispe (2016) “la interpretación es una tarea declarativa o reproductiva de un derecho preexistente, es decir, un conocimiento pasivo y contemplativo de un objeto dado” (p. 125). Así, el papel del Juez se reduce a una labor normalmente reproductiva o mecánica, exenta de juicios de valor y que se efectiviza a través de la aplicación de un razonamiento lógico – deductivo, que consiste en que el juez debe identificar la ley aplicable al caso concreto, y extraer de ella la consecuencia jurídica; independientemente de que el resultado al que se arribe asegure una decisión justa, en base a los derechos en conflicto, pues, lo que se trata de preservar es la aplicación rigurosa del supuesto normativo al caso concreto, rasgo característico del formalismo jurídico.

Así, para esta variante del cognitivismo, “los jueces constitucionales solo realizan una tarea intelectual, y por tanto, mecánica, reproductora y declarativa del Derecho, no una actividad volitiva o productora del Derecho; los jueces no poseen ningún grado de discrecionalidad para atribuir significado a las disposiciones de la Constitución” (Quispe, 2016, p. 126). A diferencia de ella, la teoría cognitiva, como afirma Dworkin, citado por Quispe (2016), postula que:

(...) la solución para cada caso ya viene impuesta por el Derecho (la solución existe o preexiste al caso), la tarea del juez consiste únicamente en descubrir la solución para el caso concreto, pudiendo ejercer en esa labor (a lo más) discrecionalidad en sentido débil, pero no discrecionalidad en sentido fuerte (p. 127).

Dworkin, no comulga con el formalismo jurídico en lo que respecta a la actividad interpretativa del Derecho basada en la existencia de una única respuesta correcta a la que se arriba mediante el silogismo jurídico; pero sí lo hace cuando admite que el juez no crea Derecho, aunque su actividad no quede reducida a una operación meramente mecánica, ya que se reconoce que el juez, ejerce discrecionalidad en sentido débil.

B. Teoría Escéptica:

Según la cual, “la interpretación es un acto de voluntad, de modo que los enunciados interpretativos carecen de valor de verdad”. (Guastini, 2018, p. 147)

Quispe, precisa:

(...) La teoría escéptica sostiene que la interpretación es una actividad (puramente) volitiva o finalmente volitiva (es decir, un acto

de voluntad o de la voluntad) que consiste en decidir o crear el significado de las disposiciones de la Constitución. Es decir, lo que caracteriza a esta teoría es precisamente el elemento decisorio o creativo del Derecho por el Juez. (2016, p. 129)

La teoría escéptica parte de la idea de indeterminación del derecho, es decir que éste presenta una textura abierta, por tanto el Derecho no es completo, sino siempre completable, y no es coherente, pues puede presentar antinomias; de ello se infiere que la labor interpretativa, como lo afirma Quispe “lleva como base una decisión sobre el significado de la disposición constitucional” (2016, p. 130). Eso implica que “el proceso interpretativo se ejerce sobre la disposición constitucional y lleva a la norma constitucional, la norma no precede como dato sino que sigue como producto del proceso interpretativo”, tal como lo afirma Tarello citado por Quispe (2016, p. 30).

Siendo tal el papel del juez en la tarea interpretativa, pues debe decidir el Derecho aplicable sin estar restringido a un contenido pre establecido, entonces se le reconoce discrecionalidad en sentido fuerte, en tanto le corresponde inventar o elegir el significado del texto constitucional (Chiassoni 2011).

C. Teoría Intermedia (o Ecléctica)

Para esta teoría “la interpretación es a veces acto de conocimiento, otras veces acto de voluntad, de modo que los enunciados interpretativos tienen valores de verdad y otras veces carecen de éstos” (Guastini 2018, p. 148). Quispe (2016), indica para esta teoría la interpretación es a veces una actividad puramente cognoscitiva, un acto del conocimiento, centrado

en descubrir el “único” significado propio o preexistente de las disposiciones de la Constitución, y, otras veces, es también una actividad netamente volitiva, un acto de voluntad, que consiste en elegir o inventar el significado de las disposiciones constitucionales. En palabras de Guastini (1999) ello se debería a que el Derecho es parcialmente indeterminado, debido a su textura abierta, presentando una zona luminosa y otra de penumbra, indefinida; lo que da lugar a que se presenten “casos fáciles” que caen en el núcleo esencial luminoso y “casos difíciles” respecto a los cuales la aplicabilidad de la disposición constitucional no es clara o es controvertida. “Cuando un juez decide un caso fácil, se limita a tomar conocimiento de la disposición: su enunciado interpretativo puede ser verdadero o falso. Por el contrario, cuando resuelve un caso difícil, realiza un acto de voluntad: su enunciado interpretativo está privado del valor de verdad”. (Guastini 2010, p. 108)

Respecto a las tres teorías expuestas, Quispe (2016) concluye indicando que:

(...) la interpretación de la Constitución no es una actividad exclusivamente cognitiva ni puramente volitiva, sino que supone en todos los casos la combinación de procesos cognitivos y volitivos a la vez: el juez constitucional a través de un acto de conocimiento descubre los diversos significados que provee el marco normativo de toda disposición constitucional, y a la vez, a través de un acto de la voluntad, teniendo en cuenta el contexto funcional y el modelo coherentista del sistema jurídico elige uno de los varios significados que provee el marco normativo que constituye el significado o la norma constitucional (o la norma-producto) de la disposición constitucional. (p. 140)

2.3.2. Métodos de interpretación constitucional

La tarea de interpretación de la Constitución no puede ser asumida de la misma forma y en atención sólo a los métodos de interpretación de la ley, pues, dada la estructura e implicancia de las disposiciones normativas constitucionales, esta labor debe ser abordada en base a criterios que no se agoten en una mera aplicación mecánica y aislada de un método, sino que los mismos se complementen e integren.

Para Picado (2013) una de las características más importantes de la metodología interpretativa de la Constitución consiste en que la estructura de sus normas es más propio de lo que se denominan valores y principios jurídicos que normas específicas, esto porque sus normas son muy generales. Continúa el autor, indicando que eso implica que la metodología interpretativa de la Constitución tiene que tomar en cuenta esa característica específica: tiene que interpretar una estructura jurídica muy abierta, muy general que conforma valores y principios constitucionales. (p. 128)

Carbonier precisa que:

(...) la función interpretativa en aplicación de la ley rejuvenece las viejas normas constitucionales promulgadas bajo contextos históricos superados. Es el concepto del derecho viviente. La interpretación –si se hace bajo un criterio unitario- evoluciona las normas constitucionales sin necesidad de derogarlas o reformarlas por los procedimientos formales establecidos: serían las mismas normas en su literalidad; pero evolucionadas en su conceptualización (Citado por Picado 2013, p. 135).

Resulta importante destacar que en la labor interpretativa de la Constitución deben tomarse en cuenta los valores que se hallan implícitos en el texto normativo; ello explica por qué se afirma que esta tarea resulta más compleja y no puede reducirse a utilizar de manera mecánica los conocidos métodos de interpretación de la ley: literal, histórico, sistemático, teleológico.

Picado (2013), analizando la falta de un tratamiento científico al tema de interpretación jurídica de su ordenamiento constitucional costarricense, propone, partiendo de la teoría de Reale (1979) asumir la tarea interpretativa desde un criterio integral de los aspectos formales, valorativos y fácticos dentro del proceso o fenómeno único de la interpretación jurídica. Por ello, cuestiona la utilidad individual de métodos tradicionales como el exegético, que tiene en cuenta criterios aislados como el literal o gramatical y el sistemático; ocurriendo lo mismo respecto al método histórico-evolutivo que sugiere también de forma aislada la confrontación de premisas entre las normas y los hechos, dejando de lado los valores y finalmente el método propuesto por la Escuela del Derecho "libre", que si bien parte del componente valorativo en un tiempo y lugar determinado, concede un amplio poder a la libre convicción del juez, prescindiendo de manera total del aspecto formal.

Para ello Picado propone integrar estos criterios en un único proceso mental que signifique un proceso científico y unitario acorde con la Teoría Tridimensional del Derecho. Así, afirma,

(...) el jurista constitucional debe tener una visión de cómo los valores se integran a la realidad desembocándose conjuntamente en principios constitucionales y en forma más concreta, en los derechos específicos, los cuales se manifiestan, en parte, por medio de las normas constitucionales. Al conocer un caso concreto, debe tener sensibilidad humanista y social (criterio valorativo, conocimiento de la situación conflictiva (criterio fáctico) y un dominio del conocimiento jurídico (criterio normativo-sistemático). Todo ello dentro de un proceso único de interpretación (p. 144).

El TC peruano, con un criterio semejante, considera que la labor interpretativa de la Constitución no puede reducirse a una tarea mecánica y comparable a la interpretación de la ley; así lo precisa en la Sentencia expedida en el Exp. Nro. 5854-2005-PA/TC-Piura:

(...) Reconocida la naturaleza jurídica de la Constitución del Estado, debe reconocerse también la posibilidad de que sea objeto de interpretación. No obstante, la particular estructura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subsuntiva (supuesto normativo – subsunción del hecho – consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional. Tales principios son:

- a) El principio de unidad de la Constitución: Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.
- b) El principio de concordancia práctica: En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución).

- c) El principio de corrección funcional: Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.
- d) El principio de función integradora: El “producto” de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.
- e) El principio de fuerza normativa de la Constitución: La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante in toto y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto.(...)

Se entiende, entonces, que la interpretación constitucional involucra varios aspectos a tener en cuenta de manera concurrente y no aislada: el componente valorativo, el formal y los hechos concretos.

Es de vital importancia referirnos también al principio de interpretación conforme:

Enjuiciar la constitucionalidad de una norma consiste en evaluar si es compatible con la Constitución, atendiendo a que tanto la Constitución como el resto de las normas se expresan a través de disposiciones normativas que deben ser interpretadas, así, el juicio de constitucionalidad requiere una previa y doble interpretación: una interpretación del precepto normativo controlado y una interpretación de los preceptos constitucionales que operan como parámetros de control. Los tratadistas indican que este tipo de

interpretación es una regla de interpretación sistemática que entiende la Constitución como contexto obligado para la interpretación de cualquier texto jurídico, y es un instrumento para prevenir o evitar antinomias (Marina Gascón y Alfonso J. García, 2016, p. 278).

En la sentencia expedida en el Exp. Nro. 01761-2008-AA/TC, el Tribunal Constitucional al referirse a este criterio interpretativo ha señalado:

“(…)Este criterio consiste en aquella actividad interpretativa que sobre las leyes realiza el Tribunal Constitucional, de modo que antes de optar por la eliminación de una disposición legal se procure mantenerla vigente pero con un contenido que se desprenda, sea consonante o guarde una relación de conformidad con la Constitución. Esta técnica interpretativa no implica en modo alguno afectar las competencias del Legislador, sino antes bien materializar los principios de conservación de las normas y el *indubio pro legislatore* democrático, los mismos que demandan que el Tribunal Constitucional verifique si entre las interpretaciones posibles de un enunciado legal, existe al menos una que la salve de una declaración de invalidez. Y es que la declaración de inconstitucionalidad, en efecto, es la *última ratio* a la cual debe apelar este Tribunal cuando no sea posible extraer de una disposición legislativa un sentido interpretativo que se ajuste a la Constitución (…)”

“La aludida consonancia o relación de conformidad de la ley con la Constitución, “no sólo existe allí donde la ley, sin el recurso a puntos de vista jurídico-constitucionales, permite una interpretación compatible con la Constitución; puede tener igualmente lugar cuando un contenido ambiguo o indeterminado de la ley resulta precisado gracias a los contenidos de la Constitución” (Hesse, Konrad Escritos de derecho constitucional. CEC, 1983)”.

Otro criterio interpretativo, que se viene utilizando es la denominada interpretación evolutiva de la Constitución, que según P. Chiassoni (2013) se da cuando:

(...) el intérprete sustituye la interpretación histórica, considerada anacrónica, por una interpretación (que el mismo intérprete considera) más adecuada a la realidad política, económica, tecnológica y/o social del momento, o bien a los dictámenes de la “conciencia social” o de la “conciencia jurídica”. Como es evidente, la característica principal de la interpretación evolutiva es, por tanto, la inclinación del intérprete hacia determinadas opciones valorativas, atribuibles a “ideologías dinámicas de la interpretación de las disposiciones, que optan por el valor de la justicia en el caso concreto (Citado por Fabrizio Mastromartino, 2013, p. 169).

Alfonso J. García y Marina Gascón (2016) sostienen que:

(...) la interpretación evolutiva (contrapuesta a la histórica) atribuye a una disposición un significado nuevo y distinto de su significado “histórico”. La interpretación evolutiva puede concebirse, pues, como una variante de la interpretación correctora, aunque lo que se corrige aquí no es (o no necesariamente) el sentido literal de las palabras, sino el que históricamente se ha dado a las mismas con el fin de adaptarlo a las actuales circunstancias. (p.190)

2.4 Teoría de los Derechos Fundamentales

2.4.1. Concepto y naturaleza

Los derechos fundamentales son concebidos según una estructura dual:

(...) junto a su concepción tradicional como derechos subjetivos frente al poder público, aparecen como normas objetivas que expresan un contenido axiológico de validez universal y que, tomadas en conjunto, dan origen a un sistema de valores. Dicho sistema de valores afecta no solo el ordenamiento constitucional, sino también el ordenamiento jurídico en su conjunto (Luis M. Cruz, 2005, p. 15).

Hesse (2005) precisa que: “los derechos fundamentales sirven de pauta tanto para el legislador como para las demás instancias que aplican el Derecho, todas las cuales al establecer, interpretar y poner en práctica normas jurídicas habrán de tener en cuenta el efecto de los derechos fundamentales” (Citado por Luis M. Cruz, 2005, p.16)

El profesor Pérez Luño (2012), precisa que los derechos humanos:

(...) constituyen la concreción axiológica de la justicia y concretan las exigencias de la dignidad, la libertad, la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente tanto por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En la noción de los derechos humanos se conjugan su raíz ética con su vocación jurídica (Citado por Vidal Gil, 2012, p.87).

2.4.2. Los Derechos fundamentales como principios

Las normas que tutelan derechos fundamentales como el derecho a la igualdad, la libertad, la no discriminación, son calificadas como principios, y como tales, implican un mandato de optimización, por lo tanto su aplicación es gradual y no disyuntiva como ocurre con las reglas, que se aplican todo o nada; en tal razón los principios no excluyen la validez simultánea de otros principios, pues, en caso de colisión, habría que ponderarlos o balancearlos, lo que conllevaría a una priorización, pero solo para el caso en concreto (Marina Gascón y Alfonso J. García, 2016, p.242).

Así lo sostiene DWorkin (2016) al afirmar que:

(...) el Derecho no solo es un conjunto de normas emanadas del legislador o costumbres sociales, sino que está formado por principios procedentes de la moral. Los principios en sentido estricto encarnan derechos individuales, derechos morales frente al Estado que nadie puede arrebatarnos (...). Existen ciertos derechos preexistentes y superiores al Derecho positivo que se imponen a otras consideraciones del Estado como si se tratara de triunfos frente a la mayoría. Estos derechos individuales resultan oponibles pues, al Estado, singularmente a las directrices, que responden al

cálculo utilitarista del Estado (...). Son principios típicamente aquellas normas que tutelan derechos fundamentales. (Citado Marina Gascón y Alfonso J. García 2016, p. 226)".

Para Robert Alexy (1993), ello implica que "los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto los principios son mandatos de optimización". (p.87)

El Tribunal Constitucional en la Sentencia emitida en el Exp. Nro. 03052-2009-PA/TC; se refiere a los derechos fundamentales de la siguiente manera:

(...) El concepto de derechos fundamentales comprende "tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana, sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del ordenamiento, siendo instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica" (Peces-Barba, Gregorio: Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 37).

Consecuentemente, si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la Norma Fundamental) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo (artículo 1 de la Constitución). (...)

2.4.3. Distinción entre principios, directrices y reglas

En el acápite anterior, se ha señalado que las normas que tutelan derechos fundamentales son calificadas como principios, en tal sentido, resulta importante para la presente investigación, establecer la diferencia entre principios, reglas y directrices. Atienza y Ruiz Manero (2016), poniendo como ejemplo la Constitución Española⁴ sostienen que la diferencia entre estas tres normas, desde un punto de vista estructural radica en que:

(...) las reglas tienen una estructura condicional, formada por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica cerrada, es decir establece los supuestos de hecho a los que se aplica de manera específica y la consecuencia también está ya determinada; a diferencia de los principios que presentan un supuesto de hecho abierto y una consecuencia jurídica cerrada, que significa que no determina a qué casos concretos habría que aplicarlos, pero sí establece la consecuencia jurídica. Finalmente precisan que la directriz dejaría abiertos tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica, pues no se indica en qué casos se debe desarrollar una acción dejando a su vez abierta el resultado que se pretende alcanzar. (Citados por Marina Gascón y Alfonso J. García, pp. 254-256).

2.5. Principio de Promoción del Matrimonio y Protección de la Familia como Directriz constitucional.

La presente tesis se centra en la necesidad de deconstruir el contenido del principio de protección de la familia y promoción del matrimonio

⁴ Ejemplo de principio: el artículo 14 de la Constitución: “Los españoles son iguales ante la ley, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Ejemplo de regla: el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores: “El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo igual el mismo salario (...) sin discriminación alguna por razón de sexo”.

Ejemplo de directriz: El artículo 40.1 de la Constitución: “Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo”.

establecido en el artículo 4 del texto constitucional. Esta disposición constitucional recoge una directriz, que se halla ligada a otros derechos fundamentales como el derecho a constituir una familia, regulado en el art. 17 de la Convención Americana de los Derechos Humanos⁵, el derecho a la igualdad ante la ley contemplado en el artículo 2° inc. 2° de la Constitución Política del Perú y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Tales derechos fundamentales encuentran su sustento en el paradigma del Estado Constitucional Derecho, que en suma propugna la constitucionalización del ordenamiento jurídico; en el cual el centro gravita en la Dignidad humana: “no instrumentalización del ser humano”, por considerarlo como un fin en sí mismo y no un instrumento para alcanzar algo. Así todo gira en base al ser humano y su dignidad; reconocida en el artículo 1 de la Constitución al establecerse: “La defensa de la persona humana y su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”⁶, lo que definitivamente involucra la incorporación de la base moral al Derecho.

⁵ El Art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad. No indica la Convención a qué tipo, o tipos, de familia se refiere. Aplicando el principio jurídico de que no se puede distinguir donde la ley no distingue, se debe entender que la Convención establece una protección general para todas las familias, independientemente de cuál sea su composición. En todo caso, corresponde a la legislación nacional establecer las regulaciones particulares, sin detrimento del derecho esencial establecido en este instrumento internacional. En ese sentido, podemos asegurar que la normativa interamericana garantiza la protección de todas las familias, y que la legislación nacional no podría establecer distinciones, exclusiones o restricciones a este derecho, que vendrían a constituir discriminaciones contrarias al estándar que establece la normativa.

⁶ “La dignidad de la persona humana es el presupuesto ontológico para la existencia y la defensa de sus derechos fundamentales. El principio genérico de respecto a la dignidad de la persona por el sólo hecho de ser tal, contenido en la Carta Fundamental, es la vocación irrestricta con la que debe identificarse todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho. En efecto, este es el imperativo que transita en el primer artículo de nuestra Constitución”. Exp. N° 010-2002-AI/TC, f.j. 217.

La dignidad humana, a partir de la teoría dualista que se caracteriza por manejar una idea de moral que se constituye en su presupuesto; parte de la necesidad de la delimitación del individuo como sujeto moral, “conceptualizado como aquel ser dotado de libertad de elección, y, por tanto, con posibilidad para elaborar planes de vida” (De Asís, 2001, p. 33); lo cual, supone considerar a los hombres y mujeres, como elementos esenciales del discurso moral, como sujetos racionales capaces de elaborar y proponer planes de vida y llevarlos a la práctica, poseyendo así los sujetos morales, la capacidad para elegir (libertad de elección) y orientar su existencia hacia la consecución de determinados planes de vida (libertad moral), ello implica incluir cualquier plan de vida, el que posee un valor proyectado en todos los seres humanos de forma igual, por lo que no cabe establecer diferencias entre seres humanos en lo referente a su libertad moral; siendo así, la libertad de elección genera valorar su uso (autonomía) y su posibilidad (independencia), lo que se traduce en la exigencia de respecto a la integridad moral; concluye De Asís (2012), en que el discurso de los derechos se mueve desde el reconocimiento en los seres humanos de su posibilidad de elegir diferentes planes de vida, limitado sólo por su incidencia en la efectiva posibilidad de elección de otros, esto es, por su incidencia en la satisfacción de las necesidades básicas de otros.

El paradigma del Estado constitucional se caracteriza, a decir de Guastini por los siguientes factores: La rigidez constitucional, la garantía jurisdiccional de la Constitución, la fuerza normativa vinculante de la Constitución, la interpretación extensiva de la Constitución, de tal modo

que de ella pueden extraerse gran cantidad de normas y principios implícitos, la aplicación directa de la Constitución, la interpretación de las leyes conforme a la Constitución y la fuerte influencia de la Constitución en el debate y procesos políticos.

Aguiló Regla (2007) precisa que:

(...) el tránsito del imperio de la ley al Estado Constitucional implica la distinción tajante entre estática y dinámicas jurídicas a la concepción del Derecho como práctica; esto es que “El Derecho tiende a verse como una realidad social muy compleja y fluida que desborda por completo el anterior marco de objetivación. Se parte de la idea de que la existencia, la estructura y los contenidos del Derecho dependen radicalmente de las creencias de aquellos que usan el derecho (ya sean aceptantes, participantes o meros usuarios). El Derecho no es pues, algo que esta fuera de los sujetos sin más, sino algo que depende muy centralmente de su práctica social. No hay en este sentido oposición entre la objetividad del Derecho (normas y procedimientos) y su práctica. Ello supone una revisión total de la noción misma de conocimiento jurídico, pues éste ya no puede pretender ser meramente descriptivo (sin implicaciones valorativas y normativas), y pasa a ser reconstructivo, de una práctica social que, si bien está dotada de sentido, nunca es tan homogénea como para que, mediante observación sea posible realizar sin más una descripción completa de la misma. Por otro lado, el Derecho como práctica presenta múltiples elementos que se hallan en una tensión interna, cuya armonización operativa obliga a realizar elecciones llamadas a ser justificadas y no descritas (p. 674).

Sustento filosófico que fundamenta la tesis, en tanto, el concebir el principio de promoción del matrimonio como directriz constitucional, respondía no solo a una política estatal, sino sobre todo a aquello que valorativamente la sociedad en su conjunto consideraba importante y necesario; situación que con el transcurso de los años ha variado, pues no es ya, lo que el conjunto social aprecia, por el contrario, hoy resulta importante el entender que se puede fundar familia a partir del matrimonio y la unión de hecho, pero reconociéndoles iguales derechos y

garantizando la misma protección; por tanto esta nueva manera de concebir estas instituciones es perfectamente atendible, si tenemos en cuenta al Derecho como práctica y las implicancias valorativas inherentes al mismo, y no solo a su dimensión autoritativa enarbolada por el positivismo, la cual pone énfasis en las normas y procedimientos sin necesidad de realizar valoraciones de ningún tipo. Asimismo, obliga a reflexionar respecto a si dadas esas actuales concepciones valorativas, el hecho de proveer mejor seguridad jurídica al matrimonio respecto a las uniones de hecho, en un contexto actual, por el contrario generaría afectación a ciertos derechos fundamentales; y por ello resulta totalmente justificado el tomar la opción contraria, bajo el respaldo de un paradigma filosófico, que permite entender el alto contenido valorativo del derecho y que exige en la actualidad un tratamiento igualitario de ambas formas de constituir familia.

El fundamento filosófico para la deconstrucción de esta directriz constitucional, se explica a partir de la teoría del Constitucionalismo post positivista desarrollada por Manuel Atienza (2014) para quien:

(...) los textos de nuestras propias Constituciones ofrecen casi siempre, al jurista la posibilidad de llegar a una solución justa sin salirse del Derecho (...), es necesario interpretar la Constitución a la luz de una filosofía moral y política de carácter sustantivo; en palabras de Dworkin “habrá que remontarse a la filosofía que sea compatible con los materiales autoritativos del Derecho y que suponga el mayor desarrollo de los fines y valores que conforman la práctica constitucional”; no debe ser un punto de partida la existencia de un orden preciso de valores; sino que éste va a tener que ser encontrado e incluso irá construyéndose. Así, precisa el citado autor, que “el Derecho del Estado Constitucional es el mejor de los históricamente existentes, y no lo es por las consideraciones formales, sino por el carácter sustantivo: por los valores que trata de proteger”, que en el caso que sustentamos se centran en el derecho a fundar una familia y la igualdad ante la ley. (p. 12)

Lo precisado anteriormente, encuentra justificación además en la afirmación de la naturaleza dual del Derecho, que en palabras de Robert Alexy, se explica en distinguir un componente de positividad y otro de idealidad del Derecho vinculado este último con la pretensión de corrección; considerando como hizo Nino que las normas jurídicas no suponen por sí mismas razones justificativas autónomas, de manera que el razonamiento jurídico tiene que abrirse a las razones morales. Esta postura de la naturaleza dual del Derecho, es explicada por Atienza (2014):

(...) en tanto el Derecho debe ser concebido como una praxis: algo que se va construyendo y en lo que todos participamos; sus fines abstractos serán siempre los mismos (lograr un orden social, asegurar una cierta idea de justicia), pero los cambios en las condiciones históricas de las sociedades, que se traducen en cambios en el sistema jurídico, repercuten también en la manera de contemplar y de participar en esta actividad, es decir en la forma de concebir el Derecho. (p. 14)

Se respalda así, la necesidad de replantear el contenido del principio de protección de la familia y promoción del matrimonio, pero no a partir de una reforma constitucional (que dada la característica de rigidez constitucional, es de última ratio), sino que, en base al propio orden constitucional permita darle un sentido y comprensión distinta; atendiendo a que la forma en que concebimos el Derecho tiende a variar conforme la sociedad históricamente se transforma, pues, es imposible pretender bajo la postura del constitucionalismo, la ordenación de una conducta con validez perpetua y para todas las sociedades, ni mucho menos creer que el Derecho es solo aquello impuesto por la autoridad, sino una creación humana cuyo sentido es satisfacer ciertos valores que se plasman en los

derechos fundamentales y que se justifican y se dinamizan atendiendo al propio texto constitucional; en pocas palabras que se sustentan en una Constitución “viva”. Postura que coincide con lo manifestado por Esborraz (2015), para quien la constitucionalización del derecho de familia, genera la necesidad de una nueva lectura de la normatividad familiar a la luz de los textos constitucionales y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, y por ende una distinta manera de abordar las interpretación y aplicación de las normas que regulan relaciones familiares; generando el reconocimiento de una familia democrática y pluralista, y en consecuencia una reconsideración de la institución familiar desde la perspectiva de los derechos humanos.

CAPÍTULO III

EL ORDEN PÚBLICO FAMILIAR PERUANO. PRINCIPIOS QUE LO SUSTENTAN

3.1. Concepto de Orden Público.

Resulta necesario precisar el concepto, tanto de modo general, como a partir de la calificación y existencia de un “orden público constitucional”, así, Landa Arroyo (2017) al referirse al orden público en general, precisa:

(...) el orden público es aquel mínimo indispensable establecido por el Estado para la convivencia pacífica y armónica de la sociedad, atendiendo a los fines señalados por nuestra Constitución política y los mandatos que de ella deriven, en atención al mínimo indispensable se establece normas, las cuales, al ser aprobadas por el Parlamento resultan imperativas, es decir no admiten pacto en contrario. Son producto de la voluntad democrática y en ella se sustentan –o deberían hacerlo. Así las cosas, el orden público es como un contorno que limita la actuación de los particulares. (p. 153)

Juan Espinoza Espinoza (2005), comentando el artículo V del Título preliminar del Código Civil, señala que la autonomía privada, tiene límites impuestos a través de prohibiciones especiales y generales; y es dentro de éstas últimas que encontramos al orden público y las buenas costumbres. Precisa que está compuesto por principios no sólo de índole jurídico, sino también de carácter social, cultural, económico, moral, entre otros, sobre los cuales se cimienta la organización y estructura de una sociedad, señalando que puede advertirse una arista estática de orden público, como límite a la autonomía privada, y una arista dinámica, referida a la necesidad de adecuar el contenido a la nuevas exigencias sociales, y por tanto al reconocimiento de que deberá ser visualizado no de modo

inmutable, sino en atención a los propios cambios que fluyen de las relaciones y tolerancias sociales.

El Tribunal Constitucional precisa respecto al orden público que:

(...) es el conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida co-existencial. En tal sentido, consolida la pluralidad de creencias, intereses y prácticas comunitarias orientadas hacia un mismo fin: la realización social de los miembros de un Estado. El orden público alude a lo básico y fundamental para la vida, razón por la cual se constituye en el basamento para la organización y estructuración de la sociedad.⁷

El orden público se presenta así, como una limitación a la autonomía privada, expresado muchas veces, a través de normas imperativas; y está en estrecha relación con lo que ocurre en un espacio y tiempo determinados.

Compartimos, la postura de Landa Arroyo (2018), cuando afirma, que solo adquiriría un sentido concreto si nos referimos al orden público constitucional, es decir, al conjunto de valores, principios y normas de orden superior y de ineludible cumplimiento que se encuentren reguladas por el ordenamiento constitucional, sustentando su opinión en la propia postura del Tribunal Constitucional que ha enfatizado la importancia del orden público constitucional, identificándolo con el sometimiento de la vida privada y pública a la Constitución y al sistema de principios y valores que ella consagra, argumento desarrollado en la STC 0017-2003-AI-TC. Así, el contenido del artículo V del Título Preliminar del Código Civil, debe necesariamente ser interpretado a la luz del texto constitucional.

⁷ STC 03283-2003-AA- 15-06-2004, fs. 28.

Ello nos lleva a aseverar que el contenido del orden público se halla en exacta correspondencia con el respeto y primacía de valores fundamentales establecidos en la Constitución, pero entendido y aplicado en un contexto real actual, y no estancado en el tiempo; pues, recordemos que una de las características más resaltantes del orden público es que es un concepto dinámico que responde a la exigencia social, y que varía en el tiempo, justamente por la necesidad de adecuación a las exigencias, necesidades y tolerancias que como sociedad avalamos. Al respecto, resulta importante citar uno de los argumentos expuestos por el Abogado del Estado, en la STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012 emitida por el Tribunal Constitucional español, al explicar que el contenido de las garantías institucionales - en el caso se refería al matrimonio-, el cual debe ser entendido así:

(...) Además, se recuerda que el Tribunal Constitucional tiene declarado que el histórico no es el criterio relevante para definir el contenido de las garantías institucionales. Su contenido va redefiniéndose con la evolución de la conciencia social, y si ello no fuese así las Constituciones estarían condenadas a ir pereciendo en un proceso de alejamiento de la realidad que deben disciplinar. El Tribunal tiene señalado que dichas garantías no aseguran un contenido concreto fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Por ello, para que puedan entenderse vulneradas es necesaria la concurrencia de dos requisitos: que la institución sea limitada, de tal modo que sea privada de sus posibilidades de existencia real; y segundo, que se vulnere la imagen que la conciencia social tiene de la misma, que quedaría irreconocible. En el caso que nos ocupa, prosigue el Abogado del Estado, falta evidentemente el primero de los elementos, puesto que después de la entrada en vigor de la reforma los heterosexuales pueden seguir contrayendo matrimonio en las mismas condiciones que lo hacían antes. Al no suponer ningún recorte de los derechos de las parejas del mismo sexo, la institución matrimonial no habría sido limitada, sino, en todo caso, ampliada en su ámbito subjetivo (...).

Es oportuno citar este párrafo, en tanto explica de manera muy precisa, la necesidad de entender las instituciones en un contexto actual y real, y no en el momento histórico en el que fueron creadas. Afirmación que se aplica plenamente respecto al contenido dinámico del orden público constitucional en el ámbito familiar.

3.2. Principios del Orden Público familiar peruano.

3.2.1. Principio de Protección de la Familia y Promoción del Matrimonio.

La Constitución Política del Perú en su artículo 4 dispone que la comunidad y el Estado protegen a la familia y promueven al matrimonio, reconociéndolos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

De la redacción de la primera parte de este artículo, se infiere que la disposición constitucional está dirigida a la protección de cualquier tipo de familia, independientemente de su origen, ello significa, que puede tratarse de una familia matrimonial, convivencial, reconstituida, monoparental. No está en discusión para recibir protección jurídica el origen de la familia, lo que no ocurría con los textos constitucionales anteriores en los que por ejemplo en el artículo 5 de la Constitución Política de 1979⁸ se condicionaba la protección de la familia, a aquella de origen

⁸ “El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación. Las formas del matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley”.

matrimonial y respecto a las uniones de hecho, había una tenue referencia y protección (solo reconociendo derechos patrimoniales) y en las cartas constitucionales anteriores, simplemente no recibía protección jurídica.

Varsi (2011) precisa que “esta protección a cualquier tipo de familia, tiene estrecha conexión, con cada periodo histórico de las sociedades, pues, la familia ha sido tomada y moldeada bajo la influencia de concepciones religiosas, políticas, sociales y morales; surgiendo -dentro del derecho- las figuras del matrimonio religioso con efectos civiles, el matrimonio civil y las uniones estables”. (p.11)

Es debido a los cambios sociales, económicos y tecnológicos, experimentados en las últimas décadas, que según lo explicado por Haro Bocanegra (2013), “se han ido optando por aquellas formas o arreglos familiares distintos al modelo consagrado y por ende que se proceda a regular otro tipo de uniones de carácter estable, conocidas como uniones de hecho”⁹ (p. 3), definidas por el profesor Marco Torres Maldonado (2016) como “una modalidad de convivencia plenamente aceptada que no solo conforma una alternativa al matrimonio, sino que en muchas ocasiones, según García Rubio, lo precede a modo de matrimonio de prueba (*trial marriage*) o se intercala como modo de vida entre dos matrimonios de una persona” (p. 197); permitiendo con ello a los sujetos elegir

⁹ La legislación peruana equipara los conceptos de “Concubinatos” y “Unión de Hecho” (artículos 326 y 402, inciso 3 del Código Civil).

entre el matrimonio y la convivencia como formas de constituir familia.

Resulta importante, resaltar la postura que en el derecho español se viene manejando respecto al reconocimiento de nuevas formas de constituir familia, tal y como se ve desarrollado en el fundamento 5 de la Sentencia del Tribunal Constitucional español (STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012)¹⁰:

(...) Aunque la demanda conecta en varias ocasiones la protección constitucional del matrimonio (art. 32 CE) con la de los diversos apartados del art. 39 CE por considerar que estos últimos tienen su fundamento principal en el matrimonio tradicional, debemos recordar que matrimonio y familia son dos bienes constitucionales diferentes, que encuentran cabida en preceptos distintos de la Constitución por voluntad expresa del constituyente, de modo que “el texto constitucional no hace depender exclusivamente el concepto constitucional de familia a la que tiene su origen en el matrimonio ... ni tampoco la limita a las relaciones con descendencia” (STC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 5 y jurisprudencia allí citada). Por tanto, son dignos de protección constitucional los matrimonios sin descendencia, las familias extramatrimoniales o monoparentales (STC 222/1992, de 11 de diciembre) y, sobre todo, los hijos a los que el art. 39 CE, que “refleja una conexión directa con el art. 14 CE” (STC 154/2006, de 22 de mayo, FJ 8), protege “con independencia de que éstos hayan sido concebidos dentro o fuera del matrimonio (art. 39.3 CE), de que se haya producido la nulidad matrimonial, la separación legal o la disolución del matrimonio por divorcio (art. 92 del Código civil) o incluso, en fin, de que el progenitor quede excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas (arts. 110 y 111 in fine, CC).” (STC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 5 y jurisprudencia allí citada). Dicho lo anterior, es cierto que, hasta la fecha, la interpretación del art. 39 CE no ha llevado a este Tribunal a definir un concepto constitucional de

¹⁰ Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil (CC) en materia de derecho a contraer matrimonio, publicada en el “Boletín Oficial del Estado” de 2 de julio de 2005.

familia, y no siendo tampoco este el momento para elaborarlo, ello no impide determinar que en el art. 39 CE se incluirían las familias que se originan en el matrimonio, pero también a las que no tienen ese origen (STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 4). Cabe recordar aquí que asimismo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desconecta el derecho a contraer matrimonio y la garantía de protección de la familia, cuando establece que el concepto de vida familiar protegido por el art. 8 CEDH no se reserva únicamente a las familias fundadas en el matrimonio, sino que puede referirse también a otras relaciones de facto (entre otras muchas SSTEDH en los asuntos X, Y y Z c. Reino Unido, de 22 de abril de 1997, § 36; y Van Der Heijden c. Países Bajos, de 3 de abril de 2012, § 50). (...)

Se infiere de este apartado, la importancia de entender al matrimonio y la familia como dos bienes constitucionales que si bien es cierto están estrechamente relacionados, son diferentes, eso se traduce en que no puede hacerse depender la existencia de la familia al matrimonio, y en consecuencia, aquellas otras formas de constituirla, resultan también merecedoras de protección jurídica.

Así, quedó plasmado, en la Constitución peruana de 1993, norma en la cual se logró una mejor protección jurídica a las uniones de hechos, pues en palabras de Plácido (2001) “se evidencia que se protege a un solo tipo de familia, sin importar que sea de origen matrimonial o extramatrimonial, sin considerar su base de constitución legal o de hecho” (p. 24); sin embargo, de la redacción del propio artículo se advierte que se promueve al matrimonio, ello significa que a diferencia de la Constitución de 1979 que disponía que a la familia que se protege es a la de base matrimonial; la actual

carta magna protege a todo tipo de familia (matrimonial, convivencial), pero promueve a la que nace del matrimonio; fomentando consecuentemente la celebración del matrimonio y procurando su conservación; dotándole de mayores derechos, condiciones y seguridad jurídica; por lo menos así, fue concebida esta norma constitucional.

Varsi (2011) explica el principio de promoción del matrimonio, bajo el entendido de que el Estado le otorga una serie de ventajas en comparación a las demás uniones, pues establece por ejemplo la consagración directa de la filiación, la elección del régimen patrimonial, y a falta de ésta, el establecimiento de la sociedad de gananciales, el derecho a heredar entre cónyuges, el derecho de alimentos, el derecho de la mujer a llevar el apellido del marido, haciéndolo más atractivo para quienes deseen gozar de esas ventajas.

Es este el contenido y la lectura inicial del principio de protección de la familia y promoción del matrimonio, pues si bien es cierto se reconocía ambas formas de constituir familia (matrimonio y uniones de hecho), otorgándoles un estatus similar a éstas últimas; la tendencia a nivel legislativo e incluso jurisprudencial se orientaban a fomentar, estimular e incentivar que las personas escojan el matrimonio como una forma más estable y segura de constituir familia. Lo mismo ocurría con la propia opinión de los entendidos en derecho, que como hemos descrito anteriormente, se referían a la unión de hecho como un fenómeno social que habría que regular,

dada la inclinación y tolerancia social, sin embargo, no habría que promoverlo, por el contrario se ponía énfasis en dotar de seguridad al matrimonio para hacerlo más atractivo; siguiendo con ello la pauta del constituyente de 1993, tal y como se ha descrito en la parte introductoria de la tesis al hacerse referencia al Diario de Debates de la Constitución.

3.2.2. Principio de amparo a las uniones de hecho.

Este principio se halla regulado el artículo 5 de la Constitución¹¹, extiende la protección a las familias constituidas a partir de las uniones voluntarias realizadas y mantenidas entre un varón y una mujer, sin impedimento matrimonial, es decir a las denominadas uniones de hecho propias; en consecuencia reconoce efectos jurídicos, los mismos que son de naturaleza personal y patrimonial semejantes a los del matrimonio.

Plácido (2001) precisa que:

(...) la tesis de la apariencia al estado matrimonial no trata de amparar directamente a la unión de hecho, sino de elevarla a la categoría matrimonial cuando asume similares condiciones exteriores, esto es, cuando puede hablarse de un estado aparente de matrimonio, por su estabilidad y singularidad. Con ello no se aprueba ni fomenta la unión de

¹¹ “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”.

hecho, pero tampoco se desconsideran hechos sociales muy generalizados, que hay que procurar causen los menores daños posibles. (p. 25)

De la propia cita del autor, podemos entender que la protección a las familias constituidas a partir de una unión de hecho se justificó en la necesidad de que siendo base de una familia y dada la tendencia social a formarlas, habría que protegerlas, pero ello no implicaba de modo alguno fomentarlas. “La regulación jurídica de la unión de hecho debe tener por objeto imponerle mayores cargas legales, haciéndola menos atractiva, lo que virtualmente fomentará el matrimonio” (Plácido 2001, p.26).

El modelo familiar tradicional se levanta sobre los elementos de heterosexualidad, conyugalidad, monogamia, procreación y autoridad patriarcal, concibiéndose a este tipo de familia como la “célula básica de la sociedad”, lo que significó que otras formas de organización familiar sean consideradas al margen del Derecho por no adecuarse al modelo natural; sin embargo, son quienes no se adecuaron al paradigma histórico de familia, los que han transformado lo instituido como convencional y reclaman su reconocimiento como familia, implicando ello rechazar la prerrogativa de preferencia que ostenta la forma tradicional (Marisa Herrera y Verónica Spaventa, 2006)

Varsi (2011) afirma que “Las uniones estables han dejado de ser solo una costumbre extendida pasando a ser toda una realidad. El

problema actual es que la ley sigue diferenciándolas del matrimonio colocándolas en un segundo plano” (p.260). Nótese que la apreciación del autor recoge una postura hasta aquella fecha admitida como cierta e irrefutable, nos referimos, al hecho de que a partir del texto constitucional lo que se pretendía era dar un trato diferenciado y provisto de menos seguridades jurídicas a la unión de hecho.

Esta manera de abordar instituciones como familia, matrimonio y uniones de hecho muy clara y justificada en su tiempo; no estuvo ajena a ser influenciada por instrumentos internacionales que el Perú firmó y ratificó, tales como el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, instrumento en el que se reitera el criterio extenso y progresivo de la Declaración Americana respecto al derecho que tiene toda persona de constituir familia, el cual se ejerce de conformidad a las disposiciones internas¹²; instrumento ratificado en 1988, y que se hallaba vigente a la dación de la Constitución de 1993, implicando el cumplimiento por parte del Perú y el respeto y realización del derecho a formar una familia. Entonces, como afirma Medina, citada por Plácido (2015):

(...) el conjunto de derechos que compone el catálogo constituye el mínimo exigible al Estado, todo alienta para que agregue otros derechos en su ordenamiento jurídico nacional, para que amplíen el alcance de un derecho o para que mejore las posibilidades de ejercicio y goce de los

¹² Art. 2 inc. 15.

derechos existentes. El sistema internacional de promoción y protección de los derechos humanos está diseñado para propender a la progresividad (p. 219). Como consecuencia de ello, precisa Plácido (2015), se acogió en nuestro sistema jurídico interno la desvinculación entre familia y matrimonio, cuyo fundamento central se hallaría en el artículo 3 de la Constitución que permite reconocer derechos fundamentales no enumerados que surjan de la dignidad humana.

Así, la institución familiar exigía ser releída en base a los instrumentos internacionales firmados y ratificados por el Perú, que contienen disposiciones relacionadas con la familia, tales como:

A nivel universal: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que entró en vigor para el Perú el 28 de julio de 1978, la Convención contra toda forma de Discriminación a la Mujer, que entró en vigor para el Perú el 13 de octubre de 1982, la Convención de los Derechos del Niño, que entró en vigor para el Perú el 04 de octubre de 1990.

A nivel interamericano: La Convención Americana de los Derechos Humanos, que entró en vigor para el Perú el 28 de julio de 1978, la Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer que entró en vigor para el Perú el 04 de junio de 1996.

Fernández (2003), refiere que se aborda con particular relevancia en estos instrumentos internacionales los siguientes derechos: El derecho a fundar una familia, el principio de igualdad y no discriminación en las relaciones familiares, el derecho al matrimonio, las uniones de hecho y el divorcio, los derechos

sexuales y reproductivos, y las responsabilidades familiares compartidas. Regulación internacional que significó para los estados parte, una relectura de las instituciones familiares en consonancia con los derechos humanos.

3.2.3. Principio de Igualdad de derechos de los hijos.

La igualdad significa que las personas poseen el mismo sentido y valor ante la ley, mereciendo por tanto un trato análogo. Este principio se halla consagrado en el artículo 6¹³ de la Constitución, y se denomina estrictamente como igualdad de categorías de la filiación. Surge en contraposición a la antigua categorización existente entre aquellos hijos que nacían dentro del matrimonio, denominados legítimos y aquellos nacidos fuera del matrimonio, a los que se denominaba ilegítimos. Se afirma ahora la existencia de unidad de la filiación, otorgándoles los mismos derechos a todos los hijos, independientemente del estado civil de sus padres, de la manera como fueron procreados. Legislativamente se ve reflejado en la prohibición expresa de hacer referencia a la naturaleza de la filiación en las partidas de nacimiento u otro documento de identidad.

¹³ "(...) Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier documento de identidad".

CAPÍTULO IV

LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE IGUALDAD, LIBERTAD Y NO DISCRIMINACIÓN

4.1. Principio de Igualdad

Hace referencia a la semejanza, similitud, equidad entre las personas, sin beneficiar, ni perjudicar a nadie; así puede afirmarse que las personas tienen el mismo valor ante la ley. Se halla consagrado en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución¹⁴. “En virtud del principio de igualdad, puede decirse que toda diferencia debe ser fundamentada, tener una lógica y una racionalidad compatible con los cánones establecidos en la Carta Magna. Partiendo de estos presupuestos, cualquier discriminación o diferenciación de trato puede considerarse inconstitucional”. (Varsi 2011, p. 112)

Respecto al contenido protegido de este derecho principio, el Tribunal Constitucional en la sentencia expedida en el Exp. Nro. 03525-2011-PA/TC-Ayacucho ha establecido que, 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

¹⁴ Artículo 2°.- “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.”.

de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.

4.2. Principio de Libertad

Se lo denomina también como autodeterminación, implica el derecho a la libre decisión; significa reconocer la capacidad que tiene cualquier sujeto para realizarse con plena autonomía dentro de sus relaciones tanto en el ámbito social como familiar. Varsi (2011) precisa: “Es el derecho de la persona de actuar sin restricciones siempre que sus actos no interfieran con los derechos equivalentes de otras tomando en consideración que, como derecho, está ligada al interés social”. (p.250)

En la esfera familiar involucra la facultad que tiene cualquier persona de decidir entre la convivencia y el matrimonio, con la seguridad de que ambas instituciones van a ser objeto de protección jurídica.

4.3. Principio de No discriminación

Como complemento al principio de igualdad, en el artículo 2 inciso 2, segunda parte de la Constitución, se establece que ninguna persona podrá ser discriminada en razón al sexo, raza, religión, origen, idioma, condición económica o de otra índole.

Díaz Revorio (2015) afirma que “la discriminación implica tratar a una persona (o a un grupo) de una manera no sólo diferente, sino inferior a la que debía corresponderle, normalmente en base a una condición o circunstancia personal o a su pertenencia a una minoría o colectivo tradicionalmente preterido”. (p. 61)

Significa entonces, que la razón inicial que justificaba la diferenciación en el trato legal y jurisprudencial a las uniones de hecho, por considerarlas menos estables, poco seguras, algo informales frente al matrimonio; carece de sustento resultando irrazonable y atentatoria a la dignidad humana.

CAPÍTULO V

EL MATRIMONIO Y LAS UNIONES DE HECHO

5.1. Matrimonio

5.1.1. Concepto

“La palabra matrimonio se usa para designar el acto creador de la unión conyugal, esto es el compromiso que asumen los contrayentes para cumplir los deberes que impone el matrimonio estado” (Cornejo, 1998, p. 60). Se advierte así, que el concepto engloba dos situaciones distintas pero estrechamente vinculadas; por un lado se hace referencia al acto jurídico mismo de celebración, matrimonio acto y por otra lado se refiere a las consecuencias derivadas de la celebración del matrimonio a lo que en doctrina se denomina matrimonio estado, es decir, la relación jurídica en la que quedan vinculados varón y mujer que devienen en cónyuges, y que se mantiene en tanto permanezca la unión marital.

5.1.2. Elementos estructurales del matrimonio

A. La Unidad: Se refiere a la forma monogámica del vínculo matrimonial; es decir, “está dada por la comunidad de vida a que se hallan sometidos los cónyuges como consecuencia del vínculo que los liga y que está implícito cuando se alude a la institucionalización de la unión intersexual de un solo hombre con una sola mujer” (Plácido, 2002, p.56). Es así que la ley impide la subsecuente formación de un nuevo vínculo matrimonial, si existiese un vínculo matrimonial preexistente que afecte a alguno

de los aspirantes al matrimonio, excluyendo así toda forma de poligamia.

B. La Permanencia: Esta característica se refiere a que el matrimonio se contrae con la intención de que alcance estabilidad en el tiempo, descartando toda unión efímera; es decir, que perdure a fin de que dicha estabilidad quede garantizada y protegida por la ley, generando así seguridad y estabilidad jurídica. Pero se debe tener en cuenta que la permanencia o como es conocida, la estabilidad del matrimonio, es muy diferente a la indisolubilidad¹⁵.

C. La Legalidad: Esta característica es apreciada desde dos perspectivas; la primera se refiere al matrimonio – acto, relacionado con la celebración de las nupcias según las formalidades impuestas por la ley, y la segunda en cuanto al matrimonio estado constituido por los deberes y derechos que nacen del mismo, los cuales son inderogables por la autonomía privada, constituyendo un estatuto forzoso para los cónyuges.

5.1.3. El régimen del matrimonio como relación jurídica

5.1.3.1. Deberes y derechos que nacen del matrimonio (efectos de carácter personal)

A. Deber de fidelidad: Se desprende del matrimonio monogámico que excluye toda posibilidad de que alguno o ambos cónyuges mantengan relaciones sexuales con un tercero, y además

¹⁵ “La indisolubilidad atañe a la posibilidad de que el vínculo matrimonial pueda extinguirse no obstante, haber sido válidamente constituido, en razón de hechos naturales o circunstancias voluntarias. Entre las primeras mencionamos la muerte de uno de los cónyuges, y entre las segundas, el divorcio vincular” (Plácido, 2002, p.56).

excluye también toda relación que surta una apariencia comprometedora o lesiva para la dignidad del otro; nos referimos así, a la fidelidad en sentido material conformada por el débito conyugal y la continencia sexual y a la fidelidad moral, referida al trato social, comportamiento del cónyuge frente a terceros, el cual no debe sobrepasar los límites del mero trato social.

B. Deber de asistencia: En cuanto a asistencia, dicha noción está conformada por un conjunto de presupuestos éticos, los mismos que podrían sintetizarse en el concepto de solidaridad conyugal. Siendo así en sentido amplio, la asistencia queda entendida como la ayuda mutua, el respeto recíproco, los cuidados materiales y espirituales que los cónyuges deben ofrecerse el uno al otro. En cuanto a la asistencia en sentido estricto, se refiere a los alimentos traduciéndose en valores económicos, los mismos que comprenden lo necesario para el sustento, vestido, habitación, asistencia médica; en otras palabras se traduce en una subsistencia material. Este deber se encuentra influenciado por el principio de igualdad jurídica, y en atención a ello se entiende que la obligación alimentaria es recíproca, por lo cual ambos se encuentran en la obligación de contribuir a la satisfacción de las necesidades acarreadas del matrimonio en la medida de sus posibilidades, pero no solo en lo que se refiere al aspecto económico, sino también en lo relacionado a otros aportes de carácter doméstico.

C. Deber de cohabitación: Hace referencia a la comunidad de vida entre los cónyuges, lo que no se refiere estrictamente a la cohabitación de ambos cónyuges bajo el mismo techo, sino que también se encuentra relacionado con la obligación que cada esposo está obligado a cumplir con respecto al otro. Este deber no exige convivencia material en todo momento, pues podría ocurrir que por razones de interés familiar se deba suspender la cohabitación, conforme lo señala el artículo 289 del Código Civil¹⁶, permitiéndose por tanto la interrupción de la cohabitación si nos encontramos en alguno de los supuestos contemplados en la citada norma.

5.1.3.2. Regímenes patrimoniales del matrimonio (efectos de carácter patrimonial).

El contenido patrimonial del matrimonio está referido a los regímenes patrimoniales que rigen la administración y disposición de los bienes de la sociedad conyugal. Al respecto el ordenamiento jurídico reconoce en el artículo 295 del Código Civil¹⁷ la existencia de dos regímenes: la

¹⁶ Artículo 289°.- Deber de cohabitación: Es deber de ambos cónyuges hacer vida común en el domicilio conyugal. El juez puede suspender este deber cuando su cumplimiento ponga en grave peligro la vida, la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges o la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia.

¹⁷ "Elección del régimen patrimonial: Antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento.

Si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad. Para que surta efecto debe inscribirse en el registro personal. A falta de escritura pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales.

sociedad de gananciales, que es definida como una comunidad de adquisiciones a título oneroso y la separación de patrimonios, basada en la total autonomía y separación de los bienes adquiridos antes y durante el matrimonio; regulando los derechos de opción y sustitución del régimen patrimonial, esto es, la posibilidad de elegir antes de la celebración del matrimonio uno u otro régimen, y en defecto de esa elección, supletoriamente establecer el de sociedad de gananciales y el derecho de sustitución, que se despliega dentro del matrimonio cuando ya se ha elegido algún régimen y lo que se pretende es cambiar a otro.

5.1.4. Decaimiento y disolución del matrimonio

El decaimiento se refiere a la separación personal de los cónyuges, sin que ello disuelva el vínculo matrimonial, se autoriza a los cónyuges vivir separados, pero se mantiene formalmente el vínculo. Esta institución es regulada en el Código Civil como separación de cuerpos, en tanto la disolución se establece a través del denominado divorcio vincular, el cual extingue el matrimonio y genera que los ex – cónyuges readquieran la aptitud nupcial, y por tanto puedan volver a contraer nuevas nupcias.

Los ordenamientos jurídicos organizan las causales de separación y divorcio, en atención a los sistemas de divorcio sanción y divorcio remedio, el primero basado en la existencia de causas inculpatorias derivadas de causas graves producto del incumplimiento de deberes conyugales, con la identificación de un cónyuge culpable

y uno inocente de la separación, por tanto, reserva la acción judicial para el cónyuge inocente, no pudiendo el culpable basar la demanda en hecho propio; además se establece la posibilidad de acumular la pretensión de indemnización por daños y perjuicios producto del incumplimiento de algún deber conyugal; tales causales se hallan contempladas en el art. 333 inc. 1 al 11 del Código Civil. El segundo sistema, se sustenta, conforme lo afirma Plácido (2001) en “la trascendencia de la frustración de la finalidad del matrimonio, en la ruptura de la vida matrimonial con prescindencia de si uno o ambos cónyuges son responsables de ello, por lo que cualquiera de ellos tiene legítimo interés para demandar” (pp. 191-192). Una expresión de este segundo sistema, la hallamos en los incisos 12 y 13 del acotado Código¹⁸, que recoge las causales de separación de hecho y separación por mutuo acuerdo. Conforme advertimos el Código Civil peruano se acoge a un sistema mixto, pues regula tanto causales propias del divorcio sanción como las relativas al divorcio remedio.

¹⁸ Son causas de separación de cuerpos: 1.- El adulterio. 2.- La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias. 3.- El atentado contra la vida del cónyuge. 4.- La injuria grave, que haga insoportable la vida en común. 5.- El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo. 6.- La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común. 7.- El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Artículo 347°. 8.- La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio. 9.- La homosexualidad sobreviniente al matrimonio. 10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio. 11.- La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial. 12.- La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335°. 13.- La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración il del matrimonio.1

5.2. Uniones de hecho

5.2.1. Concepto

Se las denomina también concubinato, pareja de hecho o matrimonio de hecho, matrimonio aparente, unión extramatrimonial, etc.; siendo la tendencia actual la denominación de unión estable. En nuestro país encontramos su antecedente más remoto en el servinacuy o matrimonio de prueba. Varsi (2012) precisa “Se constituye por la unión estable monogámica y voluntaria de dos personas heterosexuales, libres de impedimento matrimonial que da origen a una familia, siendo merecedora de protección por parte del Estado en condiciones de igualdad”. (p. 385)

La regulación legal, se establece en el artículo 326 del Código Civil¹⁹, el cual, se refiere a aquella unión de un hombre y una mujer, que, de manera estable y duradera, mantienen un vínculo de afectividad y realizan vida en común; generando derechos y obligaciones para sus integrantes; atributos y/o potestades que, para ser ejercidos y protegidos, necesariamente están condicionados a la declaración previa de su existencia que se realice

¹⁹ “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 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 725º, 727º, 730º, 731º, 732º, 822º, 823º, 824º y 825º del Código Civil se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge”.

voluntariamente ante el Notario o que se genere a través de una sentencia emitida por el Juez de familia.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente Nro. 06572-2006-PA/TC, fundamento 16, precisa:

[la unión de hecho] es la unión monogámica heterosexual, con vocación de habitualidad y permanencia, que conforma un hogar de hecho. Efecto de esta situación jurídica es que (...) se reconozca una comunidad de bienes concubinarios, que deberá sujetarse a la regulación de la sociedad de gananciales.

5.2.2. Clases

El criterio para esta clasificación, radica en el cumplimiento de los requisitos exigidos constitucional y legalmente para su reconocimiento y producción de efectos jurídicos. Así, podemos referirnos a:

A. Unión de hecho propia: Denominada también unión de hecho en sentido estricto o concubinato adulterino. “Es aquella que cumple con todos los requisitos establecidos por nuestra normatividad para generar efectos jurídicos, tanto personales como patrimoniales. Conformada por sujetos que se encuentran libres de impedimento matrimonial y por lo tanto, en cualquier momento pueden contraer matrimonio”. (Varsi, 2012, p.395)

Así, podemos afirmar, que este tipo de unión de hecho importa una relación jurídica muy similar al matrimonio, pero que se da, de manera voluntaria por la unión de varón y mujer en el plano de los hechos; pero que no han querido formalizar a través del matrimonio, pese a no tener impedimento para casarse, en suma, en pleno ejercicio a su derecho a la libertad han optado por convivir y no casarse.

B. Unión de hecho impropia

Se la denomina como concubinato en sentido lato, y a diferencia de la unión de hecho propia, los integrantes de la misma, tienen impedimento para poder contraer matrimonio entre sí; esto quiere decir, además que no se cumpla con los requisitos exigidos para reconocer su existencia, por ejemplo, alguno o ambos integrantes mantengan vínculo matrimonial previo con otra persona o se encuentra impedido de casarse por cualquier otra causal, se trate de uniones clandestinas y/o paralelas que no sean de público conocimiento; en todos estos casos, no califica como uniones de hecho propias, por lo que no serán merecedoras de protección jurídica similar al matrimonio; y conforme lo establece el artículo 326 del Código Civil, dará solo cabida a una acción de enriquecimiento sin causa.

5.2.3. Requisitos para su existencia

Haciendo una interpretación conjunta de la norma constitucional y la legal, se llega a establecer que para la existencia de la unión de hecho son necesarios los siguientes requisitos:

- A.** Unión de un varón y una mujer, por ende solo uniones heterosexuales.
- B.** La voluntariedad y permanencia en el tiempo.
- C.** La publicidad.
- D.** La inexistencia de impedimentos matrimoniales.

E. La persecución de finalidades similares al matrimonio (deberes, derechos y obligaciones), tales como hacer vida en común, fidelidad, asistencia.

F. La duración mínima de dos años.

5.2.4. Efectos personales y patrimoniales

A. Personales. En cuanto a los efectos personales, en la unión de hecho, de manera similar al matrimonio, se generan los deberes de fidelidad, asistencia y convivencia; sin embargo a diferencia del matrimonio, en la unión de hecho los deberes de fidelidad y asistencia tienen un estricto contenido moral, afirmamos a ello, porque su incumplimiento, no genera consecuencia jurídica alguna. Ello significa que no existe mecanismo jurídico que sancione por ejemplo la infidelidad, ni tampoco se le concede acción judicial al conviviente respecto a su pareja, cuando ésta se niega a cumplir su derecho alimentario durante la convivencia, únicamente se regula la posibilidad de exigir alternativamente una indemnización o una pensión alimenticia pero cuando la unión de hecho se ha extinguido. En cuanto al deber de convivencia, siendo la esencia de la unión de hecho, su incumplimiento trae como consecuencia, la extinción de esta forma de constituir familia.

B. Patrimoniales. Producto del principio constitucional de amparo de las uniones de hecho, actualmente es aplicable a los convivientes, el denominado régimen de comunidad de bienes, que se sujeta en lo que fuera aplicable a la sociedad de gananciales; siendo éste un régimen único y forzoso, sin posibilidad de elección y por ende de sustitución;

ello con la finalidad de no equiparar a las uniones de hecho con el matrimonio, precisándose en el artículo 326 del Código Civil, la aplicación del régimen de la sociedad de gananciales, con la condición de que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos, ello significa que no se aplicarán íntegramente todas las disposiciones del régimen en mención; por ello el conviviente no posee las siguientes facultades del régimen de sociedad de gananciales cuando los bienes se encuentran en una situación de comunidad de bienes: la representación de la sociedad concubinaria para actos de administración, conservación y necesidades ordinarias del hogar, la dirección y representación legal de la unión de hecho cuando el conviviente está impedido por alguna causa, la imposibilidad del conviviente de solicitar la posesión temporal de los bienes del ausente, ni la designación de un administrador judicial, en caso de que la unión de hecho termine por ausencia judicialmente declarada, el sistema de actuación conjunta en la adquisición de bienes sociales, para evitar que uno de los convivientes durante la unión de hecho adquiriera un inmueble solo a su nombre y lo inscriba como tal en los Registros Públicos, el sistema de actuación conjunta en la disposición de los bienes sociales, para evitar que el conviviente los transfiera a terceros sin participación de su pareja, el sistema de actuación conjunta en la constitución de hipoteca sobre los bienes sociales con el fin de obtener un crédito bancario para impedir que el conviviente grave los bienes sociales sin consentimiento de su pareja, el sistema de actuación

conjunta en la administración de los bienes sociales de la unión de hecho.

5.3. Modificaciones legislativas operadas respecto a las uniones de hecho y al matrimonio entre 1993 y la actualidad.

En los cuadros elaborados a continuación, se muestran las modificaciones a nivel legislativo introducidas entre el año 1993, fecha en la cual se incorporó el Principio de Protección de la familia y Promoción del matrimonio a nivel constitucional, y la actualidad; las mismas que se evidencian en los siguientes cuerpos legislativos: Código Civil, Código Procesal Civil, Ley de Competencia notarial en asuntos no contenciosos, Reglamento de la Ley general de donación y transplante de órganos y/o tejidos humanos, Ley de divorcio notarial y administrativo.

CUADRO 1
MODIFICACIONES LEGISLATIVAS UNIONES DE HECHO
CÓDIGO CIVIL

Artículo N°	Texto original	Norma modificatoria	Contenido
326	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.	Ley N° 30007 (17-03-2013). Art. 4 (adiciona el último párrafo).	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.
724	Son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, y el cónyuge.	Ley N° 30007 (17-03-2013). Art. 5.	Son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho.
816	"Orden sucesorio.- Son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge; del cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercero y cuarto grados de consanguinidad. El cónyuge también es heredero en concurrencia con	Ley N° 30007 (17-03-2013). Art. 6.	Órdenes sucesorios: Son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho ; del cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercer y cuarto grado de consanguinidad. El cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho también es heredero en concurrencia

	los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este Artículo”.		con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este Artículo.
2030	Actos y resoluciones registrables.- Se inscriben en este registro: (...) 9.- El nombramiento de tutor o curador.	Ley N° 30007 (17-03-2013). Art. 7. Incorpora el inc. 10 al artículo 2030.	Actos y resoluciones registrables.- Se inscriben en este registro: (...) 10.- Las uniones de hecho inscritas en vía notarial o reconocida por vía judicial.
22	Apellidos del adoptado.- El adoptado lleva los apellidos del adoptante o adoptantes	Ley N° 30084 (22-09-2013) Incorpora el segundo párrafo.	Apellidos del adoptado.- El adoptado lleva los apellidos del adoptante o adoptantes. El hijo de uno de los cónyuges o concubinos puede ser adoptado por el otro. En tal caso, lleva como primer apellido el del padre adoptante y como segundo el de la madre biológica o, el primer apellido del padre biológico y el primer apellido de la madre adoptante, según sea el caso.
CÓDIGO PROCESAL CIVIL			
425 inc. 4	Anexos de la demanda.- A la demanda debe acompañarse: (...) 4. La prueba de la calidad de heredero, cónyuge, curador de bienes, administrador de bienes comunes, albacea o del título con que actúe el demandante, salvo que tal calidad sea materia del conflicto de intereses y en el caso del procurador oficioso	Ley N° 30007 (17-03-2013). Art. 8.	Anexos de la demanda: A la demanda debe acompañarse: (...) 4. La prueba de la calidad de heredero, cónyuge, o, en su caso, de integrante sobreviviente de la unión de hecho , curador de bienes, administrador de bienes comunes, albacea o del título con que actúe el demandante, salvo que tal calidad sea materia del conflicto intereses o en el caso del procurador oficioso.
831	Sucesión Intestada. Admisibilidad.- Además de lo dispuesto en el Artículo 751, a la solicitud se acompañará: (...) 5. Certificación registral de los mismos lugares citados en el inciso anterior de que no hay anotación de otro proceso de sucesión intestada.	Ley N° 30007 (17-03-2013). Art. 9. Incorpora párrafo final del artículo.	Sucesión Intestada- Admisibilidad.- (...) De ser el caso, se acompañará a la solicitud, la constancia de inscripción de la unión de hecho en el Registro Personal.
LEY DE COMPETENCIA NOTARIAL EN ASUNTOS NO CONTENCIOSOS (26662)			
38	Sucesión Intestada.- Procedencia.- La solicitud será presentada por cualquiera de los interesados a que alude el Artículo 815 del Código Civil; ante el notario del lugar del último domicilio del causante.	Ley N° 30007 (17-03-2013). Art. 10. Incorpora párrafo final del artículo.	Sucesión Intestada.- Procedencia.- La solicitud será presentada por cualquiera de los interesados a que alude el Artículo 815 del Código Civil; ante el notario del lugar del último domicilio del causante. O por el integrante sobreviviente de la unión de hecho reconocida conforme a ley , ante el notario del lugar del último domicilio del causante.

39	Sucesión Intestada. Requisitos.- La solicitud debe incluir: 1. Nombre del causante; (...) 4. Partida de matrimonio si fuera el caso; (...)	Ley N° 30007 (17-03-2013). Art. 10. Incorpora párrafo al inciso 4.	Sucesión Intestada. Requisitos.- La solicitud debe incluir: 1. Nombre del causante; (...) 4. Partida de matrimonio si fuera el caso; o la inscripción en el Registro personal de la declaración de la unión de hecho, adjuntándose, según sea el caso, el testimonio de la escritura pública o la copia certificada de la sentencia judicial firme. (...)
REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE DONACIÓN Y TRANSPLANTE DE ÓRGANOS Y/O TEJIDOS HUMANOS			
Artículo N°	Texto original (Decreto Supremo N° 014-2005-SA 23-05-2005)	Norma modificatoria	Contenido
14	Ausencia de voluntad expresa del fallecido En caso de muerte natural o accidental y ante la ausencia de voluntad expresa del fallecido, la autorización a que hace referencia el artículo 12 del presente Reglamento podrá ser otorgada en forma excluyente y en el siguiente orden por: a) El o la cónyuge b) Descendientes mayores de edad c) Ascendientes d) Hermanos	Decreto Supremo N° 006-2013-SA (01-06-2013)	Ausencia de voluntad expresa por el fallecido.- En caso de muerte natural o accidental y ante la ausencia de voluntad expresa del fallecido, la autorización a que hace referencia el artículo 12° del presente reglamento podrá ser otorgada en forma excluyente en el siguiente orden por: a) El cónyuge; o concubino/concubina, con reconocimiento judicial de Unión de Hecho o por Notario Público , conforme a lo establecido por la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos modificada por la Ley N° 29560: b) Descendientes mayores de edad; c) Ascendientes; d) Hermanos.
33	Compatibilidad en el trasplante renal En aplicación de lo dispuesto en el Artículo 10 inc. 1 de la Ley, en el caso de Trasplante Renal, deberá existir entre el donante y el receptor 3 compatibilidades concurrentes entre sí, de las cuales una debe ser un DR, con excepción de los cónyuges y consanguíneos en línea directa. Aquellos casos de excepción que no se ajustan al presente reglamento deberán ser resueltos por la ONDT de acuerdo a la legislación vigente.	Decreto Supremo N° 006-2013-SA (01-06-2013)	Compatibilidad en el trasplante renal. En aplicación a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 10° de la Ley, en el caso de trasplante renal, deberá existir entre el donante y el receptor 3 compatibilidades concurrentes entre sí, de las cuales una debe ser un DR, previa opinión de la ONDT. Están exceptuados de lo mencionado anteriormente, los cónyuges o concubinos con reconocimiento judicial de unión de hecho o ante Notario Público , conforme a la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos modificada por la Ley N° 29560, y parientes hasta el 4° de consanguinidad.

CUADRO 2
MODIFICACIONES LEGISLATIVAS MATRIMONIO Y DIVORCIO
CÓDIGO CIVIL

Artículo N°	Texto original	Norma modificatoria	Contenido
333	Son causas de separación de cuerpos: 1. El adulterio. (...) 11. Separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio”.	Artículo 2º de la Ley N° 27495, del 07-07-2001	Son causas de separación de cuerpos: 1.- El adulterio. (...) 12.- La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335º. 13. - La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.
345	Patria Potestad y alimentos.- En caso de separación convencional, el Juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, lo que ambos cónyuges acuerden. Son aplicables a la separación convencional las disposiciones contenidas en los Artículos 340º, último párrafo, y 341º.	Artículo 3º de la Ley N° 27495, del 07-07-2001	Patria Potestad y alimentos.- En caso de separación convencional o de separación de hecho , el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden. Son aplicables a la separación convencional y a la separación de hecho las disposiciones contenidas en los Artículos 340º último párrafo y 341º.
345-A	No existía texto al respecto.	Artículo 4º de la Ley N° 27495, del 07-07-2001	Indemnización en caso de perjuicio. Para invocar el supuesto del inciso 12 del Artículo 333º el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo. El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho , así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder. Son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los Artículos 323º, 324º, 342º, 343º, 351º y 352º, en cuanto sean pertinentes.
349	Causales de divorcio.- Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el Artículo 333º, incisos 1 a 10”.	Artículo 6º de la Ley N° 27495, del 07-07-2001	Causales de divorcio. Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el Artículo 333º, incisos del 1 al 12.

354	Plazo de conversión. Transcurridos seis meses de la sentencia de separación por mutuo disenso, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio. Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica”.	Artículo 6º de la Ley N° 27495, del 07-07-2001	Plazo de conversión Transcurridos seis meses desde notificada la sentencia de separación convencional o de separación de cuerpos por separación de hecho , cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio. Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica”
354	Plazo de conversión Transcurridos seis meses desde notificada la sentencia de separación convencional o de separación de cuerpos por separación de hecho , cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio. Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica	Ley N° 29227, publicada el 16 - 05-2008.	Plazo de conversión. Transcurridos dos meses desde notificada la sentencia, la resolución de alcaldía o el acta notarial de separación convencional , o la sentencia de separación de cuerpos por separación de hecho , cualquiera de los cónyuges, basándose en ellas, podrá pedir, según corresponda, al juez, al alcalde o al notario que conoció el proceso, que se declare disuelto el vínculo del matrimonio. Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica
CODIGO PROCESAL CIVIL			
Artículo N°	Texto original	Norma modificatoria	Contenido
580	Divorcio.- En el caso previsto en el primer párrafo del Artículo 354 del Código Civil, procede la solicitud de disolver el vínculo matrimonial, después de transcurridos seis meses de notificada la sentencia de separación. El Juez expedirá sentencia, luego de tres días de notificada la otra parte.	Ley 29277 de Divorcio Notarial y Administrativo (16-05-2008)	Divorcio.- En el caso previsto en el primer párrafo del artículo 354º del Código Civil, procede la solicitud de disolver el vínculo matrimonial, después de transcurridos dos meses de notificada la sentencia de separación, la resolución de alcaldía o el acta notarial de separación convencional . El Juez expedirá sentencia, luego de tres días de notificada la otra parte; y el alcalde o el notario que conoció del proceso de separación convencional, resolverá el pedido en un plazo no mayor de quince días, bajo responsabilidad
LEY DE COMPETENCIA NOTARIAL EN ASUNTOS NO CONTENCIOSOS (26662)			
Artículo N°	Texto adicionado	Fecha	Contenido
Adición del numeral 7 al artículo 1º	Artículo 1. Asuntos No Contenciosos	Segunda disposición modificatoria de la Ley 29277 de Divorcio Notarial y Administrativo(16-05-2008)	Los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante Notario para tramitar según corresponda los siguientes asuntos: (...) 7. Separación convencional y divorcio ulterior conforme a la Ley de la materia.”

LEY 29277 DE DIVORCIO NOTARIAL Y ADMINISTRATIVO			
Artículo N°	Descripción	Fecha	Contenido
Artículos 1-8	Ley que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en Municipalidades y Notarías	(16-05-2008)	<p>El objeto de la ley es la regulación del procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías.</p> <p>Es aplicable a los cónyuges que, después de transcurridos dos (2) años de la celebración del matrimonio, deciden poner fin a dicha unión mediante separación convencional y divorcio ulterior</p> <p>Asimismo se establecen los requisitos, procedimiento, divorcio ulterior y régimen de acreditación de Municipalidades y Notarías.</p>

CAPÍTULO VI

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Para efectos de la contrastación de la hipótesis, se ha recurrido a la elaboración argumentativa del discurso jurídico – filosófico, teniendo en cuenta la tipología dogmática y filosófica jurídica de la presente investigación; para tal efecto, se ha hecho uso de los métodos generales como el inductivo – deductivo, analítico – sintético y propios del derecho como el dogmático, hermenéutico, sociológico e histórico; mediante los cuales nos hemos permitido explicar las categorías jurídicas y filosóficas a partir de teorías, normatividad, jurisprudencia y derecho comparado; sobre las cuales se sostiene la presente tesis; y que nos lleva a afirmar que los fundamentos jurídico-filosóficos que justifican la deconstrucción del contenido del Principio Constitucional de Protección de la Familia y Promoción del Matrimonio como base del Orden Público Familiar peruano son:

a) La interpretación evolutiva de la Constitución como criterio para resolver conflictos relacionados con el matrimonio y las uniones de hecho.

En un Estado Constitucional de Derecho se concibe a la Constitución como una norma jurídica directamente aplicable y que ilumina al ordenamiento jurídico en su conjunto, se explica a través de la constitucionalización del orden jurídico, que Manuel Atienza (2014) refiere como el fin del positivismo jurídico que se produce en atención a los cambios históricos en la sociedad y trae como consecuencia una nueva forma de aproximarnos al derecho, el que no se limita a aquel

impuesto por la autoridad, sino que supone una creación humana cuya finalidad es satisfacer ciertos valores que se plasman en derechos fundamentales.

Existen ciertos rasgos que definen este modelo, como son: carácter normativo y escrito de la Constitución, ser la norma jurídica positiva suprema del ordenamiento jurídicamente vinculante y con disposiciones constitucionales estructuradas de modo genérico y abierto en relación con las demás disposiciones del orden jurídico; caracteres que hacen necesario abordar el análisis de la interpretación de la Constitución. Al respecto Zagrebelsky precisa la utilidad de la interpretación jurídica para tal efecto, como “una actividad eminentemente práctica, en el sentido que procede de casos prácticos y tiene como finalidad su resolución” (Citado por Carpio, 2005, p. 324); siendo imprescindible referenciar las teorías construidas en torno a la interpretación, como son: la cognoscitiva, la cual precisa que la interpretación es un acto de conocimiento, así los enunciados interpretativos tienen valor de verdad y por ende poseen un significado pre establecido; la intermedia o ecléctica, según la cual, la interpretación es a veces acto de conocimiento y otras veces acto de voluntad, así los enunciados interpretativos tienen a veces valor de verdad y otras veces carecen de ese valor; y la escéptica que parte de la concepción de indeterminación del Derecho, esto es, que presenta una textura abierta, por tanto el Derecho no es completo, sino siempre completable y no es coherente, pues puede presentar antinomias, centrándose la labor interpretativa en hallar el significado

de la disposición constitucional (no pre establecido) y que da como resultado una norma constitucional, que es producto del proceso interpretativo; así el intérprete no está restringido a un contenido pre establecido, por lo tanto crea derecho.

En tanto la teoría escéptica se fundamenta en que las disposiciones constitucionales no tienen un contenido pre establecido que constriña al intérprete, es a partir de ella, que explicamos que la disposición constitucional a la que se refiere el artículo 4 de la Constitución, carece de valor de verdad, constituyéndose la interpretación en un acto de voluntad, que tiene como resultado una norma constitucional, cuyo contenido será construido por el intérprete, quien puede utilizar los diferentes criterios de interpretación, acordes con esta teoría. Uno de estos criterios, es el de interpretación evolutiva de la Constitución, el cual es explicado por P. Chiassoni, citado por Mastromartino (2013) como aquel, en el cual, “el intérprete sustituye la interpretación histórica, considerada anacrónica, por una interpretación más adecuada a la realidad política, económica, tecnológica y/o social del momento, o bien a los dictámenes de la “conciencia social” o de la “conciencia jurídica”». (p. 17)

Para P. Chiassoni (2013), en la interpretación evolutiva, el intérprete se inclina hacia determinadas opciones valorativas, que surgen en atención a ideologías dinámicas de las disposiciones, enfocadas en hacer prevalecer el valor justicia en el caso concreto. Siendo este método interpretativo el determinante para reconocer en España el derecho a contraer matrimonio a personas del mismo sexo, que pasa

por redefinir el significado de la institución del matrimonio como comunidad de afecto que genera un vínculo por el que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida en común, pero despojado de su connotación sexual.

Así, entender la interpretación a partir de la teoría escéptica, significa admitir que la disposición constitucional que analizamos, carece de valor de verdad y no contiene un significado previo, hay que constituirlo; por el contrario, exige crear un contenido en atención a la textura abierta del derecho y por ende la necesidad de su adecuación a contextos actuales, lo que se consigue utilizando el criterio de interpretación evolutiva de la Constitución. Tomás y Valiente, citado por Aguiló (2011) habla de la “resistencia de la Constitución”, entendida como su adaptabilidad a la dinámica política, su capacidad para ser interpretada de forma flexible, y en cierta manera cambiante teniendo en cuenta las nuevas exigencias, sensibilidades y problemas, en atención a los derechos fundamentales que recoge, pero que no define; esta resistencia significa adaptabilidad al cambio, haciendo innecesaria la reforma, lo que contribuye a la rigidez constitucional, protegiendo su supremacía y alcanzando una vigencia efectiva y duración prolongada; sin necesidad de reformas constantes.

Este criterio, ha quedado evidenciado en la jurisprudencia tanto comparada como la del TC peruano, conforme detallamos a continuación:

El Tribunal Constitucional español, el año 2013, en un caso relacionado con el matrimonio de personas del mismo sexo; dispuso:

“La Constitución —afirma el Tribunal citando la famosa expresión utilizada por primera vez, en 1930, en la sentencia del *Privy Council, Edwards vs. Attorney General for Canadá*, y retomada por la Corte Suprema de Canadá en una sentencia reciente (9 de diciembre de 2004) sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo— debe entenderse como un *living tree* (un “árbol vivo”): que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no solo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta. Por otra parte, alega el Tribunal, es necesario considerar el derecho “como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla”; a la construcción de la cultura jurídica, entendida aquí como una empresa interpretativa del ordenamiento constitucional, contribuye por tanto, en opinión del Tribunal, también “la observación de la realidad social jurídicamente relevante”, y no solo “la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos”²⁰.

Así también, el TC peruano ha utilizado tal criterio interpretativo, en casos relacionados con reconocimiento de ciertos derechos a parejas del mismo sexo y en pretensiones de cambio de nombre por cambio de sexo:

En el Exp. Nro. 22863-2012-0-1801-JR-CI-08 del 7° Juzgado Constitucional de Lima que contiene la Acción de Amparo interpuesta por el ciudadano Oscar Ugarteche Galarza contra la RENIEC se aplicó este criterio, acogiendo parte del contenido de la sentencia dictada por el Tribunal español:

²⁰ ATC/14602, de 6 de noviembre de 2012.

(...) **DECIMO SEPTIMO.-** Que, en base a lo indicado en el considerando anterior esta judicatura considera pertinente recordar el concepto de interpretación evolutiva, debiendo hacer mención al caso 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, en el cual el Tribunal Constitucional Español estableció que la Constitución es un *árbol vivo* que, a través de una «interpretación evolutiva», se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente, y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta. Esa lectura evolutiva de la Constitución, lleva al Tribunal Constitucional español a desarrollar la noción de cultura jurídica, que considera el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla. La aplicación de la interpretación evolutiva, sin recurrir a otras técnicas interpretativas, se alía con cierta doctrina italiana que ha defendido cómo las modificaciones tácitas de la Constitución se verifica en la fase que media entre el ordenamiento formal y su evolución real y continua, que implica una evolución, o avance, que no obliga a una modificación formal del texto constitucional, ni a la introducción de preceptos constitucionales nuevos, es decir, la evolución social muta la Constitución por vía interpretativa”(...)

El Décimo Juzgado Primer Juzgado Especializado Constitucional de Lima, ha emitido con fecha 22-03-2019, en el Proceso de Amparo 10776 -2017 seguido por Susel Ana María Paredes Pique y Gracia María Francisca Aljovín de Losada contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil RENIEC y MINJUS una sentencia en la que se advierte la postura de interpretación evolutiva, precisando:

(...) Así, el concepto de familia, tenía un criterio bastante restringido y teniendo como base la unión de los cónyuges y sus hijos de ese matrimonio, ha sido la jurisprudencia y luego, las legislaciones, las que han avanzado para extender derechos, primero a los hijos extramatrimoniales, luego a los abuelos, (y otros pariente cercanos), en relación a la tenencia de nietos, por ejemplo y luego, ampliando el concepto, a otras formas de familia, como la

convivencia, las familias monoparentales, las familias ensambladas y más recientemente, en varios países americanos, las familias del mismo sexo, en algunos casos como vínculo civil-patrimonial únicamente, y en otros casos como familia, sin restricción. Visto así, la redacción, de la Constitución Política actual, no solo no necesitaba de modificación, inaplicación ni interpretación, bajo normas supranacionales, sino simplemente, un análisis e interpretación, bajo los criterios del desarrollo evolutivo del derecho sobre la materia (...)

Caracteriza a este método de interpretación, el entender para el caso que nos ocupa, a instituciones como el matrimonio, la familia y las uniones de hecho, no en base a su contenido histórico, sino teniendo en cuenta que tal contenido se va redefiniendo con la evolución de la conciencia social; así pretender atar la interpretación al estricto contenido histórico operante para una época, implicaría aceptar que la Constitución se aleje paulatinamente de la realidad que debe disciplinar e iría pereciendo dada la imposibilidad de dar respuesta a los nuevos contextos sociales y mucho peor aún, generando situaciones injustas de discriminación y desigualdad.

Con lo precisado se evidencia, que a través de la interpretación evolutiva de la Constitución, ésta se acomoda a los nuevos contextos sociales y puede dar respuesta a problemas contemporáneos, garantizando su propia relevancia y legitimidad, al constituir un organismo vivo susceptible de evolucionar en el tiempo, que responde a una innegable necesidad de que el Derecho se adapte en concreto a la realidad social; con lo cual, se comprueba que la deconstrucción de instituciones como matrimonio, familia y unión de hecho, se explica y justifica a partir de la interpretación dinámica de la disposición constitucional.

Lo expuesto hasta aquí, comprueba este primer postulado de la hipótesis en el sentido de que a través de la interpretación evolutiva de la Constitución se consigue, sin necesidad de reforma, deconstruir el Principio de Protección de la Familia y Promoción del matrimonio, pues la reforma debe ser un mecanismo de ultima ratio; tal y como desarrolla Guastini, citado por Aguiló (2018) respecto a uno de los factores de la constitucionalización del ordenamiento jurídico: la rigidez constitucional, precisando que “por rigidez de la Constitución (frente a la flexibilidad de la legislación) se entiende inmodificabilidad o resistencia a (dificultad para) su modificación. Se trata de una condición necesaria, así cuanto mayor sea la rigidez constitucional, mayor será la tendencia a la constitucionalización del orden jurídico” (p.15).

Para Ferrajoli (2006) la rigidez de la Constitución, alude a “la no modificabilidad de los principios, de los derechos y de los institutos en ella previstos si no es mediante procedimientos de revisión agravados, y al control jurisdiccional de la constitucionalidad respecto de las leyes ordinarias reñidas con aquélla” (p. 23). Explica tal rigidez asociándola a las garantías de la Constitución, las cuales establecen, un doble contenido: como expectativas negativas de su no derogación o violación y, junto a ello, como expectativas positivas de su ejecución. Interesa referirnos a las garantías negativas en tanto, planteamos que la rigidez constitucional justifica la necesidad de acudir a la interpretación evolutiva de la Constitución y no a su reforma; y ello consideramos se sustenta en lo que Ferrajoli refiere como garantías

constitucionales negativas primarias consistentes en prohibiciones, tales como las de la inderogabilidad de la Constitución por parte del legislador ordinario; a través de normas que impiden cualquier revisión constitucional o que prevén, para la modificación de las normas constitucionales, procedimientos más gravosos que los previstos por las leyes ordinarias; ello creemos contribuye a garantizar la permanencia en el tiempo de la norma constitucional. Incluso propone el autor diversos grados de rigidez de las normas constitucionales, basados en su distinta relevancia democrática: por ejemplo, la rigidez absoluta de las normas que establecen el principio de igualdad, la dignidad de la persona y los derechos fundamentales (2006).

b) La aplicación de los principios de libertad, igualdad y no discriminación como fundamento jurisprudencial para un reconocimiento igualitario de las uniones de hecho respecto al matrimonio.

El Constitucionalismo principialista, conforme lo comenta Ferrajoli (2011), equivale a una negación del positivismo jurídico, al haber incorporado la moral en el derecho, mediante principios de justicia de carácter ético-político como la igualdad, la dignidad de las personas y los derechos fundamentales, desapareciendo el rasgo caracterizador del positivismo: la separación del derecho y la moral, pasando ésta a formar parte del derecho; tendencia iusnaturalista del constitucionalismo que es defendida por los principales exponentes del constitucionalismo no positivista como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Nino, Gustavo Zabrebelsky y Manuel Atienza y por alguno de

sus críticos como Michel Troper, constitucionalista estricto, quien sostiene que el Constitucionalismo es incompatible con el positivismo jurídico, afirmando que caracteriza a esta corriente, la consideración de gran parte de las normas constitucionales, iniciando por los derechos fundamentales, no como reglas, sino como principios que se respetan en mayor o menor medida y por ello susceptibles de ponderación cuando entran en colisión entre sí, y no de subsunción, concibiéndose al derecho, en palabras de Atienza “como una práctica social”, confiada a la actividad de los jueces; con tales rasgos característicos, el derecho es en realidad lo que hacen los operadores jurídicos, y consiste en sus prácticas interpretativas y argumentativas. Para entender esta manera de aproximarnos al derecho, es imprescindible acudir a la explicación que nos brinda Gustavo Zagrebelsky (1997) respecto al tránsito del Estado liberal de derecho al Estado Constitucional, así en el primero, la ley ocupaba la posición más alta al no tener por encima ninguna regla jurídica que sirviese para establecer límites, ello justificado en las características políticas y sociales de la época; así judicialmente la ley lo podía todo, porque estaba materialmente vinculada a un contexto político – social e ideal definido y homogéneo, conteniéndose en él las razones de los límites y del orden, sin necesidad de prever ninguna medida jurídica para asegurarlos; y en tanto el derecho entra en acción para suplir la carencia de una ordenación expresada directamente por la sociedad, no era necesario; consecuencia de ello las Constituciones eran flexibles, pudiendo ser modificadas legislativamente, esto era

suficiente y adecuado para una sociedad política monoclasa, como era la sociedad liberal del siglo pasado. Resume como características de este tipo de Estado: la plenitud, generalidad, abstracción, sistematización, armonización, previsibilidad y coherencia de sus leyes, que se reflejaban en códigos, cuyo modelo histórico fue el Código Napoleónico, el cual representó toda una época del derecho. Explica el autor que la concepción del derecho propia del Estado liberal, del principio de legalidad y del concepto de ley era el positivismo jurídico, cuya idea base es la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa que significó la reducción de todo lo referente al mundo del derecho a lo dispuesto por la ley, concibiendo la actividad del jurista como un mero servicio a la ley, a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador; siendo incapaz el derecho de reivindicar ningún valor autónomo. Esta situación límite y la imposibilidad de resolver graves problemas a partir del principio del imperio de la ley; dio paso a entender que la ley viene sometida a una relación de adecuación y por tanto de subordinación a la Constitución, que se erige como el estrato más alto de derecho al que se encuentran sometidas todas las funciones del Estado, incluso la legislativa; así caracterizada la época actual por la multiplicidad de leyes sectoriales y temporales de reducida generalidad y grado de abstracción, reflejo de las particularidades propias de la sociedad moderna, condicionada por una amplia diversificación de grupos y estratos sociales que participan activamente en el proceso de creación de las leyes una vez que

alcanzan la fuerza suficiente; generó la debilitación de dos rasgos inherentes del principio de legalidad como lo son la generalidad y la abstracción pues, por el contrario, en un Estado democrático y pluralista y ya no monoclasa, se ven reflejados la heterogeneidad de los valores e intereses expresados en las leyes; ya no es la ley garantía absoluta e íntima de estabilidad, se convierte en todo caso en un instrumento y causa de inestabilidad; entra así en crisis el principio de legalidad, determinada por la acentuada pérdida de sentido, pulverización e incoherencia; ante lo cual se hizo urgente y necesaria la función unificadora de la Constitución, frente a un Derecho mecanizado y tecnificado, intentando las Constituciones contemporáneas poner remedio a estos efectos destructivos del orden jurídico mediante un derecho más alto, un conjunto de principios y valores constitucionales superiores dotado de un amplio consenso social y con fuerza obligatoria incluso para el legislador; que de alguna manera oriente los desarrollos contradictorios de la producción del derecho generados por la heterogeneidad aspirando a una convergencia general sobre aspectos estructurales de la convivencia política y social que puedan quedar fuera de toda discusión y sean consagrados en textos indisponibles; procurando una noción de derecho más profunda que aquélla a la que el positivismo jurídico lo habría reducido.

A partir de esta teoría, se explica que los jueces, al resolver conflictos relacionados con el matrimonio y las uniones de hecho, aún, ante la existencia de normas reglas que negaban derechos específicos a las

uniones de hecho (por ejemplo el derecho pensionario), hayan creado derecho, de manera contraria a lo que la regla estipulaba (pues concedía este derecho de manera exclusiva al cónyuge), postura que también se halla plenamente justificada en uno de los rasgos propios del Estado Constitucional de Derecho, la garantía negativa secundaria, como componente de la rigidez constitucional consistente en "...la anulación o en la inaplicación de las normas de ley reñidas con las normas constitucionales y, por tanto, en violación de su garantía negativa primaria". (Ferrajoli, p. 25)

Afirmamos asimismo, que el principio unificador de la Constitución, que pone en preminencia el alto grado valorativo de los derechos fundamentales, aunado a lo desarrollado anteriormente; se constituyen en suma en razones para justificar decisiones, pues más allá de la simple aplicación del derecho en forma de subsunción, corresponde interpretar y argumentar a efectos de alcanzar una respuesta justa acorde con valores fundamentales, adquiriendo importancia la dimensión valorativa y justificativa del derecho.

Aguiló (2018) lo explica, en tanto el cambio fundamental del positivismo al postpositivismo reside en que "ser leal a las reglas no es solo serlo a su expresión, sino a sus razones subyacentes, al balance de sus principios que pretenden reflejar, a su propósitos protectores y/o promocionales de derechos". (p. 78)

Esto se reafirma en la postura asumida por el Tribunal Constitucional, "cuyo papel es de extrema importancia, pues, por un lado, tal órgano jurisdiccional es el intérprete supremo de la Constitución y, de otro,

porque al menos en sede interna, constituye el guardián último de los derechos fundamentales” (Carpio, 2005, p. 323), quien a través de diversas sentencias, se ha inclinado por un reconocimiento progresivo de derechos a las uniones de hecho, conforme lo muestran los criterios expuestos en las STC 03605-2005-AA, STC 06572-2006-PA/TC, STC 09708-2006-PA/TC; referidos al derecho a la seguridad social y a obtener una pensión de viudez a favor de la conviviente supérstite dentro del marco de la Ley 19990, norma legal que únicamente reconoce tal derecho a favor del cónyuge supérstite. Así, mientras que inicialmente en la STC 03605-2005-AA declara infundada la demanda de amparo por considerar que la pensión de viudez está reconocida sólo al cónyuge supérstite, centrando sus fundamentos en el principio de promoción del matrimonio y la protección especial a éste, en que a las uniones de hecho sólo se les reconoce efectos patrimoniales²¹, y que el matrimonio y las uniones de hecho son instituciones disímiles que no pueden recibir igual trato, por tanto si se opta por convivir y no casarse no se puede exigir tampoco los mismos efectos previsionales que el matrimonio²²; en la Sentencia 09708-2006-PA, ante un caso

²¹ Fundamento 8: E el caso concreto, la relación existente entre la recurrente y su pareja es la llamada unión de hecho. Como ya se explicó, la norma constitucional reconoce la relación concubinaria para efectos sólo de naturaleza patrimonial, al asemejarsele con el régimen de la sociedad de gananciales propia del matrimonio, mas no se incluye dentro de él efectos de carácter personal, como son el derecho alimentario y el de carácter pensionario durante la vigencia de la relación y el hereditario - entre concubinos, lo cual se comprueba perfectamente con las observadas leyes pensionarías (Decreto Ley N.O 19990 y Decreto Ley N.O 20530). Es decir, esta imposibilidad de reconocimiento de las relaciones de hecho como supuesto para otorgamiento de una pensión.

²² Este mismo criterio, se venía siguiendo en casos anteriores, así se desprende del fundamento 9 de la mencionada sentencia: Cabe anotar que este Colegiado ha señalado en el fundamento 16 de la sentencia recaída en el Expediente N.O 0050-2004-AIITC, 0051-2004-AIITC, 0004-2005-PIITC, 0007-2005-PIITC y 0009-2005-PIITC (acumulados), que la pensión de sobrevivientes incluye solamente a los cónyuges (además de los ascendientes y descendientes), sin mencionar de manera directa a los convivientes, es decir, de forma tácita, se los ha excluido de la capacidad de ser beneficiarios en materia pensionaria.

similar, declara fundada la demanda de amparo por considerar que la pensión de viudez también puede ser reconocida al conviviente supérstite, en base a lo dispuesto por el artículo 5 de la Constitución, expresando que los convivientes tienen consideraciones, deberes y responsabilidades iguales al matrimonio, están obligados al sostenimiento del hogar que han formado, asumiendo que la pensión tiene la calidad de bienes que integran la sociedad de gananciales porque sirven para el sustento de la familia, por lo que corresponde otorgar la pensión de viudez. Ya el Tribunal constitucional había reconocido implícitamente tal derecho en la STC 02719-2005-PA/TC, sin embargo, contrariamente en la STC 03605-2005-PA/TC, lo rechazó expresamente; para finalmente en la STC 09708-2006-PA/TC establecer de manera precisa el criterio respecto al derecho de la viuda (conviviente) a gozar de la pensión.

Este cambio de postura del Tribunal Constitucional, parte de asimilar el proceso de evolución de la protección de la familia; así queda expresado en la propia sentencia, cuando se señala que en el constitucionalismo de inicios del siglo XX “se identificaba al matrimonio como único elemento creador de familia. Se trataba pues de un modelo de familia matrimonial, tradicional y nuclear, en donde el varón era cabeza de familia dedicado a cubrir los gastos familiares y la mujer realizaba necesariamente las labores del hogar”; da cuenta además que los cambios sociales que se han producido a lo largo del siglo XX, han impactado en el concepto tradicional de familia; así, los nuevos contextos sociales caracterizados por una marcada inclusión de la

mujer en espacios públicos, la progresiva inserción laboral de la misma, la flexibilización y por tanto altos índices de divorcio, la migración a las ciudades. Todo ello, socialmente implicó la generación de distintas estructuras familiares: uniones de hecho, familias monoparentales, familiares ensambladas. A partir de ello, es que, el Tribunal Constitucional indica que al no establecer el texto constitucional la definición de familia, ni proteger a un modelo específico de la misma, no habría porque atarla al matrimonio. Así, empieza a admitirse, que la familia que se protege es una sola independientemente de su origen.

Resulta interesante detenernos en uno de los fundamentos resaltados por el Tribunal Constitucional cuando precisa: “esto no significa que el Estado no cumpla con la obligación de la Constitución en cuanto promover la familia matrimonial, que suponen mayor estabilidad y seguridad de los hijos”, argumento que mostraba aún la tendencia de considerar al matrimonio más seguro y establece, incluso para los hijos con respecto a la convivencia, lineamiento que ya lo habíamos advertido en el Diario de Debates de la Constitución.

En cuanto a las uniones de hecho, el Tribunal Constitucional precisa los requisitos para su existencia, resalta el carácter único y forzoso del régimen patrimonial aplicable, comunidad de bienes. Asimismo, destaca que las parejas de hecho llevan su vida como si fuesen cónyuges, surgiendo de ellas también relaciones personales, así indica:

(...) sería una interpretación bastante constreñida con la Constitución el concebir que en una unión de hecho no exista, por ejemplo, obligaciones de cooperación o de tipo alimentaria. Contémplese sino la situación en que uno de los convivientes requiera los auxilios pertinentes del otro por caer enfermo. Más aún, no debe dejarse de observar que frente a la terminación de la unión, por decisión unilateral, la pareja abandonada puede solicitar indemnización o pensión alimenticia (artículo 326 CC). Es decir, frente a la dependencia económica generada, se deben plantear contextos jurídicos que viabilicen y materialicen el sentido material y concreto de la Constitución.

Afirma el Tribunal Constitucional, que de la lectura del artículo 53 del Decreto Ley 19990, se determinaría la desestimación de la demanda, por cuanto esta norma no contempla expresamente el derecho del conviviente supérstite a recibir una pensión de viudez; sin embargo, reconoce “el defecto de tal argumentación estriba en interpretar la pretensión de la actora exclusivamente desde la ley, cuando por el contrario, en el Estado social y democrático de Derecho, es a partir de la Constitución desde donde se interpretan las demás normas del ordenamiento jurídico”. Así, precisa que esta norma legal, se gestó cuando estaba en vigencia la Constitución de 1933, sin embargo, debe ser interpretada en el marco de la Constitución vigente, que es la de 1993, que consagra la protección de la familia, cualquiera sea su origen y además por el hecho de que el Sistema Privado de Pensiones²³ beneficia con tal derecho a las uniones de hecho, y por tanto el excluirlo en el Sistema Nacional de pensiones vulnera el derecho-principio de igualdad.

²³ Artículo 117 del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones

La orientación de las decisiones del TC, se fundamentan en la aplicación de los principios constitucionales de igualdad y no discriminación, puede afirmarse entonces que, siendo el matrimonio y la unión de hecho dos formas de dar origen a una familia con finalidades similares, no se justifica un trato diferenciado. Queda claro, que aún, cuando la ley prescribía tal trato diferente, fue interpretada de manera compatible con la Constitución, es decir utilizando además el criterio de interpretación conforme a la Constitución, explicado por Hesse (2012), quien afirma que, “en el marco de la interpretación conforme las normas constitucionales no son solamente “normas-parámetro” sino también “normas de contenido” en la determinación del contenido de las leyes ordinarias”. (p.72)

Asimismo, se justifica en el principio de libertad, entendida en el ámbito familiar como ese libre poder de elección, y sobre todo la autonomía misma del acto de constitución o culminación de una entidad familiar, sin presión alguna por parte de la misma familia, la sociedad o el Estado, en cuanto sustenta la posibilidad de no solo reconocer la facultad de crear una familia, sino de escoger la manera cómo quiero vincularme con mi pareja, pero con la certeza y seguridad de que cualquiera sea la forma que elija (matrimonio o unión de hecho) se me garantiza un mismo nivel de protección jurídica; como efectivamente ha quedado evidenciado en las sentencias del TC comentadas líneas arriba.

Se aprecia, que la orientación de las decisiones del TC se hallan plenamente justificadas en el principio de concordancia práctica, o

denominado también, de armonización, como criterio específico de interpretación de las normas constitucionales, que según Hesse exigen del intérprete que “los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad. Allí donde se produzcan colisiones no se debe (...) realizar el uno a costa del otro”. En esos caso, “se hace preciso establecer los límites de ambos bienes a fin de que ambos alcancen una efectividad óptima” (Citado por Carpio, 2005, p. 372). Y ello, al advertirse que en los casos resueltos, aún bajo la existencia del principio de promoción del matrimonio, su interpretación ha tenido que ser necesariamente armonizada con otros principios constitucionales como el de igualdad, no discriminación y libre desarrollo de la personalidad. Este criterio, ha quedado plasmado en la STC expedida en el expediente N° 4667-2004-AA/TC, en el que se precisa:

(...) no puede permitirse que so pretexto de relevar de ámbitos protegidos por nuestra Carta Fundamental, se sacrifique el contenido constitucionalmente protegido de algún derecho fundamental. Hacerlo, implicaría generar un desequilibrio repudiado por la configuración unitaria de nuestro orden constitucional, que reclama la consecución de todo fin constitucional bajo el máximo respecto del principio interpretativo de concordancia práctica”.

Se contrasta así, plenamente este apartado de la hipótesis, en tanto es ésta la tendencia que el TC mantiene en sus decisiones para reconocer a nivel jurisprudencial derechos a las uniones de hecho, en aplicación de normas principio que recogen valores fundamentales como el de libertad, igualdad y no discriminación, aun cuando las leyes

específicas regulen en contra, pues más allá de su validez formal, interesa evaluar su validez material y por tanto pasar de una distinción de casos regulados/casos no regulados a la distinción de casos fáciles/casos difíciles, rasgo distintivo del constitucionalismo que Aguiló (2007) lo explica en la existencia de casos difíciles, en los que la solución no proviene directamente de la aplicación de una regla del sistema sino que hay que buscarla como la respuesta a una cuestión práctica que requiere desplegar una intensa actividad deliberativa y justificativa, la denominada deliberación práctica; situación que se evidencia en las sentencias del TC comentadas, y que reiteramos confirma la comprobación de este segundo apartado de la hipótesis.

c) La vigencia efectiva del bloque de convencionalidad en el ámbito familiar.

La década de los ochenta políticamente significó para América Latina la restauración del orden civil, luego de la caída de los gobiernos militares; orden asentado en dos principios básicos: uno económico (la economía de mercado) y otro político (la democracia y los derechos humanos; proceso de refundación del Estado que se inició luego de la Segunda Guerra mundial con la internacionalización de los derechos humanos y su progresiva incorporación en las constituciones latinoamericanas, sin embargo, aún tenían una existencia puramente nominal, pues su vigencia en la realidad era precaria. No fue sino hasta la caída del muro de Berlín y el surgimiento del llamado consenso de Washington que se restableció el orden civil, generándose reformas constitucionales totales y parciales, en las que

se incorporaron nuevas instituciones de protección de los derechos fundamentales y la justicia constitucional, así como el reconocimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y de los tratados internacionales como parte del derecho nacional, colocando a la persona y el respeto a su dignidad como fin supremo del Estado y la sociedad. Asimismo, la Comisión Interamericana y posteriormente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, empezaron a cumplir su rol; lo que significó la potencialización del rol del Derecho Internacional de los derechos humanos en el orden jurídico interno (Landa, 2016).

La función de cada Estado respecto a los derechos humanos, no se limitaba ya únicamente a haberse adherido y ratificado tales tratados, sino que deberían honrar la responsabilidad internacional asumida a partir de la materialización efectiva de tales derechos, armonizándolos para tal efecto con el derecho interno, siempre con el propósito de alcanzar la mejor protección a la persona humana y su dignidad.

En esta línea el TC peruano en la STC N° 00007-2007-PI/TC señaló que:

(...) En suma, por imperio del canon constitucional que es deber de este Colegiado proteger, se deriva el deber adicional para todos los poderes públicos; a saber, la obligatoria observancia tanto de los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú, como de la interpretación de ellos realizado en todo proceso por los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

Esta postura del TC, evidenciada en diversos casos, demuestra la progresiva inclusión del bloque de convencionalidad al momento de resolver conflictos jurídicos en los que se halla en juego la protección de derechos fundamentales.

Esborraz (2015) explica que este fenómeno abarca dos circunstancias claves:

(...) i. los textos de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos a los que se les reconozca jerarquía constitucional (así como de las interpretaciones de los órganos internacionales encargados de monitorear y/o de hacer cumplir estos últimos; y ii) las decisiones de los órganos nacionales competentes para llevar a cabo el control de constitucionalidad (sea difuso, concentrado o mixto)

Ferrajoli citado por Esborraz (2015), precisa que esto se explica teóricamente en la vigencia de un Estado Constitucional de Derecho, que busca garantizar la aplicación efectiva de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, y por tanto reconoce el principio de “supremacía de la misma”, el cual se armoniza con respecto de los instrumentos internacionales con el “principio de supremacía de la Convención”.

El derecho de familia no ha estado ajeno al proceso de internacionalización, instando a una relectura del mismo, a la luz de las disposiciones constitucionales, pero sobre todo de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos; influyendo profundamente sobre la regulación de las relaciones familiares, exigiendo apartarlas de una lectura formalmente civilista, por cuanto, en palabras de Esborraz (2015) “una sociedad democrática caracterizada por el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura –supone el reconocimiento de una familia democrática y pluralista, y en consecuencia una reconsideración de la institución familiar desde esta nueva perspectiva”. (p. 26)

Así, varios instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Declaración Americana de los Derechos del Hombre de 1948, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 reconocen de manera uniforme: la protección a la familia por parte del Estado y la sociedad, en cuanto elemento natural y fundamental de la sociedad, la cual no puede ser suspendida ni siquiera en caso de guerra; el derecho a constituir una familia, sin más restricciones que la edad mínima y los requisitos de ley, siempre que no impliquen discriminación; la igualdad de derechos y de responsabilidades de varón y mujer; el derecho a contraer matrimonio con el libre y pleno consentimiento de los contrayentes, la protección de la maternidad y la infancia; la igualdad de derechos entre los hijos nacidos dentro y fuera de matrimonio. Derechos que han sido reafirmados por la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, en las que se resalta: la obligación del Estado de garantizar igualdad real entre los cónyuges y el interés superior del niño como parámetro primordial a tener en cuenta por cualquier dependencia pública o privada en todas las medidas que involucren a niños y adolescentes.

La vigencia efectiva del bloque de convencionalidad ha implicado para los Estados, virar de un modelo de familia “totalizante”, de corte patriarcal, basado en la autoridad paterno marital con privilegios

hacia el varón a otro más “democrático” sustentado en la solidaridad, que tiene en cuenta el interés de cada uno de sus miembros, sobre todo a los más vulnerables, considerándolos como sujetos de derecho, dignos de protección jurídica. Así como, pasar de un modelo “único” de familia, la matrimonial, a una “pluralidad” de familias, la convivencial, la monoparental, la reconstituida, la ampliada, la indígena (Esborraz 2015).

Alvites (2017) refiriéndose a la jurisprudencia del TC emitida en materia familiar refiere que:

(...) Este cambio en la jurisprudencia del TC se consolida en posteriores sentencias en las que señala expresamente que la Constitución no adopta ni pretende proteger un único modelo de familia. Por el contrario, el mandato de protección constitucional de familia es abierto al tiempo y a los cambios sociales, de modo que puede alcanzar a aquellas estructuras distintas a la tradicional, esto es, a las surgidas de las uniones de hecho, a las monoparentales e incluso a las denominadas familias reconstituidas o reensambladas (...)

Así, la vigencia del bloque de convencionalidad ha tenido un altísimo impacto en las relaciones familiares, entendidas, toleradas y aceptadas hasta un determinado momento en base a su lectura estrictamente civilista y por ende positivista, desarraigado por mucho tiempo de cualquier conexión con los derechos fundamentales y su protección; para ser repensadas, releídas y deconstruidas en clave de derechos fundamentales. Apreciación que coincide con lo sustentado por Esborraz (2015), para quien, “La dinámica de “constitucionalización” e “internacionalización” de los ordenamientos en Latinoamérica ha incidido directa y

profundamente en el concepto de familia al imponer una relectura de las relaciones familiares a la luz de los derechos fundamentales” (p.15). Demostrada entonces la vigencia efectiva del bloque de convencionalidad en el ámbito familiar, se comprueba el tercer apartado de la hipótesis propuesta.

d) La marcada tendencia legislativa al reconocimiento de derechos a las uniones de hecho en relación al matrimonio.

La Constitución de 1993 establece como Principio básico del Orden Público familiar peruano, el de Protección a todo tipo de familias, sean de origen matrimonial o convivencial, privilegiando a la familia matrimonial, a la cual indica debe promocionarse, rodeándola de seguridades jurídicas, a efectos de generar que las personas opten por casarse en vez de convivir, porque como manifestaba el constituyente de 1993, se trataba de uniones más estables, formales y seguras, y si bien se debería tolerar a la unión de hecho, siempre habría que colocar mejores condiciones al matrimonio.

Siendo este principio, uno de carácter constitucional, la legislación infra constitucional respondió estrictamente a tal postura, específicamente en lo que respecta a no reconocer legislativamente derechos a las uniones de hecho con respecto al matrimonio. Ello se mantuvo así, hasta el año 1997, fecha en la cual la legislación laboral comenzó a contemplar beneficios a la conviviente derivados del derecho laboral de su pareja, así el D.S. Nro. 001-97-TR-TUO que reglamenta el D. Leg. 650, reconoce que el conviviente supérstite tiene derecho al 50% del monto acumulado de la compensación por tiempo

de servicios y sus intereses, que a su solicitud será entregado por el depositario en caso de fallecimiento del trabajador compañero. En la misma línea el D. Leg. 688 en su artículo 1, reconoce al conviviente como beneficiario del seguro de vida del compañero trabajador y que debe ser contratado por el empleador. De la misma forma, en el Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones, se establece que el conviviente tiene derecho a las pensiones de invalidez y sobrevivencia y es potencial beneficiario de la pensión de jubilación de su compañero, así lo precisa el artículo 12 del D.S. Nro. 004-98-EF, Reglamento del TUO de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones. En igual dirección, con la creación del Sistema Social de Salud, que otorga cobertura a través de prestaciones de prevención, promoción, recuperación y subsidios para el cuidado de la salud y bienestar social, se reconoce al conviviente como derechohabiente del trabajador compañero, considerándole la calidad de afiliado con derecho a los beneficios, conforme se contempla en el artículo 3 de la Ley 26790 (17-05-97), sustituido por la Ley 27177 (25-09-99).

En cuanto a la legislación civil, ésta no experimentó modificaciones por casi dos décadas; sin embargo en el año 2013, mediante Ley 30007, de fecha 21-03-2013, se concedió derecho hereditario al conviviente supérstite, tan igual que al cónyuge, considerándose en el mismo orden sucesorio, claro previo reconocimiento judicial o notarial, aplicándosele la normatividad sucesoria que corresponde al cónyuge supérstite. Se estableció además la posibilidad del

reconocimiento voluntario de la unión de hecho y su inscripción en el Registro personal; generando que a nivel de la norma adjetiva también se introduzcan modificatorias a fin de otorgar legitimidad para obrar al conviviente sobreviviente para incoar pretensiones sucesorias tales como declaración de heredero, sucesión intestada y algunas otras que se desprendan del ejercicio del derecho hereditario.

En el mes de junio del mismo año 2013, se introdujo una nueva modificación, que reconocía otro derecho a los integrantes de la unión de hecho, esta vez se trataba de la modificación al Reglamento de la Ley general de donación y transplante de órganos y/o tejidos humanos, la cual, en la misma línea que la ley anterior, reconoce el derecho del conviviente sobreviviente a decidir sobre la disposición de los órganos de su pareja, ante la ausencia de autorización expresa del fallecido, facultad de la que hasta esa fecha solo gozaba el cónyuge; asimismo, respecto a los requisitos para el transplante renal, se lo coloca en una situación excepcional, privilegio que antes de la norma sólo era reservado para el cónyuge. Coincidentemente, se trataba de otra norma que generaba un nuevo derecho para las uniones de hecho.

Se advierte el reconocimiento de un derecho más a los integrantes de la unión de hecho, el mismo que está referido a la adopción del hijo del concubino; así, mediante Ley Nro. 30084 del 22-09-2013, se regula la posibilidad de adopción por parte de la pareja del concubino, derecho que anteriormente era reservado solo para la pareja del cónyuge. Tenemos así, el reconocimiento de un tercer derecho a los

convivientes; nuevamente, en aparente sentido contrario al principio de promoción del matrimonio, tal como fue gestado.

Podemos afirmar, que lo que no había variado en aproximadamente dos décadas, en un solo año, experimentó un cambio sustancial; el cual puede explicarse en atención a las exigencias de la propia sociedad derivadas de las nuevas formas de relacionarse, que mostraba la inclinación de las parejas a convivir en mayor medida, a diferencia del modelo tradicional imperante en el S. XIX y que se prolongó hasta el S. XX que en palabras de Olavarria (2017) “el orden social que entonces se pregonó trató de instaurar un tipo de familia, la familia conyugal, donde el varón proveía y la mujer criaba”. (p.29) Estas nuevas formas de relacionamiento familiar, enfrentan a los ordenamientos constitucionales, a la necesidad de una nueva lectura del derecho familiar, concebida en función a la protección de derechos humanos, que exige una concepción más digna, igualitaria y justa del derecho de todo sujeto a constituir una familia; pues más allá de la formalidad, interesa el contenido valorativo de las instituciones y la protección plena a los derechos fundamentales de los individuos, todo ello explicado también en la irradiación de la normativa convencional con respecto al derecho interno.

Así, conforme lo afirma Fernández (2003) “no existe una forma única de familia, pues ésta puede adoptar diversas formas de constituirse o estructurarse, dependiendo ello en gran medida de factores socio económicos y culturales” (p. 119). Así, las otras formas de constituir familia, distintas al matrimonio también merecen protección jurídica,

ello en la medida de su progresiva aceptación social, pero sobretodo atendiendo al contenido material y no formal del derecho, que anteriormente condicionaba su protección a la formalidad del matrimonio.

Este marco legislativo evolucionista refleja uno de los factores propios del Estado Constitucional de Derecho, la rigidez constitucional “noción compleja, que aquí descompondré en varias nociones distintas: por un lado, la rigidez, que es un rasgo de la norma constitucional; por otro lado, el conjunto complejo y articulado de sus garantías, que requieren, a su vez, ser distinguidas y analizadas” (Ferrajoli, 2006, p. 23); interesa aquí ocuparnos de las garantía positivas de la Constitución, es decir a aquellas que consisten en “la obligación, a la cual está vinculado el legislador en correspondencia con tales derechos, de establecer una legislación de ejecución: en suma, en la obligación de introducir las garantías primarias y secundarias correlativas a los derechos fundamentales” (Ferrajoli, 2006, p. 28), es decir aquella exigencia de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos²⁴, generando la obligación de una legislación de ejecución, consistente en la introducción de las garantías primarias y secundarias faltantes que conducen al legislador a poner en práctica determinadas directrices constitucionales (como el principio de protección de la familia) a través de leyes infra constitucionales que aseguren no solo

²⁴ Artículo 44 de la Constitución.- Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; **garantizar la plena vigencia de los derechos humanos**; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

el reconocimiento sino el ejercicio de derechos fundamentales relacionados con esta directriz, como lo es la igualdad de trato de las uniones de hecho respecto al matrimonio.

Con esta serie de modificaciones legislativas queda demostrado el cuarto fundamento de la hipótesis, al comprobarse que efectivamente la tendencia legislativa se inclina por un reconocimiento paulatino de mayor número de derechos a la unión de hecho, que se justifica en la característica de rigidez del Estado Constitucional de Derecho, específicamente en poner en marcha las garantías positivas primarias, las que necesariamente han sido efectivizadas a través de la legislación infraconstitucional antes indicada.

e) La flexibilización de las normas infra constitucionales relacionadas con el matrimonio y su disolución.

En coherencia con el principio de promoción del matrimonio, la legislación infra constitucional coetánea y años posteriores próximos a 1993, se caracterizó por mantener rígido y muchas veces inflexible el divorcio, en cuanto a sus causales y al procedimiento mismo. Es así, que once de las doce causales de divorcio contempladas en el texto original del artículo 333 del Código Civil de 1984, respondían al sistema de divorcio sanción, o causales subjetivas de divorcio, las que se caracterizan por la identificación de un cónyuge culpable y uno inocente, y solo éste último estaba legitimado para interponer la demanda. Este hecho generó que en la práctica, se torne en imposible iniciar el divorcio si es que al cónyuge inocente no le placía

hacerlo, pues el culpable estaba prohibido de basar la demanda en hecho propio. Tal circunstancia se mantuvo hasta el año 2001, fecha en la cual, se introdujo el denominado divorcio por separación de hecho, basado no en la culpabilidad sino en el efectivo rompimiento de la convivencia por un período determinado de tiempo, siendo indiferente el identificar a un cónyuge culpable y otro inocente; sino que, al tratarse de una causal objetiva propia del divorcio remedio sustentada en el quebrantamiento de la convivencia por un tiempo específico establecido por la norma, corresponde al juez únicamente verificar si efectivamente ha habido interrupción, determinando si existe un cónyuge más perjudicado con la separación a quien se le podrá colocar una indemnización originada por el desequilibrio patrimonial. A diferencia del divorcio sanción, éste permite que cualquiera de los cónyuges inicie el proceso respectivo, independientemente de si fue o no responsable del rompimiento de la convivencia; advirtiéndose con esta norma un cambio radical en cuanto a la postura rígida respecto al divorcio que venía imperando desde 1993, con lo cual se demuestra la flexibilización de las causales de divorcio, lo que de modo alguno contribuye a la promoción y fortalecimiento del matrimonio (tal y como fue diseñado el principio); por lo que esta norma también iría en aparente sentido contrario al principio constitucional. Ocurriría lo mismo en cuanto al procedimiento y competencia respecto al divorcio por mutuo acuerdo, que antes era reservada de manera exclusiva al Poder Judicial, pero que a partir de la ley 29277 promulgada en el año 2008, se otorgó también

competencia a las Municipalidades y Notarías, mediante un procedimiento más rápido y sencillo que facilitaba el trámite; con lo cual, nuevamente, se abandonaba la clásica rigidez del proceso y por el contrario se permite el divorcio en plazos cortos, anteriormente impensables, incluso con costos más accesibles.

Esta tendencia legislativa a flexibilizar las normas infra constitucionales, resultaba contraria al contenido original del Principio de Protección de la Familia y Promoción del Matrimonio, que pregonaba mejores seguridades jurídicas al matrimonio respecto a la unión de hecho; sin embargo se halla plenamente justificada en la protección de derechos fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad y la protección de la familia; que son derechos principios contenidos también en la norma constitucional y que por tanto justifican la dación de leyes que viabilicen en un plano infra constitucional tales valores, en estricto cumplimiento de las garantías positivas de la Constitución, ya aludidas en comentario anterior. Ello en tanto, bajo el modelo de un Estado Constitucional de Derecho, dada la constitucionalización del ordenamiento jurídico, que en palabras de Aguiló (2007), se explica en el modelo de la utilidad práctica de las diferentes operaciones normativas, pues el razonamiento político del legislador se juridifica, ya que la ley no es creación ex – novo, sino concreción de principios constitucionales, lo que supone la sustitución del canon interpretativo de la Constitución conforme a la ley al canon de interpretación de la ley conforme a la Constitución. Quedando así demostrado este último apartado de la

hipótesis, dada la flexibilización de las normas infra constitucionales, que se justifica en las garantías positivas de la Constitución.

CAPÍTULO VII

NUEVO CONTENIDO DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA Y PROMOCIÓN DEL MATRIMONIO COMO BASE DEL ORDEN PUBLICO FAMILIAR PERUANO

La constitucionalización e internacionalización del ordenamiento jurídico ha incidido directa y profundamente en el concepto de familia, imponiendo una relectura de las relaciones familiares a la luz de los derechos fundamentales

Un Estado Constitucional de Derecho se caracteriza por concebir a la Constitución como una norma jurídica directamente aplicable que irradia al ordenamiento jurídico en su conjunto y se evidencia a través de la constitucionalización del orden jurídico, que se produce en atención a los cambios históricos en la sociedad y trae como consecuencia una nueva forma de aproximarnos al derecho, el que no se limita a aquel impuesto por la autoridad, sino que supone una creación humana cuya finalidad es satisfacer ciertos valores que se plasman en derechos fundamentales. Este modelo se caracteriza por algunos rasgos, como el carácter normativo y escrito de la Constitución, la cual es la norma positiva suprema del ordenamiento, jurídicamente vinculante, unificadora y con disposiciones constitucionales estructuradas de modo genérico y abierto en relación con las demás disposiciones del orden jurídico. Modelo de Estado que dista de anclar el Derecho al principio de legalidad propio del positivismo jurídico, cuya idea base es la concentración de la producción jurídica en la instancia legislativa y que significó la reducción de todo lo referente al mundo del derecho a lo dispuesto por la ley, incapaz en algún momento de reivindicar algún valor autónomo; y que

hizo imposible resolver problemas graves a partir del solo imperio de la ley, dados los nuevos contextos sociales, dando paso a entender que la ley viene sometida a una relación de adecuación y por tanto de subordinación a la Constitución, la que se instituye como el escalón más alto de derecho al que se encuentran sometidas todas las funciones del Estado, incluso la legislativa; ante lo cual se hizo urgente y necesaria la función unificadora de la Constitución, frente a un Derecho mecanizado y tecnificado, instituyéndose la Constitución en el referente de un derecho más alto, un conjunto de principios y valores constitucionales superiores dotado de un amplio consenso social y con fuerza obligatoria que procura una noción de derecho más profunda que aquélla a la que el positivismo jurídico lo habría reducido.

La constitucionalización del ordenamiento jurídico se ha visto reflejada en el Derecho de Familia y en sus postulados básicos considerados como principios de orden público familiar; generando la necesidad de interpretar tales principios y las normas legales en atención a valores fundamentales como libertad, igualdad y no discriminación, haciendo necesaria la interpretación del Principio de Protección de la Familia y Promoción del matrimonio, desde la teoría escéptica de interpretación, asumiendo que tal postulado carece de valor de verdad y no contiene un significado previo inmutable, sino por el contrario exige crear un contenido en atención a la textura abierta del derecho y por ende la necesidad de que éste se adecúe a contextos actuales, alcanzándose ello a través de la interpretación evolutiva de la constitución, que implica la adaptabilidad de la Constitución a la dinámica política, su capacidad para ser interpretada de forma flexible, y en cierta manera

cambiante en atención a las nuevas exigencias, sensibilidades y problemas, y en plena armonía con los derechos fundamentales que recoge.

Así el matrimonio, la familia y las uniones de hecho, no deben seguir siendo asumidas en base a su contenido histórico, sino teniendo en cuenta que tal contenido se va redefiniendo con la evolución de la conciencia social, permitiendo la interpretación evolutiva de la Constitución, que ésta se acomode a los nuevos contextos sociales y puede dar respuesta a problemas contemporáneos, garantizando su propia relevancia y legitimidad, al constituir un organismo vivo susceptible de evolucionar en el tiempo, que responde a una innegable necesidad de que el Derecho se adapte en concreto a la realidad social; con lo cual, se logra deconstruir el contenido histórico del matrimonio, familia y unión de hecho, y dotarlos de un nuevo contenido, cimentado en los principios de libertad, igualdad y no discriminación

Ello se ve reflejado en posturas actuales del Tribunal Constitucional, que parten de asimilar el proceso de evolución de la protección de la familia, al afirmar que a inicios del siglo XX se identificaba al matrimonio como único elemento creador de familia, arraigándolo a un modelo de familia matrimonial, tradicional y nuclear, y que en atención a los cambios sociales producidos y que han impactado en el concepto tradicional de familia visibilizadas en la generación de distintas estructuras familiares: uniones de hecho, familias monoparentales, familias ensambladas; hay que dotarles de protección, en cuanto se desprende del propio texto constitucional que la protección no está dirigida a un modelo específico de familia arraigada al matrimonio, sino que es necesario proteger a todas independientemente de su origen.

Este contenido nuevo del que hemos dotado al principio constitucional, se justifica y fundamenta en el principio de libertad, entendida en el ámbito familiar como ese libre poder de elección, y sobre todo la autonomía misma del acto de constitución o culminación de una entidad familiar, sin presión alguna por parte de la misma familia, la sociedad o el Estado, en cuanto sustenta la posibilidad de no solo reconocer la facultad de crear una familia, sino de escoger la manera de vincularse, pero con la certeza y seguridad de que cualquiera sea la forma elegida se garantice un mismo nivel de protección jurídica.

La nueva percepción y contenido del principio, se apoya también en la progresiva inclusión del bloque de convencionalidad al momento de resolver conflictos jurídicos en los que se halla en juego la protección de derechos fundamentales, que en palabras de Ferrajoli citado por Esborraz (2015), se explica teóricamente en la vigencia de un Estado Constitucional de Derecho, que busca garantizar la aplicación efectiva de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, y por tanto reconoce el principio de “supremacía de la misma”, el cual se armoniza con respecto de los instrumentos internacionales con el “principio de supremacía de la Convención”, que alcanzó a la familia, instando a su relectura a la luz de las disposiciones constitucionales, pero sobre todo de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos; influyendo profundamente sobre la regulación de las relaciones familiares.

Es así, que el principio básico del Orden Público familiar peruano, que se nutrió inicialmente de un marcado privilegio a la familia matrimonial, a la cual indicaba debe promocionarse, rodeándola de seguridades jurídicas, a efectos de orillar a las personas a casarse en vez de convivir, por considerarlas más, estables, formales y seguras; tuvo estricta respuesta en la legislación infra constitucional

de la época que inicialmente se negaba a reconocer derechos a las uniones de hecho con respecto al matrimonio, manteniéndose ello hasta el año 1997, fecha en que se comenzó a dar leyes laborales que contemplaban beneficios al conviviente semejantes a los del matrimonio, lo cual se convirtió a nivel infra legal en una constante que se amplió al área civil y registral. Marco legislativo evolucionista en apariencia contrario al contenido inicial del Principio, pero que evidentemente refleja uno de los factores propios del Estado Constitucional de Derecho, la rigidez constitucional, específicamente las garantías positivas de la Constitución, las cuales exigen establecer una legislación de ejecución que en suma garantice la plena vigencia de los derechos fundamentales, introduciendo garantías primarias y secundarias faltantes que condujeron al legislador a poner en práctica el principio de protección de la familia a través de leyes infra constitucionales que aseguraran no solo el reconocimiento sino el ejercicio de derechos fundamentales, como lo es la igualdad de trato de las uniones de hecho respecto al matrimonio. Situación que fue de la mano con la flexibilización de las normas infra constitucionales relacionadas con el matrimonio y su disolución, normas que inicialmente se caracterizaron por mantener rígido y casi inflexible el divorcio, cuyo cambio se justifica en la protección de derechos fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad y la protección de la familia, los cuales fueron el sustento para dictar leyes que viabilizaban en un plano infra constitucional tales valores.

En suma este nuevo contenido se construye a partir del paradigma del Estado Constitucional de derecho, y en reconocimiento pleno de la dignidad humana, lo cual, supone considerar a los seres humanos como sujetos racionales capaces de elegir, elaborar, proponer planes de vida y llevarlos a la práctica, lo que

constituye un valor proyectado a todos los seres humanos de forma igual, limitados únicamente por su incidencia en la efectiva posibilidad de elección de otros; por tanto en estricta coherencia y adecuación a valores fundamentales de libertad, igualdad y no discriminación; interesando finalmente el respeto de los derechos fundamentales de cada uno de los miembros que conforman una familia, más allá de las formalidades de la propia institución.

CONCLUSIONES

- a) El criterio de interpretación evolutiva de la Constitución como fundamento para resolver conflictos relacionados con el matrimonio y las uniones de hecho ha permitido desarraigar al matrimonio como la fuente privilegiada de constituir familia y en virtud a los contextos sociales actuales proteger nuevas formas de generarla respondiendo a la innegable necesidad de que el Derecho se adapte a la realidad social.
- b) El derecho fundamental de igualdad y no discriminación constituye la pauta interpretativa que determina el tratamiento igualitario de las uniones de hecho con respecto al matrimonio pues, aun cuando la ley y el propio principio de promoción del matrimonio prescribían lo contrario, su interpretación se realizó en armonía con dichos valores de relevancia constitucional.
- c) La vigencia del bloque de convencionalidad ha significado que las relaciones familiares entendidas, toleradas y aceptadas conforme a una lectura tradicionalmente civilista, sean repensadas, releídas y deconstruídas en estricta coherencia con los derechos fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales, permitiendo el reconocimiento de nuevas formas de relacionamiento familiar, garantizando una concepción más digna, igualitaria y justa del derecho de todo sujeto a constituir una familia, en la que más allá de la formalidad y rigidez de las instituciones, interesa el contenido valorativo.

- d) El fenómeno normativo referido a la marcada tendencia legislativa al reconocimiento de derechos a las uniones de hecho en relación al matrimonio y la flexibilización de las normas infra constitucionales relacionadas con el matrimonio y su disolución se explica en la dimensión axiológica de la dignidad del ser humano que justifica su capacidad de elección respecto a sus planes de vida.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda a las Universidades de las distintas regiones del país, se considere en los sílabos de Derecho de Familia, el desarrollo de un tópico referido al Estado Constitucional de Derecho y la constitucionalización del Derecho de Familia, a fin de poder asimilar y entender el nuevo contenido y lectura de las relaciones familiares a la luz de los derechos fundamentales.
2. Se recomienda al Poder Judicial, Ministerio Público, RENIEC, Registros Públicos, Defensoría del Pueblo entre otras entidades relacionadas con la aplicación de normas derivadas del vínculo familiar, tener en cuenta la implicancia de los derechos fundamentales de libertad, igualdad y no discriminación en las relaciones familiares, cuando tengan que tomarse decisiones relacionadas a la protección de derechos de los miembros que conforman la familia.
3. Se recomienda a los Magistrados del Poder Judicial, para que en las decisiones referidas a resolver conflictos relacionados con la unión de hecho y el matrimonio, de presentarse disposiciones normativas que contravengan el nuevo contenido del Principio de Protección de la Familia y Promoción del matrimonio, éstas sean interpretadas en armonía con el mismo, haciendo efectivos los derechos fundamentales.
4. Se recomienda los miembros del Congreso de la República se realice una revisión de las disposiciones normativas del Libro de Derecho de Familia del Código Civil, que partan de una concepción estricta del modelo tradicional de familia (patriarcal, arraigada al matrimonio y nuclear).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguiló Regla, Josep. *Positivismo y Postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras*. En Cuadernos de filosofía del Derecho. 2007.
- Aguiló Regla, Joseph. “*Interpretación constitucional algunas alternativas teóricas y una propuesta*” en <http://biblio.jurídicas.unam.mx>. 2011
- Alexy, Robert. *El concepto y la naturaleza del Derecho*. Editorial Marcial PONS.
- Angelino Pérez, Seti Jair. A propósito de la ley N° 30007 ¿Qué es la unión de hecho?. En: (<https://www.minjus.gob.pe/wp-content/.../BOLETÍN-2-2013-DGDOJ-MINJUS.pdf>)
- Atienza, Manuel. *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo pospositivista*. Observatorio da Jurisdicao Constitucional. Brasilia 2014.
- Castillo Freyre, Mario y otro. *El código Civil a través de sus modificaciones. Un análisis exhaustivo para su correcta interpretación*. 1era. edición. Lima
- Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho Familiar Peruano. Sociedad Conyugal T.I.* 9na. edición. Lima 1998. Gaceta Jurídica editores.
- Cruz, Luis M. *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*. 1era. edición. Granada 2005. Editorial Granada.
- Díaz Revorio, Francisco Javier. *Discriminación en las relaciones entre particulares*. 1era. edición. México 2015. Editorial Tirant Lo Blanch
- De Asís, Rafael “*Concepto y Fundamento de los derechos humanos*”, en “10 palabras claves sobre derechos humanos”, Madrid 2012, Editorial Verbo Divino.

- Esborraz, David Fabio. *El concepto constitucional de familia en América Latina. Tendencias y proyecciones*, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, N° 29, julio-diciembre de 2015, pp. 15-55. DOI : <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n29.02>
- Espinoza Espinoza, Juan. *Análisis sistemático del Código Civil. A tres décadas de su publicación*. 1era. edición. Lima 2005. Instituto Pacífico Ediciones.
- Espinoza Espinoza, Juan. *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil de 1984: Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. 2da. edición. Lima 2005. Fondo Editorial de la PUCP.
- Fernández Revoredo, Marisol. *La Familia vista a la luz de la Constitución y los Derechos Fundamentales. Una aproximación al análisis crítico de las instituciones familiares*. Revista Foro Jurídico. Lima 2003. Fondo Editorial de la PUCP.
- Ferrajoli, Luigi. *Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29 (2006) ISSN: 0214-8676 pp. 15-31.
- Ferrajoli, Luigi. “*Constitucionalismo principialista y Constitucionalismo garantista*” en <http://biblio.jurídicas.unam.mx>. 2011 www.jurídicas.unam.mx
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Interpretación Constitucional*. T. I. México 2005. Editorial Porrúa.
- Gascón Abellán, Marina y otro. *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. 1era. edición. Lima 2015. Palestra Editores.

- Guastini Riccardo. *La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. En Carbonell, Miguel. Ne constitucionalismo. 4ta. edición. Madrid. Editorial Trota.
- Herrera Marisa y otra. *Aportes para la postergada deconstrucción de la enseñanza del Derecho de Familia*. Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho. Año 4, Número 7, 2006, ISSN 1667-4154, págs. 123-152. En <http://biblio.juridicas.unam.mx>
- Hesse, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. 1era. edic. Madrid 2012. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Hierro L., Liborio *“Los Derechos humanos una concepción de justicia”* , 1era. edic, Madrid 2016, Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales S.A.
- Landa Arroyo, César. *La Constitucionalización del Derecho. El caso del Perú*. 1era. edición. Lima 2018. Palestra Editores.
- Mastronartino, Fabrizio. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 36 (2013) ISSN: 0214-8676 pp. 153-175. Sobre la interpretación evolutiva de la constitución
- Olavarría, José. *Sobre hombres y masculinidades “ponerse los pantalones”*. 1era. edic. Santiago de Chile 2017. Editorial Dirección de Investigación y Posgrado. Unidad de Publicaciones.
- Plácido V. Alex F. *Manual de Derecho de Familia*. 1era. edición. Lima 2001. Gaceta Jurídica editores.
- Plácido V. Alex F. *El Principio de reconocimiento integral de las uniones de hecho*. En: (<http://blog.pucp.edu.pe/item/22146>)

Peces Barba Martínez, Gregorio. *Dignidad*, en “10 palabras claves sobre derechos humanos”, Madrid 2012, Editorial Verbo Divino.

Quevedo Castañeda, Gabriela. Unión de hecho: derecho que pocas parejas gozan. En: <http://laley.pe/not/2705/union-de-hecho-derecho-que-pocas-parejas-gozan>).

Varsi, Enrique (2011). *Tratado de derecho de familia*. Primera edición. T. I y II. Lima 2011. Gaceta Jurídica editores.

Zagrebelsky, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. 2da. edición. Madrid 1997. Editorial Trota S.A.