



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE
DERECHO



TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

**CONTEXTO DE JUSTIFICACIÓN TEÓRICO QUE SUSTENTA EL
CRITERIO DINÁMICO – MATERIAL EN LAS DECLARACIONES
DE UNIONES DE HECHO**

AUTOR:

TANTA HERNÁNDEZ, Celina Itamar

ASESORA:

Dra. PIMENTEL TELLO, María Isabel

Registro: _____



Cajamarca, Perú

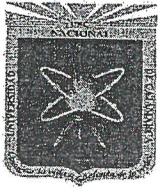
Enero de 2025

CONSTANCIA DE INFORME DE ORIGINALIDAD

1. Investigador:
Celina Itamar Tanta Hernández
DNI: 48736873
Escuela Profesional - Facultad:
Escuela Profesional de Derecho – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
2. Asesor (a):
Dra. María Isabel Pimentel Tello
Departamento Académico:
Derecho y Ciencias Políticas
3. Grado académico o título profesional para el estudiante
 Bachiller Título profesional Segunda especialidad
 Maestro Doctor
4. Tipo de Investigación:
 Tesis Trabajo de investigación Trabajo de suficiencia profesional
 Trabajo académico
5. Título de Trabajo de Investigación:
CONTEXTO DE JUSTIFICACIÓN TEÓRICO QUE SUSTENTA EL CRITERIO DINÁMICO-MATERIAL EN
LAS DECLARACIONES DE UNIONES DE HECHO
6. Fecha de evaluación: 04/12/2024
7. Software antiplagio: TURNITIN URKUND (ORIGINAL) (*)
8. Porcentaje de Informe de Similitud: 9%
9. Código Documento: No registra
10. Resultado de la Evaluación de Similitud:
 APROBADO PARA LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES DESAPROBADO

Fecha Emisión: 11/12/2024

<i>Firma y/o Sello Emisor Constancia</i>	
	
<hr/> Dra. María Isabel Pimentel Tello DNI: 22503219	<hr/> Dra. Cs. Teresa Isabel Terán Ramírez DIRECTORA
<hr/> <i>Directora de Instituto de Investigaciones Jurídicas y Políticas</i>	



Universidad Nacional de Cajamarca

"Norte de la Universidad Peruana"

Fundada por Ley 14015 del 13 de febrero de 1962

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

Av. Atahualpa N° 1050- Ciudad Universitaria - Cajamarca
Edificio 4f-102 - Telefax - 076 - 369293



ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

En Cajamarca, en LA SALA DEL TRIBUNAL DE LA FACULTAD de la Universidad Nacional de Cajamarca, siendo las TRECE horas de la TARDE del día SIETE de ENERO del dos mil VEINTIONCO; reunidos los miembros del Jurado Evaluador, designados mediante Resolución de Consejo de Facultad N° 055 de fecha: 20 de NOVIEMBRE de 2024, conformado de la siguiente manera:

- 1.- PRESIDENTE : DR. CS. JULIO ALEJANDRO VILLAVEGA PASTOR
 2.- SECRETARIO : DRA. CS. SANDRA VERONICA MARIQUE UTEGUA
 3.- VOCAL : DRA. CS. TERESA YSABEL TERÁN PANIPEZ

Procedieron a presenciar la exposición y evaluar la Sustentación de la Tesis, Titulada: "CONTEXTO DE JUSTIFICACION TEORICO QUE SOSTENTA EL CRITERIO DINAMICO-MATERIAL EN LAS DECLARACIONES DE UNIONES DE HECHO"

presentada por (el) (la) Bachiller en Derecho: CELINA ITAMAR TANTA HERNANDEZ

y de conformidad con el Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca.

Luego de la deliberación, se acordó: APROBAR POR UNANIMIDAD

con el calificativo: QUINCE (15)

Siendo las 14:15 horas del mismo día, se dio por concluido el presente acto, firmando en seis copias originales los señores miembros del jurado (cuatro copias para la carpeta del bachiller, 01 para el file y 01 para el libro de Actas).

[Firma]
PRESIDENTE

[Firma]
SECRETARIO

[Firma]
VOCAL

[Firma]
BACHILLER

DEDICATORIA:

A Dios.

A Mi mamita, Elva Celina Hernández Becerra, de quien orgullosamente llevo su nombre, porque es la demostración de amor más grande y verdadera que la vida me ha enseñado y porque sus enseñanzas y firmeza hicieron de mí la persona que soy y me condujeron a estudiar la grandiosa carrera de derecho. Hasta el cielo.

A Mis ocho maravillosos hermanos: Gladys Sunilda Cabanillas Hernández, José Uber, Abraham Abdías, María Esther, Martha, Elí, Jesús Adán, Flor Noemí y Alejandro Jhonatan Tanta Hernández, quienes son mi más perfecto ejemplo de unión, perseverancia y bondad, sin los cuales el sueño de ser abogada no hubiera sido posible.

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA.....	II
TABLA DE CONTENIDO	III
AGRADECIMIENTO:	VII
RESUMEN	VIII
ABSTRACT	IX
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I.....	3
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	3
1.1.1. Contextualización o problemática	3
1.1.2. Descripción del Problema	14
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	15
1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	15
1.4. OBJETIVOS.....	17
1.4.1. General	17
1.4.2. Específicos.....	17
1.5. DELIMITACIÓN	18
1.5.1. Espacial	18
1.5.2. Temporal.....	18
1.6. LIMITACIONES	18
1.7. TIPO Y NIVEL DE TESIS	18
1.7.1. De acuerdo al fin que persigue	18
1.7.2. De acuerdo al diseño de la investigación.....	19
1.7.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan	20
1.8. HIPÓTESIS.....	21
1.9. MÉTODOS	21
1.9.1. Generales.....	21

1.9.2. Específicos.....	23
1.10. TÉCNICAS	26
1.10.1. Observación Documental	26
1.10.2. Análisis documental.....	26
1.11. INSTRUMENTOS	26
1.11.1. Hoja guía de observación documental	26
1.12. UNIDAD DE ANÁLISIS, UNIVERSO Y MUESTRA	26
1.13. ESTADO DE LA CUESTIÓN	27
CAPÍTULO II	30
2.1. MARCO IUSFILOSÓFICO DE LA INVESTIGACIÓN	30
2.1.1. El ius naturalismo.....	31
2.1.2. El ius positivismo.....	33
2.1.3. Post-positivismo	39
2.2. EL PARADIGMA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO	46
2.3. TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	52
2.4. TEORIA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.....	57
2.4.1. Contexto de descubrimiento.....	58
2.4.2. Contexto de justificación	59
2.4.3. Objeto de la argumentación jurídica.....	61
2.5. TEORÍAS Y MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	65
2.5.1. Teorías.....	66
2.5.2. Métodos	71
2.6. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.....	72
2.6.1. Libertad personal	72
2.6.2. Igualdad y no discriminación.....	73
2.6.3. Libre desarrollo de la personalidad	78

2.6.4. Propiedad.....	81
2.7. FAMILIA.....	83
2.7.1. Definición	83
2.7.2. Tipos	85
2.7.3. Contenido de ejercer el derecho a formar familia.....	87
2.8. EL MATRIMONIO	88
2.8.1. Concepto.....	88
2.8.2. Efectos personales.....	89
2.8.3. Efectos patrimoniales	91
2.8.4. Decaimiento y disolución	92
2.9. LAS UNIONES DE HECHO	93
2.9.1. Concepto.....	93
2.9.2. Clases	95
2.9.3. Requisitos	96
2.9.4. Efectos personales y patrimoniales.....	96
2.9.5. Declaración de la unión de hecho	97
2.9.6. Prueba	98
2.9.7. Principio de amparo a las uniones de hecho	99
2.10. EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA Y PROMOCIÓN DEL MATRIMONIO	102
2.11. TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA EN FUNCIÓN A LA INTERPRETACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO	106
2.12. NORMATIVA RELACIONADA AL TEMA DE INVESTIGACIÓN	110
2.13. JURISPRUDENCIA RELACIONADA AL TEMA DE INVESTIGACIÓN ..	115

2.13.1. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 230/2014, 19 de noviembre de 2014 115	
2.13.2. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3727/2018, 2 de septiembre del 2020.....	118
CAPÍTULO III	121
3.1. LA PERTINENCIA DE LOS CRITERIOS CONTEMPORÁNEOS PARA DECLARAR LA UNIÓN DE HECHO	121
3.2. LOS PRESUPUESTOS FÁCTICOS QUE FUNDAN LA NECESIDAD DE INTERPRETAR LAS UNIONES DE HECHO EN BASE A UN CRITERIO DINÁMICO.....	127
3.3. LAS CIRCUNSTANCIAS DE HECHO QUE COMPONEN EL CRITERIO MATERIAL DE COMPRENSIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO	139
3.4. LOS CRITERIOS CONTEMPORÁNEOS FAVORECEN LA IDEA DEL MATRIMONIO POR ENCIMA DE LA FAMILIA, AL CONSIDERAR LA EXISTENCIA DE LAS UNIONES DE HECHO IMPROPIAS.....	144
3.5. LA UNIÓN DE HECHO COMO UN DERECHO DE RAIGAMBRE MATERIAL Y NO DE RAIGAMBRE FORMAL.....	156
3.6. LA EXISTENCIA DE CIRCUNSTANCIAS NO ESTÁTICAS QUE INVOLUCRAN UN DINAMISMO EN LA CONFORMACIÓN DE LA UNIÓN DE HECHO.....	165
CONCLUSIONES	174
RECOMENDACIONES	176
LISTA DE REFERENCIAS.....	177

AGRADECIMIENTO:

Al M. Cs. José Luis López Núñez por su incondicional amistad.

RESUMEN

La unión de hecho, conforme la doctrina la ha clasificado, puede ser propia e impropia; la primera, tiene protección jurídica y es reconocida como una fuente para conformar familia y la segunda, al no ostentar reconocimiento jurídico, no es considerada como una fuente para formar familia, haciéndose necesario partir de un enfoque constitucional y convencional para demostrar que en el marco del contexto actual la evaluación de los requisitos formales debieran ser secundarios al momento de declarar la unión de hecho, dado que en ella siempre existirá una familia. Ante ello, el objetivo principal de la investigación fue determinar el contexto de justificación teórico que sustenta el criterio dinámico –material en las declaraciones de uniones de hecho, para lo cual se ha utilizado técnicas como, la observación y el análisis documental, mismas que, juntamente con los métodos generales y específicos, han sido aplicados para la obtención de datos y, posteriormente, para su interpretación. Los resultados de la investigación reflejan que, en la jurisprudencia internacional, los criterios para declarar la unión de hecho, están referidos a la consideración de verificar la existencia de una familia, en cambio, en la casuística nacional, los criterios usados están en función a la clasificación de las uniones de hecho en propia e impropia, lo cual privilegia a uniones en términos de ley y al matrimonio, antes que, a la existencia de la familia; aunado a ello, se ha evidenciado que, el derecho a formar familia no es exclusivo de uniones legales y matrimoniales, sino que surge en base al principio de libertad para decidir cómo ejercer el derecho a formar familia.

Palabras clave: Unión de hecho propia e impropia, familia, matrimonio, contexto de justificación, criterio dinámico material.

ABSTRACT

The de facto union, as the doctrine has classified it, can be proper or improper; the first has legal protection and is recognized as a source to form a family and the second, by not having legal recognition, is not considered as a source to form a family, making it necessary to start from a constitutional and conventional approach to demonstrate that within the framework of the current context the evaluation of the formal requirements should be secondary at the time of declaring the de facto union, given that there will always be a family in it. In view of this, the main objective of the research was to determine the theoretical context of justification that supports the dynamic-material criterion in the declarations of de facto unions, for which techniques such as observation and documentary analysis have been used, which, together with general and specific methods, have been applied to obtain data and, subsequently, to interpret them. The results of the research reflect that, in international jurisprudence, the criteria for declaring a de facto union are referred to the consideration of verifying the existence of a family, however, in national case law, the criteria used are based on the classification of de facto unions into proper and improper, which privileges unions in terms of law and marriage, rather than the existence of the family; In addition to this, it has been shown that the right to form a family is not exclusive to legal and marital unions, but arises based on the principle of freedom to decide how to exercise the right to form a family.

Keywords: *Proper and improper de facto union, family, marriage, context of justification, material dynamic criterion.*

INTRODUCCIÓN

Las uniones de hecho, entendidas como relaciones consensuadas, en su clasificación de impropia, esto es, no formalizadas legalmente entre dos personas, han emergido como una forma de convivencia cada vez más prevalente en muchas sociedades contemporáneas.

A través de un análisis multidisciplinario, este estudio se propuso explorar las bases teóricas que respaldan la adopción de un criterio dinámico-material en la comprensión y regulación de las uniones de hecho, buscando trascender las limitaciones de las concepciones estáticas y puramente formales, reconociendo la evolución y la diversidad de las relaciones afectivas y convivenciales en la sociedad contemporánea. Para tal efecto, se examinaron las diversas corrientes teóricas, los marcos conceptuales y la legislación pertinente, así como su relevancia para comprender la naturaleza cambiante y multifacética de estas uniones en contextos legales, sociales y culturales diversos. Asimismo, también se hará uso de jurisprudencia internacional y casuística nacional con la finalidad de poder saber cuál es el tratamiento que se da a este tipo de uniones en otros países, para posteriormente comparar con el tratamiento jurídico en el ámbito nacional; todo ello con la finalidad de poder discutir que los criterios de clasificación de la unión de hecho en propia e impropia privilegian al matrimonio antes que a la familia, dado que sus elementos están conformados por requisitos formales los cuales deberían ser secundarios para declarar la misma como una unión de hecho y reconocerle derechos a sus integrantes.

Para esto, se estableció el primer capítulo referido a los aspectos metodológicos, mismos que consignan tanto a la contextualización como a la descripción del problema, contando con evidencia que da cuenta de la existencia de un problema real a nivel fáctico en cuanto a la prevalencia de las cuestiones formales por encima de las materiales cuando el juez va a reconocer derechos a una pareja; luego de ello, se constata la redacción de la formulación del problema, la justificación, los objetivos, hipótesis, el tipo y nivel de investigación, los métodos, técnicas e instrumentos.

El segundo capítulo se compone de aspectos *iusfilosóficos* que dan cuenta de un marco teórico acorde a los objetivos de la investigación ya que, se ha considerado, incluir, por ejemplo, el paradigma del Estado Constitucional de Derecho, la teoría de los derechos fundamentales, entre otros, pero sobre todo la teoría de la argumentación jurídica, la cual reviste especial importancia para la presente investigación porque en ella se desarrollan los conceptos de “contexto de justificación interna y externa” que es de donde la presente investigación se avala para sustentar su desarrollo.

Finalmente, en el tercer capítulo, se ha desarrollado la discusión de resultados y la contratación de la hipótesis, lo cual necesariamente responden a los objetivos específicos y a la hipótesis respectivamente, para posteriormente proceder a redactar las conclusiones, así como plantear ciertas recomendaciones.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1. Contextualización o problemática

Las personas, como sujetos de derecho, dentro de su desarrollo como tal y dentro de la órbita de su autonomía privada, ejercen su derecho a formar una familia. Esta institución comprende diversas figuras como las del matrimonio y las uniones de hecho que, por su especial connotación dentro de la sociedad, ostentan reconocimiento social y jurídico. Su regulación da cuenta del valor que dichos intereses significan en la sociedad.

En cuanto al matrimonio, se lo concebía como única fuente constituidora de familia; y, aunque actualmente (2024), tal concepción ha cambiado considerablemente, aun se la tiene como principal fuente según la doctrina y el sistema jurídico.

Manifiesta Plácido Vilcachagua (2013):

hay que entender que no se puede tratar por igual al matrimonio y a las uniones de hecho, pues al ser situaciones disímiles deben ser tratadas desigualmente. Si no se puede obligar a nadie a casarse, tampoco se puede obligar a tener los efectos previsionales propios del matrimonio. (p. 54)

Con ello, se deja ver que el matrimonio es fuente primordial para la constitución de familia, aunado a que, también, normativamente el matrimonio tiene preferencia frente a las uniones de hecho, pues, posee ventajas tales como, la consagración de la filiación directa, en tanto que, el artículo 362 del Código Civil, presenta la presunción de filiación matrimonial señalando que, el hijo o hija se presume matrimonial, salvo que la madre declare expresamente que no es del marido; también, tienen el derecho de alimentos, pues el artículo 474 del Código Civil, establece que los cónyuges se deben alimentos recíprocamente, pero no menciona a los convivientes; además, se exterioriza el derecho a llevar el apellido del marido, toda vez que así lo estipula el artículo 24 del Código Civil.

Sin embargo, contemporáneamente, las formas de constituir familia son muy variadas, existiendo así, las familias nucleares, monoparental, anaparentales, reconstituida, paralela, etc., independientemente de la clasificación que manejan los autores. La familia monoparental, que es aquella conformada por uno de los padres y sus hijos, tiene su origen en Roma, toda vez que los emperadores romanos no aceptaban al segundo matrimonio. Las familias anaparentales, son aquellas que están conformadas por determinadas interacciones tales como ayuda, integración, afecto, se encuentra aquí los hermanos e incluso los amigos. Las familias reconstituidas, caracterizadas porque están conformadas por las

parejas y sus respectivos hijos provenientes de matrimonio anterior o de una convivencia. La familia paralela, cuya caracterización refiere a dos familias que comparten un miembro que es cónyuge de ambas, cónyuge de una y conviviente de otra o conviviente de varias. También se distingue a las familias creadas a través de uniones paralelas “cuando coexisten uniones sin impedimento matrimonial entre una persona y varias parejas” y sucesivas “cuando se inicia una nueva relación luego de haber existido otra con diferente pareja” (Pimentel Tello, 2014, p. 8).

El tener como tal, a todas estas formas de familia deja ver la ruptura con el único modelo de familia establecido por el matrimonio o del modelo tradicional, lo cual dista de la regulación legal, pero concuerda con la realidad social.

Aceptar otras formas de enlaces es repensar una legítima protección jurídica que conduce al reconocimiento del principio del pluralismo y la libertad que encarna a la sociedad de hoy. El principio de la pluralidad familiar está estrechamente vinculado al principio de la igualdad de las entidades familiares y el principio de libertad de elección y también podrá ser designado como una forma de materialización del principio de la dignidad humana. (Varsi, 2011, p. 64)

Bajo ese contexto, el matrimonio en cuanto a forma de constituir familia va perdiendo protagonismo y aunque no exista una definición consensuada de la misma, ha dejado de concebirse como única. Usando el concepto de Rondón García (2011), se puede decir que:

es la institución basada en lazos de relación del matrimonio, descendencia o adopción constituida por padres, no necesariamente casados, y sus hijos, unidos y fortalecidos por el amor y el respeto mutuo. Haciendo el concepto más elástico, la concebimos como el conjunto de personas que comparten unas necesidades afectivas y unas funciones compartidas y negociadas por sus miembros (p. 82).

Es decir, matrimonio y familia son dos figuras que están relacionadas, pero a medida que la sociedad evoluciona, cada una se vuelve independiente y se desliga a la familia como figura necesaria del matrimonio, puesto que se evidencia existencia de variedad de formas para constituir familia, todas ellas merecedoras de protección jurídica.

En cuanto a las uniones de hecho, como se señaló anteriormente, también constituye otra fuente formadora de familia, aunque en un plano de desigualdad respecto de sus miembros, significó en un determinado momento un gran avance en la sociedad y el derecho de familia. De esta figura, se desprende dos clasificaciones con caracteres diferenciados. La primera, la unión de hecho propia, por la cual las personas mantienen una convivencia sin ningún impedimento para casarse, cuya institución jurídica es reconocida como “la unión estable monogámica y voluntaria de dos personas heterosexuales, libres de impedimento matrimonial que da origen a una familia, siendo merecedora de protección por parte del Estado en condiciones de igualdad” (Varsi, 2011, p. 385). La segunda, llamada unión de hecho impropia, en la que, por lo menos, uno de

los convivientes se encuentra impedido para contraer matrimonio, tales impedimentos están contenidos en la ley, siendo uno de ellos, el estar casado con otra persona, motivo por el cual, no posee protección jurídica alguna.

Ahora bien, en cuanto al reconocimiento de esta figura, la unión de hecho propia, los autores sostienen que una de sus finalidades está enfocada en “solucionar una situación injusta de enriquecimiento indebido; cuya finalidad es brindar únicamente protección en el orden patrimonial al varón y a la mujer que lo integran, siendo que no debe considerársela especie menos plena de la institución de matrimonio” (Cornejo, citado en Ruiz Mostacero, 2016, p. 63).

Dicho esto, se entiende a la unión de hecho como mecanismo protector de bienes patrimoniales generados por la unión y no como un “estado de familia” que origina el concepto de familia dada su dimensión y contenido material, pues se desenvuelve en gran similitud con las uniones matrimoniales.

A partir de la concepción de uniones de hecho impropias se desprende la temática a investigar, pues el artículo 5 de la Constitución Política y el artículo 326 del Código Civil han contemplado diversos elementos para considerar a la unión de hecho propia, tales como homosexualidad, libres de impedimento matrimonial, duración mínima de dos años, entre otros,

reconociéndoles derechos y obligaciones y, en consecuencia, brindando protección jurídica; sin embargo, no se considera a las uniones de hecho impropias, las cuales, también forman parte de la diversidad para conformar familia.

Considerando los requisitos estipulados en la Constitución y el Código Civil, la declaración de la unión de hecho está clasificada en propia e impropia, cuya competencia está dada únicamente al notario y al juez, quienes solo pueden declarar una unión de hecho propia.

Así, para efectos de la presente investigación, la declaración de la unión de hecho que prioritariamente se tendrá en cuenta, es la que se da en el ámbito jurisdiccional, toda vez que, el juez, es el único competente para declarar la unión de hecho cuando existe conflicto de intereses. Tal declaración diferencia entre si es propia o impropia y, en base a ello, reconoce derechos y protege a sus integrantes.

Normativamente, solo si es propia es merecedora de protección. Por eso, en la presente investigación es de suma importancia hacer uso del contexto de justificación estudiado en la teoría de la argumentación jurídica de Alexy (1978), dado que, distingue entre justificación interna y justificación externa. La primera, se basa en una corrección lógica formal donde la conclusión se deriva de las

premisas, utilizada para la solución de casos fáciles, por ejemplo, si una pareja está casada, automáticamente le corresponde todos los efectos patrimoniales del matrimonio porque este se encuentra regulado en el Código Civil.

Empero, la justificación externa, presupone que la conclusión no se deriva de las premisas, lo que exige que, es necesario hacer un mayor análisis para justificar y motivar adecuadamente la decisión del juez, tal es el caso de las uniones de hecho impropias, pues al no tener regulación legal, su reconocimiento solo puede darse a partir de un enfoque constitucional y convencional para no desproteger a la familia.

En ese sentido, la justificación externa es usada para los casos difíciles, es decir, los casos en donde la respuesta no es clara y es necesario hacer uso de principios generales del derecho, jurisprudencia, doctrina y otras fuentes del derecho, para llegar a una decisión que se postule justa. Por eso, tal teoría será de suma importancia para los efectos de la presente investigación, porque atendiendo a las propias características del caso en concreto, se podrá postular la permisión del reconocimiento de la unión de hecho "impropia" como una familia.

Notablemente, hablar de uniones de hecho, matrimonio y familia, involucra valores de preciado valor para el ser humano tales como,

la libertad para conformarse, la igualdad frente a otras formas, entre otros, por eso, conduce a verificar el contenido de las normas convencionales relacionadas a la temática en mención. La Convención Americana sobre los Derechos Humanos (1978), en cuanto a las relaciones afectivas de las parejas, no distingue entre familias matrimoniales y extramatrimoniales, por eso le otorga protección a ambas; la Constitución Política del Perú (1993) en su artículo 4 menciona que la protección jurídica es para cualquier tipo de familia, sin embargo, en el artículo 5 se menciona al concubinato definiéndolo como “la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial”, evidenciando específicamente una forma de constituir familia – la unión de hecho propia - y, en igual sentido, lo hace el Código Civil (1984), en su artículo 326, cuando menciona que las uniones libres de impedimentos matrimonial – uniones de hecho propias - serán consideradas como fuente para constituir familia.

Es decir, formalmente, la figura de la unión de hecho impropia no tiene regulación constitucional ni legal, pero no se puede negar la estrecha e íntima relación de esta figura con el Derecho de familia y más aun con el contenido material del concepto familia en tanto que, no hay una forma específica y exclusiva para su conformación, pues todas ellas, tanto constitucionalmente como convencionalmente, sí están protegidas. Además, la unión de hecho impropia también es generadora de intereses y valores por

cuanto su finalidad se asemeja a la del matrimonio y las uniones de hecho propias, lo que coincide con la esfera personalísima de cada persona, involucrando principios-derechos de carácter constitucional como el libre desarrollo de la personalidad, la libertad e igualdad.

Ello, encuentra asidero en los reportes oficiales que emite el Instituto Nacional de Estadística e Informática en los Censos Nacionales de Población y Vivienda (2017), el cual informó que las uniones de hecho representaban el 32,3 % y las uniones matrimoniales el 34,7%, además, el 7,4% de la población se encontraba separada y el 1,5% estaba divorciado.

Para el año 2023, el Instituto Nacional de Estadística e Informática dio a conocer los resultados de la Encuesta Nacional de Hogares (ENAH) (2021), en donde se informó que, el 24,2% de la población de 12 y más años de edad son convivientes y el 23,5% son casados, separados el 9,8%, y divorciados el 0,7%.

Estos datos dan cuenta de la realidad y preferencia de las personas por convivir antes que, por contraer matrimonio, manifestación que comprende su derecho a la libertad de elección para decidir cómo ejercer su derecho a la familia, pues finalmente, la unión de hecho, ya sea propia o impropia y demás formas de constituir familia,

forman parte del concepto material que hoy se maneja para entender su contenido.

Precisamente, la preferencia de la convivencia antes que del matrimonio hace que en la sociedad se presenten situaciones que el derecho no puede desconocer, por ejemplo, es común que una persona estando casada con otra, tenga en paralelo otra pareja o, que, estando casada, se haya separado de hecho hace varios años para convivir con otra, pero manteniendo aún el vínculo formal del matrimonio, lo que, acarrea una unión de hecho impropia.

Lo anteriormente señalado, en el ámbito judicial, para declarar la unión de hecho y reconocer derechos a sus integrantes, conduce a que se prefiera al matrimonio, como vínculo formal, antes que a la unión de hecho impropia como vínculo material, cuyo principal fundamento es la regulación normativa a favor del matrimonio y las uniones de hecho propias, dejando cerrada toda posibilidad para si quiera entrar al análisis y discutir el caso concreto de una unión de hecho impropia.

Muestra de ello, se verifica a través de la Casación N.º 1189-201, en donde la demandante argumenta haber tenido una relación convivencial con el demandado desde el 2006 hasta el 2015, producto de lo cual han obtenido un bien inmueble y un bien mueble, pero La Corte Suprema refiere que solo respecto del

segundo bien la demandante también es propietaria, toda vez que el mismo está inscrito a nombre de la demandante y la demandada; sin embargo, respecto del primero, no hace ningún análisis porque a la fecha de adquisición del bien, la demandante se encontraba casada.

Asimismo, en la casación N. ° 1086-02 ICA, la demandante solicita pensión de alimentos, argumentando que, ha mantenido una relación convivencial con el demandado, producto de lo cual han procreado hijos, sin embargo, debido a que, la parte demandada ha presentado una partida de matrimonio desde el año 1993, el juez de la Corte Suprema considera que la demandante no tiene calidad de conviviente porque no se ha cumplido con los requisitos establecidos y, por tanto, indica que no le corresponde derecho alimentario.

Tal descripción pone en evidencia la preferencia de la consagración de la familia a través de requisitos formales y, consecuentemente, el reconocimiento de derechos para aquellas uniones que han sido originadas mediante el matrimonio o la unión de hecho en términos de ley.

Contrariamente, la jurisprudencia internacional de países como México y Brasil, a través de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, a través de la Primera Sala, Amparo Directo en

Revisión 230/2014 y la Súmula N. ° 380, respectivamente, permite afirmar que ya existe reconocimiento de algunos derechos como el derecho a los alimentos y el derecho sucesorio para la convivencia impropia, cuyos fundamentos son la existencia de una familia, no en términos legales, sino materiales, pues su finalidad es muy similar a la unión matrimonial o a la unión de hecho propia.

1.1.2. Descripción del Problema

El órgano jurisdiccional, personificado en el juez, cuando declara la unión de hecho para reconocer derechos convivenciales pone atenta su mirada a las formalidades de constitución de tales parejas, haciendo prevalecer un vínculo formal respecto de un vínculo material, olvidando que las relaciones de pareja se forman por vínculos afectivos y, por los mismos, también se apartan de ellos, además que la familia hoy en día adopta diversas modalidades de formación, no habiendo razón para preferir al matrimonio o a la unión de hecho en términos de ley antes que a la unión de hecho impropia si la unión de las dos primeras solo se basa en vínculos formales, he ahí la importancia del estudio del contexto de justificación que busca sustentar que la unión de hecho sea interpretada de forma dinámica, pues cómo está regulado el artículo 5 de la Constitución Política del Perú y 326 del Código Civil, actualmente, genera mayor desprotección para las familias, en tanto, que menciona la protección para aquellas que cumplan las formalidades, desconociendo las diversas formas de hacer familia

y los vínculos materiales que las unen, así como, los derechos involucrados como el de libertad, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, etc.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuál es el contexto de justificación teórico que sustenta el criterio dinámico – material en las declaraciones de uniones de hecho?

1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

El Derecho, en una de sus acepciones, constituye un medio para otorgar seguridad y tranquilidad a la sociedad, por eso, a medida que esta cambia, el Derecho también lo hace. Ante ello, la forma de constituir familia ya no deviene únicamente del matrimonio, sino que existe variedad y libertad para ejercer el derecho a formar familia.

Es así que, la interpretación formal que hacen los órganos jurisdiccionales no es suficiente, por eso la presente tesis es importante porque a partir del estudio de las teorías – derechos fundamentales, argumentación jurídica- y posturas filosóficas se puede lograr un cambio trascendental en la concepción de la familia y las declaraciones de las uniones de hecho, para entenderlas como uniones que abarcan características diferentes y necesitan de posturas rígidas y abiertas para ser entendidas y protegidas jurídicamente, haciendo, la presente tesis ver su utilidad, para que los criterios que tienen en cuenta el órgano jurisdiccional no sean tan formalistas.

En primer término, a nivel teórico, la presente tesis sirve para identificar los elementos de la teoría de la argumentación jurídica, teoría de los derechos fundamentales, los métodos y teorías de interpretación constitucional, así como, del paradigma del Estado Constitucional de Derecho en relación al derecho de familia, que resulten eficientes para dar una nueva mirada al contenido de familia, específicamente a la forma de agruparse para formarla; así, el análisis de tales teorías relacionadas al tema de investigación conllevará a la actualización del derecho de familia y la forma de agruparse de los sujetos, lo cual demuestra su utilidad e importancia porque permitirá proteger los derechos subjetivos de aquellas personas que deciden libremente la forma en cómo quieren agruparse para formar familia.

A nivel práctico, el estudio de las teorías y enfoques doctrinarios mencionados en el párrafo anterior, sirvió para identificar los componentes de la figura de la unión de hecho, los alcances de la misma, su coherencia normativa dentro del sistema jurídico y su relación con los principios de igualdad, libertad y libre desarrollo de la personalidad; ello resulta conveniente a la normatividad civil y específica de familia, puesto que, será capaz de tutelar los derechos relacionados a formar una familia y ser parte de ella, pero en términos distintos al matrimonio o unión de hecho apegada a la norma.

Finalmente, respecto de la sociedad misma, la investigación resulta sumamente relevante, puesto que, mientras el derecho cuente con mayor capacidad de proteger los derechos de los integrantes de una familia, estas

se van a sentir protegidas y respaldadas en términos de igualdad y libertad independientemente del tipo de unión que ostenten.

1.4. OBJETIVOS

1.4.1. General

Determinar el contexto de justificación teórico que sustenta el criterio dinámico –material en las declaraciones de uniones de hecho.

1.4.2. Específicos

- a)** Analizar la pertinencia de los criterios contemporáneos de clasificación en propia e impropia para declarar la unión de hecho.
- b)** Identificar y explicar los presupuestos fácticos que fundan la necesidad de interpretar las uniones de hecho en base a un criterio dinámico.
- c)** Identificar y explicar las circunstancias de hecho que componen el criterio material de comprensión de las uniones de hecho.

1.5. DELIMITACIÓN

1.5.1. Espacial

La investigación fue básica, con análisis dogmático, motivo por el cual no cuenta con delimitación espacial.

1.5.2. Temporal

La investigación fue básica, con análisis dogmático, motivo por el cual no cuenta con delimitación temporal.

1.6. LIMITACIONES

Ha existido limitaciones para conseguir la casuística relativa al tema de investigación en el ámbito nacional, dado que, los casos existentes en la web muchas veces no están completos y, cuando se acudió al órgano jurisdiccional, específicamente al Tercer Juzgado de Familia, los funcionarios manifestaron que cuando se presenta tales casos son declarados improcedentes de plano, no permitiendo el acceso a alguno de ellos.

1.7. TIPO Y NIVEL DE TESIS

1.7.1. De acuerdo al fin que persigue

La investigación básica, se denomina así porque “se origina en un marco teórico y permanece en él. El objetivo es incrementar los conocimientos científicos, pero sin contrastarlos con ningún aspecto práctico” (Muntané Relat, 2010, p. 221); en la investigación

planteada, el marco de referencia está en función al contexto de justificación que sustenta el criterio dinámico –material en las declaraciones de uniones de hecho, teniendo en cuenta las necesidades sociales contrastadas con las teorías sobre derechos fundamentales, argumentación jurídica, así como, en el paradigma del Estado Constitucional de Derecho; todo ello, para identificar los elementos que le son suficientes para la reconstrucción de la figura de la unión de hecho a partir de la necesidad de reconocer y proteger las relaciones que, aunque no formalizadas legalmente como un matrimonio o unión de hecho en términos de ley, cumplen funciones y roles similares.

1.7.2. De acuerdo al diseño de la investigación

Se trata de una investigación descriptiva, ya que, “busca especificar las propiedades importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido a análisis. Vale decir se selecciona una serie de cuestiones que luego se miden por separado” (Elgueta y Palma, s.f. p. 152). En ese sentido, describió el problema respecto a la preferencia de requisitos formales para la declaración de la unión de hecho, para lo cual se hizo uso del artículo 5 de la Constitución y el artículo 326 del Código Civil como fuentes normativas, de las teorías de derechos fundamentales y argumentación jurídica, así como posiciones doctrinales respecto a las uniones de hecho, a efectos de proporcionar una imagen detallada y precisa del objeto en estudio.

Asimismo, la investigación también fue explicativa, toda vez que se centró en “determinar los orígenes o las causas de un determinado fenómeno, donde el objetivo es conocer por que suceden ciertos hechos a través de la delimitación de las relaciones causales existentes o, al menos, de las condiciones en que ellas producen” (García Irgueta, 2019, p. 21). En ese sentido, se buscó explicar por qué las uniones de hecho en su clasificación de impropia no son consideradas como una familia y por tanto no tiene protección jurídica, es decir, por qué al momento de la declaración de unión de hecho se tienen en cuenta prioritariamente aspectos formales antes que los materiales, si la cosmovisión actual respecto a las formas de familia, el matrimonio y las uniones de hecho, ya no es la misma que en los años 1984 o 1993.

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

La investigación cualitativa, “se nutre epistemológicamente de la hermenéutica, la fenomenología y el interaccionismo simbólico” (Monje Álvarez, 2011, p. 12), actuación que se llevó a cabo en la presente investigación, donde la interpretación de las teorías sobre derechos fundamentales, argumentación jurídica, teorías y métodos de interpretación constitucional, así como, las normas referidas al artículo 5 de la Constitución y 326 del Código Civil sirvieron para realizar la discusión de la investigación, aunado al estudio de las circunstancias que se podrían generar con el tratamiento factual de las uniones de hecho, tales como, la

generación de mayor desprotección en el goce de sus derechos, estudio que no incluyó datos o tabulaciones estadísticas.

1.8. HIPÓTESIS

El contexto de justificación teórico que sustenta el criterio dinámico – material en las declaraciones de uniones de hecho es:

- a)** Los criterios contemporáneos privilegian la idea del matrimonio frente a la existencia de la familia, al clasificar a las uniones de hecho en propias e impropias.
- b)** La unión de hecho como un derecho de raigambre material y no de raigambre formal.
- c)** La existencia de circunstancias no estáticas involucra un dinamismo en la conformación de la unión de hecho.

1.9. MÉTODOS

1.9.1. Generales

A. Analítico

El método analítico, también ha sido utilizado en la presente investigación, debido a que se trata de un “método científico aplicado al análisis de los discursos que pueden tener diversas formas de expresión, tales como, las costumbres, el arte, los

juegos lingüísticos y, de manera fundamental, la palabra hablada o escrita” (Lopera y otros, 2010, p. 89), como ha ocurrido en el presente trabajo en el que se han analizado los términos, las formulaciones, las posturas relacionadas con el Estado Constitucional de Derecho, los derechos fundamentales, teoría de la argumentación, el derecho de familia, para así, a partir de una correlación, poder sustentar la postura asumida por el tesista.

B. Deductivo

La investigación hizo uso del método deductivo, este método resulta eficiente para la interpretación de los datos de la realidad a través de un procedimiento en el que “se organizan hechos conocidos y se extraen conclusiones mediante una serie de enunciados, conocidos como silogismos, que comprenden: la premisa mayor, la premisa menor y la conclusión” (Dávila Newman, 2006). Es así que, fue utilizado en la investigación, en tanto a que, ayudó a verificar la corrección lógica de la conclusión, evidenciando si estas se derivaban de las premisas. Con este método se permitió verificar, que las uniones de hecho impropias como fuente para conformar familia no devienen desde la regulación legal, precisamente porque no están reguladas; en consecuencia, su reconocimiento como tal, deviene de un enfoque constitucional y convencional, mediante

otras fuentes del derecho, como es los principios de protección de la familia, libertad e igualdad.

1.9.2. Específicos

A. Dogmático

Esto se establece a través de un conjunto de observaciones (estudio de los textos normativos, teóricos, doctrinarios), su interpretación (que según esta primera metáfora sería una actividad cognitiva) y su posterior sistematización (Núñez Vaquero, 2014). El método dogmático se utilizó en la totalidad del estudio, pues, a partir del artículo 4 de la Constitución Política y 326 del Código Civil se buscó interpretar la figura de familia, unión de hecho y matrimonio, desde una óptima dinámica, lo cual se materializó en la constatación de que la familia actualmente también puede estar conformado por uniones de hechos impropias.

B. Exegético

Por su parte, el método exegético fue de utilidad porque “se basa en un esquema teórico que raya con las explicaciones conceptuales formales hasta llegar a un dogmatismo dado, estima solo como derecho lo que está plasmado en la ley” (Sánchez Vásquez, s.f., p. 280); método que tiene importancia porque se analizó única y exclusivamente las normas en

sentido lato, para descubrir la voluntad del legislador, es decir, que quiso decir con la proyección de la redacción de las normas establecidas en el artículo 5 de la Constitución Política y 326 del Código Civil, en los años aproximados a 1993 y 1984, respectivamente.

C. Teleológico

El método teleológico sirvió de gran apoyo para esta investigación pues “pretende llegar a la interpretación de la norma a través del fin de la misma, o sea, la razón de ser de la norma o *ratio legis*, que va más allá del simple texto” (Ortega Marín, 2018, párr. 9), es así que, en el presente trabajo se analizaron las normas relativas al derecho de familia, tales como el artículo 4 y 5 de la Constitución Política actual y el artículo 326 del Código Civil, para entender cuál es la finalidad de la dación de las mismas y, en ese cometido, poder contrastar con los aspectos sociales presentados en la sociedad para verificar si tal finalidad es o no cumplida y como se están entendiendo tales normas.

D. Hermenéutico

La Hermenéutica “es una actividad interpretativa que permite la captación plena del sentido de los textos en los diferentes contextos por los que ha atravesado la humanidad” (Ricoeur, citado en Arráez, 2006, p. 174). Ante ello, se utilizó para el

estudio del marco normativo existente compuesto por el artículo 5 de la Constitución Política y 326 del Código Civil, a efectos de dilucidar los elementos que componen ambas normas, pero no en un sentido literal, sino haciendo uso de la interpretación en donde indudablemente se pueden encontrar diversas posturas y concepciones que tiene en cuenta los momentos históricos por los que atraviesa la humanidad.

E. Histórico

El método histórico se refiere a la aplicación de un enfoque sistemático y crítico para estudiar y comprender eventos pasados, “analiza datos relevantes de un tema histórico, permitiendo al investigador sintetizar la información para construir un relato coherente de los acontecimientos ocurridos en el episodio que se está estudiando” (Aranda Gonzalez, 2019, párr. 3), lo cual fue de importancia porque permitirá, conocer cómo se entendía a la familia, matrimonio y uniones de hecho durante dación del Código Civil, la Constitución actual e incluso la de 1979, para contrastarlo con la realidad actual y formular la dinámica de la familia.

1.10. TÉCNICAS

1.10.1. Observación Documental

Pues, para el cumplimiento de los objetivos específicos se han identificado diversas fuentes teóricas y dogmáticas, mismas que han sido objeto de observación con la utilización de un procedimiento ordenado de selección y sistematización, lo cual hizo posible la posterior utilización de los métodos antes mencionados para el análisis.

1.10.2. Análisis documental

En concordancia con la observación documental el análisis documental sirvió porque a través de un conjunto de operaciones destinadas a representar el contenido y la forma de un documento va a facilitar su consulta o recuperación de las fuentes consultadas para lograr los objetivos de esta investigación.

1.11. INSTRUMENTOS

1.11.1. Hoja guía de observación documental

La hoja guía se utilizó para la aplicación de la técnica de análisis documental antes dicha.

1.12. UNIDAD DE ANÁLISIS, UNIVERSO Y MUESTRA

Debido a que se trata de una investigación teórica no cuenta con unidad de análisis, universo ni muestra.

1.13. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Se realizó una búsqueda general en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación RENATI, en donde se pudo encontrar autores como Cortez Cáceres y Flores Berru (2023) quienes categorizan a la unión de hecho impropia como una problemática latente, que no cuenta con regulación propia y tiene como consecuencia un fuero de desigualdad frente a las otras formas de familia, proponiendo un nuevo régimen patrimonial propio para tal tipo de uniones, sin embargo, no propone uno. Yañez Gonzales y Vilca Macedo (2018), proponen la creación de un registro de uniones de hecho impropias, efectivizado mediante un pacto civil de solidaridad, sin embargo, olvida las personas difícilmente aceptarían recurrir a ello, pues se trata de un acto formal, es decir, sino lo hacen para formalizar su unión propia, menos será para formalizar una unión impropia. Por su parte, Saca Urday (2018), reconoce a la unión de hecho impropia como una familia y propone la reforma constitucional del artículo 5 de la Constitución y del tercer párrafo del artículo 326 toda vez que se vulnera el derecho a la igualdad ante la ley. Asimismo, Yarupuma Quispe (2021) investiga respecto a la inutilidad del tratamiento diferenciado en los tipos de uniones de hecho, enfoca la investigación desde el ámbito procesal; inutilidad que se ve superada cuando la tutela es una sola independientemente de su designación, porque ambas están dentro del concepto de familia. También Mamani Escobar (2013), es de la idea de que, si la unión se ha forjado antes del matrimonio con otra persona, debe prevalecer el primero, sin embargo, la dificultad para probar ello sería el problema, además el orden de prelación no es relevante, sino identificar la formación de una

verdadera familia. Finalmente, Pimentel Tello (2014) propone una propuesta legislativa para reconocer y proteger a las convivencias paralelas y sucesivas, siempre que cumplan con estar inscritas en el registro personal entre otros requisitos, además propone una medida administrativa de interconexión de registros para no errar en la declaración de unión de hecho a quien corresponda.

Asimismo, también se realizó la búsqueda específica en los repositorios de tesis de universidades nacionales y extranjeras: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Nacional de Cajamarca, Universidad Nacional de Trujillo, Universidad Nacional Autónoma de México.

A partir de las búsquedas realizadas, se ha podido evidenciar diversas investigaciones tanto en uniones de hecho como en matrimonio. El autor Llacari (2018) hace un esfuerzo para diferenciar las distintas formas de familia, pero caen en una equiparación respecto de las uniones de hecho propias con las demás existentes en la realidad. Fernández, (2014), señala que la deconstrucción de la noción de familia ha evidenciado que la identificación de esta con lo natural constituye una ideología, pues la familia tradicional ha perdido fuerza y se ha dado paso a la concepción que asume a la familia como una construcción social y cultural, por tanto, diversa y cambiante. Por su parte, Manrique (2020), menciona que el contexto normativo del matrimonio en el Perú, tanto históricamente y deontológicamente, no ha contado con regulación autónoma puesto que siempre ha estado relacionado al fenómeno-institución de la familia, y que

las uniones de hecho han roto la fuente privilegiada de constituir familia. También, Celis (2016) y Soto (2018), hacen hincapié en la protección del patrimonio, aunque no de manera clara, pero reconoce a las uniones de hechos impropias como un tipo de familia y por tanto portadora de mismos derechos y deberes que las demás, como los derechos de libertad, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, etc. Romero (2007) menciona que la evolución del derecho de familia adquiere hoy un carácter prioritariamente afectivo y privado que genera prioridad de modelos familiares producto del ejercicio de su derecho a la libertad y libre desarrollo de la personalidad de los involucrados, así como de sus expectativas subjetivas.

Ahora bien, se ha evidenciado la descripción de las categorías de unión de hecho, matrimonio y familia, pero no existe tratamiento en cuanto a la unión de hecho impropia entendiéndola como una figura que genera desprotección para sus miembros por la prevalencia de las formalidades que señala el Código Civil, pues hasta el momento los trabajos revisados dan cuenta del desarrollo de la unión de hecho impropia arraigado al concepto de familia lo cual es correcto, pero siempre a partir del matrimonio y es que esta figura nace por la regulación de formalidades para contraer matrimonio, y siendo así la familia como tal nunca podrá verse como una figura autónoma y con contenido propio.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. MARCO IUSFILOSÓFICO DE LA INVESTIGACIÓN

La postura *ius-filosófica* implica una perspectiva desde la cual se analizan y reflexionan los fundamentos filosóficos del derecho y la justicia. Esta postura se caracteriza por examinar cuestiones como la naturaleza del derecho, sus fundamentos morales, su relación con la ética, la política y la sociedad, así como las implicaciones de las decisiones legales en la vida de las personas y en la organización de la comunidad.

En ese tenor, el reconocimiento del marco ius-filosófico debe entenderse a partir del debate teórico acerca de la naturaleza y contenido del derecho cuya finalidad gira entorno a la producción, ejecución, aplicación y efectos del derecho, lo cual, “no deben ser nunca convertidas en estériles discusiones acerca de etiquetas formales o conservadoras” (Moreso y Vilajosana Rubio, 2004, p. 192).

En base a ello, tal discusión filosófica se vale de tres posturas teóricas tradicionales conocidas por todo el círculo jurídico: *ius-naturalismo* y *ius-positivismo*, de las cuales, se tiene en cuenta sus elementos más importantes y su conexión más próxima con la propuesta planteada en la investigación, para afirmar cuál de las tres posturas teóricas tradicionales le da sustento al contexto de justificación teórico que sustenta el criterio dinámico –material en las declaraciones de uniones de hecho.

2.1.1. El *ius naturalismo*

La idea de necesaria conexión entre derecho y moral y, de allí, se justificaba que la ley natural es superior a la ley del hombre debido a la preexistencia del primero sobre el segundo, postura que tuvo sus inicios en Grecia y Roma y concibió tres sub-dimensiones.

La primera dimensión se relaciona con el *ius-naturalismo* clásico en donde únicamente era derecho todo aquello que estaba relacionado con la justicia, es decir, una ley natural debería siempre ser justa concibiendo a la justicia como derecho natural y al derecho natural como norma (Castro Blanco, 2010).

Dimensión que se vio desplazada por el *iusnaturalismo* teleológico, en donde, la idea de derecho también se abrazaba a la ley natural pero de modo diferente, pues se concebía como ley natural a la creación del mundo humano y natural de Dios, es decir, es derecho, todo aquello que se condiga con los postulados de Dios representado a través de la iglesia católica, en donde básicamente, se buscaba hacer siempre el bien y evitar el mal, sin embargo, precisamente la discusión sobre el bien y el mal resulta muy abstracto porque pueden existir muchas posturas como personas puedan definir al mismo.

Finalmente, está la subdivisión del *iusnaturalismo* racional para quien es derecho todo lo que se condiga con la razón, es decir, a diferencia de las dos subdivisiones anteriores, esta última busca

ser más objetiva, basada en la consecución del raciocinio de las personas a quienes se considera totalmente capaces de adquirir los valores preexistentes que postulan las anteriores clasificaciones; no obstante, ello también resulta subjetivo y abstracto porque todas las personas pueden creer tener legitimación para ciertos derechos de acuerdo a sus propias creencias, costumbres e interpretaciones, sin embargo al no existir un órgano legitimado para reconocer y garantizar sus derechos, los ciudadanos pueden caer en la acreencia de tener siempre la razón para indicar que ostentan el derecho alegado.

De esta última acotación, nace la idea de codificación, es decir, de codificar las normas para afirmar que, es derecho todo aquello que esta normado; por eso, no es cierto que iusnaturalismo e ius-positivismo sean contrarias entre sí, pues están íntima y estrechamente ligadas, comparten una etapa germinal y a medida que crecen cada una se vuelve autónoma e independiente.

En base a ello, la postura del *iusnaturalismo* sirvió en la presente tesis para evidenciar que, el contexto de justificación teórico que sustenta el criterio dinámico material en las declaraciones de uniones de hecho encuentra apego con los elementos de esta corriente en tanto considera que, los derechos fundamentales se derivan de la naturaleza misma del ser humano y atendiendo a esa naturaleza, este evoluciona pero no pierde sus valores fundamentales ni su esencia innata basada en la dignidad humana;

a pesar de ello, no constituye la corriente que sustenta la investigación, puesto que, el derecho no puede fundamentarse únicamente de cuestiones naturales.

2.1.2. El *ius positivismo*

Con la acotación anterior se pasa a la era de la codificación, era en la que se postula la corriente filosófica del *ius-positivismo*, con la cual, la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral desaparece para tomar fuerza la tesis de la separabilidad (Hart, 1961), en donde derecho y moral son conceptos separados y que no necesariamente deben estar vinculados entre sí, arguyendo que es posible identificar qué es derecho sin necesidad de recurrir a consideraciones morales.

El indicado autor, citado en Ramírez Anguiano (2019) consideró que “la mejor manera de entender al derecho es considerando al mismo como una combinación o unión entre reglas primarias y secundarias” (p. 395). Las reglas primarias, imponen obligaciones y las reglas secundarias, establecen cómo se crean, modifican o se eliminan las reglas primarias; la existencia de estas reglas, vendría a definir un sistema jurídico.

Esta postura resulta deficiente porque, las reglas primarias y secundarias son fundamentales para garantizar una investigación metodológicamente sólida, pero resultan insuficientes para definir

una postura *iustificativa* en un tema tan complejo como el criterio dinámico-material en las uniones de hecho. Este tipo de análisis requiere una profundización en la justificación teórica, la interpretación de principios normativos y el contexto socio-jurídico, aspectos que las reglas metodológicas no cubren completamente.

Esta postura de derecho basado en reglas primarias y secundarias, se condice con el denominado positivismo metodológico, pues las reglas primarias y secundarias se describen sin hacer referencia a juicios morales intentando ofrecer una explicación objetiva de cómo se estructura un sistema jurídico.

Así en el positivismo metodológico, se sostiene que la validez de una norma no depende de su justicia moral, sino de su conformidad con las reglas secundarias del sistema y con esta idea la regla secundaria más importante, sería la de reconocimiento, porque a través de ella se puede definir qué constituye el derecho en un sistema determinado, sin necesidad de recurrir a consideraciones morales.

Es así que, en el positivismo metodológico, la distinción entre reglas primarias y secundarias es una herramienta para analizar la estructura interna de los sistemas jurídicos, lo cual es un objetivo típico del positivismo metodológico que busca una comprensión

clara y ordenada del derecho tal como se presenta en la realidad, es decir, del derecho objetivo.

Afirma Gorra (2011):

Este denominado positivismo metodológico o conceptual permite construir una teoría general del derecho, fundada en el derecho positivo, constituyendo como objeto de estudio de la ciencia jurídica las normas jurídicas, y cuyo objeto de estudio se describe a través de las proposiciones jurídicas. La neutralidad del positivismo jurídico, que describe formalmente al derecho, evita caer en los peligros de valorar al mismo desde un plano abstracto o metafísico carente sustento metodológico. (p. 43)

En ese sentido, lo que la cita quiere decir es que, el positivismo metodológico se basa en la idea de que el conocimiento debe provenir de la observación empírica y la verificación (Comte, 2013), con ello, “el fin de la ciencia del derecho es considerar el derecho tal como es y no como debería ser” (Guamán Chacha, 2020, p. 267).

He ahí la debilidad para ser la corriente filosófica de la presente investigación, dado que, muchos fenómenos sociales y culturales son complejos y no siempre son susceptibles de ser observados y medidos de manera directa, siendo insuficiente para captar la profundidad y la riqueza respecto de las uniones familiares tales como el matrimonio y las uniones de hecho.

Por otro lado, se tiene al positivismo teórico, el cual según García Figueroa (1998):

Por su parte, el positivismo teórico parece tomar por real lo que sólo puede plantearse como una ficción: que el derecho ofrece una respuesta a todos los casos que se le puedan presentar. El positivismo teórico ha sostenido de diversos modos que el sistema jurídico es pleno, consistente y preciso lingüísticamente. Este planteamiento presenta una consecuencia importante para el razonamiento jurídico: si el derecho ofrece siempre una respuesta jurídica a todos los casos, entonces la discreción judicial es innecesaria y, por tanto, su ejercicio lesiona injustificadamente el principio de la separación de poderes. (p. 372)

En concordancia con la cita anteriormente establecida, el positivismo teórico parte del respeto del principio de legalidad, con lo cual la validez de una norma jurídica no depende de su contenido moral o de su conformidad con principios éticos, sino de su origen y de su adhesión a las reglas establecidas en un cuerpo normativo.

En otras palabras, el positivismo jurídico sostiene que el derecho es un conjunto de normas y reglas establecidas por autoridades competentes y que el contenido de estas normas debe ser analizado y entendido sin considerar aspectos externos a las mismas normas, como la moralidad o los valores sociales, pues la ley es vista como el único fundamento del derecho, admitiendo con ello que la ley es completa.

Es así que, esta corriente filosófica tampoco constituye el sustento filosófico de la investigación, porque si se acepta que el derecho

puede ser entendido a partir del principio de legalidad, por el cual toda respuesta debe ser buscada y hallada en la ley, las uniones familiares quedan desprotegidas, porque como bien se ha argüido para el sistema jurídico peruano únicamente las uniones matrimoniales y las uniones en termino de ley ostentan protección; además, aceptar ello también implicaría aceptar que efectivamente el derecho no tiene deficiencias, empero como ya se ha visto, las normas jurídicas para la protección de las uniones de hecho no protegen todo tipo de uniones.

Finalmente, se encuentra el positivismo ideológico, el cual ha sostenido que “existe algún tipo de obligación moral de obedecer el derecho. En su versión fuerte, siempre debemos obedecer el derecho. En su versión débil, existe al menos una obligación *prima facie* de obedecer el derecho” (García Figueroa, 1998, p. 372).

Con ello, aunque el positivismo ideológico sigue sosteniendo que el derecho es un sistema normativo que se puede entender y aplicar sin necesidad de recurrir a valores morales externos, acepta que dentro del propio sistema jurídico pueden encontrarse valores implícitos, que pueden estar integrados en las normas y en los principios que el sistema jurídico promueve, es decir, le otorga una carga valorativa al derecho porque acepta que el derecho es “bueno” y necesario para organizar la conducta de los sujetos de una sociedad.

Sin embargo, a pesar de ello la corriente filosófica del positivismo implica de todas maneras la aplicación de una norma regulada en algún dispositivo normativo específico, es la connotación innata de tal corriente filosófica, por eso también es insuficiente para sustentar la postura *ius filosófica* de la investigación, porque las uniones de hecho únicamente en su clasificación de propia ostentan protección por estar reguladas en la Constitución.

En consecuencia, las diversas uniones familiares, tales como las uniones de hecho impropias, no pueden enmarcarse en los términos del positivismo, porque este propugna la redacción formal y exacta de un supuesto de hecho, lo cual no se condice con las características objetivas de las diversas uniones de hecho, dado que estas son diversas y complejas y no responden a un supuesto formal y exacto redactado en alguna disposición normativa.

Aunado a ello, como dice Atienza (2017) existe una clase de positivismo jurídico el “incluyente” que adopta criterios morales para la fundamentación de las decisiones, pero al seguir considerándose positivistas, esa utilización del uso de criterios morales es contingente, no necesaria.

Sin embargo, se reconoce su importancia porque en el caso específico del contexto de justificación teórico que sustenta el criterio dinámico – material para declarar las uniones de hecho se

puede verificar porque su incidencia normativa se encuentra dentro del derecho familiar y regula las relaciones de entre sus miembros y de estos con otros, incorporando figuras tales como: matrimonio y uniones de hecho.

Es así, que de tal connotación hemos podido argüir que las uniones de hecho solo están reguladas en la clasificación de propias, pero no hay término legal alguno que recoja a las impropias, sin embargo, se puede argüir que tales uniones verifican la existencia de una familia, figura que sí está regulado por la Constitución y el Código Civil.

Es decir, si bien, por ejemplo, las uniones de hecho impropias como tal, no está regulado, sí lo está, las uniones de hecho propias, la familia y el matrimonio, que son categorías que se interrelacionan en la presente investigación y de la redacción formal en cuerpos normativos específicos, se vale para estudiar sus contenidos en contexto específicos.

2.1.3. *Post-positivismo*

El pospositivismo surge como una corriente crítica y evolucionada del positivismo jurídico, respondiendo a las limitaciones y críticas que se han planteado contra las ideas positivistas tradicionales. Mientras que el positivismo, sostenía que el conocimiento científico se basa en observaciones objetivas y datos empíricos, el

pospositivismo reconoce que la realidad es más compleja y que la ciencia está influenciada por factores sociales y subjetivos.

En lugar de ver la ciencia como una búsqueda de verdades absolutas e inmutables, el pospositivismo enfatiza que el conocimiento es provisional y está sujeto a revisión continua. Es así que, reconoce la influencia de la perspectiva del investigador y los contextos históricos y culturales en la interpretación de los datos, se acepta que la objetividad completa es inalcanzable, pero abogan por la máxima rigurosidad metodológica y el reconocimiento de los sesgos potenciales.

Entonces, una de las contribuciones significativas del pospositivismo es su enfoque en la teoría y la explicación, buscando entender las teorías subyacentes y los supuestos que guían la investigación, ello no significa que se descarte la utilidad del método científico, pero sí que se amplía el alcance del análisis para incluir aspectos críticos y reflexivos sobre la naturaleza del conocimiento y su producción.

Esta pequeña introducción sobre el pospositivismo, nos acerca al desarrollo de la teoría jurídica de Atienza (2017) quien proyecta una teoría denominada “constitucionalismo pospositivismo”, a la cual defiende bajo la crítica al neoconstitucionalismo por considerarla ambigua, poco clara y reduccionista respecto del derecho únicamente a la Constitución.

Es así que, parte por señalar la naturaleza dual del derecho, entendiéndola como un conjunto de reglas y principios (Dorkin citado en Rojas Amandi, 2005) o como dice Alexy (1993) un componente de positividad y otro de idealidad, enfatizando con ello en que el derecho puede definirse descriptiva, normativa y valorativamente, distinguiendo su aspecto formal y material (Zagrebelsky, 2014).

En mi opinión, la mejor manera de expresar la naturaleza dual del Derecho consiste en ver en el mismo no sólo un sistema, un conjunto de normas, sino también (sobre todo) una práctica social con la que se trata de alcanzar (de maximizar) ciertos fines y valores, pero permaneciendo dentro del sistema: jugando al juego del Derecho. Por eso, el Derecho es, en parte, algo que está ahí fuera, algo dado (las normas establecidas por la autoridad), pero también, y de manera todavía más fundamental, una actividad, una empresa, una praxis: algo que se va construyendo y en lo que todos participamos. Si se quiere, los fines abstractos de la empresa ha sido siempre los mismos (lograr un cierto orden social, asegurar una cierta idea de justicia), pero los cambios en las condiciones históricas de las sociedades, que se traducen en cambios en el sistema jurídico, repercuten también en la manera de contemplar y de participar en esa actividad y, en definitiva, en la forma de concebir el Derecho. De manera que (...) la constitucionalización del Derecho supone también el final del positivismo jurídico: el Derecho no es ya sólo el Derecho puesto por la autoridad, sino una creación humana cuyo sentido es el de satisfacer ciertos valores que se plasman en los derechos fundamentales; si se quiere, una síntesis entre el positivismo jurídico y cierta manera de entender el Derecho natural. (Atienza, 2017, p. 83)

Como puede observarse, el citado autor, ofrece una reflexión sobre la dualidad del derecho, destacando dos aspectos clave: su existencia como sistema normativo y su función como práctica social dinámica. Tal dualidad del derecho se manifiesta en cómo se

ajusta a las condiciones históricas cambiantes, aunque los fines abstractos del derecho, como la búsqueda del orden social y la justicia, han permanecido constantes, la forma en que se entienden y aplican esos fines cambia con el tiempo, debido a los cambios que se experimentan en la sociedad, los cuales son el reflejo de la evolución en la forma en que la sociedad percibe y participa en el Derecho.

Es así que, el Derecho no debe ser visto únicamente como un conjunto de normas rígidas impuestas por una autoridad, sino como algo más, como una actividad en constante evolución en la que todos estamos involucrados.

Esta visión del derecho a la que Atienza ha preferido llamar “constitucionalismo pospositivismo”, no se esfuerza por establecer un límite específico entre derecho y moral, tampoco reduce el derecho a concepciones meramente principialistas, es decir, no reduce el derecho a la aplicación única y exclusiva de los principios establecidos en la Constitución; por el contrario, acepta que el razonamiento jurídico necesita de razones de carácter moral para la justificación de sus decisiones porque “el juez no puede identificar el derecho aplicable a un caso sin acudir a razones morales, ni puede en consecuencia justificar su decisión sin recurrir a la moral” (Atienza, 2017, pp. 84-85), pero ello, no implica que ambos razonamientos – jurídico y moral – deban confundirse.

Sin embargo, esta aceptación del uso de razones morales no implica que el derecho sea reducido a la utilización únicamente de principios, tampoco lo es la idea de un derecho reducido a las reglas, ello significaría la prevalencia del uno por el otro, lo cual dista de las consideraciones de un Estado Constitucional de Derecho y se acerca a un derecho arbitrario, si se sigue únicamente las reglas; o idealista, si se sigue únicamente los principios.

Es así que, la teoría “constitucionalismo post - positivista” apunta a la conjugación de reglas y principios, buscando una suerte de equilibrio “entre la certeza que procuran las reglas y la flexibilidad que requiere el manejo inteligente del material jurídico y que no es posible llevar a cabo sin los principios” (Atienza, 2005, p. 92), es decir, los principios ofrecen una base flexible para interpretar y aplicar la ley, permitiendo que en situaciones excepcionales se puedan hacer ajustes que no están directamente especificados en el texto legal pero que están en armonía con el propósito general de la ley.

En ese sentido, la teoría postulada también marca preferencia por una tarea subsuntiva y ponderativa entendiendo que para la resolución de un caso en concreto a veces puede estar dada por una regla y otras por un principio, dependiendo de ello, se hace uso de la subsunción o ponderación, esta última utilizada de forma subsidiaria.

Finalmente, estos rasgos a los que hemos hecho referencia también se conjugan con la argumentación jurídica, debido a que si nos propugnamos en un Estado Constitucional de Derecho en donde confluyen reglas o principios, sino ambas, cuya utilización dependerá del caso en concreto, lógicamente también el nivel de argumentación en cada caso exigirá mayores niveles de la misma.

Por tal motivo, esta postura teórica, es la que sustenta el presente trabajo de investigación, debido a que, las uniones familiares actualmente son diversas, por eso no cabe la postura de considerar a las uniones ancladas únicamente a las uniones matrimoniales o uniones de hecho en términos de ley, eso como ya veníamos indicando, dirige al uso único y exclusivo de alguna norma específica, lo cual claramente resulta insuficiente.

Pero ello no implica que, vayamos a desconocer la importancia de los postulados positivistas para reconocer figuras como las ya indicadas en el párrafo anterior, definitivamente ello no podría desconocerse; empero en cuanto a las uniones de hecho impropias, las concepciones jurídicas derivadas de las reglas se quedan cortas para proteger derechos.

Este tipo de uniones, presentan variadas particularidades, es más, del propio artículo 326 del Código Civil solo aquellas que no tienen impedimento matrimonial son las uniones de hecho propias, en

consecuencia, las uniones del mismo sexo, de personas casadas también son uniones de hecho impropias, he ahí, una particularidad.

Por eso, ante esta multitud de casos posibles, la evaluación del caso en concreto es clave, que es ciertamente lo que postula la teoría de Atienza (2017) al indicar una evaluación más rígida de argumentación jurídica y de la utilización excepcional de la herramienta de la ponderación para la evaluación del caso; ni evaluación positivista, ni evaluación principialista permiten proteger de forma adecuada los derechos de una unión de hecho, en su clasificación de impropia, pero sí una evaluación conjunta de ambos enfoques – positivista y principialista – porque ello permite evaluar de forma más racional las circunstancias propias del caso.

Es así que, si bien la concepción formal rígida del positivismo sostenida por el artículo 326 no es suficiente, tampoco lo es la concepción principialista, es decir, sería débil argumentar que las uniones de hecho impropias deben ser protegidas si el caso en concreto lo amerita solo a partir de principios constitucionales como el de no discriminación, necesariamente debemos recurrir a los aspectos formales de figuras como las uniones de hecho y el matrimonio, los cuales están redactados en la ley; por ejemplo, el hecho de que la unión debe ser pública y estable es un elemento legal que sirve para fijar límites a ese contenido, entonces no podría

aceptarse que alguien arguya tener una unión de hecho impropia que ha sido totalmente desconocida o clandestina.

En ese sentido, la protección de derechos fundamentales no es la reducción a los principios, sino un contrapeso de ambos, útil para evaluar un caso específico, en el que se tiene en cuenta que los cambios sociales intervienen en la forma de entender el derecho, “se reconoce la importancia de los principios, de la ponderación, del papel activo de la jurisdicción y del carácter argumentativo del derecho” (Atienza, 2017, p. 76).

2.2. EL PARADIGMA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

El paradigma del Estado Constitucional de Derecho pasa por entender a la Constitución como una mera carta política y la existencia de la primacía de la ley antes que la primacía de la Constitución. En tal momento histórico, bastaba solo con recurrir a la ley para administrar función jurisdiccional, aun cuando ellas resultaban injustas en muchas ocasiones.

Luego, con la Revolución Francesa estatuida bajo los postulados de dignidad y libertad del Hombre, el paradigma del estado legal de derecho cambio a paradigma del Estado Constitucional de Derecho. En este, se establece la constitucionalización del ordenamiento jurídico, donde la Constitución es la norma bajo la cual todo sujeto se encuentra sometido y bajo la cual tiene cabida toda investigación.

La constitucionalización del orden jurídico, alude a un proceso histórico que ha tenido lugar en países europeos y latinoamericanos, que es el resultado del Constitucionalismo que se ha desarrollado y practicado desde la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días y que está produciendo una transformación profunda en la concepción del Estado de Derecho. En esta transformación del Estado de Derecho que puede sintetizarse en la fórmula del Estado legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho (o del imperio de la ley al imperio de la constitución), se ha situado también la crisis del paradigma positivista en la cultura jurídica y el tránsito hacia un paradigma post-positivista. (Aguiló Regla, 2007, p. 666)

Concepciones técnicas sobre constitucionalismo pueden existir muchas como autores hablen de ellas, pero, todas apuntan a señalar “la omnipresencia de la Constitución en todas las actividades públicas y privadas, exige que los valores y principios constitucionales sean desarrollados en su máxima expresión” (Manrique Urteaga, 2020, p. 36) y en ese sentido, constituye un parámetro de limitación para cualquier persona u órgano que pretenda desconocerla.

Entonces, con ella, las formas quedan relegadas a la preferencia del contenido y de ese modo “el derecho ya no solo es concebido como una herramienta para regular las relaciones humanas, la idea de justicia reaparece con el fin de alcanzar los propósitos reales del Estado de Derecho” (Manrique Urteaga, 2020, p. 36).

En ese cometido, se entiende que la Constitucionalización del derecho implica que la Constitución como norma jurídica implica que:

lo decisivo y novedoso de este constitucionalismo, radica precisamente, en las cualidades materiales o sustanciales de la

Constitución, que la tornan prácticamente omnipresente en toda operación de creación y aplicación del derecho. De hecho, en la actualidad es difícil concebir un problema jurídico que no encuentre alguna orientación, ya sea, próxima o remota en el texto constitucional (Prieto Sanchís, 2003, pp. 118-119).

Esta idea de norma vinculante para la Constitución también ha sido entendida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 00030-2005-PI, cuando señala que:

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

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

Esa concreción de ideas, dejan ver que el carácter normativo de la Constitución está dotado de aspectos valorativos, los cuales son vinculantes y se aplican directamente, por eso la idea de constitución formal por encima de la idea de constitución material debe ser estudiado muy cuidadosamente.

Ahora bien, como ya se anotó, la constitucionalización irradia en todo el ordenamiento jurídico y en la rama del derecho civil que es la que importa en la presente investigación, la doctrina señala que:

el Derecho Civil se encuentra en transición, debido a que el fenómeno de la Constitucionalización del Derecho adapta, modifica y dota de nuevos contenidos a las Instituciones que están involucradas. En ese sentido, sus elementos deberán estar en permanente armonía con la normativa constitucional y la labor interpretativa que realizan sus órganos jurisdiccionales a través de la jurisprudencia como fuente de derecho. (Miranda Canales, 2017, p. 106)

Ello, es así porque dentro del Derecho Civil hay instituciones que trastocan de manera muy íntima los derechos de la persona, tales como el derecho de familia y las figuras que se encuentran allí, las cuales son la concreción de aspectos históricos, sociales, morales y otros.

Específicamente en el derecho de familia, las uniones de hecho han sido constitucionalizadas en función a su ámbito de protección, por eso esta le reconoce derechos casi al mismo nivel que al matrimonio.

La protección de la familia ha sido constitucionalizada, no solo sobre la base del matrimonio, sino también de las uniones de hecho, de conformidad con el artículo 5 de la Constitución y el artículo 326 del Código Civil. En este sentido, la igualdad y no discriminación integran un presupuesto constitucional en función del cual el Tribunal Constitucional ha logrado notorios avances en el reconocimiento de las uniones de hecho en diversos campos del derecho, como es el caso del derecho de la conviviente a gozar de una pensión de viudez en el sector público. (Landa Arroyo, 2018, p. 124)

Protección que se ve reflejada en los cambios constitucionales que la familia ha tenido, pues a partir de la Constitución de 1993, la concepción de familia ligada única y exclusivamente al matrimonio dejó de existir, lo que, da paso a la aceptación de nuevas formas de familia, tales como las

uniones de hecho, independientemente de la clasificación o tipología que la doctrina le haya bautizado.

Estas nuevas concepciones que finalmente terminan siendo aceptadas por los órganos judiciales evidenciados en su senda jurisprudencia, obedece también a que en el Perú y generalmente en Latinoamérica los órdenes constitucionales obedecen a un tipo de Constitución material, en donde prima concepciones espirituales antes que formales.

Este tipo de constitución se condice con los postulados de Estado Constitucional de Derecho, porque, lejos de priorizar la formalidad, prioriza la materialidad de las normas y principios allí contenidos y, porque en caso de no estar formalmente positivizados, no significa que no exista el principio-derecho, por el contrario, este debe ser traído y adaptado por el intérprete, cuya legitimidad para tal acción está en el artículo 3 de la Constitución y tiene como correlato la evolución de la realidad social.

Nuevamente, indicamos que la prevalencia de los principios por las reglas no subyace a que las segundas sean menos importantes en el entendimiento del contenido de derecho, sino que, como hemos visto los principios estas cargados de normas valorativas, las cuales son importantes para la verificación de aspectos no formales a los que la ley escapa y que es necesario proteger.

En ese supuesto, se encuentra el tema de investigación porque el paradigma del Estado Constitucional de Derecho, es cierto que no olvida ni

reglas ni principios, pero de la verificación de la regla estatuida en el artículo 326 del Código Civil se verifica que las misma es demasiado rígida, pues no protege a una unión de hecho en sus múltiples características, por eso, estudiamos los principios de la Constitución, la interpretamos y aplicamos al caso en concreto; en ese sentido, si se tiene que hacer uso de un principio o más de la Constitución para proteger derechos fundamentales, pues debe hacerse ciudadano no rebalsar algunos otros límites legales.

La Constitución si bien no dice nada respecto a los tipos de uniones de hecho, si lo hace con relación a la familia y acepta que se debe proteger a cualquier tipo, entonces más aún, si la regla no es capaz de cumplir con este mandato constitucional, no podría ser preferida antes que el principio constitucional de familia, el cual sí esta taxativamente en la norma fundamental.

Pero, el uso de reglas, no implica hacer un análisis únicamente del supuesto general, como lo sería, verificar si la unión de hecho impropia está o no en la ley, sino la evaluación de otros requisitos que conforman la unión de hecho, tales como, la estabilidad, publicidad, duración, el mismo de hecho de comportamiento de los integrantes, es decir que se comporten como si estos fueran cónyuges; es decir, sí, se debe reconocer derechos a los integrantes de la unión de hecho impropia, pero esa evaluación también debe tener en cuenta el análisis de estos otros requisitos que acabo de mencionar.

En consecuencia, esta interpretación verifica que la connotación de unión de hecho en propia e impropia, es poco relevante, pues, si se hace una evaluación al caso en concreto no se tiene porque recurrir a esas diferenciaciones porque ello ya será dilucidado por el juez competente y será él quien vía una evaluación de principios y reglas verifique a quien le corresponde el derecho, haciendo únicamente una declaración de unión de hecho, sin clasificaciones.

2.3. TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales constituyen la expresión más inmediata de la dignidad humana, por eso, su estructura dual apunta al conocimiento de una vertiente subjetiva que “expresan contenido axiológico de validez universal y que tomadas en conjunto dan origen a un sistema de valores” Cruz, 2005, p. 15) y otra vertiente objetiva, por la cual, el sistema de valores se positiviza en los ordenamientos jurídicos y sirve de condición *sin qua non* para el Estado Constitucional de Derecho.

los derechos tienen un doble carácter. En primer lugar, los derechos fundamentales son «derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia». Pero al propio tiempo, y sin perder esa naturaleza subjetiva los derechos son «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto éste se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho. (Fernández Segado, 1993, p. 208)

Landa (2002) precisa que los derechos fundamentales constituyen:

una constante histórica y teórica en todas las latitudes y marcan un horizonte social y temporal, dados los profundos alcances de su poder transformador con la sociedad, que el ius-positivismo definitivamente no logra comprender con sus categorías normativas. En ese sentido, el desarrollo del pensamiento constitucional de los derechos fundamentales, debe partir de reconocer las necesidades históricas de libertad y justicia de cada realidad, como fuente de objetivos a realizar, pero de manera abstracta e intemporal, sino como necesidades concretas y particulares de los hombres y las sociedades, en tanto, constituyen la base de todo estado democrático y constitucional, en su forma avanzada o tradicional. (p. 52)

En ese entender, la teoría de los derechos fundamentales que trataba de explicar el surgimiento de los mismos, su fundamentación y función en el sistema social han quedado complementadas por la concepción de derechos fundamentales como principios, pero no solo de aquellas tres clásicas funciones como son: función creativa, función interpretativa y función integradora, sino, como “mandatos de optimización”, por lo cual, “los principios son normas según las cuales algo debe ser realizado en la mayor medida posible, dadas las posibilidades físicas y jurídicas” (Alexy, 1993, p. 87).

Con ello, se entiende que las normas que tutelan derechos fundamentales no son solo derechos, pues acogen la estructura dual de derecho-principio, y de acuerdo con lo mencionado por el citado autor, los principios nunca entran en conflicto, es decir, su aplicación no es disyuntiva sino gradual, por eso, cuando se encuentran enfrentados, la tarea idónea es la ponderación para determinar la priorización de uno sobre el otro

únicamente en el caso en concreto, sin que ello significa que un principio es más importante que el otro.

Tal consideración es precisamente la diferenciación con las reglas pues:

Las reglas tienen una estructura condicional, formada por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica cerrada, es decir, establece los supuestos de hecho a los que se aplica de manera específica y la consecuencia también ya está determinada; a diferencia de los principios que representan un supuesto de hecho abierto y una consecuencia jurídica cerrada, que significa que no determina a que casos concretos habría que aplicarlos, pero sí establece la consecuencia jurídica. (Atienza y Ruiz Manero, 2016, p. 254-256)

Ahora bien, precisamente de la dualidad de la estructura en objetiva y subjetiva de los derechos fundamentales se deduce la disputa entre positivismo y naturalismo, pues, la regulación de los mismos en los textos constitucionales no agota su contenido, más aún, cuando la Constitución Peruana reconoce constitución material en su artículo 3.

Así, cuando se revisa la norma fundamental nacional, se da cuenta del reconocimiento de derechos fundamentales como principios cuya connotación es vinculante para el sistema jurídico en su totalidad, característica que hace suponer que su contenido no puede ser estático, sino dinámico en función a las nuevas realidades, cuyos parámetros de definición están dados por criterios de ponderación.

Lo anteriormente indicado se verifica con la diversa jurisprudencia del Tribunal Constitucional en diferentes ámbitos del derecho, tarea que realiza

usando la herramienta de ponderación, eso sí, siempre que el caso en concreto lo amerite, de lo contrario, la ponderación no puede ni debe ser usada en abstracto.

Finalmente, esta sustentación acerca del contenido dinámico de los derechos fundamentales se condice con la estructura política de cada Estado y con las nociones del positivismo, pero para entender que los derechos fundamentales “no son preexistentes, y que su contenido dinámico no supone inseguridad jurídica, puesto que para su determinación intervienen las convenciones que la sociedad y los órganos competentes han alcanzado luego de una verificación crítica de las necesidades y contextos” (Colunche, 2021, p. 34).

En ese sentido, en el contexto de las uniones de hecho, este enfoque es crucial para asegurar que los derechos de las personas involucradas en tales uniones sean reconocidos y protegidos adecuadamente debido a que se alinea con los principios de igualdad y no discriminación. En cuanto, al criterio dinámico-material se basa en la idea de que las normas jurídicas deben adaptarse a la realidad social y a los cambios en la percepción de los derechos, es decir, es esencial considerar cómo el criterio dinámico-material se relaciona con la igualdad de trato entre diferentes formas de unión, ya sean matrimonios tradicionales o uniones de hecho.

Entonces, si la problemática de la investigación es la prevalencia de la formalidad, la teoría de los derechos fundamentales derriba ello, porque al igual que la postura *ius-filosófica* asumida, la teoría de los derechos

fundamentales también acepta que el derecho posee una doble dualidad, bajo la denominación de vertiente objetiva y vertiente subjetiva, siendo la primera, la expresión de un contenido valorativo, de carácter universal; y, la segunda, la expresión exacta contenida en algún cuerpo normativo.

Es decir, la verificación única del si las uniones de hecho están o no constituidas con los requisitos formales apunta a una vertiente objetiva del derecho, que como ya hemos visto no es suficiente, por eso es necesario recurrir algún principio o principios que sustente a las uniones de hecho como verdaderas familias, con protección jurídica.

Estos principios pueden ser muchos, como ya se verá en adelante, empero lo importante es tener en claro que el uso de principios no exige que se cumplan de manera absoluta en todos los casos, sino que deben ser realizados en la medida más completa que las circunstancias permitan. Esto significa que no siempre es posible cumplir un principio al máximo debido a limitaciones prácticas, pero se debe hacer un esfuerzo considerable para lograrlo. En otras palabras, la realización de los principios debe tener en cuenta las posibilidades concretas que ofrece la realidad física y el marco jurídico existente, es decir, las limitaciones materiales y legales influyen en la manera en que los principios pueden ser aplicados.

Precisamente para saber si estamos ante una unión de hecho, independiente de su clasificación, debemos hacer uso de ambos, de la

vertiente objetiva y subjetiva porque ambas tienen particularidades que ayudan a que la decisión del juez sea más objetiva y racional.

2.4. TEORIA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Una teoría de la argumentación entiende y acepta la necesaria interconexión con el lenguaje, puesto que, se hace uso de este para expresar un enunciado. En el derecho, la argumentación jurídica advierte una especial vinculación, toda vez que, “la práctica del derecho consiste, fundamentalmente, en argumentar, y todos solemos convenir en que la cualidad que mejor define a un buen jurista, talvez sea la capacidad para idear y manejar argumentos con habilidad” (Atienza, 2005, p. 1).

Así, argumentar debe ser entendido como proceso y como producto, el primero, denota una actividad y el segundo, un significado, en razón de que, toda actividad dirigida a defender una tesis jurídica mediante razones expresadas a través de un lenguaje puede considerarse una actividad argumentativa que ofrece como producto el argumento, es decir, las afirmaciones en defensa de una opinión o decisión, los cuales pueden ser buenos o malos argumentos.

En ese orden de ideas, la estructura de un argumento, se divide en premisas y conclusiones, las premisas son aseveraciones o razones que apoyan la conclusión y la conclusión es la premisa derivada de las razones; tal estructura responde al esquema aristotélico construido a partir de la lógica formal (Pacheco Mandujano y Almanza Altamirano, 2018).

Ante ello, es necesario hacer una breve distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación a efectos de verificar cual de ambas será utilizada en la presente investigación, ello sin olvidar que ambas ineludiblemente siempre van a estar vinculadas cuando se emite la decisión final.

2.4.1. Contexto de descubrimiento

El contexto de descubrimiento de la argumentación, tiene a fin la proposición de las premisas sin necesidad de otorgarle juicios de lógica, de ahí que se pueda evidenciar su conexidad con otras disciplinas como la psicología, antropología, sociología, etc., y además con el derecho.

Es decir, el contexto de descubrimiento es la etapa inicial del trabajo, que consiste en inventar una teoría, sin exigir su análisis lógico porque tampoco es susceptible de él, por ejemplo, “la cuestión de cómo se le ocurre una nueva idea a una persona, puede ser de gran interés para la psicología empírica, pero carece de importancia para el análisis lógico del conocimiento científico” (Nettel, 1996, p. 110), es decir, el contexto de descubrimiento solo se interesa por cuestiones de hecho, por eso, no hace un análisis lógico y por ende no entra a ver cuestiones de justificación o validez.

En el ámbito jurisdiccional, en el contexto de descubrimiento “aparecen las motivaciones de orden psicológico o sociológico que han condicionado un conocimiento científico o en nuestro caso una determinada resolución judicial o argumentación jurídica” (Salinas Solís y Malaver Silva, 2009, pp. 80-82), tratando de hacer un control a las decisiones que toma el juez para que estas estén guiadas por el principio de imparcialidad, sin embargo, este contexto es únicamente referencial en la presente investigación.

2.4.2. Contexto de justificación

Ahora bien, una vez dada una nueva teoría, idea o hipótesis, es necesario otorgar argumentos que satisfagan a esa nueva idea, teoría o hipótesis dada para poder ser aceptada, momento en el que entra a tallar el contexto de justificación, a partir del análisis lógico del contenido del contexto de descubrimiento, es decir, aquí se interpreta, subsume y se otorgan efectos de validez que rigen en el sistema jurídico de una sociedad.

Por eso, todas las decisiones tomadas por el juez en los diversos casos que pueda atender, deben contener el contexto de justificación, es decir, los argumentos que sustentan la decisión tomada para otorgar validez a ese razonamiento dado, el cual, proviene de las reglas de la lógica, la sana crítica o las máximas de la experiencia. Este contexto es el que se usará para lograr los

objetivos de la investigación. Se divide en justificación interna y externa.

A. Justificación interna

La justificación interna es sencilla, puesto que aquí se sigue las reglas de la lógica a través de la cual la conclusión siempre deriva de la premisa de manera lógica, aun cuando la conclusión que se deriva no sea verdadera.

Este tipo de justificación es usada para aquellos casos fáciles o claros, en los que se encuentra vínculo entre las premisas y la conclusión, es decir, para aquellos casos cuya respuesta se puede extraer de los dispositivos normativos sin mayor esfuerzo.

B. Justificación externa

Para este punto, es necesario acudir, más allá de la lógica formalista que sigue el modelo aristotélico, pues la justificación externa está diseñada para aquellos casos que son difíciles, porque la conclusión ya no se deriva únicamente de las premisas, por eso, se hace uso de la interpretación, a través de un proceso de racionalización que busca encontrar que las premisas estén fundamentadas y por tanto la decisión arribada sea justa.

2.4.3. Objeto de la argumentación jurídica

Como se sabe, su objeto está constituido por la argumentación que hace referencia en una suerte de ambigüedad al proceso y al producto de argumentar, constituido como actividad (proceso) y como resultado de esa actividad (producto). Con ello, se tiene por argumentar, dar las razones que justifiquen un determinado enunciado.

La distinción entre las dos grandes clasificaciones para argumentar está dada, por un lado, dentro de la órbita de las normas que emanan un deber ser, así, por ejemplo, se puede argumentar para defender una medida política, para defender la inocencia de un procesado o para reprobamos moralmente una conducta indecente; de la otra parte, también se puede realizar argumentos que no involucran necesariamente un deber ser: por ejemplo, un médico puede argumentar a favor de la conveniencia de una intervención quirúrgica, etc.

A pesar de lo antes dicho, resulta obvio que para los efectos que se desea lograr con la presente investigación, importa la argumentación que tiene que ver con normas, por eso, ya desde este ámbito y de acuerdo con Gascón Abellán (2014) argumentar viene a ser:

Justificar, fundamentar, basar enunciados normativos, juicios prácticos. Se trata de decir, porque debemos (o no) comportarnos de cierto modo o tomar una decisión. En

otras palabras, argumentar significa exponer las premisas, normativas o no, de una inferencia práctica, es decir, de un razonamiento cuya conclusión sea una norma. (p. 319)

Lo dicho acerca de que las premisas pueden o no ser de carácter normativo, responde a que una sentencia judicial tiene como esencia un mandato que ordena, prohíbe o permite algo, pero esa decisión no solo se basa de fundamentos jurídicos o como suele llamarse fundamentos de derecho, sino también a una serie de hechos que concluyen en un fallo normativo. De ahí que, lo esencial sea que la conclusión tenga carácter normativo, aunque sus premisas no siempre sean normas jurídicas, sin embargo, para llegar a ello es necesario que por lo menos una de las premisas sea normativa (Gascón Abellán, 2014).

En ese sentido, en el derecho familiar peruano, específicamente en el derecho de familia, en cuanto a la protección que a esta se le debe dar, haciendo un seguimiento de la argumentación en el ámbito de justificación, nos topamos primero con la justificación interna, para la cual se hace el siguiente esquema:

P1: el Código Civil, menciona que solo el matrimonio y las uniones de hecho propia son fuente de familia y merecen protección

P2: x está casado o tiene una unión de hecho propia

C: la unión de x es fuente para constituir familia y merece protección

De acuerdo con esas premisas, es evidente que la conclusión claramente se deriva de las premisas establecidas, pues estamos ante un caso fácil, en el que se predica la corrección lógica de las premisas, no hay necesidad de hacer mayor ahondamiento porque la lógica cubre toda la justificación para tal caso, es decir, basta una justificación del tipo interna.

Ahora veamos el siguiente caso:

P1: el Código Civil, menciona que solo el matrimonio y las uniones de hecho propias son fuente para constituir familia y le otorga protección

P2: x tiene una unión de hecho impropia

C: la unión de x, no es una fuente para constituir familia y por tanto no le otorga protección

En este segundo caso, la conclusión no se deriva de las premisas, es decir, estamos ante un caso difícil, en el que no basta el argumento de la justificación interna, sino más bien se debe hacer uso de la argumentación externa para decir que la p.1, no es sólida, es decir, aquí se hace uso de los diversos mecanismos que otorga la ley, como el de interpretación, el argumento a priori, la analogía, el precedente, etc., para justificar y argumentar que la familia en tanto que es considerada célula básica y fundamental de la

sociedad, merece protección cualquiera sea su origen de formación.

En consecuencia, la conclusión tampoco es sólida y necesita de justificación externa para validar el argumento de considerar a todas las uniones como familia y merecedoras de protección. En ese sentido, la lógica es bastante útil porque ayuda a verificar la corrección lógica de las normas, pero ante la casuística variada que se presenta, sobre todo en aspectos de familia, su función se ve secundada porque no basta para fundamentar una decisión, dejándose ver como un argumento débil e insuficiente.

Ello, sin embargo, no implica que deba existir un texto normativo para cada caso concreto, ello sería contraproducente al carácter general de las normas, pero tampoco implica que se deba reducir a supuestos específicos y cerrados, pues para la doctrina moderna la normas devienen de la interpretación del texto normativo, el cual puede contener muchas interpretaciones y por tanto normas (Makcornick, citado en Atienza, 2005).

Así, en el caso específico, de que solo el matrimonio y las uniones de hecho propias son fuente de familia y merecen protección:

Interpretación:

N1: Qué es familia

N2: Qué son las uniones de hecho

N3: qué es el matrimonio

N4: ¿dos personas del mismo sexo son familia?

Entonces damos cuenta, que las decisiones judiciales a las que se arriban no pueden cerrar los ojos ante el resultado de interpretar porque la materialidad del caso, muchas veces escapa de los términos formales con los que ha sido redactada el texto normativo, por lo que, si se sigue fielmente lo normado textualmente, entonces ya no cabría la necesidad de jueces pues cualquiera podría ocupar su lugar porque se estaría asumiendo que la ley lo resuelve todo y el juez solo la aplica, supuesto que atenta contra la naturaleza de nuestro Estado Constitucional de Derecho y ya ni siquiera sería necesario hacer uso de la teoría de la argumentación jurídica.

2.5. TEORÍAS Y MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

La Constitución al ser una norma escrita también es susceptible de interpretación, tarea que implica “el proceso intelectual a través del cual, partiendo de las formas lingüísticas que forman un enunciado, se llega a un contenido, es decir, se pasa de los significantes a los significados” (Díaz Revorio, 2012, p. 8), entendiéndose que la tarea de interpretar se refiere al proceso y resultado de interpretar.

En cuanto al derecho constitucional, al ser sus postulados de estructura normativa diferente a los de una ley, el modo de interpretar hade hacerse con más cuidado, puesto que no se esta ante una norma cuyo carácter es

formal, sino más bien de una norma con carácter abierto y amplio, por eso, en este sector del ordenamiento jurídico es más probable la presencia de problemas de interpretación al presentarse ambigüedades.

Por otro lado, las normas constitucionales también tienen contenido político, el cual es entendido como “la conexión con los diversos sujetos, grupos y órganos que manifiestan y expresan el poder del Estado y que están presentes tanto en la elaboración de la Constitución como en el desarrollo e interpretación de la misma” (Díaz Revorio, 2012, p. 12) aunado a su carácter axiológico o valorativo porque el texto constitucional es poseedor de muchos valores y principios generales que a la vez suponen un límite para el poder constituido.

De esta última característica se condiciona el método de interpretación constitucional porque su carácter axiológico tiene a su vez un doble papel, pues algunas veces son el propio objeto y otras veces son el instrumento para la interpretación, de ahí, que la doctrina maneje tres teorías de la interpretación constitucional y diversos métodos que la complementan.

2.5.1. Teorías

A. Teoría cognitiva

La teoría cognitiva indica que la tarea de interpretación implica conocer un significado preexistente que es objetivo, verdadero y real, es decir, el objetivo del interprete es descubrir y conocer ese significado preexistente, por eso, el juez no crea nada pues

ya todo está establecido y solo hay que descubrirlo. Guastini (2008) indica que la interpretación es un acto de conocimiento con valores de verdad consistentes en descubrir el significado preexistente.

De este modo, esta teoría indica como principal postulado que el derecho está determinado, siendo que los significados van a estar en los textos, palabras y términos y van a ser objetivos, inherentes y propios, además postula que “el derecho necesariamente es pleno y coherente, no posee lagunas o antinomias generando que toda decisión interpretativa sea el reflejo de un significado preexistente” (Guastini citado en Manrique Urteaga, 2020, p. 47).

Ahora bien, esta teoría ha pasado por entender a la interpretación como un proceso mecanizado – propio del cognitivismo clásico -en el que el juez hacía labor reproductiva porque derivaba una consecuencia jurídica de la aplicación exacta de la ley, tal cual un silogismo jurídico, sin tener en cuenta por si la decisión arribada es justa o injusta, proceso que hizo pensar en la utilidad y funcionalidad del juez, pues si solo va a aplicar la ley sin discrecionalidad, entonces cualquiera persona pudiera ser juez.

El cognitivismo moderno indica que la respuesta para cada caso ya viene dada, solo hay que descubrirla, por eso para esta teoría se le permite al juez cierta discrecionalidad en la interpretación de los textos constitucionales, pero una discrecionalidad en sentido débil.

B. Teoría escéptica

Para esta teoría, “la interpretación es un acto de voluntad, de modo que los enunciados interpretativos carecen de valor de verdad” (Guastini, 2018, p. 147), es decir, los enunciados interpretativos devienen de la atribución de un significado por parte del interprete y por eso no pueden ser ni verdaderos ni falsos.

Entonces, para esta teoría los significados no son preexistentes ni determinados, tampoco son objetivos, pues “No existe algo así como el significado propio de las palabras, ya que una misma puede tener el que le incorpora el emiteente o el que le incorpora el usuario. Las estipulaciones no son verdaderas ni falsas” (Ursúa, 2004, p. 263), por eso, los significados extraídos son convenciones, cuyo extracto no sale de las palabras.

Esta teoría, apegada al realismo jurídico indica que el derecho es indeterminable y por eso la interpretación es una elección y decisión, el papel de la legislación siempre será secundario

porque el papel principal lo tiene el intérprete, reconoce que el derecho no es coherente y puede tener antinomias debido a su carácter abierto, pero acepta que puede ser completable (Manrique Urteaga, 2020).

En ese sentido, las múltiples interpretaciones van a depender de las posturas valorativas que le otorguen los intérpretes cuyo resultado es la creación de un derecho nuevo y semejante a la tarea creativa que hacen los legisladores. En esta teoría los jueces gozan de discrecionalidad absoluta o en sentido fuerte porque al decidir el derecho aplicable se basan en concepciones ideológicas, políticas, religiosas, etcétera y no solo jurídicas.

C. Teorías intermedias

Su propio nombre indica que en algunos casos “la interpretación puede ser un acto de conocimiento y en otros un acto de voluntad, de modo que, los enunciados interpretativos tienen valores de verdad y otras veces carecen de estos” (Guastini, 2018, p. 148).

El punto central para esta teoría es determinar cuando estamos ante un caso fácil y un caso difícil, para los casos fáciles, la interpretación será un acto de conocimiento, para los casos difíciles la interpretación será un acto de voluntad para atribuir determinado significado.

Por eso, se distingue una zona luminosa y una zona de penumbra, los casos fáciles claramente están en la zona luminosa, pero para los casos difíciles la aplicación de la disposición constitucional no es clara y por eso se necesita de la discrecionalidad del juez, pero esta discrecionalidad es relativa y solo para la zona de penumbra, por eso mismo acepta que el derecho es indeterminado e incoherente relativamente.

Ahora bien, para el derecho familiar peruano en cuanto a la interpretación de la disposición constitucional para proteger a la familia hay que hacer uso de la teoría intermedia, puesto que, la disposición constitucional establece en el artículo IV que toda familia será susceptible de protección, pero en el artículo V indica un tipo de familia específico – unión de hecho propia -, dejando fuera a las uniones de hecho impropias y otras formas de formar familia. Haciéndose necesario su interpretación para aquellos casos en los que existe controversia respecto de las uniones matrimoniales frente a las uniones de hecho, cualquiera sea su clasificación, para así determinar si se protegen solo a las primeras o también pueden ser susceptibles de protección las segundas y en el caso concreto, cuál de las dos prevalece.

2.5.2. Métodos

La doctrina y jurisprudencia han conciliado en indicar que cuando se habla de los métodos para interpretar disposiciones constitucionales no se agote en los métodos clásicos de interpretación normativa, como son los métodos: literal, sistemático, hermenéutico, entre otros, sino que complementen su actividad con aquellos principios de interpretación constitucional.

Principio de unidad de la Constitución. La interpretación debe estar orientada a preservar la integridad del contenido constitucional. Debe interpretarse concordando todos los valores y principios consagrados. Principio de presunción de constitucionalidad. Ante la duda en torno a la constitucionalidad de una norma, debe optarse por interpretar que es constitucional, antes que expulsarla del ordenamiento jurídico. Principio de concordancia práctica. Debe optimizarse la interpretación de las normas constitucionales en conflicto, intentando no sacrificar ninguna de ellas. Principio de corrección funcional, llamado también de conformidad funcional. Se trata de no desvirtuar la distribución de funciones y con ella el equilibrio entre los poderes del Estado diseñado por la Constitución. Principio de previsión de consecuencia. El juez debe tener en cuenta las consecuencias de sus fallos y el impacto que tendrán en los contextos jurídico y político-social. Principio de función integradora. La Constitución debe ser un instrumento de agregación y no de desagregación política de la comunidad. Principio de fuerza normativa de la Constitución. La Constitución es norma jurídica; por tanto, retiene un cierto margen de coercibilidad en el contenido de sus mandatos y de sus prohibiciones. (Bardelli Lartirigoyen, 2008)

Además de ello, también resulta coherente mencionar la interpretación de acuerdo a la jerarquía de las normas, pues, cuando se va a interpretar una disposición normativa inferior a la Constitución hay que tener en cuenta que debe encontrarse siempre

apegada a la esta, es decir, no debe contradecirla o será declarada inconstitucional.

Finalmente, otro criterio importante es el de interpretación evolutiva de la Constitución, por la cual, la interpretación se da de acuerdo a las nuevas realidades que se experimentan en la sociedad, de ahí que el derecho sea uno de carácter dinámico y no estático, es decir, se opta por un nuevo significado, pero manteniendo sus mismas palabras.

Entonces en el derecho familiar peruano, tales criterios son muy importantes porque permiten dar nuevos significados a instituciones jurídicas que hoy en día han dejado su significado originario porque ya no resultan compatibles con las nuevas realidades, como es el caso de la conformación de la familia que hoy en día adopta diversas modalidades susceptibles de protección.

2.6. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

2.6.1. Libertad personal

Reconocido en la Constitución a través del artículo 2 inciso 24, implica un amplio margen de decisión para la persona, es decir, implica el derecho a la libre decisión. Por este principio-derecho, se defiende la tesis de “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni se encuentra impedido de hacer lo que la ley no prohíbe”.

Las consideraciones teóricas que hay sobre este principio están de acuerdo en demostrar que la libertad personal supone la prohibición de la libertad de forma arbitraria e injustificada, es decir, apunta a señalar desde el campo del derecho penal que la libertad es de los bienes jurídicos más preciados para el ser humano porque a partir de su aseguramiento, las personas pueden materializar sus demás derechos en diferentes campos.

En el derecho de familia, supone la capacidad de los sujetos para conducirse con autonomía sin que tal actuación pueda afectar derechos fundamentales de los demás miembros con los que se relaciona ya sea familiar o socialmente.

En ese sentido, la libertad personal para los efectos de la investigación realizada, implica, la capacidad de poder elegir entre el matrimonio o simplemente la unión de hecho, independiente de su clasificación - para formar familia, creyendo que independientemente de su elección ambas van a ser protegidas jurídicamente, como correlato del principio-derecho de libertad y de igualdad.

2.6.2. Igualdad y no discriminación

Es cierto y obvio que todos los seres humanos psicósómicamente son diferentes, poseen características físicas diferentes que diferencian a unos de otros, sin embargo, existe un punto de

intersección dada por la premisa de “dignidad como personas, así como la capacidad de raciocinio y de vincularnos en igualdad de condiciones con los demás seres humanos” (Landa Arroyo, 2017, p. 29).

Tales características connaturales al ser humano hacen entender que todos somos iguales en dignidad y derechos, por eso, no cabe la posibilidad de beneficiar ni perjudicar a nadie porque todos son iguales ante la ley, premisa instaurada en el artículo 2 de la Constitución, donde se reconoce que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley y que nadie debe ser discriminado por motivos de raza, sexo, religión, condición económica, etcétera.

Precisamente, el derecho a la igualdad es una norma fundamental instituida en la dualidad principio-derecho y por eso asume la posición de derecho subjetivo y objetivo. Como derecho subjetivo, supone “el derecho a la idéntica dignidad entre todos los ciudadanos para ser tratados de igual modo en la ley. Como derecho objetivo supone la obligación del Estado y de todos los particulares de no discriminar entre personas” (Landa Arroyo, 2017, p. 31), lo cual no impide un trato diferenciado cuando las circunstancias lo ameriten.

En cuanto a su contenido, el derecho a la igualdad se entiende en dos sentidos: igualdad ante la ley e igualdad en la aplicación de la

ley. La primera, es un mandato dirigido al legislador para que no adopte medidas legislativas diferentes y que orienten a tratos injustificados y diferenciados en situaciones en las que los sujetos se encuentran en similitud de circunstancias.

En cuanto a la igualdad en la aplicación de la ley implica un mandato para la administración y jueces, supone que ante casos cuyos componentes fácticos relevantes sean similares o idénticos, se debe aplicar la misma norma e inclusive el mismo sentido interpretativo otorgado al caso anterior.

Del mismo modo ha sido entendido por el Tribunal Constitucional en el Expediente n.º 03525-2011-PA/TC-Ayacucho, cuando menciona que:

El derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable. (Caso Walter Viacava, 2011, fund. 4)

Ahora bien, el derecho a la igualdad relaciona ambos contenidos y lo traduce como un mandato complejo que obliga al Estado desplegar medidas legislativas, administrativas y judiciales cuya

finalidad tiene a bien superar las brechas de desigualdad que existen actualmente.

En el ámbito familiar, relacionado a la forma de constituir familia implica, que independientemente de la construcción que hagan las personas para ejercer su derecho a formar familia, ello debe ser respetado, otorgándole protección jurídica en el mismo nivel que al matrimonio.

Es decir, que ya sea el matrimonio o las uniones de hecho, cualquiera sea su clasificación, ambas tienen la finalidad de hacer vida en común y las uniones de hecho se desenvuelven con características muy similares a las del matrimonio, motivo que sustenta su no diferenciación con el matrimonio u otras formas de formar familia.

Inclusive la tendencia legislativa ha sido incorporar derechos a las uniones de hecho a lo largo de la historia, derechos que antes solo eran tenidos en cuenta para el matrimonio, se supone como correlato del principio de igualdad.

El principio de no discriminación es un complemento del principio de igualdad por el cual, está prohibido todo tipo de discriminación o de trato diferenciado en función a sexo, religión, origen, idioma, etcétera.

A partir de ello, se puede sostener que todo tratamiento diferenciado que no se funde en razones objetivas y necesarias es discriminatorio y por tanto antijurídico en tanto que está prohibido por el propio ordenamiento jurídico.

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

Sin embargo, de la tesis “hay que tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales” se evidencia que pueden existir excepciones a la regla, pero esa diferenciación no puede ser arbitraria porque de las propias características de las personas puede darse casos en los que amerite un trato diferenciado y no ser precisamente discriminatorio, pero tal decisión debe estar siempre fundamentada.

Ahora bien, en cuanto a la preferencia legislativa y judicial del matrimonio por encima de las uniones de hecho, es decir, del trato diferenciado que le dan a la primera sobre la segunda, en el debate constitucional (1993), el congresista Ferrero Costa, insta por proteger a la familia a partir del matrimonio o al menos de las uniones de hecho reconocidas por el Estado, debido a que, el matrimonio “normalmente (...) trae como consecuencia el nacimiento de hijos y el buen orden de la familia” (Congreso

Constituyente Democrático, 1993b, p. 2361). Aunado a ello, también señala que, “al Estado y nación les conviene que se aliente a familia y matrimonio; porque, de procederse así, la sociedad podrá vivir mejor, con instituciones formales (...), que dan contenido, regularidad y paz a la sociedad en que todos vivimos” (Congreso Constituyente Democrático, 1993b, p. 2361).

Criterios que atentan contra la dignidad humana, toda vez que, no justifican ese trato diferenciado porque no son objetivos ni razonables, pues las uniones de hecho buscan la misma finalidad del matrimonio que es hacer vida en común y en ese correlato forman familia y se desenvuelven con las mismas obligaciones y derechos que el matrimonio.

2.6.3. Libre desarrollo de la personalidad

No existe en la Constitución norma que recoja con exactitud el libre desarrollo de la personalidad y mucho menos norma que establezca una definición de la misma, no obstante, su reconocimiento puede ser fundamentado a partir de la consideración de constitución material o del artículo 3 de la Constitución como correlato de la dignidad humana e inclusive a partir del artículo 2, inciso 1 de la Constitución en donde se señala “libre desarrollo”.

Mendoza Escalante (2016), indica sobre este principio-derecho que “Se trata del enunciado de un "derecho general de libertad", de un derecho general de libre actuación, de una libertad general no específica sobre determinada actuación” (p. 50).

Este principio es un principio derivado de la libertad porque establece que “toda persona puede hacer y omitir lo que quiera” (Mendoza Escalante, 2016, p. 50), a partir de la consideración de libertad general, para salvaguardar aquellas nociones que no se establecen de manera específica en la Constitución.

Ahora bien, se entiende que el objeto protegido es la acción desplegada por las personas, que contienen significancia para la realización personal y de dignidad de cada una de ellas. Así, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Constitucional a través del Expediente N.º 2868-2004-AA/TC se ha determinado que “la facultad de la persona de casarse con persona del mismo sexo se halla bajo el ámbito de protección de la libertad general de actuación”.

Ese correlato hace suponer que la acción de las personas para decidir por la convivencia antes que por el matrimonio también entra en el plano de protección de libertad general en tanto que ellas de acuerdo a su capacidad de autodeterminación eligen una determinada forma de ejercer su derecho a formar familia, porque

con ese acto se sienten más identificados o se sienten mejor emocionalmente e inclusive más protegidos.

Sin embargo, aun cuando el objeto de la libertad general es bastante amplio y puede acarrear confusiones y caer en subjetividades, ello no significa que pueda desarrollarse sin tener en cuenta los derechos de otras personas y los límites impuestos que las propias normas han impuesto.

Específicamente en el derecho familiar peruano, no podría aceptarse la práctica de la poligamia, fundamentado en el libre desarrollo de la personalidad, es decir, que alguien pueda argüir que como parte de su desarrollo a la personalidad quiere casarse con más de una persona al mismo tiempo y que el ordenamiento jurídico lo avale; empero, con la idea de familia ello es diferente porque ahí cada uno puede determinar cómo relacionarse y ello no afecta derechos de otras personas, es decir, puede determinar cómo formar familia y el ordenamiento jurídico está en la obligación de brindarle soporte jurídico.

Finalmente, cuando se habla de libre desarrollo de la personalidad en el derecho de familia, implica la libertad de los sujetos para relacionarse entre sí y de estos con la sociedad, determinando las reglas y parámetros que hayan creído convenientes para su propio bienestar, es decir, su esfera íntima y personalísima en la que el Estado no puede intervenir.

2.6.4. Propiedad

La Constitución Política del Perú (1993), establece en su catálogo de derechos fundamentales, el derecho a la propiedad (art. 2, inc. 16) y en el artículo 70, indica que es inviolable e impone al Estado el deber de garantizarlo. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley, únicamente cuando hay necesidad pública o por razones de seguridad nacional.

Por su parte, el artículo 923 del Código Civil establece como definición de la propiedad “el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley”.

El derecho de propiedad puede ser uno de los derechos más importantes para los derechos reales, toda vez que, implica un poder jurídico que recae sobre un conjunto de bienes de los que una persona es titular, estableciendo de esa forma una relación directa del titular y el bien.

Es también un derecho absoluto porque confiere al titular todas las facultades sobre el bien. Es exclusiva (o excluyente, podría decirse mejor), porque elimina o descarta todo otro derecho sobre el bien, salvo desde luego que el propietario lo autorice. Tan completo (absoluto) es el derecho de propiedad que no deja lugar a otro derecho. (Díaz San Martín, 2016, p. 22)

En ese sentido, el derecho de propiedad es un derecho fundamental no solo por su redacción en el texto constitucional,

sino porque su contenido permite al propietario todos los atributos señalados en el artículo citado del Código Civil.

Ello denota que, el derecho de propiedad cumple una función especial en la sociedad, esto es la circulación de la riqueza, conforme al bien común, a través de la maximidad de los recursos en beneficio de todos. Para el sujeto individual, denota un tráfico económico, en tanto que puede darle a la propiedad la utilidad que mejor le parezca a su titular, sobre todo cuando se habla de disposición del bien, en la medida que, a través del tráfico económico el sujeto puede gozar de una calidad de vida más idónea y conforme a sus propios deseos e ideales.

No vamos a ahondar en el tema, porque no es virtud de la presente investigación, lo que debe tenerse en cuenta es su carácter de derecho inviolable, limitado únicamente por cuestiones de interés social y bien común, cuyo carácter dentro del ordenamiento jurídico es “un derecho fundamental, no solo de igual rango que todos los demás, sino además de una importancia inusitada para el funcionamiento del sistema político y económico de toda sociedad” (Guzmán Napurí, s.f., párr. 12).

Así, el derecho de propiedad en el derecho de familia, implica la titularidad para ejercer los atributos sobre el bien, lo que va a permitir diseñar su proyecto de vida. Obviamente dentro de la relación marital también se forja patrimonio que, cuando está

vigente la unión “no pertenece ni al marido ni a la mujer” (Castro Pérez-Treviño y Carda García, 2003, p. 275) y, dependiendo del acto a realizar podrán decidir qué hacer ambos como pareja o si la situación lo amerita solo uno de ellos.

Lo cierto e importante es que, cuando se acaba el vínculo matrimonial o la pareja decide finalizar su unión, tal derecho de propiedad de ambos se mantiene, pues al finalizar la unión se da paso a la liquidación de gananciales, en donde se decide los bienes adquiridos en sociedad y cual le pertenece a cada uno de los miembros; situación que, en caso de matrimonio y cuyo régimen patrimonial sea de separación de bienes, no sucede, porque cada uno tiene su propio patrimonio.

2.7. FAMILIA

2.7.1. Definición

Su terminología es algo vetusta, pues al ser el hombre un ser social por naturaleza, este, desarrolla lazos afectivos y consanguíneos, de ahí, la afirmación de, “la familia es tan connatural al hombre que es imposible que se desvincule de ella” (Varsi, 2011, p. 13).

La Real Academia de la Lengua Española (2022), ha dado algunas definiciones de dicho término. La entiende como un grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas, definición que se

asemeja al tipo de familia clásica, tradicional o nuclear; o como un conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje, que son las familias extensas; también reconoce como un conjunto de personas que comparten alguna condición, opinión o tendencia, que podría decirse es el tipo de familia anaparental, entre otras.

Vega Mere (2009) ha señalado que, la familia viene a significar:

un medio de realización de las personas, un ambiente de solidaridad, de afectos, uno de los varios escenarios de concreción de los concurrentes proyectos de vida que todos construimos a lo largo de nuestros años. Es un ambiente de recogimiento, de experiencias domésticas que deliberadamente se esconde de la mirada de los demás.
(p. 31)

Ello es así, debido a que la familia encierra componentes extra jurídicos, por eso, como dice Baptista Vilella (1999) citado en Varsi (2011) es “antecesora del Estado, de la iglesia y es contemporánea del Derecho” (p. 21), dado que, a medida que la sociedad evoluciona, es el derecho quien debe acomodarse a las nuevas realidades para proteger los intereses de sus integrantes.

De ese entendimiento, Groeninga (2003) citado en Varsi (2011) indica “la familia puede definirse como un sistema y, como tal, un conjunto de elementos interactuantes que evoluciona con el tiempo y se organiza de acuerdo con sus propósitos y el ambiente” (p. 22), es decir, la estructura de la familia es autónoma y se basa en las relaciones asimétricas de sus integrantes y en el desarrollo social

de estos con otros sujetos, que para dotarlos de seguridad jurídica, es necesario regularla jurídicamente en tanto es concebida como una institución social.

Ahora bien, la Constitución (1993) indica que, la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado, refiriéndose a ella como célula básica del tejido social.

Con ello, la familia es una institución natural que existe con anterioridad al derecho positivo, pero que, necesita de este para dotar de seguridad jurídica a sus integrantes dada las relaciones intrapersonales que se forjan dentro de ella y el significado de amor y refugio seguro frente a las adversidades del mundo exterior que significa para cualquier sujeto de derecho.

2.7.2. Tipos

La primera de todas es la familia nuclear conocida en la sociedad como familia nuclear o tradicional, conformada por el padre la madre y los hijos, en donde estos últimos depende de sus progenitores. Es la típica familia conformada por el matrimonio que conforman una comunidad de vida plena y total, en donde los valores que posee trascienden la esfera estatal e incluso social y más aún individual para conformarse en pro de la comunidad familiar.

También se encuentran las familias extensas, las cuales se caracterizan por qué no siempre han estado unidos por vínculos sanguíneos o por la unión matrimonial, sino que, su constitución se debe a la agrupación de varias generaciones alojadas en un mismo hogar. Ejemplo de esta familia, es la convivencia del progenitor soltero, la abuela y el niño o parejas muy jóvenes, etc.

Otra de las clasificaciones y muy conocida es la familia monoparental, la cual está conformada por el padre y los hijos o la madre y los hijos, aunque en la mayoría de casos es la madre la que siempre vive con los hijos.

Las familias poli-genéticas o reconstruidas que aparecen de la mano con las nuevas tecnologías, pues se trata de la concepción de un ser humano a través de las técnicas de reproducción asistida, método ideado para ayudar a las familias que no pueden concebir de manera natural y que con el pasar del tiempo se ira incentivando como un mecanismo para las personas.

La familia anaparental que se da cuando un grupo de personas sin ninguna relación consanguínea, comparten la vivienda, los gastos y las actividades domésticas, en esta línea se encuentran los amigos, donde su único propósito es la protección de la armonía y unidad de la familia, pues el compartir bajo el mismo techo la intimidad de una familia como el amor, alimento, la solidaridad,

unión y respeto hacen que su configuración se de en un ambiente familiar como tal.

2.7.3. Contenido de ejercer el derecho a formar familia

Este contenido está dado por el principio de libertad tratado con anterioridad, por el cual, las personas tenían amplio poder de decisión para conducirse por la vida, lo que, en el derecho familiar peruano específicamente en la forma de agruparse con otras personas para constituir familia. Implica que, la persona tenga total libertad de elegir la forma en la que quiere vincularse con la pareja, ya sea mediante el matrimonio o mediante las uniones de hecho, es decir, pueda elegir como formar su familia.

Ello, como correlato de que la Constitución indica que la familia es la célula básica y fundamental de la sociedad y por tanto merece especial protección, definición en la que no hace alusión a un tipo especial de familia, entendiéndose entonces que no importa su origen o como está constituida, importa que es una familia con vínculos materiales como el de amor, solidaridad, comprensión y refugio para sus integrantes.

Por eso, no cabe la idea de atarla a las concepciones formales del matrimonio o a clasificaciones de propia e impropia, si su contenido material se ha perdido, ello atentaría contra el principio de libertad, igualdad y de no discriminación, porque se estaría limitando a los

sujetos ejercer su derecho a formar familia solo a las que están establecidas mediante ley.

Ello no quiere decir que, ya no debiera existir el matrimonio, pues su uso, aunque menor, en comparación con otras épocas, hace que el ordenamiento jurídico aun la mantenga vigente por razones de ideas conservadoras, influencia de la religión católica, entre otras, pero no puede sublevar los vínculos materiales que se tiene con la familia.

2.8. EL MATRIMONIO

2.8.1. Concepto

El matrimonio es “la unión voluntaria concertada por un varón y una mujer igualmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones del Código con la finalidad de hacer una vida en común” (Código Civil Peruano, 1984, art. 234).

A partir de esta definición, se desglosa el matrimonio como acto y como institución. La primera, “determina la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o a más individuos, por crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado, permitiendo su realización continua (Arellano Palefox, 2009, p. 136), es decir el matrimonio como acto es el acto solemne para formalizar la unión conyugal.

Y el matrimonio como institución está conformado por las consecuencias derivadas de esa unión formal, que termina acentuándose en el derecho objetivo del conjunto de normas que regulan al matrimonio. Esto deja saber que, el matrimonio es un acto formal creado por el hombre con el afán de dar seguridad jurídica a sus integrantes, subordinada a la aparición de la familia porque esta última es primero.

De allí que, como dice Varsi Rospigliosi (2011) “no todas las familias son matrimonios, mientras que todos los matrimonios implican necesariamente una familia” (p. 48), por eso, actualmente la concepción de matrimonio ha ido perdiendo fuerza vinculante para las personas en cuanto a su derecho de elegir para agruparse y formar familia.

En ese contexto, el matrimonio se funda en caracteres como el de unidad, porque la unión debe ser monogámica; de permanencia, porque debe suponer estabilidad en el tiempo; y de legalidad, la cual alcanza tanto al matrimonio como acto y como institución.

2.8.2. Efectos personales

A. Deber de fidelidad

Como consecuencia de un régimen monogámico, por el cual, está prohibido que los cónyuges tengan relaciones sexuales

deliberadas con otras personas, es decir fuera del matrimonio, y a la prohibición de “una apariencia comprometedoras o lesiva para la dignidad del otro” (Manrique Urteaga, 2020, p. 89) respecto al trato del cónyuge con otras personas.

B. Deber de asistencia

Este deber posee doble dimensión, una de carácter económico y otra de carácter moral. La primera referida a la manutención del hogar, como son, los alimentos, vestido, asistencia médica, etcétera; y, la segunda, referida a los principios de sinceridad, paciencia, solidaridad, honor, cortesía, respeto mutuo y otros (Coca Guzmán, 2021).

C. Deber de cohabitación

Los cónyuges tienen la obligación de vivir juntos en el domicilio que sea de su preferencia, este deber, no implica que los cónyuges sean inseparables pues en algunas ocasiones pueden haber excepciones marcadas como las del artículo 289 del Código Civil en las que justificadamente se puede suspender este deber en su sentido formal, pero la cohabitación también implica el compromiso de ambos cónyuges para respetarse, por eso, aun cuando estén separados físicamente existe cohabitación inmaterial de ambos.

2.8.3. Efectos patrimoniales

A. Sociedad de gananciales

Se trata del patrimonio constituido una vez los sujetos contraigan matrimonio o decidan unirse mediante unión de hecho para hacer vida en común, está dirigida a “lograr una perfecta armonía conyugal, lo que va a dar lugar al fortalecimiento de la familia” (Águilar Llanos, 2006, p. 321).

Pero, el patrimonio que ambos tengan antes de casarse o realizar la unión de hecho es propiedad de cada uno, es decir, no forma parte de la sociedad de gananciales y por tanto cada uno puede disponer de él a su modo, empero los frutos de esos bienes sí son para la sociedad de gananciales pues tienen la finalidad de solventar el hogar.

B. Separación de bienes

Régimen mediante el cual, los sujetos mantienen como suyo su patrimonio antes y durante el matrimonio, pudiendo ser variado si su voluntad lo requiere, a través del derecho cuyo nombre responde a derecho de sustitución. Tal régimen no implica la desatención del hogar, pues ambos deben contribuir a su mantenimiento de acuerdo a sus posibilidades económicas.

Ahora bien, el Código Civil faculta a los futuros contrayentes elegir el régimen patrimonial de su preferencia y a falta de elección, el régimen de sociedad de gananciales llena tal vacío, pero puede ser variado en cualquier momento.

2.8.4. Decaimiento y disolución

El decaimiento es una situación de hecho en la que los conyugues se separan y origina la separación de cuerpos, figura instaurada en el Código Civil para hacer referencia a la separación personal de los cónyuges. En cambio, la disolución implica el fin del vínculo matrimonial que se da con el divorcio. Ambas figuras, la separación de hecho y el divorcio poseen causales establecidas en el artículo 333 del Código Civil y son incoadas de acuerdo a las teorías de divorcio sanción o divorcio remedio que se tienen en el Perú.

El divorcio sanción como su nombre lo indica es una sanción para el cónyuge culpable por haber infringido los deberes del matrimonio y posibilita al cónyuge inocente pedir una indemnización por los daños ocasionados, en cambio, el divorcio remedio se basa en la ruptura del vínculo matrimonial y no tiene en cuenta si hay o no cónyuge culpable o inocente, es decir, la causa para el divorcio es la propia relación matrimonial resquebrajada.

Estas teorías del divorcio acrecientan más la idea de prevalecer el vínculo formal dado con el matrimonio que la propia familia

acogedora de vínculo material, pues, en la actualidad los procesos de divorcio son tediosos y largos en el tiempo y si el cónyuge se quiere divorciar, pero no hay causal que lo respalde entonces no puede hacerlo, porque aún no contamos con el sistema de divorcio encausado y porque sobre todo aún tenemos ideas en las que el matrimonio es mejor que las uniones de hecho y hay que tratar de mantenerlo a toda costa, olvidando que solo es una institución formal que recoge vínculos materiales que en muchos casos ya no existen por medio del matrimonio.

Ello no implica, que el divorcio deje de existir, pues al mantener vigente el matrimonio necesariamente existirá el divorcio, solo que el contenido de ambas figuras desde un análisis constitucional deja de ser meramente formalista y por tanto su aplicación a los casos prácticos debiera seguir los mismos efectos.

2.9. LAS UNIONES DE HECHO

2.9.1. Concepto

Varsi (2011) indica que la unión de hecho es “la unión estable monogámica y voluntaria de dos personas heterosexuales, libres de impedimento matrimonial que da origen a una familia, siendo merecedora de protección por parte del Estado en condiciones de igualdad” (p. 385).

En este punto, para algunos sectores de la doctrina y algunas legislaciones de derecho comparado creen necesaria la diferenciación con el concubinato, el cual supone un impedimento para la formalización del acto conyugal mediante el matrimonio.

Sin embargo, en el Perú, el termino unión de hecho y concubinato son usados como sinónimos para referirse al concepto esbozado anteriormente, diferenciación que lleva a inferir que cuando se habla de unión de hecho impropia en realidad es un concubinato, pero ello, solo deja ver como la familia adopta formalidades que conducen al cumplimiento de requisitos para ser catalogada como unión de hecho, concubinato y demás, compartiendo todas ellas el núcleo esencial que es hacer vida en común.

Quizá por ello, Varsi (2011) luego de estudiar varias opiniones indica que es la “unión estable de aquel varón y mujer que, sin haber seguido las formalidades del acto matrimonial, sostienen entre sí una convivencia semejante a la marital, con impedimentos legales o sin ellos, manteniendo una comunidad de vida” (p. 384). En otras palabras, la unión de hecho se caracteriza por la conexión física de la pareja, pues están juntos el uno al otro, acto del que no siempre goza el matrimonio.

Es decir, entiende que la finalidad de la familia es una sola y por eso, no importa si para su conformación tiene o no impedimento

legal, pues las personas dentro de su libertad pueden optar por formar una familia cuya fuente de conformación es la unión de hecho impropia y no por eso va a desmerecer desprotección.

2.9.2. Clases

Mayormente la doctrina ha congeniado en indicar que las uniones de hecho se clasifican en unión de hecho propia e impropia y las diferencia porque esta última “no reúne las condiciones relativas a monogamia y a la libertad de impedimento matrimonial” (Pimentel Tello, 2014, p. 15) pues, uno de tales impedimentos está basado en la relación formal que uno de los sujetos tiene con otra persona para que pueda contraer matrimonio con una nueva pareja en un futuro.

De esta diferenciación que hace la doctrina nace la problemática a estudiar, porque en los casos específicos de reconocimientos de derechos para las uniones de hecho impropias se tiene en cuenta su constitución formal, es decir, los órganos jurisdiccionales tienen mucho en cuenta como se ha constituido formalmente la familia dejando de lado su contenido material y por eso, cuando están frente a una unión de hecho impropia es casi imposible poder reconocerle algún derecho bajo el argumento material de desenvolvimiento de familia en muy similares condiciones que el matrimonio, tomando partida por este último o por la unión de hecho propia.

Inclusive los esfuerzos que hace la doctrina para reconocer derechos a las uniones de hecho están basados en solo la unión de hecho propia y a partir de esta le otorga distintas clasificaciones, por ejemplo, uniones paralelas y sucesivas, “son paralelas cuando coexisten uniones sin impedimento matrimonial entre una persona y varias parejas. Son sucesivas cuando se inicia una nueva relación luego de haber existido otra con diferente pareja” (Pimentel Tello, 2014, p. 7), dejando sin cabida a la unión de hecho “impropia”.

2.9.3. Requisitos

Posee requisitos para su existencia, tales como: la unión debe ser heterosexual, voluntaria, permanente, pública, no deben existir impedimentos para que en un futuro se configure el matrimonio, la persecución de finalidades similares a los del matrimonio y duración mínima de dos años.

Requisitos que dan cuenta la protección solo para determinados tipos de familia, excluyendo a las familias que formalmente cuentan con impedimento matrimonial e incluso a aquellas que son constituidas por personas del mismo sexo.

2.9.4. Efectos personales y patrimoniales

La unión de hecho al perseguir finalidad semejante a las uniones matrimoniales comparte también sus efectos personales y efectos patrimoniales, pero relativamente. En cuanto al primero:

Los deberes de fidelidad y asistencia tienen un contenido estricto moral, porque su incumplimiento no genera consecuencia jurídica alguna. Ello significa que no existe mecanismo jurídico que sanciona la infidelidad, ni tampoco se le concede al conviviente respecto a su pareja cuando esta se niega a cumplir con su derecho alimentario durante la convivencia, únicamente se regula la posibilidad de exigir alternativamente una indemnización o una pensión alimenticia pero cuando las uniones de hecho se han extinguido. (Manrique Urteaga, 2020, p. 97)

En cuanto a los efectos patrimoniales, la unión de hecho posee un único régimen llamado “comunidad de bienes” y se sujeta en lo que le fuera aplicable a la sociedad de gananciales, los convivientes no tienen otra opción porque este régimen es único y forzoso.

2.9.5. Declaración de la unión de hecho

A. Vía notarial

Con la Ley N. ° 29560 se otorgó facultades a los notarios para poder declarar una unión de hecho, camino que facilitó mucho a los sujetos interesados por la celeridad y eficacia del procedimiento, cumpliendo los requisitos establecidos por ley y el mutuo consentimiento.

B. Vía jurisdiccional

Esta vía se activa cuando uno de los convivientes muere o cuando de manera unilateral decide terminar la convivencia, el

problema radica en poder probar tal situación de hecho y la duración del proceso que muchas veces es bastante lato.

La sentencia de reconocimiento que emite el juez, como menciona Águilar citado en Zuta Vidal (2018) es “declarativa debido a que reconoce una situación de hecho pre existente y sus efectos se retrotraen al momento del inicio de la convivencia” (p.190).

A diferencia de la vía notarial esta forma de reconocimiento es declarativa y siempre está basada en la observancia de requisitos formales para el otorgamiento de derechos. Si de ese análisis el juez determina que se trata de una unión de hecho impropia no le reconoce derechos, dejando abierta la posibilidad para interponer demanda por enriquecimiento sin causa, pero cerrando todo análisis a la comprensión de los vínculos materiales y haciendo que el proceso sea aún más largo.

2.9.6. Prueba

En cuanto a este ítem el artículo 326 del Código Civil indica que la unión de hecho puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.

Sin embargo, teniendo en cuenta el carácter de las uniones de hecho es casi imposible que exista una prueba escrita que acredite la unión de hecho, por eso Plácido Vilcachagua (2001) indica:

esta exigencia resulta excesiva si se considera la dificultad de contar con documentos escritos, en una relación familiar que se caracteriza por la oralidad o por la simple concurrencia de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia; siendo, precisamente, la prueba testimonial la que asume mayor relevancia en asuntos de derecho de familia. Por ello, debería eliminarse tal requerimiento (p. 257).

Y como ya se dijo, en caso la persona no haya probado la unión de hecho, el único derecho que se activa para ella es la acción de enriquecimiento sin causa, que busca reestablecer un equilibrio de bienes patrimoniales entre ambas personas.

2.9.7. Principio de amparo a las uniones de hecho

Las uniones de hecho, han sufrido los rezagos de una sociedad conservadora influenciada por los dogmas de la iglesia católica, motivo por el cual no se encontraba regulada, pues los prejuicios que vinculaban a la familia como consecuencia de la realización del matrimonio dejaban muy por debajo a la unión de hecho, por eso sus integrantes no han podido gozar de los derechos que les asiste en comparación con quienes sí eran cónyuges, inclusive los hijos extramatrimoniales eran considerados ilegítimos o bastardos.

Recién con la Constitución del 1979, se reconoce normativamente a las uniones de hecho y la igualdad de los hijos, independientemente del estado civil de los padres, quedando prohibida toda referencia que denigre a los hijos en razón de su origen de concepción ya sea matrimonial o extramatrimonial.

Con la Constitución Política actual (1993), se reconoce que el Estado protege a todo tipo de familia por considerarla célula básica y fundamental del Estado y la sociedad (art. 4), además reconoce al concubinato como un tipo de familia y señala determinados requisitos para su configuración (art. 5).

Tal asidero considerado en el artículo 5 de la Constitución (1993) ha significado un gran avance en la protección de las uniones de hecho, sin embargo, con algunos porvenires porque aún se sigue considerando al matrimonio por encima de la convivencia, de modo que, de las uniones de hecho se desprenden sub clasificaciones que atentan con el contenido de que la familia es una sola, sea cual fuere su origen de formación.

En ese contexto, es que se ha ido otorgando ciertos derechos a las uniones de hecho, tales como, la sociedad de gananciales como régimen patrimonial, alimentos entre concubinos, derechos laborales y pensión de viudez en razón del Decreto Legislativo 650, artículo 54 que indica “se reconoce que el conviviente supérstite tiene derecho al 50% del monto acumulado de la compensación por

tiempo de servicios y sus intereses, que a solicitud le será entregado por el depositario en caso de fallecimiento del trabajador compañero” y además se establece que “el conviviente sea beneficiario del seguro de vida a cargo del empleador de su compañero trabajador” (Decreto Legislativo N. ° 688, art.1).

También se le reconoce derechos sucesorios, derecho a la adopción y derecho a la salud, entre otros derechos que son reconocidos exclusivamente para las uniones de hecho propias, pero no para las impropias porque en los casos concretos que se puedan presentar casi siempre se tiene en cuenta el vínculo formal con el que están constituidas, el cual prevalece para el otorgamiento de derechos y reconocimiento de familia.

Sin embargo, estos derechos son de reconocimiento exclusivo para las uniones de hecho que cumplan con los requisitos estipulados en la Constitución y Código Civil, es decir, las uniones de hecho impropias no tienen asidero de protección jurídica, toda vez que no cumple con las formalidades prescritas en las leyes ordinarias ni en la Constitución, pero, las uniones de hecho ya sean propias o impropias son parte de libertad que tiene las personas para desarrollarse en esa parte de su vida, por tanto, también son familia.

2.10. EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA Y PROMOCIÓN DEL MATRIMONIO

Las normas del derecho de familia, se caracterizan porque su fin inmediato busca la protección de intereses superiores y limitan la autonomía de la voluntad. Dice Ruggiero citado en Parra (s.f.) “la nota diferencial y más saliente del derecho de familia es que el interés individual se ve sustituido por uno superior referido a la familia, porque la necesidad de esta subviene la tutela jurídica” (p. 102-103).

Bajo esa línea de idea, cuando se estudia la Constitución Política del Perú (1993) se da cuenta que, la familia es la célula básica fundamental y natural de la sociedad y por tanto la comunidad y el Estado la protegen, pero promueven el matrimonio, es decir, del texto constitucional la protección para la familia es indistinta a su fuente de origen y, en consecuencia, alberga familias matrimoniales, convivenciales, monoparentales, homoparentales, etcétera.

Soto Kloss (1994) refiriéndose a la protección de la familia indica:

el estado tiene el deber jurídico/obligación de proteger a la familia y de propender a su fortalecimiento, y ello en toda actividad estatal, sea en su función legislativa a través de leyes que la protejan y fortalezcan, como en su función administrativa a través de la aplicación de aquéllas y de las medidas específicas que deba adoptar en su misión de satisfacer las necesidades públicas concretas a través de la prestación de bienes y servicios; pero también esa obligación pesa sobre el órgano jurisdiccional y contralor, puesto que ellos también son, obviamente, órganos del Estado (p. 224).

Ello, da a entender que el mandato constitucional es imperativo pues obliga a todos los poderes del Estado a crear mecanismos para su efectividad, siempre en sintonía y concordancia con el respeto de derechos fundamentales de sus integrantes (Lepin Molina, 2014) y, por tanto, no existe diferenciación constitucional en cuanto al ámbito de protección de las familias.

Criterio que se condice con lo dicho por Espejo Yaksic e Ibarra Olguín, (2020):

la protección de la familia, es para cualquier tipo de familia sustentado en su complejidad y variabilidad y en un constante estado de fluidez a medida que las personas que las componen envejecen, mueren, se casan, reproducen o viajan. Una vez que surgen nuevas configuraciones familiares, no es posible continuar con el tratamiento de familias como si ellas fueran a encajar en un modelo idealizado u orgánico. En su lugar, es mejor hablar de familias complejas: configuraciones familiares que surgen de acuerdos formales (como el matrimonio o los acuerdos civiles) o informales (como las uniones con- sensuales); familias monoparentales; familias extensas y; nuevos arreglos familiares que se crean después del divorcio, nulidad, viudez o socios de distribución. (p. 22)

Es decir, la función tutelar del derecho en las relaciones familiares implica proteger a la familia como realidad social, la misma que con el paso del tiempo adopta nuevas formas y no se limita a aspectos formales, de ahí, la existencia de familias matrimoniales, convivenciales, homosexuales, etcétera.

En base a este principio de protección de la familia, las uniones de hecho han ido siendo aceptadas por los órganos de estado y por la sociedad en general, el primero porque poco a poco le ha ido reconociendo derechos casi al mismo nivel que a los matrimonios y, al segundo, porque la sociedad actualmente opta en su mayoría por la convivencia antes que por el matrimonio.

Indica, García Rubio (2020) la convivencia en algunas ocasiones “precede a modo de matrimonio de prueba o se intercala como modo de vida entre dos matrimonios de una persona” (p. 197), dando libertad a los sujetos para elegir entre una y otra forma sin temor a ser desprotegidos, por lo que, como dice Manrique Urteaga (2020) “el matrimonio y la familia son dos bienes constitucionales relacionados pero diferentes, entonces, no puede hacerse depender la existencia de la familia al matrimonio y en consecuencia las otras formas de constituir familia son también merecedoras de protección jurídica” (p. 76).

A partir de esta consideración, las uniones de hecho para la Constitución de 1993 fueron relativamente reguladas, porque a pesar de reconocerlas como familia, el artículo 4 indica que se promueve el matrimonio, es decir, el estado fomenta la celebración del matrimonio y procura que sea conservado, es decir, que las personas la elijan para conformar familia, por eso le atribuía mayores derechos y seguridad jurídica.

Es decir, debido a la aparición de las uniones convivenciales como realidad social no hubo otro camino más que tolerarlo y regularlo, pero eso no significó que haya que tenerlo en el mismo nivel del matrimonio, por eso, se tolera a las uniones de hecho, pero se promueve a las matrimoniales por considerarlas más seguras y estables para la conformación de familia.

Ahora bien, este apartado de protección de la familia, implica que las denominaciones de matrimonio, unión de hecho, responde solo a una cuestión formal creada por el legislador tratando de dar protección a la familia, por eso, la Constitución indica que se protege a la familia y al menos en el apartado 4 no hace ninguna diferenciación sobre ella.

Bajo el argumento de protección de la familia, es que, en nuestra sociedad se da mayor protección al matrimonio porque esta supone mayor protección para las parejas y mayor estabilidad para los hijos, es decir, el Estado reconoce y tutela a las uniones de hecho, pero promueve al matrimonio por considerarla más segura y estable, en función a ello, aún hay ciertas diferencias con las uniones de hecho.

Sin embargo, este argumento es considerado desfasado porque la estabilidad para los hijos y protección para la pareja no depende de aspectos formales, sino de cuestiones materiales, como el compromiso, lealtad, respeto, etc., que los integrantes de la familia deben tener unos con otros para conseguir protección y estabilidad de su familia.

2.11. TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA EN FUNCIÓN A LA INTERPRETACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO

Ciertamente, la tutela jurisdiccional efectiva, ha sido definida como, “un derecho público y subjetivo que toda persona, por el solo hecho de serlo está facultada a exigirle al Estado tutela jurídica plena, que se manifiesta de dos maneras: el derecho de acción y el derecho de contradicción” (Monroy Gálvez, 1996, pp. 248-249).

Para otros autores, como Marinoni (2007), la tutela jurisdiccional efectiva además implica:

el derecho a la técnica procesal adecuada; el derecho de participar a través del procedimiento adecuado; y, el derecho a la respuesta del juez; tiene relación, en primer lugar, con la posibilidad de participar y por eso presupone un derecho de participación. (pp. 227-228)

El Tribunal Constitucional en el expediente N. ° 763-2005-PA/TC, ha manifestado:

la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia. (Caso Luciano López, 2005, fund. 6)

A nivel normativo, la Constitución Política del Perú (1993), el artículo 139, sobre principios y derechos de la función jurisdiccional, específicamente el inciso 3 refiere a la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, indicando que, “ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”.

Lo establecido en el apartado anterior, ha sido tomado por la doctrina como las mínimas garantías para el desarrollo del proceso, es decir, se trata de la observancia del debido proceso; en cuanto a la tutela jurisdiccional, no refiere que sea efectiva, sin embargo, no es óbice para afirmar que la tutela jurisdiccional lógicamente debe ser efectiva, en pro del aseguramiento de los justiciables para hacer valer su derecho.

Por su parte, el Código Procesal Constitucional, menciona que, la tutela procesal efectiva es aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso (...) a la obtención de una resolución fundada en derecho (art. 9).

El Código Procesal Constitucional, señala de manera específica los tres derechos continentales de la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho de

acción, el derecho al debido proceso y a obtener una sentencia fundada en derecho que respondan a las pretensiones planteadas por los intervinientes.

Entonces, con tal contenido de la tutela jurisdiccional efectiva, resulta obvio que aquellas parejas que han optado por la convivencia antes que por el matrimonio tengan el derecho de acudir a la vía jurisdiccional para reclamar derechos alimenticios, sucesorios, gananciales y demás, cuando la relación convivencial ha terminado, sustentando su accionar en el primer contenido de la tutela jurisdiccional, al que conocemos como derecho de acción, el cual es un derecho universal que no es exclusivo para las parejas cuya unión de hecho es propia, sino, como la norma lo dice, es para cualquier persona que crea justa su petición.

Así, con el primer contenido de la tutela jurisdiccional efectiva, las parejas en convivencia propia o impropia tienen total facultad para acudir al órgano jurisdiccional y que este puede atender las pretensiones formuladas; el segundo contenido, implica que el curso de ese proceso cuente con las mínimas reglas para asegurar y proteger los derechos fundamentales de la persona, es decir, se otorgue a las parejas convivenciales el mismo trato que las parejas matrimoniales, por tanto, se permita entrar a la discusión de fondo para determinar si le corresponde o no el derecho alegado producto de la convivencia; y, finalmente, el contenido de sentencia fundada en derecho, implica que las razones vertidas que dan sustento a

la decisión final deben estar basadas en razones objetivas y sobre todo en las circunstancias que bordean cada caso.

Por eso, pretender que las uniones de hecho impropias no sean atendidas de acuerdo a sus propias circunstancias, las cuales deben debatirse en el curso de un proceso, es negar la naturaleza de la tutela jurisdiccional efectiva y con ello, el derecho de acción, el debido proceso y una sentencia fundada en derecho, que como ya se ha visto le asiste a toda persona por considerarla sujeto de derechos.

Aunado a la condición de las circunstancias particulares de caso, el principal móvil para atender este tipo de casos, es que, no se debe olvidar que independientemente de la denominación que le ha otorgado la norma y la doctrina, las pretensiones que se plantean en el proceso, tienen incidencia directa en asuntos de familia y dentro de estos, en temas alimenticios, derechos patrimoniales, etc., porque la finalidad de cualquier unión de hecho es al igual que el matrimonio, hacer vida en común.

Por eso, no cabe la posibilidad de negar si quiera el acceso a la discusión de los derechos que se le pueden reconocer a la conviviente como situación material frente a la situación formal del matrimonio, porque ello, significaría negarle la posibilidad de una tutela jurisdiccional efectiva y con ello, los derechos de debido proceso, defensa, contradictorio y los mencionados anteriormente, aunado a que, se primaria al matrimonio como situación

formal antes que a la constitución de una familia que se encuentra protegida por la norma constitucional de acuerdo al artículo 4.

2.12. NORMATIVA RELACIONADA AL TEMA DE INVESTIGACIÓN

Empecemos por mencionar que, en el ámbito internacional los tratados internacionales constituyen “un acuerdo celebrado por escrito entre Estados, o entre Estados y otros sujetos de derecho internacional, como las organizaciones internacionales, y regido por el Derecho Internacional” (Ignacio Cortés, 2020, párr. 2). Tal acuerdo constituye una norma de carácter vinculante, es decir, su cumplimiento es obligatorio para los Estados que lo suscriben y se rige bajo las normas del derecho internacional tal y como su propio nombre lo señala.

En ese cometido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada el 10 de diciembre de 1948 cuyo contenido se basó en los principios-derechos de libertad, igualdad, justicia y paz como base del reconocimiento de la dignidad humana, significó la puerta de entrada para dejar atrás el estado de penuria del hombre.

Con ello, una de las materias sobre las cuales ha regulado algunos aspectos, es en el derecho de familia, pues reconoce el derecho de los hombres y las mujeres a casarse y formar una familia sin restricción alguna (art. 16). De tal consideración, únicamente el matrimonio deriva la formación de una familia, sin embargo, se hace referencia a la prohibición de discriminación para formar la misma, lo que, aunado al término “familia

humana” señalado en el Preámbulo hace suponer que la familia “implica no solamente lazos de consanguinidad o de parentesco, sino de fraternidad entre los seres humanos” (Urteaga Valera, 2019, p. 16), postura que se ve reforzada porque reconoce a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, mas no al matrimonio.

Entonces, aun con la larga data histórica del Pacto en comento, parece ser que sus efectos quisieron adelantarse a lo que actualmente se vive, de lo contrario los términos familia humana, familia como elemento natural, no hubieran podido ser, porque en tal época existía mayor prevalencia por lo tradicional y conservador.

Por eso, se entiende que este Pacto aun haga confluir al termino matrimonio y familia uno respecto del otro y aunque no se niega, como ya se ha dicho, puesto que el matrimonio sí constituye una forma de constituir familia, sí se niega el forzado encaje de la familia al acto formal del matrimonio.

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, suscrito en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá el año 1948, cuyo contenido sobre el derecho de familia es muy interesante e importante, ya que, en uno de sus artículos señala “Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad y a recibir protección para ella” (art. VI). La precisión de la redacción no deja lugar a dudas, reconoce que la familia puede constituirse

por diversas maneras porque no la equipara a otros contenidos y mucho menos al matrimonio, es más ni siquiera lo menciona.

Otro de los instrumentos internacionales es el denominado Convención Americana sobre los Derechos Humanos o Pacto de José de Costa Rica, cuyo contenido entro en vigor el 18 de julio del año 1978 y fue ratificado por el Perú el 12 de julio del año 1978, el cual es más joven que los anteriormente mencionados, sin embargo, en su artículo 17, señala “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado” (inc. 1), con lo cual no hay mayor discrepancia. Empero, luego indica, “se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas (inc. 2).

Es decir, la familia se reduce a cuestiones formales que mande el derecho interno, lo que da cuenta de familia como consecuencia de celebrar el matrimonio, pero llama la atención la parte final de tal artículo, ya que, reconoce igualdad de derechos a todos los hijos, independientemente de su concepción “La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo” (art. Inc. 5), lo cual de alguna manera otorga mayor plus a la familia por encima del matrimonio.

Finalmente, este Pacto tuvo vigencia a partir del 23 de marzo de 1976, el cual reconoce a la familia como el elemento natural y fundamental de la

sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (art. 23, inc. 1). Asimismo, reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello (inc. 2), es decir.

Este último apartado se ha repetido en casi todos los documentos internacionales mencionados, por lo que, es necesario aclarar que cuando se dice “si tiene edad para ello”, se refiere a la celebración del matrimonio porque no sería posible aceptar un matrimonio de personas de 10 años o similares, de ahí también, que se diga que estos instrumentos internacionales equiparan a la familia con el matrimonio, porque el matrimonio al ser una cuestión formal lógicamente no va a poder celebrarse si no se tiene edad para ello, pero la conformación de la familia es indistinto a la edad y cualquier otra cuestión formal porque esta es una célula natural y se forma por lazos de afectividad a parte de los lazos biológicos y no está referida únicamente a la familia tradicional.

Por lo demás, en el ámbito internacional no hay referencia específica a las uniones de hecho ya sean propias o impropias, ello puede ser por dos motivos, el primero, porque se ha considerado que la familia es una sola y cualquiera sea su origen merece protección, o porque, se ha creído fehacientemente que la familia solo proviene del matrimonio y por eso solo se hace mención a esta figura.

En el ámbito nacional, al igual que en el ámbito internacional, la Constitución Política del Perú reconoce a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad (artículo 4) hasta ahí pareciera que también se protege a la familia independientemente de su formación, es decir, a cualquier tipo de familia, sin embargo, de la lectura del artículo 5 donde se hace referencia a las uniones de hecho pero siempre que se trate de un hombre y una mujer y que además estén libres de impedimento matrimonial se da cuenta que la familia para el Estado Peruano debe cumplir con ciertas características y requisitos para ser protegida y considerada como tal, al menos en el ámbito legal.

Cuando se mira al Código Civil, la problemática persiste de modo más específico, porque en ella se establecen cuáles son los requisitos a cumplir para que las personas sean consideradas como parte de una unión de hecho y por tanto sean merecedoras de protección, es decir, la referencia en unión de hecho propia e impropia hace que la norma pierda su curso protector y por el contrario se genere más desprotección al hacer tales diferencias, por lo que, si les corresponde o no derechos a sus integrantes bien podrían discutirse en un proceso judicial sin que la forma en la que se han constituido tenga incidencia en la decisión a tomar.

2.13. JURISPRUDENCIA RELACIONADA AL TEMA DE INVESTIGACIÓN

2.13.1. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 230/2014, 19 de noviembre de 2014

A. Hechos del caso

Una mujer y un hombre mantuvieron una relación de pareja durante 40 años sin casarse y tuvieron 5 hijos, luego, la mujer demandó el pago de una pensión alimenticia argumentando que cuando ella se enfermó de cáncer su pareja la abandonó y dejó de proporcionarle los medios económicos para su manutención.

B. Sentencia de primera instancia

El juez concedió una pensión alimenticia provisional a favor de la demandante, equivalente al 50% del monto de las percepciones mensuales del demandado (ex pareja).

C. Apelación

Argumentó que, nunca existió una relación de concubinato, por lo que, no tenía la obligación de otorgar alimentos, pues, el artículo 42 del Código Civil del Estado de Tlaxcala, exige que, para el concubinato es necesario que ambos sujetos deben encontrarse libre de impedimento matrimonial, lo cual

no ha sucedido, porque el (demandado) se encontraba casado con otra mujer.

D. Sentencia de segunda instancia

Confirma la sentencia de primera instancia y añade que ha quedado demostrado la existencia de una familia a través del concubinato.

E. Proceso de amparo

Argumentó que, únicamente la existencia de hijos no prueba el concubinato y que basta demostrar que él estaba casado para negar la pensión alimenticia.

F. Sentencia del tribunal colegiado

Negó el amparo, argumentando que, el haber tenido cinco hijos constituye un vínculo jurídico y una situación de dependencia económica relevante para declarar procedente la obligación alimentaria, criterio que fue ratificado por la Corte Suprema, y negó el amparo solicitado.

G. Fundamentos

a. Las familias constituidas por parejas de hecho que conviven de manera constante y estable, con base en vínculos de solidaridad, afectividad y ayuda mutua,

también son sujetos del derecho constitucional a la protección familiar.

- b.** El concepto constitucional de familia, debe ser entendido desde una perspectiva amplia, debiéndose incluir en él las situaciones de convivencia ajenas al matrimonio que desarrollan los mismos fines que este y por tanto deben recibir los mismos niveles de protección.
- c.** No es posible sostener que el goce de los derechos más elementales establecidos para la protección de la familia, entre los que destacan los derechos alimentarios, corresponde en exclusiva a aquellas familias formadas en un contexto de matrimonio o concubinato en términos de ley.
- d.** En todos aquellos casos en que se acredite la existencia de una pareja que conviva de forma constante y estable, fundada en la efectividad, la solidaridad y la ayuda mutua, deben aplicarse las protecciones mínimas que prevé el derecho de familia para el matrimonio y el concubinato.

2.13.2. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3727/2018, 2 de septiembre del 2020

A. Hechos

Una mujer demandó el pago de una pensión alimenticia, derivada de la unión en concubinato que mantuvo con un hombre por más de 12 años, a lo que, el demandado argumentó en juicio que no podía existir concubinato toda vez que él se encontraba casado con otra mujer.

B. Decisión de primera y segunda instancia

Infundado, toda vez que no se cumplía con lo establecido en el artículo 65 del Código Familiar del Estado de Morelos para la constitución del concubinato debido a que el demandado se encontraba con impedimento matrimonial y, por tanto, no hay fundamento para otorgar pensión alimenticia.

C. Proceso de Amparo

Argumento que, el artículo 65 del Estado de Morelos, coloca a la mujer que no está casada en un plano de desigualdad, de trato inhumano, degradante, menospreciado y discriminante con base en una concepción moralista, religiosa y excluyente de familia.

D. Sentencia del tribunal colegiado

Negó el amparo, argumentando que, el legislador local en uso de su libertad configurativa ha dado protección al concepto constitucional de familia, sin que ello signifique que deba dar un trato equivalente al matrimonio y al concubinato.

E. Recurso de revisión

Conceder el amparo y que se analice nuevamente el caso.

F. Fundamentos

- a. Exigir un estado civil de la pareja en cuestión para el reconocimiento de un concubinato y con ello garantizar los derechos derivados de su extinción sí representa una distinción basada en una categoría sospechosa que obstaculiza ejercicio de derechos y por ende resulta inconstitucional y contraria a los principios de igualdad y no discriminación.
- b. Negar el reconocimiento a una relación de concubinato, por el hecho de que uno de los concubinos está unido con otra persona en matrimonio civil, implica la negación del reconocimiento jurídico a la relación voluntaria de concubina que dos personas sostuvieron en ejercicio de su derecho y libertad de desarrollo de vida personal, Máxime que de la figura de concubino derivan jurídicamente obligaciones y derechos que en caso de

disolución muchos son de índole fundamental, por ende, el libre impedimento matrimonial no se justifica ni siquiera en razón de protección de la familia o procuración de estabilidad de la pareja.

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

3.1. LA PERTINENCIA DE LOS CRITERIOS CONTEMPORÁNEOS PARA DECLARAR LA UNIÓN DE HECHO

En cuanto a los criterios contemporáneos que utiliza el órgano jurisdiccional, la Corte Suprema en la Casación N.º 1086-02 ICA, muestra que los criterios tenidos en cuenta para el tratamiento de las uniones de hecho, se basan prioritariamente en la clasificación de propia e impropia, toda vez que en tal casación se discute el derecho alimentario a la conviviente, porque esta ha mantenido una relación convivencial con el demandado producto de la cual han procreado hijos.

Ante tal situación, en primera y segunda instancia la pretensión se declaró fundada, sin embargo en la sentencia de la Corte Suprema, el criterio tenido en cuenta se orienta por dejar en claro que las sentencias anteriores no han considerado que la actora no tiene la calidad de conviviente, ya que esta calidad se configura de la unión estable entre un varón y una mujer libres de impedimento matrimonial, es decir, ambos deben ser solteros, lo que no sucede en el caso concreto, pues el demandado ha demostrado con su partida de matrimonio que es casado desde el año 1993, en consecuencia, no le asiste derecho alimentario a la conviviente.

De ese modo, se evidencia que el criterio de la Corte Suprema para declarar la unión de hecho, sigue la clasificación de la doctrina referida a propia e impropia, clasificación que contiene requisitos formales para ser

catalogada como tal, siendo uno de ellos, el no tener impedimento matrimonial para la unión de hecho propia.

En relación a lo anteriormente mencionado, se evidencia el enfrentamiento de la formalidad y la materialidad para constituir familia, evidenciando que la primera sale victoriosa porque cuenta con sustento legal, cuyo objetivo se dirige a promocionar el matrimonio antes que cualquier otra forma de familia. Por eso, se cataloga a las uniones de hecho como propias e impropias.

Es decir, lo que la Corte Suprema de Justicia quiere dar a entender es que, la familia va a ser protegida siempre y cuando su conformación se encuentre acorde a los requisitos formales establecidos en la ley, porque a partir de ella, encuentra justificación para catalogarla en propia e impropia y, por tanto, declarar la unión de hecho.

A nivel internacional, la Suprema Corte de México, con respecto a las uniones de hecho, la Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 230/2014, ha resuelto confirmar la sentencia de primera y segunda instancia, en consecuencia, otorgar derecho alimentario a la conviviente de una unión de hecho impropia toda vez que esta ha convivido con el demandado por más de 40 años. Ello es muestra de que, no ha usado el criterio doctrinal de clasificación de las uniones de hecho en propia e impropia, por el contrario, usa el criterio de familia desde un enfoque constitucional, indicando que, la familia debe ser entendida desde una perspectiva amplia, debiéndose

incluir en él, las situaciones de convivencia ajenas al matrimonio que desarrollan los mismos fines y, por tanto, deben recibir los mismos niveles de protección.

Asimismo, utiliza el criterio de goce de derechos más elementales en el contexto de derecho familiar, arguyendo que, no es posible sostener que el goce de tales derechos considerados primordiales para la protección de la familia, entre los que destacan los derechos alimentarios sean de única y exclusiva correspondencia a aquellas familias formadas en un contexto de matrimonio o concubinato en términos de ley.

Esta sentencia de la Suprema Corte de México, es importante porque excluye los clásicos fundamentos orientados en la denominación de unión de hecho propia e impropia para declarar la unión de hecho, es más ni siquiera lo menciona y, pasa a tener en cuenta al criterio material devenido de la constitución de una familia, sin importar los caracteres de su origen, porque finalmente, lo que se busca es dar protección a esos lazos familiares que no se diferencian de modo alguno porque hayan sido o no concebidos a partir de la unión matrimonial.

En ese sentido, la postura de la Suprema Corte de México no se orienta tanto por verificar si la familia ha sido conformada por el matrimonio o por una unión de hecho propia, por el contrario, deja de lado estas clasificaciones e indica que independientemente de su origen, la familia

implica un refugio de cualquier adversidad que el ser humano pueda sufrir y, por tanto, no avala que tal fundamentación sea solo para unos cuantos.

Bajo ese comentario, enfrenta al matrimonio, la familia y las uniones de hecho, dejando de lado las concepciones formalistas impuestas por el legislador, para decir que, siempre que se pueda verificar la existencia de una familia, no de una unión de hecho o de un matrimonio, el Estado debe estar presto a dar protección a sus integrantes.

Por su parte, el Supremo Tribunal de Justicia de Brasil, a través de la Súmula N.º 380 ha establecido que, pese a los obstáculos legales, las relaciones paralelas de afecto se tornan duraderas y habituales, por lo que, el patrimonio adquirido por esfuerzo común, la partición se hará respecto a la contribución en la adquisición patrimonial además de que el accionante logre probarlo judicialmente, pasando de una “división” a una “trivisión”. Es decir, si el patrimonio era dividido 50% entre esposo y esposa, ahora será dividido 33,33% entre esposo, esposa y concubina.

Como puede advertirse, el criterio utilizado, en la Corte Suprema responde, en primer lugar, a la contribución de la adquisición para el patrimonio familiar sujeto al criterio de prueba, es decir, el recurrente debe probar su aporte económico durante la vigencia de la convivencia. En ese sentido, tampoco tiene en cuenta el criterio doctrinal de clasificación de uniones de hecho en propias e impropias, por el contrario, aun cuando no hace énfasis en la familia como elemento material, este se desprende del criterio de

aporte económico, porque reconoce que en un caso concreto en el que concurren esposa y conviviente, puede otorgarse protección a ambas y pasar al criterio de una “trivisión”.

Por su parte, los criterios utilizados por la jurisprudencia internacional dejan de lado, las formalidades instruidas por sus códigos civiles para hablar sobre la familia, el aporte económico, entre otros, es decir, en los casos en concreto de la presente investigación no se tiene en cuenta si las familias provienen de uniones de hecho o de matrimonios pues para los órganos jurisdiccionales ello no importa, por el contrario, hay una marcada consideración de la familia a partir del enfoque constitucional, del cual se desprenden los otros criterios señalados en los párrafos anteriores, por eso, más allá de las formalidades, se insta a verificar la existencia de una familia y otorgarle protección independientemente de su constitución.

Por su parte, la doctrina como ya se venía arguyendo en el marco teórico de la presente tesis, en cuanto a la familia, ya no la consiente como consecuencia necesaria del matrimonio, sino como una institución social fundamental porque desempeña un papel crucial en la socialización de los individuos, proporcionando un entorno donde se transmiten valores, normas culturales y se brinda apoyo emocional, caracterizada por la convivencia y la interacción de individuos unidos por lazos de parentesco, biológico, legal e inclusive socio - afectivo.

Hasta tal descripción no cabría problemática alguna, pues del concepto esbozado se concluye que toda familia es merecedora de protección. Sin embargo, cuando se trata de las uniones de hecho, operan los requisitos formales para que sean catalogados como propias e impropias, siendo la diferencia de ambas, el impedimento matrimonial para la segunda, para los efectos de la presente investigación, el impedimento específico lo constituye la relación formal que uno de los integrantes mantiene con otra persona, por eso, cuando se presenta un caso que enfrente al matrimonio frente a cualquier otro tipo de unión, prevalece, si se siguen los criterios doctrinales y legales, la formalidad antes que la materialidad.

No obstante, la idea de matrimonio parte de un sistema social al que las personas acuden de manera voluntaria, lo cual está bien y no se discrepa de ello, asimismo, el que la doctrina haya clasificado a las uniones de hecho como propias e impropias para mantener orden es aceptable, empero, no puede ser avalado que el matrimonio como concepción formal sea prioritariamente defendido por la casuística nacional cuando se encuentra frente a una situación material en la que el matrimonio ya no tiene cabida porque en ese caso concreto no es más que una mera formalidad.

Es decir, en el enfrentamiento de matrimonio y unión de hecho no puede y debe defenderse que el primero sí tenga protección porque legalmente se cumple con la formalidad; avalar ello, retrotrae al concepto de familia únicamente devenido del matrimonio y se deja de lado toda la

conceptualización que hoy en día ya opera para la familia considerada como elemento fundamental de la sociedad.

Por el contrario, lejos de hacer una diferenciación entre unión de hecho propia e impropia para ver si la familia ha sido conformada siguiendo los pasos que legalmente están establecidos, primordialmente se debería hacer un análisis para identificar si se está ante la existencia de una familia, a quien no se le puede desconocer los derechos más elementales para su goce.

En ese sentido, se ve como la jurisprudencia internacional poco a poco integra criterios que se desprenden de la formalidad y se encargan de hacer un examen familiar tornado desde el enfoque constitucional y teniendo en cuenta una sociedad que es cambiante naturalmente, dando a las figuras de familia, matrimonio y uniones de hecho un rostro joven y dinámico.

3.2. LOS PRESUPUESTOS FÁCTICOS QUE FUNDAN LA NECESIDAD DE INTERPRETAR LAS UNIONES DE HECHO EN BASE A UN CRITERIO DINÁMICO

Los presupuestos fácticos responden a la comprensión de aquellas situaciones que se han ido dando a lo largo de la historia o al menos desde la vigencia del Código Civil (1984) para el reconocimiento de las uniones de hecho, tales como las diversas leyes y formas de pensamiento que operaban el derecho familiar con respecto a las instituciones de matrimonio, uniones de hecho y familia.

Entonces, si la cosmovisión de la sociedad es importante para moldear al derecho, es importante también entender como pensaba la sociedad de aquel entonces, el constituyente y cuál era el fundamento de las normas de ese entonces.

Cornejo Chávez (1979), indica que, las uniones de hecho no eran bien vistas, refiere que, en el Código Civil de 1852, fueron abordadas como una problemática con efectos negativos para la mujer cuando fuera abandonada por su marido, en donde para su solución solo cabía activar el órgano jurisdiccional por enriquecimiento a expensas de otro.

E inclusive llega a argüir únicamente efectos jurídicos a las uniones de hecho que están conformados por “un varón y una mujer, que no son casados, pero que podrían serlo porque hacen vida marital; pero no, los que no son casados ni podrían serlo” (Cornejo Chávez, 1979, p. 45).

De otro lado, refiriéndose al matrimonio, indica que, era considerado como un acto sagrado que surtía efectos jurídicos únicamente cuando era celebrado por la iglesia, justificado por la influencia de la Iglesia Católica en las creencias de las personas.

Posteriormente, se reconoció las dos formas de matrimonio que perduro hasta 1936, cuando era exigible a los sacerdotes que previa verificación del matrimonio civil podían celebrar matrimonio religioso, exigencia que

actualmente ha desaparecido, porque se reconoce al matrimonio civil como única forma válida para surgir efectos jurídicos.

En base a ello, la cosmovisión de la sociedad en ese entonces, le daba validez al matrimonio religioso como mandato de Dios y consideraba al matrimonio civil como un mero trámite, por eso mismo hecho, la sociedad en su mayoría prefería casarse para estar bien con Dios, antes que convivir, además era considerado como indisoluble, es decir, verdaderamente era hasta que la muerte los separe, pues no existía la causal de separación de cuerpos para que pueda configurarse el divorcio, pues este era considerado como un pecado imperdonable de la Iglesia cristiana.

Ahora bien, a finales del siglo XX, la Constitución de 1979, con respecto al matrimonio, a través del artículo 5 indicaba que, el Estado protege al matrimonio y a la familia por considerarla como una institución fundamental, mientras que la Constitución actual, indica “la comunidad y el Estado protegen (...) a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad” (art. 4).

De tales consideraciones, se nota que, para la constitución de 1979, “el matrimonio es objeto de protección y aparece vinculado a la familia; en cambio, en la Constitución de 1993, el matrimonio es materia de promoción y está desvinculado de la familia” (Plácido Vilcachagua, 2014, p. 108).

Sin embargo, es de tener en cuenta que, el Código Civil vigente data de 1984, por eso al entrar en vigencia la Constitución actual recién en el año 1993, es obvio que se haya visto influenciada por los postulados de la Constitución de 1979.

Así, el artículo 326 del Código Civil, indica los requisitos a tener en cuenta para la conformación de una unión de hecho, tales como: no tener impedimento matrimonial, duración mínima de 02 años, etc. El primero de ellos, ha llevado a la doctrina a diferenciar entre unión de hecho propia e impropia.

Es decir, por no cumplir con los requisitos legales no tiene protección jurídica, pudiendo únicamente demandar por enriquecimiento sin causa. Es así que, con respecto al derecho familiar peruano, las disposiciones del Código Civil (1984) deben ser interpretadas bajo el principio de promoción del matrimonio y protección de la familia, como lo insta el mandato constitucional actual toda vez ambas situaciones son diferentes y una no depende de la otra.

Esta interpretación constitucional ha ido en crecimiento, porque actualmente se reconocen diversos derechos para las convivientes, aunque para ello, aun se mantenga los criterios de formalidad en su clasificación, es decir, es únicamente para aquellas convivencias consideradas como propias.

Así, el Decreto Legislativo N.º 688 (1991) - Ley de Consolidación de Beneficios Sociales – acepta que el conviviente es el beneficiario del seguro de vida a cargo del empleador, pues taxativamente establece “El seguro de vida es de grupo o colectivo y se toma en beneficio del cónyuge o conviviente a que se refiere el artículo 321 del Código Civil y de los descendientes; sólo a falta de éstos corresponde a los ascendientes y hermanos menores de dieciocho (18) años” (art. 1).

También, el Decreto Supremo N.º 001-97-TR (1997) que aprueba el Texto único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, en el artículo 54, reconoce a la conviviente supérstite como beneficiaria para solicitar el 50% del monto acumulado de la compensación por tiempo de servicios en el caso de que el trabajador haya fallecido.

En cuanto al Decreto Supremo N.º 004-98- EF- Reglamento del TUO del Ley del Sistema Privado de Administración de Fondo de pensiones establece en su artículo 113 que, el conviviente tiene derecho a las pensiones de invalidez y sobrevivencia, es potencial beneficiario de la pensión de jubilación de su compañero. Sin embargo, en el sistema público de pensiones no existe derecho para el concubino.

A pesar de ello, el Tribunal Constitucional en el expediente N.º 06572-2006-PA/TC, reconoce que “al haberse comportado los convivientes como cónyuges, al asumir finalidades, obligaciones y deberes semejantes a los del matrimonio, la conviviente habría adquirido el derecho a la pensión de

viudez” (Caso Rosas Domínguez, 2007, fund), reconoce que la familia es un instituto ético – social, inevitablemente dinámico a partir de la concepción de unión de hecho, cuya consecuencia trae la dependencia de sus integrantes en un plano patrimonial y espiritual, por eso, se justifica, la pensión de viudez como el deber de asistencia mutua.

Por su parte, el Código Civil, modificado en el año 2013, a través de la Ley N.º 30007, reconoce por primera vez derechos sucesorios a las uniones de hecho, toda vez que, en su artículo 4 indica “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”.

En la misma ley anteriormente comentada, el artículo 5 incluía como herederos forzosos a la conviviente denominada como “sobreviviente de la unión de hecho”, que a diferencia del texto original solo le contemplaba tal derecho al cónyuge. Se indicó que, el cónyuge o en su defecto el “sobreviviente de la unión de hecho” hereda en tercer orden, asimismo, de ser el caso, hereda en concurrencia con el primer y segundo orden referido a los hijos y descendientes o padres y ascendientes respectivamente.

Finalmente, el artículo 7, incorpora el inciso 10 al artículo 2030 que habla sobre los actos y resoluciones inscribibles en el registro personal, indicando que específicamente “las uniones de hecho inscritas en vía notarial o reconocida por vía judicial”. Es decir, con ello, se consagra la formalidad

para que las uniones de hecho sean reconocidas y surtan efectos jurídicos, otorgando facultades al notario para su celebración. De esta consideración surge la identificación de una unión de hecho propia e impropia, siendo la segunda un tipo de familia aun no protegido en términos de legalidad.

Entonces, conviene precisar si esta formalidad es la que debe operar en un caso concreto, en el que aparentemente la solución jurídica se encuentra fácil, por ejemplo, cuando dos familias están enfrentadas una matrimonial y una unión de hecho impropia. Normalmente, se puede argüir que, el caso es fácil, porque legalmente se verificará si se cumple o no con los requisitos establecidos en la ley, en cuya verificación obviamente, el matrimonio saldrá victorioso.

No obstante, si verifica la materialidad el caso deja de ser fácil porque en él se hace un análisis de fondo, que lejos de privilegiar la cuestión formal, se preocupa por la búsqueda de protección de la familia, tal como lo diseña el mandado constitucional. Por eso, el hecho de hacer prevalecer una formalidad no tiene asidero si se considera el enfoque constitucional que opera en el sistema jurídico peruano, el cual considera a la Constitución como una norma jurídica vinculante.

La Ley N.º 30084 dada en el año 2013, respecto a la adopción incorpora a los concubinos para que puedan adoptar el hijo de su pareja respectiva (art. 22), facultad que anteriormente solo era para los cónyuges. Y, con la Ley N.º 30311 (2015) reconoce el derecho a adoptar de los concubinos,

teniendo como requisito que la unión convivencial haya sido registrada en el Registro Personal de la Oficina Registral que corresponda al domicilio de los convivientes y obviamente que ambos estén de acuerdo.

En igual sentido, la Ley N.º 26790 - Ley de la Modernización de la Seguridad Social en Salud - reconoce como derechohabientes al concubino a que se refiere el artículo 326 del Código Civil (art. 3) y el actual Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del Seguro Social de Salud – Essalud aprobado mediante Decreto Supremo N.º 014-2016-TR, para considerar al concubino como beneficiario requiere de una copia simple del documento de Reconocimiento de la Unión de Hecho, sea por Resolución Judicial o por Escritura Pública; ello a diferencia del anterior TUPA (2010) que solo exigía una declaración jurada de relación de concubinos.

En cuanto a las disposiciones del Código Procesal Civil, en materia de derecho de familia también ha ido reconociendo derechos a las convivientes. La misma Ley N.º 30007, a través del artículo 8 incorpora el inciso 4 respecto de los anexos de la demanda y faculta a la sobreviviente de la unión de hecho, poder introducir prueba que la reconozca como tal. Asimismo, mediante el artículo 9 incorpora al artículo 831, respecto a la admisibilidad de la sucesión intestada, la constancia de inscripción de la unión de hecho en el registro personal.

Por su parte, la Ley N.º 26662 – Ley de Competencia Notarial en Asuntos no contenciosos – también ha sido modificada por la Ley N.º 30007, en similares términos que el Código Procesal Civil, porque respecto a la sucesión intestada indica que la solicitud ya no es facultad exclusiva del cónyuge, sino que también puede hacerlo el integrante sobreviviente de la unión de hecho reconocida conforme a ley y puede adjuntar el documento de la inscripción de la unión de hecho.

Todos estos cambios normativos, que han ido reconociendo poco a poco, derechos a la conviviente, tuvo a fin considerar que las uniones de hecho también son familia y está protegida por la Constitución, por lo que, si su fin es muy similar a la unión matrimonial, entonces no cabe espacio para reconocerle solo a unos cuantos.

Por otro lado, las modificaciones con respecto al matrimonio y divorcio operan a través de la Ley N.º 27495 del año 2001, en el cual, por el artículo 2, se introdujo la causal de separación de cuerpos para poner fin al vínculo matrimonial y la separación convencional luego de dos años de haber celebrado el acto matrimonial, con ello, las causales pasaron de 10 a 12.

Finalmente, con la Ley N.º 29777 de divorcio notarial y administrativo se regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarias, el cual aplica para poner fin mediante separación convencional y divorcio ulterior luego de 02 años de haber celebrado el matrimonio.

Todas estas disposiciones normativas que han ido cambiando a lo largo de la historia, han moldeado el contenido de las figuras relativas al matrimonio, la familia y la unión de hecho. Esta última ha pasado de ser considerada como un pecado por los postulados de la iglesia, para pasar a ser un tipo de familia que actualmente es preferido por la sociedad antes que al matrimonio.

Para llegar a tal consideración de unión de hecho no como una problemática social, como la concebía Cornejo Chávez (1985) sino como una familia desde un enfoque constitucional, en el que se protege todo tipo de familia y se promueve el matrimonio, es decir, la vinculación de estos dos no es necesaria para que el órgano jurisdiccional la reconozca como tal y surta los efectos jurídicos que le son atribuibles.

El enfoque constitucional va de la mano con una de las actuales formas de interpretar la constitución, específicamente la interpretación evolutiva del derecho, para entender que todos esos cambios normativos responden a las exigencias de la propia sociedad y de su modo de relacionarse en un contexto de libertad para decidirlo.

Ello, también se correlaciona con la tendencia a ver al matrimonio como una mera formalidad, no vinculante para crear un ambiente de cohabitación, ayuda mutua y fidelidad, a quien el derecho también ha debido de acoplarse, por eso, las normas legales ya no son inmutables a su disolución, incluyendo, aunque recién, causales referidas a la

separación de hecho, basado en el rompimiento de la convivencia por un lapso de tiempo determinado, cuya probanza puede configurar el fin del vínculo matrimonial y puede ser iniciada por cualquiera de los cónyuges.

Sin embargo, aún existen marcadas diferencias para la protección de la familia, puesto que, toda esa gama de derechos que se han ido ganando, están en función al cumplimiento de requisitos formales establecidos en la ley, es decir, si bien se ha ganado la equiparación casi al mismo nivel del matrimonio, ello es solo para las uniones de hecho propias, porque la doctrina y la jurisprudencia nacional así lo ha catalogado, pues no existe ley alguna que respalde a las uniones de hecho impropias.

Y, aun cuando a nivel doctrinal, sí se menciona que la familia es una institución ético - social - dinámica, al momento de reconocer derechos, tal concepción se aleja de la unión de hecho impropia y no la protege en ningún extremo, a pesar que, de su contenido material se desprende la verificación de una familia.

Se argumenta que ello, desde el enfoque constitucional que es desde donde se interpretan las normas, resulta contrario a la protección de la familia porque deja de lado derechos fundamentales de las personas como el de libre personalidad, dignidad e igualdad, además incumple con lo estipulado en un estado constitucional de derecho en donde las normas constitucionales son principios fundamentales los cuales son desarrollados

de manera más específica en las leyes de menor jerarquía, entendiéndose que no debe colisionar con los mandatos constitucionales.

Con todo lo dicho, se entiende que la postura de la tesista se desliga de los procedimientos formales, los cuales pueden servir para referencia u orden en el entendimiento del derecho familiar, pero no pueden ser vinculantes cuando materialmente el vínculo matrimonial solo es una formalidad y ya no existe familia como tal, mientras que sí existe familia a través de una unión de hecho, pero está impedida precisamente por no cumplir con las formalidades instruidas de la ley. Por eso, en tales casos, solo se debiera hacer uso de la verificación de una familia, sin tener en cuenta si son propias o impropias e inclusive, si el caso lo amerita, si hay matrimonio o no, ya que, finalmente esos caracteres son cuestiones formales que no deben anteponerse a los materiales.

Esta situación de preferencia de materialidad antes que, de formalidad, también puede operar para aquellas uniones paralelas y sucesivas, las cuales no tienen impedimento matrimonial, pero tampoco tienen reconocimiento y protección jurídica, pues no están formalizadas y por tanto no les asiste tal protección.

Si bien, como señala la doctora Pimentel Tello (2014) estas uniones para ser protegidas deben estar inscritas en el registro personal y haber seguido las formalidades que la autora propone, da cuenta de cómo las uniones de hechos todavía propias se encuentran en menor favorecimiento que las

uniones matrimoniales, propone las reglas de la buena fe, para prevalecer a una unión en caso haya concurrencia de uniones y el reconocimiento a prorrata cuando se haya probado que los integrantes de ambas uniones actuaron de buena fe.

Pues entiéndase que las normas han evolucionado y dejado de ser vistas como una camisa de fuerza estática para tratar de encajar situaciones reales que la sociedad ya no las tolera. Por eso, cada caso concreto merece una aplicación diferenciada, que permita el acceso de la tutela jurisdiccional material y obligue al juez a verificar los presupuestos bajo los cuales se está pidiendo tutela, para no hacer coincidir una situación material dentro de la norma como un caso fácil cuando realmente no lo es.

3.3. LAS CIRCUNSTANCIAS DE HECHO QUE COMPONEN EL CRITERIO MATERIAL DE COMPRENSIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO

Para establecer las circunstancias de hecho, se ha empleado la Casación N.º 1189-201, en donde los hechos indican, la existencia de una familia cuya pareja formada por Carmen Elizabeth Infante Labrín y Carlos Alberto Coveñas Benites, han convivido desde febrero de 2006 hasta marzo de 2015, procreando su menor hija de iniciales F.L.N.I.

Durante el periodo convivencial han adquirido, un inmueble ubicado en Jirón Noruega N.º 2569 de la Urbanización Trinidad del Cercado, Lima, inscrito en la Partida N.º 40191615 de los Registros Públicos de Lima; no obstante, solo aparece inscrito a nombre del demandado al tener el estado

de soltero y acceso a un préstamo hipotecario con el Banco Continental y un vehículo marca Toyota, de placa de rodaje N.º F5S-28, de color azul metálico, modelo Tercel 1.3 XLP, inscrito a nombre de ambos.

Sin embargo, la señora Carmen Elizabeth Infante Labrín estuvo casada con Lizardo Ulises Núñez Lauzán hasta el 2009, inscribiéndose el divorcio en Reniec y Sunarp recién en 2011, por lo que, para ser oponible frente a terceros, la señora Carmen recién estuvo divorciada en 2011.

El punto controvertido, no es el hecho de la convivencia, sino el inicio del periodo convivencial, puesto que la señora Carmen ha indicado que es desde el 2006, pero el Señor indica que el inicio de la convivencia fue en diciembre de 2013, toda vez que su contraparte estuvo casada.

Este tipo de familia es muestra clara que la sociedad, cuando se trata de cuestiones personalísimas, no tiene en cuenta el ámbito legal. Es una unión que se presenta muy continuamente en la sociedad, evidenciando que, materialmente una pareja ha hecho vida en común de forma muy similar a lo que se busca en el matrimonio, pero formalmente uno de sus integrantes estaba casado.

Y, sobre ello, el matrimonio frente a ese tipo de unión es tan intangible que ni siquiera se llega a discutir si ha existido o no una familia durante el periodo convivencial, es más, solo se reconoce a la unión de hecho a partir

de la inscripción del divorcio en Reniec y Sunarp, por eso, solo le reconoce la única propiedad obtenida durante tal periodo.

No se está afirmando que, efectivamente la pareja convivió o formó familia aun cuando mantenía vínculo formal con otra persona, sino el hecho de sobreponer la esfera formal del matrimonio frente a la esfera material de la familia, porque ni siquiera se cuestiona tal circunstancia, únicamente se verifica si la persona está casada o no, y el análisis empieza a transcurrir luego de la comprobación del matrimonio.

Ello, claramente afecta y limita los derechos de las personas, sustantivos, en tanto ejercen su derecho a formar familia y, procesales porque limita el uso de la figura solo para casos en los que se cumplan los requisitos, olvidando el principio de tutela jurisdiccional efectiva desde una perspectiva material y del carácter socio afectivo con el que se forman las parejas.

Claramente, el caso presentado da cuenta de las verdaderas circunstancias en las que se presenta la familia, cuyas relaciones se forman por cuestiones propias de sus integrantes y por las mismas también deciden finalizarla, no debiendo existir ataduras formales para unirse o separarse, pues el derecho se compone de circunstancias fácticas que suceden en la realidad y que no siempre son las mismas.

Hoy en día, se ha ido adoptando marcadamente la tendencia a un reconocimiento en el derecho de familia, al que se denomina “socio-

afectividad”, que va más allá de los lazos biológicos o formales para reconocer las figuras que componen el derecho familiar. Como dice Montagna (2016) “hoy, las relaciones afectivas parecen encabezar los proyectos familiares y, por eso, conducen a la asunción de la responsabilidad de la conformación de las familias” (p. 77).

Ello quiere decir que, el principal componente de las uniones familiares es el carácter socio-afectivo que no es otra cosa más que el elemento material de cualquier unión, muestra de ello, son los distintos tipos de familia que existen en la actualidad, siendo una de ellas la unión de hecho, en su acepción impropia, catalogada así por la doctrina previo establecimiento de requisitos formales establecidos en el Código Civil.

Esas circunstancias formales a las que se hace referencia dan muestra de solamente uno de los posibles casos que pudieran existir en la conformación de familia, por eso, no resulta acorde actualmente que el juez haga este tipo de distinciones entre propia e impropia, sino proteger la familia porque involucra otros derechos de carácter patrimonial.

Asimismo, también se ve afectado el principio de carácter procesal “tutela jurisdiccional efectiva”, en tanto que, incluso lleva a conminar a los sujetos a ya no demandar porque saben que las probabilidades de hacer efectivo su reconocimiento son muy pocas.

Empero, este principio operante para toda persona que decide acudir al órgano jurisdiccional porque tiene una pretensión que discutir, se compone de tres derechos: el derecho de acción, el debido proceso y a obtener una sentencia fundada en derecho.

Derechos que claramente se ven afectados porque el órgano jurisdiccional está tan acostumbrado a que en ese tipo de casos solo se verifica la formalidad, que únicamente se ocupa de analizar la situación específica de cuando la pareja ya ha podido formar una familia sin impedimento matrimonial, de lo demás no se ocupa en absoluto porque considera que no es una familia reconocida en términos de ley.

Con ello, se limita el derecho de acción para las familias que no cumplen las formalidades y se ignora el derecho de acción para las mismas, es decir no se tiene en cuenta que es el acceso de la persona que acude al órgano jurisdiccional en busca de tutela efectiva, por lo que, al negársela se está vulnerando su derecho a la búsqueda de una justicia material, que resulta de todo el cúmulo del proceso en el que las pretensiones no solo de declaran sino también se prueban y en base a ello, se decide.

El derecho al debido proceso, porque como se sabe este es un derecho de carácter procedimental que contiene otros derechos, como el derecho a la defensa, aportar y hacer uso de las pruebas, a la obtención de un juicio justo, al contradictorio entre las partes, por eso si se rechaza

preliminarmente la demanda para el reconocimiento de unión de hecho, se limita los derechos anteriormente señalados.

Finalmente, se vulnera el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho porque no existe una verdadera motivación que justifique la decisión de privilegiar uno u otra, pues toda la explicación que hay es que uno de los integrantes de la pareja convivencial está casado y no hay mayor análisis, evidenciando el privilegio del matrimonio o unión de hecho en términos de ley, frente a otras formas de familia, pero sobre todo frente a la propia familia.

Pero ello no debiera operar así, porque en la búsqueda de una tutela jurisdiccional desde una perspectiva material, contrariamente no se cumple y únicamente se limita los derechos de las personas a una visión del derecho estática o positivista extrema, contrariando la jerarquía normativa donde la Constitución es la norma de donde se desprende toda interpretación.

3.4. LOS CRITERIOS CONTEMPORÁNEOS FAVORECEN LA IDEA DEL MATRIMONIO POR ENCIMA DE LA FAMILIA, AL CONSIDERAR LA EXISTENCIA DE LAS UNIONES DE HECHO IMPROPIAS

La Constitución Política del Perú (1993) consagra, en el artículo 4, el principio de protección y promoción del matrimonio, reconociéndolos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad y el Estado, lo cual, sin

duda representa la importancia que ambos institutos significan en la sociedad.

De esa redacción se ha tomado al matrimonio como fuente privilegiada al momento de su reconocimiento frente a otras formas de familia, porque al equipararse con la familia, se está reconociendo que siempre que haya una familia habrá también un matrimonio.

Sin embargo, cuando se hace control de convencionalidad, hay instrumentos internacionales que inclusive solo reconocen a la familia como instituto natural y no al matrimonio, tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) señala "Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad y a recibir protección para ella" (art. VI), aunado a ello, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos o Pacto de José de Costa Rica (1978) señala en su artículo 17, inciso 1, que "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado", verificando que ambas sí se encuentren relacionadas porque el matrimonio desencadena una familia, pero una familia no siempre se produce por un matrimonio.

De esta última consideración se establece que la familia no puede estar en el mismo nivel del matrimonio ni merecer la misma importancia, sin embargo, por la redacción del artículo 4 de la Constitución y por el hecho de redactarse dentro de las normas de los tratados internacionales, hace

que el matrimonio sea considerado como privilegiado frente a otras formas de constituir familia.

Por lo que, resulta importante e indiscutible el desprendimiento del matrimonio como condición necesaria para la conformación de la familia ya que, esta no depende de la primera, simplemente se da por voluntad propia del ser humano y su forma de vincularse.

Ahora bien, es de suma importancia hacer un análisis de lo que implica la consideración de la familia como instituto natural y fundamental de la sociedad y el Estado, el cual sí se encuentra recogido plenamente por el ordenamiento convencional.

En base a ello, al estar la persona considerada como sujeto de derechos y ser su dignidad el fin supremo de la sociedad y del estado, se entiende que, todo acto gira en torno a la protección de la defensa de la persona humana. Pero, la persona indudablemente siempre pertenece a una familia en la que desarrolla su personalidad y construye sus propios valores, los cuales se ven reflejados a medida que van creciendo y asumiendo responsabilidades de carácter diferente que los dejan ver como personas buenas o malas, aun cuando este criterio sea sumamente subjetivo.

Es por ello que, la familia es considerada como célula fundamental, pues su espacio es donde primigeniamente se desarrolla y se forma el ser humano, para que posteriormente pueda desenvolverse

multifacéticamente, cuya comprobación se verifica con el desarrollo progresivo de la sociedad que se vuelve más justa, equitativa, y eficaz en las labores que deba desempeñar, además hace de la familia una institución única, perdurable e indisoluble en el tiempo.

Al mismo tiempo, la Constitución con respecto a la familia también la consagra como instituto natural, ya que, “la existencia de la familia se deriva del curso natural de la vida humana: unión del hombre y la mujer, nacimiento de los hijos, etc.” (Sánchez Maíllo, 2015, p. 186), institución que, se debe respetar y cuidar, de lo contrario se atenta contra el propio ser humano como un ser social.

En ese sentido, la intervención legal del hombre, nada tiene que ver con la existencia de la familia, precisamente porque el legislador no las crea, lo que hace es reconocerla. De ahí que, se verifique que el matrimonio es posterior a la familia y este sí nace como intervención innata del hombre.

Por eso, se es de la postura que, lo que el constituyente de 1993 quiso contemplar es que, se protege a la familia y se promueve el matrimonio, tal como se desprende del título del artículo 4 de la Constitución, posición que se ve reforzada porque a diferencia de la Constitución de 1979, se protegía también al matrimonio en igual sintonía que a la familia como se desprendía del propio título del artículo 5.

Sin embargo, con la actual redacción constitucional del matrimonio, es prácticamente inevitable que se tenga al matrimonio por encima de otras formas de constituir familia y que incluso se mal interpretada para favorecerlo cuando de la realidad se verifica que hay familia, pero no matrimonio tal como sucede, tal como sucede en la casación N.º 1086-02 ICA, en la cual la demandante solicita pensión de alimentos argumentando que ha mantenido una relación convivencial con el demandado, producto de lo cual han procreado hijos, sin embargo, debido a que la parte demandada ha presentado una partida de matrimonio desde el año 1993, el juez de la Corte Suprema considera que la demandante no tiene calidad de conviviente porque no se ha casado o formalizado su convivencia y, por tanto, no le corresponde derecho alimentario.

En ese sentido, si la familia no solo se origina por medio del matrimonio, quiere decir que, puede originarse por cualquier otro tipo, existiendo en la actualidad las familias que provienen de la unión de hecho, indistintamente de su clasificación, familias monoparentales, extendidas, etc., las cuales de acuerdo con el mandato de la Constitución también merecen protección jurídica.

Empero, llama la atención el correlato de las uniones de hecho impropias, porque éstas, por el artículo 4 también gozan de reconocimiento constitucional, pero por el artículo 5 parece ser que solo para unas cuantas, ya que, menciona “siempre y cuando no tengan impedimento matrimonial”. He ahí, la cuestión problemática y contradictoria de la protección a la familia

considerada como elemento fundamental y natural de la sociedad que radica únicamente en una cuestión formal como lo es el matrimonio.

Entonces ¿puede afirmarse que la familia está verdaderamente protegida? Pues no, porque con toda la argumentación respecto de su esencia, su naturaleza y su forma de concebirse, no se relaciona con los parámetros exigidos por el legislador para considerarla como tal, es decir, aun cuando cumpla con todos los requisitos materiales, si no cumple con las normas legales, no será considerada.

Ante ello, el principio de promoción del matrimonio es una categoría del constituyente utilizado para hacerlo más atractivo porque suponía mayor seguridad y estabilidad para los hijos, sin embargo, ello ha dejado de ser así porque actualmente las personas prefieren convivir antes que casarse y porque la tendencia legislativa ha ido en aumento para reconocer derechos a otro tipo de familias, y haciendo que la disolución del vínculo matrimonial sea mucho más flexible.

Ello amerita el cambio dogmático y normativo de la comprensión del derecho de familia, para reconocer a esta última independiente de sus distintos tipos de originarse como única célula básica y fundamental de la sociedad y, por lo tanto, con mayor importancia que el matrimonio y cualquier otra formalidad en términos de ley, que pretenda diluirla.

No cambiar la concepción de la familia respecto de su ligamento innecesario con el matrimonio, conlleva una clara violación a los derechos de la familia porque vulnera el principio de libertad, libre desarrollo de la personalidad y no discriminación que igualmente están estipulados en la Constitución e inclusive contra el derecho a la propiedad.

Al principio de libertad porque como se avizoraba en el marco teórico, por este principio, la persona tiene la capacidad para conducirse de acuerdo a su propia inteligencia, creando sus propios valores y conduciendo asimismo su destino, el cual no tiene cabida en un ambiente autónomo, sino que se refleja en la convivencia social que nace a partir de la conformación de la familia y se confluye con las propias reglas de tal institución y de la sociedad misma.

Entonces, un Estado que se proclama Estado Constitucional de Derecho, debe respetar las libertades que la sociedad ha hecho suyas porque las considera parte de su desarrollo humano e inclusive le da la calidad de tal.

Por eso, el hecho fáctico de decidir libremente como relacionarse para formar una familia, independientemente de los estándares legales, no debe ser pretexto para que el Órgano Jurisdiccional limite el reconocimiento de los derechos adquiridos al cumplimiento de los estándares que el legislador ha impuesto en una época cuya cosmovisión de la sociedad ha cambiado considerablemente, dejando al matrimonio como un acto social - conservador y formal.

En cuanto al principio de libre desarrollo de la personalidad, se vería vulnerado porque la personalidad implica un cúmulo de características propias del ser humano que lo hacen diferente y posibilitan su individualización, el cual se ha formado gracias al desarrollo de toda la formación del individuo.

Tal proceso de desarrollo, se forma de aspectos jurídicos y extrajurídicos. Estos últimos no tiene referencia legal porque se conectan con aspectos intrínsecos de la persona, “están referidos a la conciencia del individuo, a sus decisiones, planes e ideas. Son aquellas partes de la vida de la persona donde ésta tiene total autonomía de decisión” (p. 56).

Pues, implica su modo y proyecto de vida que luego lo exterioriza y lo convierte en el núcleo esencial de la misma, basado en su libre albedrío y autonomía individual, es decir, el sujeto de derecho, idea el plan de vida y luego externamente lo ejecuta.

Por esas implicancias, en el derecho de familia no puede avalarse que el asidero legal diseñe el modo de vida de las personas y la forma de relacionarse para argüir que solo así obtendrán protección, pues ello claramente vulnera la libertad de conciencia de la persona, en tanto que su proyecto de vida exteriorizado no estaría siendo respetado, pues el sujeto diseña su modo de vida con el que quiere ser identificado y se compone del modo de agruparse y ejercer su derecho a formar familia, pero se encuentra con las trabas legales para su reconocimiento y protección.

Precisamente, la familia al configurarse por la libre voluntad de los miembros, la cual puede, incluso ser mediante la unión de hecho impropia como lo ha catalogado la doctrina, no puede ser limitada a requisitos de impedimento formal, como lo es el hecho de que uno de los miembros este formalmente casado con otra persona, porque tales decisiones forman parte del fuero intrínseco de la persona y su proyecto de vida, en donde el derecho es un instrumento de apoyo para darle protección, en tanto manifestación de su libre desarrollo de la personalidad, principio devenido del principio general de libertad.

El principio de no discriminación implica básicamente no hacer diferenciaciones donde no hay sustento razonable que justifique tal actuar. Este principio es recogido como asidero de la igualdad que conmina a que todas las personas sean consideradas y tratadas como iguales.

Su doble manifestación relacionada a igualdad ante la ley e igualdad en la ley, hace ver su obligatoriedad tanto a los legisladores como al órgano jurisdiccional. Al primero, obliga a concientizar su labor para atender las realidades del pueblo vía creación de normas que protejan los derechos de las personas en consonancia con la Constitución sin que ello implique favorecer a unos y desproteger a otros cuando no hay sustento fáctico, constitucional y convencional para ello.

En cambio, la segunda aseveración es una imposición para el órgano jurisdiccional, porque lo conmina a no crear situaciones diferentes cuando

de la realidad se verifica que son muy similares, pues la unión de hecho en cualquiera de sus formas – propia e impropia – persigue los mismos fines que el matrimonio, que es hacer vida en común y surte los mismos efectos patrimoniales y personales.

Por eso, no se encuentra justificado que se discrimine a las uniones de hecho solo porque formalmente no cumplen con los requisitos, pues ello no es un criterio razonable para hacerlo, por el contrario, muestra la arbitrariedad del aparato estatal para aseverar que los derechos son solo esa parte que legalmente se encuentra establecido, además es muestra de su incapacidad porque, quiere encajar una situación específica de la realidad social a un criterio de familia que poco a poco esta se ha dejado de usar o que solo se sustenta en términos de ley.

Todas estas aseveraciones vertidas hasta el momento tienen incidencia en los efectos personales de las figuras de unión de hecho y matrimonio, porque ambas tienen finalidades similares y se desenvuelven en muy similar sintonía. Pues el matrimonio implica la unión de la pareja para hacer vida en común y se compone del deber de fidelidad, asistencia y cohabitación, cuyos deberes y finalidades también son compartidas por la unión de hecho, aunque desde el fuero moral.

Por eso, cuando el legislador y órgano jurisdiccional pretenden desconocer que a las uniones de hecho impropias no les asiste tal finalidad y deberes, cae en error porque vulnera derechos fundamentales de la persona y obliga

a encapsular la finalidad y deberes propios de una familia solo para aquellas familias en términos de ley.

Por eso, frente a la eventualidad de un caso concreto el órgano jurisdiccional no debiera poner atención en la forma de constitución de la familia, es decir, si se trata de matrimonio o de unión de hecho propia o impropia, sino verificar si materialmente se ha cumplido con la conformación de una familia, siempre de acuerdo a las circunstancias propias que rodean cada caso en sí.

Aunado a ello, también se encuentran los efectos patrimoniales de la familia, pues, la consecuencia de hacer vida en común de la pareja, también es para hacer y conformar patrimonio, el cual se ve reflejado a través del derecho a la propiedad.

En ese sentido, se entiende que, si una pareja ha vivido muchos años, obviamente algún patrimonio habrá adquirido, por eso, no se puede negar tal reconocimiento porque los derechos fundamentales no deben ser vulnerados en razón de formalismo. Pues el derecho de propiedad es todo un instituto jurídico de los derechos reales y es catalogado como un derecho fundamental de la persona, a partir de la perspectiva constitucional.

Pues, con el ejercicio de tal derecho, la persona cuida de su supervivencia y de que su calidad de vida sea digna, ya que, a través de ella, se

materializa la máxima circulación de la riqueza porque supone un dar y recibir, recaído sobre un bien o recurso, del que la persona tiene capacidad de poseer, usar, disfrutar y disponer.

Recortar este derecho fundamental en el ejercicio de formar familia supone una grave violación al sistema económico del Estado peruano y al principio de protección de familia, pues pone en riesgo la supervivencia y modo de vida del propio ser humano, únicamente por no coincidir con los estándares legales.

Recordemos que, el régimen patrimonial de las uniones de hecho es el de sociedad de gananciales, es decir, una vez que se haya inscrito la unión de hecho o se haya declarado judicialmente, se reconocerá que los bienes obtenidos durante la relación convivencial son de ambos miembros. Esto permite que, en caso de un enfrentamiento entre ambos integrantes por no querer reconocer la unión de hecho como tal, judicialmente se podría discutir la declaración de la misma.

Tal discusión de derecho al haberse reconocido la unión de hecho hace que, su pretensión sea orientada por el 50% de los gananciales que la pareja ha obtenido. Sin embargo, al ser la unión de hecho en su modalidad de impropia una familia no reconocida y por ende sin protección, la norma solo ha previsto accionar con la figura de enriquecimiento sin causa.

Empero, la discusión de tal figura en un contexto de derecho de familia resulta sumamente complicado, porque en el ámbito procesal donde se exige probar mediante el principio de prueba escrita y otros medios probatorios que se exigen para que el órgano jurisdiccional reconozca su patrimonio, es difícil, más aún, tratándose de uniones de hecho impropias, debiendo imperar la prueba oral.

3.5. LA UNIÓN DE HECHO COMO UN DERECHO DE RAIGAMBRE MATERIAL Y NO DE RAIGAMBRE FORMAL

El concepto constitucional de la unión de hecho, aunque allí redactada como concubinato, es la de una unión estable entre un hombre y una mujer, que no tengan impedimento para, en un futuro, contraer matrimonio, unión que únicamente tiene permitido el régimen patrimonial de la sociedad de gananciales.

Como se ha podido evidenciar, esta figura en su concepción formal es novata, recogida como tal, recién en la Constitución de 1979 y mantenida hasta la actualidad por su especial connotación material en el día a día de la sociedad.

Abarca la formación de una familia que poco a poco ha ido ganando espacio en el reconocimiento social y jurídico, antes de ello, por los prejuicios de la sociedad, sus integrantes han sufrido diversas violaciones de derechos fundamentales. Sin embargo, a pesar de ello, la unión de hecho ha ido en crecimiento de aceptación, no dejando opción para el legislador más que

reconocerla, tanto que hoy en día, son muy pocas las diferencias con el matrimonio.

El fundamento principal para equipararlas al matrimonio, es que, buscan la misma finalidad. Empero, la unión de hecho como tal y el matrimonio son dos figuras cuyo fondo está provisto por considerar esa unión o matrimonio como una familia.

Entonces, de ello se corrobora que la familia es la figura connatural a la existencia del hombre y por eso, es considerada como la célula básica y fundamental de la sociedad. Es decir, el orden primigenio de las figuras de familia, unión de hecho y matrimonio, ubica a la familia en primer orden y a las dos siguientes, en segundo lugar, porque aparecen para regular aspectos extrínsecos de ella y hacerla más segura o al menos eso se suponía en los tiempos de creación del matrimonio.

Sin embargo, aun cuando el legislador se haya preocupado por regular únicamente el matrimonio y promoverlo otorgándole mayores beneficios, la respuesta de la sociedad ha sido contraria, porque los casos de convivencia hoy en día son mucho mayores que los del matrimonio, es decir, la voluntad de las personas ha cambiado, ya no se exterioriza para casarse sino para convivir.

Eso quiere decir que, la unión de hecho, convivencia o como se quiera llamar, no depende de lo que el legislador establezca sino del sentir de la

sociedad, de lo contrario todos hicieran caso a la norma y solo existirían matrimonios, pero, los cambios de la sociedad, el papel más protagónico de la mujer en actividades que anteriormente solo estaban diseñadas para los hombres, el avance de la tecnología, entre otros aspectos ha hecho que la concepción cambie y se opte por la convivencia antes que por el matrimonio.

Ello da cuenta que la unión de hecho comprende un derecho fundamental material que por mucho esfuerzo que el matrimonio haga no puede igualar. Es decir, la unión de hecho siempre va a implicar el contacto físico de sus integrantes, desenvuelto en un espacio determinado cuyas características la dejan ver como una familia. En cambio, no se puede decir lo mismo del matrimonio, en tanto que dos personas pueden estar casadas, pero sin mantener contacto físico y espiritual, es decir ya no hay familia.

Por eso, se dice que más allá de la formalidad, la unión de hecho es un derecho de raigambre material, porque involucra a la familia en cualquier situación y contexto, siendo que esta se forma por voluntad propia de sus integrantes, quienes en la mayoría de veces no tienen en cuenta los requisitos legales que catalogarían a la familia que está formando como una unión de hecho propia o impropia, es decir, simplemente forma familia independientemente de su clasificación.

Es así que, no importa si esa unión de hecho es propia o impropia, su contenido siempre va a ser el mismo, referente a la existencia de una familia

y, si ello es así, entonces porque legislativa, doctrinaria y judicialmente se tiene en cuenta otros requisitos y no la conformación de la familia.

Pues tal postura, se arraiga a las concepciones del iuspositivismo, cuya teoría reconoce únicamente como derecho a todo lo que normativamente está estipulado en algún cuerpo normativo. Pero olvida que precisamente para su existencia en un cuerpo normativo también se vale de hechos y valores que por mucho que se esfuerce no puede desconocer, argumento que responde a un positivismo incluyente.

El derecho, entonces mientras más acepciones pueda recoger, su función tutelar va a ser más vista y menos despreciada por la sociedad, en casos en los que, trastoca su esfera personalísima para decidir cómo agruparse o relacionarse, ello como correlato de los principios que la propia Constitución le otorga al sujeto bajo el paradigma de Estado Constitucional de Derecho.

Por eso, si el matrimonio es promovido por el Estado y las familias que origina son protegidas, también debería en el mismo sentido protegerse a las uniones de hecho, pero sin hacer correlato en si son propias o impropias, de buena o mala fe, para garantizar los derechos que constitucionalmente están establecidos y son objeto para el goce por sus titulares.

Eso también quiere decir, que el matrimonio no es un derecho fundamental de la persona, sino un medio para formalizar un tipo de familia que encuentra sustento porque la Constitución actual promueve el matrimonio en el sentido de proveer base legal para su desarrollo y constitución, pero no para considerar casarse como un derecho fundamental.

Se hace tal acotación porque a partir de los derechos y principios constitucionales, las normas legales desarrollan los elementos, características y otros contenidos relevantes que evidentemente al desprenderse de la Constitución deben estar en consonancia con esta, si ello no es así, se quebranta la fuerza normativa y vinculante de la Constitución que como norma máxima y fundamental debe ser prioritariamente aplicada frente a otras leyes de menor jerarquía.

Podría argüirse que la propia Constitución se contradice al establecer en su artículo 4 la Protección de la familia y en el 5, la protección para el concubinato propio, toda vez que, reconoce a las uniones de hecho libres de impedimento matrimonial.

Ante ello, Alexy (2017) diseña el método de la ponderación para solucionar el conflicto de dos normas constitucionales contrarias entre sí. Este método se compone de un test de proporcionalidad que involucra principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha, los cuales ni siquiera es imperioso entrar en detalle en el caso concreto porque a todas luces resulta evidente que se vulneran derechos en tanto solo reconoce al

matrimonio y uniones de hecho en términos de ley, cuando tal tipo de familia también persigue los mismos deberes y fines que las familias reconocidas legalmente.

Así, si mediante el artículo IV de la Constitución se demanda proteger a la familia, ello debe ser cumplido para todas las formas existentes de familia presentadas en un caso en particular, es decir, cuando de los hechos y material probatorio se verifique que se debe proteger al matrimonio antes que a la unión de hecho pues no habrá mayor dificultad, pero en el mismo sentido debe operar para las uniones de hecho.

Pues las personas deciden casarse, formar su unión de hecho, etc., no porque este estipulado en una norma, sino porque siguen su propio sentir, guiado por los principios de libertad y desarrollo de la personalidad que todo sujeto de derecho tiene, es decir, los requisitos legales para formar familia son secundarios, pues la sociedad al ejercer su derecho a la libertad decide cómo y con quién formar una familia, independientemente de su fuente de origen.

Los requisitos para su constitución de acuerdo con el Código Civil, indican que, debe ser libre, pública, tener dos años de convivencia, no tener impedimento matrimonial, etc. El requisito de no estar casado subleva la familia, a la existencia formal del matrimonio, lo que, lejos de proteger la familia, la limita y encapsula a una única forma, que no se condice con el

artículo 4 de la Constitución y ni siquiera con el principio de promoción del matrimonio.

Sus efectos patrimoniales y personales, se diferencian con el matrimonio porque, para las uniones de hecho, cuando se rompe los deberes de fidelidad, ayuda mutua y cohabitación no hay específicamente un instrumento que ampare tal situación, a diferencia del matrimonio que tiene el divorcio.

Sin embargo, para la unión de hecho, ante el incumplimiento de los deberes personales, puede darse la separación de la pareja que es finalmente lo que sucede, independiente de la existencia del divorcio, evidenciando que esta también es una figura formal orientada a poner el fin del vínculo matrimonial como acto formal, la cual es poco practicada, es decir, la gente simplemente se separa de hecho, quizá porque los procesos de divorcios también son tediosos; criterio que afianza aún más el hecho de que las personas se unen y se separan por su propio sentir, no por la formalidad de una norma.

Es decir, la separación indubitadamente opera ya sea para el matrimonio o para las uniones de hecho, por eso, tampoco habría diferencia para hacer coincidir a la familia con el matrimonio, si finalmente cuando los deberes personales se incumplen en ambos casos opera la separación, decisión que viene por voluntad propia de sus integrantes y no porque la norma diga que si se quebrantan tales deberes necesariamente la pareja debe

separarse, evidenciando una vez más la materialidad de la que se compone la familia para decidir su propio camino.

En cuanto a los efectos patrimoniales, la unión de hecho tiene previsto solo la sociedad de gananciales como único régimen patrimonial, a diferencia del matrimonio que, prevé la sociedad de gananciales y la separación de bienes. Sin embargo, no hay motivo suficiente para que la unión de hecho, al menos la propia, no pueda escoger también entre regímenes patrimoniales.

Ello, es muestra una vez más que, no estamos en contra de la existencia del matrimonio y el divorcio como figuras formales, pues finalmente constituyen el orden del sistema jurídico y sirven para establecer y describir sus componentes de los cuales nos valemos para criticar su validez y eficacia, pero en un contexto concreto no pueden ser más importantes que la espiritualidad del que está compuesto una familia.

En ese contexto de formalidad, lógicamente no cabría una elección de régimen patrimonial para la unión de hecho impropia, pero tampoco se puede desconocer la existencia de un patrimonio cuando evidentemente la pareja ha formado familia durante mucho tiempo, pero con impedimento matrimonial de alguno de sus miembros.

Esa aseveración constituye el óbice de la investigación, porque para ese caso concreto no hay respaldo jurídico más que, accionar figuras como

enriquecimiento sin causa o abuso de derecho, lo cual es injusto y limita la tutela de derechos en el campo del derecho de familia, que se complica aún más cuando la norma señala que, para probar la unión de hecho se puede hacer mediante la prueba escrita, pues casi nadie establece en un documento que va a formar unión de hecho con una persona, ya que ello es una circunstancia particular y ordinaria de las personas.

Entonces si para la unión de hecho que se dice propia es complicado probar su existencia, no hay camino para la unión de hecho de impropia vía prueba escrita, más aún cuando ya no se llega ni siquiera a discutir su existencia, sino que, son declaradas improcedentes intempestivamente, por eso, si para la unión de hecho propia se recurre a la prueba oral por medio de los testigos, con mayor razón lo será para la unión de hecho impropia, a efectos de llegar a si quiera discutir el reconocimiento de derechos bajo el amparo de familia que se encuentra protegido por el artículo 4 de la Constitución.

De lo contrario, el legislador no se hubiera preocupado por instaurar el principio de protección a las uniones de hecho, es más, si se considerara que el derecho es inmutable en el tiempo, todavía persistiera la clasificación de hijos bastardos, legítimos e ilegítimos basados en el nacimiento dentro de un matrimonio o fuera de este, lo cual resultaba violatorio y discriminatorio indiscutiblemente.

Así también, sucede con las uniones de hecho, pues resulta que, si se verifica fehacientemente que durante el transcurso de sus vidas han

formado un hogar de hecho, pero que no ha tenido en cuenta instituirlo formalmente, simplemente no será tomado en cuenta por el órgano jurisdiccional porque este coloca a la formalidad en una pirámide en la que ocupa el primer lugar.

Finalmente, se dirá que la unión de hecho – propia o impropia - implica la formación de dos vidas diferentes que libremente deciden juntarse para hacerle frente a las adversidades del mundo exterior, que merecen protección y respaldo del Estado en términos de igualdad, teniendo en cuenta el caso concreto y sin privilegiar el matrimonio u otra forma de familia en términos de ley.

3.6. LA EXISTENCIA DE CIRCUNSTANCIAS NO ESTÁTICAS QUE INVOLUCRAN UN DINAMISMO EN LA CONFORMACIÓN DE LA UNIÓN DE HECHO

La unión de hecho es entendida 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 cuanto sea aplicable.

La unión estable implica que no se trate de una unión eventual, pasajera e irrelevante. Sobre este particular no hay discrepancia pues, las relaciones de pareja deben contar con seriedad y estabilidad para que sean relevantes en el ámbito jurídico, lo cual, se cree, deviene de la característica de publicidad y perdurabilidad en el tiempo, por eso mismo también, el

legislador ha establecido mínimo 02 años de convivencia notoria, donde la sociedad pueda identificarlo como tal, pero también puede suceder que la pareja convivencial tenga menos de 2 años, o este próxima a cumplirlos, ente lo cual, se podría argüir que no se trata de una familia y por tanto no declarar la unión de hecho, por eso es importante que ante la formalidad siempre prioritariamente se evalué la materialidad y en tal caso para proteger sus intereses patrimoniales incluso podría hacerse uso de las reglas de la copropiedad.

El elemento de unión entre varón y mujer, está referida a la unión heterosexual, es decir, a que la unión debe ser necesariamente entre hombre y mujer, no personas del mismo sexo. Sobre este punto no, únicamente se hade argüir que es uno de los diversos tipos de familia que actualmente existen y que de verificarse su existencia y consecuentemente los derechos que le asisten, no habría razón para negárselos, sin embargo, el tema en sí no es objeto de la presente investigación

El elemento “libre de impedimento matrimonial”, es porque conmina a los sujetos a celebrar un determinado tipo de familia e interfiere en su forma de relacionarse, la cual debería ser libre, es decir, le brinda un mensaje a la población referido a que si no se agrupan como la ley manda, entonces no serán merecedores de protección.

Por su parte, cuando se dice “forman un hogar de hecho”, está referido al núcleo material de lo que significa una familia, sus integrantes, su modo de

vivir y compartir sus vivencias, ósea de hacer vida en común, para ser pareja, para ser padres, ayudarse, cohabitar, pero también para forjar patrimonio en común.

De este último elemento, aparece la “comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”, porque la comunidad de bienes está referido al patrimonio forjado por dos o más personas del cual ostentan la propiedad compartida y tiene implicancia jurídica que compromete a sus titulares. En esta comunidad de bienes solo es aceptable el régimen de sociedad de gananciales, en donde lo adquirido es común para las partes, durante la relación, pero más aún cuando esta finaliza.

Este régimen puede subsistir en cualquier unión de hecho, independiente de su clasificación e inclusive podría como postula parte de la doctrina, cuando el caso material lo amerite, escoger el régimen patrimonial bajo el cual se regirá el patrimonio de la pareja. Por decir, cuando la pareja haya inscrito su unión de hecho elegir su régimen patrimonial, pues no existe razón objetiva para aseverar que solo sea para el matrimonio y, cuando el caso no lo amerite, porque uno de sus integrantes está casado, simplemente operara la sociedad de gananciales para la unión de hecho que de las circunstancias resulte probada, sin distinción de su clasificación.

Vistos todos los elementos de la unión de hecho, se da cuenta que, su contenido está compuesto en su mayoría por elementos formales que son

los que prevalecen al momento de su declaración, empero, las circunstancias no estáticas están referidas a las circunstancias particulares en las que se forma la unión de hecho. Por ejemplo, cuando uno de sus miembros está casado formalmente con otra persona, aunque la ley no lo consienta, circunstancias que son demostradas y han sido expuestas en el apartado de discusión de la presente investigación.

Así, se ha visto que tal contrariedad para reconocer derechos por parte de la ley y el órgano jurisdiccional, vulnera derechos de las familias constituidas de tal forma, por lo que, si se ha verificado circunstancias fácticas que se afectan (como ya se expuso en la parte de la discusión), quiere decir que, el contenido actual de familia no está recogiendo los aspectos que suceden en la realidad y por tanto genera mayor desprotección para la misma.

Con ello, se busca no trabar las uniones que son constituidas de forma diferente a la matrimonial o unión de hecho propia en términos de ley, es decir, se busca destronar la clasificación dada por la doctrina y con sustento en la ley de propia e impropia, porque finalmente eso no es lo que importa, sino que se verifique la existencia de una familia, formada, perdurable y notoria para la sociedad.

En ese contexto, cuando vaya a existir un conflicto para determinar la prevalencia del matrimonio o la unión de hecho, ya no se discutirá si han sido constituidas teniendo en cuenta los términos formales, es decir, si se

trata de una unión de hecho propia o impropia, sino si se han formado una comunidad de vida, sin importar el impedimento relacionado a si uno de sus miembros estaba casado o no.

En ese entender, cuando se tenga que proteger a la familia matrimonial pues se deberá hacerlo, pero en el mismo sentido, cuando se tenga que proteger a la unión de hecho también se deberá priorizar por encima del matrimonio o de la unión de hecho propia diseñada por ley, cuya probanza se dará principalmente por la fuente de prueba oral, porque es la más idónea en las uniones de hecho, pero sobre todo por “el comportamiento que hayan puesto de manifiesto los concubinos. (Herrera Arana y Torres Maldonado, 2016, p. 45). En el matrimonio, pues con el acta del mismo.

Ello quiere decir, que no basta la declaración de testigos o de los propios concubinos, sino que, al ser dificultoso su probanza, queda remitirse a lo señalado por el Código Civil, en el artículo 326, respecto a la posesión constante de estado que la diferencia de otra unión irrelevante por el especial trato que tienen uno respecto del otro, por como su círculo social y familiar los identifican, situación que es objetiva y que sí se puede probar.

Es decir, la declaración de unión de hecho que debería hacer el juez, es eso, solo una unión de hecho, en donde no debe importar si es propia ni impropia, sino simplemente unión de hecho, porque las características actuales de la sociedad así lo ameritan, de lo contrario, en la búsqueda de

protección, lo que realmente se hace es desproteger a la familia, encajándola en cosmovisiones que poco a poco van desapareciendo.

Esta proposición del contenido de unión de hecho, muestra un carácter dinámico que prioriza la materialidad de la unión antes que su formalidad, porque precisamente la forma de agruparse de sus integrantes no siempre es lo que la ley manda y ya no se condice con los postulados históricos y conservadores de la familia.

Entonces en la teoría de la argumentación jurídica, específicamente en el contexto de justificación, en donde toda decisión del juez debe ser motivada con razones que evidencien el porqué de la decisión, las cuales obviamente no solo se basan en la ley como fuente formal, sino también en las otras fuentes del derecho como los principios.

Por eso, en el siguiente esquema propuesto:

P1: el Código Civil, menciona que solo el matrimonio y las uniones de hecho propias son fuente para conformar familia y merecen protección

P2: x tiene una unión de hecho impropia

C: la unión de x, no es una fuente para conformar familia y no merece protección

Decir que "x" no es una fuente para conformar familia y, por tanto, no merece protección se desprende de la legalidad del Código Civil, no hay

otro sustento que enmarque tal decisión. Sin embargo, es parte de la funcionalidad de un caso fácil circunscrito a la justificación interna, en donde necesariamente la conclusión se deriva de las premisas.

Sin embargo, la realidad no siempre es así, el Código Civil dice una cosa, pero la sociedad hace otra y, en ese sentido, la conclusión ya no se deriva de las premisas como es el caso de las uniones de hecho impropias. Empero, la premisa legal es insuficiente para dejar de lado a esas uniones, evidenciando que, no estamos ante un caso fácil, sino uno difícil, en el que el juez necesita algo más para justificar su decisión.

Lo indicado en la última línea del párrafo anterior, está referido a una argumentación a partir del enfoque constitucional del derecho de familia, en cuya consideración la familia es la célula fundamental y natural de la sociedad y del Estado, es decir, el juez para argumentar su decisión de reconocimiento de familia y consecuentemente de derechos prioritariamente y primordialmente hade partir de la Constitución como norma máxima y como ella es contenedora de principios y garantías, también hade hacer uso de ellas para justificar que las unión de hecho impropia también es una familia y merece protección jurídica de acuerdo a las propias circunstancias que la rodean.

Entonces el hecho de decir que la unión de hecho propia y el matrimonio son reconocidos y tienen protección, no siempre enmarca que se esté ante un caso fácil, como lo quiere hacer ver la doctrina al clasificar a la unión de

hecho en propia en impropia, cuyo criterio es tomado por el órgano jurisdiccional.

Por eso, nuevamente argüimos que la clasificación de unión de hecho basada en propia e impropia debiera ser referencial y para cuestiones de orden, debido a que no tutela a la familia como núcleo fundamental, por el contrario, la desprotege, por eso, de acuerdo a la materialidad del caso, se haría un análisis material de la misma para verificar su existencia y composición, con ello, se privilegia a la familia antes que a la formalidad.

Ello, aunado a que, las teorías de la interpretación, en el tema propuesto concuerda con las teorías intermedias, en las que, la interpretación puede ser un acto de conocimiento – teoría cognoscitiva - y en otros un acto de voluntad – teoría escéptica -, es decir, para la primera, a veces la interpretación se dará porque los mismos textos así lo permiten; en cambio, en la segunda, la interpretación no siempre será extraída de los textos, sino que se necesita de otros medios para llegar a una decisión.

Precisamente, es la teoría intermedia la que opera en la presente investigación, pues algunas veces para que el juez tome una decisión, la interpretación saldrá solo de los textos normativos, mientras que otras veces, se necesitará de un acto de voluntad para decidir sobre una situación en específico, como lo es en la declaración de las uniones de hecho impropias.

Por lo demás, podría argüirse que la Constitución en un primer momento postula la protección a todo tipo de familia, pero luego refiere al concubinato estricto, empero, ello recurriendo a la teoría de la argumentación y métodos de interpretar la Constitución, se puede decir que, de acuerdo al principio de concordancia práctica y de unidad, esta debe ser interpretada como un todo armónico y buscar la constitucionalidad de la disposición y, por los fundamentos expuestos, no hay razón para discriminar a las uniones de hecho en términos de formalidad, aseverar lo contrario va en contra de los principios ya mencionados.

CONCLUSIONES

1. Los criterios contemporáneos de clasificación de la unión de hecho en propia o impropia debieran ser únicamente referenciales y de orden, mas no vinculantes, tal como opera en la casuística internacional, dada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en donde el criterio predominante es la existencia de una familia socio-afectiva, en cambio, para la casuística nacional, el criterio predominante se orienta a verificar preceptos formales como el impedimento matrimonial de por lo menos uno de los miembros para catalogarla como propia o impropia.
2. Los presupuestos fácticos están referidos a la comprensión de aquellas situaciones que se han ido dando a lo largo de la historia para el reconocimiento de las uniones de hecho, evidenciando que, como la sociedad es cambiante ha adoptado a la unión de hecho como la fuente más común para formar familia, por eso la acepta cada vez y con más fuerza, reconociendo derechos que antes solo estaban previstos para las parejas matrimoniales.
3. Las circunstancias de hecho están compuestas por aquellas particularidades propias de cada caso en concreto, las cuales no son estáticas y pueden combinar elementos de materialidad y formalidad, que debieran ser evaluados por el juez al momento de resolver.
4. En atención a las situaciones indicadas, la protección para la unión de hecho impropia se deriva del enfoque constitucional y convencional. He ahí su

connotación como un caso difícil, porque la conclusión no se puede extraer de los postulados formalistas del Código Civil, haciéndose recurrir a la justificación externa para una decisión más justa que garantice y proteja los derechos de los sujetos en el marco de formar una familia.

RECOMENDACIONES

1. Recomendar, al Poder legislativo, la regulación de la protección excepcional de la unión de hecho impropia, atendiendo al caso en concreto, estableciendo una definición jurídica que contemple las características fundamentales de la unión de hecho impropia, basándose en criterios como la convivencia estable y notoria, la voluntad mutua de permanencia en la relación, la existencia de un compromiso afectivo y la convivencia duradera, aunque no formalizada legalmente, asegurando que la regulación no imponga condiciones innecesarias o restricciones a quienes eligen vivir en una unión de hecho impropia, respetando su libertad para decidir cómo organizar su vida familiar y afectiva.
2. Recomendar al Poder Judicial, verificar aquellos casos que ameriten la protección a la unión de hecho impropia, a partir de la connotación de los principios constitucionales de libertad, igualdad y libre desarrollo de la personalidad.

LISTA DE REFERENCIAS

- Abundis Rosales, M., y Ortega Solís, M. (2010). *Matrimonio y divorcio. Antecedentes históricos y evolución legislativa*. Universidad de Guadalajara.
<http://www.cuc.udg.mx/sites/default/files/publicaciones/2010%20-%20Matrimonio%20y%20divorcio%20-%20interiores.pdf>
- Águilar Llanos, B. (2006). Régimen patrimonial de matrimonio. *Revistas PUCP*, 312-355.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3072>
- Alexy, R. (2017). *Teoría de la argumentación jurídica*. Palestra Editores.
- Aranda Gonzalez , A. (2019 de enero de 2019). *Métodos y técnicas de la investigación en la sociología*.
https://dinamicasocialaranda.blogspot.com/2019_01_29_archive.html
- Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/710/2.pdf>.
- Atienza, M. (2017). Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo pospositivista. *Revista Doxa*, VII(2), 59-61. <https://dfddip.ua.es/es/documentos/una-defensa-del-neopositivismo.pdf?noCache=1415618881091>
- Badilla, A. (2008). *El derecho a constitución y la protección de la familia en la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/a22086.pdf>
- Baena-Extremera, A., Ayala-Jiménez, J. D., y Baños, R. (2017). Investigación descriptiva, correlacional o cualitativa. *Revista de Ciencias del Ejercicio y la Salud*, 1-17. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5985179.pdf>
- Barberis, M. (2015). Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales. En J. L. Fabra Zamora, *¿Existe el*

neoconstitucionalismo? (págs. 455-478). Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4052/26.pdf>

Barberis, M. (2015). *Introducción al estudio del Derecho*. ISBN: 978-612-4218-26-2: Palestra.

Bardelli Lartirigoyen, J. B. (2008). El juez constitucional. *Anuario de derecho constitucional de derecho latinoamericano* , 15-24.

https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=586fbd03-5bc9-3edd-ed2f-4e76cd01dc1f&groupId=271408

Carbonell, J., González Martín, N., y Carbonell Sánchez, M. (2016). *Las Familias en el siglo XXI: Una mirada desde el Derecho*. Ciudad de México: Universidad Autónoma del Estado de México, Instituto de investigaciones jurídicas.

Castro Blanco, E. (2010). Derechos Humanos: Del lusnaturalismo clásico al lusnaturalismo moderno. *Revista Logos, Ciencia y Tecnología*, II(1), 58-70. <https://www.redalyc.org/pdf/5177/517751798005.pdf>

Castro Perez-Treviño, O. M., y Carda García, L. (2003). El derecho de propiedad durante el matrimonio y la copropiedad. *Derecho y Sociedad*, 275-279.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17316>

Clifford, J. (1986). Introduction: Partial Truths. En G. Marcus, M. Fortun, y K. Fortun, *Writing Culture. The Poetics and Politics of Ethnography*. University of California Press: Berkeley.

Coca Guzmán, S. J. (21 de Junio de 2021). *¿Cuáles son los deberes y derechos que nacen del matrimonio?* <https://lpderecho.pe/deberes-derechos-matrimonio-codigo-civil/>

Coleman, J. (1998). Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. *Legal Theory*, vol. 4, 381-426.

- Comte, A. (2013). Discurso sobre el espíritu positivo. *Librodot*, 1-51.
<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina37229.pdf>
- Congreso Constituyente Democrático. (30 de Diciembre de 1993). Constitución Política del Perú. *Constitución Política del Perú*: Diario Oficial "El Peruano".
- Congreso Constituyente Democrático. (1993b). *Debate Constitucional 1993* (Tomo V ed., Vol. 64.^a Sesión): Congreso de la República. Obtenido de https://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Constitucion_1993/ComConstReglam93/Tomo_V.pdf
- Cornejo Chávez, H. (1981). La familia en la Constitución de 1979 . *Pontificia Universidad Católica del Perú*, 23-52.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/5836>
- Cortez Cáceres, M. I., y Flores Berru, R. (2023). *Régimen patrimonial excepcional en la unión de hecho impropia frente al desequilibrio económico del concubino en Piura, 2023* . Piura: Universidad César Vallejo. <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/126117>
- Dávila, A. (2013). *La universalidad de los Derechos Humanos y su fundamentación absoluta. Una versión crítica*. Medellín: Analecta.
<https://revistas.upb.edu.co/index.php/analecta/article/view/2957>
- Dávila, G. (2006). El razonamiento inductivo y deductivo dentro del proceso investigativo en ciencias experimentales y sociales. *Laurus*, 7(Ext)180-205. <https://www.redalyc.org/pdf/761/76109911.pdf>
- De Pina Vara, R. (2005). *Diccionario de Derecho*: Editorial Porrúa.
<https://revistascolaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/boletin-derecho-comparado/article/view/10009>
- Díaz Revorio, J. (2012). La interpretación constitucional y la jurisprudencia constitucional. *Quid Juris*(6), 7-38.
<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/6/cnt/cnt2.pdf>

- Engels, F. (2017). *El origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado*. Editorial Progreso, Moscú. https://www.marxists.org/espanol/m-e/1880s/origen/el_origen_de_la_familia.pdf
- Espejo Yaksic, N., y Ibarra Olguín, A. M. (2020). *La constitucionalización del derecho de familia*: Centro de Estudios Constitucionales SCJN. https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documentos/2020-01/Libro%20DERECHO%20DE%20FAMILIA_DIGITAL.pdf
- Espinoza Espinoza, J. (2001). *Derecho de las Personas.*: Huallaga Editorial. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5002602.pdf>.
- Fernández Ruiz, G. (2017). La arguemntación jurídica. En G. Fernández Ruiz, *Argumentación y lenguaje jurídico. Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación* (pp. 73-88): Universidad Nacional Autónoma de México. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11922>
- Fernández Segado, F. (1993). La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, XIII(39), 195-247. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79497.pdf>
- Fernández, J. (2003). *Peter Häberle. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*: Dykinson. <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/14/rec/rec27.pdf>
- Ferrajoli, L. (2016). *Los derechos y sus garantías. Conversación co Mauro Barberis*. ISBN: 978-84-9879-620-9: Trotta.
- García Figueroa, A. (1998). Constitucionalismo y positivismo. *Revista española de derecho constitucional*(54), 367-381. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-espanola-de-derecho-constitucional/numero-54-septiembrediciembre-1998/constitucionalismo-y-positivismo-2>
- García García, E. (1999). *Derechos humanos y calidad de vida*. Madrid: Tecnos.

- Gascón Abellán, M. (2014). Precedente y Arguemtnación. En A. García Figueroa, M. Gascón Abellán, G. Marcilla Córdoba, y L. Prieto Sanchís, *Argumentación Jurídica* (pp. 344-346): Tirant Lo Blanch .
- Gorra, D. (2011). Positismo jurídico: una opción epistemológica para la interpretación y justificación del Derecho. *Fundamentos en Humanidades*, 2(23), 37-45.
<https://www.redalyc.org/pdf/184/18424417003.pdf>
- Guamán Chacha, K. (2020). El positivismo y el positivismo jurídico. *Universidad y sociedad. Revista Científica de la Universidad de Cienfuegos*, 12(4), 265-269. <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/1642>
- Guastini, R. (2008). Una teoría cognoscitiva de la interpretación. *Revista de teoría y filosofía del derecho*(29), 15-31.
<https://www.redalyc.org/pdf/3636/363635635002.pdf>
- Guilherme Marinoni, L. (2007). *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*: Palestra.
- Guzmán Marín, L. L. (2017). La familia. *Revista de ciencias y humanidades*, 1-35.
<https://www.cch.unam.mx/padres/sites/www.cch.unam.mx.padres/files/archivos/01-La-Familia-LG.pdf>
- Guzmán Napurí, C. (s.f.). *El derecho de propiedad y su importancia en el régimen económico*. <https://blogposgrado.ucontinental.edu.pe/el-derecho-de-propiedad-y-su-importancia-en-el-regimen-económico>
- Hart, H. L. (1980). El nuevo desafío al positivismo jurídico. *Sistema*, núm. 36, 3-18.
- Herrera Arana, P., y Torres Maldonado, M. A. (2016). La imprescriptibilidad del reconocimiento de la unión de hecho y la prescriptibilidad de la liquidación de la comunidad de bienes. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, 41-51. <https://works.bepress.com/marcoandreitorresmaldonado/35/>

- Hervada, J. (1996). *Introducción Crítica al Derecho Natural*: Minos.
<https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/10665/1/introduccion-critica-derecho-natural.pdf>
- Himma, K. E. (2014). Positivismo jurídico incluyente. *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 353-430.
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/filosofia-derecho/article/view/8168>
- Kelsen, H. (1966). ¿Que es el positivismo jurídico? *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, núm 61, 131-143. Kelsen, H. (1966). ¿Que es el positivismo jurídico? *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, núm 61, 131-143.
- Landa Arroyo, C. (2017). *Los derechos fundamentales*. Lima: Fondo Editorial.
- Landa, C. (2002). Teoría de los derechos fundamentales. *Cuestiones constitucionales*(6), 49-71.
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5638>
- Lopera, J., Ramírez, C., Zuluaga, M., y Ortiz, J. (2010). *El método analítico*: Universidad de Antioquía.
https://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2145-48922010000200008
- Mamani Escobar, C. E. (2012). *Reconocimiento constitucional de la unión de hecho de personas con vínculo matrimonial preexistente en la ciudad de Huancavelica - 2012*. Huancavelica: Universidad Nacional de Huancavelica. <https://repositorio.unh.edu.pe/items/5d5deb41-14b1-4c67-9a51-7b441e041843>
- Manrique Urteaga, S. V. (2020). *Principio constitucional de Protección de la familia y promoción del matrimonio. Deconstrucción y Propuestas para una adecuada interpretación*: Editora Grijley.
- Martin, V. (1946). *Sociología del Renacimiento*. México: Fondo de Cultura Económica. <https://historiamodernafuac.wordpress.com/wp-content/uploads/2017/08/von-martin-caps-1-y-3.pdf>

- Mendoza Escalante, M. (2016). El derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad. *Gaceta Constitucional*(5), 49-56. <https://biblioteca.amag.edu.pe/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=15577>
- Miranda Alonso, T. (2002). *Argumentos*: Editorial Marfil.
- Miranda Canales, M. J. (2017). Constitucionalización del derecho civil a través de a jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. *Revista 10*, 99-112. <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/ropj/article/view/231>
- Monje Álvarez, C. A. (2011). *Metodología de la Investigación Cuantitativa y Cualitativa. Guía didáctica*. Universidad Surcolombiana. <https://www.uv.mx/rmipe/files/2017/02/guia-didactica-metodologia-de-la-investigacion.pdf>
- Monroy Gálvez, J. (1996). *Introducción al proceso civil*: Temis.
- Montagna, P. (2016). Parentalidad socioafectiva y las familias actuales. *Derecho PUCP*, 219-233. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/15636>
- Morales Godo, J. (2010). La función del juez en una sociedad democrática. *Revistas PUCP*, 1-34. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2397>
- Moreso, J. J., y Vilajosana Rubio, J. M. (2004). *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Moreso, J. J., y Vilajosana, J. M. (2004). *Introducción a la teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Muntané Relat, J. (2010). Introducción a la investigación básica. *Revisiones temáticas*, 221-227. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3270590>
- Nettel, A. L. (1996). La distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación y la racionalidad de la decisión judicial. *Isonomía*, 107-117. <https://www.cervantesvirtual.com/obra/la-distincin-entre-contexto-de-descubrimiento-y-de-justificacin-y-la-racionalidad-de-la-decisin-judicial-0/>

- Oliva Gómez, E., y Villa Guardiola, V. J. (2014). Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización. *Justicia Juris*, 10(1), 11-20. <http://www.scielo.org.co/pdf/jusju/v10n1/v10n1a02.pdf>
- Pacheco Mandujano, L. A., y Almanza Altamirano, F. (2018). *Razonamiento Lógico y Argumentación Jurídica: Ideas Solución* Editorial. https://www.sancristoballibros.com/libro/razonamiento-logico-y-argumentacion-juridica_77334
- Peces-Barba Martínez, G. (1999). La Declaración Universal y las funciones de los derechos. *Dossier*, 55-59.
- Peréz Cantó, M. P. (2006). Orígenes de matrimonio y de la familia modernos. *Revista anual de ciencias sociales*, 4(11), 59-78. <http://revistas.uach.cl/pdf/racs/n11/art04.pdf>
- Pérez Luño, A. (1983). La fundamentación de los derechos humanos. *Revista de Estudios Políticos*, 7-71.
- Pimentel Tello, M. I. (2014). *Consecuencias jurídicas de la aplicación de la ley N.º 30007 en la convivencia sucesiva y paralela*. Cajamarca: Universidad Nacional de Cajamarca.
- Pinto Fontanillo, J. A. (2018). *La Teoría de la Argumentación Jurídica en Robert Alexy*. Universidad Complutense de Madrid. <https://docta.ucm.es/entities/publication/b415994c-5fb9-4ed1-a8d6-d2b5950192e6>
- Plácido Vilcachagua, A. (2014). El modelo de matrimonio constitucionalmente garantizado por el principio de promoción: El matrimonio igualitario y la nulidad del matrimonio por inobservancia de la forma prescrita para casarse. *Revista de derecho Themis*, 107-132. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/12690>
- Poder Legislativo sueco. (22 de diciembre de 1985). Ley N° 1984:1140. *Ley N° 1984:1140*: Diario Oficial.
- Ramírez Anguiano, D. (2019). Derecho, moral e interpretación: correlación entre la filosofía analítica de H. L. A. Hart y el pensamiento de Lon Fuller

y Ronald Dworkin. *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 387-418.
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/filosofia-derecho/article/view/13727/15024>

Real Academia española. (27 de enero de 2020). *Diccionario de la Lengua Española*. Obtenido de Diccionario de la Lengua Española:
<https://dle.rae.es/manipular>

Rodolfo Jáuregui, V. W. (2012). *Libro de especialización en derecho de familia*: Fondo Editorial del Poder Judicial.
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/96e584804e4d410f8601ff294bc3482d/Libro+de+especializaci%C3%B3n+en+derecho+de+familia.pdf?MOD=AJPERES>

Rodríguez, A., y Pérez, A. (2017). Métodos científicos de indagación y de construcción del conocimiento. *Revista Escuela de Administración de Negocios*, 1-26. <https://www.redalyc.org/pdf/206/20652069006.pdf>

Rojas Amandi, V. (2005). La teoría de Ronald Dworkin y la aplicación de los principios generales del derecho en México. *Revista de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 235-284.
<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/35/pr/pr12.pdf>

Rojas Castillo, Z. M., y Acevedo-Suárez, A. (2015). El alcance del derecho al libre desarrollo de la personalidad en manuales de convivencia de establecimientos educativos. *Dixi*, 17(21), 67-78.

Ruiz Molleda, J. C. (2009). Estado constitucional de derecho, democracia y descentralización. *Programa Capacidades*, 1-93.

Saca Urday, Y. (2018). *El reconocimiento de la unión de hecho impropia como modelo de familia y la necesidad de optimizar el principio - derecho constitucional a la igualdad para un tratamiento similar con el régimen patrimonial de la unión de hecho propia*. Arequipa: Universidad Nacional San Agustín de Arequipa.

Salinas Solís, G., y Malaver Silva, C. (2009). *La decisión judicial, la justificación externa y los casos difíciles*. Lima: Editora Jurídica Grijley.

- Sánchez Durá, N. (2013). Actualidad del relativismo cultural. *Desacatos*, núm. 41, 29-48.
- Sánchez Maíllo, C. (17 de Febrero de 2015). *La familia: una institución natural preexistente a la ley. Perspectivas sobre su regulación actual en España*. Obtenido de Asamblea de Madrid:
https://www.asambleamadrid.es/documents/20126/64823/R.31._Carmen_Sanchez_Maillo.pdf/ee2a9c77-e068-02a0-11cd-aade0a3b92eb#:~:text=La%20familia%20es%20una%20instituci%C3%B3n%20natural%20que%20se%20impone%20a,nacimiento%20de%20los%20hijos%2C%20etc.
- Sánchez, R. (08 de abril de 2018). *Revista virtual Humanitas*. Obtenido de Revista virtual Humanitas:
http://www.fundacionmhm.org/www_humanitas_es_numero49/revista.html
- Santalla, A., Calderón, M. A., López-Criado, M. S., Fontes, J., López-Jurado, R., y Martínez-Navarro, L. (2018). *Donación de Ovocitos*. Granada: Unidad de Reproducción. Servicio de Obstetricia y Ginecología. Hospital Universitario Virgen de las Nieves.
- STC. N° 2000-022306, EXP. N. ° 95-001734-007-CO (Sala Constitucional 15 de 03 de 2000).
- Stoll, J. (2008). *Swedish donor offspring and their legal right to information*. ISBN: 978-91-506-2017-7. Uppsala: Universitetstryckeriet.
- Toubes Muñiz, J. R. (2012). La reducción al absurdo como argumento jurídico. *Doxa*, 92.
- Ursúa, J. F. (2004). Interpretación jurídica: una propuesta de esquematización de planteamientos. *Instituto Tecnológico de México*(20), 255-275.
- Vargas, J. (1988). *El matrimonio, familia y propiedad en el Imperio Incaico*: Colegio de abogados de Lima.
- Villalobos Badilla, K. J. (2012). *El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad*: Universidad de Costa Rica.

- Yañez Gonzales, N. S., y Vilca Macedo, E. J. (2018). *Influencia de la implementación del pacto civil de solidaridad en el enriquecimiento indebido de la unión de hecho impropia, Perú, 2018*. Arequipa: Unversidad César Vallejo.
- Yarupuma Quispe, K. E. (2021). *La tutela al conviviente abandonado: la inutilidad de distinguir remedios en la unión de hecho propia e impropia* . Lima: Universidad de San Martín de Porres.
- Zagrebelsky, G. (2014). *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*: Trotta.
- Zegers-Hochschild, F. (2012). *Resumen escrito del peritaje rendido en la audiencia pública ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos - Caso Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Zuta Vidal, E. I. (2018). La unión de hecho en el Perú, los derechos de sus integrantes y desafíos pendientes. *Ius et veritas*(56), 186-198.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/20298>