

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS:

CRITERIOS JURÍDICOS PARA REGULAR EL CESE UNILATERAL DE LAS UNIONES DE HECHO PROPIAS RECONOCIDAS NOTARIALMENTE EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

Presentada por:

Bachiller: WILLIAM COLORADO HUAMÁN

Asesora:

M.Cs. SANDRA VERÓNICA MANRIQUE URTEAGA

Cajamarca – Perú

2020

COPYRIGHT © 2020 by
WILLIAM COLORADO HUAMÁN
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



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

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS APROBADA:

**CRITERIOS JURÍDICOS PARA REGULAR EL CESE UNILATERAL DE LAS
UNIONES DE HECHO PROPIAS RECONOCIDAS NOTARIALMENTE EN LA
LEGISLACIÓN PERUANA**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

Presentada por:

Bachiller: WILLIAM COLORADO HUAMÁN

JURADO EVALUADOR

M. Cs. Sandra Verónica Manrique Urtega
Asesora

Dr. Joel Romero Mendoza
Jurado Evaluador

Dr. Glenn Joe Serrano Medina
Jurado Evaluador

Dra. Cinthya Cerna Pajares
Jurado Evaluador

Cajamarca - Perú

2020



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD
Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU



PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS
ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS

Siendo las 17:00 horas del día 14 de agosto de dos mil veinte, reunidos a través de meet.google.com/xfx-yafr-cjc, creado por la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. JOEL ROMERO MENDOZA**, **Dr. GLENN JOE SERRANO MEDINA**; **Dra. CINTHYA CERNA PAJARES**, y en calidad de Asesora la **M.Cs. SANDRA VERÓNICA MANRIQUE URTEAGA**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, y la Directiva para la Sustentación de Proyectos de Tesis, Seminarios de Tesis, Sustentación de Tesis y Actualización de Marco Teórico de los Programas de Maestría y Doctorado, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada: **CRITERIOS JURÍDICOS PARA REGULAR EL CESE UNILATERAL DE LAS UNIONES DE HECHO PROPIAS RECONOCIDAS NOTARIALMENTE EN LA LEGISLACIÓN PERUANA.**, presentada por el Bach. en Derecho **WILLIAM COLORADO HUAMÁN**.

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 **Diecisiete (17) (Excelente)**, la mencionada Tesis; en tal virtud, el Bach. en Derecho **WILLIAM COLORADO HUAMÁN**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**.

Siendo las 18:25 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

Dr. Joel Romero Mendoza
Jurado Evaluador

M.Cs. Sandra Verónica Manrique Urteaga
Asesor

Dr. Glenn Joe Serrano Medina
Jurado Evaluador

Dra. Cinthya Cerna Pajares
Jurado Evaluador

DEDICATORIA

A José Segundo y Catalina, mis padres,
quienes me dieron la vida
y con su apoyo incondicional
me han permitido ser una mejor persona

AGRADECIMIENTO

A la doctora Sandra Verónica Manrique Urteaga,
a quién con su carisma y paciencia,
ha permitido que esta investigación
pueda ser iniciada y culminada.

INDICE

DEDICATORIA	v
AGRADECIMIENTOvi	INDICE
.....	vii
LISTA DE ABREVIACIONES	xii
GLOSARIO	xiii
RESUMEN	xiv
<i>ABSTRACT</i>	xv
INTRODUCCIÓN	xvi
CAPITULO I.....	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS	1
1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	1
1.1.1. Planteamiento del problema	1
1.1.2. Formulación del problema	5
1.2. JUSTIFICACIÓN.....	5
1.3. OBJETIVOS.....	7
1.3.1. Objetivo general	7
1.3.2. Objetivos específicos	7
1.4. DELIMITACIÓN	8
1.4.1. Espacial.....	8

1.4.2. Temporal.....	8
1.5. LIMITACIONES.....	8
1.6. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN.....	9
1.6.1. De acuerdo al fin que se persigue.....	9
1.6.2. De acuerdo al diseño de investigación.....	9
1.6.3. De acuerdo los métodos y procedimientos que se utilizan.....	10
1.7. HIPÓTESIS.....	11
1.8. VARIABLES.....	11
1.9. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.....	12
1.9.1. Generales.....	12
1.9.2. Específicos.....	13
1.10. TÉCNICAS.....	15
1.10.1. Analisis de documentos.....	15
1.11. INSTRUMENTOS.....	16
1.11.1. Ficha.....	16
1.12. UNIDAD DE ANÁLISIS, UNIVERSO Y MUESTRA.....	16
1.13. ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	16
CAPITULO II.....	18
MARCO TEÓRICO.....	18
2.1. CORRIENTES FILOSOFICAS SOBRE EL DERECHO.....	18

2.1.1. Derecho natural y Derecho positivo	18
2.1.2. El surgimiento del pospositivismo	23
2.1.3. El positivismo jurídico contemporáneo	31
2.2. DERECHO FUNDAMENTALES	34
2.2.1. La Dignidad Humana.....	34
2.2.1.1. Evolución de la dignidad humana	34
2.2.1.2. Definición de la dignidad humana.....	37
2.2.1.3. La dignidad humana como valor, principio y derecho fundamental	40
2.2.2. El Libre Desarrollo de la Personalidad.....	43
2.2.2.1. Evolución del derecho al libre desarrollo de la personalidad .	43
2.2.2.2. Definción del derecho al libre desarrollo de la personalidad ..	46
2.2.3. La Seguridad jurídica.....	50
2.2.3.1. Evolución de la seguridad jurídica.....	50
2.2.3.2. Definición de la seguridad jurídica.....	51
2.2.3.3. La seguridad jurídica como valor y como principio	54
2.2.4. El Derecho a la Igualdad.....	55
2.2.4.1. Evolución del derecho a la igualdad	55
2.2.4.2. Definción del derecho a la Igualdad.....	58
2.2.4.3. La igualdad como derecho y como principio	60

2.3. INSTITUCIONES FAMILIARES	63
2.3.1. La Familia.....	63
2.3.1.1. Surgimiento de la familia	63
2.3.1.2. Aproximación a la definción de la familia.....	66
2.3.1.3. Evolución de la familia en el Perú y su protección constituional	69
2.3.2. EL Matrimonio	74
2.3.2.1. Evolución del matrimonio	74
2.3.2.2. Definición y efectos del matrimonio	76
2.3.2.3. Debilitamiento y extincion del matrimonio - divorcio.....	79
2.3.2.4. Causales y consecuencias del divorcio	81
2.3.3. La Unión de Hecho.....	89
2.3.3.1. Evolución de la unión de hecho	89
2.3.3.2. Definición de la unión de hecho	92
2.3.3.3. Requisitos que configuran la unión de hecho	95
2.3.3.4. Clases o tipos de unión de hecho	99
2.3.3.5. Efectos jurídicos de la unión de hecho propia.....	102
2.3.3.6. Proceso de reconocimiento de la union de la hecho propia..	105
2.3.3.7. Cese o extinción de la unión de hecho	113
2.3.3.8. Cese o extinción de la unión de hecho en el derecho comparado	118

CAPITULO III	123
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	123
3.1. Contexto normativo del cese unilateral de la unión de hecho propia ...	123
3.2. Análisis filosofico de la investigación	125
3.3. Los criterios juridicos para regular el cese unilateral de las uniones de hecho propias reconocidas notarialmente en la legislacion peruana	129
CAPÍTULO IV:	144
PROPUESTA PARA REGULAR EL CESE UNILATERAL DE LA UNIÓN DE HECHO RECONOCIDA NOTARIALMENTE	144
4.1. Propuesta para incorporar el artículo 326 - A en el Código Civil	144
4.2. Exposición de motivos	145
4.2.1. Descripción del problema	145
4.3. Análisis costo beneficio	152
4.4. Efectos de la vigencia de la norma en la legislación nacional	153
CONCLUSIONES	154
RECOMENDACIONES	156
LISTA DE REFERENCIAS	157

LISTA DE ABREVIACIONES

- A.** Art. por Artículo.
- B.** CC. por Código Civil Peruano de 1984.
- C.** Const. P. por Constitución Política de 1993.
- D.** Const. P. 79. por Constitución Política de 1979.
- E.** CPC por Código Procesal Civil.
- F.** D. Leg. por Decreto Legislativo.
- G.** TC por Tribunal Constitucional.

GLOSARIO

- 1. Cese de la unión de hecho.** Es entendida como la ruptura, disolución o el término de la relación concubinaria; además, viene a representar la garantía de la libertad que tienen cada uno los miembros de la unión; quienes en su momento optaron por constituirla, estos mismos, de acuerdo a sus intereses, en cualquier momento pueden ponerle fin.
- 2. Familia.** Núcleo de personas, basado en el afecto o en necesidades primarias, que conviven o han convivido íntimamente y que posees cierta conciencia de unidad.
- 3. Unión de hecho.** Conocida como concubinato, y es concebida como 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 que realice el Juez o el Notario Público.
- 4. Pospositivismo.** Corriente filosófica forjada a partir del siglo XX, que viene a describir que el derecho es un sistema de normas, las cuales se clasificadas en reglas y principios; su propósito es brindar una respuesta sobre aquellas lagunas normativas y axiológicas presentes en el ordenamiento jurídico, utilizando como herramienta a la ponderación.

RESUMEN

En la presente tesis, investigamos sobre el problema latente que tiene la unión de hecho propia que ha sido reconocida notarialmente; al haberse contemplado únicamente, la posibilidad de su finalización, de manera conjunta o voluntaria; más, no, el cese unilateral, donde cualquier miembro de la pareja, pueda terminar la relación de manera formal. Por ello, desarrollamos los criterios jurídicos que deben concurrir para regular esta figura dentro del ordenamiento jurídico peruano.

Partiendo por estudiar la corriente filosófica del pospositivismo y el positivismo jurídico contemporáneo, arribamos al análisis de los derechos fundamentales que se ven involucrados en la deficiencia legal, como son la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la seguridad jurídica y la igualdad; luego, examinamos la institución de la familia, el matrimonio y de forma especial, la unión de hecho.

La comprensión doctrinaria y jurisprudencial, nos permite concluir en la necesidad de regular esta nueva figura dentro del Derecho de Familia, a fin de garantizar los derechos de los integrantes de la unión de hecho propia.

Palabras claves

Familia, Unión de Hecho, Reconocimiento de la unión de hecho, Cese unilateral de la unión de hecho.

ABSTRACT

In the present thesis, we investigate the latent problem that has the union of own fact that has been recognized by notary; only having contemplated the possibility of its completion, jointly or voluntarily; more, no, the unilateral cessation, where any member of the couple can formally end the relationship. For this reason, we develop the legal criteria that must be met to regulate this figure within the Peruvian legal system.

Starting by studying the philosophical current of post-positivism and contemporary legal positivism, to arrive at the analysis of the fundamental rights that are involved in legal deficiency, such as human dignity, the free development of personality, legal security and equality; Then, we examine the institution of the family, marriage and, in particular, the de facto union.

Doctrinal and jurisprudential understanding that allows us to conclude on the need to regulate this new figure within Family Law, in order to guarantee the rights of the members of the union in their own right.

Key words: *Family, Union of Fact, Recognition of the union of fact, Unilateral termination of the union of fact.*

INTRODUCCIÓN

En la presente tesis buscamos generar y cimentar los criterios jurídicos que deben concurrir para regular la institución del “cese unilateral de la unión de hecho propia”, dentro del derecho de familia, a fin de tutelar de forma eficaz y oportuna los derechos e intereses de los integrantes de la misma.

Emprendemos nuestra tarea, en el capítulo I, denominado aspectos metodológicos, describiendo que la unión de hecho, ha sido regulada en la Constitución de 1993 y en concordancia con el artículo 326 del Código Civil de 1984, viene protegiendo y salvaguardando los derechos de los concubinos; condicionado su protección al reconocimiento judicial o notarial; en este segundo escenario, advertimos que la pareja solo puede finalizar su vínculo formalizado, a través del “cese voluntario o conjunto”; más, no existe regulación, sobre el supuesto, donde solo uno de ellos, decida terminar formalmente la unión; ante ello, se formula la pregunta ¿cuáles son los criterios jurídicos para regular el cese unilateral de las uniones de hecho propias reconocidas notarialmente en la legislación peruana?.

Para responder a dicha interrogante, en el capítulo II, nos avocamos al desarrollo del marco teórico, estudiando la corriente filosófica del pospositivismo y positivismo jurídico contemporáneo, que sirven de respaldo, para arribar al estudio de los derechos fundamentales que se ven involucrados como son: la dignidad humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el principio de la seguridad jurídica y el principio-derecho a la igualdad;

examinando, su evolución, definición y las aristas (derecho - principio - valor) que las componen, y que son desarrollados por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias. Seguidamente, exploramos la evolución de la familia, el matrimonio y en especial la unión de hecho, donde tratamos su definición, los requisitos que exige la legislación, sus clases, efectos jurídicos, proceso de reconocimiento y en especial, la fase de su culminación o extinción.

En el capítulo III, presentamos los resultados de nuestra investigación (contrastación de hipótesis), donde concluimos que es necesario acudir al pospositivismo para identificar los derechos fundamentales que se ven involucrados, por el vacío legal y dar respuesta al mismo; sin embargo, ante la presencia de un sin número casos a futuro, buscando una misma solución, es imprescindible abrazar el positivismo jurídico contemporáneo, para construir la correspondiente norma jurídica y regular la realidad.

Asimismo, realizamos un análisis detallado, de las consecuencias negativas que produce la deficiencia legal en los derechos fundamentales de los integrantes de la unión de hecho propia; infiriendo que el Estado debe garantizar y proteger a la persona humana, buscando el respeto de su dignidad en la materialización de su derecho al libre desarrollo de la personalidad; además, debe concretizarse el principio de seguridad jurídica (en tanto, la omisión legislativa, genera una incertidumbre, al no saber que herramienta utilizar para consumir los intereses); así como, garantizarse el principio-derecho a la igualdad (ya que, la unión de hecho, pese a ser fuente de familia, no recibe un protección plena, a comparación del matrimonio); por ello,

procuramos brindar el mecanismo jurídico idóneo para trata la disolución unilateral de la unión de hecho propia.

De este modo, en el capítulo IV, proponemos el texto legal, que regule el cese unilateral en la legislación peruana, basándonos incluso en datos estadísticos del último censo poblacional, donde se registra que gran parte de la población peruana, ha optado por formar su familia, sobre una fuente diferente al matrimonio; en tal virtud, nuestras conclusiones y recomendaciones giran en torno a la regulación de esta nueva figura jurídica, que busca la protección de los concubinos.

El autor.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.1. Planteamiento del problema

El hombre dada su característica de ente social, necesita reunirse con otros de su misma especie, a fin de poder satisfacer sus propias necesidades que iba presentando; en ese contexto, formó y fortaleció sus propios vínculos, donde, internalizó que, dentro del grupo humano, desarrollaría sus mejores destrezas y brindaría protección.

De esta manera, se constituye la *familia*. De acuerdo a Varsi, “en cada periodo histórico del hombre, (esta) ha sido tomada y moldeada bajo la influencia de concepciones religiosas, políticas, sociales y morales” (2011, p. 11). Prevalciendo la familia matrimonial – nuclear, marginando a las que eran ajenas a ella, por no cumplir con la formalidad establecida en la ley.

Pero, “gracias a los diversos cambios sociales, económicos y tecnológicos, presentes en las últimas décadas” (Haro, 2013, p. 3). Ha conllevado que aquellas formas o arreglos familiares distintos al modelo consagrado, sean reconocidas y protegidas; como es la “unión de hecho”¹; garantizándose a una persona, el poder desarrollarse

¹ Para el profesor Torres (2016), “las uniones de hecho son una modalidad de convivencia plenamente aceptadas, que no solo conforman una alternativa al matrimonio, sino que, en

libremente en la sociedad², al permitirle elegir entre el matrimonio o el concubinato³.

En el Perú, como lo recuerda Castillo y Torres, “el fenómeno de las uniones de hecho, constituye una realidad que ha venido siendo cada vez más frecuente y que, sin embargo, ha carecido durante mucho tiempo de una regulación sobre los efectos personales y económicos que esta produce en sus miembros” (2014, p.13). En tal virtud, por primera vez, el artículo 9 de la Constitución Política de 1979⁴, regula dicha institución; manifestando, Haro (2013):

Por intermedio de dicho precepto constitucional, se otorgaba a la convivencia, efectos legales similares y/o semejantes a los del matrimonio, en el tema patrimonial; ello a fin de resguardar los bienes que habían sido adquiridos por los convivientes, bajo el denominado régimen de sociedad de bienes (p. 3).

Regulación⁵ que se contempla en nuestra actual carta magna de 1993, ya que el artículo 5, señala:

muchas ocasiones (...) precede al mismo (...) o se intercala como modo de vida entre dos matrimonios de una persona”. (p. 197)

² El libre desarrollo de una persona lo encontramos consagrado en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política. Por su parte, el Tribunal Constitucional (TC, 2004), en el Expediente N° 2868-2004-AA/TC. Fundamento 14, ha indicado: “El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con dada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres (...)”.

³ Nuestra legislación equipara los conceptos de “Concubinato” y “Unión de Hecho”; así, lo podemos ver de los artículos 326 y 402, inciso 3 del Código Civil.

⁴ Artículo 9: “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable”.

⁵ Reiterando Haro (2013): “(...) se presentaba en la realidad, situaciones en la cuales uno de los convivientes se apropiaba ilícitamente de los bienes generados o adquiridos durante el periodo convivencial, en desmedro del otro integrante” (p. 3).

“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”.

Complementando la regulación constitucional, el CC. de 1984, en el art. 326⁶, al desarrollar sobre 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 integrantes⁷; conocida esta relación como “unión de hecho propia”; cuyos atributos o potestades, para ser ejercidos y protegidos, están condicionados al reconocimiento que realice el Juez de Familia, a través del correspondiente proceso judicial, o, el Notario público por intermedio del procedimiento contemplado en la Ley de competencia notarial en asuntos no contenciosos-. Como lo recuerda Haro (2013):

⁶ Artículo 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 debe 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 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.

⁷ De acuerdo a Varsi (2011), para determinar los efectos jurídicos que trae consigo la unión de hecho, debemos de tener en cuenta, que tipo de unión de hecho se trata. En principio, los efectos consagrados en nuestra normatividad esta dirigidos a la unión de hecho propia en consideración al cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para su reconocimiento. (...). [En] esta unión de hecho, la vida se desarrolla de modo similar a la que sucede en el matrimonio, esto en virtud de la tesis de la apariencia del estado matrimonial, la cual nos explica que las uniones de hecho generan relaciones jurídicas entre sus miembros, no iguales, pero sí parecidas a las generadas en el matrimonio. Por ejemplo, el deber de asistencia, de la que derivan los alimentos; el deber de cohabitación y el deber natural de fidelidad. (415)

Una cosa es la adquisición de derechos y su goce inherente y otra distinta, su exigencia y su protección jurídica”. Por lo que los convivientes para exigirse mutuamente y proteger sus derechos adquiridos durante su convivencia, como consecuencia del régimen de sociedad de bienes y para que estos convivientes se relacionen con terceros y estos cautelen un derecho adquirido como consecuencia de esa relación, es necesario que dicha convivencia se pruebe ante un Juez o ante un Notario y que estos la declaren como tal. (p. 7)

Bajo dicho contexto, cuando una pareja, cumple con los requisitos del art. 326 y decide salvaguardar sus derechos frente a terceros, debe someterse al trámite previsto en los artículos 45 a 49 de la Ley 26662 – Ley de competencia notarial en asuntos no contenciosos- (modificada por la Ley N° 29560⁸), para que el notario, en su momento, declare la existencia de la relación; sin perjuicio, el art. 52 de la misma Ley, habilita, que la pareja, de manera conjunta puedan finalizar su vínculo (y liquidar los bienes) que fue reconocido previamente. Priorizándose su libertad; pues, ellos en su oportunidad decidieron constituir su relación, bajo dicha libertad, en cualquier momento la pueden finalizar o concluir.

En este segundo escenario, se avizora el problema de nuestra investigación; ya que, el legislador no ha contemplado (vacío legal) el supuesto legal, que permita al integrante de la unión de hecho propia, poder finalizar de manera unilateral su relación -que ha sido reconocida notarialmente-; ante la resistencia de su pareja, quién al haber adquirido

⁸ En nuestra legislación, en un inicio, se ha reconocido como única vía, el acudir al ente judicial (sentencia judicial); sin embargo, al publicarse la Ley N° 26662, la cual entro en vigencia, el 22 de setiembre del año de 1996, y fue modificada por la Ley N° 29560, entrando en vigencia, el 16 de julio de año 2010, se está autorizando a través de la competencia notarial en asuntos no contenciosos, que los Notarios también puedan declarar una unión de hecho (acta notarial). Todo ello, sin perjuicio de regularse, el cese y/o término de la convivencia, que no es otra cosa que la ruptura o la disolución de la relación.

derechos hereditarios, adoptivos o alimentarios se niega a terminar su vínculo; de este modo, surge la dificultad, respecto a que herramienta legal podría ejercitar el integrante de la relación, para consumir su interés, sin afectar los derechos de su pareja; más, si la ausencia normativa, no puede ser corregida mediante la institución de la analogía; pues, al pretenderse la restricción de derechos –como es el caso- está queda prohibida, tal como lo dispone el art. IV del Título Preliminar del CC⁹.

Ante la problemática expuesta, se propone la siguiente pregunta de investigación.

1.1.2. Formulación del problema

¿Cuáles son los criterios jurídicos para regular el cese unilateral de las uniones de hecho propias reconocidas notarialmente en la legislación peruana?

1.2. JUSTIFICACIÓN

Al momento de estudiar la unión de hecho, se advierte que el legislador peruano, salvaguarda los derechos e intereses de los ciudadanos que deciden formar una familia, a partir de una fuente diferente al matrimonio; condicionado ello, al cumplimiento de los requisitos que exigen el art. 326 del CC. (unión de hecho propia).

⁹ “La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía”.

Para concretizar los derechos de la pareja, es necesario e imprescindible, el reconocimiento de la situación fáctica; en tal virtud, la Ley N° 26662, regula el procedimiento que debe seguir en vía notarial; admitiéndose, la posibilidad de finalizar la relación reconocida, a través del cese voluntario de la unión de hecho; para lo cual, la pareja debe acudir ante el notario público, donde dejaran expresa constancia el haber puesto fin a su estado de unión, procediendo a liquidar los bienes que fueron adquiridos durante la relación.

En este último escenario, se presenta la deficiencia legal, al no haberse regulado el supuesto que permita a uno de los integrantes de la unión de hecho propia (reconocida), el encaminar unilateralmente el cese de su relación, frente a la resistencia de su pareja.

En tal virtud, nuestra investigación es trascendente y relevante; ya que, analizamos un problema latente en la sociedad, el mismo que no tiene una respuesta por parte del ordenamiento jurídico y mucho menos puede ser corregido mediante la figura de la analogía, al estar prohibida por ley, debido a la restricción de derechos que se preñer hacer; causando serias contingencias a los intereses de la pareja; a partir de ello, la investigación busca incrementar el conocimiento en el mundo jurídico, al brindar los criterios jurídicos que debe concurrir, para regular está nueva figura dentro del derecho de familia, brindándose el mecanismo jurídico idóneo que concretiza los derechos de los intervinientes.

De este modo, los resultados obtenidos servirán, como base para otros estudios relacionados con el tema, que finalmente ayuden no solo en el aspecto académico, sino que brinden, al ciudadano de a pie y sobre todo a los integrantes de los grupos familiares distintos al matrimonio, las herramientas necesarias para que puedan salvaguardar y encaminar sus derechos fundamentales, sin ninguna limitación que los afecte.

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. Objetivo General

Determinar los criterios jurídicos para regular el cese unilateral de las uniones de hecho propias reconocidas notarialmente en la legislación peruana.

1.3.2. Objetivos Específicos

- A.** Analizar la legislación, doctrina y jurisprudencia sobre las uniones de hecho (propia e impropia) en el ordenamiento jurídico peruano.

- B.** Estudiar el reconocimiento y el cese (judicial y notarial) de las uniones de hecho propias.

- C.** Demostrar que la ausencia normativa del cese unilateral de la unión de hecho propia afecta la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la seguridad jurídica.

D. Establecer la vulneración del derecho a la igualdad y brindar el mecanismo jurídico, para disolver la unión de hecho propia reconocida notarialmente.

E. Proponer la regulación del cese unilateral de la unión de hecho propia reconocida notarialmente.

1.4. DELIMITACIÓN

1.4.1. Espacial

Dado que nuestra investigación es de carácter básica con alcances teóricos y dogmáticos, no ha sido posible determinar un ámbito espacial, puesto que se ha estudiado, la doctrina, la jurisprudencia, la normatividad nacional y el derecho comparado, ampliando los límites de investigación más allá que el mero derecho peruano.

1.4.2. Temporal

Nuestra investigación al ser de carácter básica, con alcances teóricos y dogmáticos, conlleva que el ámbito temporal, se enmarque desde la vigencia del CC. (Decreto Legislativo N° 295), que se produce el 25 de julio de 1984; así, como de la Ley N° 26662, acaecido el 22 de setiembre de 1996; preceptos normativos que se mantiene vigentes hasta la actualidad, con algunas modificaciones.

1.5. LIMITACIONES

No existieron limitaciones para el desarrollo de la presente tesis.

1.6. TIPO Y NIVEL DE TESIS

1.6.1. De acuerdo al fin que se persigue

A. Básica

De acuerdo Aranzamendi, la investigación básica o teórica busca hacer aportes teóricos al derecho o crear conceptos que desarrollen un sistema o rama jurídica (2015, p. 85); en ese sentido, en nuestra investigación, advertimos la existencia de un vacío legal sobre la regulación de una institución jurídica; bajo dicho contexto, buscamos incrementar el conocimiento, al brindar los criterios jurídicos necesarios que permitan la regulación del cese unilateral de la unión de hecho propia reconocida notarialmente; para así, garantizar sus derechos fundamentales.

1.6.2. De acuerdo al diseño de la investigación

A. Descriptiva

En nuestra investigación describimos sobre la ausencia de una institución jurídica; explicando las consecuencias negativas de la deficiencia legal; y, en su momento exponemos los criterios jurídicos necesarios para hacer efectivo la regulación; a fin de garantizar y proteger los derechos de los integrantes de la unión de hecho propia.

B. Exploratoria

Somos conscientes que en estos momentos no existen pronunciamientos por parte del órgano jurisdiccional y mucho menos trabajos de investigación sobre el tema; por ende, el estudio que

realizamos genera un mayor conocimiento para el mundo jurídico; pues, nuestra investigación dará los pasos preliminares sobre una nueva figura jurídica, resaltando las principales facetas que esta presenta.

C. Propositiva

Finalmente, luego de advertir la ausencia normativa de una figura del derecho de familia, se estudia las instituciones sustantivas, que sirven de base, para proponer la regulación del cese unilateral de la unión de hecho propia reconocida notarialmente en el CC., con el objetivo de salvaguardar los derechos fundamentales de cada uno de los integrantes de la relación concubinaria.

1.6.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

A. Cualitativo

El enfoque de la investigación es de carácter cualitativo; como lo recuerda Olvera en ella, “se busca la esencia o la sustancia íntima del fenómeno particular y la comprensión individual” (2015, p. 87); por lo que, hemos realizado un análisis normativo de la institución jurídica de la unión de hecho, advirtiendo la deficiencia legal sobre el cese o ruptura unilateral de la unión de hecho propia que ha sido reconocida notarialmente; situación que afecta los derechos de las personas que la integran y que pretendemos solucionar.

1.7. HIPÓTESIS

Los criterios jurídicos para regular la institución del cese unilateral de las uniones de hecho propias que han sido reconocidas notarialmente en la legislación peruana, son:

- A.** El deber de garantía del Estado, al procurar protección de la persona humana y el respeto a su dignidad que se materializa a través del libre desarrollo de la personalidad de los integrantes de la unión de hecho propia;
- B.** Concretizar el principio de seguridad jurídica, en la disolución de la unión de hecho propia.
- C.** Garantizar el principio-derecho de la igualdad, en la disolución de la unión de hecho propia; y,
- D.** Procurar el mecanismo jurídico idóneo para la disolución de la unión de hecho propia.

1.8. VARIABLES

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

1.9. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

1.9.1. Generales

A. Inductivo

Aranzamendi, precisa que “dentro de las orientaciones metodológicas, existen métodos universales u operativos que son aplicados a casi la totalidad de investigaciones científicas, incluyendo el derecho” (2015, p. 117); siendo una de ellas, el método inductivo; en tal virtud, Ríos nos recuerda que aquí, “el problema de investigación se estudia desde las partes o los casos particulares que este presenta, hacia el conjunto general” (2017, p. 115). Bajo dicho contexto, procedemos a señalar la ausencia normativa del cese unilateral de la unión de hecho propia que ha sido reconocida notarialmente; a partir de ello, estudiamos los derechos fundamentales involucrados (la dignidad humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, seguridad jurídica y el derecho a la igualdad); para examinar las instituciones del derecho de familia implicados (matrimonio y unión de hecho); recorrido doctrinario y jurisprudencial que nos permite brindar los criterios jurídicos (premisas) que conlleve la regulación dicha situación (regla general); para salvaguardar y proteger los derechos fundamentales de los concubinos.

B. Analítico

Este es otro de los principales métodos utilizados en la investigación; nos recuerda Ríos, que se busca “diferenciar los elementos del

problema, revisándolos de forma separada, extrayendo fracciones de un todo, estudiándolos por separado para establecer sus relaciones entre sí, pero de manera vinculada, no independiente” (2017, p. 115). Por ello, en nuestra investigación estudiamos de forma independiente los derechos fundamentales como es la dignidad humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la seguridad jurídica y el derecho a la igualdad.

Luego, examinamos las instituciones del derecho de familia, como es el matrimonio y en especial la unión de hecho; procediendo a descomponer su contenido, sus elementos y su tipología; a fin de poderlas diferenciar, advirtiendo la finalidad de cada una de ellas cumple y sobre todo como estas se vinculan entre sí.

1.9.2. Específicos

A. Exegético

Es importante el método exegético, al realizar un estudio lineal del art. 326 del CC., advirtiendo los requisitos de la unión de hecho propia; luego, realizamos un análisis semántico de los artículos 45 a 49 de la Ley N° 26662 (Ley de Competencia Notarial en asuntos no Contenciosos), que regula el procedimiento notarial para el reconocimiento de la unión de hecho propia; sin perjuicio del análisis gramatical del art. 52 de la misma ley, que regula el cese voluntario de la unión de hecho.

B. Dogmático

Otro de los métodos sustanciales de la presente investigación, es el método dogmático; según Ramos (2011) debido a que “las normas jurídicas son el producto de una elaboración conceptual y aparecen expresadas en términos conceptuales y como tales han de reconstruirse y entenderse” (p. 94).

Así, luego de haber examinado semánticamente la normatividad sobre la unión de hecho propia, advertimos la ausencia del cese unilateral de la misma, que garantice los derechos de los concubinos; por ello, estudiamos la institución de la familia, el matrimonio y de forma particular la unión de hecho; observando para ello, trabajos de la doctrina nacional y extranjera; analizando las características de cada una de ellas, descomponiendo incluso sus elementos más esenciales, para ser comprendidos; con ello, poder construir la naturaleza jurídica de una nueva figura jurídica en el ámbito del derecho de familia.

C. La argumentación jurídica

En tiempos actuales la argumentación es un ingrediente importante, en la producción, interpretación y aplicación del derecho; pues, como lo recuerda Ramos, a través de ella “se busca persuadir racionalmente a otra persona de la validez de una determinada conclusión” (2011, p. 108).

En tal virtud, resulta esencial en nuestra investigación; pues, luego de advertir la presencia de una laguna normativa, en la unión de hecho propia, hemos procedido a elaborar un discurso ordenado y lógico partiendo del estudio de corrientes filosóficas, para arribar a los derechos fundamentales inmersos; luego, abordar instituciones del ámbito familiar, como es el matrimonio y la unión de hecho; base doctrinaria y jurisprudencial, que nos permite consolidar los criterios jurídicos (hipótesis) que permitan regular una nueva figura jurídica, como es el cese unilateral de la unión de hecho propia que ha sido reconocida notarialmente.

1.10. TÉCNICAS

1.10.1. Análisis de documentos

Debido a que nuestro estudio es cualitativo, y ante la ausencia de pronunciamiento judiciales sobre el tema, la única técnica utilizada, ha sido, el análisis de documentos; en tanto, “la primera tarea de un investigador es conocer la documentación sobre el problema que se está desarrollando” (Palacios, Romero y Ñaupas, 2016, p. 317); de este modo, hemos revisado diversos documentos impresos (libros, artículos, etc.), obteniéndose información la cual ha sido cuidadosamente estudiada (análisis de contenido) y plasmada en el marco teórico.

1.11. INSTRUMENTOS.

1.11.1. Ficha.

Al ser los instrumentos los medios materiales donde se consigna la información para su posterior procesamiento, en nuestra investigación se ha utilizado la ficha y dentro de ella, la siguiente tipología:

A.1. Fichas bibliográficas, al recogerse y extraerse los datos principales de los libros materia de consulta; información consignada en la lista de referencias.

A.2. Además, se ha usado **fichas textuales**, para consignarse definiciones, fechas, nombres, clasificaciones, etc.

A.3. Finalmente, se utilizó **fichas de resumen**, al sintetizarse las diversas ideas expuestas por los doctrinarios.

1.12. UNIDAD DE ANÁLISIS, UNIVERSO Y MUESTRA

Nuestra investigación no admite unidades de análisis, universo o muestra.

1.13. ESTADO DE LA CUESTIÓN.

En el desarrollo de la investigación no se ha encontrado antecedentes directos de estudios, tratados o investigaciones acerca del tema específico a desarrollar, afirmamos esto 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.

Asimismo, se han revisado los repositorios de la Biblioteca de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca y de las bibliotecas de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo y de la Universidad Privada del Norte.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. CORRIENTES FILOSÓFICAS SOBRE EL DERECHO

2.1.1. Derecho natural y derecho positivo

Desde que el ser humano aparece sobre la faz de la tierra, mira con gran asombro las cosas que lo rodean; para comprender el mundo físico utiliza las creencias, como es el caso de los griegos, quienes explican su realidad mediante los mitos¹⁰. Pero, al presentarse una gran crisis (en el siglo VII y VI a.C.), de acuerdo a Sobrevilla, la civilización helénica, toma contacto con otras civilizaciones, adquiriendo conocimientos de tradiciones mitológicas, religiosas y científicas¹¹ (2014, p. 23), que traen serios inconvenientes a su visión mítica, la cual es abandonada y en su

¹⁰ Sobrevilla (2014) afirma, que los mitos griegos permitían dar cuenta del origen de la realidad, de los fenómenos físicos e históricos, y asimismo formular los preceptos de una moral preteorética a base de ejemplos. Así, (...) la *Teogonía* de Hesiodo contenía mitos sobre el origen de los dioses griegos y sus historias. El mito de Deméter y su hija Core (o Perséfone, como después se la conoció) y Hades, les permitía explicar el cambio de las estaciones. Según este mito, Hades, el dios que reinaba el inframundo, se había enamorado de Perséfone y la había raptado llevándosela a su reino. Como pese a las promesas de la madre de Perséfone. Deméter, Hades no la devolviera, Deméter, que tenía el poder de controlar el crecimiento de los árboles y la vegetación sobre la tierra, hizo que todo sobre ella se pusiera yermo. En estas circunstancias se efectuaron reuniones entre los dioses implicados y se llegó a un acuerdo: Perséfone permanecería tres meses con Hades en el inframundo y luego regresaría a la faz de la tierra por nueve meses. Esta es la explicación mítica griega de por qué durante los tres meses invernales todo se agosta y marchita, pero luego la vegetación se reconstituye y las flores vuelven a aparecer. (p. 23)

¹¹ Bernal indica, que de Egipto, tomaron los griegos elementos arquitectónicos, técnicas agrícolas y algunas científicas, de Fenicia el alfabeto y de ambas civilizaciones elementos mitológicos” (como se citó en Sobrevilla, 2014). Asimismo, Sobrevilla (2014), refiere que la caída del imperio Micénico, generó que lo griegos se volcaran hacia el exterior a partir del siglo X. Donde los intercambios con otras civilizaciones dieron lugar a una reorientación de la economía, hacia el comercio marítimo, con lo que Grecia dejó de ser un país aislado; produciéndose la invención de la moneda en el siglo VII; siendo que el nuevo tipo de riqueza da lugar a cambios en la aristocracia y al avasallamiento del pueblo. La justicia deja de ser un asunto cósmico para constituirse en un problema local y concreto, por lo que el castigo del homicida pasó de ser un asunto privado, objeto de la venganza de sangre, a ser una cuestión pública que necesitaba de una represión organizada por la ciudad-estado.

reemplazo, pasan a exponer el origen del mundo, a través del “logos” o razón.

Bajo ese contexto, surge la filosofía¹², que busca explicar lo real a través de la reflexión racional, dirigiendo su mirada a las distintas manifestaciones del hombre¹³, atendiendo los problemas que presenta, a fin de brindarle la orientación necesaria para que pueda tomar las mejores decisiones¹⁴.

¹² “La “filosofía” deriva de dos voces griegas: *filos*, que se traduce por “amor” y, *sofos* por “sabiduría”. Es decir, etimológicamente la “filosofía” es el amor a la sabiduría”. (...) La filosofía es una de las formas de la conciencia social determinada por las relaciones económicas de la sociedad que se desarrolla en el problema de la relación entre el pensar y el ser, entre la conciencia y la materia. (Páucar, Galarza y Armas, 2006, p. 19)

Sobrevilla (2014) afirma, que la filosofía se inició (...), con la escuela de Mileto que está compuesta por Tales, que debe haber vivido hacia el año 585 a.C., Anaximandro, que vivió entre los años 610 y 547 a.C. Y Anaxímenes, que lo hizo entre 585 y 528 a.C. Mileto era una rica ciudad portuaria que estaba situada en un punto de cruce con las grandes civilizaciones del cercano oriente: Egipto, Fenicia, Asiria, Babilonia, Persia, etc. Ahí, se planteó la pregunta de cuál es el origen o principio de todas las cosas. (p. 26)

¹³ Como lo precisa el filósofo peruano Salazar, “La filosofía es una reflexión crítica, una concepción del mundo y un saber de la vida. El ser humano cuando actúa, piensa, reflexiona sobre su entorno con el objetivo de conocer, saber e interpretar para adecuarse mejor al medio en que vive” (como se citó en Páucar, et al., 2006).

¹⁴ Siguiendo a Sobrevilla, la filosofía tiene una rama formal o propedéutica que está representada por la *lógica*, que estudia el pensamiento correcto a través del razonamiento que puede ser inductivo o deductivo y otra rama real, que tiene que ver con los objetos de la filosofía. Así, la rama real se subdivide a su vez en filosofía *teórica*, que busca responder a la pregunta: *¿Qué podemos saber?*, que busca reflexionar sobre el mundo a fin de conocerlo, sin intervenir en él, lo que trata de hacer a través de la *metafísica* (estudiando racionalmente el ser o la realidad en su conjunto y de las categorías que sirven para analizarlo), la *teoría del conocimiento* (examinando el conocimiento en general, preguntándose si es posible conocer [el problema del escepticismo], las fuentes del conocimiento y la verdad, entre otros problemas más) y la *epistemología* (que es el estudio del conocimiento científico, en que consiste este, las distintas variedades de ciencia, la explicación científica y la dinámica de las teorías científicas).

Pero, también aparece la filosofía *práctica*, que busca responder a la pregunta: *¿Qué debemos hacer?*, que consiste en la reflexión en torno a la acción humana, reflexión que llevan a cabo la *ética* (que consiste en el estudio de la conducta humana en relación a los valores morales, en especial frente al bien y al mal), la *filosofía política* (que se refiere a los problemas filosóficos que plantean la sociedad y el Estado, sobre todo la relación entre el ser humano y el Estado) y la *filosofía del derecho* (que estudia las normas que regulan la conducta de los seres humanos y que están premunidas de fuerza coactiva).

Una de las variantes, de la filosofía, viene a ser la “*Filosofía del Derecho*”, cuya reflexión se centra en definir el derecho¹⁵, investigar su origen y los caracteres generales de su desarrollo histórico; para tal efecto, surgen a lo largo de los años diversas teorías filosóficas¹⁶; pero, existe dos de gran importancia: la primera denominada “idealista” y la otra, “positivista”, ambas con diferentes matices, cuyo punto en conflicto, es determinar el origen, concepto y naturaleza del derecho¹⁷.

¹⁵ Para, Torres (2015) el ser humano de forma continua se pregunta ¿porqué está obligado a respetar las normas o reglas de derecho? o ¿cuál es el fundamento, la razón de ser de la obligatoriedad del derecho?, ¿de dónde procede la fuerza de sus mandatos?; siendo diversas la teoría que buscan dar respuesta a dichas preguntas, sobresaliendo dos: una idealista y otra, positivista. (p. 149)

¹⁶ Sobrevilla (2014) detalla que además del iusnaturalismo, el positivismo y racionalismo jurídico, existen otras concepciones contemporáneas del derecho de menor importancia, como:

La teoría tridimensional del Derecho (donde el derecho es una realidad con tres dimensiones: hecho, valor y norma).

Y, teorías críticas del derecho, como: *teorías marxistas* (donde el derecho desempeña un papel subordinado frente a otros elementos del todo social); *uso alternativo del derecho* (quienes proponían desarrollar una práctica jurídica que contradijera la evolución social); *la crítica al derecho francés* (cuyo fundamento es el materialismo histórico), el *Análisis Económico del Derecho* (por la cual, la teoría económica es capaz de predecir y explicar el comportamiento de los individuos en presencia de reglas jurídicas); *Critical Legal Studies* (movimiento de izquierda liberal que reivindica a las minorías sexuales, raciales y políticas, que tiene gran preocupación por la enseñanza del derecho); *pluralismo jurídico* (afirma que al lado de la juridicidad escrita y formal estatal existen otras juridicidades informales en la fabricas, los barrios marginales, los grupos indígenas, etc.) y *la crítica feminista del derecho* (donde el derecho es producto de sociedades patriarcales, y aunque se proteja los derecho de las mujeres, se las ha desfavorecido).

¹⁷ Sobrevilla (2014) refiere que existe una tercera gran corriente de la filosofía del derecho, denominada “realismo jurídico”, la cual surgió en el siglo XX, y se opone al iusnaturalismo y al positivismo jurídico, en cuanto que estas dos corrientes consideran al derecho como un sistema de normas; en su lugar, considera que el derecho está constituido por la conducta de los jueces al resolver la causas que se les presenta, y por la explicación de dicha conducta por motivaciones realistas de índole psicológica y sobre todo sociológica.

Existiendo dos formas de realismo; por un lado, está el realismo norteamericano, conformado por el juez norteamericano Oliver Wendell Holmes, para quien el derecho no es un misterio, sino una profesión conocida que estudia los procesos ante los tribunales y como evitar acusaciones ante ellos. De igual manera, se tiene la sociología del derecho de Roscoe Pound, quien aboga por la captación científica de las relaciones del derecho con la sociedad y de las necesidades, intereses y opiniones de la sociedad de hoy y sobre el derecho afirma que éste cumplía el papel de ser un medio de control social, que permite modelar el comportamiento de los ciudadanos.

En contraposición al pensamiento de Pound, se encuentra Jerome Frank, quien sostiene que en el derecho existe un factor de incertidumbre que es inevitable, por lo que todo a lo que se podía aspirar es a que el derecho dispense una seguridad meramente dinámica a las actividades humanas y sociales. Siguiendo el ejemplo de Frank, Karl N. Llewellyn, crítico a Pound, manifestando que la ciencia sociológica del derecho postulada le faltaba sociología. Finalmente otros realistas norteamericanos importantes fueron Joseph W. Bingham, Felix S. Cohen, Walter S. Cppk, Herman Oliphant y Max Radin.

Así, para el iusnaturalismo, de la época griega y romana, existe un derecho anterior y superior, al derecho establecido por los hombres, denominado "*Derecho Natural*"¹⁸; en la Edad Media, expone que la fuente de este, proviene de la voluntad divina; es decir, que la ley natural tiene su origen en Dios, al ser reflejo de la ley eterna (escolástica medieval), al ser conocido en todo tiempo y lugar; a partir del siglo XVII, postula que el derecho natural, solo es fruto de la razón humana; así, el hombre con la fuerza de su razón, puede descubrir principios y reglas de convivencia que tienen un carácter absoluto, hallándose por encima de las leyes humanas (escuela racionalista).

En términos sencillos, el derecho natural, es aquel derecho superior y anterior al derecho positivo (puesto por el legislador), que está conformado por un conjunto de normas y principios de carácter moral (derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad, a la resistencia frente a la opresión, etc.), donde radica lo justo; siendo la razón natural, la que gobierna a los hombres; además, es el fundamento, que inspira al derecho positivo; el mismo que debe ser considerado, al momento de ser aplicado; obligatoriedad que derivada de la bondad o justicia íntima de su contenido (posición que vincula al derecho con la

El realismo escandinavo, estuvo representado por Axel Hägerström, para quien el único derecho existente es el positivo que surge de una multiplicidad de factores sociales, que dan lugar a las normas jurídicas; y no procede de una manifestación de la voluntad (como había sostenido Hobbes y Austin) ni tampoco una norma fundamental (como enseñaba Kelsen).

¹⁸ Debiendo de precisar que la invocación a la naturaleza no alude a la naturaleza física (no hace referencia a propiedades identificables en el espacio y en el tiempo y susceptible de percepción empírica por los sentidos); sino a una instancia suprasensible, trascendente o transnatural (bien teleológica, bien metafísica) de la cual se predica su existencia real, aunque sea un modo de existencia distinto a los objetos.

moral); pues, la verdad, la igualdad, y demás valores, son los únicos que pueden hacer la ley.

En contraposición, en el siglo XIX, surge el “positivismo jurídico”; conformado por diversas teorías¹⁹; pudiendo aislarse dos tesis generales: la primera, denominada “*tesis de las fuentes sociales del derecho*”, donde el derecho, es una creación humana e histórica (relativa en el tiempo y espacio), expresada mediante normas jurídicas, presentes

¹⁹ *Positivismo jurídico como método o metodológico o forma de aproximarse al derecho*, se enfoca en el estudio del derecho, por el cual cabe distinguir el derecho como debe ser y estudiar el derecho tal y como es desde una perspectiva valorativamente neutral. Por ende, el derecho puede ser definido como un hecho, no como un valor, con independencia de la valoración que merezca su contenido (Moreso y Vilajosana, 2004, p. 198). Para Guastini (como se citó en Prieto, 2018) esto deriva en tres consecuencias importantes: a) que una norma y el sistema en su conjunto pueden ser injustos y no por ello deja de ser jurídicos; b) que la moralidad o justicia es un estándar de comportamiento que no es razón suficiente para considerarlo como parte del derecho; c) que, por tanto, la definición del derecho no dice nada (ni en favor ni en contra) acerca de los motivos que pueden fundamentar una obligación moral de obediencia; si existe o no tal obligación será un problema a dilucidar en sede de teoría moral y no de teoría del derecho. Por lo que, para Prieto, en definitiva, el contenido mínimo del positivismo metodológico se compone de dos ideas: la existencia de las normas no depende de que satisfagan algún particular valor moral, y que el derecho es siempre obra de decisiones humanas o como suele decirse, que tiene un origen social.

En cambio, el *positivismo jurídico como teoría o teórico o modo de entender el derecho*, está asociado a una forma de concebir el derecho vigente del siglo XIX y definida por los siguientes rasgos: coactividad, imperativismo, supremacía de la ley entre las fuentes del derecho, consistencia y plenitud del derecho, concepción de la aplicación del derecho como una actividad deductiva (Moreso y Vilajosana, 2004, p. 198). Para Prieto, este comprende una serie de tesis independientes acerca de la naturaleza de la norma: i) vinculación del derecho con la fuerza, bien en el sentido de que las normas necesitan del respaldo de la fuerza, bien en el sentido de que regulan y organizan dicha fuerza; ii) una concepción rigurosamente estatista del derecho que atribuye a la ley el cuasi monopolio de la producción jurídica (legalismo), relegando cualquier otra fuente a una función residual; iii) una teoría imperativista de la norma jurídica, que concibe de la norma jurídica, como norma de conducta dirigida a los ciudadanos, dotada de una cierta estructura tripartita; iv) la idea del derecho como sistema, es decir, como conjunto ordenado de normas que forman un unidad plena y carente de contradicciones; v) finalmente una teoría mecanicista de la interpretación, según la aplicación del derecho que se ajusta al método de la subsunción donde el juez desempeña una función neutra o se simple autómatas, del sistema jurídico y de la interpretación.

Finalmente, el *positivismo como ideología o ideológico*, donde el derecho positivo es justo y por tanto debe ser obedecido (Moreso y Vilajosana, 2004, p. 198). Para Prieto, supone un cierto punto de vista acerca de la justicia del derecho y de la obligación moral de obediencia al mismo. Comprendiendo dos versiones: i) la primera radical, donde el derecho viene a representar el criterio de lo justo (lo que manda) y de lo injusto (lo que prohíbe), de donde se deduce una obligación moral incondicionada de obediencia al derecho; ii) la segunda moderada, donde sostiene que el derecho, por el mero hecho de ser un orden regular de convivencia, garantiza ciertos valores morales, como la seguridad, la certeza, la previsibilidad de las conductas, la paz, etc.

en un determinado momento y lugar²⁰; la segunda tesis, corresponde a la “*separación conceptual entre el derecho y la moral*”; detallándose que el concepto de derecho, no se caracteriza por propiedades valorativas, sino por propiedades descriptivas; es decir, que la calificación de “jurídico” es independiente de su posible “justicia e injusticia²¹” (aspecto moral). Finalmente, las dos tesis, se contraponen al derecho natural, al expresar, que la justicia es hacer lo que el soberano manda e injusto desobedecer sus órdenes.

Este paradigma, permitió que diversos gobiernos europeos²² como latinoamericanos, puedan gobernar imponiendo intereses, revestidos de legalidad, no importando que las normas sean justas o injustas y perjudiquen a los demás integrantes de la sociedad.

2.1.2. El surgimiento del positivismo

A finales del siglo XX, luego de la Segunda Guerra Mundial, se acusa al positivismo jurídico, de haber propiciado un espacio, para que el

²⁰ Para esta tesis la existencia del derecho en una sociedad solo depende de determinados hechos sociales observables, existiendo versiones sobre su alcance a través del positivismo filosófico y el positivismo jurídico (compuesto de un positivismo realista y de un positivismo formalista).

²¹ La separación conceptual entre el derecho y la moral suele conocerse como iuspositivismo metodológico o conceptual, o positivismo jurídico “como enfoque”, de acuerdo a Bobbio.

²² Históricamente, es el caso del partido Nacional Socialista Alemán, donde el poder de Hitler y su visión de anular a las personas calificadas como “nos arias”, conllevó que el gobierno construya un concepto restringido de persona, generando discriminación y persecución de los definidos como enemigos de la nación, entre los cuales, se encasillaban a judíos, comunistas, testigos de Jehová, homosexuales y todo aquel, que se opusiera a la estrecha definición de nazi; régimen que vio consumado, sus intereses con la expedición de leyes raciales de Núremberg, que incluía La Ley para la Protección de la Sangre Alemana y del Honor Alemán y la Ley de la Ciudadanía del Reich (1935) y la Ley Habilitante (1993), las cuales dieron paso para que se concentraran en el Führer, poderes militares, legislativos y ejecutivos. Con ello el gobierno del tercer Reich, utilizó todo su poder para expandir su idea imperialista. Mediante su poderío militar, la alianza de Alemania, Italia y Japón y la manipulación e instrumentalización de las ciencias, la educación, las artes y la literatura para la construcción e interiorización del concepto de persona basado en la definición nazi del hombre ario, construcción conceptual restringida y, por tanto, desconocedor del estatus universal de persona; lo que sirvió como fundamento a los nazis para las atrocidades históricamente conocidas.

totalitarismo se desarrolle, generando los regímenes nacionalistas nazis y fascistas; en tal virtud, Gustavo Radbruch, critica a los iuspositivistas de la época (H.L. Hart), afirmando que la ideología positivista del *Gesetz ist Gesetz* (la ley es la ley), los ha llevado a someterse a las dictaduras.

Para romper con esta cultura jurídica formalista, donde la concepción del Estado de Derecho, es de carácter “legal”, que involucra el sometimiento del gobierno²³ y del juez a la ley²⁴. Barberis (2019), señala que diversos países comienzan a tener Constituciones rígidas que incorporan Derechos Fundamentales y tribunales o cortes constitucionales, sufriendo los sistemas jurídicos cambios profundos, donde, los valores éticos como la dignidad humana, la libertad, la solidaridad y otros similares, que estaban formulados en las declaraciones de derechos y en las propias cartas magnas, van siendo invocados sistemáticamente por los jueces constitucionales y ordinarios en la solución de casos; irradiándose a todo el derecho, surgiendo el “Estado Constitucional de Derecho²⁵”.

Diversos autores valoran el cambio, exigiendo la formulación de un nuevo paradigma teórico; donde se redefina los conceptos jurídicos,

²³ Gascón y García (2016, p. 16), refieren que la sumisión de la administración a la ley, en efecto se establece en términos de subordinación donde la administración solo puede actuar previa habilitación legislativa.

²⁴ Privilegiándose la interpretación literal de la norma; existiendo incluso Tribunales de Casación, encargados de controlar la legalidad de los pronunciamientos judiciales; siendo célebre la frase de Montesquieu, al precisar: “*El juez es la boca que pronuncia la palabra de la ley*”.

²⁵ Para Guastini este proceso de constitucionalización, es el resultado de la combinación de factores, como la rigidez constitucional; la garantía jurisdiccional de la Constitución, que tiene fuerza vinculante; la aplicación inmediata de las normas constitucionales; la interpretación de la ley conforme a la carta fundamental y una fuerte influencia de la misma en los debates y el proceso político (como se citó en Aguiló, 2018).

presentándose una nueva imagen del derecho; estos doctrinarios son conocidos como pospositivista o no positivistas²⁶, los cuales postulan una teoría o filosofía del derecho posterior al iusnaturalismo y al iuspositivismo, donde su objeto es el derecho constitucionalizado; propugnando la adecuación del derecho infraconstitucional con -los principios establecidos en- la Constitución; por ende, Barberis señala que los diferentes subsistemas del ordenamiento jurídico (derecho civil, derecho penal, derecho administrativo, entre otros) deben ser reinterpretados y resistemizados (2019), en correspondencia con la Carta Magna.

²⁶ En la presente investigación no utilizaremos el término “neoconstitucionalismo”; pues, nos adherimos con la precisión que realiza Atienza sobre la expresión, quién señala que la procedencia del término parece estar en la escuela genovesa, que la introdujo con el propósito de criticar y descalificar al positivismo jurídico que ellos profesaban (el iuspositivismo metodológico). Además, que el término genera cierta confusión, pues a veces se lo utiliza para referirse a un determinado fenómeno (como es la existencia de constituciones con ciertas características); pero, en otras ocasiones se lo utiliza para la conceptualización de ese fenómeno como teoría del derecho. Agravándose, pues el prefijo “neo” hace referencia a estar gestando una nueva teoría, sin embargo, no existe ninguna anterior que pueda llamarse constitucionalista. Aunado a ello, se pretende caracterizar por la prevalencia de los principios versus normas, ponderación versus subsunción, Constitución versus independencia del legislador y jueces versus libertad del legislador; lo que demuestra su tendencia en identificar todo el derecho con la Constitución, existiendo una interpretación de manera libre (o arbitraria). Además, no tiene en cuenta las leyes al momento de solucionar un problema jurídico e irse directamente a la Constitución o incluso de prescindir del tenor literal de un artículo (una regla) de la Constitución y basarse directamente en los principios y valores constitucionales para la resolución del problema. Ejemplo de ello, ocurre en Ecuador, donde su Constitución define el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer. Sin embargo, los juristas neoconstitucionalistas, no creen que eso impida que pueda dictarse válidamente una ley que reconozca el matrimonio entre personas del mismo sexo; pues, basta con argumentar, que el reconocimiento de ese tipo de matrimonio iría contra el principio de no discriminación por razón de sexo. De esta manera, reducen el derecho a la moral y en consecuencia son incapaces de dar cuenta de la especificidad del derecho y del razonamiento jurídico, poniendo en riesgo la efectiva protección de los derechos fundamentales.

Por ende, Atienza (2014. p. 7-8) plantea una gran división, entre quienes consideran que los cambios ocurridos con el fenómeno de la constitucionalización de nuestros derechos no necesitan de un nuevo paradigma teórico, sino que ellos pueden darse cuenta permaneciendo en el positivismo; y por otra, quienes defienden que la constitucionalización del derecho requiere de un nuevo paradigma teórico y dentro de este segundo grupo, habría a su vez, que hacer divisiones: 1) los constitucionalistas positivistas, como es el caso de Ferrajoli; 2) los constitucionalistas no positivistas o pospositivistas, como Dworkin, Alexy, Nino o Zagrebelsky; 3) los neoconstitucionalistas (ellos mismos se autodenominan como es el caso de Humberto Ávila en Brasil, Ramiro Ávila en Ecuador, García Figueroa en España); y, 4) los constitucionalistas iusnaturalistas quienes asumen una inspiración kantiana (constructivista) en materia de ética, contrariamente a los iusnaturalistas, que serían personalistas o aristotélicos.

Esta nueva corriente²⁷, discute las principales tesis del positivismo jurídico (conceptual), comenzando con la tesis de las fuentes sociales, donde, la existencia y el contenido del derecho, dependía de un conjunto de hechos sociales; encontrándose determinados e institucionalizado (norma jurídica); por ello, existía una respuesta a los diversos conflictos, y una vez, conocida, descrita y explicada las convenciones -del pasado-, se podía aplicar al presente (casos fáciles) y de manera excepcional, ante la ausencia de respuesta (indeterminación), se permitía al juez, convertirse en un legislador intersticial (caso difíciles). En cambio, para los pospositivistas, las fuentes sociales no ofrecen respuesta a muchos problemas que necesitan solución²⁸ (indeterminación del derecho: lagunas normativas y axiologicas); por ello, se debe prestar mayor atención a los casos difíciles; pues, lo que interesa, es resolver los conflictos que no tiene respuesta por parte del derecho positivo; persuadiéndose a los destinatarios -normalmente jueces- que la solución propuesta es la correcta²⁹.

²⁷ El pospositivismo, tiene como su fuente doctrinal, en la discusión realizada entre Hebert Hart (heredero del positivismo del siglo XX) y Ronal Dworkin (heredero de la tradición constitucionalizada estadounidense). Además, su fuente institucional, está representada por la reflexión sobre el new constitutionalism (que viene a ser una expresión que aparece en *on line*, en las últimas dos décadas para hacer referencia a los desarrollos europeos y globales del constitucionalismo norteamericano. Además, lo usan constitucionalistas, comparatistas y politólogos estadounidenses, para hacer referencia a las constituciones emanadas en Europa y en el resto del mundo luego de la Segunda Guerra mundial, ignorando por completo a las filosofías o teorías del derecho continentales o latinoamericanas reunidas, bajo la etiqueta de neoconstitucionalistas) y en especial sobre los procesos de constitucionalización. De acuerdo a Barberis, hoy en día, la constitucionalización, designa tres procesos: i) la redacción de documentos constitucionales, ii) la atribución de rango constitucional a documentos que carecen de él, pero, sobre todo, iii) la adecuación del derecho infraconstitucional al derecho constitucional.

²⁸ Por ello, se tiene que importar instrumentos de otras disciplinas (filosofía moral y política); es más Dworkin, pone de manifiesto el papel de la moral en la lectura de los problemas constitucionales y denuncia la hipocresía del presupuesto de neutralidad planteado por el positivismo.

²⁹ Otro aspecto importante corresponde al cambio de enfoque del centro de análisis del derecho; ya que los positivistas, tenían al legislador como el centro básico de análisis de las ciencias jurídicas. En cambio, los pospositivistas, desplazan el centro de atención, otorgándole al intérprete del derecho y al juez, dicho objeto de análisis.

Otro aspecto en discusión, tiene que ver con tesis de la conexión entre el derecho y la moral; los iuspositivistas, defienden la “tesis de la separación”; es decir, *no hay una conexión necesaria entre el derecho y la moral*³⁰; por ello la validez jurídica, solo está determinada por la formalidad (expedido autoritativamente) y lo socialmente eficaz. Por su parte, los pospositivistas, defienden la tesis de la inclusión necesaria, donde la moral ya no es algo externo al derecho positivo (como ocurría en el positivismo); sino interno, que incorpora valores morales como la dignidad humana, la libertad, la solidaridad, entre otros; y, la afectación de ellos, condiciona la validez jurídica de la norma³¹.

El pospositivismo, trae como novedad, la distinción estructural y dicotómica de la norma jurídica³²; para tal efecto, se habla de reglas y principios³³; abordando dicha diferencia, la “tesis fuerte de la

³⁰ Generándose: a) el “*positivismo jurídico excluyente*”, donde la moral está necesariamente excluida del concepto de derecho (J. Raz); y, b) el “*positivismo jurídico incluyente*”, en el que, la moral no está ni necesariamente excluida ni necesariamente incluida (J. Coleman).

³¹ Surgiendo tres formas diferentes de comprender ello: a) el “*pospositivismo excluyente*”, donde todo defecto moral conduce a la invalidez jurídica; b) el “*pospositivismo superincluyente*”, en la cual, la validez jurídica no se ve afectada por los defectos morales; y, finalmente, c) el “*pospositivismo incluyente*”, donde los defectos morales socaban la validez jurídica, si y solo si, se traspasa el umbral de la injusticia extrema. Aquí, se utiliza la fórmula de Radbruch, para quién “*la injusticia extrema no es derecho*”; de acuerdo a ello, los defectos morales socaban la validez jurídica si y solo si, el umbral de la extrema injusticia se transgrede. La injusticia por debajo de este umbral se considera parte del concepto del derecho, se acepta como derecho valido pero defectuoso. Esto significa que el no positivismo incluyente abarca un grado considerable de positividad, es decir, entraña un compromiso con aquello que ha sido expedido autoritativamente y es socialmente eficaz. (Alexy, 2013, p. 18)

³² De acuerdo a Ruiz (2012, p. 145), no todas las normas que integran un determinado ordenamiento jurídico son iguales; pues, hay diversos tipos en función a determinados criterios; así, para Kelsen, existen normas primarias y normas secundarias: las secundarias estipulaban la conducta que el orden jurídico trata de provocar bajo la amenaza de la sanción; en tanto, que las primarias son las que determinan esta sanción. Para Hart, el derecho tiene dos tipos de normas: normas primarias que imponen una obligación a sus destinatarios y normas secundarias, las cuales especifican la manera en que las normas primarias pueden ser creadas, eliminadas o modificadas y como se puede verificar su cumplimiento. Junto a estas clasificaciones, existe producto de la discusión doctrinal, generada por Ronald Dworkin, quien la critica al positivismo jurídico apertura el debate sobre la existencia de reglas y principios.

³³ La palabra principio, es una expresión polisémica en el Derecho, conteniendo diversos significados. Como expresión y como concepto el término ha estado presente en el ámbito jurídico desde hace mucho tiempo; pero, actualmente ha tomado vigencia, gracias a los trabajos de Dworkin. Por su parte, Alexi, sostiene que los principios son “mandatos de optimización, es

separación”, donde se plantea diferencias significativas y excluyentes³⁴; en cambio, la “tesis débil de la separación”, alega que no existen diferencias graduales y que las características distintivas no siempre están presentes en los principios, sino que también en las reglas³⁵. Ante

decir, normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas”.

³⁴ De acuerdo a Pino (2013, pp. 68-72) la distinción fuerte comprende: a) que los principios al ser normas importantes y fundamentales, representan valores fundantes y constitutivos, por lo que, no necesitan justificación adicional, más bien, ellos justifican o fundan otras normas; en cambio, las reglas son producto de la concretización de un principio, por lo que, son siempre justificadas por otras normas, más no sirven para justificar; b) los principios proclaman un valor; en cambio las reglas son opacas respecto al valor que intentan proteger; c) producto de su alcance axiológico, a los principios se les presta alguna forma de adhesión ético-política; mientras que las reglas pueden ser seguidas ciegamente; d) los principios tienen un alto nivel de generalidad, vaguedad, indeterminación, al ser normas, con un supuesto de hecho muy abierto o normas sin un supuesto de hecho; en cambio las reglas son normas que conectan consecuencias jurídicas a un supuesto de hecho (bajo la forma, si hecho X, entonces consecuencia Y); e) los principios son normas susceptibles de una aplicación gradual o flexible (un principio se puede aplicar más o menos); en cambio la aplicación de las reglas se guía por la lógica de todo o nada; es decir, al verificarse las circunstancias fácticas previstas en el supuesto de hecho, se debe aplicar la regla; f) los principios son mandatos de optimización; pues persiguen un determinado objetivo; en cambio las reglas se basa únicamente en su aplicación o no; g) los principios representan el espíritu del ordenamiento jurídico; en cambio las reglas son producidas por actos deliberados y existen solo si son válidas; h) el conflicto entre principios no determina la invalidez de uno de los dos (o más), sino solo la desaplicación del principio considerado en el caso; en cambio, cuando se presenta un conflicto entre reglas solo se puede resolver proclamando la invalidez o la derogación de una de las normas en conflicto; finalmente, i) la aplicación de los principios está condicionada por consideraciones de peso y de importancia de acuerdo al caso concreto; en cambio, la aplicación de las reglas, es suficiente verificar si se dan las circunstancias de hecho indicadas en el supuesto de hecho de la propia reglas.

³⁵ En palabras de Pino (2013, pp. 72-80) la distinción débil comprende: a) que los principios son normas importantes y por tanto fundamentales; pero, esta característica también es propia, potencial y contingente de las reglas. Pues, el término fundamental si bien significa, una norma que funda otras normas o una norma que carece de un fundamento axiológico o ético-político adicional, cuya justicia es autoevidente; sin embargo, una regla puede tener un rol fundamental; es decir, puede ser idónea para justificar otras reglas al ser genérica e indeterminada; b) es cierto, que los principios proclaman un valor; pero, no siempre una regla puede opacar un valor, ya que lo puede proteger al incorporarlo expresamente en la formulación del enunciado normativo; sin que por ello, pueda transformarse en un principio; c) ahora, una regla puede ser objeto de adhesión axiológica así como un principio puede aplicarse también a quienes no lo compartan; d) las reglas también pueden estar afectadas de vaguedad o indeterminación; e) la aplicación de una regla puede estar sujeta a consideraciones de peso, volviéndose derrotable; es decir, cuando una regla termina siendo desaplicada por verificarse excepciones implícitas; en otras palabras, la regla es sopesa contra un valor o un principio contrapuesto, que en hipótesis justifica su desaplicación en un cierto tipo de caso; f) además, se tiene el caso de la analogía; donde una regla es aplicada más allá del propio campo de aplicación para regular otro caso no regulado; por lo que, no es cierto, que las reglas se aplican con la lógica de “todo o nada”; una regla puede ser desaplicada en un caso en el que se debería aplicar o bien puede ser aplicada a un caso en el que aparentemente no se debería aplicar; g) también la aplicación de las reglas está sujeta a las circunstancias fácticas y sobre todo normativas relevantes; h) no todas las reglas son explícitas en un texto canónico pueden darse reglas implícitas, como por ejemplo las obtenidas por analogía a partir de otras reglas; i) finalmente, no es cierto que todo conflicto entre reglas determine la invalidez de una de las reglas en conflicto; en realidad la mayor parte de las antinomias entre reglas determina la inaplicabilidad de estas.

la disyuntiva, se genera una nueva perspectiva de análisis, de acuerdo a ciertas características presentes, hablándose ahora de categorías de tipo estructural, funcional y operativo.

Así, dentro de la categoría estructural, se analiza el distinto grado de generalidad e indeterminación de las normas; concluyendo que los principios, tienen un supuesto y consecuencia jurídica, muy genérica; pudiendo ser realizados (o afectados) de muchos modos; además, de ser indeterminados, al contar con la dimensión de vaguedad (una norma es vaga cuando su formulación contiene predicados cuya aplicación es dudosa³⁶), de controvertibilidad (aquí la norma contiene términos sobre los cuales no hay acuerdo por razones sustanciales³⁷) y de texto abierto (cuando no es posible delimitar anticipadamente y de modo exhaustivo su campo de aplicación³⁸).

De modo que, mientras más genérica e indeterminada es una norma, esta será considerada como un principio, y viceversa, cuanto más específica y determinada sea las consecuencias de una norma asociada a un cierto supuesto de hecho, dicha norma podrá ser catalogada con una regla.

³⁶ Ejemplo de ello, son los términos “rico” o “calvo”; pues, con cuánto dinero en el banco, una persona se convierte o puede ser catalogada como rica; o, con cuantos cabellos una persona se convierte en calva.

³⁷ Ello sucede cuando una norma contiene conceptos con una fuerte carga ideológica (como es democracia, libertad, dignidad, personalidad); conceptos valorativos o conceptos éticos densos (desagradable, justo, etc.).

³⁸ En palabras de Pino (2013, p. 85), siempre está abierta la posibilidad que se presente un caso, no previsto antes, en el que la norma es relevante y potencialmente aplicable.

Por su parte, la categoría funcional, señala que los principios, son aquellos que pregonan un valor, el cual representa la característica axiológica de un sector, o incluso del ordenamiento en su conjunto (principio de igualdad, de libertad, de equidad, de laicidad, etc.); dada su importancia, funcionan como un objetivo a ser alcanzado (una finalidad o valor que proteger, etc.); en cambio las reglas, si bien pueden expresar algún valor, su importancia es de carácter instrumental, al buscar asegurar la realización o la materialización del interés específico.

Finalmente, la categoría operativa, surge mirando las consecuencias del funcionamiento de los principios, advirtiendo que la aplicación de los mismos -dada su genericidad e indeterminación-, puede generar su colisión; y que los tradicionales criterios de resolución (criterio jerárquico, criterio cronológico y el criterio de especialidad), no pueden afrontar dicho problema; optándose por el método del balance o ponderación; instrumento novedoso que trae el pospositivismo, donde a través de una valoración de la importancia comparativa de los principios en juego, con base en las circunstancias relevantes, conducirá a la aplicación de uno o más de ellos; el resultado es la producción de una regla de conflicto que establezca el orden de preferencia entre los principios en juego³⁹.

³⁹ De acuerdo a Pino (2013, p. 94), esta situación se la conoce como derrotabilidad, donde existe un principio que no se aplica, en prevalencia de otro principio que se aplica, el mismo que debe ser interpretado de manera extensiva; lo que conlleva justificar otras normas; de esta manera, el ordenamiento jurídico será coherente, al ofrecer una explicación unitaria de un conjunto de normas de detalle o de principios más específicos.

2.1.3. El positivismo jurídico contemporáneo

En el siglo XX, a la par del Constitucionalismo y sus seguidores, se gesta una nueva versión del positivismo jurídico, marcando distancia de aquel formulado en el siglo XIX, donde, dada la influencia de la escuela de la exégesis y de la jurisprudencia de conceptos, sostiene que el sistema jurídico, es uno completo y coherente, ofreciendo para cada caso, una única respuesta correcta, de modo que el juez, solo tiene que ubicar la norma, trasladarla y aplicarla al caso, haciendo elementales operaciones subsuntivas.

Esta nueva variante⁴⁰, considera que el sistema jurídico al ser una creación humana (tesis de las fuentes sociales), construida bajo la perspectiva de no vincular lo jurídico con lo moral, presenta defectos (lagunas⁴¹ o antinomias); lo ideal, es que un problema tenga una

⁴⁰ En palabras de Atienza (2014, p. 7), Se ha desarrollado el “*Constitucionalismo positivista*”, siendo su principal seguidor Luigi Ferrajoli, quien contraponer dos tipos de constitucionalismo: a) *el Constitucionalismo Principialista o argumentativo*, donde el carácter iusnaturalista, se caracteriza por sostener la tesis de la conexión entre el derecho y la moral; además de la distinción entre principios y reglas; atribuyendo un papel central en la ponderación como el ejercicio que debe realizar el operador jurídico para resolver los casos. b) *Constitucionalismo normativo o garantista*, teoría que se encarga de negar al constitucionalismo principialista, concibiendo al derecho positivo, como aquel conjunto de normas puestas o producidas por quien está habilitado para producirlas, con independencia de cuales fueren sus contenidos; criticando a los positivistas genoveses y a los constitucionalista principialistas; por ello presenta su propia teoría denominada “*constitucionalismo garantista*”, como una vía media entre el paleo-positivismo y el neoiusnaturalismo, teoría que es capaz de satisfacer las exigencias del constitucionalismo contemporáneo; donde la subordinación de la ley a la Constitución, implica un cambio de paradigma teórico que se plasma en la existencia de dos niveles de normatividad y de validez jurídica (la validez formal y la validez plena); esto lleva a concebir una manera distinta del concepto como de la estructura del derecho como la ciencia del derecho y de la jurisdicción.

⁴¹ Ello trae como base la indeterminación del derecho; de esta manera, para Alchourrón y Bulygin, existe tres conceptos distintos: i) la laguna normativa (*el sistema normativo no contiene una norma que correlacione el caso con una solución*); ii) la laguna axiológica (*el sistema normativo si contiene una norma que soluciona el caso, pero sin tomar en cuenta como relevante alguna propiedad que, de acuerdo con una cierta hipótesis de relevancia, debiera tomarse en cuenta como relevante*) y iii) la laguna de reconocimiento (*cuando por falta de determinación semántica de los términos empleados en la configuración de un cierto caso genérico, resulta dudoso si el caso individual o menos genérico resulta subsumible en él*) (como se citó en Ródenas, 2012).

respuesta normativa que lo resuelva (determinación); sin embargo, el sistema puede fallar, no brindando una atención o respuesta (indeterminación); por ello, el operador jurídico tiene que acudir a la discrecionalidad⁴², donde examinará los hechos (relevancia, prueba, actuación y valoración) y la norma jurídica (interpretación, validez y aplicabilidad); generando alternativas de solución, las cuales se encuentran dentro del respeto de la norma positiva o su significado posible; así, la actividad judicial, no será un simple cálculo, silogismo o pesaje; sino, la elección entre alternativas compatibles con la normatividad positiva.

Bajo dicha perspectiva, no comparten las ideas del pospositivismo (o iusmoralismo), de la segunda parte del siglo XX –desde Dworkin, Alexy y Atienza-, quienes postulan que la materia prima, no es solo el sistema jurídico, sino que además existen valores que inspiran la normatividad y alimentan el ordenamiento jurídico; por ello el juez, no solo debe buscar la norma aplicable al caso, sino que además, debe ubicar el trasfondo valorativo, moral o axiológico del sistema; solo ahí se encontrara la respuesta correcta para el caso (catalogando al juez como un hércules); y ante la confrontación de derechos, debe utilizar como herramienta, la “ponderación”, de esta manera, tendrá una respuesta única y valedera.

⁴² La “tesis de la discrecionalidad judicial”, es aquella posibilidad y necesidad de quien en derecho decide en elegir soluciones alternativas. No habría otro método capaz de eximir o liberar a los jueces de esa necesidad, que sean ellos quienes eligen las alternativas de solucionar, que están dentro de la normatividad y que no la vulneran (semántica, sintaxis, pragmática) (García, 2020).

Por el contrario, los iuspositivistas contemporáneos, consideran que dicha forma de pensar, es errónea, al desnaturalizar al concepto de derecho; llegando a retroceder a estadios pre-mordernos, donde el juez pese a estar sometido a mandatos legales, estaría sujeto a la moral, al ser una expresión objetiva de la razón. Detallando que la pretensión de redefinir la imagen del derecho con una nueva teoría jurídica-filosófica, no es lo más idóneo.

Insistiendo que el juez, para resolver los conflictos de intereses, tiene que emitir una decisión basada en el derecho positivo; alcanzando a los casos difíciles, donde, bajo una interpretación subjuntiva, que estará compuesta por una parte técnica y un componente de discrecionalidad, aunado a la argumentación jurídica; se expondrá los fundamentos necesarios, que serán sometidos al público análisis y crítica (como límites a la discrecionalidad), ello permitirá decidir de acuerdo a derecho; más, no será una imposición basada en apreciaciones subjetivas (morales), pese a que sean calificadas como justas; pues, el derecho es de todos⁴³ y no de unos cuantos, que quieren efectivizar su forma de pensar e imponer a los demás.

⁴³ García (2020), nos ilustra, que para los iuspositivistas hay casos difíciles, por “sobre-inclusion” o por “sub-inclusión”. En el primer supuesto, se presenta casos donde solo aplicando la norma al pie de la letra, sin más que miran su semántica y su sintaxis, puede generar un sinsentido; por ello, se busca, si es posible, sin vulnerar la norma misma, hacer una excepción a su aplicación para los hechos que en principio pareciera que viniera para el caso. Por ejemplo, imaginense que hay espacios en las calles, donde se permite parquear, porque ese espacio adecuadamente señalado está reservado para que los vehículos entren y salgan de los garajes o parqueaderos públicos o privados; de modo que, la norma establece que no se puede parquear, ya que conlleva una sanción para quien vulnera la previsión; sucede que un único usuario de un garaje, en lugar de ingresar al garaje parquea su vehículo en el lugar donde está prohibido, viene el policía y lo multa. Aquí se puede utilizar el *argumento de la reducción teleológica*, pues la finalidad de la norma es que no se impida a los usuarios de los garajes el acceso a los mismos (entrada y salida); y se está multando al mismo beneficiario por impedirme el paso, asimismo, lo cual es un perfecto absurdo.

2.2. DERECHOS FUNDAMENTALES

2.2.1. La Dignidad Humana

2.2.1.1. Evolución de la dignidad humana

Concluida la Segunda Guerra Mundial, la comunidad de naciones toma la decisión de construir un nuevo orden basado en el respeto de la persona y su “dignidad”; por ende, las nuevas constituciones, desarrollan un catálogo de derechos humanos, buscando el goce y disfrute de los mismos. A la par, corre la redacción y suscripción de un conjunto de instrumentos internacionales que tienen el mismo propósito. Por ello, Mesía (2018, p. 32) señala que “el núcleo y fundamento, es colocar a la persona, en el centro de imputaciones jurídicas que limiten no solo la acción y el arbitrio de los demás; sino, también de la ley, como expresión de la voluntad del Estado”.

Bajo ese contexto, nuestra Constitución Política, en el artículo 1, expresa:

“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Para entender el enunciado, es importante conocer en primer lugar, ¿qué es la persona humana?, para luego saber, ¿qué es lo que la

Por otro lado, puede haber casos difíciles por sub-inclusión, para entender este supuesto, se brinda el ejemplo: una norma que dispone las personas que les falta un brazo puede viajar gratis en el transporte público, y un día se presenta una persona que le falta las dos piernas, vacío que genera una laguna, ya que no se contempla este supuesto; ante lo cual, se puede utilizar un argumento analógico y para ello se tiene que utilizar un razonamiento teleológico, al preguntarse, ¿cuál es la razón por que el legislador dio dicha norma?, ¿que buscaba solucionar? y ¿se puede extender dicha razón a otros supuestos?; si la respuesta es positiva, se estaría solucionando el problema.

sociedad y el Estado están obligados a defender y proteger? En tal virtud, Fernández (2005) nos indica, que la persona humana, es una unidad psicosomática, constituida por el “*soma*”, que es el cuerpo en sentido estricto y la “*psique*”, que es el sentir y pensar de un individuo; de este modo, la persona, es una “unidad”, capaz de conocer y vivenciar sentimientos, valores, etc., y al afectarse su aspecto corporal, esta repercute, en la misma magnitud, en la psique y viceversa. Dada su importancia, se le debe brindar las condiciones necesarias para que pueda realizarse en forma integral; es decir, cumpla con su singularidad, que es su “proyecto de vida”, el mismo que es producto de su libertad que le permite satisfacer sus intereses.

De ese modo, cuando el artículo 1 de la Const. P., enuncia que “*la defensa de la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado*”, lo que prescribe, es un deber de todos y cada uno de los miembros de la sociedad, del Estado y los diversos órganos que lo componen, de proteger de una manera preventiva⁴⁴, integral y unitaria⁴⁵ al ser humano, por ser una estructura psicosomática, que debe realizarse en la sociedad (proyecto de vida).

⁴⁴ La defensa y protección de la persona humana, tiene que ser “preventiva”; es decir, que el ordenamiento jurídico positivo, debe contener normas que permitan que la persona pueda obtener pronta y eficaz protección frente a eventuales amenazas a su integridad psicosomática, así como de su libertad.

⁴⁵ Asimismo, la defensa y protección debe ser “unitaria” en tanto el ser humano es un todo inescindible de carácter psicosomático constituido y sustentando en su libertad fáctica, la que se concreta en el “proyecto de vida” que tiene cada individuo.

Al lado de la defensa de la persona humana, se enuncia también el deber de la sociedad y del estado de respetar su “dignidad”. Pero, ¿qué es la dignidad?; para descubrir su significado, Iñigo (2004, p. 189) nos recomienda partir de su raíz etimológica; la cual tendría su origen en la raíz “*dec*”, que quiere decir, ser conveniente, conforme, adecuado a algo o alguien. Pero, la lengua latina, añade el sufijo “*mus*”, formando el vocablo “*decmus*”, que acaba derivando en “*dignus*”, que en castellano se convierte en “*digno*”, de donde, a su vez, surge la palabra dignidad.

A la par, debe examinarse su significado histórico, que conlleva dos formas de aplicar el vocablo; en el primero, la dignidad es asociado al aspecto social y político; es decir, al reconocimiento que otorga la comunidad en atención a los méritos de los individuos; muestra de ello, en Roma, la dignidad se refería a la función y virtudes que realizaba la nobleza; en la edad media, esta noción se mantuvo, con el sistema feudal y también con la iglesia, donde la figura del Papa, era emblema de grandeza. En la modernidad, el significado, está vinculado aún con las distinciones propias de un cargo o una posición en particular; concluyéndose, que la idea de dignidad, está referido al aspecto externo de la persona.

La segunda forma, aparece a partir de la filosofía estoica romana, aunado a la aparición del cristianismo, situando al hombre como centro del Cosmo, definiéndolo como el “ser” de rango superior en el

universo, al ser creado por Dios a su imagen y semejanza; de este modo, el concepto de dignidad es asociado a la esencia humana; en la edad media, dicho pensamiento decae; pero, gracias a las aportaciones de la corriente humanista, resurge la filosofía clásica, donde, el concepto de dignidad pasa a tener un lugar destacado en el pensamiento humano. Y con la aportación de Immanuel Kant, bajo la idea de que “lo digno es aquello que no tiene precio”, o, que “la humanidad es en sí misma una dignidad⁴⁶”; convierte al término, en una idea del ámbito moral – aspecto interno de la persona-.

2.2.1.2. Definición de la dignidad humana

Podemos colegir que la dignidad humana, es un concepto difuso; sin embargo, se puede predicar que ella se refiere a lo valioso que es el ser humano, cualidad esencial, que le permite distinguirse de otros seres; en ese contexto, para García y García, la dignidad “viene a ser la calidad inherente (de) todos y cada uno de los miembros de la especie humana, (la cual) no admite sustitución ni equivalencia (2018, p. 208); por su parte, para Mesía, “la dignidad es un atributo esencial de la persona humana, único ser que no tiene precio porque no admite sustituto o equivalente” (2018, p. 34); asimismo, Gonzáles, precisa que “la dignidad es el rango o la categoría que comprende al hombre como un ser dotado de inteligencia y libertad, distinto y superior a todo

⁴⁶ Para Mesía (2018, p, 33), la filosofía Kantiana enseña que el hombre como ser racional existe como un fin en sí mismo, en tanto que los seres desprovistos de razón tienen un valor relativo y condicionado, de meros medios. Por este motivo recibe el nombre de cosas. En cambio, los seres racionales son llamados personas porque su naturaleza, de por sí, designa a cada uno de ellos como un fin en sí mismo sin que puedan ser tratado como objetos. De este modo la persona se posiciona en el orden jurídico como un valor absoluto (...).”

lo creado” (como se citó en García y García); y, finalmente, para Van Wintrich, “la dignidad consiste en que la persona como ente ético espiritual puede por su propia naturaleza autodeterminarse, formarse y actuar sobre el mundo que lo rodea” (como se citó en García y García, p. 29).

Su alcance está sujeto a su presencia en los textos jurídicos, recordemos que en los primeros cuerpos normativos internacionales⁴⁷ estuvo ausente; apareciendo a mediados del siglo XX⁴⁸; producto de enfrentamientos armados y sobre todo, a raíz, de la Segunda Guerra Mundial, al descubrirse un sin número de atrocidades, que generaron un sentimiento de rechazo a la violación de los derechos de las personas.

A partir de la pos guerra, las declaraciones internaciones, incorporan la noción de “dignidad humana”, considerándolo como un valor fundamental; así, aparece expresada en la Carta de las Naciones Unidas de 1945⁴⁹; de igual manera, en la Declaración Universal del 10 de diciembre de 1948⁵⁰; y dentro del desarrollo de estas

⁴⁷ Como es la Declaración de los Derechos de Virginia, de los Estados Unidos de América de 1776 y la Declaración del Hombre y del Ciudadano de Francia de 1789.

⁴⁸ Debemos precisar aquí, que las diversas Declaraciones y Cartas sobre derechos, se fundaban más en las nociones de libertad, igualdad, propiedad e incluso en búsqueda de la felicidad.

⁴⁹ Siendo que en su preámbulo indica que los Estados miembros reafirman su fe en “los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana”.

⁵⁰ Al expresar en su preámbulo: la fe de las naciones en “la dignidad y el valor de la persona humana”. Resaltándose en el artículo 1, que “Todos los seres humanos nacen libres iguales en dignidad y derechos”.

disposiciones, como es el Pacto de Derechos Civiles y Políticos⁵¹ de 1966.

A partir del reconocimiento de la dignidad humana, se produce una extraordinaria innovación, considerando al ser humano y su dignidad intrínseca como un interés supremo y la obligación de los estados de hacerlo prevalecer. En esa línea, nuestra Constitución Política, al regular en el artículo 1, sobre la dignidad humana, conlleva otorgar a cada individuo nacional, la más alta jerarquía política, social, económica, legal y moral, sobre el Estado y la propia sociedad; convirtiendo al hombre en el centro de atribuciones jurídicas que limita no solo la acción y el arbitrio de los demás, sino también el ámbito de la ley como suprema expresión de la voluntad estatal; por ello, todos los servicios estatales y particulares, son en favor de la persona, para que este pueda desarrollarse plenamente en sociedad.

Para Landa (2018) la disposición constitucional, “se convierte en la piedra angular de los derechos fundamentales de las personas, y por ello, es el soporte estructural de todo el sistema constitucional” (p. 60). Por su parte, Eto refiere que “el constituyente ha querido poner énfasis en el inicio del texto constitucional, el reconocimiento que deja de

⁵¹ Merece señalar que los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966. Son el conjunto de documentos que conforman lo que se conoce como “Carta de Derechos Humanos”; siendo que en sus preámbulos efectúan una remisión a la Carta de las Naciones Unidas y a los principios en ella enunciados, precisándose que: “La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen como base el reconocimiento a la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana”.

tener un sustento ético, a uno de derecho positivo, en tanto su configuración constitucional se ha positivizado” (2017, p. 139).

A partir de ello, el operador jurídico, tiene una cláusula principal y concreta, que es el faro y guía de la interpretación total de la sistemática de los derechos fundamentales, que debe ser realizada en todo proceso de manera obligatoria, y así, verificar la eficacia directa de esta, al generar, un “*efecto impeditivo*”, consistente en garantizar la dignidad, al prohibir que el Estado y cualquier particular, puedan producir normas o actos que desencadenen efectos degradantes y negativos en las personas, como es el caso de tratar a un sujeto como una cosa; pero, además, de presenciar un “*efecto positivo*”, el cual, consistente en el deber que tiene el Estado de propiciar y generar el respeto a cada uno de los miembros de la comunidad.

2.2.1.3. La dignidad humana como valor, principio y derecho fundamental

Nuestro máximo intérprete de la Const. P., se ha encargado de construir diversas apreciaciones sobre la dignidad humana; así, en el fundamento 75 del expediente N° 00020-2012-PI/TC, desarrolla la noción, al precisar:

La dignidad humana es una cualidad inherente a la persona en cuanto ser humano, forma parte de ella y es inseparable de ella. Su reconocimiento expreso en el texto constitucional supone que la fundamentación del ordenamiento jurídico no depende de un valor suprapositivo o de un poder político determinado; todo lo contrario, tal configuración jurídica

significa que la dignidad humana es el *prius* lógico y axiológico de todo el sistema constitucional. Desde esta perspectiva, la dignidad de la persona se erige como el fundamento ontológico de los derechos fundamentales, desplegando su proyección hacia ellos y a la vez, como el valor supremo del ordenamiento jurídico en su conjunto.

Dentro del desarrollo jurisprudencial, se ha reconocido que la dignidad humana, es un valor supremo, y al encontrarse dentro del ordenamiento jurídico, este se encarga de fundamentar y orientar a los demás derechos, tal como se expresa en los fundamentos 5 de los expedientes N° 02273-2005-PHC y en el expediente N° 10087-2005PA⁵²:

La dignidad del ser humano, no solo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple, sino que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento jurídico. Desde el artículo 1 queda manifiesta tal orientación al reconocerse que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, y complementarse dicha línea de razonamiento con aquella otra establecida en el artículo 3, que dispone que “La enumeración de los derechos establecido (...) no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga que se fundan en la dignidad del hombre (...).

La dignidad de la persona constituye un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe que aquella sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental (...).

⁵² Sin perjuicio de reiterarse dicho pronunciamiento en las siguientes sentencias: Expediente N° 0008-2003-AI, fundamento 14; Expediente N° 4637-2006-PA/TC, fundamento 44; Expediente N° 2101-2011-PA/TC, fundamento 4; Expediente N° 4357-2009-PA/TC, fundamento 3; Expediente 0044-2004-AI/TC, fundamento 30; Expediente N° 05259-2006-AA/TC, fundamento 53; Expediente N° 1535-2006-AA/TC, fundamentos 83 y 84; Expediente N° 3206-2012-AA/TC, fundamento 4.

De este modo, no es extraño, señalar que la dignidad humana, no es una creación constitucional, sino que ha estado presente mucho antes de toda regulación; siendo la Constitución, el medio o el vehículo que ha logrado darle el lugar que corresponde, como un valor supremo base del sistema jurídico y de los derechos fundamentales.

El colegiado constitucional, también nos detalla que la dignidad humana, tiene un doble carácter, por un lado, como “principio” positivo, precisándose en el fundamento 10, del expediente N° 02273-2005-PHC⁵³:

(...) en tanto principio, actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva; y c) criterio que comporta límites a las pretensión legislativas, administrativas y judiciales; e, incluso extendible a los particulares.

Agregándose el contenido negativo, en el fundamento 9 del expediente N° 489-2006-PHC/TC:

Dicho principio en su versión negativa impide que los seres humanos puedan ser tratados como cosas o instrumentos, sea cual fuere el fin que se persiga alcanzar con la imposición de determinada medida, pues cada uno, incluso los delincuentes, deben considerarse como un fin en sí mismo, por cuanto el hombre es una entidad espiritual moral dotada de autonomía

⁵³ Adicionalmente, se ha reiterado el carácter de principio, en el Expediente N° 10087-2005-PA/TC, fundamento 5; expediente N° 5312-2011-PA/TC, fundamento 8; Expediente N° 2016-2004-PA/TC, fundamentos 18 y 19; Expediente N° 2488-2002-HC/TC, fundamento 11; expediente N° 2101-201-AATTC, fundamento 4; Expediente 2129-2006-AA/TC, fundamento 5; Expediente N° 2945-2003-AA/TC, fundamento 19; Expediente N° 489-2006-HC/TC, fundamento 15.

El segundo carácter, corresponde a la dignidad humana como “derecho fundamental”, detallándose⁵⁴:

(...) en tanto derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de los conflictos sugeridos en la misma praxis intersubjetiva de las sociedades contemporáneas, donde se dan diversas formas de afectar la esencia de la dignidad humana, ante las cuales no podemos permanecer impávidos.

En esa línea argumentativa, podemos comprobar que la dignidad humana no es un mero enunciado; sino que este cuenta con diversas aristas: valor, principio y derecho fundamental, que realza la excelencia del hombre, reconociendo su autonomía, con la que es capaz de ordenar sus actividades y ser responsable de ellas. De modo, que no hay ámbito social que se exima de su efecto normativo y regulador; por ello, el Estado debe garantizar y limitar sus propias actividades, al igual, que los privados, a fin de guardar plena conformidad con la Constitución y en particular, con los derechos fundamentales de las personas.

2.2.2. El libre desarrollo de la personalidad

2.2.2.1. Evolución del derecho al libre desarrollo de la personalidad

Las culturas que han poblado el planeta, son la cuna de las figuras jurídicas y derechos que hasta el día de hoy se encuentran vigentes

⁵⁴ Asimismo, se ha resaltado el carácter de derecho fundamental, en el Expediente N° 0050-2004-PI/TC. Fundamento 46, Expediente N° 4357-2009-AA/TC, fundamento 3; Expediente N° 00065-2008-PA/TC, fundamento 2; Expediente N° 3806-2004-AA/TC, fundamento 6.

en nuestro ordenamiento jurídico; al examinar el origen del derecho al libre desarrollo de la personalidad, no encontramos documento o disposición antigua que nos señale o permita ubicar el lugar de su nacimiento o inicio de su regulación; sin embargo, podemos advertir algunos aportes insipientes; por ejemplo, los griegos, consideraban que solo los ciudadanos, tenían pleno goce de sus derechos civiles, ejerciendo diversas atribuciones y libertades⁵⁵; reflexión que fue incorporada en la cultura romana, donde los únicos sujetos capaces de expresar su libertad y tomar decisiones, eran el *pater familias*.

Producto de las discusiones sobre la naturaleza humana, surge el concepto denominado "*humanitas*", entendido como humanidad o conducta conforme a la naturaleza humana, que se manifiesta en el trato benévolo que debe tener una persona hacia los demás; doctrina que es adoptada por el cristianismo, impregnándola en el pensamiento humano, sobre la base del evangelio⁵⁶; la misma, que logra extenderse en territorios europeos, como latinoamericanos; donde se proclama la defensa de la libertad, para buscar la salvación del alma, al acercarse a Dios⁵⁷.

⁵⁵ Además de realizar aspectos individuales, como la meditación filosófica sobre la libertad y la naturaleza humana; cabe precisar que este reconocimiento de la libertad en general, es muy incipiente; pues, existía en aquella época, la esclavitud, con al agregado, que las mujeres no eran consideradas como sujetos; no teniendo la calidad de seres humanos o personas y podían ser objeto de cualquier acción negativa.

⁵⁶ Los doctrinarios de la iglesia depuran los derechos que le corresponde al hombre, en base a exaltar la suprema dignidad de este, como hijo de Dios y portado de un alma inmortal; pues recordemos que la Biblia, señala que debemos amar los unos a los otros.

⁵⁷ Los teóricos cristianos, con base en el derecho natural crearon y desarrollaron una diferenciación entre la libertad legal y la libertad moral. Siendo la libertad jurídica, la determinada, limitable y restringible por ley. Es aplicable a las relaciones entre individuos y la libertad moral, llamada por los teólogos libre albedrío, la cual abarca el fuero interno de la persona humana, en sus relaciones consigo mismo, su conciencia, fe, y en sus decisiones individuales.

Con el pasar de los años, las posturas desembocan en la corriente iusnaturalista, donde los derechos humanos, derivan del derecho natural. Como lo afirma Hernández (2018) “se construye y amplía la idea de ser humano, hasta abarcar un universo notable superior, de aquella pregonada en la antigua roma” (p. 3).

De manera progresiva, los derechos se van positivizando, generando cuerpos normativos, entre los que se destaca, la Declaración de Derechos de Virginia del 12 de junio de 1776, la Declaración de Independencia del 4 de julio de 1776 y la Carta de Derechos de 1791 (Estados Unidos). Asimismo, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (Francia). Todos ellos, van irradiando a los diversos estados occidentales y americanos, sobre la libertad que tiene una persona.

Acaecida la Segunda Guerra Mundial, se observa las atrocidades y los excesos cometidos; por ello, en 1945, la comunidad internacional, crea la Organización de las Naciones Unidas (ONU); además de nuevos instrumentos internacionales, aceptándose la universalidad de los derechos inherentes a la persona, regulación que trae el reconocimiento del “derecho al libre desarrollo de la personalidad”, como lo señala Hernández:

A partir de los instrumentos (Declaración de Derechos), con el fenómeno de la globalización y la internacionalización de los derechos humanos del siglo pasado que ha permeado en los órdenes nacionales y ha planteado nuevos términos de la configuración de la soberanía con las obligaciones

internaciones y la solidaridad, se origina un proceso en el que los derechos humanos de las personas tienen como fuente interna en la Constitución Política (...) reconociéndose nuevos derechos, como es el libre desarrollo de la personalidad (2018, p. 3).

En igual opinión, Mesía detalla que “el origen de este derecho se remonta al siglo XX, cuando la comunidad de naciones considera inaceptable las brechas enormes entre el bienestar de unos pocos y la miseria de muchos seres humanos” (2018, p. 106).

2.2.2.2. Definición del derecho al libre desarrollo de la personalidad

En nuestro país, la Const. P. 79, por primera vez consagra este derecho, en el inciso 1 del art. 2⁵⁸; regulación que ha continuado en la Carta Magna de 1993, al señalar el inciso 1 del artículo 2:

“Toda persona tiene derecho:
(...) a su libre desarrollo y bienestar. (...)”.

Observándose, que no existe mayores referencias; por ello, nos preguntamos: ¿qué debemos entender por este derecho? y ¿cuáles son sus características?; para tal efecto, debemos analizar los términos que la conforman; así, en lo que respecta a la libertad, la doctrina nos señala que la persona humana, al ser una estructura psicosomática, que no solo se sustenta en la vida, sino también en su “libertad”, tiene la capacidad para decidir, por sí mismo, sobre la base de opciones o posibilidades que le ofrece su mundo interior (potencialidades y energías), como el mundo exterior (la sociedad).

⁵⁸ Artículo 2: toda persona tiene derecho: 1. (...) al libre desenvolvimiento de su personalidad.

De este modo, a través de la libertad, una persona, puede "ser, lo que decida ser"; "lo que considere hacer, en y con su vida⁵⁹", sin más límites que aquellos supuestos que imponga la ley. En otros términos, las personas libres construyen su propio destino, realizan sus proyectos de vida⁶⁰; perfilan su identidad; haciéndose únicos, singulares, e irrepetibles⁶¹.

Respecto al concepto de "desarrollo", según la Real Academia Española, viene a ser, la expresión de acrecentar, dar incremento a algo de orden físico, intelectual o moral; mientras que la palabra "personalidad", alude aquel conjunto de características o cualidades originales que destacan en las personas, abarcando la dimensión física, intelectual, espiritual, psicológica y social⁶².

De lo expuesto, podemos entender, que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, es aquella libertad general, que tiene el ser humano de actuar en los diferentes ámbitos de su vida; es decir, este derecho permite que una persona pueda autodeterminarse, diseñar, dirigir y desenvolverse de acuerdo a su voluntad, sus deseos,

⁵⁹ La vida, a través de actos y conductas se convierte en la manifestación de la libertad, siendo que ambos conceptos no pueden desligarse.

⁶⁰ Compartimos, la opinión brindada por Fernández (2005, p. 32), para quien la libertad tiene una doble vertiente, de un lado, la libertad ontológica, que viene a ser la esencia misma del individuo; y del otro lado, el proyecto de vida, que implica los diversos actos, comportamientos o conductas, que se realizan a fin de concretar un objetivo trazado.

⁶¹ En palabras de Fernández (2005, p. 31), la mera racionalidad no diferencia a la persona de los demás animales mamíferos. Ya que estos también poseen una inteligencia asociativa de manera incipiente, pero, lo que estos carecen, es de su libertad, que le permite vivenciar los valores, presididos por el amor, generando que una persona se convierta en un ser espiritual; resultando una unidad viviente de espíritu y naturaleza.

⁶² Expediente N° 6128-2005-AA/TC, fundamento 9.

preferencias y expectativas, de tal manera que pueda lograrse en sociedad⁶³.

Por su parte, nuestro Tribunal Constitucional, en el fundamento 14, del expediente N° 2868-2004-AA/TC, ha señalado:

“El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres (...)”.

Agregando, en el fundamento 29, del expediente N° 00002-2010-CC/TC:

[...] el derecho al libre desarrollo (...) garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Con ello no se trata de amparar constitucionalmente cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano. Por el contrario, estas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales.

⁶³ Para un mayor detalle sobre el concepto, tenemos a García, para quién, este derecho garantiza el ejercicio de una facultad que tiene cada persona en la posibilidad de hacer todas las potencialidades físicas, intelectuales y morales en su propio beneficio, con la finalidad de alcanzar un nivel de vida cualitativamente mejor (como se citó en Eto, 2018). Por su parte, Alvarado (2015, p. 28 y 29) señala que este derecho tiene un contenido subjetivo, por el cual, se dota a los individuos de autonomía, de esta esfera vital conformada por asuntos que solo atañen al individuo y que le permite regir y dirigir su vida y su destino; precisando que también, existe el contenido objetivo, por el cual, se coloca al desarrollo de la personalidad como un aspecto axiológico, que debe ser respetado por el Estado, la sociedad y los individuos.

De lo expuesto, podemos inferir, que se protege la libertad general de actuación de una persona en relación con cada espacio de su vida; pero, de acuerdo a Eto (2017) debemos tener presente que:

No se trata de amparar cualquier clase de facultad o potestad que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano; sino, solo aquellas que sean consustanciales a la estructura y realización de la vida privada y social, que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante otras disposiciones de derechos fundamentales (p. 75).

En tal virtud, estas prerrogativas, no deben ser desproporcionales para salvaguardar y hacer efectivo el sistema de valores que la Constitución consagra. Sobre esto, el colegiado constitucional, nos pone como ejemplo, la libertad sexual:

las relaciones amorosas y sexuales (...) se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad (...) se trata de una actividad estrictamente privada (...) propia de la autonomía y dignidad⁶⁴, “contando con una dimensión negativa (...) exigencia dirigida al Estado o cualquier persona de no intervenir (...) y una dimensión positiva (...) conformada por la libertad de decidir la realización del acto sexual, es decir, decidir con quién, cómo y en qué momento se puede realizar el acto sexual⁶⁵”.

No podemos dejar de mencionar, la situación en la cual una mujer decide traer al mundo una nueva vida humana, opción que se encuentra protegida por el derecho al libre desarrollo de la personalidad⁶⁶; de igual manera, la libertad de poder escoger el lugar

⁶⁴ Expediente N° 03901-2007-PA/TC, fundamento 13 y el expediente N° 01575-2007-PHC/TC, fundamento 13.

⁶⁵ Expediente N° 0008-2012-AI/TC, fundamentos 16 a 21.

⁶⁶ Expediente N° 05527-2008-PHC/TC, fundamento 21.

donde uno quiere residir⁶⁷, el acto de fumar⁶⁸; e, incluso señala Eto “el derecho a la visita íntima de aquellas personas que se encuentra privadas de su libertad” (2017, p. 81).

De esta manera, a través del derecho al libre desarrollo de la personalidad, se garantiza la capacidad que tiene una persona para desenvolverse con plena libertad en la construcción de su vida; permitiéndole que se forme en valores y principios que le permitan generar su propio cumulo de criterios e ideas, con la salvedad que su ejercicio debe realizarse según las condiciones que cada titular posee y de acuerdo con las limitaciones que la propia constitución y la ley establecen⁶⁹.

2.2.3. La seguridad jurídica

2.2.3.1. Evolución de la seguridad jurídica

Cuando el ser humano comienza a interactuar con otros sujetos, siente el temor de sufrir algún daño, ante un sin número de hechos imprevisibles que puedan presentarse, conllevando una incertidumbre sobre su presente y futuro. Al existir la necesidad de satisfacer esta dimensión, para tener paz y tranquilidad, el grupo social, decide apoyarse en el monarca, para que este proteja la vida, la propiedad y demás atributos de los súbditos; sin embargo, el gobernante, actúa de

⁶⁷ Expediente N° 00006-2009-PI/TC, fundamento 14.

⁶⁸ Expediente N° 00032-2010-PI/TC, fundamentos 14, 15 y 24.

⁶⁹ Expediente N° 2876-2005-PHC/TC, fundamento 11.

manera arbitraria, afectando mucho más los intereses de los subordinados⁷⁰.

En igual medida, en países europeos, se presenta irregularidades e incertidumbre al momento de impartir justicia a los ciudadanos, marcado por la excesiva severidad en los procesos y las decisiones controvertidas basadas en intereses particulares de cierto grupo.

En atención a ello, la revolución francesa, trae consigo, la organización del sistema jurídico, donde se ubica al individuo como sujeto de derechos sin discriminación alguna, al cual se le debe brindar la protección necesaria, para que pueda desenvolverse de la mejor manera en la sociedad.

2.2.3.2. Definición de la seguridad jurídica

El término seguridad; proviene de la palabra “*securitas*”, la cual deriva del adjetivo “*securus*” (de *secura*), que significa estar seguros de algo y libre de cuidados. Dada la particularidad y relevancia de este concepto, se ha generado diversas variantes; como es, la “seguridad social⁷¹”, encargada de proteger las situaciones de necesidad de los

⁷⁰ Muestra de ello, lo encontramos en Roma, donde a inicios de la República, la creación, aplicación y el conocimiento estaba monopolizado por los patricios, quienes utilizaban de manera absoluta e impune el poder que tenían; por ello, los plebeyos tuvieron que luchar, obteniendo el acceso a conocer las leyes, a través de su publicidad. Siendo que en el año 462 a. C, al proponerse la redacción de un Código de leyes, se crea la Ley de las Doce Tablas, la misma que fue expuesta en el foro para que todos pudieran conocerlas y vincularan la administración de justicia.

⁷¹ El concepto de seguridad social ha ido evolucionando en el transcurso del tiempo; siendo que, en nuestro país, ha sido escaso el desarrollo de la misma, como una figura jurídica; pese a ello, se ha tratado de plantear su estructura y sus principios fundamentales para su desarrollo y progreso.

sujetos vinculados a un empresario y de su contribución al sistema la seguridad. Asimismo, se tiene a la “Seguridad Pública”, que busca la protección interna y externa del Estado, frente a cualquier amenaza de otro ente.

De este modo, aparece la “Seguridad Jurídica”; la misma que ha sido concebida como la previsibilidad y certeza de la actuación del Estado y de los particulares; como lo afirma Sagüés, la seguridad jurídica, “es la aptitud para predecir los acontecimientos jurídicos y de darle a éstos un curso estable como controlar y neutralizar los riesgos que el sistema jurídico debe afrontar” (1996, p. 218). En igual sentido, Ávila (2012) considera que “la seguridad jurídica es sobre todo y, antes que nada, una radical necesidad antropológica humana, de “saber a qué atenerse”; convirtiéndose en un elemento constitutivo de la aspiración individual y social” (p. 31).

Algunos autores además la conciben, como *una manera de limitar el ejercicio de poder del Estado* (criterio formal); como lo indica Rincón, “la seguridad jurídica, es la expectativa que tiene todo operador jurídico de que el marco legal es y será confiable, estable y predecible” (como se citó en Arrázola, 2014); y, como tal, es el fundamento esencial de la construcción del Estado y del adecuado funcionamiento de la administración pública, lo que implica, que su consolidación y garantía constituye uno de los imperativos de actuación para la administración pública de cualquier estado.

Otro grupo de autores, la entienden, como *una manifestación que el derecho debe brindar* (criterio material); en esa línea, Lifante manifiesta que “es la capacidad que nos proporciona el derecho, para encaminar la conducta humana y conocer las consecuencias de dicha conducta, encontrándose dos aspectos, la seguridad jurídica como hecho y la seguridad jurídica como valor” (2013, p. 86). De igual forma, Cabanellas (1999), concibe la seguridad jurídica, como:

La estabilidad de las instituciones y la vigencia autentica de la ley, con el respeto de los derechos proclamados y su amparo eficaz, ante desconocimientos o transgresiones, por la acción restablecedora de la justicia en los supuestos negativos, dentro de un cuadro que tiene por engarce el Estado de Derecho (p. 365).

Finalmente, Torres indica que “la seguridad jurídica es la garantía que el derecho proporciona a los asociados respecto de la conservación y respeto de sus derechos, y si estos fueran violados le serán restablecidos o reparados” (2015, p. 737).

La bibliografía examinada, permite colegir que la mayoría de definiciones contienen una mixtura de cada una de las posturas detalladas; particularidad que no la desmerece, por el contrario, la enriquece; en ese sentido, el término “seguridad jurídica”, al ser una expresión ambigua debe ser analizada de acuerdo a la discusión fáctica que se presente.

2.2.3.3. La seguridad jurídica como valor y principio

Para Torres, la seguridad jurídica, debe ser concebida como un valor:

Se trata de un valor superior contenido en el espíritu garantista de la carta fundamental que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca asegurar al individuo una expectativa razonable fundada, respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad dentro de los causes del Derecho (2015, p. 737).

Sin embargo, existe también autores, que cuestionan dicha situación alegando que, si la seguridad es considerada como un valor, este no tendría el carácter normativo sino simplemente una función inspiradora de los principios y de los preceptos normativos del ordenamiento jurídico; por ello, Arrázola plantea que la seguridad jurídica, “debe ser catalogada como un principio, en tanto tendría desarrollo normativo en los distintos niveles que tiene el sistema jurídico” (2014, p. 14).

En esa línea, el TC señala que la seguridad jurídica, si bien no está prevista de forma expresa en la Constitución Política del Estado; pero, la misma se deriva de los artículos 3, 43 y 45; así, como del inciso 24 del artículo 2; motivo por el cual, dentro del fundamento 3 del expediente N° 0016-2002-AI/TC, detalla:

La seguridad jurídica se trata de un principio que “forma parte consubstancial de Estado constitucional de derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinado por el derecho es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad.

Asimismo, en el fundamento 12, del expediente N° 05503-2007-AA/TC; precisa:

(El) principio de seguridad jurídica, que deriva del artículo 45 de la Constitución, procura evitar que las relaciones del ciudadano con el Estado y los particulares se quebrante por una situación de incertidumbre sobre la vigencia de las normas de amparo de las cuales se realizan determinados actos.

En síntesis, la discusión con respecto a si la seguridad jurídica es un valor, tan solo inspirador de las normas jurídicas del ordenamiento jurídico; o sí, se trata de un principio que tiene materialización normativa y desarrollo en diversas disposiciones a diferente nivel en el ordenamiento; conlleva a expresar, que si bien, no existe consenso en cuanto a su naturaleza, no obstante ello, existe dos posiciones claras y mayoritarias: la primera le da un valor supremo y la segunda lo considera uno de los principios tutelares dentro del ordenamiento jurídico.

Ahora, existe una teoría intermedia, que asigna el carácter de valor instrumental, pues, a través de ella se materializa los demás valores del ordenamiento jurídico; sin perjuicio de ser el principio esencial en la protección de los derechos de los ciudadanos.

2.2.4. El Derecho a la Igualdad

2.2.4.1. Evolución del derecho a la igualdad

La idea de igualdad, parte por señalar, que entre dos entes existe una relación de identidad; sin embargo, esta representación no ha sido

pacífica; pues, durante la historia de la civilización, los mismos hombres han sido considerados desiguales y marginados; por ejemplo, en Grecia, las personas se diferenciaban entre ciudadanos, extranjeros y esclavos; en Roma, esta situación no cambió, es más, la esclavitud⁷², era una institución socialmente aceptada.

El paso del mundo antiguo al medieval, no afectó en nada las diferencias existentes en razón del sexo, raza, condición económica y social. En la modernidad, con la Revolución Francesa de 1789⁷³ y la norteamericana⁷⁴, se prohíbe la esclavitud. Pero, es a partir de la Segunda Guerra Mundial, donde al presenciarse la barbarie perpetrada por los nazis, en contra del pueblo judío, en razón de su raza y cultura; motiva, acabar con la desigualdad; por ello, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, establece en su preámbulo, que todos los hombres son iguales, así como las mujeres que conforman una familia humana⁷⁵.

⁷² Para Cabanellas (1999) la esclavitud, es la condición jurídica, o antijurídica más bien, de la persona humana considerada como cosa o semoviente y sometida a propiedad plena de su amo. En esta institución antiquísima en total decadencia hoy día, aunque no extinguida, cual suele creerse, se considera a ciertos hombres bajo el dominio de otros, sin reconocerles finalidad propia, por integrar tan solo medios para el cumplimiento de los fines de aquellos a los cuales están sujetos (p. 561).

⁷³ Debemos mencionar que el art. 1 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, establece: "Todos los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos; las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común".

⁷⁴ En Estados Unidos, el logro del reconocimiento de los derechos civiles, para el grupo de raza negra, se produjo en el año de 1966.

⁷⁵ Así, en la Declaración Universal de los derechos Humanos, se estableció:

Art. 1: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Art. 2: Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra condición.

Art. 4: Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidos en todas sus formas.

Artículo 7: Todos son iguales ante la ley, y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración.

Este reconocimiento genera *la igualdad formal*, a través de la cual, la ley debe considerar a todos y a todas con iguales derechos y deberes; además, el Estado debe garantizar dicha igualdad; por ende, el ciudadano, tiene asegurado el disfrute de sus derechos básicos como la vida, la libertad y la felicidad. Sin embargo, como lo recuerda Gutiérrez (2005, p. 47) “estaba presente la doctrina de “iguales, pero separados”, que era un modo de discriminar a los hombres por su raza”, al no incluidos en los diversos servicios básicos de la comunidad. Produciéndose un sin número de conflictos, generando una nueva orientación, la misma que se complementa con las corrientes políticas revolucionarias post – liberales (socialdemócrata, anarquista, marxista, etc.) y la propia doctrina social de la iglesia. De esta manera, en concordancia con García y García (2018) surge “*la dimensión material de la igualdad*, representado por el goce pleno de los derechos fundamentales y la realización personal, como un logro o meta en alcanzar, a través de la actuación directa o indirecta del Estado” (p. 111).

A partir de ello, la igualdad, no solo es un derecho, donde todos los seres humanos, somos iguales ante la ley; sino, que todos tenemos derecho a la satisfacción plena de nuestros intereses en igualdad de condiciones; accediendo a las mismas oportunidades de realización personal y gozando de los beneficios que se nos otorga; para lo cual, debe atenuarse cualquier desequilibrio que infraccionen esta situación.

2.2.4.2. Definición del derecho a la igualdad

En nuestro país, la igualdad, también ha sufrido una evolución; pues, con la conquista y el virreinato, se implanto la diferencia de clases y por ende la esclavitud⁷⁶; siendo prohibida esta última, en el año de 1823, con la proclamación de independencia; sin embargo, la abolición plena se produce durante el gobierno de Ramón Castilla⁷⁷; a partir de dicho momento se busca acabar con la fragmentación, haciendo igual a todos.

No obstante, el reconocimiento de la igualdad como un derecho, se había materializado en la Constitución de 1823; regulación que se mantiene, hasta nuestros días; en el inciso 2 del artículo 2, al estipularse:

“ Toda persona tiene derecho:
(...) ”

A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. (...)”.

⁷⁶ Rodríguez (2005), señala que, durante el virreinato, parte de lo normal fue el tráfico de seres humanos, aunque no exclusivamente, originarios de África. En este período histórico era corriente comprar, vender, permutar, maltratar esclavos, así como usar mujeres esclavas como amas de leche. (...) Era habituales anuncios o noticias como el ejemplo que sigue: en un aviso de un diario de Lima una persona –no consigna su nombre- anuncia que vende un matrimonio de esclavos que tiene una niña de seis años. De esta manera, el ofrecimiento llevaba su yapa, ya que quien adquiriera a los cónyuges y a su hija lograba a su vez la continuidad del provecho personal con el servicio de un humano cautivo (p. 442).

⁷⁷ Estipulando: El libertador Ramón Castilla, Presidente Provisorio de la República: Los varones y las mujeres tenidos hasta ahora, en el Perú, por esclavos o por siervos libertos, sea que su condición provenga de haber sido enajenado como tales o de haber nacido de vientres esclavos, sea que de cualquier modo se hallen, sujetos a servidumbre perpetua o temporal: todos, sin distinción de edad, son desde hoy y para siempre eternamente libres. Dado en la casa del Supremo Gobierno en Huancayo a 3 de diciembre de 1854.

La doctrina, se encarga de analizarla; así, para Gutiérrez (2005):

Constitucionalmente la igualdad, ha de leerse como una aspiración normativa de gran importancia, que representa un gran estándar básico del contenido de la dignidad humana. En esa línea, la igualdad a que nos referimos no implica una falsa identidad entre todos los seres humanos, sino que apunta al reconocimiento de una equivalente dignidad atribuible a toda persona –*mínimum* de humanidad respecto del cual no cabe distinciones- y que es merecedora de una especial protección frente a otros entes y bienes existentes (p. 47).

Para Facio (2014, p. 67):

La igualdad fue concebida desde el pensamiento político clásico como un hecho y no un valor. Desde Aristóteles hasta gran parte del pensamiento ilustrado, la tesis de la igualdad fue razonada con argumentos de hechos: los hombres, decía Hobbes, son iguales porque todos mueren, o porque, escribía Locke, tiene las mismas inclinaciones y facultades; o como decía Rousseau, la igualdad se mide en relación a las capacidades y méritos de cada individuo. Desde entonces, a las personas que sufren desigualdad y discriminación se le exige demostrar que son “iguales”, en el sentido de “similares”, a aquellos que ya gozan de los derechos que buscamos. Es por esto que las luchas de las mujeres por alcanzar la ciudadanía plena, se presentan como luchas de las mujeres por ser iguales (idénticas) a los hombres.

De esta manera, en el ámbito jurídico nacional, el derecho a la igualdad, es concebido como aquella aspiración de correspondencia o identidad que existe entre las personas que están situadas en una idéntica condición, permitiéndoles gozar de los derechos y las libertades que tienen, sin que pueda existir algún menoscabo o impedimento alguno por parte de otros particulares o del mismo Estado.

2.2.4.3. La igualdad como derecho y como principio

Por su parte, el TC también ha tenido la oportunidad de analizar y profundizar sobre la institución; detallando que es un principio y derecho presente⁷⁸ y reconocido constitucionalmente ⁷⁹; así, en el fundamento 2 del expediente N° 0018-2003-AI/TC, estipula⁸⁰:

(...) la igualdad (...) puede ser comprendida en dos planos convergentes, es decir, como principio y como derecho:

- En el primero, la noción de igualdad se constituye como un principio rector de la organización y actuación del Estado Social y democrático de Derecho.
- En el segundo, la noción de igualdad se erige propiamente como un derecho fundamental de la persona.

Como apreciamos, la primera arista corresponde a un principio rector de la organización del Estado; en tal virtud, el colegiado constitucional precisa que este, es el enunciado de contenido material objetivo - componente axiológico- fundamento del ordenamiento constitucional, que vincula de forma general y se proyecta sobre toda la normatividad⁸¹; constituyendo uno de los pilares del orden constitucional que permite la convivencia armónica⁸². En este punto, el intérprete de la Constitución marca una línea directriz para el comportamiento del Estado, los cuales deben darse de la siguiente manera⁸³:

⁷⁸ Expediente N° 02776-2011-PHD/TC, fundamento 4; Expediente N° 3533-2003-AA/TC, fundamento 4; y el Expediente N° 00021-2012-AI/TC, fundamentos 184 a 191.

⁷⁹ Así, lo podemos apreciar en el fundamento 4 del expediente 04482-2011-PA/TC.

⁸⁰ Se reitera dicho concepto en el expediente N° 00045-2004-AI/TC, fundamento 20.

⁸¹ Expediente N° 0261-2003-AA/TC, fundamento 3.1; Expediente N° 00045-2004-AI/TC, fundamento 20.

⁸² Expediente N° 0606-2004-AA/TC, fundamento N° 9.

⁸³ Expediente N° 0261-2003-AA/TC, fundamento 3.1 y el Expediente N° 0018-2003-AI/TC, fundamento 2.

En puridad el principio de igualdad se constituye simultáneamente de la manera siguiente; a) como un límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional de los poderes públicos; b) mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético uso arbitrario del poder; c) como un impedimento para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos (discriminación atentatoria a la dignidad de la persona); y d) como una expresión de demanda al Estado para que proceda a remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales que restringen de hecho la igualdad entre los hombres.

Con estos mandatos se delimita los alcances de la igualdad, imponiendo a los órganos del Estado una autentica obligación de hacer y actuar, a fin de obtener resultados positivos dentro de la sociedad.

Por otro lado, la noción de igualdad también es concebida como un derecho fundamental, implicando “el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, que una persona tiene y que esta es oponible a un destinatario. Se trata, en esencia a no ser discriminado por razones proscritas por la Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (motivo de cualquier otra índole) que, jurídicamente, resulten relevantes”⁸⁴. Con ello, la igualdad, conlleva una exigencia de cada persona; sin perjuicio de exigir al Estado respeto, protección y tutela⁸⁵ prohibiendo la discriminación⁸⁶. Bajo ese contexto el TC, detalla:

“Estamos frente a un derecho constitucional que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación⁸⁷.

⁸⁴ Expediente N° 00045-2004-AI/TC, fundamento 20.

⁸⁵ Expediente N° 0606-2004-AA/TC, fundamento 9.

⁸⁶ Expediente N° 0045-2004-PI/TC, fundamento 20.

⁸⁷ Expediente N° 0048-2004-PI/TC, fundamento 59.

De este modo, el derecho a la igualdad viene a constituirse, en aquel derecho que obliga, tanto a los poderes públicos como a los particulares, a encontrar un actuar paritario con respecto a las personas que se encuentran en las mismas condiciones o situaciones, así como tratar de manera desigual a las personas que estén en situaciones desiguales, debiendo dicho trato dispar tener un fin legítimo, el mismo que debe ser conseguido mediante la adopción de la medida más idónea, necesaria y proporcional⁸⁸.

Dada la trascendencia, este principio – derecho, se relaciona con otros derechos; pues, como señala el TC, en el fundamento 121 del expediente N° 00004-2006-AI/TC:

(...) el principio-derecho de igualdad se constituye en un presupuesto indispensable para el ejercicio de los derechos fundamentales. Posee además una naturaleza relacional, es decir, que funciona en la medida en que se encuentre relacionada con el resto de derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Dicho carácter relacional solo opera vinculativamente para asegurar el goce, real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la constitución y las leyes reconocen y garantizan.

Agregándose la distinción de sus manifestaciones:

123. El principio derecho de igualdad, a su vez, distingue dos manifestaciones relevantes: la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley. La primera manifestación (igualdad en la ley) constituye un límite para el legislador, en tanto la actividad de legislar deberá estar encaminada a respetar la igualdad, encontrándose vedado establecer

⁸⁸ Expediente N° 0004-2006-PI/TC, fundamento 118.

diferenciaciones basadas en criterios irrazonables y desproporcionado. En otros términos, el actuar del legislador tiene como límite el principio de igualdad, en tanto que dicho principio le exige que las relaciones y situaciones jurídicas determinadas que vayan a determinar deban garantizar un trato igual y sin discriminaciones.

124. respecto a la segunda manifestación: la igualdad en la aplicación de la ley, si bien esta segunda manifestación del principio de igualdad no será examinada en el presente caso, cabe mencionar, de modo referencia, que se configura como límite al actuar de órganos públicos, tales como los jurisdiccionales y administrativos. Exige que estos órganos, al momento de aplicar la ley, no deban atribuir una consecuencia jurídica a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales. En otros términos, la ley debe ser aplicada de forma igual a todos aquellos que estén en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean las que se encuentren presentes en la ley.

En ese orden de ideas, el derecho a la igualdad en sus dos manifestaciones (igualdad en la ley; e, igualdad en la aplicación de la ley) viene a representar el vehículo o instrumento, por el cual, se protege integrante a la persona humana y a la vez permite salvaguardar los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

2.3. INSTITUCIONES FAMILIARES

2.3.1. La Familia

2.3.1.1. Surgimiento de la familia

Cuando el hombre aparece sobre la faz de la tierra, toma todo lo que el mundo físico le brinda; pero, al encontrarse con un ambiente hostil y a fin de poder sobrevivir, decide reunirse con otros de su misma

especie, formando los denominados clanes o grupos, donde, no solo encuentra protección, sino que desarrolla mayores habilidades, satisfaciendo de forma plena sus propias necesidades.

En ese contexto, a través de la domesticación de los animales y el cultivo de las plantas, descubre una nueva forma de organización, cambiando su vida errante, a uno sedentario; reconociendo el papel que debe cumplir, en las actividades económicas, en el cuidado y la protección de sus descendientes. Como lo detalla Varsi (2011):

La familia comenzó a formarse a través de las relaciones humanas, donde el dominio del más fuerte o el poder que ostentaba una persona, eran sus elementos principales, pero cedieron en el tiempo dando paso a las relaciones consentidas, donde el sentimiento ocupa un lugar importante” (p. 12).

En la edad antigua (Grecia), hablar de familia, significa aludir al conjunto de personas sujetas al señor de la casa (como se citó en Corral, 2005), cuya función principal, es engendrar nuevos ciudadanos; en la época romana, el componente fundamental de la sociedad, lo constituye la agrupación familiar, conformado por todos aquellos individuos que viven bajo la guarda del “pater familias⁸⁹”; quién decide sobre la vida y muerte de su familia.

⁸⁹ Para Varsi (2011, p. 31), en la época del derecho arcaico-, el pater, era el líder político, sacerdote y juez en su casa. Ejercía poder sobre su mujer, hijos, sus mujeres y esclavos. Podría manipular a todos de la forma en que desease incluso disponer de sus vidas. Su mujer estaba completamente sujeta a su autoridad pudiendo ser repudiada por mera voluntad y nunca adquiriría un régimen de autonomía.

En la edad media, existe desigualdad en la organización familiar, dándose preferencia al sexo masculino; para Varsi (2011, p. 33), entre “los siglos X y XV, la iglesia la convierte en una institución religiosa y jurídica, basada en el matrimonio canónico entre un hombre y una mujer, que engendran hijos, catalogados como legítimos⁹⁰”; y, las personas, que no cumplen con el sacramento, al igual que su descendencia, salen de la protección del mundo jurídico y divino. Para Cornejo (1999), a finales del siglo XVIII, producto de la revolución francesa, “los ideales suprimen las diferencias entre los hijos y se oponen a la naturaleza del matrimonio, considerándolo como un simple contrato civil, dándose origen al concepto de familia laica” (p. 16).

Con la modernización del sistema de vida y la liberación de la mujer⁹¹, empieza a reestructurarse el grupo familiar; así, el principio de la igualdad del varón y la mujer, introduce cambios en la dirección del hogar y su representación ante terceros; no hay lugar para la discriminación de los hijos. De este modo, las personas encuentran en la familia el lugar de descanso y paz; siendo la célula base (padres e hijos) de la sociedad.

⁹⁰ Como lo resalta Varsi (2011, p. 33), la ley canónica fue la primera que trató la distinción entre hijos procedentes del matrimonio y fuera de él. Diferenciación que luego evoluciono y fue etiquetada como ilegítima y legítima, natural, adúltera e incestuosa en la que solo había lugar para la procreación jurídica a aquellos hijos derivados de la relación bendecida por “Dios”.

⁹¹ Como lo resalta Cornejo (1999), desde otro punto de vista, la aspiración a la independencia económica de la mujer casada, la necesidad de muchas veces de que ella contribuya al sostenimiento del hogar, la denominación de la ruptura generacional típica de las épocas históricas de cambio profundo y otros factores, no siempre positivos, cuestionan y tienden a modificar la organización de la familia tal como se la concibió hasta avanzado ya el presente siglo (p. 16).

2.3.1.2. Aproximación a la definición de la familia

La familia ha sufrido grandes cambios, en el devenir del tiempo y dada la influencia de posturas sociales, políticas, religiosas y morales, ha generado su protección. Como lo precisa Fernández (2016):

Aproximarse al estudio de las familias desde una perspectiva histórica y sociológica permite evidenciar que lo que suele llamarse por familia no es algo de contenido singular y estático, sino que va cambiando a lo largo del tiempo debido a diversos factores. (p. 15).

Y, lo resalta Varsi (2011):

La familia tiene su marco evolutivo ligado a la propia evolución del hombre y de la sociedad, cambiando de acuerdo con los nuevos logros de la humanidad y descubrimientos científicos, no siendo creíble o permitido, que sea sometido a ideas estáticas o valores ligados a un pasado lejano (p. 15-16).

Pero, ¿qué es la familia?, la doctrina, nos precisa que existe diversas definiciones tomando en cuenta las disciplinas que se encargan de estudiarla (política, la sociología, la filosófica, la antropológica, la biológica, por citar algunas de ellas). Pero, en el ámbito jurídico, es difícil encontrar un criterio uniforme; así, partiendo de un estudio etimológico, una primera teoría, propone que el término proviene del sánscrito de los vocablos: “*dhá*”, que significa asentar y “*dhaman*”, el cual es asiento, morada, casa; así, familia significaría, la casa doméstica o los bienes pertenecientes a la misma. Una segunda teoría, está compuesta por dos posturas; por un lado, están las opiniones que el término proviene del vocablo “*famel*” o “*fames*”, que

significa hambre; y, por el otro, proviene del término "*famulus*", que designa a los que moraban con el señor de la casa.

Existe también, opiniones doctrinarias, donde subrayan las relaciones conyugales y de parentesco, por lo que la familia se forma básicamente en torno a los vínculos que nacen de la relación conyugal o del parentesco, como lo explica Cornejo "(es) el conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, el parentesco o la afinidad" (1999, p. 13). De igual manera, para Zannoni (es) el "conjunto de personas entre las cuales existe vínculos jurídicos, interdependientes y recíprocos emergentes de la unión intersexual, la procreación y el parentesco" (como se citó en Varsi, 2011).

Otros, prefieren acentuar la autoridad en la agrupación familiar. Esta posición no niega la anterior, pero destaca, la existencia de un jefe de la familia; así los hermanos Mazeaud, señalan que la familia es "la colectividad formada por las personas que, a causa de sus vínculos de parentesco consanguíneo o de su calidad de cónyuges, están sujetas a la misma autoridad, la del cabeza de familia" (como se citó en Cabanellas, 1979). Asimismo, Yunagano, nos dice, que "es una asociación de personas integrada por dos individuos de diverso sexo y sus hijos, que viven en una morada común bajo la autoridad de ambos padres" (como se citó en Manrique, 2011).

Por el contrario, otro grupo, se esfuerza por delimitar la noción, enfatizando los vínculos de afecto y solidaridad familiares; en tal virtud, Lacruz expresa que “la familia, ha perdido la fórmula de institución patriarcal para pasar a ser una asociación igualitaria de varón y mujer, dedicada a la crianza de los hijos, que se halla unida por vínculos de sangre y afecto” (como se citó en Corral, 2005). Por su parte, Vega detalla que “la familia es un medio de realización de las personas, en un ambiente de solidaridad o de afecto” (como se citó en Varsi, 2011).

Sin perjuicio de ello, el TC, en el expediente N° 6572-2006-PA/TC, fundamentos 6 y 10, ha señalado:

(La familia es) el núcleo fundamental de la sociedad, elemento natural y fundamento de la sociedad (...) y como el espacio para el desarrollo integral de las personas (...) no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se materialice la dimensión generativa o de procreación (sino) también es la encargada de transmitir valores éticos, cívicos y culturales. En tal sentido, su unidad hace de ella un espacio fundamental para el desarrollo integral de cada uno de sus miembros, la trasmisión de valores, conocimiento, tradiciones culturales y lugar de encuentro intra e intergeneracional, es pues, agente primordial del desarrollo social.

De esta manera, etimológicamente resulta difícil tener una definición adecuada sobre la familia; y mucho más, encontrar una definición, válida para todas las épocas y en todos los lugares; pues, ha venido evolucionando en los siglos; pese a ello, podemos entenderla como aquel grupo humano, donde sus integrantes se ven unidos por lazos de sangre o afinidad, los cuales se encuentran organizados, y en su

quehacer diario, van desarrollando vínculos de confianza e interdependencia, que les permite generar el sentimiento de pertenencia, al grupo que los cobija.

2.3.1.3. Evolución de la familia en el Perú y su protección constitucional

La familia ha evolucionado también en nuestro territorio; en un inicio existía la horda y luego el clan, que se identifican como descendientes de un tronco común, al vivir en casas pertenecientes al grupo humano. Con la aparición del imperio inca⁹², en palabras de Basadre, surge la gran familia, conformada por el inca o “sapallan inca”, quien desempeña el papel de jefe político y religioso, al ser considerado hijo del sol y junto a él, está la “coya” o mujer legítima⁹³; también se ubica, la nobleza local o regional de casta alta y por abolengo o aquella conferida por título honorífico como premio o reconocimiento producto de la gesta guerrera de carácter heroico. El estrato inferior⁹⁴ está formado por los administradores, los sacerdotes, los militares, los agricultores, los simples soldados, los artesanos, y los servidores, quienes forman la masa “popular” (2001, p. 50).

En la etapa de la conquista y colonización española, se implanta la figura de la “familia europea”, representada por el padre, la madre y

⁹² El imperio Inca, estuvo conformado por tribus que vivían cerca del Cuzco, por el siglo XII, los cuales hablaban lengua quechua.

⁹³ La esposa principal era escogida endogámicamente, pudiendo llegar hasta el extremo del incesto, es decir, la relación sexual con la hermana que constituyó una práctica sexual común (Basadre, 2001, p. 74).

⁹⁴ Conformado por los Ayllus, que es la unión de 20 a 30 familias de una misma etnia u origen constituían el *ayllu*, regentado por el curaca; siendo una forma de comunidad familiar con una descendencia común que trabajaba en forma colectiva en un territorio de propiedad común (Varsi, 2001, p. 36).

los hijos; asumiendo estos dos últimos, un rol de sumisión; de esta forma, de acuerdo a Varsi (2001) “la familia es una estructura cerrada donde los progenitores cumplen una labor de maestros, transmitiendo enseñanzas con base en las costumbres” (p. 37). Al lado de la nobleza europea, se mantiene la indígena; existiendo diferencias por el sexo, considerando a las mujeres incapaces para desempeñar oficios públicos⁹⁵.

En la etapa republicana⁹⁶, el derecho castellano se mantiene vigente; por ello, al instaurarse el Primer Congreso Constituyente (el 20 de setiembre de 1823), se busca el cambio del sistema jurídico hispano – indiano; transformando algunas normas de derecho privado, como la supresión del distingo de las personas en nobles y plebeyos; de igual forma, se inicia el proceso de codificación⁹⁷.

⁹⁵ De acuerdo a Basadre (2001), la capacidad jurídica de la persona se adquiría a los veinticinco años, pero podía contraer matrimonio y testar el varón a los catorce años y la hembra a los doce años (p. 163)

⁹⁶ Producto de que el sistema imperial español había alcanzado durante el siglo XVIII, un alto grado de declinación e incoherente poder dominante, la invasión napoleónica en España doblegó la fuerza de la metrópoli, existente hasta entonces en América latina y cristalizó un movimiento independentista

⁹⁷ De acuerdo a Cabanellas (...), la codificación viene a ser la reunión de las leyes de un Estado relativas a una rama jurídica determinada, en un cuerpo orgánico, sistemático y con unidad científica (p. 212). Así, la codificación ofrecía la oportunidad de aprovechar el material jurídico existente para obtener una regulación nueva, con un criterio racionalista y ya no meramente histórico y empírico (Basadre, 2001, p. 42); por lo que la primera elaboración de códigos queda rastreada en Baviera (1756) y en Prusia (1794); siendo que en 1804, aparece el Código Civil de Francia, compuesto de un lenguaje expresivo y conciso; convirtiendo la libertad de la persona, el derecho de la propiedad y la igual en fundamento del nuevo Derecho Civil. En palabras de Basadre (2001), “el Code Civil de Napoleón fue considerado en Europa como el símbolo de la revolución y donde fue difundido, hizo retroceder el particularismo jurídico estamental y fomentó la liberación de la sociedad” (p. 44). Por lo que, los nuevos estados americanos debían cambiar de ropaje de acuerdo a la nueva realidad, ya que la vida del hombre, en aquella época, estaba sujeto a las disposiciones de los monarcas españoles.

Durante el siglo XX, la idea de familia, es relacionado con el modelo nuclear, formalizado en el matrimonio, indisoluble y heterosexual, encerrado en la seriedad de la finalidad reproductora”; por su parte, Cornejo detalla:

La familia es (...) la célula primera y vital de la sociedad como la ha llamado Juan Pablo II, no es exclusiva ni principalmente un fenómeno jurídico legal. No lo es por su génesis, ni por su télesis: no es una creación del Derecho ni de la ley, que solo la regulan, sino obra de la naturaleza humana; y se dirige a satisfacer necesidades y exigencias inherentes a la persona como ser individual y social. (como se citó en Fernández, 2013)

Dada su trascendencia, según Corral (2005) “numerosas declaraciones, tratados internacionales de derechos humanos⁹⁸ y Constituciones de la segunda mitad del siglo XX⁹⁹, la convierten en un tema de carácter obligatorio” (p. 48). Bajo ese contexto, nuestra carta fundamental de 1933, es la primera, que dispone su tutela, en el

⁹⁸ La declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el artículo 16, reconoce a la familia como un elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado (artículo 16). Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, en su artículo 6, indica que toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella. De igual manera, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas de 1966, en su artículo 10, conciben a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 1966, en su artículo 23, expresa que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y de Estado. En igual sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en su artículo 17, recalca que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

⁹⁹ Para Corral (2005, p. 49), podemos mencionar las constituciones europeas: 1° la Constitución Alemana de 1949, señala que la familia gozara de especial protección del ordenamiento estatal (artículo 6.1); 2° la Constitución Italiana de 1947, que reconoce como una sociedad natural (artículo 29); 3° la Constitución Portuguesa de 1976, que afirma el derecho de todos a constituir la (artículo 35); 4° la Constitución Española de 1978, que declara que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (artículo 39); 5° la Constitución de Irlanda de 1937, la cual señala que el Estado reconoce a la familia como un grupo unitario natural, primario y fundamental de la sociedad y como institución moral poseedora de derechos inalienables e imprescriptibles, anteriores y superiores a toda ley positiva.

artículo 53, indicando que “el matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley”. La Const. P. 79, le presta más atención, dedicándole un capítulo, reconociendo el deber del Estado y la sociedad de protegerla; declarando la igualdad de los hijos, no interesando si estos provienen de una familia matrimonial o no.

La Const. P. de 1993, continua con la regulación, dentro de los derechos sociales y económicos, señalando en el artículo 4:

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos último como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por ley.

Una lectura del texto constitucional, nos permite inferir, que se ha dispuesto su protección y reconocimiento como un instituto natural y fundamental; más no existe una definición, ni mucho menos se la identifica con algún modelo en específico; esto ha permitido, que en el trascurso del tiempo, se generen nuevas realidades, y se proceda a reconocer nuevos prototipos de familia, además de la nuclear, como son las familias monoparentales, las binucleares, las ensambladas, las extensivas y las uniones de hecho; lo cual, permite hablar de un “Derecho de Familias¹⁰⁰, que debe contar con su propia normatividad procesal, donde se garantice la protección de los integrantes de la

¹⁰⁰ Para Varsi, el derecho de las familias es aquella rama del derecho que se encarga de normar las relaciones existentes entre aquellas personas unidas por medio de vínculo consanguíneos, de afinidad o creados por ley. Y está representado por el conjunto de normas multidisciplinarias que regulan la sociedad conyugal, la sociedad paterno-filial y las instituciones de amparo familiar.

misma. Como lo precisa el mismo TC, en el fundamento 6 del expediente N° 09332-2006-PA/TC:

(...) La acepción común del término familia lleva a que se le reconozca como aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo, tradicionalmente con ello se pretendía englobar a la familia nuclear, conformadas por padre y los hijos que se encontraban bajo la autoridad de aquellos. Así desde una perspectiva jurídica tradicional la familia está conformada por vínculos jurídicos familiares que hallan en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco.

Precisando en el fundamento 7:

Desde una perspectiva constitucional, de indicarse que la familia, al ser un instrumento natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hechos, las monoparentales o las que en doctrina se han denominado familias reconstruidas.

De lo expuesto, tenemos que la familia, es el eje rector de las actividades de la vida del ser humano y de la misma sociedad; necesita de protección sin importar el origen, condición, ni calidad de sus integrantes, ya que, dentro de él, se van a transmitir valores éticos, civiles y culturales; y cada miembro encontrara un espacio para su desarrollo¹⁰¹. Bajo dicho paradigma, su conformación es algo trascendental, surgiendo el “derecho a poder fundar una familia y la

¹⁰¹ Como lo precisa el colegiado constitucional, en el fundamento 19, del expediente N° 6572-2006-PA/TC.

protección de esta”; en tal virtud, el TC, en el fundamento 23 del expediente N° 09332-2006-PA/TC, señala:

La tutela especial que merece la familia –más aún cuando se trata de familias reconstruidas en donde la identidad familiar es mucho más frágil debido a las propias circunstancias en la que estas aparecen-, la diferenciación de trato entre los hijastros y los hijos deviene en arbitraria- así, de los actuados se infiere que existe una relación estable, pública y de reconocimiento, que determina el reconocimiento de este núcleo familiar, al que evidentemente pertenece la hijastra. En tal sentido, si bien la asociación argumenta que la medida diferenciadora se sustentó en la normatividad interna de la asociación, emitida en virtud de la facultad de auto organizarse, esta regla colisiona con el derecho a fundar una familia y a su protección.

De este modo, la familia, es de vital importancia, como esencia de la sociedad; púes, en ella se consigue lograr las aspiraciones personales, perpetuar la especie, extender las tradiciones, educar y alimentar la base emocional de cada uno de los miembros, para que puedan desarrollarse de la mejor manera; asumiendo compromisos, acatando normas y asimilando su calidad de ciudadano.

2.3.2. El Matrimonio

2.3.2.1. Evolución del matrimonio

Para rastrear su origen, debemos remitirnos al derecho romano, donde este se caracterizaba por ser una institución civil, proveniente de un acto privado, no oficial y disoluble; según Cornejo (1999), “para los germanos, fue la compra simbólica de la mujer, cuyo precio era la dote entregada al padre de aquella y después a la misma mujer” (p. 63).

En los siglos de la era cristiana, al fusionarse la legislación civil con la canónica; la iglesia toma control del matrimonio, convirtiéndola en un sacramento, imposible de ser disuelto; pero, dada la influencia del derecho natural y la corriente protestante, el derecho lo recupera. Con la revolución francesa, la normatividad civil, regula diferentes formas de su celebración; así, “luego de la Segunda Guerra Mundial, un sinnúmero de legislaciones, le otorgan un carácter subsidiario y facultativo; al permitir que las parejas puedan decidir si reciben o no, la bendición eclesiástica o la civil” (Cornejo, 1999, p. 65).

En nuestro país, el imperio incaico, estuvo constituido como una sociedad patriarcal; donde la unión formal, solo se realiza entre personas que cuentan con la misma ascendencia, para preservar el linaje y administrar el imperio. En tal virtud, recuerda Varsi (2011), que “solo el Inca podía practicar la poligamia y los incestos; mientras que el pueblo estaba prohibido; presentándose excepciones, cuando el Inca entregaba mujeres a los caciques, militares, destacados en guerra; o, a personas que le pareciera a bien premiar¹⁰²” (p.32).

En la época de la República, el Código Civil de 1852, adopta el matrimonio exclusivamente religioso, de acuerdo a las disposiciones

¹⁰² Además, Varsi nos infirma que la ceremonia de la alta sociedad, el Inca la celebraba con generales y curacas; mientras que la formalidad de la gente común, se realizaba como una pequeña ceremonia. Siendo que las parejas al aceptar la unión ya no podían estar con nadie más, bajo pena de muerte, salvo el otorgamiento de una segunda esposa por parte del inca. A los recién casados se le entregaba una casa y tierra en proporción a los hijos que poseían (una hectárea por varón y media por mujer). La viuda tenía una situación privilegiada, sus tierras eran cultivadas después de la del sol y antes de que el inca y caciques (2011, p. 32).

del Concilio de Trento¹⁰³; situación que perduro hasta el 23 de diciembre del año 1897, donde se reconoce, el matrimonio canónico para los católicos; y, el matrimonio civil para los no católicos. Imponiéndose a través de Decreto Ley N° 7893, que la celebración de las nupcias religiosas, deben tener como requisito la celebración del matrimonio civil; requerimiento que fue derogado tácitamente, con la vigencia del Código Civil de 1936, al no considerar dicha exigencia, al regular únicamente los efectos legales del matrimonio civil¹⁰⁴.

2.3.2.2. Definición y efectos del matrimonio

La doctrina no es uniforme en cuanto a la noción; pues, en concordancia con Plácido (2001), hay quienes “consideran que deriva de la palabra “*matrimonium*”, expresión conformada por “*matris*”, que significa madre y “*munium*”, que viene a ser carga o gravamen; en ese sentido, matrimonio, significa carga o misión de la madre en engendrar, preñez, parto y crianza” (p. 55); otros, opinan que el término correcto es “*maritare*”, forma verbal latina de “*maritus*”, que tiene que ver con marido; asimismo, otros sostienen, que el vocablo deriva de “*matrem*” y “*muniens*”, que significa defensa y protección que merece la mujer por parte del marido.

¹⁰³ Como venía ocurriendo desde hace casi cuatro siglos, a raíz de la incorporación del Perú a la órbita de la cultura occidental y aquello se justificaba por el hecho de que la abrumadora mayoría de la población peruana profesaba la religión católica (Cornejo, 1999, p. 65).

¹⁰⁴ Cornejo (1999), nos informa que la gran mayoría de personas se consideraba casado cuando salía de la iglesia y no de la Municipalidad; siendo que el matrimonio civil, era un trámite previo al matrimonio religioso; y que la celebración de ambos matrimonios generaba una duplicidad de trámites y gastos; en tal sentido, en su momento, se buscó reconocer efectos civiles al matrimonio religioso; para garantizar la libertad de conciencia y de creencia, y que los contrayentes puedan casarse en cualquiera de ambas formas; sin embargo, ello no prospero, motivo por el cual se mantuvo reducida, la única forma del matrimonio, que es la de carácter civil.

Dada la discusión, se crean diversas nociones; por ejemplo, Corral señala que “el matrimonio es aquella unión estable entre un hombre y una mujer que está dirigida y ordenada al establecimiento de una plena comunidad de vida” (2005, p. 46). De acuerdo a Diez Picazo y Gullón, “el casamiento, es la unión de un varón y una mujer, concertada de por vida mediante la observancia de ritos o formalidades legales y tendiente a realizar una plena comunidad de existencia”; para, Pontes de Miranda: “no existe un concepto a priori de matrimonio que valga para todos los tiempos y pueblos. Los vientos y atardeceres van dándole forma y reforma a esta vieja institución del matrimonio”. (como se citó en Varsi, 2011)

Por su parte, nuestro CC. de 1984¹⁰⁵, logra definirla en el artículo 234, al expresar:

“El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de dicho código, a fin de hacer vida en común; teniendo el marido y la mujer en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales”.

De lo cual, podemos inferir que el matrimonio, es una institución que contiene relaciones interpersonales de dos sujetos cuyo sustento es la unión intersexual que es reconocido por la ley, la misma que

¹⁰⁵ Remontándonos a la historia legal, de acuerdo al Código Civil de 1852, el matrimonio era considerado como una unión perpetua del hombre y la mujer en una sociedad legítima, para hacer vida en común, teniendo como finalidad, la preservación de la especie humana. Por su parte, el Código de 1936, omite una definición, dejando dicha labor a la doctrina y a la jurisprudencia.

establece las formalidades respectivas para su celebración; a fin de perennizar el amor y la comprensión, dejándose de lado, aquellos intereses personales, conllevando incluso el sacrificio y desprendimiento de las mismas personas en la formación de su hogar.

Debemos tener presente, que producto de la celebrado el acto matrimonial, se genera una relación jurídica de contenido personal y patrimonial; en cuanto al carácter personal, se impone el deber de cohabitación, que no solo se limita a vivir bajo un mismo techo; sino, al derecho y a la vez, el deber que tiene cada consorte de tener un trato íntimo, exclusivo y excluyente en el lecho matrimonial; asimismo, aparece el deber de asistencia que se traduce en el apoyo, socorro que se deben los esposos sobre todo cuando alguno de ellos se encuentra en una situación de precariedad de salud, economía, falta de trabajo, entre otros. Finalmente, a estos deberes se le suma también el deber de fidelidad, que viene a ser el respeto, consideración en función al compromiso asumido por la pareja al momento de contraer matrimonio de no mantener una relación amorosa con una tercera persona.

En lo que corresponde al carácter patrimonial, las relaciones se encuentran gobernadas por el régimen que adopta el matrimonio; así, en nuestra legislación se han regulado dos: la sociedad de gananciales y la separación de patrimonios; ambas con sus

respectivos presupuestos y requisitos, se encuentran consagrados en los artículos 301 y 327 del CC.

2.3.2.3. Debilitación y extinción del matrimonio – Divorcio

Durante mucho tiempo, el matrimonio fue considerado un acto indisoluble, que solo la muerte le ponía fin; pero, con el devenir del tiempo y dada la liberación de esta institución del ámbito religioso, se admite su decaimiento y posterior disolución. Al tomarse conciencia, que si alguno de los cónyuges, violenta los deberes y derechos que le fueron conferidos en el matrimonio, entonces la institución como tal, no tiene razón de ser y por ende existe la necesidad de ponerle punto final.

Así, surge la separación de cuerpos, la cual consiste en advertir el debilitamiento de la relación conyugal, manteniéndose aún vigente el vínculo matrimonial; pero, ya no con la fuerza y solidez que primaba al momento de su celebración. Discutiéndose, el no resultar lógico, que la muerte sea la única causal que disuelva el matrimonio; pues, si este había nacido de la voluntad de los contrayentes, ellos mismos tenían la posibilidad de terminarla; más aún, si se habían incumplido los deberes y derechos conyugales, produciendo consecuencias nefastas a la relación (faltas de respeto, agresiones físicas y psicológicas, entre otros)¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Varsi (2011. p. 71, señala como dato histórico el caso del rey Enrique VIII de Inglaterra, miembro de la dinastía Tudor y famoso por sus numerosos amantes, el cual firmo el primer divorcio más famoso de la historia, ya que anulo su matrimonio con Catalina de Aragón, con el

De este modo, nace la institución del “divorcio¹⁰⁷”; para comprender su magnitud, debemos remitirnos a su significado; etimológico; siendo que Peralta y Varsi, nos señalan que esta deriva del termino latino “*divortium*”, que a su vez proviene del verbo “*divertere*”, que significa separarse o irse cada uno por su lado (2002, p. 305 y 2011, p. 319).

Dentro de la normatividad nacional, el CC de 1852, solo admitió la separación de cuerpos, más no el divorcio; por su parte, el Código de 1936, adopto el criterio de disolución total; siguiendo la misma suerte nuestro actual cuerpo sustantivo, regulando la institución, en el Libro III, Sección Segunda, Título IV, Capitulo Segundo, específicamente, en los artículos 348 a 360, donde señala que “el divorcio disuelve el vínculo matrimonial”.

respaldo del Alto Clero de la iglesia católica, llegando a permitir su segundo matrimonio con Ana Bolena.

¹⁰⁷ De acuerdo a la doctrina, el origen de la institución, se remonta en la historia, donde su forma primitiva fue entendida como “*repudio*” que tenía el marido, para con aquella mujer que se embriagaba, castigaba a los animales domésticos, no podía tener hijos o si concebía descendiente mujeres. En el Derecho romano, se admite la disolución, a través de la ceremonia denominada “*disarreatio*”, acto formal que se efectuaba ante la estatua de Júpiter y en presencia de doce sacerdotes, donde se repartía un pastel de harina hecha con hiel, la que se cortaba y arrojaba al río Tíber; “las causales más conocidas era la infertilidad, el uso de venenos, la alcahuetería, la sustracción de las llaves de las bodegas de vino” (Peralta, 2002, p. 302). En la edad media, el derecho canónico está en auge, por lo que, el vínculo matrimonial es indisoluble, aspecto reconocido en los Concilios de Letrán (1215) y de Trento (1562); permitiéndose de forma excepcional la separación de cuerpos, pero para casos de matrimonios desafortunados. En tanto, la prioridad es que el matrimonio subsista, lucha que duro duró aproximadamente unos quinientos años. Ya en el derecho moderno, con la reforma luterana se abre la puerta y se acepta el divorcio, pero aún se mantienen las discrepancias; después de la Revolución Francesa, el divorcio se incorpora en las diversas legislaciones del mundo; lo que nos permite señalar que el divorcio, en estos momentos se encuentra ya generalizado en casi todos los países del mundo, con escasas y significativas excepciones, referidos únicamente a la imposibilidad de disolver el matrimonio canónico.

Por ende, el divorcio es una institución del derecho de familia; por el cual se disuelve o extingue el vínculo conyugal, terminando sus efectos, como el régimen económico, el derecho hereditario, el derecho a la casa habitación; manteniéndose de forma excepcional otros derechos, como son los alimentos, y el derecho de la mujer a llevar el apellido del marido. Para tal efecto, debe invocarse y acreditarse ciertos supuestos de hecho conocido como causales que se hallan previstas en la ley y que ponen fin a la vida en común de los esposos.

2.3.2.4. Casuales y consecuencias del divorcio.

El matrimonio como fuente de familia, genera una serie de derechos y deberes que deben cumplir los esposos; de lo contrario, el comportamiento se traduce en una falta de respeto, fragmentando la relación interpersonal; ya que, la unidad que la origino desaparece y esta se convierte en una suerte de vinculo de papel.

En ese orden de ideas, el artículo 4 de nuestra Constitución señala que la comunidad y el Estado, promueve el matrimonio; pero a la vez, reconocen que el vínculo, no es perpetuo, estableciendo causales de separación y disolución que son reguladas por la ley. Así, el legislador nacional ha creado supuestos específicos, que reflejan la infracción de los derechos y deberes de los consortes. Para tal efecto, siguiendo a Plácido (2011), el art. 349, en concordancia con el art. 333 del CC, desarrolla dichos supuestos, destacándose las “causales subjetivas o

de inculpación (incumplimiento de los deberes conyugales) de un cónyuge frente al otro¹⁰⁸ y causales no inculpatorias u objetivas¹⁰⁹ (separación de hecho y separación convencional)” (p. 37).

Causal	Concepto
Adulterio:	<p>Consiste en la unión sexual de uno de los cónyuges con un tercero; es decir, una relación íntima de uno de los consortes con una tercera persona -que no es su consorte-, el cual, tiene que ser heterosexual, ya que, si hubiere relación íntima entre personas del mismo sexo, constituye la causal de homosexualidad sobreviniente al matrimonio.</p> <p>De este modo, los cónyuges se deben trato íntimo, debido sexual, exclusivo y excluyente, y en caso de incumplimiento al deber de fidelidad, se concretiza esta causal; sin embargo, al tratarse de actos íntimos, ocultos, reservados, Aguilar (2018) considera que “es difícil presentar una prueba objetiva que describa el acto sexual, e incluso con el avance de la tecnología en cuanto a los medios visuales, no puede considerarse absolutos, al aparentarse o simularse actos, que pueden llevar a error al juzgador” (p. 26).</p>
Violencia física y psicológica:	<p>Conocida en la doctrina y en la legislación comparada como sevicia. De acuerdo a Peralta (2002), “esta proviene de la palabra latina “saevitas”, “saevitia” o “saevitudo”, que significa crueldad, inhumanidad, insensibilidad” (p. 312). Ante la carencia de un significado por parte de nuestro legislador, la jurisprudencia, en la Casación N° 027-F-97, se ha encargado de concebirla como un trato reiterativo y cruel de uno de los cónyuges hacia el otro.</p> <p>En relación a la prueba, de la violencia física y psicológica, esta deberá acreditarse por cualquiera de los medios probatorios admitidos por el Código Procesal Civil; considerando que los medios idóneos, son las denuncias policiales, la evaluación médico legal, la evaluación y</p>

¹⁰⁸ Se denomina divorcio subjetivo o de culpa de uno de los cónyuges. Se formula como el castigo que debe recibir el consorte culpable que ha dado motivo para que el divorcio se funde en el incumplimiento grave y reiterativo de los deberes conyugales.

¹⁰⁹ Para Plácido (2001, p. 15), esta causal, se llama también por “ruptura del matrimonio como realidad social”, ya que no hace referencia a la culpa o incumplimiento de los deberes propios del cónyuge, sino en la ruptura de la realidad del matrimonio.

	psicológica; y, sobre todo, la sentencia judicial que declara la responsabilidad del consorte en agravio de su pareja; no obstante ello, quedara a discreción del juez, quién determinara la gravedad del maltrato y la necesidad de disolver el vínculo matrimonial.
<i>Atentado contra la vida del propio cónyuge:</i>	Para Peralta (2002), “es el acto consciente y deliberado de suprimir la vida del otro cónyuge, sin llegar a consumarlo” (p. 314). La doctrina, opina que es suficiente probar la existencia de un proceso penal en giro; aspecto que nos llama la atención; pues, desde el momento que una persona es imputada sobre la comisión de un delito, automáticamente se activa su derecho a presumirlo inocente, hasta que se demuestre lo contrario.
<i>Injuria grave:</i>	Es entendido como un acto ofensivo, una afrenta contra el honor, a la consideración personal, a la honra de sentimientos y dignidad de la persona del cónyuge que hace insoportable la vida en común. Para Peralta (2002, p. 313), los requisitos para promover la acción, son: i) la existencia de una ofensa grave causado por un cónyuge en contra del otro; ii) que dichas ofensas sean reiterativas; iii) que el ultraje signifique un menosprecio profundo por uno de los cónyuges; iv) que la vida en común sea insoportable y que no se funde en hecho propio. Debiendo precisarse que la injuria es una causal facultativa, donde el juez, tendrá un amplio poder para valorarla, teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges.
<i>Abandono injustificado:</i>	Opina Varsi (2011), que “esta causal implica, la separación fáctica que se refleja en la intención manifiesta de sustraerse al cumplimiento de obligaciones familiares por parte del cónyuge que sale de la casa conyugal” (p. 341). Según Peralta (2002, p. 317), los requisitos, para intentar esta acción es: i) que uno de los cónyuges haya abandonado unilateralmente la casa conyugal o rehusado volver a ella; ii) que se tenga el propósito de romper la comunidad de vida y de destruir la unidad conyugal; iii) que el abandono o rehusamiento se prolongue por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda a este plazo; y, iv) que no se funde en hecho propio.

<p>Conducta deshonrosa:</p>	<p>En concordancia con Peralta (2002), “esta causal consiste en el proceder incorrecto, indecente e inmoral por parte de uno o de ambos cónyuges a la vez, que están en oposición al orden público, la moral y las buenas costumbres” (p. 318); por ello, Varsi (2011) opina que “es el atentado contra el respeto y honor del otro cónyuge y contra la dignidad e integridad de la familia” (p. 343).</p> <p>Para esta causal se requiere: i) que uno de los cónyuges haya incurrido en conducta deshonrosa; ii) que esa conducta sea habitual o permanente; iii) que se haga insoportable la vida en común; iv) que no se sustente en hecho propio. Con relación a la probanza, los hechos pueden acreditarse por cualquier medio de prueba, siendo el juez, quién apreciara la conducta deshonrosa.</p>
<p>Uso habitual de drogas alucinógenas o de sustancias que pueden generar toxicomanía:</p>	<p>Según Varsi (2011), “esta causal, se refiere al uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía. Se trata de una dependencia crónica a sustancias psicoafectivas como los estupefacientes, psicotrópicos, psicodislépticos e inhalantes volátiles” (p. 345).</p> <p>Para la configuración, se exige: i) que uno de los cónyuges consuma drogas alucinógenas o que causen toxicomanía; ii) que su uso sea habitual e injustificado, con el objeto de obtener placer y sensaciones diversas; iii) que represente un peligro para el otro cónyuge y la prole; y iv) que el consumo de drogas provoque trastornos de conducta en uno de los cónyuges que impiden obviamente la vida en común. Esta causal podrá ser acredita con cualquiera de los medios probatorios establecidos por la ley adjetiva, pero la prueba idónea es la pericia médico legal.</p>
<p>Enfermedad grave de transmisión sexual:</p>	<p>De acuerdo a Varsi (2011), “esta causal se sustenta en la enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración” (p. 346), que afectaría la procreación de la descendencia.</p> <p>Para Peralta (2002, p. 320), esta causa requiere de las siguientes condiciones: i) que uno de los cónyuges haya contraído una enfermedad de transmisión sexual; ii) que la haya contraído después del matrimonio; iii) que se ponga en peligro la salud del cónyuge sano</p>

	y de su descendencia; iv) que no se sustente en hecho propio; y, v) que se acredite la imputabilidad del consorte enfermo.
Homosexualidad:	<p>La heterosexualidad constituye un presupuesto para contraer matrimonio, sin el cual no cobra existencia; por lo que la pérdida de atracción heterosexual en la pareja, dirigiendo sus afinidades al mismo sexo, afecta la relación, al punto de tornar imposible la relación.</p> <p>Para intentar esta causal, es necesario: i) que uno de los cónyuges sea homosexual; ii) que tal anomalía sea sobreviviente al matrimonio; iii) que implique menosprecio por el sexo del otro cónyuge; y iv) que haga insostenible la vida en común.</p>
Condena por delito doloso:	Se trata de una causal indirecta, inculpatoria y perentoria, que consiste en la imposición a uno de los cónyuges de una condena a pena privativa de libertad mayor de dos años por delito doloso, después de la celebración de matrimonio. Se entiende que el consorte que conoció el delito antes de casarse no puede invocar esta causa que destruye el lazo nupcial. Siendo la prueba idónea la copia certificada de la sentencia condenatoria, la misma que debe hallarse consentida y ejecutoriada.
Imposibilidad de hacer vida en común:	<p>Según Varsi (2011), “consiste en una grave crisis, donde los cónyuges no mantienen una estable y equitativa relación matrimonial, habiéndose perjudicado la armonía conyugal” (p. 350).</p> <p>Para Peralta (2002), “la probanza, resulta difícil; pues se tiene que demostrar la imposibilidad de hacer vida en común; por ello, el magistrado valorara las pruebas aportadas a fin de llegar al convencimiento de que las circunstancias hacen imposible continuar o reanudar la vida en común” (p. 321).</p>

<p>Separación de hecho:</p>	<p>Esta causal implica, el quiebre del deber de cohabitación en forma permanente, sin que haya alguna necesidad jurídica que imponga dicha separación; si no, es propia voluntad de los consortes.</p> <p>Los elementos que deben probarse, tiene que ver, con: i) el aspecto objeto o material, que consiste en la evidencia del quebrantamiento permanente y definitivo de la relación, sin solución de continuidad, lo que normalmente sucede con el alejamiento físico de uno de los esposos de la casa conyugal; ii) el aspecto subjetivo o psíquico, que viene a ser la falta de voluntad e intención para retomar la vida conyugal; y, iii) finalmente el aspecto temporal, donde se exige el transcurso de dos años, si los cónyuges no tienen hijos menores de edad y cuatro si los tuvieran.</p>
<p>Separación convencional y divorcio ulterior:</p>	<p>Esta causa, conlleva que ambos cónyuges estén de acuerdo en disolver su vínculo matrimonial; además, deben resolver por voluntad conjunta la tenencia, régimen de vistas y alimentos de sus hijos menores hijos, si lo tuvieran; sin perjuicio de finalizar su régimen patrimonial generado por el matrimonio.</p>

Las causales descritas, tienen la peculiaridad, de no haber sido definidas por el legislador; dejándose al libre arbitrio y discreción del juez, quién advertirá la configuración de ellas en base al desarrollo doctrinario y jurisprudencial.

Además, producto de la ruptura matrimonial, se genera un menoscabo emocional (tristeza, humillación, amargura, etc.); donde el cónyuge inocente, no es el único afectado, sino también el consorte, que provocó la ruptura de la relación (afectándose sus derechos constituciones, al honor y la buena reputación, intimidad personal y familiar); sin dejar de lado, que la tramitación del proceso, se

caracteriza por ser extenso y lento; aspectos que repercute en la causa familiar¹¹⁰.

Corresponde tratar, sobre los efectos del divorcio; el primero de ellos, tiene que ver con la disolución del vínculo matrimonial, de conformidad con lo previsto en el art. 348 del CC. Para Peralta (2002), el efecto más grave, es la destrucción definitiva del nexo conyugal, de tal forma que los ex – cónyuges, pueden volver a contraer nuevo matrimonio con terceras personas.

El segundo efecto, tiene que ver con el derecho alimentario de los cónyuges; recordemos que el matrimonio generó entre los consortes una relación alimentaria; y, al producirse el divorcio, de acuerdo al art. 350 del CC, cesa la obligación alimentaria entre los consortes, aunque de manera excepcional puede subsistir este derecho, si se acredita la imposibilidad de poder atender por propia mano las necesidades que uno de ellos presenta.

¹¹⁰ Este mismo problema, ha estado presente, en el país de Argentina, por ello, su nuevo Código Civil y Comercial (aprobado por el Congreso de la Nación, el día 1 de octubre del año 2014, mediante Ley N° 26994, promulgada el 7 de octubre de 2014 y publicada el día 8 de octubre del mismo año; entrando en vigencia el 1 de agosto del año 2015), suprimiendo las causales de divorcio, alegando que la experiencia judicial ha demostrado que la dificultad probatoria que tiene el juez para desentrañar las verdaderas causas del divorcio, así como el alto nivel de destrucción y desgaste emocional que afrontan los cónyuges y sus familias que optan por el divorcio, genera consecuencias negativas; por ello, se optó por el divorcio incausado, es decir que basta la voluntad de una de las partes para poder solicitar el divorcio. En esa misma línea, el Estado peruano, ha formado un grupo de trabajo, encargado de revisar y proponer mejoras en el CC; habiendo emitido el anteproyecto de propuesta de mejora del CC peruano y dentro de los cuales, se lanza la propuesta de integrar en solo título el divorcio y el decaimiento del vínculo matrimonial, excluyéndose el divorcio sanción y se fortalece el divorcio remedio; para tal efecto se están eliminando las causales subjetivas, proponiéndose un régimen objetivo.

El tercer efecto, tiene que ver con la reparación del daño moral, de acuerdo al art. 351, el juez podrá conceder al cónyuge inocente una suma de dinero por concepto de reparación por daño moral, si de los hechos se determina que el divorcio compromete gravemente el legítimo interés personal del consorte; debemos precisar, que este concepto, es diferente al derecho alimentario.

El cuarto efecto, corresponde a la pérdida de gananciales; para lo cual, el art. 352 del CC, dispone que el cónyuge divorciado, por su culpa, pierde los gananciales que procedan de los bienes del otro y ello tendría justificación; en tanto, “no sería dable que el cónyuge culpable o causante del divorcio pretendiera obtener un beneficio o ganancia de los bienes de su consorte inocente” (Peralta, 2002, p. 903).

El quinto efecto, se refiere a la pérdida de los derechos hereditarios; para tal efecto, nos remitidos al Art. 353 del CC, donde se estipula que los cónyuges divorciados no tienen derecho a heredar entre sí.

Finalmente, el sexto efecto, corresponde al cese de poder llevar el apellido del marido, el Art. 24 del CC, señala que la mujer tiene derecho a llevar el apellido del marido agregado al suyo y conservarlo mientras no contraiga nuevo matrimonio; pero, este derecho finaliza en caso de divorcio o nulidad de matrimonio.

2.3.3. La Unión de Hecho

2.3.3.1. Evolución de la unión de hecho

La unión de hecho o también conocida como concubinato, ha estado presente en los albores de la civilización, bajo la regla de la informalidad. Con la presencia del Código de Hammurabi, se logra su reconocimiento legal. En Roma, no fue una práctica ilícita, ni arbitraria; sino, una suerte de cohabitación de un ciudadano con una mujer de inferior condición social; catalogado como un matrimonio de segunda clase; en tanto, solo los ciudadanos romanos podían casarse.

Durante la vigencia del derecho medieval, el concubinato era practicado incluso dentro de los conventos, lo que amenazó la estructura del clero; por ello, la iglesia, pasó a calificarla como "inmoral", procediendo a luchar contra ella¹¹¹, a través del Concilio de Trento; haciendo obligatorio el matrimonio religioso y su asiento en los registros parroquiales; mientras que los concubinos eran castigados con la excomunión o la pena de muerte, si pese a la advertencia, estos permanecían en su relación inmoral.

En España¹¹², las relaciones informales, son conocidas como barraganía, recibiendo protección por intermedio de los Fueros y las

¹¹¹ En palabras de Varsi (2011, p. 375), la iglesia primitiva consideró al concubinato como una forma de matrimonio en sucesivos concilios, desde Nicea (325), Cartago (397) hasta el Concilio de Trento (1545-1563).

¹¹² Peralta, nos detalla que en el derecho español existió tres clases de enlaces: a) el matrimonio de bendiciones que era público y notorio, celebrado con todas las formalidades de la ley católica; b) el de yuras o juramentado, que siendo legal era clandestino; y, c) la barraganía, que era en sí el concubinato basado en la compañía, la permanencia y la fidelidad (2002, p. 117).

Partidas, castigándose únicamente cuando era sacrílega, adúltera, incestuosa o familiar. Con la venida de la revolución francesa, se esperaba una nueva forma de tratamiento; sin embargo, el Código Francés no la reguló; y ante el moralismo imperante, la sociedad termina por rechazarla; pero, en 1883, la Corte de Rennes, emite el primer fallo, reconociendo la relación concubinaria, la misma que debe ser vista, desde dos aspectos: a) Como una sociedad con un carácter económico y b) como una obligación natural. Para el año de 1912, se expide la primera ley francesa, regulándose aquel concubinato notorio, como hecho generador de la paternidad ilegítima¹¹³.

En nuestro país, durante el periodo preinca, las relaciones familiares, estuvieron regidas por normas consuetudinarias. En el incanato, existió un interés del Estado para formalizar las uniones maritales, a fin de otorgarles tierras para su vivienda y cultivo. Durante la Colonia, los españoles prohibieron cualquier tipo de unión formal, con las mujeres de la raza inca; es más, la relación concubinaria significaba una forma de opresión, debido a que el hombre por su casta, se encontraba por encima de la mujer, quién era considerada como un objeto sexual de manera clandestina; y, los hijos nacidos de estas uniones, tenían la condición de “ilegítimos”, impidiéndoles el ingreso a colegios, ocupar cargos importantes, y casarse con quienes ellos quisieran.

¹¹³ Para Rodrigo da Cunha Pereira, Francia es la patria del derecho concubinario y su importancia histórica influye en todo el derecho occidental (como se citó en Varsi, 2011, p. 377).

En la República, se mantiene vigente la legislación castellana, donde el derecho canónico, con el Concilio de Trento, pretenden desaparecer la convivencia, al establecer sanciones de carácter penal, sobre aquellas personas que estando casadas mantienen una relación fuera del matrimonio. De acuerdo a Peralta (2002), la promulgación del CC de 1936, protege a la mujer y las cuestiones relativas a la propiedad de los bienes¹¹⁴ (p. 118); para el año de 1961, se expide la Ley N° 13517 -Ley de Barrios Marginales o Barriadas¹¹⁵- ; mientras que, para el año de 1969, se emite la Ley N° 17716 -Ley de Reforma Agraria-¹¹⁶; y, para el año de 1974¹¹⁷, el Decreto Ley N° 29598 -Empresas de Propiedad Social-; preceptos legales que reconocen los bienes adquiridos por la pareja sin matrimonio.

Este avance legislativo, sirvió de preámbulo, para el reconocimiento constitucional, en la Carta Magna de 1979, al señalar el artículo 9:

La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable¹¹⁸.

¹¹⁴ Debemos precisar que el Código Civil de 1936, se expidió bajo el mando de la Constitución de 1933, denotándose un avance en materia de reconocimiento de garantías individuales y sociales. Pues, en el artículo 51, disponía: “El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección del Estado”. Asimismo, el artículo 59 indicaba: “La libertad de conciencia y de creencia es inviolable”. Varsi, nos precisa que la influencia de la iglesia era poderosa, lo cual propiciaba una posición conservadora de la institución matrimonial frente a las uniones de hecho a la que consideraban como una relación de segundo orden que debía ser reconocida solo por la existencia de los hijos (2011, p. 390).

¹¹⁵ Se indica que, cuando el adquirente de un lote marginal, que, sin estar casado, lo ocupa con una mujer con la cual hace vida marital y que no tiene impedimento de casarse, el bien es de ambos, para lo cual debía expedirse el título a nombre de los dos.

¹¹⁶ Se reconoce a la compañera permanente, como beneficiaria de la adjudicación gratuita de la unidad agrícola familiar en caso muriera el adjudicatario sin haberla cancelado.

¹¹⁷ Se precisa, que los certificados de retiro serán transferidos a la conviviente que mantiene estado de permanente compañera del causante y siempre que se encuentre registrada en la ficha del trabajador.

¹¹⁸ La regulación del concubinato, ha sido incorporado por el artículo 9 de la Constitución, la cual tiene como fuente el artículo 373 del Proyecto del Código Civil de 1981, que fue materia de revisión por parte de la comisión de reforma.

Ello da mérito y es la base del actual artículo 326 del CC. Cabe mencionar que la regulación constitucional, se ha mantenido, a través del artículo 5 de nuestra actual Constitución; sin embargo, tanto la regulación constitucional como infraconstitucional, no han previsto los efectos de la relación, la claridad de conceptos y las consecuencias de la misma; ante ello, el máximo intérprete de nuestra Constitución, en los últimos años se venido supliendo los defectos, llegando incluso a reconocer derechos no legislados.

2.3.3.2. Definición de la unión de hecho

Nuestra legislación equipara los términos unión de hecho y concubinato, tal como puede verse de los artículos 326 y del inciso 3 del art. 402 del CC; por ello, la doctrina nacional, expresa que el concubinato, deriva del latín “*concumbere*”, “*cum*” (con) “*cubare*” (dormir), que significa acostarse con, dormir junto a, yacer juntos, una comunidad de lecho. Para la Real Academia de la Lengua Española, concubinato, significa relación marital de un hombre con una mujer sin estar casados.

En la literatura nacional, según Cornejo (1999, p. 63), la definición se puede analizar desde dos dimensiones:

La primera, en sentido amplio, donde, dos personas libres o atadas se unen en una relación que exige el carácter de permanencia y habitualidad; la segunda, en sentido estricto, que comprende la convivencia habitual, continua y permanente, desenvuelta en un ámbito de fidelidad y sin impedimentos, con la posibilidad de transformarse en un futuro, en una unión matrimonial.

Por su parte, Varsi (2011, p. 395), considera que “el concubinato es la unión de hecho que implica la ejecución, en la práctica, de una relación jurídica análoga, semejante a la relación jurídica matrimonial. Llevando a cabo derechos, facultades, deberes y obligaciones semejantes a los del matrimonio, a pesar de que tal vínculo formal no es el que une a la pareja”.

Desde un punto de vista constitucional, el artículo 5 de la actual Carta Magna, la define como:

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 cuando sea aplicable.

Apreciándose con más detalle en el art. 326 del CC:

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.
(...)

Para, el TC, en el fundamento 15, del expediente N° 04493-2008-PA/TC, la define como:

(...) una comunidad que persigue fines, objetivos, modos de apreciar el mundo y expectativas sobre futuro, substrato sobre el cual se erige el aprecio y afecto que se proveen las parejas, precisamente por lo cual, comparten su vida en un “aparente matrimonio”. De lo que se infiere que existen también ciertas obligaciones no patrimoniales.

Resaltándose, en el fundamento 13 del expediente N° 0652-2006-PA/TC, que esta institución se fundamenta en la autonomía de la voluntad de quienes la integran y que en puridad se caracteriza por su uniformidad en cuanto a su inicio y su desarrollo; sin dejar de lado, el fundamento 16, donde se 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.

En cada definición, se hace énfasis, sobre algún aspecto específico del fenómeno; para unos, lo más importante, son las relaciones sexuales, mientras que otros enfatizan la ausencia del vínculo jurídico y otros ponen énfasis en la temporalidad que debe tener la unión.

En realidad, consideramos que no existe contradicción alguna entre las concepciones dadas¹¹⁹; por el contrario, todas ellas suman de forma oportuna, para poder conceptualizar este fenómeno; como

¹¹⁹ En esta parte, es conveniente realizar algunas diferencias entre el concubinato y el contubernio, este último existió en el Derecho Romano y consistía en la unión de hecho entre un hombre libre y una esclava y también de esclavos entre sí; mientras que el concubinato es una suerte de cohabitación sin affectio maritalis de un ciudadano con una mujer de inferior condición social.

El concubinato con el matrimonio, este último, es una unión de derecho, donde existe consentimiento expreso, pudiendo adoptar entre dos regímenes patrimoniales; mientras que el concubinato es una unión de hecho, donde solo existe un consentimiento tácito, contando con su régimen de comunidad de vienes que se sujeta a las reglas de la sociedad de gananciales.

El concubinato con el servinakuy, este último es una relación intersubjetiva que se practica entre los habitantes del ande y oriundos de él, hallándose incluso fuera del ordenamiento jurídico oficial, pero tiene las connotaciones de un verdadero matrimonio (de prueba o sociológico); mientras que el concubinato, es una costumbre que está arraigada en la sociedad, rigiéndose por la Ley.

El concubinato con la unión libre, este último, es una unión esporádica y poco estable, no cumpliéndose deberes y finalidades semejantes al matrimonio; mientras que el concubinato se caracteriza por su singularidad y estabilidad, cumpliendo deberes semejantes al matrimonio.

aquella unión de un varón y una mujer que, no estando casados, deciden vivir juntos de forma estable y duradera, por el lapso de más de dos años, de forma consecutiva e ininterrumpida; relación que es de pleno conocimiento de terceros.

2.3.3.3. Requisitos que configuran la unión de hecho

Tradicionalmente la unión de hecho, ha sido rechazada por cierto sector de la sociedad, al concebirla como una relación inmoral; situación que no se condecía con la tradición, cultura y la misma realidad de la sociedad peruana. Esto ha conllevado, la ausencia del reconocimiento de efectos legales a este tipo de uniones. No obstante, el incremento de las practicas convivenciales y la mayor secularización de la sociedad y del Estado (y su legislatura), ha generado un contexto a partir del cual, se plantea respuestas a esta realidad, al recibir tratamiento constitucional y desarrollo legal; legitimando y salvaguardando la dignidad de aquellas personas que habían optado por el concubinato¹²⁰; sin embargo, el reconocimiento y protección por parte del Estado, está sujeto al cumplimiento de una serie de requisitos, que a continuación desarrollamos:

a) Unión marital de hecho

De acuerdo a Peralta (2002), la unión de hecho, “es un estado de aparente unión matrimonial, ya que dos personas de diferente sexo viven en común, constituyen un grupo familiar conjuntamente

¹²⁰ Fundamento 12, emitido dentro del expediente N° 06572-2006-PA/TC.

con sus hijos” (p. 123). En otras palabras, comparten la realización de sus actividades en la vida cotidiana y ello es de conocimiento público, al vivir en un mismo domicilio¹²¹. Descartándose aquella unión de hecho que solo comparte los fines de semana, las vacaciones o encuentros casuales.

Pero, la cohabitación no debe entenderse a ultranza, porque puede ocurrir que por razones de trabajo uno de ellos, deba vivir en otra residencia; en este caso, la unión continúa, salvo que la separación vaya acompañada de una voluntad real de disolución.

Bajo lo descrito, el TC, en el fundamento 17, del expediente N° 06572-2006-PA/TC, señala:

(...) formar un hogar de hecho comprende compartir habitación, lecho y techo. (...) las parejas de hecho llevan su vida tal como si fuesen cónyuges, compartiendo intimidad y vida sexual en un contexto de un fuerte lazo afectivo. Las implicancias de ello se verán reflejadas en el desarrollo de la convivencia, que deberá basarse en un clima de fidelidad y exclusividad. Se excluye, por tanto, que alguno de los convivientes este casado o tenga otra unión de hecho.

b) Singularidad

Para Varsi (2011), este requisito implica, que “la unión de hecho, deben darse entre dos sujetos, un hombre y una mujer,

¹²¹ Para Plácido, si los convivientes carecen de un domicilio común, no es posible sostener la existencia de una unión de hecho, para los diversos efectos que esta puede invocarse en el ámbito jurídico. En concordancia con lo expuesto, la norma constitucional señala que los convivientes “forman un hogar de hecho”. Esta cohabitación implica, por tanto, la comunidad de vida; la que conlleva la comunidad de lecho (2001, p. 250).

configurándose una relación heterosexual y monogámica; y ello, se traduce en el deber de fidelidad entre los convivientes¹²² (p. 409).

Como lo precisa el TC, en el fundamento 23 del expediente N° 06572-2006-PA/TC:

Este tribunal constitucional ha establecido que la unión de hecho es una comunidad que persigue fines, objetivos, modos de apreciar el mundo y expectativas sobre futuro, substrato sobre el cual se erige el aprecio y afecto que se proveen las parejas, precisamente por lo cual, comparten su vida en un “aparente matrimonio”. De lo que se infiere que existe también ciertas obligaciones no patrimoniales. Por ejemplo, como ya se observó, la configuración constitucional de esta unión libre genera un deber de fidelidad ente quienes la conforman.

c) Publicidad

En concordancia con Varsi (2011), este elemento “implica la notoriedad de la vida marital de hecho. Involucra la convivencia en un mismo hogar y su trascendencia en la sociedad” (p. 409). Por ello, Peralta (2002) manifiesta que “ello conlleva el conocimiento que asumen los parientes, vecinos y demás sobre la unión; ganada esta fama o notoriedad pública, se desecha las uniones de hecho clandestinas u ocultas” (p. 124).

¹²² Para Peralta (2002, p. 124) la singularidad es la situación fáctica en la que viven los concubinos. Ello no obsta para que cualquiera de ellos pueda mantener momentánea o circunstancialmente una relación sexual con tercera persona, que son simples contactos fugaces, pero peligrosas para la estabilidad de la relación.

Ahora, el TC, en el fundamento 19 del expediente N° 06572-2006-PA/TC, precisa:

La apariencia de la vida conyugal debe ser pública y notoria. No se concibe amparar la situación en donde uno o ambos integrantes de la unión de hecho pretenden materializarla soterradamente.

d) Estabilidad

De acuerdo, a Varsi (2011), “la pareja debe tener una comunidad de vida estable, permanente, duradera y continua” (p. 409); por ello, en nuestra normatividad, se exige un plazo mínimo de dos años; lapso de tiempo que debe ser de forma ininterrumpida; rechazándose cualquier situación de acumulación de periodos discontinuos.

Al respecto nuestro TC, en el fundamento 18, del expediente N° 06572-2006-PA/TC, señala:

La estabilidad mencionada en la Constitución debe traducirse en la permeancia, que es otro elemento esencial de la unión de hecho. Siendo ello así, la unión de hecho debe extenderse por un periodo prolongado, además de ser continua e ininterrumpida. Si bien la Constitución no especifica la extensión del periodo, el artículo 326 del Código Civil, sí lo hace, disponiendo como tiempo mínimo 2 años de convivencia. La permanencia estable evidencia su relevancia en cuanto es solo a partir de ella que se puede brindar la seguridad necesaria para el desarrollo adecuado de la familia.

e) Ausencia de impedimentos matrimoniales

Según Manrique (2011), “los miembros de la pareja deben encontrarse libres de cualquier impedimento matrimonial” (p. 40);

es decir, que no deben encontrarse dentro de los supuestos que contemplan los artículos 241¹²³ y 242¹²⁴ del CC, que señalan las causas que impiden celebrar el acto matrimonial.

De este modo, no debe existir causas que impidan que la situación de hecho se pueda convertir en una de derecho; vale decir, que la pareja en cualquier momento pueda celebrar matrimonio civil, al no existir obstáculos legales que impiden su celebración.

2.3.3.4. Clases o tipos de unión de hecho

Varsi (2011), opina que “la unión de hecho se clasifica teniendo en cuenta el cumplimiento de los requisitos que legalmente se exigen para su reconocimiento y producción de efectos jurídicos” (p. 395).

De esta manera, al presentarse los requisitos antes señalados, estamos ante “concubinato propio”; pero, ante la carencia de cualquier elemento, inmediatamente se configura el “concubinato impropio”;

¹²³ El art. 241 del CC, señala: No puede contraer matrimonio:

Los adolescentes, el juez puede dispensar este impedimento por motivos justificados, siempre que los contrayentes tengan como mínimo, dieciséis años cumplidos y manifiesten expresamente su voluntad de casarse.

Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el artículo 44 numeral 9, en tanto no exista manifestación de la voluntad expresa o tácita sobre esta materia.

¹²⁴ El art. 242, del CC, señala: No pueden contraer matrimonio entre sí:

Los consanguíneos en línea recta. El fallo que condena al pago de alimentos en favor del hijo extramatrimonial no reconocido no declarado judicialmente produce también el impedimento a que se refiere este inciso.

Los consanguíneos en línea colateral dentro del segundo y el tercer grado. Tratándose del tercer grado el juez puede dispensar este impedimento cuando existan motivos graves.

Los afines en línea recta.

Los afines en segundo grado de la línea colateral cuando el matrimonio que produjo la afinidad se disolvió por divorcio y el ex - cónyuge vive.

El adoptante, el adoptado y sus familiares en las líneas y dentro de los grados señalados en los incisos 1 a 4 para la consanguinidad y la afinidad.

El condenado como participe en el homicidio doloso de uno de los cónyuges, ni el procesado por esta causa con el sobreviviente.

El raptor con la raptada o a la inversa, mientras subsista el rapto o haya retención violenta.

supuestos de trascendencia, por los efectos que el art. 326 reconoce, a cada uno de ellos.

a) Unión de hecho propia

Para Peralta (2002, p. 125), esta es conocida como concubinato propio o también puro y se presenta como una unión extramatrimonial duradera, entre un varón y una mujer de modo que en cualquier momento pueden transformar su situación de hecho en una de derecho, por no existir impedimento algún que obstaculice la realización del matrimonio civil. Para Varsi (2011, p. 396), esta unión en la práctica, implica la ejecución de una relación análoga o semejante a la relación matrimonial, contándose siempre con los elementos de estar conformado por dos personas de sexos complementarios, libres de impedimento, determinando el estado de familia, buscando finalidades similares al matrimonio y generando efectos patrimoniales.

En igual sentido, el TC, en el fundamento 15, del expediente N° 06572-2006-PA/TC, se precisa:

La unión de hecho puede distinguirse de la siguiente manera: concubinato en sentido estricto (propio o puro) (...) ello supone que los individuos que conforman las uniones de hecho no tienen impedimento alguno para contraer matrimonio. Es decir, se encuentran aptos para asumir el matrimonio (...).

b) Unión de hecho impropia

De acuerdo a Peralta, esta es conocida como concubinato impropio, impuro o imperfecto; por la cual, la unión extramatrimonial es ilegítima al existir un impedimento legal que obstaculiza la realización del matrimonio. En este caso, los concubinos no pueden contraerlo porque uno de ellos o ambos a la vez se hallan unidos a otro enlace civil anterior (2002, p. 125). Para Varsi, “esta unión no cumple con los elementos o requisitos para su reconocimiento formal. Debiendo entenderse que, si la relación no es propia, debe ser impropia dado su carácter residual” (2011, p. 399).

El TC, en el fundamento 15, del expediente N° 06572-2006-PA/TC, precisa:

(...) el concubinato en sentido amplio (impropio o concubinato adulterino) (...) abarca a aquellas parejas que no podrían contraer nupcias debido a que uno de ellos o los dos tienen ya un vínculo matrimonial con tercera persona, o se encuentran impedidos de casarse por cualquier otra causal (...).

Es de advertir que, sobre este tema, el último párrafo del artículo 326 del CC, le dedica atención; regulando únicamente el supuesto de la ruptura de la relación, al precisar que el concubino abandonado no se encuentra desprotegido del todo, ya que puede interponer la acción de enriquecimiento indebido a que se refiere

los artículos 1954¹²⁵ y 1955¹²⁶ del CC, para poder recuperar los derechos que le fueron conculcados por su ex - pareja.

2.3.3.5. Efectos jurídicos de la unión de hecho propia

a) Efectos personales

En la unión de hecho propia, la vida se desarrolla de modo similar a la que sucede en el matrimonio; en tal sentido, para Varsi (2011) puede aplicarse “la tesis de la apariencia del estado matrimonial, la cual nos explica que las uniones de hecho generan relaciones jurídicas entre sus miembros, no iguales, pero si parecidos a las generadas en el matrimonio” (p. 415); como es el deber de asistencia, el deber de cohabitación y el deber natural de la fidelidad.

El reconocimiento de efectos personales a la unión de hecho propia, ha servido de sustento para que se reconozca otros en la normatividad peruana, previa acreditación de la condición de concubino. Tenemos el caso, en el derecho laboral, donde el art. 54 del D.S N° 001-97-TR-TUO del D. Leg. N° 650, reconoce que el concubino supérstite tiene derecho al 50% del monto total acumulado de la compensación por tiempo de servicio y sus intereses, que a su solicitud será entregado por el depositario, en

¹²⁵ El art. 1954, señala: Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo.

¹²⁶ El art. 1955, señala: La acción a que se refiere el artículo 1954, no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización.

caso de fallecimiento del trabajador. De igual manera, el art. 1 del D. Leg. N° 688, señala que el concubino será beneficiario del seguro de vida del compañero trabajador y que debe ser contratado por el empleador.

En la legislación del Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones, el art. 13, del D.S N° 004-98-EF – Reglamento del TUO de la Ley de Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones, establece que el concubino tiene derecho de pensiones de invalidez y sobrevivencia y es potencial beneficiario de la pensión de jubilación de su compañero. De igual forma, dentro del Sistema Social de Salud, el art. 3 de la Ley N° 27177, precisa que el concubino es derechohabiente del trabajador compañero y tiene calidad de afiliado con derecho a los beneficios.

El Código Penal, en su art. 107, califica como delito de parricidio al homicidio de un concubino por obra de su compañero; mientras que los artículos 179 y 180, considera como agravante de la pena, en los delitos de favorecimiento a la prostitución y de rufianismo cuando la víctima es concubino del autor. De otra parte, el inciso 1 del art. 208, señala que no son reprimibles, sin perjuicio de la reparación civil, los hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños que se causen los concubinos. Por su lado, el Código Procesal Penal, en el art. 220, indica que nadie puede ser obligado a declarar sobre hecho que pudieran implicar culpabilidad penal contra su concubino.

Asimismo, el Código Procesal Civil, en el inciso 3 del art. 229, señala que el concubino de alguna de las partes está prohibido de ser testigo en el proceso civil, salvo en asunto de derecho de familia o que lo proponga la parte contraria; de la misma forma, los artículos 305 y 307, señalan que si una de las partes, en un proceso civil es concubino del juez, este se encuentra impedido de dirigirlo y debe abstenerse de participar en él, de no hacerlo puede ser recusado.

Por su parte, la legislación nacional, habilita a los concubinos, el poder adoptar; tal como lo señala el inciso 4 del art. 378 del CC; al disponerse que el adoptante debe ser concubino conforme a lo establecido en el art. 326. De igual manera, con la entrada en vigencia de la Ley N° 30007, se reconoce derechos y deberes sucesorios a los miembros de las uniones de hecho propias.

b) Efectos patrimoniales

En el aspecto patrimonial, Varsi (2011) señala que “la unión origina una comunidad de bienes que se sujeta a las disposiciones del régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuera aplicable” (p. 415); este último aspecto es muy discutido en la doctrina por cuando se estaría imponiendo un régimen patrimonial, afectando la libertad de los concubinos a poder elegir otro régimen diferente, donde se salvaguarde sus bienes; es tal la controversia, que el grupo de trabajo de revisión y mejora del CC. de 1984, está

proponiendo también la separación de patrimonios, la cual puede ser formalizada ante notario y ser inscrita en el registro personal¹²⁷ de cada miembro de la pareja.

2.3.3.6. Proceso de reconocimiento de la unión de hecho propia

En el ámbito jurídico, existe una férrea discusión, sobre la necesidad o no, del reconocimiento judicial o notarial de la unión de hecho propia, como requisito previo para atribuirle efectos jurídicos; por un lado, se alega que no podía condicionarse el nacimiento de derechos de la relación, a una declaración cuando su reconocimiento se infiere directamente de la norma constitucional y de la norma sustantiva, al cumplirse con los requisitos establecidos; además, dicha declaración sería un trámite mucho más engorroso que el matrimonio civil y una traba que desalentaría la conformación de dicha unión¹²⁸, con el agregado que la legislación, no la establecía de manera expresa.

La otra postura, considera que es imprescindible la declaración judicial o notarial, tanto, para proteger derechos de los concubinos de los actos indebidos de uno de ellos¹²⁹, al disponer o gravar los bienes

¹²⁷ El anteproyecto del artículo tiene las siguientes características:

Artículo 326 A – Separación de patrimonios.

Constituida la unión de hecho, cabe acordar la separación de patrimonios formalizada ante notario público e inscrita en el registro personal.

Procede la sustitución del régimen patrimonial de la unión de hecho. Para que surta efecto ante terceros se debe inscribir en el registro personal.

¹²⁸ Esta apreciación se encuentra descrita en el fundamento 14 del expediente N° 04777-2006-PA/TC.

¹²⁹ Haro (2013), nos detalla que la “*cautela interna*”, no es otra cosa que la protección jurídica que se hace a los derechos de cada conviviente sobre los bienes adquiridos durante su unión convivencial, mediante la declaración judicial o notarial de esa unión, supone cautelar las relaciones entre convivientes de manera tal que ninguno vea afectado su derecho. De allí, que se torne hondamente necesario contar con una declaración judicial o notarial de convivencia, cuya probanza se hace con los medios probatorios idóneos que la ley exige para ello y en donde

adquiridos durante la vigencia de la unión de hecho; o, también para proteger derechos de terceros, al verse engañado; pues, uno de ellos podía vender un bien social, como si fuera un bien personal. Por ende, todas las relaciones y situaciones que genera la unión de hecho, merecen ser cauteladas a fin de evitar que alguien salga perjudicado; de este modo, es imprescindible la declaración judicial o notarial de la unión de hecho.

Ante dicha disyuntiva, Haro (2013) nos recuerda:

Una cosa es la adquisición de derechos y su goce inherente y otra distinta, su exigencia y su protección jurídica”. Por lo que los convivientes para exigirse mutuamente y proteger sus derechos adquiridos durante su convivencia, como consecuencia del régimen de sociedad de bienes y para que estos convivientes se relacionen con terceros y estos cautelaren un derecho adquirido como consecuencia de esa relación, es necesario que dicha convivencia se pruebe ante un Juez o ante un Notario y que estos la declaren como tal. (p. 7)

En la misma línea, Almeida señala:

A los requisitos legales, se debe agregarse uno más, que fue establecido a nivel de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia a efectos de considerarse constituida formalmente la unión de hecho; esto es que, la unión de hecho debe ser declarada judicialmente (2008, p. 54).

no quede duda alguna que los convivientes verdaderamente han adquirido derechos y obligaciones que como tales les corresponde, a fin que uno de ellos alcance protección ante cualquier acto ilícito que pretenda el otro.

La “*cautela externa*”, sin deslindarse de la interna, protege las relaciones patrimoniales entre convivientes y los terceros, para lo cual también se requiere de una declaración de reconocimiento de convivencia. Aquí el asunto es, si por ciertas conveniencias uno de los convivientes o ambos a la vez desea o desean relacionarse con terceros respecto a derechos patrimoniales adquiridos como consecuencia de su situación de hecho, a dicho terceros no les debe generar dudas de que efectivamente están tratando con los titulares de esos derechos.

A la par, una sólida tendencia jurisprudencial ha venido rechazando petitorios presentados por algunos de los concubinos, que buscaban la protección o la recuperación de algún bien adquirido por la relación, frente a terceros¹³⁰; la razón, es que previamente la unión de hecho tuvo que haber sido evaluada y tener una sentencia favorable, donde se declare unión formada. Resaltándose, para tal efecto, la Casación N° 3750-2001-Cajamarca, en la cual se precisa:

Al respecto si tales dispositivos reconocen en la convivencia una relación de sociedad, cuyo efecto al ser disuelta es el de proceder a efectuar una liquidación patrimonial que atribuya a cada uno de los concubinos lo que en justicia les corresponde, sin embargo el espíritu del artículo trescientos veintiséis del código anotado es que para oponer la existencia de concubinato a terceros, este debía ser declarado judicialmente, único medio a través del cual éstos dan a conocer a aquellos la existencia de la unión, notificándose con la sentencia a efectos de que dicho acto se inscriba registralmente en las partidas correspondientes a los bienes comunes. En el caso de autos, resulta evidente que la accionante recurre a esta instancia sin observar tal presupuesto, el mismo que no puede ser debatido a través del proceso de nulidad de acto jurídico instaurado, resultando inaplicables las normas denuncias.

De esta manera, la unión de hecho, al cumplir con los requisitos legales, genera derechos y obligaciones a sus integrantes; pero, para que estos atributos o prerrogativas se materialicen, se exige que la relación sea declarada¹³¹; dicho aspecto, en un inicio solo ha sido

¹³⁰ Casación N° 688-95-LAMBAYEQUE, de fecha 12 de setiembre de 1996. Casación N° 1824-96-HUAURA, de fecha 4 de junio de 1998. Casación N° 1620-98-TACNA, de fecha 10 de marzo de 1999; Casación N° 2623-98-JAÉN, de fecha 13 de mayo de 1999; Casación N° 2279-98-AREQUIPA, de fecha 12 de julio de 1999; Casación N° 638-99-JAÉN, de fecha 27 de junio de 2001; Casación N° 3021-2001-LIMA, de fecha 4 de setiembre de 2002; Casación N° 1851-2001-LAMBAYEQUE, de fecha 24 de junio de 2002.

¹³¹ Haro, señala que es necesario que la convivencia se pruebe ante un juez o ante un notario y que estos declaren como tal. Simplemente declaren la convivencia, no que la reconozcan, porque el reconocimiento viene del mandato constitucional con el cumplimiento de los requisitos que éste exige. Por eso, se dice que los derechos y obligaciones no nacen con la declaración del juez

posible a través de la vía judicial; sin embargo, a partir del 17 de julio del año 2010, el legislador peruano aperturó, un segundo camino, más rápido y efectivo, al delegar a todos los notarios del país, la posibilidad de declarar la existencia de una unión de hecho propia; dada la magnitud de protección es necesario conocer las vías existentes.

a) Declaración judicial de la unión de hecho propia

La declaración o reconocimiento tiene por objeto cautelar, por una parte, todos los derechos personales que tiene cada concubino; y, por otro, la protección de los bienes que han adquirido durante la relación, entendiéndose que la unión de hecho, ha originado una sociedad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuera aplicable.

Los requisitos esenciales, para instaurar un proceso judicial de reconocimiento de la unión de hecho, son los descritos en el art. 326 del CC, implicando: la unión libre y voluntaria entre un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, donde la unión tenga una duración mínima de dos años consecutivos y goce de notoriedad y publicidad para los terceros.

El juez competente es el Juez de familia y se tramita en la vía del proceso de conocimiento.

o notario, si no desde el instante mismo en que dicha convivencia cumple con las condiciones legales, siendo aquella una de efectos retroactivos (2013, p. 7-8).

Legalmente se establece que la declaración de la unión de hecho, debe ser probada a través de la posesión constante de estado a partir de fecha cierta aproximada, con cualquiera de los medios probatorios admitidos en la normatividad procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita. Esto último alude, a que se puede acreditar con cualquier documento público o privado que demuestre indubitablemente la existencia del concubinato, también se acepta la prueba testimonial, en ese sentido, constituyen medios de prueba típicos la declaración de parte, la declaración de testigos, partidas de nacimiento de hijos en caso los hubiera, fotografías, inspección judicial, entre otros medios de prueba que ameritan la idoneidad para demostrar la existencia de la relación.

El reconocimiento judicial de la unión de hecho propia, tiene el carácter declarativo, en tanto, se reconoce una situación de hecho ya existente, y cuyos efectos son retroactivos; esto es, la protección se dará desde el instante mismo en que se cumplen con los requisitos exigidos por la ley para la configuración de la relación.

De esta manera, el integrante de la unión de hecho, puede acudir al órgano jurisdiccional, en busca de protección a sus derechos, debido a que su pareja los ha conculcando o es necesario

anteponerlos frente a un tercero, dependiendo de las circunstancias.

b) Declaración notarial de la unión de hecho propia

El 15 de julio del año 2010, se promulga la Ley N° 29560¹³² que modifica la Ley N° 26662¹³³, con ello se amplía las competencias notariales en asuntos no contenciosos, autorizándose a los notarios públicos, el poder declarar una unión de hecho, siempre que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 326 del CC (Haro, 2013, p. 14); con ello, se busca no solo disminuir la sobrecarga procesal que existe en el órgano jurisdiccional; sino también, dar un paso adicional a favor de un mayor reconocimiento de las uniones de hecho¹³⁴.

La vía de “reconocimiento notarial se sustenta en el consentimiento o acuerdo alcanzado por ambos concubinos para activar este mecanismo” (Vega, 2019, p. 88). Esto es, que las disposiciones de la Ley N° 29560, solo se aplican para el caso de parejas, que de común acuerdo deciden tramitar su reconocimiento; pues, es un asunto no contencioso, en el cual no cabe la formulación de un conflicto por ambos concubinos o por

¹³² Publicada en día 16 de julio en el diario oficial “El Peruano”.

¹³³ Promulgada el día 20 de setiembre de 1996, publicada el día 22 de setiembre y según la tercera disposición final, entra en vigencia a los 60 días de su publicación.

¹³⁴ Para Vega (2019, p. 81), la consagración de una vía alternativa como la notarial ha constituido y constituye un paso adicional a favor de un amplio reconocimiento de las parejas estables; por ende, no se trata de un cambio meramente procedimental ni tampoco de una norma que intente solo reducir los costos de tramitación y disminuir la carga procesal de los tribunales, sino que la norma trasciende el marco del derecho civil y tiene una visión conjunta con los principios constitucionales.

uno de los ellos, ya que, lo único que se pretende, es el reconocimiento de la relación interpersonal.

Al cumplir la pareja con los requisitos previsto en el Art. 326 del CC, deben acudir al notario público y solicitar el reconocimiento de su relación, conforme lo indica el artículo 45 de la Ley N° 29560; para tal efecto, deberán presentar una solicitud, la misma que debe incluir:

1. Nombre y firmas de ambos solicitantes.
2. Reconocimiento expreso que conviven no menos de dos (2) años de manera continua.
3. Declaración expresa de los solicitantes que se encuentran libres de impedimento matrimonial y que ninguno tiene vida en común con otro varón o mujer, según sea el caso.
4. Certificado domiciliario de los solicitantes.
5. Certificado negativo de unión de hecho tanto del varón como de la mujer, expedido por el registro personal de la oficina registral donde domicilian los solicitantes.
6. Declaración de dos (2) testigos indicando que los solicitantes conviven dos (2) años continuos o más.
7. Otros documentos que acrediten que la unión de hecho tiene por lo menos dos (2) años continuos.

Recibida la documentación requerida¹³⁵, el notario, procederá a verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos por ley; y

¹³⁵ Para Vega, resulta novedoso que se solicite un certificado negativo de inscripción de unión de hecho que deberá ser expedido por el Registro personal de la oficina registral donde domicilian los solicitantes; además, es interesante que se admita la declaración de dos testigos

mandará a publicar un extracto de la solicitud en el diario oficial “El Peruano” y en otro de amplia circulación. Transcurrido 15 días útiles, desde la última publicación, sin que se hubiera formulado alguna oposición al reconocimiento de la unión de hecho, el notario extenderá la correspondiente escritura pública reconociendo la unión de hecho.

Cumplido el trámite y habiéndose otorgado la escritura pública¹³⁶, el notario, procede a remitir los partes al registro personal del lugar donde domicilian los solicitantes, a fin de inscribir, en el registro personal como en el registro inmobiliario, de los integrantes de la unión de hecho.

En caso de que se haya presentado alguna oposición, el notario debe suspender inmediatamente su actuación y remitir lo actuado al juez competente, bajo su responsabilidad. Además, si cualquiera de los solicitantes proporciona información falsa para sustentar su pedido, serán pasibles de responsabilidad penal, conforme a la ley de la materia.

y que al final se aluda a otros documentos que acrediten el plazo de la unión de hecho (al menos dos años), pues con ello se supera la redacción poco feliz del segundo párrafo del artículo 327, cuando señala “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”. Si bien las testimoniales están recogidas en soporte físico es muy claro que podrían ser las únicas pruebas que acompañen las declaraciones de los mismos interesados, sin perjuicio del certificado domiciliario de ambos, que no está pensado como un certificado que muestre una antigüedad de residencia de dos años; basta que con él se acredite que el momento de la solicitud los interesados vivan junto (2019, p. 87).

¹³⁶ Donde se detalla la fecha de inicio y término de la convivencia de ser el caso; además de individualizarse a la pareja; sin perjuicio de consignarse las correspondientes firmas de los intervinientes.

Finalmente, una cuestión importante a tener en cuenta, son los efectos del acta notarial; para Vega (2019), está “también tiene el carácter de declarativo, tan igual que la sentencia que reconoce la unión de hecho en sede judicicia”; con la precisión que el carácter declarativo no se extenderá más allá de las relaciones o aspectos personales reconocidos; dándose por formada la sociedad de bienes entre los concubinos, pues el notario no tiene la obligación de hacer un investigación exhaustiva ni exigir mayor material probatorio que amplíe los requisitos que exige la ley N° 29560.

2.3.3.7. Cese o Extinción de la unión de hecho

Para Castillo y Torres (2014) “el fenómeno de las uniones de hecho, constituye una realidad y si bien se ha carecido de una regulación sobre los efectos personales y económicos que se produce entre sus miembros” (p.13). Pero, en los últimos años podemos ver una serie de cambios legislativos y jurisprudenciales en favor de la institución.

Esta figura jurídica, descansa sobre la base de la libertad individual de sus miembros, quienes, de forma voluntaria e independiente, optan por esta forma de familia natural, alejada de toda reglamentación, de derechos u obligaciones impuestas por el legislador estatal; cuyo fundamento se basa en razones económicas, culturales, sociales, legales e ideológicas, que tiene cada miembro de la pareja, para mantenerse al margen del régimen matrimonial.

Además, la decisión que toman, “emana del derecho al libre desarrollo de la personalidad; en nuestro caso, en la faceta de libertad de elección entre el matrimonio y la soltería” (Torres, 2016, p. 205); por lo cual, cada persona tiene el derecho a permanecer soltero, a no ser considerado casado, mientras no hay prestado su consentimiento para celebrar su matrimonio.

Este acto de libertad, permite a cada individuo, decidir el momento para constituir su familia; pero a la vez, se extiende, al hecho de ponerle fin a la relación, de acuerdo a sus intereses. Bajo ese contexto, se crea la figura del cese, extinción o la ruptura de la unión de hecho, la cual se encuentra establecida en el art. 326 del Código sustantivo, al señalar que: “la unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral”.

Dada la trascendencia en nuestra investigación, es necesario analizar cada causa.

a) Por muerte (o declaración de muerte presunta) de uno de los concubinos o de ambos:

El primer supuesto que extingue de manera definitiva la unión de hecho, tiene que ver con la muerte de uno o de ambos concubinos; en tal virtud, la doctrina, sobre la muerte, nos indica que ella es un hecho físico por el cual, cesa de forma definitiva e irreversible la actividad cerebral de una persona; y, pese a que esta pueda seguir

respirando o continúe funcionando su sistema circulatorio, si ya no tiene actividad cerebral, se ha producido su deceso.

Al lado, de la muerte natural, se encuentra también la muerte presunta¹³⁷, comúnmente conocida como “declaración de fallecimiento”; la cual, ante circunstancias específicas, estipuladas en el art. 63 del CC, la ley presume que una persona ha fallecido.

De este modo, para Manrique (2011), “al producirse el fallecimiento de uno de los convivientes o su declaración de muerte presunta o el supuesto de que ambos fallezcan, se habrá producido la extinción de la unión de hecho” (p. 42).

b) La ausencia de uno de los concubinos

La ausencia de una persona, se presenta cuando han transcurrido dos años de producida la desaparición de una persona; es decir, no se tiene noticias de él; ante dicha eventualidad cualquier persona con legítimo interés o el Ministerio Público, pueden solicitar la declaración judicial de ausencia, recurriendo ante el juez del último domicilio del desaparecido o el lugar donde se encuentren la mayor parte de sus bienes.

¹³⁷ El art. 63 del CC, señala: Procede la declaración de muerte presunta, sin que sea indispensable la de ausencia, a solicitud de cualquier interesado o del Ministerio Público en los siguientes casos: 1. Cuando haya transcurrido diez años desde las últimas noticias del desaparecido o cinco si éste tuviere más de ochenta años de edad. 2. Cuando haya transcurrido dos años si la desaparición se produjo en circunstancias constitutivas de peligro de muerte. El plazo corre a partir de la cesación del evento peligroso. 3. Cuando exista certeza de la muerte, sin que el cadáver sea encontrado o reconocido.

Como supuesto de la extinción de la unión de hecho, se tiene que alguno de los concubinos no se halla en el hogar familiar y no se tiene noticias de su paradero, por el lapso de dos años; ante ello, la relación resulta imposible de sostener.

c) Por mutuo acuerdo

Este supuesto se concretiza, cuando los integrantes de la unión de hecho, de manera conjunta, toman el acuerdo de ponerle fin a su relación.

Bajo dicho contexto, cuando la relación concubinaria, se encuentra declarada o reconocida vía notarial, el legislador consciente la ruptura de los lazos interpersonales, desarrollando, en el artículo 52, de la Ley N° 29560, que los integrantes de la misma, pueden dejar constancia de haber puesto fin a su estado de unión, para lo cual acudirán al notario público, a quien le expresaran su voluntad de finalizar su relación, la misma que será registrada en la escritura pública de su propósito, procediéndose liquidar el patrimonio común que han constituido; esta situación no necesita ser publicitado; pero, el cese por mutuo acuerdo, si debe ser inscrito en el Registro personal y patrimonial de cada ex miembro de la relación, para quedar habilitado y formar un nueva unión de hecho.

d) Por decisión unilateral

El último supuesto que contempla el art. 326 del CC, se refiere al término de la relación por decisión unilateral de uno de los concubinos; en tal sentido, cualquier miembro de la relación, puede tomar la decisión de ponerle fin a la unión de hecho, sin necesidad que la pareja se encuentre de acuerdo con ello.

Sin embargo, dicha situación no parece fácil; pues, la norma prevé que el integrantes de la unión de hecho abandonado, puede exigir una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión alimenticia; lo primero, tiene por objeto reparar los daños que pueda sufrir la persona abandonada como consecuencia de haberse frustrado su relación, la aflicción de sus sentimientos, al afrontar los gastos que presente el hogar, etc.; lo segundo, tiene por finalidad contrarrestar las dificultades económicas que enfrenta el abandonado para obtener los medios requeridos y seguir atendiendo sus necesidades alimentarias al concluir la unión.

Consideramos que esta situación; se presentaría específicamente cuando la pareja no ha reconocido su relación y ante la ruptura abrupta, por parte de un integrante, la pareja abandonada queda habilitada no solo para demandar el reconocimiento de su unión; sino, el poder petitionar una pensión alimenticia o un monto indemnizatorio de acuerdo a sus intereses.

El escenario cambia, cuando la relación se halla reconocida notarialmente; pues, en esta situación no existe regulación expresa que ayude a consumir el interés del integrante de la unión de hecho propia; aunado al hecho, que hasta la fecha el órgano jurisdiccional no ha emitido pronunciamiento alguno que pueda guiar o brindar alguna solución. Laguna normativa que recibe un tratamiento diferenciado en otros países latinoamericanos, como lo detallamos a continuación.

2.3.3.8. Cese o extinción de la unión de hecho en el derecho comparado

En Bolivia, su Constitución de 2009, contempla en el art. 63.II, sobre las “uniones libres o de hecho” que reúnen condiciones de estabilidad y singularidad y sean mantenidas entre una mujer y un hombre sin impedimento legal, produciendo los mismos efectos que el matrimonio civil, tanto en las relaciones personales y patrimoniales de los concubinos, con lo que respecta a los hijos e hijas adoptados o nacidos de aquellos.

Por su parte, su Código de Familia, regula la institución entre los artículos 159 a 172, donde habla sobre las uniones de conyugales, concibiéndolos como la unión voluntaria de un hombre y una mujer que tienen permanencia; es decir, constituyen un hogar haciendo vida en común como marido y mujer. La relación debe gozar de singularidad, descartándose aquellas relaciones plurales; además debe existir voluntad o consentimiento para mantenerlas; sin perjuicio

de ser público o notorio; agregándose que deben tener la edad como si fueran a casarse. Esta unión conyugal, puede ser reconocida mediante proceso judicial, el cual se sujeta a las reglas del proceso sumario, ante el Juez de instrucción de Familia (art. 214 del Código de Familia); su disolución puede acaecer por muerte de uno de sus integrantes o por voluntad de ambos o unilateralmente; en tales casos, en el mismo proceso donde se demandó la declaración de la unión debe accionarse el incidente, para que el juez establezca el periodo de la relación en el cual, se ha producido sus efectos y declare el fin de la comunidad formada.

En Argentina, el Código Civil y de Comercio de la Nación del año 2015, contempla la figura de la “unión convivencial”, en sus artículos 509 a 528. Estipulando que se trata de una unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo sexo o de diferente sexo, por un periodo de dos años. Esta unión, debe ser inscrita en el Registro de las personas que les corresponde de acuerdo al domicilio, requiriéndose dos testigos (uno por cada miembro de la pareja), ello a fin de probar la existencia de la relación y proteger la vivienda familiar; pues, ninguno puede disponer sin la firma del otro; allí, también puede realizar el trámite de extinción de la unión y otros pactos que los integrantes haya celebrado. Contemplándose la finalización de la relación por decisión propia (art. 523), para lo cual

debe enviar una notificación fehaciente (acta notarial) al otro concubino, expresándole la decisión de terminar la relación y las consecuencias patrimoniales de la unión convivencial.

En el país de Ecuador, la unión de hecho se encuentra reconocida en la Constitución de la Republica, en el art. 68; mientras que, en el Código Civil del Ecuador, en los artículos 222 a 335; donde se concibe como la unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial, mayores de edad, que forman un hogar de hecho, generando los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio y dan origen a una sociedad de bienes. Esta relación tiene que tener una duración de dos años; su formalización puede realizarse en cualquier momento, mediante proceso judicial o vía notarial; inscribiéndose en la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación; pudiendo finalizar de manera conjunta, por vía notarial; expresando el art. 226.b del CC, que la relación termina por voluntad de cualquiera de los concubinos la cual debe hacerse por escrito ante la jueza o juez competente, en procedimiento voluntario en el Código Orgánico General de Procesos.

En Brasil, la Constitución Federal de 1988, en su art. 226, regula que para los efectos de la protección del estado, es reconocida la unión estable de hombre y mujer como entidad familiar, debiendo facilitarles su conversión en casamiento; mediante la Ley N° 8.971/1994, se

regula sobre el derecho a los alimentos y a la sucesión de los compañeros, requiriendo cinco años de convivencia o la existencia de hijo en la unión; la Ley N° 9.278/1996, señala que la unión estable es aquella entre un hombre y una mujer que conviven de manera pública, continua y duradera, cuya finalidad es constituir una familia; no habiendo registro legislativo sobre el cese unilateral de la unión de hecho.

En Venezuela, la unión concubinaria presente una escasa regulación; pues, en su constitución de 1999, el art. 77, señala que se protege al matrimonio, el cual se funda en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y obligaciones de los cónyuges. Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio; mientras que en su C.C. de 1982, la regula mediante la figura de la comunidad concubinaria, en el art. 767; mientras, que la ley organiza del Registro civil del año 2009, en los artículos 117 a 122, regula lo relativo al registro de dicha unión, que puede realizarse mediante proceso judicial o a través del registro civil, reconociendo la posibilidad de la disolución unilateral (art. 122.1), para lo cual, bastara la manifestación de voluntad por cualquier miembro de la relación; el registrador civil se encargara de notificar a la otra persona.

En Paraguay, los artículos 217 a 224, de su C.C., señalan que la unión de hechos, es aquella unión extramatrimonial, publica y estable, entre

personas con capacidad para contraer matrimonio, producir los efectos jurídicos previstos en el Código; regulando obligaciones entre sus miembros, detallando la existencia de una sociedad de hecho, la cual surge de las relaciones que haya durado 5 años. No estableciendo regulación sobre el cese conjunto o unilateral.

CAPITULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.

A partir de los objetivos de investigación, vinculados con las técnicas e instrumentos de recopilación y análisis de la información recabada, pasamos a demostrar la hipótesis planteada; para tal efecto, debemos sintetizar nuestro problema, para luego, exponer los pasos que hemos seguido, para arribar a nuestros resultados.

3.1. Contexto normativo del cese unilateral de la unión de hecho propia.

La familia, ha sido asociada con el modelo nuclear, basado en el matrimonio heterosexual; sin embargo, ante los cambios sociales, económicos y políticos, se reconoce nuevas formas familiares de carácter estable, como es la unión de hecho; dejando de ser, una simple relación, catalogada como inmoral; para constituirse en una institución que genera una familia; y, una opción, para quienes no desean contraer matrimonio debido a factores culturales, sociales, económicos, y morales.

De esta manera, el ordenamiento jurídico, brinda protección a la pareja que decide formarse, a través de una fuente diferente al matrimonio; siempre y cuando, cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 326 del CC., como es: i) la existencia de una cohabitación voluntaria de un hombre y una mujer; ii) que ambos no tengan impedimentos

matrimoniales; iii) la relación debe tener un lapso de dos años a más, iv) y, dicha unión, debe gozar de estabilidad y publicidad.

El amparo de los derechos personales y patrimoniales de este grupo familiar, frente a terceros; está sujeto a su reconocimiento; existiendo dos vías para ello: la primera, tiene que ver con iniciar un proceso judicial (bajo las reglas del proceso de conocimiento), donde cualquier miembro de la relación, demanda al otro (conflicto de intereses), buscando que el juez de familia, emita la respectiva sentencia judicial, declarando la existencia de la unión concubinaría; la segunda vía (bajo la Ley N° 26662), tiene que ver, con el pedido conjunto de la pareja, ante un notario público (sin conflicto), quien, luego del procedimiento notarial, reconocerá la existencia de la unión de hecho; inscribiéndola, en los registros públicos.

Cuando está última relación fracasa, existe la necesidad de terminarla; por ello, el art. 52 de la Ley N° 26662, crea como único medio, el “cese voluntario o conjunto”; donde, la pareja acude ante el notario público, expresando su voluntad de finalizar la unión formada y con ello, el patrimonio constituido; sin embargo, no se ha previsto, el supuesto donde solo uno de los integrantes de la unión de hecho, pueda concluir el vínculo –“cese unilateral”-.

Desde un punto de vista legal, podríamos decir, que la ausencia normativa tendría que solucionarse a través de la institución de la analogía; es decir, aplicar un supuesto normativo, que guarde cierta vinculación con el hecho

en cuestión; sin embargo, no existe institución de tal magnitud, para realizar dicha operación; situación que se complica aún más, debido a la prohibición del uso de esta figura, como lo señala el art. IV del Título Preliminar del CC, al buscarse la restricción de derechos.

Por ello, en las siguientes líneas, demostraremos que el vacío legal, afecta los derechos fundamentales de los integrantes de la unión de hecho propia; partiendo por el análisis filosófico, pasaremos a desarrollar nuestra hipótesis, consistente en el deber de garantía que tiene el Estado, en procurar protección de la persona humana y el respeto a su dignidad que se materializa a través del libre desarrollo de la personalidad; además, de concretizarse el principio de seguridad jurídica; y, garantizarse el principio-derecho a la igualdad; por ello, procuramos el mecanismo jurídico idóneo para la disolver unilateralmente la unión de hecho propia reconocida notarialmente.

3.2. Análisis filosófico de la investigación

Los pospositivistas reconocen el fenómeno de la constitucionalización del derecho; por ello, señalan que, el sistema de fuentes, se encuentra encabezado por la Constitución; norma de producción e interpretación. En tal virtud, la posición del texto constitucional permite, que sus dispositivos disciplinen la formación de las normas jurídicas; pero también condiciona su contenido.

Asimismo, precisan que toda interpretación está condicionada y subordinada a lo establecido en la Constitución; pues, a través de ella, se limita el ejercicio arbitrario del poder. Buscando garantizar la protección de los derechos fundamentales, que son concebidos como principios, es decir, mandatos de optimización, que se encuentran de manera expresa en el texto constitucional o adscritos a una norma de derecho fundamental, que puede materializarse a través de una argumentación iusfundamental; no obstante, reconocen que la ley fundamental, contiene un combinado de principios y reglas¹³⁸ de carácter fundamental.

Detallando que, ante un conflicto o colisión entre principios, la forma de solucionarlo, es ponderando; es decir, atribuir un determinado peso a un principio, frente al otro; obteniéndose una regla, que será aplicada al caso en concreto.

Hasta aquí, se tiene una visión clara, que, ante un problema o un conflicto de intereses, el juez, no solo debe buscar la norma aplicable al caso; sino, que debe ubicar el trasfondo valorativo, moral o axiológico del sistema, que se encuentra en la carta fundamental; solo así podrá llegar a una respuesta correcta para el caso.

Bajo dicho contexto, nuestra investigación, tiene que ver con la ausencia normativa (laguna), que permita a los concubinos finalizar de forma

¹³⁸ Son normas que solo pueden ser cumplidas o no; es decir, si una regla es válida, entonces hay que hacer lo que exactamente lo que ella exige. Por tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo posible, tanto en lo fáctico como en lo jurídico. En el caso de presentarse un conflicto entre reglas, se debe solucionar a través del criterio jerárquico, criterio cronológico y el criterio de especialidad.

unilateral su relación reconocida notarialmente, descartándose la aplicación de la analogía, como forma de solución; problema, que conlleva un reto para el derecho; por ello, en las siguientes líneas nos moveremos en el paradigma del pospositivismo, para evaluar los derechos fundamentales involucrados en la omisión legislativa.

Para tal efecto, el art. 5 de la Const. P., señala que “la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, forman un hogar de hecho, dando lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”. Esta disposición viene a garantizar la protección de un determinado grupo humano, que forma u origina una familia; elemento esencial de la sociedad, en palabras del propio TC.

Aunado a ello, el art. 4 de texto constitucional, indica que “la comunidad y el estado protegen a la familia y promueven el matrimonio, reconociendo a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”. De esta manera, al ser la unión de hecho (propia), un grupo familiar, genera que los particulares y en especial el Estado, se encuentren, en la obligación de proteger los derechos fundamentales de sus integrantes, a fin de que estos puedan desarrollarse plenamente. Por ende, cualquier conflicto que presente la relación familiar; conlleva una respuesta concreta y eficaz, por parte de los órganos estatales; más aún, si todo gira en torno a la persona humana y el respeto de sus derechos esenciales, como es

su dignidad humana, el libre desarrollo de su personalidad, su seguridad jurídica y la igualdad.

Asimismo, somos conscientes que el vacío legal materia de nuestra investigación, no responde a un supuesto de hecho aislado, sino reiterativo en la sociedad peruana; pues, teniendo en cuenta los datos estadísticos del último censo poblacional (2017), realizado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI):

PERÚ: POBLACIÓN CENSADA DE 12 Y MÁS AÑOS, SEGÚN ESTADO CIVIL O CONYUGAL, 1981-2017
(Absoluto y porcentaje)

Estado civil o conyugal	Censo 1981 a/		Censo 1993 b/		Censo 2007		Censo 2017	
	Absoluto	(%)	Absoluto	(%)	Absoluto	(%)	Absoluto	(%)
Total	11 152 131	100,0	15 307 295	100,0	20 850 502	100,0	23 196 391	100,0
Conviviente	1 336 326	12,0	2 488 779	16,3	5 124 925	24,6	6 195 795	26,7
Separado/a	181 813	1,6	269 495	1,8	714 242	3,4	968 413	4,2
Casado/a	4 285 091	38,4	5 384 534	35,2	5 962 864	28,6	5 959 966	25,7
Viudo/a	520 589	4,7	617 750	4,0	809 707	3,9	940 437	4,1
Divorciado/a	...	-	65 654	0,4	114 093	0,5	209 707	0,9
Soltero/a	4 828 312	43,3	6 481 083	42,3	8 124 671	39,0	8 922 073	38,5

a/ Excluye a la población que no especificó su estado civil o conyugal.

b/ Comprende separado y divorciado.

Fuente: INEI – Censos Nacionales de Población y Vivienda, 1981, 1993, 2007 y 2017.

Se registra una gran cantidad de parejas que forman una familia, sin vínculo matrimonial; que, en su momento formalizarán su relación, teniendo el problema de no poder concluir de manera unilateral el vínculo reconocido, ante la deficiencia legal presente; ante ello, el legislador nacional debe brindar la protección necesaria, legislando dicha laguna normativa. Contexto, que amerita involucrarnos con la corriente filosófica del “*positivismo jurídico contemporáneo*” (teoría de las fuentes sociales); pues, a través de ella, se busca perfilar el precepto legal que brinde la respuesta pertinente al fenómeno.

3.3. Los criterios jurídicos para regular la institución del cese unilateral de las uniones de hecho propias que han sido reconocidas notarialmente en la legislación peruana, son:

A. El deber de garantía que tiene el Estado, en procurar protección de la persona humana y el respeto de su dignidad que se materializa a través del libre desarrollo de la personalidad de los integrantes de la unión de hecho propia

Para el desarrollo de este ítem, debemos tener presente, que la ponderación es la herramienta que utiliza el pospositivismo, para resolver aquellos casos, en los que no es posible partir directamente de una regla específica que permita un razonamiento subsuntivo, debido a que ésta no existe (laguna normativa).

Por ello, Orozco (2013, p. 29), nos recuerda, que dentro de la ponderación se puede distinguir dos hipótesis: la primera, cuando el bien jurídico o principio colisiona con otro; aquí, el órgano jurisdiccional, atendiendo a las circunstancias del caso, tendrá que decidir cuál de los dos prevalecerá; la segunda hipótesis, corresponde a la ausencia de colisión entre principios, ante ello, se exigirá un mayor grado de satisfacción de los mandatos de optimización, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas.

Para nuestra investigación, nos encontramos en la segunda hipótesis de la ponderación; pues, el reconocimiento constitucional de la unión

de hecho, genera que el Estado peruano, se convierta en garante de los derechos de este grupo humano¹³⁹; sin embargo, al no regularse la posibilidad de disolver de manera unilateral la relación reconocida notarialmente; implica que no se proteja y se respete los derechos fundamentales de la pareja, comenzando con el más básico, como es la “*dignidad humana*”; considerado como un atributo esencial que convierte al hombre, en el centro de atribuciones jurídicas, que limita no solo la acción de los privados y del Estado; sino que exige a los poderes estatales, estar siempre al servicio de la persona, considerándolo como un fin y no como un medio; pues, se busca que este despliegue todos sus atributos en la sociedad.

De acuerdo al desarrollo jurisprudencial del TC, la dignidad humana, no solo se constituye en un “*valor supremo*”, que permite justificar la existencia del Estado; sino también, cuenta con la condición de “*principio*”, que actúa a lo largo del proceso, en la aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores jurídicos, como: a) criterio interpretativo; b) criterio de determinación del contenido constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en lo que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva; y, c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales, extendible incluso a los particulares. Pero, también, se presenta como un “*derecho fundamental*”, al constituirse en un ámbito de tutela y

¹³⁹ Más aún, si el art. 44 de la Const. P., señala que es un “deber primordial del Estado, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos”

protección autónoma a los derechos de las personas; es decir, brinda legitimidad para que los individuos puedan exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de conflictos surgidos de la misma praxis intersubjetiva.

La multiplicidad de aristas de la institución, exalta aún más a la persona; no obstante, para nuestra investigación debemos trabajar con el criterio de dignidad humana, como “*derecho fundamental*”; pues, bajo dicha concepción, el integrante de la unión de hecho propia, puede exigir la intervención del Estado en la solución de los conflictos que presenta; y, los poderes estatales deben actuar (en planes de acción social, como en la aplicación del derecho), siempre teniendo presente que la persona humana es el fin y que ellos, son los medios para garantizar los derechos de los individuos; pues, lo más valioso, es el ser humano, quien vale por su esencia.

Por ello, consideramos que la realización de la dignidad de cada uno de los integrantes de la unión de hecho propia, no se satisface con la técnica de la positivización o declaración del derecho; sino, con el goce de garantías y niveles adecuados de protección de su ejercicio; en tanto, se busca, el mayor desarrollo de cada uno de ellos; conllevando que, el ordenamiento jurídico, tenga una respuesta para cada problema; sin embargo, este presenta vacíos o defectos; por ello, la parte interesada no solo debe exigir la protección necesaria; sino que, el derecho debe brindar una solución coherente y oportuna.

Situación especial, que pone a prueba al operador jurídico; en dicho contexto, dentro de nuestra investigación, hemos advertido los siguientes aspectos negativos que afrontan los miembros de la unión de hecho propia; pues, ellos con la omisión legislativa:

1. No pueden finalizar su relación de manera formal.
2. Se limita la posibilidad de accionar ante el órgano jurisdiccional (tutela jurisdiccional efectiva); al no existir el supuesto legal que resuelva su problema.
3. No satisfacen sus intereses personales.
4. Hace eternas las relaciones interpersonales, pese a que estas se hallan fragmentadas.
5. Generan actos de violencia (física y psicológica), ante la imposibilidad de la ruptura formal de la misma.
6. No permite, el poder formar o fundar una nueva familia y que la misma reciba protección por parte del ordenamiento jurídico.

Situaciones negativas, que no solo agudizan, los conflictos interfamiliares; sino que demuestran claramente la afectación directa a la dignidad de cada miembro de la pareja, al no ser considerados como entes valiosos que necesitan atención y protección por parte del Estado.

Aunado a ello, dentro del sistema jurídico peruano, se regula el derecho al libre desarrollo de la personalidad; reconocido por primera vez, en la Const. P. 79; mientras que el Constituyente de 1993, solo

la proclama como el derecho de toda persona a su libre desarrollo y bienestar; por ello, el TC, en diversas sentencias se encarga de brindar su significado y alcances; infiriendo que este derecho se refiere a la capacidad que tiene la persona, para poder desenvolverse con plena libertad en sociedad, que le permite construir su propio sentido de vida, en arreglo de su autonomía moral; teniendo como límite la no afectación de los derechos fundamentales de otros seres humanos.

En otras palabras, este derecho, garantiza la libertad general de actuación de un individuo, en cada esfera de su personalidad (física, psicológica e intelectual); ámbitos cuyo ejercicio y reconocimiento se vincula con el aspecto espiritual, dada su condición de miembro de una comunidad de seres libres (social). Protegiendo, solo aquellos atributos consustanciales a la estructura y realización de la vida privada y social, que no hayan recibido amparo especial por otros dispositivos constitucionales.

En ese orden de ideas, una persona en plena capacidad y autonomía, puede decidir el momento justo, para generar sus propias relaciones interfamiliares, sujeto al matrimonio; o, a la unión de hecho; y, lógicamente el momento, en el cual estas terminan; sin embargo, cuando la regulación no es plena (defecto legal), se afecta el derecho al libre desarrollo de la personalidad; pues, al no permitir que alguno

de los miembros de la unión de hecho propia, pueda finalizar su relación, conlleva, que:

1. No puedan terminar formalmente el vínculo creado; y, por ende, no pueda satisfacer la libertad de no pertenecer más a una relación que no desean.
2. Se impone una relación de por vida.
3. Se obliga asumir las consecuencias de la relación, pese a que uno ya no se siente parte de ella.
4. Se incentiva la ruptura informal de la relación; generando, que el concubino abandonado pueda requerir el pago de un monto indemnizatorio o una pensión alimenticia a su favor, de acuerdo a lo expresado por el art. 326 del CC.

En virtud de lo expuesto, la deficiencia legal, materia de estudio, no garantiza la libertad, para desarrollar plenamente la personalidad de cada concubino; aunando al hecho, que no existe argumento alguno que justifique la imposibilidad de poder finalizar unilateralmente aquella relación que se halla fragmentada o es conflictiva. Por ello, no es dable, mantener algún tipo de vínculo, en contra de la voluntad de uno de los participantes; pues, con ello, no solo se afecta su integridad física y psicológica; sino que repercute en los proyectos personales que tenga en la sociedad.

B. Concretizar el principio de seguridad jurídica, en la disolución de la unión de hecho propia

Examinando la doctrina y los pronunciamientos del TC, tenemos que la seguridad jurídica, si bien, no está prevista de forma expresa en la Const. P.; pero, la misma se deriva de los artículos 3, 43 y 45; así, como del inciso 24 del artículo 2; por ello, la consideran como un “*valor superior*”, que se proyecta en el ordenamiento jurídico, buscando asegurar al individuo una expectativa, sobre la actuación de los poderes públicos y de la colectividad.

Sin embargo, el colegiado constitucional, también la cataloga como un “*principio*”, que permite la predictibilidad de las conductas (Estado y particulares); es decir, conocer anticipadamente que comportamientos están permitidos o prohibidos (seguridad subjetiva); para tal efecto, el ordenamiento jurídico, debe determinar los supuestos legales pertinentes; evitando que las relaciones del ciudadano con el Estado, se encuentre en una situación de incertidumbre (seguridad objetiva).

Dada la variedad de arista sobre la institución, debemos trabajar con la categoría de “*principio*”; pues, bajo dicha concepción, el integrante de la unión de hecho propia, tiene el derecho de saber que conductas están permitidas o prohibidas; y, con ello, tomar las mejores decisiones, frente a las posibles amenazas, objetivas y concretas que presente; para que pueda ejercer plenamente su libertad y tener tranquilidad.

En nuestra investigación, el supuesto de hecho o comportamiento que no se encuentra regulado, es el cese unilateral de la unión de hecho propia; por el cual se habilitaría a cualquier integrante de la relación, el poner fin a su unión; sin embargo, la omisión legislativa, trae consecuencias negativas para estos:

1. Al no saber cómo actuar, para disolver formalmente su unión reconocida; y así, no afectar los derechos de su pareja, que resiste el cese de la relación.
2. No poder activar el mecanismo legal, debido a que este no se encuentra regulado.
3. No recibir protección necesaria y adecuada para salvaguardar sus intereses, por parte del Estado.
4. Inseguridad, al no poder terminar unilateralmente la relación reconocida.
5. Desalentar el reconocimiento notarial de las uniones de hecho propia; debido a la deficiencia normativa.

Como podemos advertir, la omisión legislativa, genera a todas luces una incertidumbre en aquellos integrantes de la unión de hecho propia, que han formalizado su relación vía notarial y desean finalizar de manera unilateral; pues, al no existir el mecanismo legal, que permita concluir su vínculo, los coloca en una situación de vulnerabilidad; causando perjuicios a los intereses y derechos

conexos del grupo familiar, al no poder formar una nueva familia matrimonial o concubinaria.

C. Garantizar el principio-derecho a la igualdad en la disolución de la unión de hecho propia

Respecto al presente ítem, el TC, ha tenido la oportunidad de analizar y pronunciarse sobre la igualdad, indicando que este comprende un “*principio*” rector de la organización y actuación el Estado Social y Democrático de Derecho; constituyéndose en un límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional de los poderes públicos; además, es un mecanismo de reacción jurídica frente al uso arbitrario del poder; asimismo, es un impedimento para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos (discriminación atentatoria a la dignidad de la persona); y, a la vez, es una expresión de demanda al Estado para remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales que restringen de hecho la igualdad entre los hombres.

De otro lado, se lo concibe, también, como un “*derecho fundamental*” de la persona, que implica el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratado igual que los demás en hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes, evitándose privilegios y desigualdades arbitrarias. Es decir, que no solo, es un deber de no hacer o de abstención por parte del Estado, sino que, comprende también la abstención de toda

acción legislativa o jurisdiccional tendiente a la diferenciación arbitraria, injustificable y no razonable; ya que, su existencia está destinado a obtener un trato igual, en función de hecho, situaciones y relaciones homologas.

Precisándose que este derecho, tiene la característica de relacionarse con otros derechos, pues siempre entrará en contacto con otras prerrogativas que presente el ordenamiento jurídico. Por ello, la igualdad se encarga de instalar a las personas, en idéntica condición, en un plano de equivalencia, de modo tal, que no exista privilegios o excepciones que excluya a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica.

Bajo ese panorama, el máximo intérprete de la Const., utiliza la expresión de igualdad como “*principio-derecho*”, al ser un presupuesto indispensable para el ejercicio de los derechos fundamentales; en tal sentido, dicha arista que será considerada en nuestra investigación; para lo cual, debemos manifestar que, dentro del ordenamiento jurídico, se ha reconocido como fuentes que generan una familia, al matrimonio y la unión de hecho; instituciones que reciben tratamiento constitucional y legislativo; en tal virtud, ambas generan derechos personales y patrimoniales a sus integrantes; sin perjuicio, que el legislador ha creído conveniente legislar sobre el fracaso de la relación, habilitando mecanismos voluntarios, donde la misma pareja pueda disolver su propio vínculo

consagrado o reconocido; así, para los consortes, se habilita la causal de separación convencional y divorcio ulterior; mientras que los integrantes de la unión de hecho propia, tienen el “cese conjunto o voluntario”.

Sin embargo, el legislador, habilita que el matrimonio, tenga la herramienta del divorcio por causales, previsto en el art. 333 del CC; garantizando que cualquier consorte pueda finalizar su relación de manera unilateral; lo que no ocurre con los integrantes de la unión de hecho propia, ya que no existe herramienta legal, que pueda proteger dicho interés; situación que los coloca en un nivel inferior; al obligarlos a formar parte de una relación, a la cual, ya no desean pertenecer; haciendo imposible el poder formar otra familia y que la misma reciba protección por parte del ordenamiento jurídico, para mayor detalle, apreciemos el siguiente gráfico comparativo.

Características	Matrimonio	Unión de hecho - propia
Son fuente para crear una familia	Si	Si
Generan derechos y obligaciones a sus integrantes	Si	Si
Cuentan con el mecanismo legal de carácter voluntario o conjunto para finalizar la relación.	Si	Si
Cuentan con el mecanismo legal de carácter unilateral para finalizar la relación	Si	No

De esta manera, demostramos que existe una afectación al derecho fundamental al “*principio-derecho de la igualdad*”, en la disolución de las relaciones interpersonales; pues, no se garantiza un trato paritario

a los integrantes de la unión de hecho propia, en el ámbito personal y social, frente los cónyuges.

Situación que se agrava; pues, no existe argumento que justifique dicha desigualdad; en tal sentido, los poderes estatales, tienen la obligación de revertir y reponer las condiciones de igualdad, que se vienen dando en la realidad; por ende, es imprescindible la regulación de cese unilateral, buscando promover la igualdad sustancial entre individuos que forman una familia.

D. Procurar el mecanismo jurídico idóneo para la disolución de la unión de hecho propia

Se encuentra regulado, a través del art. 52 de la ley N° 26662, que los integrantes de la unión de hecho propia, que reconocieron su relación fáctica, vía notarial; puedan, de manera conjunta y voluntaria, finalizar la misma, acudiendo nuevamente ante el funcionario público, donde expresaran su voluntad, la misma que será plasmada en el acta notarial de su propósito, trayendo consigo la liquidación de la comunidad de bienes que fue forjada en el periodo de la relación. Sin embargo, la situación se torna compleja, cuando cualquier integrante de la unión, no encuentra consenso en su pareja para finalizar su relación; o, de manera voluntaria decide terminar la misma al considerar que esta se encuentra fragmentada. Circunstancias que tienen un denominador común, como es cese unilateral de la unión de hecho propia, que lastimosamente no se encuentra regulado.

Una primera solución, podría ser, el acudir nuevamente al notario y petitionar el cese, como ocurrió en una caso real, presentado en el Alto Amazonas, donde el señor Floriano Torres Ríos, asistió al Notario de dicha Provincia, manifestando su voluntad de poner el fin a la unión de hecho, que había formado con la señora Martha Luz Vásquez Fuchs; motivo por el cual, se procedió a elaborar la escritura pública; pero, al momento de registrar dicho título, se advirtió la necesidad de la declaración conjunta de los integrantes de la unión de hecho propia; pues, el artículo 52 de la Ley N° 26662, exige la voluntad de ambos; sin perjuicio, que la Directiva N° 002-2011-SUNARP/SA, de Registros Públicos, requiere dicha confluencia¹⁴⁰; motivo por el cual no se pudo consumir la intención del señor Floriano Torres.

Así, podemos colegir que el cese de la unión de hecho propia, por decisión unilateral, no puede ser encaminado dentro del procedimiento no contencioso -en la vía notarial-, dada su naturaleza, que implica una ausencia de conflicto entre dos sujetos. Entonces, qué hacer frente al problema suscitado.

Una segunda solución, está referida, a la vía judicial¹⁴¹, y al tratarse de un problema derivado de una relación familiar, tendríamos al Juez

¹⁴⁰ Mediante resolución N° 088-2011-SUNARP, se aprueba la Directiva N° 002-2011-SUNARP/SA, donde establece lo siguiente: “[...] i) *que la escritura pública o el documento público respectivo contenga la declaración de los convivientes sobre la fecha del inicio de la unión de hecho. Asimismo, deberá contener la declaración de la fecha de cese, de ser el caso [...]*”.

¹⁴¹ Este criterio ya ha sido determinado en la resolución emitida por la Segunda Sala del Tribunal Registral, bajo el N° 624-2013-SUNARP-TR-L, del 12 de abril del 2013, la cual indica: “Si bien la unión de hecho puede cesar por decisión de uno de los convivientes, la inscripción del reconocimiento del cese de la unión de hecho, no puede efectuarse, en merito a la escritura pública, otorgada solo por uno de los convivientes”.

de Familia como competente para el trámite respectivo proceso; donde se peticionaria, “el cese unilateral de la unión de hecho propia”, adjuntando los recaudos respectivos, en función a lo dispuesto por los artículos 190 y 196 del Código Procesal Civil¹⁴², para que el pedido sea amparado en su debido momento.

Hasta aquí, el panorama se aclara; pues, existe el camino de actuación para tutelar los derechos e intereses de los integrantes de la unión de hecho propia; pero, con cada paso que damos, nuevamente nos encontramos con obstáculos; y este puntualmente está relacionado con el o los supuestos que sirven de sustento para viabilizar el término de la relación reconocida notarialmente; aquí, nos atrevemos a poder invocar alguna causal de disolución del vínculo matrimonial, que se hallan contempladas en el art. 333 del C.C; sin embargo, cada institución familiar tiene sus propias peculiaridades, que imposibilitan el poder considerarlas como parámetro o base de comparación analógica.

De esta manera, no se contaría con el parámetro para canalizar los supuestos que podrían invocarse; situación que puede ser aprovechada por el demandante para ejercer abusivamente algún derecho en agravio de su propia pareja; con el agregado que estaríamos expuesto a la libre discreción del juez y a la probanza de los supuestos que este crea conveniente, para estimar la pretensión.

¹⁴² “Artículo 196: Salvo disposición legal, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o quien los contradice alegando nuevos hechos”.

En tal virtud, consideramos necesario, al igual, que sucedió con las causales de divorcio, se pueda establecer y/o regularse los supuestos fácticos pertinentes, para finalizar aquella unión de hecho que ha sido reconocida notarialmente; pues, si los consortes tienen el mecanismo del divorcio, para finalizar su relación; la misma suerte deberían tener los miembros de la unión de hecho propia, a través del cese unilateral; siendo, que dicha herramienta debe ser canalizada por la vía procedimental, más rápida y efectiva que tiene el ordenamiento procesal, como son las reglas del proceso sumarísimo; al tratarse de problemas interfamiliares, que deterioran a las partes involucradas.

En atención a lo descrito en el siguiente capítulo brindamos nuestra propuesta normativa para garantizar eficazmente los derechos constitucionales de los integrantes de la unión de hecho propia.

CAPITULO IV

PROPUESTA DE REGULAR EL CESE UNILATERAL DE LA UNIÓN DE HECHO PROPIA RECONOCIDA NOTARIALMENTE.

4.1. Propuesta para incorporar el artículo 326 – A en el Código Civil.

Artículo 326 – A: Cese de la unión de hecho propia reconocida notarialmente.

La unión de hecho propia, que ha sido reconocida notarialmente, puede ser disuelta de manera conjunta de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 52 de la Ley N° 26662; o, de manera unilateral, cuando se verifique hechos atribuibles a ellos, que haga intolerable la relación; ocasionando graves perjuicios al desarrollo y bienestar de la familia o de los hijos.

Para tal efecto, puede accionarse de manera indistinta, incorporando los medios probatorios que estimen pertinentes. La pretensión se tramitará como proceso sumarísimo.

Producto del cese unilateral, puede resultar algún concubino perjudicado; para tal efecto, el juez, a pedido de parte o de oficio deberá establecer una compensación económica o la adjudicación de los bienes de la sociedad común. Si se declara el cese unilateral y uno de los concubinos careciera de los bienes propios o gananciales suficientes o estuviese imposibilitado de trabajar o atender sus

necesidades, el juez, le asignará una pensión alimenticia no mayor a la tercera parte de los ingresos que puede percibir el otro concubino.

4.2. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

4.2.1. Descripción del problema

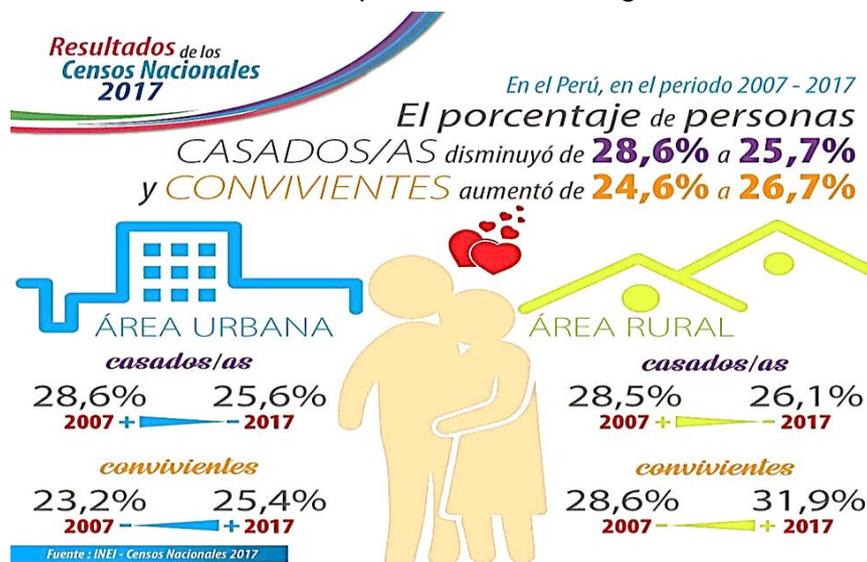
La familia comenzó a formarse a través de las relaciones humanas, donde el dominio del más fuerte o el poder que ostentaba una persona, eran sus elementos principales; con el devenir del tiempo y dada la influencia de posturas sociales, políticas, religiosas y morales, generó su protección, pero identificándola con un determinado modelo nuclear, basado en el vínculo formal, como es el matrimonio.

Pero, ante los cambios económicos, sociales y tecnológicos, se reconocen otras formas familiares distintas al modelo tradicional. Como son las “uniones de hecho”; situación que garantizar, la libertad de cada individuo en elegir entre el “matrimonio” o la “unión de hecho”, como fuente de su futura familia.

En el Perú, no hemos sido ajenos a ello, pues el artículo 5 de la Constitución Política de 1993, como el artículo 326 del Código Civil de 1984, regulan sobre aquella unión de un hombre y una mujer, que, de manera estable y duradera, mantienen un vínculo de afectividad y realizan vida en común; por más de 2 años; generando derechos y obligaciones para sus integrantes; previa declaración o reconocimiento que realice el Juez o el Notario Público.

Bajo el reconocimiento notarial, advertimos la deficiencia legal, sobre los pasos que tendría que realizar el concubino, para encaminar de forma unilateral y/o personal, la ruptura, cese –o la finalización- de su relación, frente a la resistencia de disolución de su pareja. Pues únicamente se regula el supuesto donde ambos disuelven su vínculo de manera voluntaria.

El problema descrito, no es un tema aislado; pues, en nuestra sociedad, de acuerdo al último censo realizado por INEI, en el año 2017, muestra que en el área urbana, el 25.4% de las familias son producto de la unión concubinaria (convivencia); y, en el área rural, el 31.9% de las familias están constituidas por la misma; a diferencia de las uniones de derecho (matrimonio), que han sufrido un descenso desde el año 2007 al año 2017, registrándose un 25,6%, de matrimonios, en el área urbana; y, un 26,1%, en el área rural, como puede verse del siguiente cuadro:



En virtud de la convivencia de las nuevas familias; sus integrantes buscaran el reconocimiento de su relación; teniendo latente el problema, sobre la finalización unilateral de su vínculo, generando la afectación de sus derechos fundamentales.

La propuesta de solución, descarta la vía notarial, en tanto, existiría un conflicto intersubjetivo, habilitando el camino judicial; y, dada la naturaleza del problema, implicará que este, sea tratado como un problema humano; donde, el ente estatal (poder judicial) debe brindar la respectiva tutela; para lo cual, el juez de familia, será quien resuelva la controversia; pero, además, debe habilitarse el procedimiento más rápido y sencillo que puede tener el derecho procesal, como es el proceso sumarísimo; permitiéndose que cualquier integrante de la relación pueda demandar, garantizándose su libertad probatoria, al permitirse, la presentación de todo tipo de medio de prueba que acredite los hechos que exponga.

De esta manera, la regulación del cese unilateral de la unión de hecho propia reconocida notarialmente, permitirá atender el vacío legal presente; pero, además, es necesario reflexionar e incorporar la protección del concubino que pueda resultar afectado producto de la finalización de la relación, al presentar algún desequilibrio material y emocional; para tal efecto, recurriremos al “régimen de la responsabilidad familiar”, el mismo que reposa en compensar económicamente a la parte que pueda resultar afectada producto

de los conflictos familiares. Institución que se encuentra plasmado en el tercer parrado del artículo 326 del CC, al expresar:

“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”.

Para comprender la magnitud de la regulación, debemos recurrir a la exposición de motivos, donde precisan, que muchas veces la pareja que ha vivido como marido y mujer, ha recibido el trato como si estuviesen casados; por ello, al recibir el reconocimiento de sus derechos sobre los bienes, con mucha mayor razón, en caso de producirse el abandono por parte de uno de ellos, el otro, tiene derecho a petitionar un monto indemnizatorio o una petición de alimentos; además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales.

A la fecha, existe el proyecto de reforma del CC, donde se propone la incorporación del artículo 326-B, precisándose en el inciso 1, que la unión de hecho termina por decisión unilateral; detallándose en el inciso 2, que el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de compensación o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan con el régimen de sociedad de gananciales, salvo que hubiera adoptado el régimen de separación de patrimonios.

La propuesta legislativa, tiene la misma esencia de amparo, que la actual regulación: “*proteger al concubino abandonado por su pareja*”; para tal efecto, dispone una compensación dineraria o una pensión alimenticia; sin embargo, dicha tutela debe extenderse a un nuevo escenario, producido, el día 16 de julio de 2019, cuando la Ley N° 29560, modifica la Ley N° 26662 – *Ley de competencia notarial en asuntos no contenciosos*-, permitiendo que el notario público, pueda reconocer la relación concubinaria; a partir de ello, la relación concubinaria recibe tutela y a la vez, produce efectos entre sus integrante y terceros.

Las características de la unión de hecho propia reconocida notarialmente, entra en una suerte de similitud con el matrimonio; y ante el cese unilateral; es decir, la finalización formal de la unión por parte de uno de los integrantes, el otro, puede presentar algún desequilibrio material y emocional en relación a la mantenida con su pareja y aquella disfrutada durante el vínculo convivencial.

Por ello, proponemos la regulación de la compensación económica¹⁴³ o también la adjudicación preferente de parte de los bienes de la sociedad¹⁴⁴ instituciones que se encargarán de restablecer esa

¹⁴³ La compensación económica, es aquella prestación, que es satisfecha de forma periódica que, por lo general, la ley se encarga de atribuir para aquel miembro de la familia que se encuentra en situación desfavorable, generada por otro miembro del grupo familiar.

¹⁴⁴ Institución surgida de la interpretación teleológica del art. 323 del CC; que produce la adjudicación de un bien social, para la satisfacción de las consecuencias dañosas, como podría ser la casa en que habita la familia, el establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar. Para hacer efectiva esta figura, el juez, puede ordenar, si fuese el caso, el retiro del hogar de parte de uno de los concubinos que motivo el cese unilateral de la relación y el retorno del concubino perjudicado con los hijos.

inestabilidad entre las condiciones materiales de los concubinos; sin perjuicio de permitir la exigencia de una pensión alimenticia (*aspecto adicional*).

La materialización de la compensación económica o la adjudicación de bienes, podrá ser fijada, a instancias de la parte demandante, al acumular de manera accesoria la pretensión. O, si la parte demandada se considera perjudicada producto del cese unilateral, podrá reconvenir la pretensión compensatoria o adjudicatoria; pero, al tratarse de un conflicto familiar, se debe habilitar, que el juez, pueda fijar de oficio, en la sentencia, un monto por compensación o la adjudicación a favor del integrante que presente un desequilibrio económico o emocional; siempre que esta situación haya sido expresada de alguna forma y en el curso del proceso se haya probado hechos concretos, sin perjuicio de haberse puesto en conocimiento de la parte contraria y haberse garantizado su derecho de defensa.

Bajo dicho contexto, cuando el juez, no identifica al concubino perjudicado; o, dentro del proceso, no existe elemento probatorio, indicio o presunción sobre ello; o, la parte interesada no alega o manifiesta hechos referidos a determinados perjuicios en su contra, el juez no está obligado a fijar monto alguno por compensación económica o la adjudicación de bienes.

Ahora, para materializar el monto de la compensación económica o la adjudicación de bienes, en beneficio del concubino perjudicado, se debe considerar, los perjuicios, que se originaron con ocasión del cese de la relación, presentes mucho antes del proceso (*como es, el cuidado y atención de los hijos por parte de uno de los concubinos, si tuvo que demandar la materialización del derecho alimentario a favor de los hijos, si se dejó el hogar por el maltrato o violencia en su contra*) y los perjuicios que se produzcan desde la nueva situación jurídica creada por la sentencia judicial que ampara la pretensión (*perdida de pensiones o beneficios de seguros de salud o rentas que tengan como requisito la vigencia de la relación concubinaria propia*).

A partir de ello, el magistrado podrá identificar al concubino perjudicado; y a fin de materializar el monto indemnizatorio u la adjudicación de bienes, deberá analizar: a) que este integrante no haya dado motivos para la separación; b) que a consecuencia de la separación ha quedado en una manifiesta situación de menoscabo o desventaja material con respecto a su pareja o a la situación que tenía durante la vigencia de la unión de hecho; c) que haya sufrido daño a su persona (*imposibilidad de reinsertarse a un trabajo anterior que le permita subsistir, el dedicarse integrante al hogar y a los hijos, presentar afectación psicológica, el abandono que haya sufrido por su pareja y el hecho de haber demandado la materialización de la obligación alimentaria para sus hijos*) u daño moral (*al presentar sufrimiento u aflicción, producto del término de su relación*).

Mención aparte merece el tratamiento y la materialización de un monto por alimentos; el mismo que nace, producto del cese unilateral de la relación concubinar; aquí, vemos que los intervinientes al ser sujetos capaces; y, el término de su relación reconocida, los puede colocar en un estado de vulnerabilidad; pues, carecen de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviesen imposibilitados de trabajar o de atender a sus necesidades por algún medio; todo ello, producirá un “estado de necesidad”, el mismo que debe ser atendido por el concubino que lo genero; independientemente de la compensación económica o la adjudicación preferente de bienes.

De esta manera, el cese unilateral de la unión de hecho propia, contará con parámetros objetivos para su invocación y no permitirá el abuso que pueda cometer cualquier integrante de la relación, que, de un momento a otro, decida poner fin a su unión.

4.3. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La presente propuesta legislativa no implicará costo para el tesoro público; pues el legislador (Congreso de la República) dentro de sus competencias evaluará la pertinencia de la regulación; lo que traerá un beneficio, para todos los ciudadanos y de manera específica para cada integrante de la unión de hecho propia, que ha sido reconocida notarialmente; pues, con la incorporación del precepto normativo propuesto, se garantizara:

- a) El deber que tiene el Estado para procurar la protección de la persona humana y respetar su dignidad; en tanto, los miembros de la unión de hecho propia, serán tratados y protegidos como lo más valioso que son, al permitirles concluir su relación fáctica de manera unilateral, en el momento que lo deseen.

- b) Además, de materializar el principio de seguridad jurídica, al permitirles a cada integrante de la unión, el poder disolver su relación de manera unilateral.

- c) Asimismo, se garantizará el principio-derecho de la igualdad, al permitir que la unión de hecho propia reconocida notarialmente, pueda ser disuelto de manera unilateral.

4.4. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La norma propuesta permite cubrir el vacío legal, dentro de la institución de la unión de hecho. En ese sentido, la propuesta legislativa incluye la incorporación de una norma en el CC, específicamente en el Libro de Familia, que complemente el art. 326.

CONCLUSIONES

1. El reconocimiento de la unión de hecho en la legislación peruana, protege aquella forma familiar, distinta al matrimonio; y, para salvaguardar los derechos de los integrantes, es necesario que la relación sea reconocida en vía judicial o notarial; en este último supuesto, se permite que la pareja pueda finalizar la unión a través del cese voluntario o conjunto; más, no existe regulación (vacío legal) sobre aquella situación, en la cual, solo uno de los integrantes, pueda disolver su relación (cese unilateral).
2. El Estado peruano, es el garante y protector de la persona; por ello, busca el respeto de la dignidad humana, atributo inherente a cada individuo; y, al ser considerado como un derecho fundamental, permite exigir la intervención del Estado en la solución de conflictos; en ese sentido, la ausencia del supuesto legal que permita la disolución unilateral de la unión de hecho propia, habilita que cualquier integrante de la relación, pueda requerir la intervención de los poderes estatales, para atender la omisión legislativa, a fin de proteger sus intereses; más aún, si debe recibir un trato adecuado y oportuno, al ser un fin en sí mismo; además de garantizarse la autonomía y el respeto de su ser; por ello, debe brindarse las herramientas jurídicas necesarias y oportunas para el mejor desarrollo de su personalidad en la sociedad.

3. La concretización del principio de seguridad jurídica, implica que toda persona debe conocer de manera anticipada las consecuencias jurídicas de sus actos, lo que garantiza la toma de decisiones ante posibles amenazas; así, ante un comportamiento no regulado, no se puede brindar la protección necesaria; en tal virtud, debe regularse el cese unilateral de la unión de hecho propia, para garantizarse los derechos de los integrantes de la unión de hecho propia.

4. El principio-derecho a la igualdad, constituye una garantía que determina un trato igualitario en una relación social (matrimonio y unión de hecho); en tal virtud, si se garantiza a la unión matrimonial el decidir el inicio; y, habilitar supuestos para finalizar la misma de manera conjunta o unilateral (divorcio); con igual razón, la unión de hecho, debe recibir el mismo trato, por ello, no solo debe contemplarse la ruptura conjunta, sino también, la ruptura unilateral; ya que de lo contrario, existiría un trato diferenciado injustificado.

5. El cese unilateral de la unión de hecho propia, lleva implícito un conflicto de intereses, surgido de la relación familiar de los concubinos; por ende, el ámbito de su discusión debe darse en un proceso judicial; siendo competente, el Juez de familia; debiendo encaminarse dicha controversia, a través del proceso sumarísimo, dada la naturaleza del problema, que se deriva de un conflicto humano.

RECOMENDACIONES.

1. De acuerdo al art. 107 de la Const. P., tienen iniciativa legislativa, los colegios profesionales; en tal virtud, recomendamos que las autoridades universitarias en colaboración con el Ilustre Colegio de Abogado de Cajamarca, puedan proponer al Congreso de la República, la incorporación del artículo 326 – A, en el CC., la misma que busca atender un vacío normativo que a la fecha viene afectando la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad y la seguridad jurídica de aquellas personas que han formalizado su relación dentro de la unión de hecho propia.

LISTA DE REFERENCIAS.

Libros

Aguilar, B. (2018). *Causales de separación y divorcio un enfoque doctrinario y jurisprudencial*. Primera edición. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Alayza, C., Cortés G., Hurtado, G., Mory, E., Tarnawiecki, N. (2016). *Iniciarse en la investigación académica*. Primera edición. Lima, Perú: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Almeida, J. (2008). *La sociedad de gananciales*. Primera edición. Lima, Perú: Grijley.

Aranzamendi, L. (2015). *Instructivo teórico – práctico del diseño y redacción de la tesis en Derecho*. Segunda edición. Lima: Grijley.

Atienza, M. y García, J. (2016). *Un debate sobre la ponderación*. Primera edición. Lima, Perú: Palestra.

Barberis, M. (2019). *Estado constitucional – acerca del nuevo constitucionalismo*. Primera edición. Lima, Perú: Zela grupo editorial EIRL.

Basadre, J. (2001). *Historia del derecho*. Tercera edición. 3 tomos. Lima, Perú: Grafica horizonte S.A.

Bernales, E. (1999). *La constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Perú: Rao Editora.

Cabanellas, G. (1999). *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Trigésima edición. 8 tomos. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.

Cabanillas, R. (2019). *Investigación educativa*. Primera edición. Cajamarca, Perú: Martínez Compañón editores.

----- (2010). *Código Civil Comentado*. Tercera edición. 10 tomos. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Cornejo, H. (1999). *Derecho familiar peruano*. Décima edición. Lima, Perú: Gaceta jurídica.

Corral, H. (2005). *Derecho y derecho de la familia*. Primera edición. Lima, Perú: Grijley.

Eto, G. (2017). *El amparo los derechos fundamentales y otros conceptos claves en el proceso de amparo*. Primera edición. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Eto, G. (2017). *El amparo ámbito de protección de los derechos fundamentales análisis sistemático de la jurisprudencia del TC*. Primera edición. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Fernández, M. (2016). *Manual de derecho de familia*. Primera edición. Lima, Perú: Fondo Editorial.

García, V. y García, J. (2018). *Diccionario de derecho constitucional*. Primera edición. Lima, Perú: Instituto pacífico.

Gascón, M. y García, A. (2016). *La argumentación en el derecho*. Tercera edición. Lima, Perú: Palestra editores S.A.C.

Guastini, R. (2018). *Lecciones de derecho constitucional*. Primera edición. Lima, Perú: Legales instituto.

Hawie, L. (2015). *Manual de jurisprudencia de derecho de familia*. Primera edición. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Manrique, K. (2011). *Derecho de familia. La unión de hecho*. Primera edición. Lima, Perú: Ffecaat.

Mesía, C. (2018). *Derechos fundamentales dogmática y jurisprudencia del tribunal constitucional*. Primera edición. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Olvera, J. (2015). *Metodología de la investigación jurídica – para la investigación y la elaboración de tesis de licenciatura y posgrado*. Primera edición. Distrito Federal, México: Maporrúa.

Palacios, J. J. Romer. H. E. y Ñaupas, H. (2016). *Metodología de la investigación jurídica*. Lima, Perú: Grijley.

Páucar, A. Galarza, J y Armas, J. (2006). *Fundamentos de la filosofía del derecho*. Primera edición. Lima, Perú: Editorial Mantaro.

Peralta, J. (2002). *Derecho de familia en el Código Civil*. Tercera edición. Lima, Perú: Idemsa.

Pino, G. (2013). *Derechos fundamentales, conflicto y ponderación*. Primera edición. Lima, Perú: Editorial Palestra.

Placido, A. (2001). *Manual de derecho de familia*. Primera edición. Lima, Perú: Gaceta jurídica.

Prieto, L. (2018). *Constitucionalismo y positivismo*. Primera edición. Lima, Perú: Palestra editores S.A.C.

Poma, F. (2017). *La reparación civil en el proceso penal peruano*. Primera edición. Lima, Perú: A & C Ediciones.

Ramos, C. (2011). *Cómo hacer una tesis en derecho y no envejecer en el intento*. Lima, Perú: Grijley.

Ríos, G. (2017). *¡Hagamos juntos tu tesis de derecho! Teoría y práctica*. Lima, Perú: Ideas Solución Editorial.

Rodenas, A. (2012). *Los intersticios del derecho. indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Madrid, España: Marcial Pons.

Sánchez, F. (2016). *La investigación científica aplicada al derecho*. Primera edición. Lima, Perú: Normas jurídicas Ediciones.

Sobrevilla, D. (2014). *Introducción a la filosofía*. Primera edición. Lima, Perú: Editorial universitaria.

Torres, A. (2015). *Introducción al derecho*. Quinta edición. Lima Perú: Instituto pacífico.

Torres, M. (2016). *La responsabilidad civil en el derecho de familia*. Primera edición. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Varsi, E. (2011). *Tratado de derecho de familia*. Primera edición. 4 tomos. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica.

Artículos jurídicos

Aguiló, J. (2018). Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. En I. Lifante (Ed.), *Interpretación jurídica y teoría del Derecho* (pp. 13-35). Lima, Perú: Editorial Palestra.

Castillo, M y Torres, M (Octubre 2014). ¿Se puede Desheredar o Declarar Indigno al Miembro de la Unión de Hecho?. *Gaceta Jurídica*, 16(1), 13-25.

Fernández, C. (2005). Derechos fundamentales de la persona – Defensa de la persona. En W. Gutiérrez (Ed.), *La constitución comentada tomo I* (pp. 7-12). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Gutiérrez, W. (2005). Derechos fundamentales de la persona – Igualdad ante la ley. En W. Gutiérrez (Ed.), *La constitución comentada tomo I* (pp. 46-60). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Moreso, J. J y Vilajosana, J. M. (2004). Las concepciones del derecho. En J. J. Moreso y J. M. Vilajosana, *Introducción a la teoría del derecho* (pp. 191 - 214). Madrid, España: Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A.

Vega, Y. (2019). *Declaración judicial y/o notarial de unión de hecho: porque optar por una u otra*. Primera edición. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Artículos virtuales

Alexy. R. (2013). *El no positivismo incluyente*. Recuperado de https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/52454/1/Doxa_36_01.pdf

Atienza. M. (2014). *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo pospositivista*. Recuperado de <https://dfddip.ua.es/es/documentos/una-defensa-del-neopositivismo.pdf?noCache=1415618881091>

Alvarado, K. (2015). *El libre desarrollo de la personalidad. Análisis comparativo de su reconocimiento constitucional en Alemania y España*. Recuperado de <http://www.usat.edu.pe/files/revista/ius/2015-II/paper01.pdf>

Arrázola, F. (2014). *El concepto de seguridad jurídica, elementos y amenazas ante la crisis de la ley como fuente del derecho*. Recuperado de [file:///C:/Users/user/Downloads/Dialnet-EIConceptoDeSeguridadJuridicaElementosYAmenazasAnt-4760108%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/Dialnet-EIConceptoDeSeguridadJuridicaElementosYAmenazasAnt-4760108%20(3).pdf)

Ávila, H. (2012). *Teoría de la seguridad jurídica*. Recuperado de <https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788497689724.pdf>

Calsamiglia, A. (1998). *Postpositivismo*. Recuperado de <file:///C:/Users/user/Downloads/postpositivismo-0.pdf>.

- Facio, A. (2014). *El derecho a la igualdad entre hombre y mujeres*. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a22083.pdf>.
- García, V. (2008). *El derecho a la igualdad*. Recuperado de <http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/260>
- Haro, I. (2013). *Uniones de hecho en sede registral*. Recuperado de <http://C:/Users/USER/Downloads/Dialnet-UnionesDeHechoEnSedeRegistral-5476713.pdf>.
- Hermoza, J. (2016). *Correlación del matrimonio civil y lo casos de unión de hecho en el derecho familiar*. Recuperado de <file:///C:/Users/user/Downloads/Dialnet-CorrelacionDelMatrimonioCivilYLosCasosDeUnionDeHec-5505749.pdf>
- Hernández, A. (2018). *Derecho al libre desarrollo de la personalidad*. Recuperado de https://www.ceviedgespe.com/documentos/inb_12.pdf
- Iñigo, B. (2004). *Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1217052>
- Marín, M. (2007). *La dignidad humana, los derechos humanos y los derechos constitucionales*. Recuperado de <http://www.bioeticayderecho.ub.es>
- Landa, C. (2018). *Dignidad de la persona humana*. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/15957/16381/0>.

Lifante, I. (2013). *Seguridad jurídica y previsibilidad*. Recuperado de file:///C:/Users/user/Downloads/seguridad-juridica-y-previsibilidad.pdf

Orozco, V. (2013). *La ponderación como técnica de aplicación de las normas sobre derechos fundamentales: una sentencia emitida por el tribunal constitucional español en materia de libertad religiosa*. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31074.pdf>

Rodríguez, H. (2005). *Abolición de la esclavitud en el Perú y su continuidad*. Recuperado de <http://www.acuedi.org/doc/3550/abolición-de-la-esclavitud-en-el-per-y-su-continuidad.html>

Ruiz, R. (2012). *La distinción entre reglas y principios y sus implicancias en la aplicación del derecho*. Recuperado de file:///C:/Users/user/Downloads/4860-Texto%20del%20art%C3%ADculo-10924-1-10-20160707.pdf

Sagüés, N. (1997). *Jurisdicción constitucional y seguridad jurídica*. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3303/3145>

Grabación

García, J. A. (2020). *Discrecionalidad judicial y la decisión contra legem ¿justifican los principios la decisión contra la ley?* [CD]. Guayaquil, EC.: Universidad Espíritu Santo.