





**REVISTA DE DERECHO**  
**VOX JURIS**





**USMP**  
UNIVERSIDAD DE  
SAN MARTIN DE PORRES

FACULTAD DE  
DERECHO

**REVISTA DE DERECHO**  
**VOX JURIS**

EDICIÓN N° 25

**2013**

---

## **VOX JURIS 25**

### **CONSEJO EDITORIAL**

PRESIDENTE : Dr. Gino Ríos Patio - Profesor USMP - Director del Instituto de Investigación Jurídica  
CONSEJEROS : Dr. Lucas Lavado Mallqui - Profesor USMP - UIGV  
Dr. Paulino Saúl Rueda Romero - Profesor USMP  
Dr. Jorge Luis Godenzi Alegre - Profesor USMP - U. Ricardo Palma - U. de Lima

COORDINADOR  
DE EDICIÓN : Lic. César Vizcardo Vernaza

---

### **ISSN: 1812-6804**

DEPÓSITO LEGAL N°: 95-0895

Está permitida la reproducción total o parcial de los artículos citando la fuente.

### **LAS OPINIONES VERTIDAS EN LOS ARTÍCULOS SON DE EXCLUSIVA RESPONSABILIDAD DE SUS AUTORES**

---

Solicitamos canje.  
Wir Bitten um AUSTAUNSCH.  
Von Publikationen.  
We request Exchange.  
Nous demanons l'exchange.  
Pede se permute.

---

Escribir:

Facultad de Derecho : Alameda del Corregidor 1865, La Molina  
Teléfono : 365-7000 - 365 6947 - 365 6948 - 365 6943  
Fax : 3656957  
E-mail : [derecho@usmp.pe](mailto:derecho@usmp.pe) | Instituto de Investigación Jurídica: [investiga\\_derecho@usmp.edu.pe](mailto:investiga_derecho@usmp.edu.pe)  
Web site : [www.derecho.usmp.edu.pe](http://www.derecho.usmp.edu.pe)  
Fecha de Impresión : Diciembre 2013

**VOX JURIS**  
**ISSN: 1812-6804**  
**Volumen 25, Número 1: 2013**

**CONTENIDO**

**PRESENTACIÓN**

**I. ARTÍCULOS**

- |    |                                                                                                                                             |    |
|----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. | LAS FAMILIAS TRANSNACIONALES<br>Richard Aguilar Díaz                                                                                        | 17 |
| 2. | LOS DERECHOS DEL NIÑO EN EL MARCO DE<br>LA BIOÉTICA<br>Nancy Coronel Aquino                                                                 | 25 |
| 3. | REFLEXIONES SOBRE PARTICIPACIÓN DE<br>NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LOS<br>CONFLICTOS ARMADOS EN EL PERÚ<br>Godofredo Miguel Huerta Barrón | 35 |
| 4. | EL MODELO CONSTITUCIONAL DE FAMILIA,<br>LA ORIENTACIÓN SEXUAL DE LOS PADRES Y<br>LOS DERECHOS DEL HIJO<br>Álex Fernando Plácido Vilcachagua | 45 |
| 5. | LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS<br>SUPERIOR DEL NIÑO POR EL SISTEMA<br>JUDICIAL PERUANO<br>María Isabel Sokolich Alva               | 81 |

6.	DESPENALIZACIÓN DE LAS RELACIONES SEXUALES EN MENORES DE EDAD Dra. Esperanza Tafur Gupioc	91
7.	LA LUCHA DEL ESTADO PERUANO CONTRA EL TRABAJO INFANTIL Y LA TRATA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: AVANCES Y DESAFÍOS Dr. Eduardo Vega Luna	101
8.	FRAUDE EN LA DISPOSICIÓN O GRAVAMEN DE BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL Milushka Felicitas Rojas Ulloa	111
9.	LA UNIÓN DE HECHO Y EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS SUCESORIOS SEGÚN EL DERECHO CIVIL PERUANO Elizabeth del Pilar, Amado Ramírez	121
10.	INSTITUCIÓN JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN EN EL PERÚ Pedro Andrés Francisco Mejía Salas	157



# PRESENTACIÓN



## **PRESENTACIÓN**

Esta primera edición del año en curso de nuestra tradicional Revista Vox Juris, está dedicada íntegramente a la temática del Derecho de Familia, para contribuir al análisis de los tópicos más relevantes y actuales de dicha disciplina jurídica, por considerar que la familia es la institución universal, natural y social más antigua de la Humanidad; y que el Derecho debe estudiarla y regularla de acuerdo con la realidad actual, pero también con los valores culturales predominantes en una sociedad.

De ahí la necesidad e importancia de estudiarla desde la perspectiva jurídica, pero más allá de analizarla en su restringida forma contemporánea de pareja en época de crisis, hay que hacerlo desde el punto de vista de cómo la familia ha experimentado y salido al encuentro de las transformaciones económicas, sociales y culturales de los últimos años, determinando si se conserva como algo permanente o ha variado en sustancia.

En la realidad familiar, la permanencia y vitalidad sólo se revela por su entrañable ligamen permanente con la naturaleza humana, que constituye una estructura indispensable de la sociedad. Que existan situaciones heterodoxas periódicamente en la dinámica social, no justifica darles credencial de naturaleza literalmente. Así ocurrió, entre otros casos, con la esclavitud, que constituyó una realidad socialmente aceptada, lo que no significó en modo alguno que no existiera un derecho irrenunciable e indiscutible a la libertad personal.

Por eso, la familia y el matrimonio son instituciones que se encuentran omnipresentes cultural y cronológicamente, coexistiendo con otras fórmulas y constituyendo el corolario de la purificación crítica con fenómenos positivos como la igualdad de los cónyuges, la no discriminación entre los hijos por razón de su filiación, la concepción moderna de la patria potestad y el interés superior del niño, entre otros.

Los distinguidos autores que publican en esta edición nos presentan sus posiciones sobre interesantes temas de la especialidad, como es el caso de las familias transnacionales, surgidas de la constante evolución del modelo de familia tradicional por factores interestatales (personales, jurídicos y económicos) e internacionales (migraciones), para conocer si, en este caso, gozan o no de reconocimiento jurídico y por ende de la protección familiar dispuesta por la Constitución Política del Estado y leyes pertinentes.

Asimismo, el novedoso tema de los derechos del niño en el marco de la bioética, en el que la autora incursiona en la trascendental cuestión de la suerte que corren los embriones congelados sin destino, luego que se produjo un embrión vivo con las técnicas de fertilización in vitro.

De igual manera, el niño y adolescente es motivo de preocupación en el dramático tema del reclutamiento o alistamiento para que participen en hostilidades, por ser una de las mayores violaciones de los derechos humanos de los niños y adolescentes, para lo cual si bien se han adoptado algunas acciones para rescatarlos, falta el establecimiento de un programa de atención integral de estas víctimas, que permita su recuperación física y psicológica y su reintegración social.

Por otro lado, el tema de la orientación sexual de los padres y los derechos del hijo con relación al modelo constitucional de familia, es también motivo de un ilustrado artículo, que comprueba que actualmente el matrimonio y la convivencia heterosexual ya no identifican la familia; sin embargo, no cabe en la recepción constitucional la convivencia homosexual como un tipo de familia, pero precisa que es opción del legislador reconocerlo o no como matrimonio.

De otra parte, la aplicación del principio preferente del interés superior del niño por el sistema judicial peruano, es otro de los interesantes temas abordados en la presente edición, en el que la autora postula que la administración de justicia en general, y la especializada en particular, deben tenerlo como sustento en sus decisiones.

La despenalización de las relaciones sexuales consensuales en menores de edad es otro significativo tópico, en el que la autora considera que si bien es cierto sería necesaria, afirma que resulta prematura por cuanto el Estado previamente debe desarrollar una adecuada política dirigida a la prevención, que incida en las áreas social, económica, educacional y de capacitación familiar, urbana y recreacional.

La lucha del Estado peruano contra el trabajo infantil y la trata de niños, niñas y adolescentes, es analizada en sus avances y desafíos en un documentado artículo que parte de una realidad dramática, la cual da cuenta que hacia el año 2011 la población infantil y adolescente era del 36% concentrando los índices más altos de pobreza; y los que trabajaban eran un millón setecientos noventa y cinco mil, de los cuales el 33.9% realizaban trabajos de riesgo con más de 36 horas semanales.

Asimismo, el fraude en la disposición o gravamen de bienes de la sociedad conyugal es un revelador tema que explica cuándo dicho acto jurídico, realizado sin poder especial del otro cónyuge, es un acto jurídico nulo, anulable o ineficaz.

La unión de hecho y el reconocimiento de derechos sucesorios también es un tema de hondo contenido real que es tratado en un artículo, por tratarse de una situación jurídica social que va en aumento y que genera vínculos afectivos, filiales y patrimoniales, materializándose el principio-derecho de la igualdad entre el matrimonio y la unión de hecho, ambas como manifestación de otra institución importante como es la familia.

La institución jurídica de la adopción, por último, es desarrollada desde su antiguo origen creador de una filiación con igual categoría que la filiación matrimonial, para que el hogar continúe y la tradición se cumpla, hasta la actualidad, examinando las medidas gubernamentales adoptadas por el Estado peruano para promoverla y facilitarla.

En todos los temas tratados con singular maestría por los distintos autores que han contribuido a hacer realidad esta edición, trasciende axiomáticamente que la sociedad necesita de la familia para sobrevivir y que el Derecho se interesa por la familia, por ser un instrumento de socialización imprescindible.

Por estas razones, presentamos con satisfacción esta edición a la comunidad universitaria visualizando que el estudio jurídico de la familia revela una nueva categoría del Derecho, que es el social; y aspirando a que todos los estados propendan al fortalecimiento de la familia instituyendo políticas de salvaguardia total y sistémicas, como una forma de alcanzar su desarrollo.

**Dr. Gino Ríos Patio**

Director del Instituto de Investigación Jurídica



# ARTÍCULOS





## **LAS FAMILIAS TRANSNACIONALES**

*Richard Aguilar Díaz*

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona. Becario del Máster en Derecho de Familia e Infancia de la Universidad de Barcelona. Posgraduado en Derecho Diplomático y Consular. Licenciado en Derecho por la Universidad de Barcelona. Colaborador distinguido de la Asociación para la Defensa de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia (ADDIA).

Recibido: 10.04.13

Aceptado: 12.07.13

### **SUMARIO**

I. Introducción. II. Los cambios en los modelos de familia, factores. III. La familia en el ordenamiento jurídico español. IV. Extensión del concepto de familia. V. La familia en el ámbito internacional. VI. El derecho a vivir en familia y el derecho a la libre circulación de personas. VII. Conclusiones.

### **RESUMEN**

Considerando la constante evolución del modelo de familia tradicional por factores interestatales (personales, jurídicos y económicos) e internacionales (migraciones) que originan nuevos modelos de familia, resulta necesario conocer si estos modelos gozan o no de reconocimiento jurídico y por ende de la protección familiar dispuesta por la Constitución Política del Estado y leyes pertinentes.

### **PALABRAS CLAVE**

Familia, organización, reconocimiento jurídico, migraciones, protección familiar, globalización, familia transnacional, matrimonio, convivencia, parejas mixtas.

### **ABSTRACT**

Considering the continuing evolution of the traditional family model interstate factors (personal, legal and economic) and international (migration), giving rise to new family models, it is necessary to know whether or not these models enjoy legal recognition and protection thus family arranged by state constitution and laws.

### **KEY WORDS**

Family, organization, legal status, migration, family protection, globalization, transnational family, marriage, cohabitation, mixed couples.

## **I. INTRODUCCIÓN**

En el presente estudio analizaremos la situación actual de las familias y su proyección en el ámbito estatal, europeo e internacional.

Para ello, partiremos de la base de que el modelo de familia tradicional se encuentra en constante evolución, debido a diversos factores interestatales (personales, jurídicos y económicos) e internacionales (flujos migratorios), y que estos originan nuevos modelos de familia o de organización familiar, los cuales interactúan en nuestra sociedad.

Analizaremos si estos modelos gozan o no del reconocimiento jurídico y, por ende, de la protección familiar dispuesta en el artículo 39 de la Constitución española (CE).

Asimismo, teniendo en cuenta que vivimos en un mundo globalizado, en donde las políticas y flujos migratorios de corte económico y laboral inciden en la esfera familiar, tanto a nivel estatal como internacional, analizaremos también la protección de la familia, especialmente cuando esta presenta un elemento de extranjería, así como cuando se da el traslado de la misma a un tercer país con el objetivo de afincarse en dicho Estado de destino. A partir de estos últimos supuestos, se configura lo que jurídicamente se denomina familia transnacional, que es el eje principal del presente estudio.

## **II. LOS CAMBIOS EN LOS MODELOS DE FAMILIA, FACTORES**

Si bien es cierto que el modelo tradicionalmente aceptado de familia es el conformado por padres e hijos, en el que interactúan por un lado las relaciones paterno-filiales y de otro las obligaciones parentales. Hablamos, pues, de la familia nuclear, modelo mayoritariamente aceptado en los ordenamientos jurídicos europeos, entre ellos España.

La sociedad evoluciona constantemente, y con ello, los modelos de familia. Así pues, podemos afirmar que existen diversos factores que propician los cambios dentro de la esfera familiar. Entre los factores que sirven como base de estos nuevos modelos de familia podemos señalar los siguientes:

La integración de la mujer en el mercado laboral. Se ha superado el estereotipo en el que la mujer era quien se quedaba en casa para cuidar del hogar y los niños. Actualmente, ambos progenitores trabajan y necesitan ayuda externa para solventar, entre otras, responsabilidades como el cuidado de los hijos. Los cambios en

los roles de familia así como el actual ritmo social y económico han conducido a nuevas organizaciones en la esfera familiar y en el reparto de las tareas domésticas.

Las crisis familiares (la separación, nulidad y divorcio) generan nuevas situaciones de organización y residencia. Así por ejemplo, disuelto el vínculo matrimonial, uno o ambos excónyuges se ven obligados a regresar, junto con los hijos, a la casa de los padres, iniciando con esto una nueva relación familiar y convivencial. Los flujos migratorios responden a fines laborales o económicos, y provocan que uno de los miembros de la familia emigre a un tercer país. Vistos los factores citados, es importante tener en cuenta las clasificaciones de familia hechas por los sociólogos, las cuales ofrecen una lista de modelos de familia basadas en la residencia. Estos modelos de familia son: unipersonal, sin núcleo conyugal, monoparental, pareja sin hijos, pareja con hijos dependientes, grupo recompuesto, familia extensa, familia múltiple y familia compuesta (Villagrasa, 2011).

### **III. LA FAMILIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL**

En la CE de 1978, en sus artículos 32.1 y 39.1, el primero reconoce el derecho a contraer matrimonio, y el segundo establece la protección social, económica y jurídica a la familia. Con base en lo anterior, el Tribunal Constitucional español (TC), en su ejercicio jurisdiccional interpretativo de ambos preceptos, concluía que la protección otorgada a la familia se circunscribía únicamente a la familia matrimonial. Actualmente, la doctrina constitucional ha superado dicha postura resolviendo que dichos apartados deben interpretarse aisladamente.

En el ámbito estatal, es importante citar la existencia del sistema matrimonial español, regulado en el Código Civil estatal (CC) en sus artículos 42 y siguientes. En estos apreciamos un sistema matrimonial mixto, ya que coexisten dos tipos de matrimonio: el matrimonio civil, en su art. 44 CC, y el matrimonio religioso, con reconocidos efectos civiles establecido en el art. 59 CE (Satorras, 2004). Ambos matrimonios producen efectos una vez cumplido el requisito de inscripción en el Registro Civil, siguiendo lo establecido en el art. 61 CE.

Continuando con la regulación matrimonial, es oportuno citar la presencia de la legislación autonómica, toda vez que España, al ser un Estado unitario plurilegislativo y siguiendo lo establecido por el art. 49.1.8<sup>a</sup> CE, le reconoce competencia legislativa a las Comunidades Autónomas (CCAA) en asuntos de ámbito civil. Citaremos especialmente a la legislación civil catalana,

específicamente la Ley 25/2010, del 29 de julio, del libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia.

#### **IV. EXTENSIÓN DEL CONCEPTO DE FAMILIA**

Siguiendo lo expuesto en el anterior apartado I, donde hicimos referencia a las nuevas manifestaciones en la organización familiar, con la consecuente aparición de nuevos modelos de familia y la necesidad de regular estas nuevas situaciones de convivencia dentro del ordenamiento jurídico español. Es preciso recordar que el Derecho no es ajeno a estos cambios sociales y familiares, por lo que el legislador estatal debe responder a estas demandas.

En cuanto a los cambios en los modelos de familia, teniendo en cuenta las crisis matrimoniales como las relaciones de convivencia, en sus diferentes modalidades, generan nuevos supuestos en el ámbito familiar, por lo que es menester formular las siguientes cuestiones: ¿el ordenamiento jurídico español reconoce a los nuevos modelos de convivencia como una familia?, ¿el sistema legal contempla dicho reconocimiento y por ende los nuevos modelos de familia son beneficiarios de la protección al mismo nivel que la familia matrimonial y nuclear? La respuesta, en mi opinión, es parcialmente afirmativa, toda vez que de las 17 comunidades autónomas que conforman el Estado español, solo 13 de ellas han regulado lo referente a las parejas de hecho y uniones estables de pareja (Villagrasa, 2011) y su tentativa de equiparación de efectos al matrimonio, lo cual evidencia la ausencia y tan necesitada legislación estatal al respecto.

Una parte de la doctrina se ubica a favor de concebir a las parejas de hecho o uniones estables de pareja de manera similar a la de un matrimonio a prueba; por tanto, se entiende que hablamos de un modelo de familia no matrimonial o *more uxorio*. Y la otra concepción doctrinal se decanta por equiparar los efectos de dichas parejas a los del matrimonio.

De todo lo anterior, y con especial referencia a las familias transnacionales, la Ley Orgánica 4/2000, del 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LODYLE), de su dispositivo 17.1.b. podemos sostener que el legislador incluye al grupo recompuesto como modelo de familia, lo cual permite considerar a los hijos del residente y del cónyuge como beneficiarios de la reagrupación familiar.

La existencia de estos tipos de familia basados en la convivencia y la solidaridad ha sido reconocida por el TC, entre otras, en su

sentencia 222/1992, como un modelo de familia, y por ende reconoce a sus integrantes como beneficiarios de la protección dispuesta por el art. 39 CE.

Finalmente, en este apartado citaremos que tanto parejas de hecho como uniones estables surgen como respuesta a las siguientes situaciones: parejas que solo quieren convivir con sus propias reglas sin someterse a la normativa establecida para el matrimonio, y, por otro lado, parejas que no pueden casarse, ya sea por impedimento legal o por vínculo matrimonial existente, o por estar casados bajo sus costumbres o religiones, por lo que su matrimonio religioso no goza de reconocimiento de efectos civiles en España. A mayor abundamiento, es importante citar la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) recaída en el Asunto Muñoz Díaz c. España, del 8 de diciembre de 2009, en la que se reconocen efectos civiles al matrimonio celebrado bajo el rito de la etnia gitana.

## **V. LA FAMILIA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL**

Una vez revisado el sistema familiar interno, daremos un paso más allá y analizaremos la protección de la familia en el Derecho Internacional. Para esto debemos tener en cuenta lo siguiente:

El Derecho Internacional privado regula lo referente a los matrimonios mixtos, y esta regulación se hace extensible a las parejas mixtas. Se entiende como matrimonio mixto aquel matrimonio celebrado entre dos personas con un elemento de extranjería configurado generalmente por la nacionalidad de cada cónyuge. Estos supuestos se encuentran regulados por el artículo 9.2. del C.C. referente a los efectos personales y patrimoniales del matrimonio mixto.

Una vez identificado el elemento de extranjería, podemos avanzar y analizar el proyecto migratorio de la familia mixta, es decir, si por motivos de trabajo uno de los cónyuges se traslada a un tercer país, país de destino, donde establecerá su residencia y posteriormente llevará a los demás miembros de su familia. Con la ejecución de su proyecto migratorio se configura la familia transnacional, entendida como aquella familia que se desplaza desde su país de origen hacia un tercer país, denominado país de destino, donde continuará con su vida familiar.

Dicho lo anterior, el familiar residente en el país de destino pasa a ser titular del derecho a la reagrupación familiar, derecho que permite llevar a sus familiares al país de destino donde actualmente resida.

En cuanto a los familiares beneficiarios del derecho a la reagrupación familiar, la LODYLE en el ya citado artículo 17 menciona quiénes

son los familiares reagrupables o beneficiarios del derecho a reagrupación familiar. En el siguiente apartado analizaremos los derechos que sirven de base para la configuración de la familia transnacional y el derecho a la reagrupación familiar.

## **VI. EL DERECHO A VIVIR EN FAMILIA Y EL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS**

Visto el contexto de las familias transnacionales, es oportuno traer a colación lo comentado en el apartado IV de este estudio, en el que analizamos los modelos de familia reconocidos en el ordenamiento civil español. Se dijo que el legislador, además de la familia nuclear, recoge en sus dispositivos legales a otros modelos de familia que también gozan de la protección contenida en el art 39 CE.

En el plano del Derecho internacional, se analizó a la familia en el ámbito del Derecho Internacional privado (familias mixtas); y en el ámbito del derecho de extranjería citamos la reagrupación familiar como presupuesto de la familia transnacional.

Cuando hablamos de reagrupación familiar en España (Ravetllat, 2011), se ha de tener en cuenta la interacción entre dos regímenes. Uno es el régimen comunitario aplicable cuando uno o ambos familiares son nacionales de un país miembro de la Unión Europea (UE). Y el otro régimen es el general de extranjería, aplicable cuando ambos familiares son nacionales de terceros países no miembros de la UE. Para mayor abundamiento, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de fecha 27 de julio de 2006, se pronuncia en cuanto a los elementos configurativos de la reagrupación familiar.

Ambos regímenes se nutren del derecho a vivir en familia, dispuesto en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DDHH) y en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), directrices que informan tanto a la Directiva Comunitaria 2004/38 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 29 de abril, sobre reagrupación familiar del régimen comunitario, la Directiva 2003/86 CE, del 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar, y a la LODYLE. Es oportuno indicar que existe una flexibilidad en el régimen comunitario en cuanto a los requisitos exigidos a los familiares reagrupantes, y esta flexibilidad responde a que los ciudadanos de la UE, además del derecho a vivir en familia, son titulares del derecho a la libre circulación de personas dentro del territorio de la UE. Además, este derecho es extensible a sus familiares nacionales de terceros países no miembros de la UE. Es decir, la reagrupación familiar de esa

familia transnacional se concreta fácilmente por el ejercicio a la libre circulación; en cambio, en el régimen general únicamente por el derecho a vivir en familia, debiendo acreditar, entre otras, la validez del vínculo afectivo y familiar (Aja, Montilla, 2009).

Dicho todo lo anterior, no puedo dejar de manifestar que a pesar de contar con una vasta estructura jurídica de protección a la familia en los ordenamientos jurídicos nacional e internacional, no sucede lo mismo en el ámbito nacional, ya que aún queda pendiente la tarea de desarrollar las garantías de los familiares en cuanto al ejercicio del derecho a vivir en familia.

Por su parte, las familias transnacionales (Moya, 2011), especialmente las que tienen miembros nacionales de países no miembros de la UE, no pueden ejercer fácilmente el derecho a vivir en familia e incluso se encuentran con muchos obstáculos (burocráticos o razones que responden a políticas migratorias) que se manifiestan a través de la exigencia de requisitos principalmente de acreditación del vínculo familiar y obligando con ello a la judicialización del ejercicio de tal derecho. No olvidemos que el legislador europeo dotó de carácter fundamental al multicitado derecho a vivir en familia; sin embargo, para el legislador español, este derecho solo goza de un carácter legal (ver sentencia del TC 236/2007).

## VII. CONCLUSIONES

1. Los cambios sociales en el ámbito familiar responden generalmente a factores como la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, cambios en los roles y áreas domésticas, crisis matrimoniales y factores migratorios, todo lo cual ha generado la manifestación de nuevos modelos de familia, como son: las familias extensas, las familias de grupo recompuesto y las familias transnacionales. Estos modelos de familia están presentes en nuestra sociedad y cada vez en mayor número, lo cual indica la superación de la concepción clásica de familia (nuclear o matrimonial) entendida como la formada por padres casados y sus hijos.
2. En el ordenamiento jurídico español, se ha superado el concepto clásico de familia matrimonial, toda vez que la doctrina constitucional interpreta los artículos 32 y 39 CE de manera separada, reconociendo así la protección de la familia, dispuesta en el art. 39 CE, pero no solo de la familia matrimonial sino de otra forma de convivencia basada en la solidaridad y convivencia. Asimismo, el legislador ha tenido en consideración las nuevas formas de residencia y convivencia, siendo prueba de ello, a nivel autonómico, lo referente a familia no matrimonial *more uxorio*, la variada legislación sobre parejas de hecho y uniones

estables de pareja (13 legislaciones distintas), y en cuanto a grupos recompuestos, en la LODYLE podemos indicar que el art. 17.1.b. regula lo referente a la reagrupación familiar de los hijos del cónyuge o pareja de hecho.

3. En cuanto al Derecho Internacional, como consecuencia de los flujos migratorios nos encontramos frente a dos situaciones que afectan a la familia. En primer lugar, en el ámbito del Derecho Internacional privado tenemos lo referente a matrimonios mixtos y parejas mixtas y sus correspondientes efectos personales y patrimoniales, que son regulados mediante la norma de conflicto contenida en el art. 9.2. CE. En segundo lugar, en el ámbito del Derecho de Extranjería se encuentran las familias transnacionales y su extensa estructura diseñada alrededor del derecho a vivir en familia, para los ciudadanos nacionales de terceros países no miembros de la UE, y del derecho a la libre circulación, para los ciudadanos nacionales de países miembros de la UE.
4. Finalmente, es preciso indicar que las incidencias y conflictos en cuanto al reconocimiento de derechos a los nuevos modelos de familia y su pleno ejercicio del derecho a vivir en familia están siendo resueltos principalmente por el TEDH. A nivel interno, los conflictos son resueltos primordialmente por el TC, tribunal que dota de un carácter no fundamental al derecho a vivir en familia. Esta situación nos conduce a una mayor expectativa en cuanto a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, con el que se intentará homogeneizar y dar mayor coherencia a los distintos criterios en el marco de la UE.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aja, Eliseo, Montilla Martos, José A. (2009). *Los derechos de los inmigrantes en España*. Instituto de Derecho Público. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.

Moya Malaperia, D. (2011). *Comentarios a la reforma de la Ley de extranjería*. (LO 2/2009). Instituto de Dret Público. Valencia: Tirant lo Blanch.

Ravetllat Balleste, I. (2011). *La reagrupación familiar*. Barcelona: J. M. Bosch.

Satorras Fioretti, R. M. (2004). *Lecciones de Derecho Eclesiástico del Estado*. 3ª edición. Barcelona: J. M. Bosch.

Villagrasa Alcaide, C., Rico Iñigo, M. (2011). *Derecho de Familia*. Barcelona: J. M. Bosch.



## LOS DERECHOS DEL NIÑO EN EL MARCO DE LA BIOÉTICA

*Nancy Coronel Aquino*

Juez Superior de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Recibido: 10.04.13

Aceptado: 15.07.13

### SUMARIO

1. Valoración ética. 2. Valoración jurídica. 3. Conclusiones.

### RESUMEN

El óvulo fecundado por un espermatozoide es ya persona humana, con un acto de ser, con un cuerpo y con un alma, y por lo tanto su primer deseo humano es el derecho a vivir. El avance de la ciencia médico-biológica incorpora nuevas situaciones fácticas que el Derecho no puede dejar de comprender, como es el caso de las consecuencias derivadas de la aplicación de las normas técnicas de reproducción humana asistida, y específicamente de las técnicas de fertilización *in vitro*, en los que el procedimiento utiliza espermatozoides y óvulos necesarios para producir solo un embrión vivo, con lo que varios embriones quedarían congelados, sin saber cuál es su destino, generando la pregunta ¿qué sucede con aquellos seres humanos congelados en el laboratorio? Este problema requiere de una legislación adecuada y urgente.

### PALABRAS CLAVE

Técnicas de reproducción humana asistida, técnicas de fertilización *in vitro*, derecho a la procreación, paternidad y maternidad, esterilidad e infertilidad, embriones crioconservados congelados, tráfico comercial, adopción prenatal.

### ABSTRACT

The egg is fertilized by a sperm cell and human, with an act of being, with a body and a soul and therefore its first human desire is the right to live. The advancement of medical and biological science, incorporates new factual situations that the law can not fail to understand as is the case with the consequences of the application of technical standards and assisted human reproduction techniques specifically *in vitro* fertilization which the procedure uses sperm and eggs needed to produce just one live embryo but several embryos be frozen without knowing what their fate generating the question, what happens to those human beings frozen in the lab? This problem requires urgent and appropriate legislation.

## KEY WORDS

Assisted human reproductive technology, in vitro fertilization techniques, right to procreation, parenthood, sterility and infertility, cryo-preserved embryos frozen, trade, pre-natal adoption

El cigoto, es decir, el ovocito fecundado por un espermatozoide, es ya una persona humana, con un acto de ser, con un cuerpo y con un alma, y por lo tanto, su primer derecho humano es el derecho a vivir.

En estos últimos tiempos, con el avance de la ciencia médico-biológica se vienen incorporando a nuestra vida diaria nuevas situaciones fácticas frente a las que el Derecho no puede quedar ajeno. Nos referimos a las consecuencias de la aplicación de las nuevas técnicas de reproducción humana asistida,<sup>1</sup> y específicamente a las técnicas de fertilización in vitro, en las que si bien se hace efectivo el derecho a la procreación y por ende el derecho a la paternidad y maternidad, como una solución de avance científico que se ofrece a las parejas con problemas de esterilidad e infertilidad, sin embargo, es conocido que durante dicho procedimiento se utiliza no solo la cantidad de espermatozoides y óvulos necesarios para producir un solo embrión, sino varios, y consecuentemente, como producto de dicho procedimiento, quedan embriones vivos sobrantes, los mismos que se encuentran congelados en los laboratorios, sin saber cuál es su final.

Las preguntas que vienen a colación son las siguientes: *¿qué sucede con los otros embriones sobrantes?, ¿qué sucede con aquellos seres humanos que permanecen congelados en los laboratorios reproductores, y que, al no haber sido utilizados para la reproducción de sus progenitores, se están acumulando en diferentes bancos de embriones?* Sin duda, es un problema ético-legal que requiere de legislación urgente.

## 1. VALORACIÓN ÉTICA

Cabe destacar que en 1978, el Kennedy Institute de la Universidad Jesuita de Georgetown, en Estados Unidos, publicó la primera *Enciclopedia de Bioética*, dirigida por Warren Reich, un teólogo católico, donde se define a la bioética como el “estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y la salud, examinado a la luz de los valores y principios morales”. Este campo se dedica a encontrar una solución adecuada a los frecuentes *dilemas éticos que se plantean en la práctica, en la investigación*

<sup>1</sup> Definidas como métodos destinados a suplir la infertilidad en los seres humanos, para satisfacer el derecho a la procreación.

*con seres humanos. Algunos consideran, como la iglesia católica, que debe prohibirse la investigación con seres humanos y, por lo tanto, no permitir la práctica clínica de la fecundación *in vitro*; sin embargo, consideramos que ello no es una solución al problema. No obstante, resulta evidente la existencia de un número creciente de embriones crioconservados congelados, sin protección legal y susceptibles del tráfico comercial, como objetos de valor patrimonial, lo cual también constituye un problema ético y social relevante.*

## 2. VALORACIÓN JURÍDICA

En principio, se hace insoslayable determinar *cuál es la naturaleza jurídica que tienen dichos embriones*. Algunos consideran que tales embriones simplemente son un grupo de células susceptibles de ser utilizadas en el laboratorio para la lucha de ciertas enfermedades, para detectar ciertas anomalías genéticas, o para mejoramiento de la raza humana, mientras que otros hacen distinciones otorgándoles un estatus jurídico de acuerdo al tiempo de procreación. Así, en en el caso de la legislación española, por ejemplo, el ser humano hasta los 14 días de concebido es considerado “preembrión”, hasta los dos meses y medio, “embrión”, y hasta su nacimiento, “feto”. En este caso, se entiende por “pre embrión” “al embrión *in vitro* constituido por un grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde”, conforme lo regula el inciso 2 del artículo 1º de la Ley 14/2006, sobre “Técnicas de Reproducción Humana Asistida”.

En nuestro país, el Código Civil, en su artículo 1º regula que “La persona humana es sujeto de derechos desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”. Esta norma quedó implícitamente derogada<sup>2</sup> al entrar en vigencia el Código de los Niños y Adolescentes (Decreto Ley 26102) ,con fecha 28 de junio de 1993, en el cual, recogiénose el “Sistema de Protección Integral” contenido en la Convención Sobre los Derechos del Niño,<sup>3</sup> se definió al “niño” como persona humana desde la concepción, ello para evitar las manipulaciones o experimentos genéticos, puesto que el tratamiento condicionado a que nazca vivo, que le otorgó el Código Civil, implicaba también desprotegerlo de ciertos derechos.

En efecto, el artículo I del Título Preliminar del Código de Los Niños y Adolescentes regula que “Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad... El

<sup>2</sup> En mérito a lo dispuesto en el artículo I del Título Preliminar de dicho Código.

<sup>3</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989, y ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa número 25278 del 03 de agosto de 1990.

Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. ...”. Y el artículo II del mismo cuerpo legal establece que “el niño es sujeto de derechos, libertades y de protección específica”.

En el quehacer jurisdiccional, se conoció de un caso de Impugnación de Maternidad,<sup>4</sup> en virtud del cual los padres biológicos hicieron realidad su derecho de tales, mediante fecundación *in vitro*, con la colaboración altruista de una tercera persona de sexo femenino, quien albergó y alimentó en su vientre durante toda la etapa de gestación a la niña concebida hasta su nacimiento.

Durante el curso de dicho proceso, se tomó conocimiento de que durante el procedimiento de fertilización quedaron tres embriones congelados vivos, los que se encontraban en un laboratorio clínico de esta ciudad. Ante tales circunstancias, y considerando que, conforme lo dispone el artículo 1° del citado Código de los Niños y Adolescentes, “el niño y el adolescente tienen *derecho a la vida* desde el momento de la concepción”, y que el citado Código de los Niños y Adolescentes “*garantiza* la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental”, se tomaron las medidas necesarias a efectos de hacer efectivos los derechos fundamentales de los citados seres humanos crioconservados, como el derecho a la vida, derecho a crecer, derecho a nacer, derecho a conocer a sus padres, derecho a desarrollarse en el seno de una familia, etc.

En el caso concreto, toda vez que en nuestro país aún no se regula una ley de reproducción humana asistida, se legisló que se contemplen estas situaciones fácticas y se protejan los derechos de estos niños, por considerar al Juez un creador del derecho a tenor de lo prescrito en el inciso 8 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado. Todo ello en observancia, además, de la Novena Parte del Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que “...Teniendo presente, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, ‘*el niño* por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, *tanto antes como después del nacimiento*’...”,<sup>5</sup> puesto que los derechos fundamentales a la vida, a crecer y a nacer son considerados derechos indisponibles.

Tomando como base el Derecho comparado, y en dicho caso concreto, la legislación española, la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, del 26 de mayo del 2006, en su artículo 11° establece los diferentes destinos posibles que podrán darse a los embriones crioconservados, como: 1) *su utilización* por la propia

<sup>4</sup> Expediente número 183515-2006-00113.

<sup>5</sup> Norma jurídica supranacional que forma parte de nuestro Derecho interno, en mérito a lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, en concordancia con el artículo 3° de la misma norma legal.

mujer o su cónyuge, 2) *la donación* con fines reproductivos, 3) *la donación* con fines de investigación, y 4) el cese de su conservación sin otra utilización (la muerte de dicho embrión).

De acuerdo con nuestro Derecho nacional, que recoge el Sistema de Protección Integral, solo resulta válida y ética y moralmente aceptable la primera alternativa, puesto que las dos siguientes, al considerar al embrión no sujeto de derecho sino objeto de derecho, afectan principios elementales de la dignidad humana, *toda vez que la persona es siempre un valor en sí y por sí misma y no puede ser tratada como objeto utilizable*, como instrumento o medio, y por esta sustantiva razón se le debe respeto desde el primer instante de su existencia, más aún si, según la última parte del artículo 7° de la Ley General de Salud, Ley Número 26842, “está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”.

La última alternativa tampoco la consideramos adecuada, por cuanto implica la muerte de los embriones crioconservados, lo que conlleva la vulneración del derecho que tiene todo ser humano a la vida desde su concepción. Por estas razones, *se dictaron medidas destinadas a hacer efectivo el derecho a la vida que tiene todo concebido en su calidad de niño, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 2° de la Constitución Política del Estado.*

Dichas medidas fueron:

1) Otorgar el plazo de dos años a efectos de que los padres de los “concebidos” hagan efectivo el derecho a la vida que tienen los citados embriones concebidos producto de la fecundación *in vitro* de sus ovocitos y espermatozoides, que se encuentran vivos y congelados, sea mediante implantación en el vientre materno o una subrogación de vientre de tercera persona sin fines de lucro, contados a partir de que dicha resolución quede consentida y/o ejecutoriada;

2) Disponer que vencido dicho plazo, si los citados justiciables no cumplieran el precitado mandato, cursar oficios al Juzgado de Familia Tutelar respectivo o al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, según sea el caso, a efectos de que inicie el proceso tutelar de abandono de los citados embriones congelados y puedan otorgarse en adopción a padres sustitutos, con la finalidad de hacer efectivo el “derecho a la vida” que tienen aquellos seres humanos, en su calidad de niños y por ende Sujetos de Derechos y de Protección Específica;

3) También se dispuso que la Defensoría del Pueblo, en su calidad de “*Amicuscuriae*” (amigo de la Corte) y encargado de la defensa de

los derechos fundamentales de la persona humana, de acuerdo al artículo 162° de la Constitución Política del Estado y artículo 1° de su Ley Orgánica, ley número 26520, *supervise* el cumplimiento y la ejecución de dicha sentencia.

Tales medidas se tomaron considerando en primer lugar que el derecho a la vida es un derecho fundamental que no se puede soslayar, que permitir lo contrario, aun por omisión, constituye un atentado contra la ética que el Órgano Jurisdiccional del Estado no puede avalar, y que permitir que seres humanos permanezcan en estado de desarrollo humano de “concebido” y “congelados” en forma indeterminada, constituye flagrante inobservancia de lo dispuesto en el artículo 6° de la Convención sobre los Derechos del Niño, que regula que: “1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño...”, concordado con el artículo 3° de dicha norma supranacional que prescribe: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres... y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”, por lo tanto, estando a que han sido los padres los que los han concebido utilizando dicha técnica, aquellos tienen el deber, en primer orden, de hacer efectivo tales derechos.

También se previno que si, por razones de fuerza mayor, aquellos no pudiesen hacer efectivo los derechos de los niños en el plazo de dos años, es el Juzgado de Familia o el Ministerio de la Mujer los que deben promover el proceso tutelar de abandono de los citados embriones congelados y pueda otorgarse en adopción a padres sustitutos, con la finalidad de hacer efectivo su “derecho a la vida”, toda vez que existen en la actualidad listas de espera por varios años de parejas que desean adoptar un niño. Así, los “embriones sobrantes” deben descongelarse con el fin de transferirlos al útero de las madres adoptivas que desean gestarlos, implantándose así el proceso de adopción prenatal y aplicándose supletoriamente las normas que regulan la adopción de nacidos (adopción tutelar o excepcional), de modo que pueda darse cumplimiento a los derechos de los niños y de los adoptantes, esto es, los derechos de vivir y procrear, respectivamente.

Para evitar que las disposiciones de dicha sentencia judicial queden en el olvido, toda vez que un expediente concluido, necesariamente

queda archivado a los cuatro meses por falta de impulso procesal, según normas administrativas de la Corte Superior de Justicia de Lima, se dispuso que se supervise el cumplimiento y la ejecución de dicha sentencia por la Defensoría del Pueblo, considerando su rol de ente protector, promotor y defensor de los derechos fundamentales.

Dicha sentencia fue elevada en consulta a la Corte Suprema de Justicia de la República, vía control difuso, en mérito a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por:

1) haber aplicado el derecho que corresponde al proceso por vacío y deficiencia de la ley; y

2) haber dispuesto de oficio, pese a no ser parte del petitorio, medidas tendientes a preservar y hacer efectivo el derecho a la vida de los tres embriones vivos que se encuentran congelados en la citada institución médica privada, por constituir derechos indisponibles, inaplicado las restricciones dispuestas en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, respecto a la prohibición de fallo *ultra y extra petita*, al prevalecer el principio y derecho de la función jurisdiccional de “la observancia del debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva de tres concebidos, indefensos, sujetos de protección y cuidados especiales”, conforme lo prescribe el inciso 3 del artículo 138° de la Constitución Política del Estado, en concordancia con el Noveno Preámbulo de la citada Convención sobre los Derechos del Niño.

La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República desaprobó dicho extremo consultado, con la sola consideración de “que se ha incurrido en vicio de congruencia *extra petita* al no haber sido materia de la pretensión demandada. Sin embargo, la Suprema Corte no consideró que tratándose de derechos indisponibles, en los que están involucrados derechos de niños, el Estado tiene el poder y deber de impartir medidas necesarias a efectos de preservar sus derechos, conforme lo regula el artículo 4° de la Convención sobre los Derechos del Niño, que prescribe que “Los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”, la que, como se repite, forma parte del Derecho nacional.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> En efecto, así se lee en dicho precedente vinculante: “...Que el Derecho procesal de familia se concibe como aquel destinado a solucionar con prontitud los conflictos que surjan dentro de la esfera de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ya sea que se trate de hijos, padres, cónyuges, hermanos, etc. De allí que se diferencie del proceso civil en razón de la naturaleza de los conflictos a tratar, y que imponen al Juez una conducta conciliadora y sensible, que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas... La naturaleza del Derecho material de familia, en sus diversas áreas y en distintos grados, condiciona al legislador y al Juez para regular y desarrollar procesos que correspondan a aquella naturaleza, evitando el exceso ritual y la ineficacia del instrumento procesal. Se comprende por ello que, por un lado, el proceso tenga

Adicionalmente, el Tercer Pleno Casatorio de la Corte Suprema de la República, Casación 4664-2010-Puno, emitido con fecha 18 de marzo del 2011, dejó establecido que "...las finalidades fundamentales tuitivas a la familia trascienden a los intereses estrictamente individuales, de modo que su incumplimiento no puede dejarse al arbitrio individual...".

En ejercicio del derecho a la crítica de las resoluciones judiciales prevista constitucionalmente, dicha sentencia ha sido cuestionada académicamente, en el sentido de que "...el obligar a una mujer enferma a gestar por sí o bien buscar quien geste por ella, a tres óvulos fecundados criopreservados, y poner a tal fin un plazo perentorio de dos años, bajo amenaza de iniciarle a ella y a su esposo un proceso de abandono de menores es ir demasiado lejos. ¿Dónde queda el derecho a elegir el número y espacio entre los hijos?, ¿dónde su derecho a la integridad, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad?, ¿de qué manera se respeta su dignidad al convertirla a ella, a riesgo de su vida, o bien a una tercera mujer, con el costo físico y emocional que una maternidad subrogada conlleva, en una incubadora?..."<sup>7</sup> (Siverino Bavio, 2010, pp. 140-160).

Efectivamente, nos encontramos frente a dos derechos constitucionales opuestos; nos referimos a los derechos de tres niños, seres humanos en estado de "concebidos", que no pueden valerse por sí mismos y cuyos derechos fundamentales se encuentran objetivamente vulnerados, y los derechos de dos personas (los padres) con plena capacidad de ejercicio, quienes decidieron voluntariamente, vía fecundación *in vitro*, procrear a estos niños, los mismos que se encuentran en estado de indefensión, "congelados vivos". Recordemos que un derecho constitucional, por su naturaleza, no es absoluto. Será mediante una ponderación de derechos que se determinará cuál de ellos cede para dar prioridad al otro. Por nuestra parte, está clara la decisión adoptada.

Por otro lado, la disposición emitida en el sentido de que si en el plazo de dos años los padres no hacen efectivo el derecho a la vida de sus hijos, deben ser dados en adopción, a fin de transferirlos al útero de madres adoptivas que deseen gestarlos, ello de ninguna manera puede constituir una amenaza para los padres; muy

---

una estructura con componentes flexibles, y, por otro, tenga el Juez de Familia amplias facultades tuitivas para hacer efectivos aquellos derechos. Las finalidades fundamentales tuitivas a la familia trascienden los intereses estrictamente individuales, de modo que su incumplimiento no puede dejarse al arbitrio individual... Cabe preguntarnos si puede considerarse infracción al Principio de Congruencia Procesal cuando un Juez de Familia decide sobre pedidos o petitorios implícitos... en tal sentido, no resulta lógico que, al encontrarnos frente a un proceso tuitivo, no pueda permitirse la flexibilización del Principio de Congruencia al interior del proceso para efectos de revisar y dar solución al conflicto en sí mismo, independientemente de la forma o términos en los que se hubiere planteado la demanda...".

<sup>7</sup> Por Paula Siverino Bavio, abogada por la Universidad de Buenos Aires. Profesora de Derecho Civil y Bioética de la Pontificia Universidad Católica del Perú e Inca Garcilaso de la Vega.



por el contrario, constituye la respuesta por parte del Estado en otorgar a los padres el derecho de preferencia en hacer efectivo los derechos fundamentales de tales niños, como el derecho a la vida, el derecho a nacer, el derecho a crecer, y demás derechos inherentes a la persona humana, toda vez que de ninguna manera el Estado puede permitir o soslayar que “un niño”, “un concebido”, quede eternamente congelado, vivo y sin protección legal. Lo contrario implica afectar derechos fundamentales que ni la ética ni el derecho permiten; de allí la necesidad imperante de regular sobre esta materia.

### 3. CONCLUSIONES

1. Según el artículo 1° del Código Civil, la atribución de derechos patrimoniales al concebido está condicionada a que nazca vivo. Norma que implícitamente ha quedado derogada por el Código de los Niños y Adolescentes, que define al niño como persona humana desde la concepción (art. 1, Título Preliminar), ello para evitar manipulaciones o experimentos genéticos.  
En el Perú aún no se expide una ley de reproducción humana asistida que regule estas situaciones fácticas y proteja los derechos de estos niños, por considerar al juez un creador del derecho, a tenor de lo prescrito en el inciso h del artículo 139 de la Constitución Política del Estado.
2. Los diferentes destinos posibles que podrían darse a los embriones crioconservados son su utilización, su donación o el cese de su conservación (muerte de dicho embrión).
3. El derecho a la vida es un derecho fundamental que no se puede soslayar; por tanto, su omisión constituye un atentado contra la ética que no puede ser avalado por el órgano jurisdiccional del Estado.
4. Existen en la actualidad listas de espera, de varios años, de parejas que desean adoptar un niño; consecuentemente, sería conveniente que los embriones sobrantes sean descongelados con el fin de transferirlos al útero de las madres adoptivas que deseen gestarlos, implantándose así el proceso de adopción prenatal y aplicándose supletoriamente las normas que regulan la adopción de nacidos, a fin de dar cumplimiento a los derechos de los niños y de los adoptantes, es decir, vivir y procrear respectivamente.
5. El Estado no puede permitir que un niño, un concebido, quede eternamente congelado, vivo y sin protección legal. Lo contrario implica afectar derechos fundamentales que la ética ni el Derecho permiten; de allí la imperiosa necesidad de legislar sobre la materia.

**REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

Siverino Bavio, P. (2010) ¿Quién llamó a la cigüeña? Maternidad impugnada e identidad genética. *Diálogos con la jurisprudencia*, 141, 140-160.

## **REFLEXIONES SOBRE PARTICIPACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LOS CONFLICTOS ARMADOS EN EL PERÚ**

*Godofredo Miguel Huerta Barrón*

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres en los cursos de Seminario de Derecho Penal Internacional y Humanitario, Seminario de Justicia Penal Internacional y Derecho de Ejecución Penal. Director General de la Comisión de Derechos Humanos (COMISEDH).

Recibido: 10-04-13

Aceptado: 17.07.13

### **SUMARIO**

I. Normativa internacional y nacional. II. Análisis situacional de los niños, niñas y adolescentes involucrados en el conflicto armado en el Perú. III. Conclusiones. IV. Recomendaciones.

### **RESUMEN**

El reclutamiento o alistamiento de niños, niñas y adolescentes y su participación en hostilidades es una de las mayores violaciones de los derechos humanos de los mismos. Por ello se han adoptado una serie de instrumentos internacionales para prohibir dichas conductas, siendo especialmente relevante el Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados.<sup>8</sup> El Perú es Estado Parte de dicho instrumento internacional desde el 2002, de lo cual se deriva una serie de compromisos que deben ser asumidos por el Estado peruano.

En esa orientación, el Estado peruano ha venido adoptando una serie de medidas en el marco de lo establecido en el Protocolo Facultativo, como la Ley N° 29248 que aprueba la Ley del Servicio Militar, y su reglamento, que prohíben el reclutamiento de menores de 18 años. También se ha establecido en el Código Penal Militar Policial, aprobado por el Decreto Legislativo 1094, como delito contra Personas Protegidas por el Derecho Internacional Humanitario el utilizar menores de 18 años en las hostilidades (artículo 88).

Sin embargo, han persistido los casos de reclutamiento de adolescentes menores de 18 años por parte de las FFAA. Además, un hecho muy grave es el reclutamiento efectuado por grupos terroristas, quienes desarrollaron una práctica sistemática y generalizada durante el conflicto armado interno vivido en el Perú

<sup>8</sup> Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000. Entró en vigor el 12 de febrero de 2002, y fue ratificado por el Estado peruano el 8 de mayo del 2002.

de 1980 al 2000. Son todos actos violatorios que han continuado cometiendo los remanentes del grupo terrorista Sendero Luminoso, principalmente en la zona de los ríos Apurímac y Ene (VRAE).

Frente a ello, si bien se han adoptado algunas acciones para rescatar a los niños, niñas y adolescentes afectados, aún existen varios en manos de los remanentes del grupo terrorista Sendero Luminoso.<sup>9</sup> Además, falta el establecimiento de un programa de atención integral de estas víctimas que permita su recuperación física y psicológica y su reintegración social.

### **PALABRAS CLAVE**

Reclutamiento, hostilidades, derechos humanos, protocolo facultativo, servicio militar, Código Penal Militar Policial, Derecho Internacional Humanitario.

### **ABSTRACT**

The conscription or enlistment of children and adolescents and their participation in hostilities is a major human rights violation thereof. Therefore, we have taken a number of international instruments to prohibit such behavior, being especially relevant the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict. The Peru is a party to this instrument since 2002, from which it derives a set of commitments to be assumed by the Peruvian state.

In this orientation the Peruvian government has adopted series of measures in the framework of the provisions of the Optional Protocol, Law No. 29248 approving the Military Service Act and its regulations, which prohibit the recruitment of children under 18 years. Has also been established in the Military Police Criminal Code, approved by Legislative Decree 1094, as a crime against persons protected by international humanitarian law the use under 18 in hostilities (article 88).

However, cases have persisted recruit in adolescents under 18 years by the armed forces. In addition, a very serious is the recruitment carried out by terrorist groups, who developed a systematic and widespread during the internal armed conflict lived in Peru from 1980 to 2000. Acts violations that have continued to carry the remnants of the Shining Path terrorist group, mainly in the rivers Apurímac and Ene (VRAE).

---

<sup>9</sup> Ver diario La República, jueves 12 de julio del 2012: "En la zona del VRAEM hay 80 niños más en manos de Sendero".

In comparison, although it has taken some actions to rescue the children and adolescents affected, although there are several in the hands of the remnants of the Shining Path terrorist group. Also missing the establishment of a comprehensive care program that allows these victims physical and psychological recovery and social reintegration.

### **KEY WORDS**

Recruitment, hostilities, human rights, optional protocol, military, police military law, international humanitarian law.

### **I. NORMATIVA INTERNACIONAL Y NACIONAL**

Una de las principales normas internacionales de referencia es el Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.

Otros instrumentos internacionales que deben ser tenidos en cuenta son la Convención sobre los Derechos del Niño —especialmente los artículos 38 y 39—, el Convenio 182 de la OIT sobre la Prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación —en particular el artículo 3.a—, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional, los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977 —especialmente el artículo 4, inciso 3, literal c) del Protocolo Adicional II—.

En relación a la normatividad interna, podemos referir la existencia de las siguientes disposiciones:

- Ley N° 29248, publicada el 28 de junio de 2008, que aprueba la Ley del Servicio Militar. En esta se precisa que el servicio militar es una actividad de carácter personal y es prestado por varones y mujeres sin discriminación alguna, a partir de los dieciocho (18) años de edad (artículo 2). También se señala expresamente la prohibición del reclutamiento forzoso (artículo 6). Se establece además una Oficina de asistencia al personal del servicio militar (artículo 40).
- Decreto Supremo N° 021-2009-DE/SG, publicado el 14 de agosto de 2009, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29248 “Ley del Servicio Militar”. Dicho Reglamento, en su artículo 6, precisa que queda “absolutamente prohibida la captación del personal menor

de 18 años de edad para el Servicio Militar, bajo responsabilidad administrativa y penal del personal directamente relacionado con el reclutamiento militar”.

- Directiva N° 4 MINDEF-K, del 4 de febrero del 2010, para el funcionamiento de la Oficina de asistencia al personal del servicio militar.
- Decreto Supremo N° 004-2011-IN, publicado el 19 de octubre de 2011, que aprueba el Plan Nacional de Acción contra la Trata de Personas 2011-2016 (Ministerio del Interior, 2011), que incluye entre las modalidades de trata el reclutamiento forzoso, “con el objeto de adoptar un prisma amplio en la defensa de los derechos humanos y de las posibles víctimas de trata”.
- Decreto Legislativo 1094, publicado el 1 de setiembre del 2010, que aprueba el Código Penal Militar Policial y que tipifica como delito contra Personas Protegidas por el Derecho Internacional Humanitario el utilizar menores de 18 años en las hostilidades (artículo 88).
- El nuevo Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia (PNAIA) 2012- 2021 (aprobado mediante el Decreto Supremo N° 001-2012-MIMP), documento que señala lineamientos importantes para la promoción y protección de los derechos de las NNA a nivel nacional, tiene como una de sus novedades la inclusión de un resultado esperado (N° 23) denominado: “Niñas, niños y adolescentes no participan en conflictos armados”, el cual se instaura como política nacional, a fin de combatir esta problemática social.

También se han venido formulando algunas iniciativas legislativas para brindar una mayor protección a los niños y niñas frente al reclutamiento forzado, pero hasta ahora no se han concretizado. Así tenemos:

- En el seno de la CONADIH, órgano asesor del Poder Ejecutivo en materia de Derecho Internacional Humanitario, se impulsó la adecuación del Código de Niños, Niñas y Adolescentes a lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño y sus protocolos facultativos.

En razón de esto, el MINJUS presentó un proyecto de Ley que propone: a) Precisar en los artículos VII y VIII del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, que entre las normas internacionales a tenerse en cuenta están la Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos Facultativos como instrumentos ratificados por el Estado peruano; b) la modificación del artículo 4° del Código de Niños y Adolescentes, que regula lo referente al

derecho a la integridad personal, con el fin de precisar la obligación del Estado peruano de “velar porque ningún menor de dieciocho años participe en hostilidades del orden”; c) La modificación del artículo 39° del Código de Niños y Adolescentes, con el objeto de disponer que la niña, niño o adolescente víctima de la violencia armada, que “haya participado o no de la misma”, deba “recibir asistencia conveniente para su recuperación física, psicológica y su plena reinserción social”; d) La inclusión de un tipo penal que sancione el reclutamiento y alistamiento de menores de 18 años en el Código Penal.

Sin embargo, esta iniciativa legislativa, que fue remitida al Congreso durante la legislatura 2006-2011, no se llegó a aprobar. No se ha formulado una iniciativa de similar naturaleza en la actual legislatura.

- Otra iniciativa es la que promovió la Comisión Especial Revisora del Código de los Niños y Adolescentes, que plantea la modificatoria del texto del artículo 4° (artículo 5° del anteproyecto) referido al Derecho a la Integridad Personal, con la siguiente propuesta: “El niño, la niña y el adolescente tienen derecho a que se respete su integridad moral, psicológica y física, a su libre desarrollo y bienestar, y a una vida libre de violencia. Se prohíbe el uso de todo tipo de violencia física, psicológica, sexual, castigo físico y humillante, tortura u otras formas de trato degradantes”. En la misma, se consideran formas extremas que afectan su integridad personal como el trabajo forzado y la explotación económica, incluida la mendicidad, además del reclutamiento forzado, la trata y el tráfico de niños, niñas y adolescentes y todas las demás formas de explotación. Sin embargo, hasta el momento dicha propuesta no ha sido aprobada en el Congreso.

## **II. ANÁLISIS SITUACIONAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES INVOLUCRADOS EN EL CONFLICTO ARMADO EN EL PERÚ**

Como antecedente tenemos que durante el período del conflicto armado vivido en el país entre 1980 y el 2000, el reclutamiento de niños y adolescentes por organizaciones subversivas fue un grave hecho que fue documentada por la Comisión de la Verdad y Reconciliación (2003: 445).

Es así que Sendero Luminoso reclutó niños y niñas para hacerlos participar en hostilidades desde el inicio del conflicto armado, siendo una práctica sistemática y generalizada de esta organización

terrorista, que se hizo más aguda entre los años 1983-1985 y 1987-1990. El reclutamiento forzado y el secuestro representaron el 42,34 % de las acciones que Sendero Luminoso dirigió contra niños y niñas. Este fenómeno se dio con mayor intensidad en cuatro departamentos, ahora regiones: Ayacucho (provincias de La Mar y Cangallo), Huancavelica (provincia de Huancavelica), Huánuco (provincias de Leoncio Prado y Ambo) y Junín (provincias de Satipo, Chanchamayo y La Merced) (Comisión de la Verdad y Reconciliación, 2003: 445).

En el caso del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA), de los actos dirigidos por esta organización terrorista contra niños y niñas, el reclutamiento forzado y el secuestro representaron el 47,8 % y se concentraron en los departamentos de Ayacucho, San Martín, Ucayali y Junín (Comisión de la Verdad y Reconciliación, 2003: 449).

En cuanto a las Fuerzas Armadas, durante el período del conflicto armado, incurrió en la práctica del reclutamiento forzado. Se impuso el servicio militar a adolescentes entre 15 y 17 años de edad. Y en algunos casos, incluso, a menores de 15 años. Los enrolamientos compulsivos se efectuaban tras operativos de “batidas” o “levas” de jóvenes provenientes de los estratos más pobres del país (Comisión de la Verdad y Reconciliación, 2003: 438).

Lamentablemente, la práctica de reclutar niños y niñas por parte de la organización terrorista Sendero Luminoso ha persistido; es así que algunos medios periodísticos señalan que los niños y niñas reclutados oscilan entre los siete y doce años (Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2010: 19). Ante ello, inclusive organizaciones de derechos humanos, como la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, han expresado su condena, habiendo inclusive presentado dicha entidad un Informe de Derecho *Amicus Curiae* ante un órgano judicial (Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2010: 19).

Fotografías y videos incautados por las fuerzas de seguridad a senderistas capturados confirmarían la existencia de niños y niñas en cautiverio. Una parte de ellos fueron arrancados del seno familiar y otros son hijos de los propios senderistas. Según reciente información periodística, un alto oficial del Comando Conjunto que se ocupa de operaciones en el VRAE ha señalado que los senderistas utilizan a los niños como escudos humanos y que van a todas partes con ellos y los hacen participar en acciones armadas, como vigías o correos, e incluso los obligan a rematar a los militares heridos en las emboscadas (Páez, 2010).



En una investigación independiente se refieren testimonios que dan cuenta de la incorporación de niños a los grupos criminales que operan en el VRAE, lo que ocurre “a muy temprana edad, por sus propios padres senderistas, sometiéndolos a una preparación militar para luego participar en los preparativos de los enfrentamientos a las fuerzas armadas” (Novak, Namihas, García-Corrochano, Huamán, 2011: 64).

Por otro lado, en relación con las Fuerzas Armadas, el reclutamiento de menores de edad es una práctica que ha persistido. En sucesivos informes de la Defensoría del Pueblo (2003 a 2008) se da cuenta de esta práctica (Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2010: 20-22).

Durante el 2009, las organizaciones de derechos humanos registraron denuncias de adolescentes alistados por las Fuerzas Armadas. Así, la Comisión de Derechos Humanos de Pucallpa (CODEH-Pucallpa) recibió denuncias sobre menores de edad que “estarían realizando servicio militar activo en los establecimientos militares Los Cabitos (Ayacucho), Uchiza (Tingo María), Pichari (Cusco) y en la propia región del VRAE, de agitada convulsión social y presencia terrorista” (Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2010: 24-25)<sup>10</sup>.

Ante esta situación, las entidades del Estado peruano han venido desarrollando algunas acciones. Es así que el Ministerio de Defensa y las Fuerzas Armadas han venido adoptando medidas de prohibición del reclutamiento de menores de edad en el servicio militar. Por otro lado, tanto el Ministerio del Interior como el Ministerio de Defensa han desarrollado operativos que han permitido el rescate de niños, niñas y adolescentes que estaban en poder de los remanentes de sendero luminoso; por su parte, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables ha venido realizando acciones a fin de brindar atención a estas personas afectadas. Sin embargo, falta una estrategia integral para enfrentar esta problemática, así como un programa destinado a brindarles asistencia para su recuperación física y psicológica y su reintegración social.

### III. CONCLUSIONES

El Perú ha suscrito los principales instrumentos internacionales que prohíben el reclutamiento o alistamiento de menores de 18 años de edad.

---

<sup>10</sup> Según declaraciones del padre Gérald Veilleux, Presidente de la Comisión de Derechos Humanos de Pucallpa, los menores de edad fueron en listados con la promesa de un pago mensual y un mejor acceso a la educación.

Se han adoptado normas internas que prohíben el reclutamiento de menores de 18 años de edad, como la Ley del Servicio Militar y su reglamento.

Se ha constituido la Oficina de Atención al Recluta, que, entre otras atribuciones, velará por que no se recluten niños, niñas y adolescentes.

Se han realizado acciones en los sectores Interior y Defensa para la ubicación y rescate de menores de 18 años que han sido reclutados por organizaciones terroristas.

El Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables ha efectuado acciones para brindar atención a los niños, niñas y adolescentes rescatados.

Se han continuado presentando casos de menores de 18 años reclutados por las Fuerzas Armadas.

Persisten los casos de niños, niñas y adolescentes en poder de organizaciones terroristas, centralmente de los remanentes de Sendero Luminoso, que operan en los Valles de los Ríos Apurímac y Ene (VRAE).

No hay un programa integral para la recuperación y rehabilitación física y psicológica de los niños, niñas y adolescentes que han sufrido reclutamiento o que han participado de las hostilidades, que permita su reintegración social.

La legislación penal común no contempla el delito de reclutamiento o alistamiento forzado, ni el de hacer participar a los niños, niñas y adolescentes en hostilidades, salvo la disposición prevista en la legislación penal militar.

#### **IV. RECOMENDACIONES**

Se hace necesario que en el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables se establezca un programa de atención integral para los niños, niñas y adolescentes que han sido víctimas de reclutamiento y que han participado en hostilidades.

Se debe reactivar el proyecto de ley que promueve la modificación del Código de los Niños y Adolescentes y el Código Penal, para reprimir el reclutamiento y alistamiento forzado y garantizar los derechos de los niños y adolescentes frente a dichas prácticas.

Se deben impulsar las investigaciones judiciales para sancionar a los responsables de reclutamiento o alistamiento forzado o ilegal.

Se debe establecer un sistema de monitoreo que permita verificar que no se está realizando reclutamiento de niños, niñas y adolescentes por parte de las Fuerzas Armadas.

### **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

Comisión de la Verdad y Reconciliación (2003). *Informe Final*. Tomo I. CVR, 2003. Versión en CD.

Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (2010). *Niños usados como soldados en el Perú*. Informe presentado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su 138° período de sesiones. Lima: Save the Children.

Ministerio del Interior. *Plan Nacional de Acción contra la Trata de Personas 2011-2016*. Lima, 2011.

Novak, F., Namihas, S., García-Corrochano, L., Huamán, M. (2011). *Niños, niñas y adolescentes en las zonas cocaleras del VRAE y el Alto Huallaga*. Lima: IDEI, 2011.

Páez, Ángel. *Derechos humanos en Perú: al rescate de niños en manos de Sendero Luminoso*. IPS. Disponible en: <http://www.periodistas-es.org/derechos-humanos/derechos-humanos-en-peru-al-rescate-de-ninos-en-manos-de-sendero-luminoso>



## **EL MODELO CONSTITUCIONAL DE FAMILIA, LA ORIENTACIÓN SEXUAL DE LOS PADRES Y LOS DERECHOS DEL HIJO**

*Álex Fernando Plácido Vilcachagua*

Abogado por la Universidad de Lima. Egresado de la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú por los estudios concluidos de Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional. Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Universidad de San Martín de Porres, Universidad San Ignacio de Loyola, Universidad del Pacífico y de la Academia de la Magistratura.

Recibido: 10.04.13

Aceptado: 19.07.13

### **SUMARIO**

I. Elementos del modelo de familia constitucionalmente garantizado. II. Fundamento y alcance de la protección constitucional de la familia. III. El modelo constitucional de familia y las distintas formas de convivencia de pareja. IV. El modelo constitucional de familia, la orientación sexual de los padres y los derechos del niño. V. Conclusiones

### **RESUMEN**

Hoy se comprueba que el matrimonio y la convivencia heterosexual ya no identifican a la familia sino a un tipo concreto de familia, en cuanto significa una opción entre otras posibles. Los tratados internacionales reconocen que el derecho a constituir familia está expresamente referido a la persona, con prescindencia de su sexo u orientación sexual. No cabe en la recepción constitucional de la convivencia homosexual como un tipo de familia, pero debe precisarse que es opción del legislador el reconocerlo o no como matrimonio.

### **PALABRAS CLAVE**

Familia, matrimonio, unión de hecho, heterosexual, homosexual, legislación, orientación sexual.

### **ABSTRACT**

Today it is found that heterosexual marriage and cohabitation and do not identify the family, but a particular type of family as an option means among other possible. International treaties recognize that the right to establish a family is expressly referred to the person regardless of their gender or sexual orientation. There is no reception unconstitutional homosexual cohabitation as a

family type but must be stated that the choice of the legislator is to recognize a marriage or no.

### KEY WORDS

Family, marriage, union, heterosexual, homosexual, law, sexual orientation.

### INTRODUCCIÓN

La familia es una institución jurídico-privada si nos atenemos, como creemos que es lo más realista, a un criterio subjetivo en la delimitación de la *suma divisio* del Derecho en público y privado, que es, por cierto, tan importante mantener para garantizar del mejor modo la efectiva sumisión del conjunto heterogéneo de las relaciones interpersonales a lo requerido por la justicia. Pero es a la vez una institución cuya gran relevancia social justifica, desde luego, su vieja comprensión como *quasi seminarium rei publicae*, que es algo que nada tiene que ver, de suyo, con “una concepción publicista de la familia”.<sup>11</sup> Esa forma de subrayar el papel educativo de la familia se basa en consideraciones de otro tipo.

La muy especial importancia de la familia para el interés general —para la más fácil consecución de las condiciones que permitan a todos ejercer con plenitud y armonía sus derechos y libertades y cumplir sus deberes— explica su relevancia constitucional y la amplia atención que le dispensa en concreto la Constitución peruana de 1993.<sup>12</sup> No hay ninguna otra institución o instituto jurídico-privado que cuente con tantas determinaciones constitucionales, aunque nada de esto publicite en rigor en modo alguno a la familia, como tampoco hace de las asociaciones o de la relación laboral realidades jurídico-públicas el hecho de que se ocupe de ellas la Constitución y luego el legislador.

### Elementos del modelo de familia constitucionalmente garantizado

Se ha hecho relativamente frecuente la afirmación de que la Constitución carece de un modelo de familia, mostrándose abierta a distintos tipos de familia. Nada más contrario, según nuestro

<sup>11</sup> Contra lo afirmado por Pietro Perlingieri (1988, p. 110) en “La familia en el sistema constitucional español”

<sup>12</sup> “Hoy se reconoce que la familia no es solo el eje capital del Derecho Privado, sino que reviste también importancia considerable para la moralidad pública, para la conservación de la especie, para el aumento de la población, para la trabazón social y para la solidez de la estructura política (...), base insustituible para una organización estable y eficaz” (Pérez, 1984, p. 687).

parecer, a lo que resulta del texto constitucional con más que suficiente evidencia. Hay, desde luego, ciertos aspectos que no quedan constitucionalmente determinados y cerrados, por lo que, como ocurre con el común de las instituciones de relevancia constitucional, lo que se denomina el modelo de familia no queda totalmente fijado, como es lógico, a nivel constitucional. Pero eso no quiere decir que no haya un modelo constitucional. La Constitución contiene unos cuantos elementos, pocos, pero muy decisivos, sobre lo que entiende por familia, y ese es el modelo de familia constitucionalmente garantizado.

Algo parecido podríamos decir sobre el modelo de propiedad, el sistema económico, el educativo, el laboral, etc. Constituye, pues, una falacia afirmar que el legislador puede modelar enteramente a su gusto la familia.<sup>13</sup> Hay límites y exigencias constitucionalmente infranqueables, y vamos a tratar de dar cuenta aquí de ellas.

La generación como hecho determinante básico del modelo constitucional de familia

La simple lectura de los artículos 4 y 6 de la Constitución permite deducir que la familia está intrínseca y esencialmente determinada por el hecho de la generación humana y las consiguientes relaciones de paternidad, maternidad y filiación, a las que expresamente se refiere este último precepto; manifestándose además, claramente, una especial preocupación por los niños y adolescentes, la madre y el anciano, dando a entender que la familia se ocupa o ha de ocuparse muy particularmente de ellos.

La noción constitucional de familia no alude, pues, esencialmente, a una simple unidad de convivencia más o menos estable, por muy basada en el afecto o el compromiso de mutua ayuda que pueda estarlo. No se refiere a simples relaciones de afecto o amistad y apoyo mutuo, aunque ciertamente las implique derivadamente, como consecuencia natural de los vínculos de parentesco que le son propios y exclusivos. Todo intento de “ensanchar” lo familiar a vínculos no relacionados con la generación y las obligaciones que de ella intrínsecamente derivan, principalmente para los progenitores (aunque puedan prolongarse esas obligaciones con diversa intensidad por los vínculos de parentesco), debe considerarse inconstitucional, incompatible con el deber de

<sup>13</sup> El Tribunal Constitucional español, en su sentencia 45/1989 del 20 de febrero, sobre la Ley del Impuesto a la Renta y Patrimonio Familiar, afirmó claramente que “cualquier norma que incida sobre la vida de la familia debe ser respetuosa con la concepción de esta que alienta en la Constitución” (Fundamento jurídico 7. Vid. Suplemento del BOE del 2 de febrero de 1989, BJC núm. 95, marzo 1989). Los profesores Díez-Picazo y Gullón (1997) sostienen que “puede hablarse de un orden público familiar en la medida en que las reglas básicas sobre las que la familia se organiza se encuentran recogidas en el texto constitucional” (p. 42).

protección jurídica de la familia que impone el artículo 4, sin perjuicio de las extensiones analógicas a que luego aludiremos, que siempre habrán de mantener esta relación esencial al menos con lo que son las obligaciones subsiguientes a la generación.<sup>14</sup>

Todos los textos internacionales que, desde el artículo 16 de la Declaración Universal de 1948, proclaman que *la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado* sitúan esta institución explícita o implícitamente en relación intrínseca con el hecho capital de la generación de nuevas personas humanas.<sup>15</sup> De modo muy explícito, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 19 de diciembre de 1966, afirma que “se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución, y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo”.

Por su parte, el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989, obliga a los Estados Partes a respetar “las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

De este texto se desprende que, en principio, los padres con sus hijos constituyen la familia ordinaria, aunque los deberes sobre los menores puedan tener que ser ejercidos, si faltan los padres (o en otros supuestos análogos que las legislaciones contemplan, como su incapacidad), por la *familia ampliada*, que efectivamente prolonga

---

<sup>14</sup> Si la familia simplemente representara “un lugar de comunidad, un grupo idóneo para el desarrollo libre y pleno de las personas que lo componen” (Perlingieri, 1988, p. 110), ¿dónde habría que poner el límite —si es que alguno tuviera— para deslindar lo que es familia y lo que no lo es, o para identificar lo que es familia? ¿En qué radicaría su especificidad como “formación social privilegiada y garantizada”, de la que habla el mismo Perlingieri (1988, p. 109)? Ciertamente, “el afecto, el sentimiento, no puede ser dispuesto mediante remedio legislativo o judicial” (Perlingieri, 1988, p. 112), pero el Derecho no entra ni debe entrar en esas cosas: la protección jurídica de la familia constitucional mira vínculos con sustancia jurídica y no se ocupa ni puede ocuparse de afectos, cabalmente. Solo en el análisis de la teleología y del fundamento de las normas, como luego veremos, podrá aparecer la importancia que pueda reconocerse no tanto a los afectos como al amor, entendido como concepto distinto y más integrador.

<sup>15</sup> Daniel O’Donnell (1985) explica que “el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, con derecho a la protección de la sociedad y el Estado constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por el artículo 16 de la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17 de la Convención Americana” (p. 335).



el núcleo familiar básico a través de los correspondientes vínculos de consanguinidad, dependientes a la postre de la generación, hacia otros ascendientes o descendientes y parientes colaterales. En cualquier caso, confirma de nuevo la esencial relación de la familia con la necesaria atención a los niños o menores integrados en ella, precisamente por razón de la filiación que deriva de la generación. Por eso también el artículo 8 de la misma Convención incluye expresamente que “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas”.

El inciso 9.4, para atender situaciones anómalas o irregulares que pueden afectar la relación paterno-filial, emplea, por su parte, el término de *familia* para referirse a los padres o al niño en su relación con estos. Y el artículo 10 —siempre de la citada Convención de Naciones Unidas— se refiere a la *reunión de la familia* como reunión precisamente de los padres y sus hijos. Y es que, a la postre, todo el sistema jurídico de protección internacional de los derechos del niño descansa sobre “el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño” y de que “incumbirá a los padres” o, en su caso, a los representantes legales, “la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño” (artículo 18 de la Convención), lo que encuentra su marco institucional ordinario y regular en la familia, basada precisamente en los vínculos determinados por la generación.

Sobra decir que lo que se deduce del artículo 4 de la Constitución, reforzado además por todos estos importantes textos internacionales —y los que aún hemos de citar más adelante, que contienen implícitamente la misma idea básica—, concuerda con la significación común que la palabra *familia* tiene en la lengua castellana. Dice el Diccionario de la Lengua que, en su significación primaria y más común, es un “grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas bajo la autoridad de una de ellas”.<sup>16</sup> Pero el vínculo del parentesco es lo decisivo, y este no es, según el mismo Diccionario, sino “vínculo, conexión, enlace por consanguinidad o afinidad”, conceptos uno y otro vinculados necesariamente al hecho de la generación biológica (el de la consanguinidad), o a este más el de la unión conyugal, también intrínseca y directamente relacionado de suyo con la generación (la afinidad).

En la cultura, en el sistema de conceptos socialmente aceptados, en el marco de las normas jurídicas que determinan la interpretación

<sup>16</sup> Lo que, tras la Constitución y las reformas consiguientes del Código Civil, solo requeriría completar con la previsión de que esa autoridad sea ejercida por una o varias de ellas.

que debe hacerse de lo que es la familia para la Constitución de 1993, no es concebible esta sin relación alguna posible con el hecho básico de la generación y consiguiente cuidado de nuevas vidas humanas, encontrándose por el contrario en este hecho su elemento más netamente determinante y fundamental.

Todo ello excluye obviamente la legitimidad de cualquier tratamiento legal o jurídico de la familia en nuestro ordenamiento que lo desconecte completamente de su presupuesto institucional básico. Podrán darse, como se han dado tradicionalmente y se dan en el Derecho civil vigente, algunas ampliaciones analógicas de la institución tendentes precisamente a proporcionar una familia a quien, por causas naturales o por irregular práctica de la generación, carece en rigor de ella o la que tiene no puede cumplir sus funciones esenciales adecuadamente, lo que, obviamente, será de particular aplicación a los menores (sería el caso de la adopción). Pero tales ampliaciones solo podrán justificarse sobre la base precisamente del mantenimiento de la estructura esencial a toda familia, que deriva asimismo de las condiciones en que se produce la generación humana natural y el consiguiente proceso de crianza, atención y educación de la nueva persona humana.

Cualquier relación interpersonal no derivada inmediata o mediata de la generación (o de algún hecho jurídicamente equiparable según lo que acaba de recordarse) o que, por razones naturales, no constituya una estructura relacional de suyo y en abstracto o de modo general apropiada para generar nuevas vidas humanas en forma natural, no tiene encaje constitucional en el modelo de familia que la Constitución obliga a proteger, no solo ni principalmente social y económicamente, sino también y sobre todo jurídicamente.

La Constitución no obliga a proteger del mismo modo todo cuanto pueda darse en la espontaneidad social, lo que realmente significaría no proteger nada, y hasta suprimir la distinción y diferencia consustancial a la existencia misma del Derecho (todo límite entre lo correcto e incorrecto, entre lo justo e injusto, lo debido e indebido, lo mío y lo tuyo). La familia que el artículo 4 obliga a proteger es una realidad específica, con perfiles básicos suficientemente determinados, un determinado modelo de familia y no cualquier género de asociación, reunión o convivencia, pues para eso basta y sobra la intensa protección que la Constitución garantiza a los derechos de reunión y asociación en los artículos 2.12 y 2.13, correlativamente; además de la garantía de la libertad e inviolabilidad de la intimidad personal y del domicilio que garantizan los artículos 2.7 y 2.9, respectivamente, o, en fin, más amplia y genéricamente, la garantía del derecho a la libertad en general que se contiene en el artículo 2.24.a.

Y, desde luego, el primer deber constitucional que dimana del artículo 4 para los poderes públicos es el de proteger jurídicamente a la familia constitucional, evitando precisamente su desamparo como consecuencia de no hacerla objeto de un tratamiento jurídico distinto y más protector que el que se dispense a formas de convivencia al modo *doméstico* contrarias precisamente al modelo familiar constitucional. Porque el fondo de la cuestión es que la Constitución —y los textos internacionales— quiere propiciar y proteger en consecuencia una forma determinada de producirse y estructurarse las relaciones vinculadas a la generación, fundado en ello el mandato de diferenciación jurídica, de desigualdad de trato jurídico que comporta el deber de proteger jurídicamente a la familia, establecido en el artículo 4.

El modo en que se produzca la generación de vidas humanas y su necesaria atención subsiguiente no es indiferente para nuestro orden constitucional: hay solo uno que la Constitución estima regular y ordena protegerlo especialmente mediante la institución familiar. No prohíbe, en principio o directamente, otros; cuenta, incluso, como luego veremos, con que en la realidad existan otros, a los efectos de garantizar algunos derechos que puedan quedar comprometidos con ellos. Pero al ordenar que, en este campo y el que le rodea, solo la familia goce de la adecuada y suficiente protección, prohíbe *a contrario* que se dispense similar protección a estructuras distintas que traten de realizar más o menos total o parcialmente sus mismas o análogas funciones.

Ello nos lleva directamente al segundo de los elementos esenciales del modelo constitucional de familia, que completa necesariamente al de la generación. Como venimos diciendo, toda familia ha de basarse en la generación, pero no toda relación basada en la generación, o relacionada intrínsecamente con ella, constituye una familia en el sentido constitucional.

La convivencia de parejas heterosexuales, vínculo fundante de la familia constitucionalmente protegida y prolongación o ampliación de los vínculos familiares: el matrimonio y la unión de hecho.

Es muy importante notar que los artículos 4 y 6 de la Constitución diferencian ostensiblemente entre lo que debe ser la protección de la familia (artículo 4) y la protección especial de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación (artículo 6). Hay una filiación que para la Constitución es, por decirlo así, matrimonial, producida en el seno de la institución *uxorio*, y hay o puede haber filiaciones extramatrimoniales, no integradas en la realidad del matrimonio.

Precisamente porque esto es o puede ser así *de facto*, la Constitución —de acuerdo también en este aspecto con diversos textos jurídicos internacionales— quiere garantizar *también*, es decir además, de la forma más completa posible, a las personas humanas en su condición de hijos —por razón de la generación, en consecuencia—, tengan o no tal condición en el seno de una familia. Resulta evidente, por el contexto, que lo que se quiere asegurar en el artículo 6 es especialmente la protección más integral posible a los hijos, aun cuando sean *extramatrimoniales*, es decir, sin perjuicio y además de la protección que debe dispensarse a la familia.

Por otro lado, resulta implícita la relación entre el apartado 2 y el apartado 3 del artículo 6, en cuanto que el 2 viene precisamente a concretar que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. Con prescindencia de la existencia o no de matrimonio, los padres deben ocuparse de los hijos por el hecho de serlo, como parte de la protección integral que el apartado 2 del artículo 6 obliga a asegurar a los hijos.

Realizado el deslinde anterior, la redacción del artículo 4 solo se justifica sobre la base de entender que, para la Constitución, la familia guarda inmediata relación con el matrimonio.<sup>17</sup>

Pero ello no significa que exista una plena identificación entre el concepto de familia y el de familia “matrimonial”. Ciertamente así no es, desde que la *ratio* de los artículos 4 —que reconoce los principios de protección de la familia y de promoción del matrimonio— y 5 —que admite el principio de reconocimiento integral de las uniones de hecho propias o sin impedimento matrimonial— es sobre todo positiva: proteger a la única familia que la Constitución considera tal, sin considerar su base de constitución legal o de hecho, prefiriendo el matrimonio antes que a otras unidades convivenciales *more uxorio*. Surgiendo de la unión de hecho una familia, esta merece la protección que confiere el ordenamiento jurídico a la institución, sin desconocer que debe promoverse el matrimonio como su base de constitución.<sup>18</sup>

Esto se aprecia de la comparación de las previsiones que sobre familia contienen las Constituciones de 1979 y 1993. La primera, en sus artículos 5 y siguientes, se refería al punto de la siguiente manera: “Artículo 5. El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación...”.

<sup>17</sup> En el mismo sentido, Sánchez (1990, citado por La Cruz, Sancho, Serrano, Rivero y Rams), Alzaga (1978), Martínez (1981), García (1982) y Martínez (2000).

<sup>18</sup> Cfr. Plácido (2002).

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

La segunda, en sus artículos 4 y siguientes, se refería al tema de la siguiente forma: “Artículo 4. La comunidad y el Estado... protegen a la familia y promueven al matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad...”. El artículo 5 trata el tema de las uniones de hecho: “Artículo 5. 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”.

De esta visión, se aprecian dos grandes cambios:

a) Mientras en la Constitución de 1979, matrimonio y familia aparecen vinculados, en la Constitución de 1993 estos dos institutos están desvinculados. En la primera, es claro que la familia que se protege es la de origen matrimonial. En la segunda, por el contrario, la familia que se protege es aquella que nace principalmente de un matrimonio, aunque no es la única fuente.

b) Mientras en la Constitución de 1979, la unión de hecho no es fuente generadora de una familia, en la Constitución de 1993, la unión de hecho es fuente generadora de una familia. En la primera, es claro que la unión de hecho es productora de puros efectos patrimoniales, desde que de ella no nacía una familia. En la segunda, por el contrario, la unión de hecho es productora de efectos tanto personales como patrimoniales, desde que de ella nace una familia.

Resulta fundamental tener presente estas premisas, más aún si se recuerda que el Código Civil de 1984 se sustenta en los postulados de la Constitución de 1979, y que, por ello, toda su normatividad está formulada sobre la idea de la familia de origen matrimonial. Por esa razón, al tema de la unión de hecho solo se le dedica un único artículo: el artículo 326, que la regula en su aspecto patrimonial. Hoy, con la Constitución de 1993, la familia puede nacer tanto de un matrimonio como de una unión de hecho, extendiéndose el mandato de protección constitucional a la familia nacida de ellas.

Esta última afirmación obliga a determinar la concordancia entre los principios de promoción del matrimonio y de reconocimiento integral de las uniones de hecho, contenidas en la Constitución de 1993. Para

comprender este tema, resultan útiles remitirnos a las STC 03605-2005-AA y 09708-2006-PA del Tribunal Constitucional peruano.

Ambas están referidas a la vulneración del derecho a la seguridad social y a obtener una pensión por la negativa de otorgar una pensión de “viudez” a favor de una conviviente supérstite dentro de los alcances del D. Ley 20530, norma legal que únicamente reconoce tal pensión a favor del cónyuge supérstite.

En la primera sentencia, el Tribunal Constitucional declara infundada la demanda de amparo por considerar que la pensión de viudez está reconocida solo al cónyuge supérstite. Para ello, en primer lugar declara que “la Constitución (de 1993) ordena la promoción del matrimonio... y destaca como ideal que toda familia esté conformada matrimonialmente” (fundamento jurídico 3). Luego, señala que “para entender correctamente las normas constitucionales también es importante remitir a los instrumentos internacionales, tal como lo expresa la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la propia Constitución (de 1993)”. De acuerdo con ello, cita en su resolución el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; apreciándose que ambos tratados de derechos humanos reconocen “el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”.

Después, destaca que “la norma constitucional (se refiere al artículo 5 de la Constitución de 1993) reconoce la relación concubinaria para efectos solo de naturaleza patrimonial, al asemejárselo con el régimen de la sociedad de gananciales propia del matrimonio, mas no incluye dentro de él efectos de carácter personal, como son el derecho alimentario y el de carácter pensionario durante la vigencia de la relación y el hereditario entre concubinos” (fundamento jurídico 8). En atención a ello, concluye que “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. Y lo que la Norma Fundamental quiere es favorecer el matrimonio, al ser este presentado como una institución constitucional.

Es cierto que la Constitución tutela a la familia y sus integrantes en los distintos estados de necesidad en los que pudieran encontrarse. Tal es el sentido del artículo 4 de la Constitución (de 1993). Pero ello no puede trasladarse de manera automática a la figura de las uniones de hecho” (fundamento jurídico 5).

En la segunda sentencia, el Tribunal Constitucional declara fundada la demanda por considerar que la pensión de viudez también puede

ser reconocida al conviviente supérstite. Para ello, en primer lugar declara que “de conformidad con el artículo 5 de la Constitución de 1993, 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.

El artículo 326 del Código Civil, que constituye dentro del sistema jurídico nacional la norma de desarrollo y que hace operativa la Constitución vigente, que contiene la misma disposición constitucional vigente, determina que la unión de hecho debe estar destinada a cumplir deberes semejantes a los del matrimonio. Es decir, de varón y mujer como pareja teniendo entre ellos consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales, obligados al sostenimiento del hogar que han formado con la obligación mutua a la alimentación, la fidelidad, la asistencia y que haya durado cuando menos dos años” (fundamento jurídico 1).

A partir de ello, destaca que “tanto la norma del artículo 5 de la Constitución como el artículo 326 del Código Civil, el reconocimiento de Unión de Hecho da lugar a la comunidad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, pero además la pareja se comporta como cónyuges asumiendo finalidades, obligaciones y deberes semejantes a los del matrimonio” (fundamento jurídico 6). Siendo así, concluye que la declaración jurisdiccional de reconocimiento “de la unión de hecho sustituye a la partida de matrimonio; en tal razón le corresponde la pensión de viudez, además de considerar que las pensiones tienen la calidad de bienes que integran la sociedad de gananciales porque sirven para el sustento de la familia y al fallecimiento del causante se reconoce a la viuda una pensión” (fundamento jurídico 6).

Si recordamos la comparación de las previsiones constitucionales antes anotadas, resulta evidente que el Tribunal Constitucional en la STC 03605-2005-AA realiza una interpretación de las disposiciones relativas a la familia desde la perspectiva de la Constitución de 1979, sin advertir los cambios que se incorporaron con la Constitución de 1993.

Hay que preguntarse, en este punto, por qué el constituyente de 1993 desvinculó familia de matrimonio. Para responder esta pregunta es necesario considerar los tratados internacionales de derechos humanos que el constituyente tuvo a la vista. Además de los citados por el Tribunal Constitucional en la sentencia bajo comentario, el Perú había ratificado en el año 1988 el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). En su artículo 15.1 precisa que “Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con

las disposiciones de la correspondiente legislación interna”. El principio de interpretación dinámica de los derechos humanos advierte de la evolución a la que asistimos: de considerar que solo por contraer matrimonio se funda una familia, se pasa a apreciar que esta puede ser fundada no solo por contraer matrimonio.

Esta disposición de rango constitucional es, pues, la que determinó contemplar en la Constitución de 1993 la desvinculación de familia y matrimonio. Por ello, hoy ya no se puede razonar desde la perspectiva de la Constitución de 1979 y, por lo mismo, las disposiciones del Código Civil de 1984 deben ser releídas desde la perspectiva de la Constitución de 1993.

Se debe coincidir con lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la STC 09708-2006-PA, sobre todo cuando destaca que, en atención a lo previsto en el artículo 5 de la Constitución de 1993, la unión de hecho es productora de efectos tanto personales como patrimoniales, lo que vale decir que de la unión de hecho surge una familia que merece la misma protección que la que surge de un matrimonio.

Llegados a este punto, debemos responder a esta cuestión: ¿cómo determinar la concordancia entre los principios de promoción del matrimonio y de reconocimiento integral de las uniones de hecho, contenidas en la Constitución de 1993?

Formulamos la respuesta de la siguiente manera:

a) La familia que la Constitución ordena proteger es la que nace tanto del matrimonio como de la unión de hecho. En ese sentido, a la familia que nace de ambos institutos se le debe reconocer tanto los efectos personales como patrimoniales que respondan al mandato de protección constitucional.

b) El matrimonio debe ser promovido por mandato constitucional. A partir de ello, debe considerarse al matrimonio como la principal fuente de la que surge una familia. Pero no significa que sea la única fuente.

c) La unión de hecho por reconocimiento constitucional es productora tanto de efectos personales como patrimoniales y, por ello, es la otra fuente de la que surge una familia.

d) Sin embargo, desde que el matrimonio debe ser promovido, se advierte que se encuentra en una mayor consideración respecto de la unión de hecho, dentro de la jerarquía de valores constitucionales. A partir de ello, es claro que no pueden ser iguales los mecanismos



que se prevean en la ley para acceder a los efectos personales como patrimoniales que respondan al mandato de protección constitucional.

Para que se entienda este último punto, consideremos el derecho a la herencia. El derecho sucesorio tiene como uno de sus fundamentos el de la protección de la familia. Pues, si ello es así, debe reconocerse derecho a heredar entre sí tanto a los cónyuges como a los convivientes. Pero, la manera de acceder a este derecho no puede ser el mismo. Así, si hoy contraigo matrimonio y mañana muere mi cónyuge, por el hecho de ser tal y con la simple prueba de la partida de matrimonio tengo mi vocación hereditaria y accedo inmediatamente a ese derecho. En cambio, si hoy inicio una convivencia y mañana muere mi conviviente, no podré acceder al derecho a la herencia porque la Constitución exige que la unión de hecho sea estable; esto supone que por lo menos debe haber durado dos años continuos, además de obtener el reconocimiento judicial de existencia. He ahí la diferencia de trato en los mecanismos de acceso previstos en la ley.

Debe insistirse en que al año 1978, cuando se elaboró la Constitución de 1979, en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos del sistema universal ratificados por el Perú existe una esencial vinculación entre familia y matrimonio. Así, el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 configura como objeto del mismo derecho fundamental el casarse y fundar una familia, y este derecho es el único que en el conjunto de la Declaración se atribuye explícitamente a los hombres y las mujeres y con la precisión de que solo a partir de la edad núbil, lo que constituye una evidente condición de capacidad física bien precisa que solo se justifica en razón de la unión sexual, con la consiguiente función esencial generativa reconocida al ejercicio de ese derecho en su doble dimensión.

La referencia al matrimonio se hace además cuatro veces explícita en este artículo de la Declaración Universal dedicado a la familia: los que se casen disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución de matrimonio, y solo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. Así, la unión inescindible entre matrimonio y familia es evidente en la Declaración Universal. Hay en ella un diseño, un modelo único básico de familia: la basada en la generación matrimonial o producida en el matrimonio entre un hombre y una mujer con capacidad generativa.

El esquema del artículo 16 de la Declaración Universal se reproduce en términos muy similares en el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, añadiéndose

tan solo la precisión de que en caso de disolución del matrimonio se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, donde vuelve a lucir la dimensión generativa propia tanto del matrimonio como de la familia, realidades estas que se contemplan como esencialmente vinculadas. Así, inclusive se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos en el caso *Aumeeruddy-Cziffa c. Mauricio* al reconocer que cada matrimonio, con o sin hijos, constituye una familia titular de los derechos consagrados por los artículos 17 y 23 del Pacto.<sup>19</sup>

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del mismo año se vuelve a mostrar esa intrínseca relación entre matrimonio y familia en el apartado 1 del artículo 10, en el que refiriéndose a la protección de ese elemento natural y fundamental de la sociedad que vuelve a decir que es la familia, se reitera que el matrimonio —al que por el contexto se le entiende como medio de constitución precisamente de la familia— debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. Y también aquí, por cierto, se trata, por un lado, de la protección de la familia (y del matrimonio), y luego, por otro, en apartados distintos y sucesivos, de la de las madres y de la de los niños y adolescentes, del mismo modo que el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, después de dedicar el artículo 23 citado a la familia y al matrimonio, contiene otro precepto diferente, el artículo 24, que dedica a la protección de los niños, cualquiera que sea su nacimiento.

En cambio, en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos del sistema regional interamericano se advierte una desvinculación entre familia y matrimonio. Así, el artículo VI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 reconoce como derecho fundamental de toda persona el de constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad, y de recibir protección para ella. Esta disimilitud respecto del sistema universal ha sido entendida como una “redacción amplia y comprensiva”,

---

<sup>19</sup> El Comité de Derechos Humanos, en su observación general OG N°19 del 27 de julio de 1990 sobre protección de la familia, derecho al matrimonio e igualdad de los esposos, ha precisado que el derecho de fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. No obstante, el Comité ha observado que “el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto”. Sin embargo, el Comité ha destacado que, “cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, esta debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23. Por consiguiente, en sus informes, los Estados Partes deberían exponer la interpretación o la definición que se da del concepto de familia y de su alcance en sus sociedades y en sus ordenamientos jurídicos. Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, ‘nuclear’ y ‘extendida’, debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros”.

que tiene “relevancia en determinadas circunstancias, como por ejemplo en el caso de un individuo o de una pareja no casada que quisiera adoptar” (O’Donnell, 1989, p. 335).

Si bien la fórmula del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se repite en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, con la precisión de que las condiciones requeridas para contraer matrimonio no deben afectar el principio de no discriminación, en el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, se reitera el criterio extenso y progresivo de la Declaración Americana cuando en el numeral 2 del artículo 15 insiste en que “toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna”. Este instrumento internacional fue ratificado por el Perú en 1988 y, por tanto, se encontraba vigente al momento de la elaboración de la Constitución de 1993.

A este respecto, debe recordarse que el derecho internacional de los derechos humanos, particularmente a través de la adopción de tratados, se ocupa de consagrar catálogos de derechos humanos que deben ser respetados y garantizados por el Estado frente a todo individuo sujeto a su jurisdicción, así como mecanismos de supervisión del cumplimiento de estas obligaciones por parte de los Estados.

El conjunto de derechos que componen el catálogo “constituye el mínimo exigible al Estado; nada autoriza a que el Estado lo restrinja y nada obsta, o más bien todo alienta, al Estado para que agregue otros derechos en su ordenamiento jurídico nacional, a fin de que amplíe el alcance y contenido de un derecho del catálogo o para que mejore las posibilidades de ejercicio y goce de los derechos existentes. El sistema internacional de promoción y protección de los derechos humanos está diseñado para propender a la progresividad” (Medina, 1996, p. 33).

Siendo así, la desvinculación entre familia y matrimonio es acogida en nuestro sistema jurídico. Primero, porque nuestra Constitución reconoce, en su artículo 3, una “enumeración abierta” de derechos fundamentales que, sin estar en el texto de la Constitución, surgen de la dignidad del hombre. Se trata de una cláusula de desarrollo de los derechos fundamentales, “cuyo propósito no solo es prestarles el reconocimiento como derechos de la más alta consideración, sino, incluso, el de dotarlos con las mismas garantías de aquellos que sí las tienen expresamente”.<sup>20</sup> Y, segundo, porque en nuestra

<sup>20</sup> Fundamento jurídico 11 de la sentencia del Tribunal Constitucional peruano del 18 de marzo de 2004, recaída en el expediente N°2488-2002-HC/TC.

Constitución expresamente se ampara a las uniones de hecho propias, es decir, las realizadas por un hombre y una mujer libres de impedimento matrimonial, siendo estas, por tanto, otro vínculo fundante de la familia. De esta manera, se confirma que el matrimonio, si bien es la principal, no es la única fuente de constitución de una familia.

Por tanto, la protección de la familia comprende tanto a la de base matrimonial como a la de origen extramatrimonial, “lo que no quiere decir que deba ser de la misma forma ni con el mismo alcance y derechos” (Rivero, 2002, p. 110), por no ser idénticos el matrimonio y la unión de hecho propiamente dicha.

De otro lado, en principio, resulta evidente que el matrimonio constitucional solo es posible entre un hombre y una mujer cuanto menos en edad núbil. Así se concluye del contexto de las referencias explícitas de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que forman parte de nuestro Derecho interno. De acuerdo con ello, la estructura relacional propiamente constitutiva del matrimonio está esencialmente vinculada a la posibilidad de generación.

Debe hacer reflexionar la inusitada atención que presta la Constitución no solo a la familia sino concretamente al matrimonio. No existe, en efecto, otra relación entre personas singulares que haya merecido tan detallada consideración al constituyente, el cual se ha preocupado de asignar un preciso deber de la ley de regular sus formas, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución, y sus efectos. Y todo ello, además, se ha considerado de tan básica trascendencia para la ordenación jurídica de la nación, que se ha querido reservar expresamente a la competencia legislativa exclusiva del Estado, al que le compete en efecto, según el artículo 4.

¿Por qué todas esas exigencias constitucionales? ¿Por qué en particular esa especial regulación de esas dos figuras que se contemplan como distintas de la separación y de la disolución? No será posible encontrar una explicación sin tener en cuenta la especial trascendencia biológica, psicológica, humana y social del vínculo matrimonial, a partir del cual se constituye o se expande la familia con la fundación de nuevos núcleos familiares, de nuevas familias en su sentido más restringido, compatible con el concepto de familia ampliada, expresamente mencionado por el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, alusivo, sin duda, a la concatenación familiar que desde el núcleo formado por el matrimonio de los padres con sus hijos se extiende a ascendientes, descendientes y parientes colaterales, unidos todos por vínculo

de generación con más próxima o más lejana inmediatez a aquel núcleo, según el correspondiente grado de parentesco.

La protección jurídica de la familia que ordena el artículo 4 comienza, pues, por la debida promoción jurídica del matrimonio a la que obliga la misma disposición constitucional, favoreciendo con ella lo más posible una estabilidad jurídica del vínculo que refleje adecuadamente lo imperecedero e indeleble del nexo biológico —necesariamente además siempre personal, tratándose de seres humanos— que subsiste entre las personas por razón de la generación.

Es ese el contexto en el que tiene su sentido la referencia contenida en el citado artículo 4 a la especial protección para con las personas en la infancia y adolescencia, así como a la ancianidad. Se parte de la presunción de que los nexos familiares que arrancan de los esponsales, en armonía con la dignidad de toda persona humana, deben servir para prestar a los nuevos seres humanos que vienen al mundo la debida atención y cuidado, y deben servir también, en razón precisamente de su permanencia e inalterabilidad sustancial, para esa otra etapa de la vida en la que el ser humano vuelve a necesitar de la atención de los demás más intensamente, cual puede ser la llamada tercera edad. Y la Constitución, que entiende que la atención al menor corresponde de suyo y primariamente a la familia, parte también de la consideración de que es igualmente a la familia a la que principalmente corresponde la atención de los mayores que empiezan a decaer en la plenitud de sus facultades, sin perjuicio de la acción complementaria o supletoria que se asigna a los poderes públicos.

Por lo demás, ningún argumento en contra de lo que va dicho podría extraerse del artículo 2.2 de la Constitución en cuanto, en aras de la igualdad ante la ley, prohíbe las discriminaciones por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión o de cualquier otra índole personal o social. Aunque cualquier opinión o posición ideológica o religiosa está en principio —con el límite siempre del orden público— constitucionalmente protegida en sí misma y en sus manifestaciones individuales y colectivas, es evidente que, además del ya mencionado orden público protegido por la ley, en modo alguno ello impide a los poderes públicos establecer criterios de ordenación y de actuación que supongan en la práctica primar unas opiniones o convicciones sobre otras, máxime cuando tales opciones vengan determinadas nada menos que por la propia Constitución y su entorno normativo internacional.

Los poderes públicos están obligados a ese trato diferenciado, precisamente para cumplir adecuadamente el orden constitucional

y hacer respetar los derechos humanos, aunque haya quienes discrepen sobre estos y su contenido y alcance. Esas diferencias no constituyen discriminaciones contrarias al principio de igualdad, pues estas solo son tales cuando carecen de una justa fundamentación y toman como base de la diferencia de trato precisamente un elemento de diferenciación que por sí solo o en sí mismo en modo alguno puede justificar el distinto trato.

Ya hemos dicho que es el artículo 6 el que obliga a proteger a las personas en cuanto hijos, cualquiera que sea su filiación, con implícita referencia evidente a la alternativa de su nacimiento dentro o fuera de un matrimonio. En este sentido, no hace sino reafirmar, en lo que puede tener de relevante para la familia, la prohibición de discriminación por razón de nacimiento.

Pero, como venimos explicando, una cosa es la protección de los hijos y otra la de la familia, aunque lo normal y más frecuente será que aquella se logre con esta. Y, desde el momento en que la Constitución garantiza una protección a la familia, es evidente que las ventajas apropiadas que se otorguen precisamente por razón de matrimonio o, en su caso, de la unión de hecho propiamente dicha, no solo serán legítimas constitucionalmente y no discriminatorias sino hasta exigibles constitucionalmente, por mucho que puedan ser también apetecidas por quienes se encuentren en relaciones interpersonales que se pretendan análogas o próximas, y a las que las leyes no podrían en rigor proteger de igual modo que a las relaciones familiares sin vaciar de contenido el artículo 4.

### **Fundamento y alcance de la protección constitucional de la familia**

La profusión de referencias explícita o implícitamente relativas a la familia y a su protección que aparecen en la Constitución —más allá desde luego del ya rotundo artículo 4— invita a preguntarnos por el porqué de ese empeño constitucional protector, una interrogante que podríamos llevar igualmente al plano de la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás instrumentos jurídicos internacionales ya citados: por qué también el énfasis de estos textos en el carácter de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, que parece situarse precisamente como causa de su derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

¿Qué hay en la familia para que se la reconozca como algo natural —exigido por la naturaleza misma del ser humano, parece querer decirse— y como algo tan rotundamente fundamental para la sociedad toda? Una interrogante que nos invita a identificar sus funciones específicas y a intuir que será precisamente en ellas

donde radique su especial relevancia social y pública. Aunque quedará aún por aclarar por qué se enfatiza la necesidad de disponer en su favor de una especial protección social y estatal, lo que da a entender que se supone una especie de congénita fragilidad o debilidad en tan fundamental realidad, que reclama precisamente esa especial protección.

Si pensamos que la familia se enraíza en el hecho capital de la generación humana y en la necesidad de atención personal que requiere todo nuevo ser humano hasta llegar a ser adulto, no es difícil situar precisamente ahí la clave de su carácter tanto natural como fundamental que tiene para el hombre y el conjunto de la sociedad. Pocas cosas más importantes para la dignidad del ser humano, fundamento último de todo el Derecho, que el modo y circunstancias en que es procreado, dado a luz, criado, cuidado y educado hasta que adquiere la capacidad de valerse enteramente por sí mismo. Todas esas fases determinan en altísimo grado la identidad de cada persona humana, su intimidad personal, sus referentes y sus actitudes más básicas y vitales.

Si hay algo sobre lo que la sociedad y los Poderes públicos deben velar para que ninguna persona sea tratada como cosa sino cabalmente como persona, es precisamente todo ese proceso en el que toda persona humana es especialmente débil, frágil y moldeable.

La naturaleza revela lo que la filosofía intuye como sabio designio divino: que todas esas delicadas funciones, vitalmente necesarias a todos los hombres, se lleven a cabo con la especial actitud de entrega y dedicación que es propia del amor, entendido como entrega incondicionada al otro por ser quien es, por su persona, con el que, en consecuencia, se experimenta la realidad de una vinculación indestructible, no alterable en lo esencial por ninguna circunstancia ni cambio alguno. Nadie en la familia debería ser nunca objetivado como cosa, ni siquiera fugaz u ocasionalmente. Debería ser el ámbito donde cada uno se experimenta aceptado y tratado como persona, como quien es, por lo que es y no por lo que tiene o lo que puede hacer o dar.

La generación humana debería así producirse en la relación de amor. Y todas las operaciones ulteriores de atención a la nueva vida humana deberían ser proyección de esa misma afirmación amorosa de la persona del otro sentido expuesto. Precisamente por eso mismo, la familia, constituida sobre tales bases, se encuentra en condiciones de asumir otras funciones no menos importantes para el bienestar físico, la estabilidad psíquica y la seguridad personal de las personas, también en su edad adulta, y, desde luego, en situaciones de enfermedad, minusvalencia o decaimiento por la vejez. De eso precisamente se hace eco la Constitución en el citado artículo 4.

Los filósofos, moralistas y sociólogos señalan la trascendencia que tiene de hecho la familia así realizada para la felicidad personal y para la buena marcha social. El aprendizaje de una convivencia anclada en el respeto a la dignidad de toda persona y en el servicio a los demás tiene su ámbito apropiado en la familia así vivida, que por ello recibió desde antiguo la calificación de *quasi seminarium rei publicae*. ¿Cómo no reconocer trascendencia social —y grande— a lo que pase realmente con la familia en la sociedad?

Ocurre, sin embargo, que la experiencia demuestra que, por muy diversas causas, la realización efectiva de lo que debería ser la familia para que cumpla sus funciones esenciales resulta permanentemente amenazada por comportamientos que tienden a separarse de lo que la familia requiere, y que, no sin frecuencia, tienden además a justificarse con replanteamientos teóricos tendentes a difuminar o a desfigurar los constitutivos esenciales de la familia, buscando una aceptación moral, social e incluso jurídica no inferior a la que pueda reconocerse a los comportamientos conformes con las exigencias racionalmente naturales de la familia. Por ser campo, precisamente, que, por lo dicho, afecta a las estructuras más íntimas del ser personal, y mueve, por ello mismo, las más hondas pasiones humanas, provoca y desata actitudes y confrontaciones de gran densidad emocional y complejidad psicológica.

De ahí la debilidad congénita de la familia y la necesidad de su protección social, económica y jurídica. El ordenamiento jurídico es un medio limitado que no podrá aspirar con eficacia y sin serias dificultades de todo tipo a imponer sin más el orden natural necesario a la familia, y habrá incluso de permitir comportamientos contrarios a ella, al menos algunos. Pero el poder público no puede abdicar de su deber de favorecer en cuanto pueda a la familia, protegiéndola en la mayor medida posible. De ahí el tenor del mandato constitucional del artículo 4 y el alcance que deba reconocérsele.

Sin que en este momento vayamos a pretender precisar todo su alcance, de lo que no cabe duda es que, además del cumplimiento de las garantías constitucionales específicas que la Constitución concreta en otros preceptos, el deber de protección exige al Estado adoptar las medidas necesarias para el mejoramiento de la situación material y moral de la familia, así como impide a los poderes públicos homologar de cualquier forma con la familia a relaciones incompatibles y aun netamente contrarias a ella y a sus funciones esenciales.

Toda amplia regulación del matrimonio y la específica de la unión de hecho propiamente dicha que efectúa la legislación civil solo se justifican en razón del deber de pública protección de la familia



que la Constitución ha reconocido que recae sobre los poderes públicos. La familia resulta también particularmente reconocida y protegida desde la perspectiva general del Derecho Laboral — en la que el artículo 24 de la Constitución declara el derecho a que la remuneración laboral sea suficiente para satisfacer no solo las necesidades individuales del trabajador sino también las de su familia— como desde la más específica del régimen de Seguridad Social, en el que los vínculos familiares siempre han sido fundamento de algunas de sus prestaciones más importantes, como reconocimiento a la importancia de la familia de cada trabajador directamente afiliado, y, en el fondo, como algo implícito también en la garantía antes citada del artículo 24 de la Constitución.

Otras medidas de protección de la familia pueden tener y tienen carácter fiscal o toman la forma de prestaciones y ayudas de diversa índole, aunque con frecuencia integradas en actuaciones de asistencia social que toman en especial consideración —o deben hacerlo— la realidad familiar. Si bien debe advertirse, desde luego, sobre la conveniencia de diferenciar lo que sea asistencia social y lo que sea apoyo y protección a la familia, para que, cuando sea necesario integrar una y otra línea de actuación, se haga adecuadamente y no se produzca el efecto —nada hipotético— de que medidas de tipo social puedan realmente desproteger, marginar o perjudicar a la familia.

No se puede olvidar, finalmente, que, ciertamente, la debida protección familiar deberá articularse sin lesión de ningún otro derecho fundamental o principio constitucional (Martínez, 2000). Ello ocurre principalmente en relación con el principio de igualdad, y, siendo así, efectivamente, debe tenerse presente que, como ya hemos explicado, la simple diferencia de trato entre la familia y las relaciones familiares con respecto a las que propiamente no lo son, no podría estimarse contraria por sí misma a la igualdad sin desconocerse el mandato del artículo 4 de la Constitución, y hasta la naturaleza misma de las cosas.

### **El modelo constitucional de familia y las distintas formas de convivencia de pareja**

Como hemos visto, el modelo de familia constitucionalmente garantizado responde a una estructura relacional, abstracta y general, apropiada para generar nuevas vidas humanas. Todo ello excluye obviamente la legitimidad de cualquier tratamiento legal o jurídico de la familia en nuestro ordenamiento que lo desconecte completamente de sus presupuestos institucionales básicos.

Podrán darse las uniones monoparentales, constituidas por un solo padre, ya sea que se trate de un progenitor soltero, divorciado

o viudo; los enlaces reconstituidos o ensamblados, formados por solteros, divorciados o viudos con hijos que deciden unirse ya sea en matrimonio o fuera de él; las uniones de personas que, sin poder procrear, confluyen como una unión de asistencia, compañía, afecto y socorro mutuo. Igualmente, se dan en el Derecho civil vigente algunas ampliaciones analógicas de la institución tendentes precisamente a proporcionar una familia a quien, por causas naturales o por irregular práctica de la generación, carece en rigor de ella o la que tiene no puede cumplir sus funciones esenciales adecuadamente, lo que, obviamente, será de particular aplicación a los menores (sería el caso de la adopción).

Pero tales ampliaciones solo podrán justificarse sobre la base precisamente del mantenimiento de la estructura esencial a toda familia, que deriva también de las condiciones en que se produce la generación humana natural y el consiguiente proceso de crianza, atención y educación de la nueva persona humana.

Cualquier relación interpersonal no derivada inmediata o mediatamente de la generación (o de algún hecho jurídicamente equiparable según lo que acaba de recordarse) o que, por razones naturales, no constituya una estructura relacional de suyo y en abstracto o de modo general apropiada para generar nuevas vidas humanas en forma natural, no tiene encaje constitucional en el modelo de familia que la Constitución obliga a proteger, no solo ni principalmente social y económicamente, sino también y sobre todo jurídicamente.

Sin embargo, debe advertirse que el actual modelo de familia constitucionalmente garantizado es producto de un proceso en el que inicialmente se la presentaba como una realidad convivencial fundada en el matrimonio, indisoluble y heterosexual, encerrado en la seriedad de la finalidad reproductora,<sup>21</sup> condenando al exilio legal a cualquier otra forma de constitución de una familia. “Los concubinatos fueron perseguidos y deslegitimados al no reconocérseles efectos jurídicos de ninguna clase. Los hijos de esas uniones de hecho, por lo demás, fueron estigmatizados como bastardos” (Vega, 2003, pp. 36-37).

Los hechos desbordaron esa hermética actitud de desconsiderar una realidad que ha ido *in crescendo*. Así, se abrió paso a la equiparación de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales; se acudió a principios del derecho de obligaciones para evitar el enriquecimiento indebido entre convivientes por los bienes adquiridos durante la unión *more uxorio*, hasta llegar a reconocer en las parejas heterosexuales estables, libres de impedimento matrimonial, una comunidad de bienes a la que se aplican las disposiciones de la sociedad de gananciales, en lo que fuere pertinente.

---

<sup>21</sup> Cfr. Sánchez (2000, p. 45).

Ahora, se aprecia que la Constitución extendió su manto de protección a la convivencia sin matrimonio, y esa consagración se ha trasladado a la legislación ordinaria que regula no solo los efectos patrimoniales sino también personales. “Socialmente, el concubinato ha dejado de ser un matrimonio de segundo rango y su admisión por diversos ordenamientos no es considerada como un atentado contra las uniones conyugales, pues aquella no se regula desmontando los principios del matrimonio. Son opciones que el legislador ha tenido, finalmente, que admitir por cuanto lo que se privilegia es la familia y no la ceremonia o la formalidad que rodea su inicio. También las uniones paraconyugales son fuentes de afecto, solidaridad, ayuda recíproca y muestran a dos personas compartiendo valores, metas y amor entre sí y para sus hijos” (Vega, 2003, pp. 37-38).

Este proceso evidencia que la estructura familiar se revuelve sobre sus más sólidos cimientos con la aparición de nuevas fórmulas convivenciales<sup>22</sup>. La sexualidad y la afectividad fluyen y se sobreponen a aquellos esquemas ordenados con una interesada racionalidad y reclaman su espacio de libertad jurídicamente reconocido. No quieren insertarse en un esquema organizado. Se niegan a admitir como única finalidad del sexo la procreación, a que el matrimonio y la unión de hecho heterosexual sean las relaciones exclusivas para su práctica, a la predeterminación de roles en la conducta sexual, y, aún más allá, se atreven a negar que la unión del hombre y la mujer, necesaria para la fecundación lo sea también para ordenar la sociedad en familias. Se aboga por la salida de la homosexualidad de lo patológico para ingresar en la normalidad. Una normalidad que requerirá la entrada de su relación en el derecho, su protección jurídica.

Paradójicamente, aquellas relaciones afectivas y sexuales afirmadas contra el rigor del tiempo, de los sexos, de las instituciones y las leyes pretenden ahora efectos jurídicos. Y más aún, quieren para sí algunas de las consecuencias jurídicas de aquellas instituciones legales, estables y organizadas.

El Derecho, es bien sabido, apenas es una superestructura normativa muy dependiente y vinculada a la realidad social de la que parte y a la que sirve. Nuestra sociedad es cada día más tolerante, consecuencia inevitable del pluralismo político que impone la Constitución. Esa sociedad más tolerante acepta conductas que antes (y hoy todavía para algunos) podían parecer

<sup>22</sup> Obsérvese, por ejemplo, las nuevas modalidades de convivencia “asexual”, cuyo prototipo es el pacto civil de *solidarité* francés, o el “contrato de unión civil” del legislador español, en las que dos personas físicas mayores de edad, del mismo o de distinto sexo, organizan su vida en común, asumiendo conjuntamente la responsabilidad por las deudas contraídas durante la convivencia, sin obligación de fidelidad ni alimentaria.

ética o socialmente inmorales o no permisibles, pero que han dejado de serlo para la mayoría, cuyo criterio (valores imperantes y predominantes en la sociedad) debe imponerse. Mas, esa tolerancia no es ninguna patente de corso, sino aceptación de la diferencia, reconocimiento de la diversidad, y esto, que es enriquecedor, es lo que ha de ser respetado por “los otros”.

Por ello, ¿es necesario, siquiera conveniente, que el legislador se ocupe de un tipo de relación cuya primera nota es precisamente el mantenerse al margen del modelo familiar constitucionalmente garantizado?

Es principio importante en este orden el llamado principio de necesidad, del que es consecuencia y muy próximo el de subsidiariedad: el legislador debe intervenir lo mínimo posible, solo cuando sea necesario y no más que para proteger aquellos intereses especialmente valiosos y necesitados de protección legal, por no alcanzarla ellos solos en la dinámica social en que se insertan.

La Constitución no obliga directamente al reconocimiento institucional de las otras formas de convivencia al margen del modelo de familia que contempla, pero tampoco las prohíbe. En ese sentido, sería inconstitucional considerar ilícita o penalizar tales formas de convivencia, o discriminarlas en aspectos y ámbitos donde no haya un motivo razonable para ello.

Hoy, se comprueba que el aludido proceso continúa, no ha parado. Se afirma que el matrimonio y la convivencia *more uxorio* heterosexual ya no identifican la familia sino un tipo concreto de familia en cuanto significa una opción entre otras posibles, que el fin esencial de las uniones que constituyen el modelo constitucional de familia ya no se identifica con la procreación, y que la heterosexualidad no es exigencia para la convivencia paramatrimonial.

La recepción de tales criterios no parece ajena a nuestro ordenamiento jurídico si se recuerda que en el artículo 15 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, se reconoce que “toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna”, apreciándose que el derecho a constituir familia está expresamente referido a la persona con prescindencia de su sexo u orientación sexual.<sup>23</sup>

Siendo así, se sostiene que no solo debe institucionalizarse la convivencia heterosexual desde que “el régimen jurídico del

<sup>23</sup> En el numeral 1) del artículo 37 del Código Procesal Constitucional se ha contemplado expresamente a la orientación sexual como un elemento de no diferenciación.

matrimonio actual no se basa en la procreación (hoy es valor entendido en los ordenamientos europeos), no hay motivo para llevar la diferencia de trato de la convivencia homosexual con el matrimonio y con la pareja heterosexual hasta el punto de negarle su calidad de familia y la oportunidad, incluso necesidad, de institucionalización jurídica (socialmente, ya lo está): se trata de dar soluciones racionales a la convivencia no matrimonial, porque mientras la alternativa sea ‘solución jurídica-no solución jurídica’, no hay una respuesta razonable a esa convivencia, que es una realidad, y no ilícita.

Esto no quiere decir (merece la pena reiterarlo) que no deba haber ciertas diferencias en el trato de una pareja y las otras. La cuestión es, como tantas veces, cómo y hasta dónde (límites)” (Rivero, 2002, p. 110). En el fondo, “es problema solo de la pareja homosexual y el Estado (legislador); hay que tener alguna razón válida y grave para negar a la pareja homosexual su institucionalización jurídica; con hacerlo no se perjudica a nadie si la cuestión queda solo entre esos convivientes y se toman ciertas medidas (como es la no permisión de la adopción por esa pareja, en cuanto que esto afecta a terceros, y hoy no está muy clara la conveniencia de esa adopción); únicamente se perjudica a la palabra, al símbolo (el del matrimonio)” (Pantaleón, 1998, p. 70).

No cabe duda de la recepción constitucional de la convivencia homosexual como un tipo de familia. Pero debe precisarse que es opción del legislador el reconocerla o no como matrimonio.

Contra la posibilidad del matrimonio homosexual se sostiene que el matrimonio heterosexual es un concepto antropológico, un dato de la realidad, por lo que sería contrario a la naturaleza el matrimonio homosexual.

Pero a ello cabe contestar que el matrimonio es una creación del hombre, un producto de la cultura. Tras siglos de endogamia y luego de exogamia, la familia evolucionó hacia la monogamia por razones de diversa índole, lograr un orden en las relaciones sexuales, el cuidado de los hijos y los ancianos, necesidades económicas (el culto de los dioses del hogar), y así se afirmaron los lazos espirituales de la pareja. Con el correr del tiempo, la pareja se institucionalizó en el matrimonio.

El carácter de creación cultural del hombre que corresponde al matrimonio determina, por ejemplo, que si bien en la mayor parte del mundo una de las notas del matrimonio es la singularidad, excluyente de otra relación simultánea de la pareja, en los países islámicos no es posible invocar este concepto, ya que un hombre puede sostener hasta cuatro matrimonios simultáneamente.

Esto tiende a demostrar que los conceptos culturales y las definiciones consiguientes pueden variar, no son inmutables, porque son creaciones del hombre, no de Dios ni de la naturaleza, y como tales, se pueden adecuar a las necesidades y variaciones que la realidad impone a través del tiempo y las diferentes culturas.

Desde esta perspectiva, la objeción se reduciría al nombre, “matrimonio”, y no al contenido de la institución. Se sostiene que el matrimonio homosexual es contrario a la finalidad esencial del matrimonio como es la procreación, o, como también se ha dicho, contrario a la naturaleza humana, dado que obsta al uso natural de los órganos sexuales porque impide el cumplimiento de su finalidad natural: la procreación, necesaria para la supervivencia de la especie humana.

Ante tal afirmación, se debe recordar que si bien el Código de Derecho Canónico de 1917 establecía entre los fines primarios del matrimonio la procreación y el Código de 1983 que lo modificó no lo contradice, con sus consecuencias respecto de causales de nulidad del matrimonio, este no es el criterio jurídico admitido en las legislaciones de Occidente, incluido nuestro país.

Concretamente, a diferencia de lo que sucede en el derecho canónico, no es posible demandar la nulidad del matrimonio por la esterilidad o impotencia *generandi* de un cónyuge, aunque sí en caso de impotencia de uno de los cónyuges que impida absolutamente las relaciones sexuales entre ellos (artículo 277, inciso 7, del Código Civil).

Si el hecho de no poder procrear la pareja homosexual fuera razón suficiente para impedir su matrimonio, también podría sostenerse la prohibición del matrimonio de quienes por razones físicas o de avanzada edad no pueden procrear, no obstante ser de distinto sexo. Por cierto, los órganos sexuales son instrumentos de la procreación, pero además cumplen la función de dar satisfacción al natural impulso sexual. Y esto también forma parte de los derechos atinentes a la condición humana.

En el caso de los homosexuales que sienten el deseo y la necesidad de dar estabilidad a su vida mediante la constitución de una pareja permanente, el matrimonio es para ellos el modo de dar singularidad, regularidad y orden a su vida espiritual, conforme a la muy humana necesidad que todo individuo siente de no vivir en soledad, y también al natural impulso amoroso y sexual que, en su caso, es hacia personas del mismo sexo, por más que no puedan procrear. Ello sin perjuicio de que la pareja homosexual pueda optar por convivir de manera estable sin contraer matrimonio, como puede hacerlo la pareja heterosexual.

Se agrega como argumento contra la admisión del matrimonio homosexual la vulneración de diversos tratados de derechos humanos. En tal sentido se señala, por ejemplo, que el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, establece que “los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia”.

También se cita el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que contiene expresiones similares al antes transcrito y los diversos tratados internacionales que aseguran al “hombre y a la mujer” el derecho a casarse. Y de ello se deduce que dichos tratados, con jerarquía constitucional en el Perú, establecen sin lugar para la duda que el matrimonio debe ser celebrado entre un hombre y una mujer.

Pero respecto de la interpretación gramatical se advierte que los tratados no establecen el derecho de casarse a “un hombre con una mujer”, redacción que habría excluido de su esfera de protección al matrimonio homosexual, sino que garantizan tanto a los hombres como a las mujeres su derecho a contraer matrimonio, obviamente conforme a los requisitos que establece la ley de cada país, y ello puede ocurrir entre personas de distinto o del mismo sexo.

Además, cabe señalar que los tratados incorporados por el artículo 55 de nuestra Constitución son anteriores a la primera ley dictada en el mundo (Holanda, 2000) para autorizar el matrimonio homosexual, y también son anteriores al planteo y desarrollo del debate sobre la admisibilidad del matrimonio homosexual.

Ello conduce a advertir que no es acertado descartar dicha admisibilidad sobre la base de expresiones de determinadas convenciones que no establecen prohibiciones expresas respecto del entonces inexistente matrimonio homosexual, sino que simplemente aluden a la igualdad de derechos del “hombre y la mujer”.

No parece de adecuada hermenéutica extraer de afirmaciones sobre la igualdad de derechos en el matrimonio una conclusión contraria a la posibilidad de legislar sobre el matrimonio homosexual, inexistente en el mundo al tiempo de instrumentarse dichas convenciones.

Realizado este necesario deslinde, los elementos del nuevo modelo constitucional de familia quedan referidos a un tipo de convivencia duradera, exclusiva y excluyente, en la que sea indiferente el sexo de los convivientes y que se sustente en una comunidad de vida, de afectos, de responsabilidades, diferenciándose la convivencia heterosexual de la homosexual por la aptitud para la procreación.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> De manera coincidente, Gavidia (2001) señala que “para que una unión pueda ser considerada generadora de relaciones jurídicas familiares, considero que ha de consistir en

El modelo constitucional de familia, la orientación sexual de los padres y los derechos del niño

El debate acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo y la posibilidad de adoptar moviliza positivamente a la opinión pública en torno de una discusión que no es solo sobre el modelo de familia, sino también sobre la idea de igualdad que se está dispuesto a defender y el lugar de las minorías en nuestra vida social y en el sistema democrático.

Un aspecto menos divulgado de la discusión tiene que ver con los estándares jurídicos y constitucionales que deberían guiar a los legisladores en el tratamiento de los diferentes proyectos.

En ese sentido, es oportuno señalar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos limita seriamente la posibilidad de establecer diferencias de trato basadas en la orientación sexual de las personas, cuando está en juego el ejercicio de derechos civiles en el ámbito de la familia, como por ejemplo el derecho a casarse, a ejercer la tenencia de los hijos y el derecho a adoptar. Este principio debería ser especialmente valorado por los investigadores cuando se plantean por ejemplo argumentos generales en contra de la adopción de parejas homosexuales basados en la defensa de la estructura familiar tradicional, o incluso en la supuesta protección de los niños.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos es parte del orden constitucional peruano, y sus normas y principios han sido reiteradamente considerados por el Congreso y el Poder Judicial como un marco relevante para la discusión de temas sociales.

En el año 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) resolvió un caso contra Chile, que involucraba la tenencia de tres niñas.<sup>25</sup> Su madre había comenzado una relación con una

---

una comunidad de vida exclusiva y duradera, con cuidados y responsabilidades recíprocos, que vayan más allá del hecho de compartir un mismo hogar y unos gastos o tareas domésticas, con independencia del sexo, de la orientación sexual y de que mantengan o no sus integrantes relaciones sexuales entre sí" (p. 11). Es de similar criterio Dias (2004) cuando expone que "aunque haya llegado la Constitución, con aires de modernidad, a otorgar la protección del Estado a la familia, independientemente de la celebración del matrimonio, siguió ignorando la existencia de entidades familiares formadas por personas del mismo sexo. Actualmente, no se define más a la familia por el acaecimiento del matrimonio. La existencia de prole no es esencial para que la convivencia merezca reconocimiento, de manera que la protección constitucional es otorgada también a las familias monoparentales. Si la prole o la capacidad procreadora no son esenciales para que la convivencia de dos personas merezca la protección legal, no cabe dejar fuera del concepto de familia a las relaciones homoafectivas [...] Es indispensable que se reconozca que los vínculos homoafectivos —mucho más que las simples y esporádicas relaciones homosexuales— configuran una categoría social que ya no puede ser discriminada o marginada por el perjuicio. Es la hora de que el Estado, que se dice democrático y que consagra como principio mayor el respeto de la dignidad de la persona, pase a reconocer que todos los ciudadanos disponen del derecho individual a la libertad, del derecho social de elección y del derecho humano a la felicidad" (pp. 27-28).

<sup>25</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas).



pareja de su mismo sexo. El padre inició una acción para quitarle la tenencia de las niñas, y luego de un largo trámite, la Corte Suprema chilena aceptó el planteo y obligó a la mujer a entregar la tenencia de las niñas a su exesposo.

La decisión de la Corte Suprema chilena se basó fundamentalmente en el hecho de que la madre hubiera iniciado una relación homosexual y en los supuestos riesgos que esta situación podría provocar en la formación y el desarrollo de las niñas. El tribunal chileno adujo concretamente los efectos nocivos que “la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino” pueden causar “en el bienestar psíquico y emocional” de las niñas, así como el “entorno familiar excepcional” constituido por la pareja de mujeres, ya que “se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación; y el hecho de que la madre antepuso su libertad de expresar su condición de homosexual frente al derecho de las niñas a desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social, según el modelo tradicional que le es propio (...)”.

La CIDH entendió que cualquier diferencia de trato basada en la orientación sexual de las personas nace sospechada de ser ilegal y discriminatoria, y por lo tanto quien la invoca tiene el deber de mostrar razones de muchísimo peso para justificarla.<sup>26</sup> Así, precisó que “teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas, la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello, está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona.

En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”.<sup>27</sup> Agrega que

<sup>26</sup> “Tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio. Esto es especialmente relevante en un caso como el presente, teniendo en cuenta que la determinación de un daño debe sustentarse en evidencia técnica y en dictámenes de expertos e investigadores en aras de establecer conclusiones que no resulten en decisiones discriminatorias”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas). Fundamento jurídico 124.

<sup>27</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia

“un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribiera la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual, la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención”.<sup>28</sup>

La CIDH consideró que en el caso no se había presentado información alguna que demostrara que la orientación sexual de la madre o su proyecto de vida constituyeran un riesgo para sus hijas. Por el contrario, existía prueba que indicaba que las niñas deseaban continuar viviendo con su madre, que el ambiente familiar era adecuado para ellas, que la madre velaba por sus intereses y que la convivencia con la pareja de su madre no estaba generando ningún efecto adverso en las niñas. De allí que la CIDH concluyó que las autoridades judiciales se basaron en simples “presunciones de riesgo” derivadas de prejuicios y estereotipos equivocados sobre las características y comportamientos de un grupo social determinado, sin base empírica o científica que demostrara esos riesgos.

En ese sentido, explicó “que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad, se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia”.<sup>29</sup>

Añade que “al ser, en abstracto, el ‘interés superior del niño’ un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podría conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la

del 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas). Fundamento jurídico 91. Además, Cfr. Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 3. El VIH/SIDA y los derechos del niño, CRC/GC/2003/3, 17 de marzo de 2003, párr. 8 (“es preocupante la discriminación basada en las preferencias sexuales”); Observación General No. 4. La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/4, 21 de julio de 2003, párr. 6 (“Los Estados Partes tienen la obligación de garantizar a todos los seres humanos de menos de 18 años el disfrute de todos los derechos enunciados en la Convención, sin distinción alguna (art. 2), independientemente de ‘la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión pública o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño’. Deb[e] añadirse también la orientación sexual”).

<sup>28</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas). Fundamento jurídico 93.

<sup>29</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas). Fundamento jurídico 109.

restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia”.<sup>30</sup>

También sostuvo la CIDH que no podían los tribunales evaluar en contra de los derechos de la madre homosexual el posible impacto en las niñas de la homofobia y los prejuicios sociales, pues eso equivalía a reforzar la discriminación. De este modo, señaló que “en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos.

Por otro lado, en cuanto al argumento de que el principio del interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de un rechazo por la sociedad, la Corte considera que un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un “daño” válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos como el presente constatan la existencia de discriminación social, es totalmente inadmisibles legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad”.<sup>31</sup>

Algunos argumentos que se escuchan en estos días en contra de la adopción por parejas homosexuales resultan muy similares a lo que la CIDH consideró inadecuados e ilegales en este caso. En el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, la CIDH constató que “el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una ‘familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social’, y no en una ‘familia excepcional’, refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la “familia tradicional”)”.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia del 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas). Fundamento jurídico 110.

<sup>31</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia del 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas). Fundamentos jurídicos 120 y 121.

<sup>32</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia del 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas). Fundamento jurídico 145.

De acuerdo con la interpretación que la CIDH ha hecho de la Convención Americana, si se quisiera mantener una diferencia en el ejercicio del derecho a adoptar basada en la orientación sexual del adoptante, debería mostrar razones de muchísimo peso para evitar que su postura sea juzgada como discriminatoria y por lo tanto ilegal. Sin motivos de peso comprobados, se impone el tratamiento igualitario.<sup>33</sup>

Es evidente que el riesgo en la formación de los niños podría ser un motivo suficiente para justificar un tratamiento diferenciado. Sin embargo, el argumento basado en el “interés superior de los niños” no puede ser invocado en abstracto, sin una prueba certera

---

<sup>33</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos dejó sentado que “la jurisprudencia de algunos países, así como numerosos informes científicos, se han referido a esta temática con claridad. Por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en su sentencia de 2010 sobre el derecho de las parejas homosexuales a adoptar menores de edad, consideró relevante que los demandantes no sustentaron empíricamente, con base en documentos o análisis científicos, una supuesta afectación del interés superior del niño en estos casos. Por el contrario, la Suprema Corte tomó en cuenta los estudios existentes sobre el impacto de la orientación sexual en el desarrollo del niño y consideró que en modo alguno puede sostenerse la hipótesis general de una afectación negativa del desarrollo de los menores de edad que conviven con padres homosexuales. Además, la Suprema Corte indicó, por ejemplo, que la heterosexualidad no garantiza que un menor adoptado viva en condiciones óptimas para su desarrollo: esto no tiene que ver con la heterosexualidad-homosexualidad. Todas las formas de familia tienen ventajas y desventajas, y cada familia tiene que analizarse en lo particular, no desde el punto de vista estadístico. Por otra parte, diversas sentencias de tribunales internacionales permiten concluir que en decisiones judiciales respecto a la custodia de menores de edad, la consideración de la conducta parental solo es admisible cuando existen pruebas específicas que demuestren en concreto el impacto directo negativo de la conducta parental en el bienestar y desarrollo del niño o la niña. Esto en aras de la necesidad de aplicar un escrutinio mayor cuando la decisión judicial se relacione con el derecho a la igualdad de grupos poblacionales tradicionalmente discriminados, como es el caso de los homosexuales. Por su parte, los peritos Uprimny y Jernow citaron y aportaron una serie de informes científicos, considerados como representativos y autorizados en las ciencias sociales, para concluir que la convivencia de menores de edad con padres homosexuales no afecta per se su desarrollo emocional y psicológico. Dichos estudios concuerdan en que: i) las aptitudes de madres o padres homosexuales son equivalentes a las de madres o padres heterosexuales; ii) el desarrollo psicológico y el bienestar emocional de los niños o niñas criados por padres gays o madres lesbianas son comparables a los de las niñas o los niños criados por padres heterosexuales; iii) la orientación sexual es irrelevante para la formación de vínculos afectivos de los niños o las niñas con sus padres; iv) la orientación sexual de la madre o el padre no afecta el desarrollo de los niños en materia de género respecto a su sentido de sí mismos como hombres o mujeres, su comportamiento de rol de género y/o su orientación sexual; y v) los niños y las niñas de padres homosexuales no son más afectados por el estigma social que otros niños. Asimismo, la perita Jernow mencionó varios fallos de tribunales nacionales que se refirieron a investigaciones científicas como prueba documental para afirmar que el interés superior del niño no se vulnera con la homosexualidad de los padres. La Corte resalta que la American Psychological Association, mencionada por la perita Jernow, ha calificado los estudios existentes sobre la materia como “impresionantemente consistentes en su fracaso para identificar algún déficit en el desarrollo de los niños criados en un hogar gay o lésbico [...] las capacidades de personas gays o lesbianas como padres y el resultado positivo para sus hijos no son áreas donde los investigadores científicos más autorizados disienten”. En consecuencia, la perita concluyó que “cuando la especulación sobre un futuro daño potencial para el desarrollo del niño es refutado de manera sólida por toda investigación científica existente, dicha especulación no puede establecer las bases probatorias para la determinación de la custodia”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas). Fundamentos jurídicos 126-129.

que demuestre fehacientemente riesgos claros y concretos para los niños basados en la orientación sexual del adoptante.

Hasta ahora, solo se han escuchado afirmaciones dogmáticas sobre la conveniencia de preservar el modelo de familia “normal” o “natural”, pero eso es claramente insuficiente para superar un estricto test de igualdad, a la luz de los principios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

## V. CONCLUSIONES

El modelo de familia constitucionalmente garantizado responde a una estructura relacional, abstracta y general, apropiada para generar nuevas vidas humanas. Todo ello excluye obviamente la legitimidad de cualquier tratamiento legal o jurídico de la familia en nuestro ordenamiento que lo desconecte completamente de sus presupuestos institucionales básicos. Podrán darse las uniones monoparentales, constituidas por un solo padre, ya sea que se trate de un progenitor soltero, divorciado o viudo; los enlaces reconstituidos o ensamblados, formados por solteros, divorciados o viudos con hijos que deciden unirse ya sea en matrimonio o fuera de él; las uniones de personas que, sin poder procrear, confluyen como una unión de asistencia, compañía, afecto y socorro mutuo.

Igualmente, se dan en el Derecho Civil vigente algunas ampliaciones analógicas de la institución tendentes precisamente a proporcionar una familia a quien, por causas naturales o por irregular práctica de la generación, carece en rigor de ella o la que tiene no puede cumplir sus funciones esenciales adecuadamente, lo que, obviamente, será de particular aplicación a los menores (sería el caso de la adopción). Pero tales ampliaciones solo podrán justificarse sobre la base precisamente del mantenimiento de la estructura esencial a toda familia, que deriva precisamente de las condiciones en que se produce la generación humana natural y el consiguiente proceso de crianza, atención y educación de la nueva persona humana.

El actual modelo de familia constitucionalmente garantizado es producto de un proceso en el que inicialmente se la presentaba como una realidad convivencial fundada en el matrimonio, indisoluble y heterosexual, encerrado en la seriedad de la finalidad reproductora, condenando al exilio legal a cualquier otra forma de constitución de una familia.

Los hechos desbordaron esa hermética actitud de desconsiderar una realidad que ha ido *in crescendo*. Así, se abrió paso a la equiparación de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales;

se acudió a principios del derecho de obligaciones para evitar el enriquecimiento indebido entre convivientes por los bienes adquiridos durante la unión *more uxorio* hasta llegar a reconocer en las parejas heterosexuales estables, libres de impedimento matrimonial, una comunidad de bienes a la que se aplican las disposiciones de la sociedad de gananciales, en lo que fuere pertinente. Ahora, se aprecia que la Constitución extendió su manto de protección a la convivencia sin matrimonio, y esa consagración se ha trasladado a la legislación ordinaria que regula no solo los efectos patrimoniales sino también personales.

Este proceso evidencia que la estructura familiar se revuelve sobre sus más sólidos cimientos con la aparición de nuevas fórmulas convivenciales. La sexualidad y la afectividad fluyen y se sobreponen a aquellos esquemas ordenados con una interesada racionalidad y reclaman su espacio de libertad jurídicamente reconocido. No quieren insertarse en un esquema organizado. Se niegan a admitir como única finalidad del sexo la procreación, a que el matrimonio y la unión de hecho heterosexual sean las relaciones exclusivas para su práctica, a la predeterminación de roles en la conducta sexual y, aún más allá, se atreven a negar que la unión del hombre y la mujer, necesaria para la fecundación, lo sea también para ordenar la sociedad en familias. Se aboga por la salida de la homosexualidad de lo patológico para ingresar en la normalidad. Una normalidad que requerirá la entrada de su relación en el Derecho, su protección jurídica.

Hoy, se comprueba que el aludido proceso continúa, no ha parado. Se afirma que el matrimonio y la convivencia *more uxorio* heterosexual ya no identifican la familia sino un tipo concreto de familia, en cuanto significa una opción entre otras posibles; que el fin esencial de las uniones que constituyen el modelo constitucional de familia ya no se identifica con la procreación; y que la heterosexualidad no es exigencia para la convivencia paramatrimonial. La recepción de tales criterios no parece ajena a nuestro ordenamiento jurídico si se recuerda que en el artículo 15 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” se reconoce que “toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna”; apreciándose que el derecho a constituir familia está expresamente referido a la persona, con prescindencia de su sexo u orientación sexual.

No cabe duda de la recepción constitucional de la convivencia homosexual como un tipo de familia. Pero debe precisarse que es opción del legislador el reconocerla o no como matrimonio. Siendo así, los elementos del nuevo modelo constitucional de familia

quedan referidos a un tipo de convivencia duradera, exclusiva y excluyente, en la que es indiferente el sexo de los convivientes y que se sustente en una comunidad de vida, de afectos, de responsabilidades, diferenciándose la convivencia heterosexual de la homosexual por la aptitud para la procreación.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos limita seriamente la posibilidad de establecer diferencias de trato basadas en la orientación sexual de las personas cuando está en juego el ejercicio de derechos civiles en el ámbito de la familia, como por ejemplo el derecho a casarse, a ejercer la tenencia de los hijos y el derecho a adoptar.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que cualquier diferencia de trato basada en la orientación sexual de las personas nace sospechada de ser ilegal y discriminatoria, y por lo tanto quien la invoca tiene el deber de mostrar razones de muchísimo peso para justificarla; en consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos, instrumento interamericano que proscribiera la discriminación en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual, la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención.

El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. La determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad, se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño, según el caso, los daños o riesgos reales y probados y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.

En ese sentido, al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podría conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alzaga, O. (1978). *La Constitución española de 1978* (Comentario sistemático). Madrid: Edit. del Foro.

Cecilia Medina (1996). El Derecho Internacional de los derechos humanos. En *Sistema jurídico y derechos humanos*. Santiago: Sociedad de Ediciones, Universidad Diego Portales.

Días, María Berenice (2004). Uniones homoafectivas. *Actualidad jurídica*, 122, 27-28.

Diez-Picazo, L. y Gullón, Antonio (1997). *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones. Madrid: Tecnos, 1997.

García Cantero, G. (1982). *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Madrid: Edersa.

Gavidia Sánchez, J. (2001). Uniones homosexuales y concepto constitucional de matrimonio. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 21 (61).

La Cruz Berdejo J. L., Sancho Rebullida, F. De A., Luna Serrano, A., Rivero Hernández, F., Y Rams Albesa, J. (1990). *Elementos de Derecho Civil* (Vol. IV. Derecho de Familia). Barcelona: Bosch.

Martínez Calcerrada, L. (1981). La familia en la Constitución española. *Rev. de Derecho Privado*, p. 975.

Martínez López-Muñiz, J. L. (2000). La familia en la Constitución española. *Rev. Española de Derecho Constitucional*, 20 (58), 24-25.

O'Donnell, Daniel (1989). *Protección internacional de los derechos humanos*. Lima: Comisión Andina de Juristas.

Pérez Serrano, Nicolás (1984) *Tratado de Derecho Político*. Madrid: Civitas.

Perlingieri, Pietro (1988). La familia en el derecho constitucional español. *Rev. de Derecho Privado*, febrero, p.110.

Rivero Hernández, F. (2002). Nuevas formas sociales y jurídicas de convivencia en la nueva familia y el Derecho. *Rev. del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, 63 (3).

Sánchez Agesta, L. (1990). *Elementos de Derecho Civil*. Vol. IV. Derecho de familia. Barcelona: Bosch.

Sánchez Martínez, Olga (2000). Constitución / parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares. *Rev. Española de Derecho Constitucional*, 20 (58).



## **LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO POR EL SISTEMA JUDICIAL PERUANO**

*María Isabel Sokolich Alva*

Fiscal Adjunto Supremo Titular de la Fiscalía Suprema Civil, ex-Fiscal Superior Penal Titular, ex-Fiscal Provincial de Familia Titular, doctorando en Derecho, Magister en Derecho Civil con mención en Derecho de Familia, docente de la Maestría de Derecho Civil de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFE), autora del libro *Violencia familiar* y de diversos artículos jurídicos, expositora en diversos eventos académicos relacionados con el Derecho de Familia.

Recibido: 10.04.13

Aceptado: 24.07.13

### **SUMARIO**

I. Aplicación del principio del interés superior del niño. II. Conclusiones.

### **RESUMEN**

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por las Naciones Unidas en 1989, constituye un instrumento internacional que reconoce a los niños, niñas y adolescentes un conjunto de derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales que se resumen en cuatro principios fundamentales, uno de los cuales es el “interés superior del niño”, recogido por nuestro Código de los Niños, Niñas y Adolescentes en su Título Preliminar, que preconiza que todas las medidas concernientes a los niños, adoptadas por instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos deben tener muy en cuenta este principio. En ese sentido, corresponde a la administración de justicia en general y la especializada en particular que sus decisiones tengan como sustento dicho principio superior.

### **PALABRAS CLAVE**

Infancia, principios, interés social, justicia especializada, magistrados, Ministerio Público.

### **ABSTRACT**

The Convention on the Rights of the Child, adopted by the United Nations United in 1989, is an international instrument that recognizes children and adolescents a range of civil, cultural, economic, political and social as summarized in four fundamental principles, one of which is the “best interests of the child” picked up by our code of children and adolescents in its preliminary title

advocated that all actions concerning children undertaken by public or private social welfare institutions, courts, administrative authorities and legislative bodies should take into account this principle. In this sense corresponds to the administration of justice in general and specialized.

## KEY WORDS

Infancy, principles, social interest, special justice, judges, Public Ministry.

## I. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

La Convención sobre los Derechos del Niño,<sup>34</sup> adoptada en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989,<sup>35</sup> constituye un instrumento internacional vinculante para los Estados Partes respecto del tratamiento de la infancia. Dicho instrumento internacional, inspirado en la denominada “Doctrina de la Protección Integral”, reconoce a los niños, niñas y adolescentes un conjunto de derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales cuyo sustento se resume en cuatro principios fundamentales: la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo, y el respeto de la opinión del niño en todos los asuntos que le afecten.

El Principio del Interés Superior del Niño, enunciado por el artículo 3º de la Convención y recogido por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes peruano,<sup>36</sup> preconiza que todas las medidas concernientes a los “niños” a ser adoptadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos deben tener como suprema consideración su “interés superior”.

En ese sentido, corresponde a la administración de justicia en general, y con mayor razón a la especializada en infancia, que las decisiones a adoptarse tengan como sustento dicho interés superior, independientemente de los intereses de los padres; sin embargo, cabe preguntarnos, *¿existen límites para la aplicación de dicho Principio?*

<sup>34</sup> En adelante la Convención.

<sup>35</sup> Suscrita por el Perú el 26 de enero de 1990, aprobada por Resolución Legislativa N° 25278, de fecha 03 de agosto de 1990, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04 de agosto de 1990.

<sup>36</sup> Artículo IX. Interés superior del niño y del adolescente. En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

Para absolver la inquietud, debemos resaltar, en primer término, que en la práctica judicial el Principio del Interés Superior del Niño es invocado y aplicado mayoritariamente por los operadores de justicia al momento de decidir o resolver una controversia en la cual se encuentra involucrado un niño, una niña o un adolescente. Miguel Cillero Bruñol (1998), al respecto, expresa lo siguiente: “(...) Generalmente se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extrajurídico.

Por esta razón, diversos autores han puesto de relieve que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme, en consecuencia permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica. Existen quienes lamentan que la Convención lo recogiera, porque amparados en el ‘interés superior’ se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra” (p. 108).

Como es de advertir, la reflexión alude a decisiones jurisdiccionales que sin mayor justificación y con la sola invocación del Principio del Interés Superior del Niño “resuelven” la *litis*, vulnerándose de esta forma la seguridad jurídica y la tutela procesal efectiva; la seguridad jurídica “(...) es un principio consustancial al Estado constitucional de derecho, implícitamente reconocido en la Constitución. Se trata de un valor superior contenido en el espíritu garantista de la Carta Fundamental, que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad (...)”.<sup>37</sup>

En relación con el tema, Manuel Miranda Estrampes (2006) sostiene que los problemas surgidos en relación al Principio del Interés Superior del Niño derivan de su calidad de concepto jurídico indeterminado e indefinido por la propia Convención; así sostiene que “la decisión sobre lo que en cada caso se ajusta al interés del menor se deja al arbitrio judicial; no obstante, el juez no se encuentra ante un concepto vacío, sino que a la luz de la anterior concepción, el contenido de las resoluciones judiciales debe consistir en asegurar la efectividad de los derechos fundamentales de los menores, quienes por sus condiciones de madurez no pueden actuar por sí mismos, para ello el juez deberá valorar el conjunto

<sup>37</sup> Fundamento jurídico 3° de la Sentencia N° 0001/0003-2003 AI/TC. Caso ACUMS.

de circunstancias concurrentes, entre las que debe mencionarse la propia edad y circunstancias personales del menor (familiares, sociales)(...); el interés del menor actuará como criterio rector de la toma de decisiones cuando se suscite un conflicto con otros intereses legítimos, especialmente el interés de los progenitores. En estos casos, el conflicto deberá resolverse siempre primando el interés del menor” (p.109).

Vale decir que el Principio del Interés Superior del Niño debe indiscutiblemente ser la guía en la toma de cualquier decisión pública o privada, más aún en sede judicial; sin embargo, su sola enunciación no constituye razón ni justificación suficiente de la decisión; peor aún, no puede instituirse como herramienta de la arbitrariedad, sino que, por el contrario, debe ser la consecuencia lógica de la valoración de todo el caudal probatorio aportado al proceso, a partir del cual el Juzgador utilizando su apreciación razonada determinará *lo mejor para el niño*.

Por tanto, aquellas decisiones en las que únicamente se menciona el Principio del Interés Superior del Niño como frase “cliché” o “plantilla”, sin sustento, no resuelven un problema, sino que lo agravan, por cuanto al constituir un vicio procesal que afecta el deber de motivación de resoluciones judiciales,<sup>38</sup> acarrea la nulidad del fallo.

En ese sentido, corresponde a los operadores de justicia garantizar el respeto y observancia del Principio del Debido Proceso, de tal forma que los derechos que lo conforman: defensa, producir prueba y que esta sea debidamente valorada, obtener una sentencia motivada y fundada en derecho, doble instancia, igualdad procesal, etc., sean plenamente ejercidos por las partes.

Ahora bien, resulta importante destacar que la Corte Suprema de Justicia del Perú por el III Pleno Casatorio Civil recaído en la Casación N° 4664-2010 PUNO, ha establecido como precedente judicial vinculante lo siguiente:

En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene facultades tuitivas y en consecuencia debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4° y 43° de la Constitución Política del Estado.

<sup>38</sup> Conforme a los artículos 139° numeral 5) de la Constitución Política del Estado, 12° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 122° incisos 3) y 4) del Código Procesal Civil

Flexibilizar implica que el Juez que conoce de un proceso en el cual se encuentra involucrado un niño debe partir por internalizar que el caso sometido a su conocimiento debe ser considerado como “problema humano” y que por ende merece especial atención y consideración.

El Código de los Niños y Adolescentes incorpora dicha obligación en el artículo X de su Título Preliminar.<sup>39</sup> La *ratio legis* de la norma es que el juzgador vaya más allá de la mera aplicación de la Ley, toda vez que de por medio se encuentran seres humanos que directa o indirectamente sufren las consecuencias del enfrentamiento familiar; de allí la necesidad de que la solución a la controversia se funde, además de lo que resulte más beneficio para el niño inmerso en la *litis*, en el reconocimiento expreso de su derecho a vivir en el seno de su familia y mantener con el padre o madre con quien no convive las relaciones interpersonales necesarias a fin de asegurar su desarrollo integral.

De acuerdo con lo expresado, cuando la Corte Suprema alude que en los procesos de familia los principios y normas procesales deben ser flexibilizados, básicamente se refiere a que debe entenderse que dichos procesos, por su especial naturaleza, no pueden estar sujetos a normas estrictas o trabas que impidan administrar justicia desde la perspectiva de la solución a un problema humano, más aún el rol tuitivo que corresponde al propio juzgador.

Debemos recordar que la Constitución Política del Perú en su artículo 4° prevé que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”.

El dispositivo constitucional no hace más que ratificar la obligación primera del Estado de proteger al niño, entendiéndose como tal incluso al concebido, conforme lo estipulado por el numeral 2) del artículo 2° de la Carta Fundamental<sup>40</sup> y el artículo 1° del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, en atención a su condición de persona humana demandante de especial cuidado y protección, tanto para la satisfacción de sus necesidades vitales, como para el logro de su realización integral.

---

<sup>39</sup> Artículo X. Proceso como problema humano. El Estado garantiza un sistema de administración de justicia especializada para los niños y adolescentes. Los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos.

<sup>40</sup> Artículo 2. Derechos fundamentales de la persona. Toda persona tiene derecho: (...) 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

La norma en modo alguno desconoce o niega el deber, a la vez derecho, legal y biológico de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos,<sup>41</sup> como manifestación expresa del ejercicio de la patria potestad,<sup>42</sup> sino que determina el rol preponderante del Estado en la protección de los derechos del niño a través de políticas públicas específicas orientadas a coadyuvar a su bienestar, lo que incluye aspectos de alimentación, salud, educación, vivienda, entre otros. Debemos recordar que ante la muerte o ausencia de los padres o el incumplimiento de los roles paterno y materno, el Estado tiene la obligación de cautelar la integridad de los niños mediante la adopción de medidas de protección específicas, de acuerdo con las normas previstas por el Capítulo IX del Título II del Libro Cuarto del Código de los Niños y Adolescentes.

Al desarrollar los alcances del mencionado artículo 4° de la Norma Fundamental, el Tribunal Constitucional ha sido enfático en precisar lo siguiente:

(...) Que, dentro del orden de prelación y jerarquías existente al interior de una Constitución, es decididamente un hecho incontrovertible, que mayor importancia reviste para un Estado y su colectividad, el proteger a la infancia y más aún, si se encuentra en situación de abandono, que promover la seguridad como valor aislado, pues independientemente de que tal dispositivo reposa directamente sus fundamentos en el artículo 1° de la Norma Fundamental y es, por consiguiente, rigurosamente tributario del principio “Dignidad de la Persona”, a la larga, del cumplimiento de un dispositivo, depende, en los hechos, la eficacia y vigencia del otro. No es posible, que un Estado proclame la Seguridad Ciudadana como valorpreciado de hoy cuando alimenta las condiciones de su propia alteración a futuro. Si una colectividad permite, de espaldas a su propia realidad, que la desprotección a la niñez se solvente

---

<sup>41</sup> Artículo 6. La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios que no afecten la vida o la salud. Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.

<sup>42</sup> Artículo 74. Son deberes y derechos de los padres que ejercen la Patria Potestad: a) Velar por su desarrollo integral; b) Proveer su sostenimiento y educación; c) Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes; d) Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente. Cuando su acción no bastare, podrán recurrir a la autoridad competente; e) Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos; f) Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil; g) Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención; h) Administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran; y i) Tratándose de productos, se estará a lo dispuesto en el Artículo 1004 del Código Civil.

con actitudes de indiferencia crónica, lo único que engendra son las condiciones para que la seguridad que hoy proclama como bandera, no vaya más allá de su propia existencia, como si el futuro de sus descendientes, paradójicamente la seguridad de ellos, no le interesara en lo absoluto (...).<sup>43</sup>

(...) Adicionalmente a lo expuesto en los párrafos precedentes, es necesario precisar que conforme se desprende la Constitución, en todo proceso judicial en el que se deba verificar la afectación de los derechos fundamentales de niños o menores de edad, los órganos jurisdiccionales deben procurar una atención especial y prioritaria en su tramitación. En efecto, como uno de los contenidos constitucionalmente protegidos del artículo 4° de la Constitución se establece que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)”, haciendo que la preservación del interés superior del niño y del adolescente sea una obligación ineludible de la comunidad y principalmente del Estado. Desarrollado tal contenido, el Código de los Niños y Adolescentes ha precisado en el artículo IX que “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”. Tal atención a prestarse por los órganos jurisdiccionales, como se desprende de la propia Norma Fundamental (artículo 4°), debe ser especial en la medida en que un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, por lo que más allá del resultado del caso, debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso. Asimismo, tal atención deber ser prioritaria, pues el interés superior del niño y del adolescente tiene precedencia en la actuación estatal respecto de aquellas decisiones judiciales en las que no se encuentran comprometidos sus derechos fundamentales (...).<sup>44</sup>

(...) el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no solo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se

<sup>43</sup> Sentencia N° 0298-96-AA/TC. Lima. Caso Blanca Lucy Borja Espinoza.

<sup>44</sup> Sentencia N° 03744-2007-PHC/TC La Libertad. Caso José Luis Ñiquin Huatay.

vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente. En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos (...).<sup>45</sup>

Del análisis de las sentencias glosadas resulta factible establecer lo siguiente:

1. Para un Estado y su colectividad resulta de suma importancia proteger a la infancia, más aún si se encuentra en situación de abandono.
2. La obligación de la comunidad y el Estado de proteger especialmente al niño, niña y adolescente tiene como sustento el reconocimiento del Principio del Interés Superior del Niño como parte integrante del bloque de constitucionalidad.
3. En todo proceso judicial en el que se verifique la afectación de los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, los órganos jurisdiccionales deben procurar brindarles atención especial y prioritaria, debiendo resolver a favor de aquellos en contraposición a cualquier otro interés.

Por tanto, flexibilizar, como así se señala en la propia sentencia casatoria, supone evitar el exceso de ritual y la ineficacia del instrumento procesal, de tal forma que principios procesales como congruencia, preclusión, eventualidad procesal, prohibición de reforma en peor, entre otros, cedan ante la imperiosa necesidad de dar una solución integral al conflicto, todo lo cual nos lleva a concluir que el único límite para la aplicación del Principio Superior del Niño en instancia judicial es que la decisión, además de encontrarse debidamente fundamentada fáctica y jurídicamente, constituya lo más beneficioso para el niño involucrado en la problemática.

---

<sup>45</sup> Fundamento jurídico 13°.



## II. CONCLUSIONES

A manera de conclusión, es importante resaltar lo siguiente:

1. El Principio del Interés Superior del Niño representa el espíritu de la Doctrina de la Protección Integral, materializado en el reconocimiento de los derechos humanos de la infancia consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño.
2. El Principio del Interés Superior del Niño debe ser la guía y criterio rector en la toma de decisiones en materia de infancia, lo que a la vez garantizará la vigencia efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.
3. El Principio del Interés Superior del Niño conforma el Bloque de Constitucionalidad a que se refiere el artículo 4° de la Constitución Política del Estado, plasmado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, y supone la supremacía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en caso de colisión con otros derechos o intereses.
4. El Principio del Interés Superior del Niño exige que los fallos judiciales se sujeten tanto en la forma como en el fondo a los derechos de los niños, niñas y adolescentes recogidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y en el Código de los Niños y Adolescentes.
5. En caso de colisión entre el Principio del Interés Superior del Niño y el Principio del Debido Proceso, deben ponderarse los derechos en conflicto y privilegiarse el primero.
6. El Principio del Interés Superior del Niño se antepone a cualquier otro derecho o interés en controversia.
7. El Principio del Interés Superior del Niño constituye una norma sustantiva que tiene prevalencia sobre cualquier norma procesal.
8. Corresponde a los operadores de justicia de todas las instancias internalizar los alcances del Principio del Interés Superior del Niño y sopesarlo como fundamento de todos los fallos judiciales en materia de infancia.
9. Los operadores de justicia tienen la obligación de hacer suya la línea hermenéutica del Tribunal Constitucional en el sentido de privilegiar sobre cualquier circunstancia el *interés superior del niño*.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Cillero Bruñol, Miguel (1998). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En: Emilio García Méndez, *Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)* (pp. 80 y ss.). Colombia: Ed. Temis-Depalma.

Miranda Estrampes, Manuel (2006). La convención frente al desamparo del menor. En *Desarrollo de la convención sobre los derechos del niño en España* (pp.109 y ss.). Barcelona, España: Edit. Bosch.

## **DESPENALIZACIÓN DE LAS RELACIONES SEXUALES EN MENORES DE EDAD**

*Dra. Esperanza Tafur Gupioc*  
Corte Superior de Justicia de Amazonas

Recibido: 14.04.13

Acceptado: 24.07.13

### **SUMARIO**

Antecedentes. Problemática judicial. La despenalización de las relaciones sexuales. Recomendaciones. Conclusiones.

### **RESUMEN**

Los delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexual son los que han sufrido el mayor número de modificaciones en el ordenamiento penal, especialmente con las leyes 28251, que varió por completo el concepto de violación sexual, y 28704, que cambió diversos artículos del Código Penal incrementando la carcelaria de las personas entre los 14 y 18 años, sin importar que la relación sexual hubiera sido consentida o con plena capacidad, es decir, desconociendo el proceso de maduración sexual y psicológica que se produce en esta etapa del desarrollo biológico de las personas.

La despenalización de las relaciones sexuales consensuadas en menores de edad, si bien es cierto sería necesaria, resulta prematuro por cuanto el Estado previamente debe desarrollar una adecuada política dirigida a la prevención que incida en las áreas social, económica, educacional y de capacitación familiar urbana y recreacional principalmente. Se requiere de una reforma integral que comprenda esos aspectos, atendiendo no solamente la normativa civil, penal y constitucional de los niños y adolescentes, sino también los aspectos sociológicos y psicológicos.

### **PALABRAS CLAVE**

Relaciones sexuales en menores de edad, despenalización, formación integral, educación responsable, capacitación en asuntos de familia.

### **ABSTRACT**

Crimes against sexual free demand sexual indemnity are those who have suffered the greatest number of changes in the criminal justice system, particularly laws that varied from 28251 whole concept of sexual violation and 28704 to change various articles of the criminal code, increasing the forcible detention of people

between 14 to 18 years regardless of sex is consensual or full capacity, ignoring the sexual maturation and psychological that occurs at this stage of the biological development of people. The decriminalization of consensual sex among minors, although it would be necessary, it is premature because the previously state must develop an appropriate policy aimed at preventing

### **KEY WORDS**

Sexual intercourse among minors, decriminalization, comprehensive training, responsible education, training in family matters.

### **ANTECEDENTES**

Entre los delitos que más modificaciones han sufrido en nuestro ordenamiento penal, están los delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexual, teniendo mayor resonancia a partir de la Ley N° 28251, que modificó por completo el concepto de violación sexual que tenía desde el Código Penal de 1924, y luego con la dación de la Ley N° 28704, publicada el 05 de abril del año 2006, por la que se modificaron diversos artículos del Código Penal, incrementándose las penas privativas de la libertad de las personas entre los 14 y los 18 años de edad, sin importar que la acción hubiera sido consentida o con plena capacidad.

Antes de esta última reforma, el libre ejercicio de la sexualidad se daba a partir de los catorce años, en que la persona podía ejercer tal disposición sin más limitaciones que sus propias decisiones, el respeto a la libertad ajena y las prohibiciones morales y otras derivadas de las normas jurídicas; solo eran castigados el acto sexual o análogo que se practicaba utilizando la violencia o grave amenaza, colocando a la víctima en estado de inconsciencia o en imposibilidad de resistir o mediante el engaño; es decir, el Estado protegía la indemnidad sexual de los menores hasta los catorce años de edad, mientras que con la Ley N° 28704 dicho bien jurídico se extiende de catorce a dieciocho años, desconociendo el proceso de maduración sexual y psicológica que se da en esta etapa.

Con esta ley, toda relación sexual que tenga uno de los intervinientes (varón o mujer) menor de dieciocho años y mayor de catorce años es considerado como delito, sin importar que se haya producido en una relación consentida o afectiva o mediando la violencia o amenaza, estableciéndose el quantum de la pena no menor de veinticinco ni mayor de treinta años, que debía purgarse en su integridad, pues la referida ley proscribía el acogimiento de algún beneficio penitenciario, como semilibertad, liberación condicional, indulto, redención o conmutación de pena.

La dación de la ley nos trajo la polémica de sancionar penalmente a una pareja que tenía una relación sexual consentida con un adolescente mayor de catorce años, porque se sostenía que se trataba de una norma irrazonable, puesto que nuestra realidad nos indicaba que los adolescentes se inician muy jóvenes sexualmente, y no necesariamente mediante violencia sexual, sino más bien otorgando su consentimiento; por ello, dicha norma, analizada en todo su contexto, podía originar que la mitad de los jóvenes fuesen condenados como autores de la comisión del delito contra la libertad sexual y de violación sexual de menor de edad.

Asimismo, en su oportunidad originó que en la Maternidad de Lima, así como en otros centros hospitalarios, las madres adolescentes fuesen retenidas, entrevistadas y sus parejas denunciadas o investigadas por violación sexual de menor de edad, a pesar de que, según el Código Civil, los menores entre dieciséis y dieciocho años de edad podían contraer matrimonio mediante autorización judicial y permiso de los padres.

La doctrina nacional criticó severamente esta modificación, y muchos la consideraron inconstitucional y violadora de principios del Derecho Penal. En la judicatura nacional también se cuestionó la vigencia de esta regulación, y algunos órganos jurisdiccionales, al considerarla atentatoria de dispositivos constitucionales, no la aplicaron en casos concretos que iban conociendo, en mérito del control difuso de la constitucionalidad de las leyes (artículo 138, segundo párrafo, de la Constitución Política de 1993).

### **PROBLEMÁTICA JUDICIAL**

Siendo el Juez quien aplica la ley, al estar considerado como delito y con penas sumamente elevadas como la estatuida en el inciso 3 del artículo 173° del Código Penal (no menor de veinticinco ni mayor de treinta años de pena privativa de libertad), aunque conscientes de la desproporción de la pena, un acto que se considera impune en ciertas circunstancias debe ser sancionado con obligación, para lo cual no tiene lugar el considerar la idiosincrasia, costumbres o el hecho de que sea el Perú un país pluricultural, o que en las zonas altoandinas y de comunidades nativas el inicio de las relaciones sexuales y convivenciales sean tempranas y cuenten con la aceptación y apoyo de los padres y familiares, que tienen que soportar el quedarse sin el padre adolescente o mayor de edad que tienen que purgar carcelería por violación sexual de menor.

En cuanto a las relaciones sexuales entre menores de dieciocho años de edad, los casos vistos por los Juzgados de Familia o Mixtos son aquellos conocidos a través de las jóvenes adolescentes que fueron reportados como parturientas, con síntomas o amenaza de aborto

por los centros de salud, y que en la mayoría de los casos mantuvieron relaciones sexuales con otros adolescentes como enamorados pero que no planificaron un embarazo. El hecho es que en estos jóvenes se observa renuencia para afrontar responsabilidades paternas o convivenciales y son denunciados ante las Fiscalías de Familia para instaurar la apertura del proceso (artículo 204° del Código de los Niños y Adolescentes) y luego promover la acción (artículo 208° del Código de los Niños y Adolescentes) por el Juez, cuando ambos son objeto de protección de su indemnidad sexual consagrada en la Convención sobre los Derechos del Niño.

La praxis judicial ha tenido que implementar mecanismos para limitar el *ius puniendi* del Estado, frente a una actitud cada vez más de precocidad sexual en los adolescentes, a través de sentencias judiciales y plenos jurisdiccionales que sirven de guía para no lesionar los intereses de los propios adolescentes, de su familia, su dignidad y desarrollo de personalidad, dejando la sanción de las conductas típicas, antijurídicas y culpables para quienes lo merecen.

Otras dificultades generadas con la vigencia de la penalización de las relaciones sexuales entre menores se han extendido a otros delitos derogados tácitamente, por tener menos penalidad, como son los casos de seducción (artículo 175° del Código Penal), los de favorecimiento a la prostitución (artículo 179° inciso 1 del Código Penal), la colisión con el artículo 179°-A sobre acceso carnal o acto análogo con adolescentes a cambio de dinero, el delito de rufianismo (artículo 180° del Código Penal) y el delito de proxenetismo (artículo 181° inciso 1 del Código Penal). Lo mismo sucede con el artículo 241° inciso 1 del Código Civil, que faculta al Juez civil a dispensar del impedimento por adolescencia, para permitir el matrimonio de menores con dieciséis años cumplidos y tengan voluntad de casarse, y el artículo 244° del mismo Código, referido al matrimonio de menores con asentimiento expreso de sus padres.

En este punto, considero oportuno relieves el tratamiento judicial que se ha dado para uniformizar criterios jurisprudenciales a nivel nacional sobre este tema:

**Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116** de fecha 16 de noviembre de 2007, donde se estableció con carácter de doctrina legal que deben desarrollarse propuestas jurisprudenciales que permitan alcanzar desde la determinación judicial de la pena una proporcionalidad concreta, adecuada y equitativa en base a las circunstancias particulares del caso y a las condiciones especiales de los sujetos del delito. Así, resulta primordial para la determinación del *quantum* de la pena la concurrencia de factores complementarios de atenuación para cada caso concreto los siguientes requisitos:

- a. Que la diferencia etaria entre los sujetos activo y pasivo no sea excesiva.
- b. Que exista entre los sujetos activo y pasivo un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente.
- c. Que las costumbres y percepción cultural de los sujetos postulen la realización de prácticas sexuales o de convivencia o temprana edad.
- d. La admisión o aceptación voluntaria en la causa por el sujeto activo de las prácticas sexuales realizadas.

Consecuentemente, desde esta perspectiva deberá atenuarse la pena, en los casos del artículo 173°, inciso 3) del Código Penal hasta los límites considerados para los delitos tipificados en los artículos 175° y 179°-A del Código acotado que tratan de conductas semejantes, en las que incluso median el engaño y la prestación económica como determinantes de la práctica sexual antijurídica.

Asimismo, se dejó establecido que cuando la relación sexual sea voluntaria y el sujeto pasivo tiene entre 16 y 18 años de edad, es aplicable el artículo 20° inciso 10 del Código Penal que regula la institución del consentimiento, en tanto se den los presupuestos legales penales y civiles correspondientes de acuerdo a la aplicación de las normas del Código Civil (artículos 44°, 46° y 241°).

**Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116**, del 18 de julio de 2008. Las Salas Penales Permanentes, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República acordaron por unanimidad establecer como doctrina legal la exención de responsabilidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico afectado, aplicable al delito de violación sexual a que se refiere el artículo 173° inciso 3) del Código Penal, debiendo ampliarse el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad; por lo tanto, es necesario hacer hincapié que carece de trascendencia la diferencia de edades que exista entre el sujeto activo y pasivo o el vínculo sentimental entre ellos, en cuanto no medie violencia, grave amenaza o engaño, este último solo relevante para el delito de seducción.

**Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116**, del 6 de diciembre de 2011 sobre la apreciación de la prueba a efectos de evitar la victimización secundaria, en especial de los menores de edad, mermando las aficciones de quien es pasible de abuso sexual, estableciendo que se debe tener en cuenta las siguientes reglas:

- a. Reserva de las actuaciones judiciales;
- b. Preservación de la identidad de la víctima;
- c. Promover y fomentar la actuación de única declaración de la víctima.

Esta regla es obligatoria en el caso de menores de edad, valiéndose para ello de las directivas establecidas por el Ministerio Público en la utilización de la Cámara Gesell, especialmente respecto a la completitud, exhaustividad y contradicción de la declaración.

De esta manera, la máxima instancia judicial del país ha buscado solucionar los problemas que trajo consigo la Ley N° 28704, cuya vigencia motivó que nos interroguemos: ¿acaso no estaba induciendo a los adolescentes a abortar, atar o abandonar a sus hijos recién nacidos en las vías públicas, para que no se conozca su identidad y evitar que el padre de la criatura sea denunciado, procesado y eventualmente sancionado con penas que oscilan entre los 25 y 30 años de privación de la libertad?

Sin duda, al promulgar la Ley N° 28704 que endurece las penas para los delitos contra la libertad sexual en menores de edad, el legislador las sobrecriminaliza con el incremento exagerado de las penas. Solo de modo ficticio aparecen como una mayor protección a la víctima, pero en la práctica no parece haber contribuido a una mayor eficacia preventiva general o a la mayor tutela de los bienes jurídicos del Derecho Penal sexual, sino que, por el contrario, esta regulación simbólica sirvió como una simple salida facilista del Estado frente a la demanda social.

## **LA DESPENALIZACIÓN DE LAS RELACIONES SEXUALES**

La Comisión de la Mujer y Familia del Congreso de la República ha admitido la propuesta de despenalizar las relaciones sexuales consensuadas de los menores entre catorce y menos de dieciocho de edad, lo cual nuevamente ha reabierto el debate conflictivo en los diversos sectores de la población del que no puede ser ajeno el Poder Judicial. Al respecto, se están dejando escuchar muchas voces a favor y en contra, sobre todo a partir de los proyectos de Ley N° 476 /2011-CR, iniciativa de la congresista Rosa Mavila León que propone modificar el artículo 173° del Código Penal, y el N° 651/2011-CR, iniciativa de la congresista Karla Schaefer Cuculiza.

Estos proyectos tienen por objeto despenalizar las relaciones sexuales de los y las adolescentes siempre que tales relaciones sean consentidas, suprimiendo el inciso 3 del artículo 173°, artículo 170°, 173°-A y 175° del Código Penal, el cual las sanciona como delito de violación sexual entre catorce y menos de dieciocho de edad.

Cuando se promulgó la Ley N° 28704, el 05 de abril de 2006, muchos abogados y juristas criticaron duramente la posición adoptada por el Legislador, atribuyéndole que con dicha regularización se declaraba la muerte de la sexualidad de los adolescentes, por atentar contra el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana, además



de ser retrógrada y autoritaria, ya que los adolescentes también tienen derecho al ejercicio de la libertad sexual y a manifestar sus sentimientos, más aún si forman parte de la realización de su proyecto personal y de su modo de vida.

El Derecho Penal no podía sustituir la adecuada educación sexual o la moral familiar, y menos ser la primera ratio en la protección de los bienes jurídicos. Se debe proteger la indemnidad sexual o preservar el desarrollo sexual en la medida en que el portador o titular del bien no se encuentre en capacidad cognitiva y valorativa de protegerlos; pero si goza de autodeterminación o una mínima capacidad de disposición, el Derecho Penal no debe criminalizar dicha manifestación espontánea de libertad con una pena tan severa.

En este sentido, la presente ponencia busca realizar un análisis sociojurídico que permita contextualizar la referida propuesta y analizar los costes sociales que implicaría su puesta en práctica, sobre todo en una sociedad donde la juventud no está debidamente preparada para ejercer su libertad de autonomía sexual.

No es un secreto que los jóvenes peruanos (y los adultos en muchos casos) no tienen idea de esos riesgos. Según el INEI, el 13,5 % de nuestras adolescentes entre 14 y 19 años ya son madres o están embarazadas, y en algunas zonas de la Selva el promedio alcanza el 25 %. Esto se complementa con los miles de abortos clandestinos a los que, arriesgadamente, se someten esas mujeres.

El aspecto sociológico-jurídico considera que, sobre la base de los estudios sociales, lo jurídico debe prevenir el incremento de las conductas sociales que ponen en peligro la armonía social, y por lo tanto debemos dar las condiciones legales para que siga siendo así y no se constituya en delito. Lo que debemos preguntarnos es: *¿qué está sucediendo en nuestra sociedad peruana para que los menores inicien su vida sexual de manera temprana, qué los motiva?, ¿se conoce el perfil de los y las adolescentes que inician su vida sexual temprana?, ¿se ha determinado el impacto social o coste para las familias, el Estado y la sociedad dar tales o cuales iniciativas legales?, ¿cuál es la respuesta del sector educativo?, ¿existe una propuesta de educación sexual integral que se coordina de manera interinstitucional?, ¿se están tomando en cuenta la realidad cultural y las diferencias en las maneras de pensar y actuar del adolescente de la ciudad y del campo, y aún más las del adolescente de clase alta y las del que vive en condiciones de pobreza?*

No se trata de un prejuicio o de querer restringir las libertades de los adolescentes para iniciar su vida sexual con quien les parezca o cuando así lo decidan, pero sí bajo condiciones que muestren que

están preparados para ello y tengan las condiciones para afrontar los efectos de sus decisiones, sobre todo dentro del grupo etario de 14 a menos de 18 años, los mismos que en muchos casos se encuentran en dependencia económica, es decir, están siendo mantenidos por sus padres o familiares, y además se encuentran en pleno proceso de formación educativa; más aún, su proyecto de vida todavía no está claro.

Con todo ello, no se está analizando lo que a futuro representaría mayores embarazos de adolescentes, mayor deserción escolar, estudios sin conclusión sobre todo de las menores mujeres, que verán frustrado su proyecto de vida. ¿Es acaso que esta ley busca perpetuar las relaciones de género del patriarcado, buscando justificar al varón en su aprovechamiento sexual sobre la mujer?

En síntesis, atendiendo a los casos que se conocen en los diversos Juzgados de Familia o Mixtos y a los que se conoce como problemática en el ámbito de la sexualidad por la juventud de las diversas regiones del país, *me permito adoptar una posición negativa frente a la despenalización de las relaciones sexuales entre menores*, porque se podría advertir, como reitero, precocidad sexual de los adolescentes y el incremento cada vez mayor de embarazos no deseados ni planificados, que truncan la vida de los adolescentes, quienes merecen mayor y mejor protección legal e inclusión en ámbitos laborales.

Esta posición obedece, asimismo, a la verificación de pérdida de valores en la sociedad (falta de respeto entre padres e hijos, abuso sexual y maltrato infantil, desintegración de hogares) y a la falta de acercamiento entre padres e hijos para tratar temas de sexualidad, lo que conlleva a la desinformación en el hogar y distorsión de información en otros ámbitos (la calle y la escuela).

Otras razones son la violencia familiar y sexual en contra de menores por parte de familiares del entorno de la víctima, además del uso y abuso temprano del alcohol y las drogas por parte de niños y adolescentes, que desencadenan en relaciones sexuales sin protección, con el consiguiente contagio de enfermedades de transmisión sexual.

Hay que considerar también los factores culturales y de idiosincrasia en un país pluricultural como el Perú, que desconoce la vigilancia y la participación ciudadana para garantizar los derechos de los niños y adolescentes, además de la falta de control en el uso de los adelantos tecnológicos como el internet, telefonía celular, televisión, que contribuyen a la deficiente información sexual y los sitúan en una posición de mayor riesgo y vulnerabilidad.

Ahora bien, debo indicar que mi posición no colisiona con las pautas culturales, las costumbres o la cultura en la que la persona ha formado su personalidad, ya que dichas características *merecen el debido respeto de acuerdo a la idiosincrasia del pueblo*. Yo, por ejemplo, soy magistrada de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, donde existe diversidad de culturas; es decir, es una región pluricultural en la que contamos con un conglomerado de etnias nativas (awahun, huambisas, etc.), así como campesinas que radican en las zonas altas, las mismas que por su lejanía recurren a las rondas campesinas. Dichas zonas, por la interculturalidad existente, tienen particularidades, entre otras, respecto al inicio de la vida sexual de los menores, que se produce a temprana edad. Es más, la mayoría de veces, la pareja convive y tiene el consentimiento de los padres, motivo por el cual, con la aplicación del Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ., los casos judicializados han sido resueltos respetando el estrato social y el medio donde se desarrollan.

### **RECOMENDACIONES**

Considero que la despenalización de las relaciones sexuales en menores de edad, si bien sería necesario, es prematuro, por cuanto previamente el Estado debe desarrollar una política eficaz dirigida a la prevención (relacionada con las variadas áreas del quehacer socioeconómico, educacional y de capacitación familiar, urbana, de recreación, entre otras).

Implementación de programas que involucren a la familia y a la sociedad en su conjunto y que tiendan a reducir las desigualdades en todos sus ámbitos; vale decir que los niños y adolescentes varones y mujeres tienen derecho a una formación integral y a una educación responsable que les ayude a desarrollar su capacidad para dominar sus impulsos y lograr una personalidad adulta madura y equilibrada.

Desde la perspectiva del Poder Judicial, debe procurarse la especialización y la capacitación permanente en asuntos de familia, con jueces y personal jurisdiccional comprometido con el quehacer de la juventud y la niñez, capaces de atender los casos sometidos a su jurisdicción como verdaderos problemas humanos.

Se hace necesaria la presencia del Poder Judicial en las acciones que desarrolla el Estado y organismos multidisciplinarios, en beneficio de la niñez y adolescencia, a fin de que no estén al margen de las discusiones jurídicas o debates legislativos y evitar que se conviertan en simples aplicadores de las leyes.

Debe actualizarse el Código de los Niños y Adolescentes, que debe estar de acuerdo con la normatividad de los convenios internacionales suscritos y ratificados por el Perú, según los requerimientos de desarrollo de este sector social, especialmente en lo que se refiere a las medidas que garanticen los derechos de los niños y adolescentes en situación de vulnerabilidad, como los afectados por infecciones de transmisión sexual o cáncer, así como en lo que toca a programas específicos dirigidos a los niños y adolescentes víctimas de explotación sexual y a la implementación de la justicia alternativa o extrajudicial, como las Defensorías de los Niños y Adolescentes que defiendan sus derechos a través de conciliaciones y acuerdos razonados.

Asimismo, constituye un imperativo el fortalecimiento del rol de la Policía Nacional (preventivo), del rol fiscal en la gestión de Despachos Fiscales (víctimas y testigos, prevención del delito) y en la prueba indiciaria; a la postre, no solo por el plenario judicial 7-2007/CJ-116 (4-2008/CJ-116), que ha establecido que cuando la víctima sea mayor de catorce años y menor de dieciocho y exista consentimiento de su parte, el agente quedará exento de responsabilidad penal, sino también por el 1-2011/CJ-116 sobre apreciación de la prueba en delitos contra la libertad sexual; a su vez, se precisa el compromiso de todas las autoridades para ayudar a los padres de familia y a todo “sujeto de derecho” a hacer efectivo el ejercicio pleno de sus derechos, al amparo de las normas nacionales e internacionales que el Perú ha suscrito.

## **CONCLUSIONES**

Concluyo refiriendo que necesitamos de una reforma integral que comprenda los aspectos señalados en la presente ponencia, atendiendo no solo a la normativa del Derecho Penal, Derecho Civil, Derecho de los Niños y Adolescentes, de acuerdo con la Carta Magna y el Derecho supranacional. Así mismo, se hace necesario tener en cuenta los aspectos sociológicos y psicológicos que permitan una visión sistémica de la problemática.

**LA LUCHA DEL ESTADO PERUANO CONTRA EL TRABAJO  
INFANTIL Y LA TRATA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES:  
AVANCES Y DESAFÍOS**

*Dr. Eduardo Vega Luna*  
Defensoría del Pueblo

Recibido: 10.04.13

Aceptado: 26.07.13

### **SUMARIO**

1. Datos sobre la problemática de la niñez y el trabajo infantil. 2. Responsabilidad del Estado frente al trabajo infantil 3. Recomendaciones específicas a los Estados para la protección de la niñez contra el trabajo infantil 4. Acciones implementadas por el Estado Peruano 5. El grave problema de la trata de niños y niñas con fines de explotación laboral. 6. Reflexiones finales.

### **RESUMEN**

Hacia 2011, la población infantil y adolescente era del 36%, concentrando los índices más altos de pobreza. Los que trabajaban eran un millón setecientos noventaicinco mil, de los cuales el 33,9% realizaba trabajos de riesgo con más de 36 horas semanales, y pese a las iniciativas del Estado peruano, aún queda mucho por hacer.

### **PALABRAS CLAVE**

Trabajo infantil, trata de menores, explotación laboral, trabajo forzado.

### **ABSTRACT**

By 2011 the child population was 36% concentrating the highest rates of poverty and working was one million seven hundred ninety five thousand, of which 33,9% risk undertaking work over 36 hours a week and despite the Peruvian state initiatives is still much to do

### **KEY WORDS**

Child labor, child trafficking, labor exploitation, forced labor.

## **1. ALGUNOS DATOS SOBRE LA PROBLEMÁTICA DE LA NIÑEZ Y EL TRABAJO INFANTIL**

De acuerdo a información de UNICEF correspondiente al año 2011, la población del Perú se acercaba a los 30 millones de personas. De este total, el 36 % eran niños, niñas y adolescentes, es decir, 10 millones 571 mil 879 personas (UNICEF, 2011).

Además, los niños, niñas y adolescentes son los que concentran los índices más altos de pobreza. De otro lado, un 35 % del total de la población peruana vive en situación de pobreza, cifra que se eleva a 49 % entre los niños y niñas de 0 a 5 años, a 48 % entre los de 6 a 11 años, y a 41 % entre los de 12 y 17 años. En total, alrededor del 45 % del total de niños, niñas y adolescentes en nuestro país viven en condiciones de pobreza (UNICEF, 2011).

Por otro lado, según los resultados de la última Encuesta Nacional de Hogares (ENAH) elaborada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), la población de niñas, niños y adolescentes que trabajaba en nuestro país el año 2011 era de 1 millón 795 mil, es decir, un 4,3 % menos que la que existía el año 2007.

De esta cifra, 832 000 niños y niñas trabajadores tienen entre 6 y 13 años de edad, mientras que 826 000 tienen entre 14 y 17 años. El 33,9 % de adolescentes en el país realiza trabajos de riesgo y le dedica más de 36 horas semanales a dichos oficios. Ello, sin tomar en cuenta la “cifra negra” de los casos no registrados.

En ese sentido, si bien se reconocen las iniciativas adoptadas por el Estado peruano en la protección de los derechos de la niñez y adolescencia, aún queda mucho trabajo por hacer, ya que la cifra de trabajo infantil y adolescente todavía es elevada.

Para graficar este grave problema, me permito narrarles dos situaciones, entre las muchas que llegan a conocimiento de nuestra institución.

En la primera de ellas, dos adolescentes de 13 y 15 años viajaron de Andahuaylas a Abancay (región Apurímac), con el permiso de sus padres, para buscar trabajo. En dicha ciudad, se encontraron con un hombre que les ofreció trabajar en su panadería. Luego de dos semanas, el adolescente de 13 años sufrió un grave accidente en su mano izquierda al manipular una de las máquinas para amasar pan, y, debido a la gravedad de la lesión, terminaron por amputarle dos dedos. Las autoridades advirtieron que este adolescente era explotado aproximadamente 14 horas al día, especialmente por

las noches. Conocidos estos hechos, se realizó un operativo en la referida panadería, gracias al cual se logró rescatar al otro adolescente.

En el segundo caso, dos adolescentes —de 14 y 17 años de edad— se presentaron en la sede del Ministerio Público en Huacho para denunciar a una pareja de esposos que las había convencido de salir de su ciudad natal, Juliaca, en Puno, para trabajar vendiendo churros. Sin embargo, cuando llegaron a la casa de la pareja, en Huacho, empezaron a recibir maltratos físicos y psicológicos y no se les pagó nada de lo prometido, lo que las motivó a escapar. Posteriormente, las investigaciones policiales determinaron que las víctimas trabajaban 18 horas al día y que en esa casa existían más menores de edad explotadas.

Estos casos ilustran la grave problemática del trabajo infantil en nuestro país, situación que también ha sido reseñada en un informe del Departamento de Estado Norteamericano del 2012, que da cuenta que el trabajo infantil forzado en el Perú continúa existiendo, especialmente en la minería informal de extracción de oro, entre grupos de mendigos en las zonas urbanas, en el servicio doméstico y en la producción y el transporte de cocaína.

Lamentablemente, hechos como estos son comunes en nuestra sociedad, hasta el punto de generar indiferencia. Niños, niñas y adolescentes de todas las edades realizan actividades incompatibles con su edad —que incluso pueden tener relevancia delictiva—, debido esencialmente a la situación de extrema pobreza que atraviesan sus familias.

## **2. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE AL TRABAJO INFANTIL**

Frente a la problemática del trabajo y la explotación infantil, la actuación del Estado debe ser de un enérgico rechazo a situaciones que vulneren los derechos de nuestros niños, niñas y adolescentes, que —como todos sabemos— son titulares de derechos y obligaciones, los mismos que deben ser respetados por el Estado y la comunidad.

Esta nueva visión de la infancia, conocida como la Doctrina de la Protección Integral, se desprende del texto de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificado por nuestro país el año 1990 y que —en la actualidad— es el instrumento internacional más importante sobre niñez. Antes de la Convención, los niños, niñas y adolescentes eran considerados como meros objetos de protección,

a quienes se les debía asistir por razones de piedad, lo que se conocía como la Doctrina de la Situación Irregular.

Es preciso incidir en estas definiciones. Y es que, a pesar de que normativamente se ha establecido que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho, en la práctica, muchas veces las autoridades hacen caso omiso a la ley, desconociendo a los niños, niñas y adolescentes como personas capaces de ejercitar sus derechos y reclamar el cumplimiento de los mismos.

Esta situación es lo que Mary Beloff<sup>46</sup> denomina un “fraude de etiquetas” en relación con la infancia y la adolescencia, y en la que las modificaciones normativas solo implican un cambio de nombre, vacío de contenido, y no un cambio en las prácticas y políticas institucionales.

Es a partir de esta nueva visión que se debe abordar la grave problemática del trabajo y la explotación infantil. Lamentablemente, este es un problema de larga data en nuestras sociedades, e incluso ha sido objeto de análisis de la Organización Internacional del Trabajo desde sus inicios. Así, podemos mencionar que el Convenio N° 5 de la OIT, publicado en 1919, abordó el tema de la edad mínima de acceso al empleo en la industria.

Actualmente, existen dos instrumentos internacionales claves sobre la materia. El primero es el Convenio N° 138 de la OIT, referido a la edad mínima de acceso al empleo, en el que se fijan las edades mínimas requeridas según los tipos de trabajo. Este Convenio tiene como objetivo expreso “la total abolición del trabajo de los niños”.

El segundo instrumento internacional de especial relevancia es el Convenio 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil. Este instrumento exige que los Estados adopten medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil, entendidas como aquellas actividades que atentan gravemente contra los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. Entre estas se encuentran la esclavitud, la trata de personas, la servidumbre por deudas, el trabajo forzoso u obligatorio, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, entre otros. Además, el Convenio 182 invoca a los Estados miembros a que implementen los respectivos mecanismos de vigilancia y programas de acción para erradicar estas prácticas.

Como se advierte, existe una tendencia a nivel internacional a proscribir el trabajo infantil, especialmente aquellos calificados como “peligrosos”, así como las denominadas “peores formas de trabajo infantil”.

---

<sup>46</sup> Especialista argentina en materia de infancia y adolescencia.



En el ámbito nacional, el artículo 23 de la Constitución Política establece que el trabajo —en sus diversas modalidades— es objeto de atención prioritaria del Estado. Asimismo, este artículo establece la obligación estatal de proteger especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. De lo anterior, se advierte claramente la obligación del Estado de proteger a las personas menores de edad en el marco de las políticas públicas del sector trabajo.

Por su parte, el Código de los Niños y Adolescentes regula el régimen legal para el adolescente trabajador. Al respecto, se debe destacar lo dispuesto por el artículo 49° del Código, que señala que la protección al adolescente trabajador corresponde al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, en forma coordinada y complementaria con los Sectores Trabajo, Salud y Educación, así como con los Gobiernos Regionales y Municipales. Además, de acuerdo al artículo 51° de dicho Código, la edad mínima para que los y las adolescentes accedan a un trabajo en nuestro país, de acuerdo al régimen general, es de 14 años.

Adicionalmente, el Poder Ejecutivo —mediante Decreto Supremo N° 003-2010-MIMDES— aprobó la lista de trabajos peligrosos que, por la exigencia de las labores, pueden interferir o comprometer la integridad, la seguridad o la moral de los y las adolescentes. Entre estos cabe destacar a la actividad minera, construcción civil, industria de hidrocarburos, fabricación artesanal de ladrillos y adobes, aquellos realizados en centros nocturnos, prostíbulos, en la vía pública, etc.

La utilización de menores de edad en estos trabajos se encuentra prohibida, y tiene sanción administrativa y penal.

En suma, de la normativa expuesta, se aprecia que, tanto a nivel internacional y nacional, únicamente se permite el trabajo de los y las adolescentes de acuerdo con las edades mínimas señaladas en la ley. Adicionalmente, se debe garantizar que no exista explotación económica, que su realización no importe riesgo o peligro, ni afecte su proceso educativo o sea nocivo para su salud o para su desarrollo.

### **3. RECOMENDACIONES ESPECÍFICAS A LOS ESTADOS PARA LA PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ CONTRA EL TRABAJO INFANTIL**

La problemática del trabajo infantil ha merecido el pronunciamiento de diversos organismos de Naciones Unidas. El Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N° 4, titulada *La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*, instó a los Estados parte a

proteger a los y las adolescentes contra toda forma de trabajo que pueda poner en peligro el ejercicio de sus derechos, prohibiendo especialmente toda forma de trabajo infantil y reglamentando el entorno laboral y las condiciones de trabajo.

Además, este organismo supranacional ha emitido recomendaciones a nuestro país sobre el tema de trabajo infantil. En ese sentido, en las Observaciones Finales de los años 1993, 2000 y 2006, encargó al Estado peruano la implementación de diversas medidas, entre las que debemos destacar la ratificación de los Convenios 138 y 182 de la OIT, así como la elevación de la edad mínima de admisión al empleo a los 15 años.

Cabe destacar que esta última recomendación ya se encuentra recogida en el proyecto de modificación del Código de los Niños y Adolescentes que se viene debatiendo actualmente en el Congreso.

Por su parte, debe mencionarse que la situación de la niña trabajadora ha merecido un especial pronunciamiento por parte de la Asamblea General de la ONU. Así, en marzo del presente año, se invocó a los Estados a que garanticen que las niñas trabajadoras tengan acceso en condiciones de igualdad a un trabajo decente y a un sueldo y una remuneración equitativos; que estén protegidas de la explotación económica, la discriminación, el acoso sexual, la violencia y el maltrato en el lugar de trabajo; que conozcan sus derechos y tengan acceso a la educación académica y no académica, a la capacitación práctica y a la formación profesional.

Al respecto, comparto la preocupación expresada por la situación de las niñas y adolescentes trabajadoras, toda vez que, lamentablemente, ellas se encuentran más expuestas a diversas formas de discriminación y violencia, y corren mayor riesgo de padecerlas.

#### **4. ACCIONES IMPLEMENTADAS POR EL ESTADO PERUANO**

En los últimos años, el Estado peruano ha dado pasos importantes en la lucha por la erradicación del trabajo infantil. Entre ellos, podemos destacar la regulación sobre las edades requeridas para trabajar en determinadas actividades, así como las normas que establecen sanciones para los empleadores que permiten el trabajo de los y las adolescentes por debajo de dichas edades.

En materia de planes, se aprobó el Plan Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2005-2010, así como los Planes Nacionales de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2002-2010 y

2012-2021, en los que se planteó como objetivo central la protección de los niños, niñas y adolescentes frente al trabajo infantil.

De otro lado, se realizaron diversas acciones como la creación del Comité Directivo Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil (CPETI), así como de comités regionales en esta materia. Asimismo, se institucionalizó el 12 de junio como el Día contra el Trabajo Infantil. Recientemente, el Ministerio de Trabajo ha adoptado la “Estrategia sectorial para la prevención y erradicación del trabajo infantil en nuestro país”, que consta de 12 acciones enfocadas en la protección de la niñez y la infancia en el ámbito laboral. Entre estas merece destacarse la inclusión de un componente sobre trabajo infantil en los planes de responsabilidad social de las empresas a nivel nacional, el compromiso de los beneficiarios de los programas sociales para que sus hijos dejen de trabajar, así como la incorporación de acciones de inspección en materia de trabajo infantil, en los planes de fiscalización de las direcciones regionales de trabajo.

## **5. EL GRAVE PROBLEMA DE LA TRATA DE NIÑOS Y NIÑAS CON FINES DE EXPLOTACIÓN LABORAL**

Finalmente, debo referirme a una problemática que, si bien guarda relación con el problema del trabajo infantil, constituye un fenómeno autónomo. Me refiero a la trata de personas con fines de explotación laboral.

Hablar de trata de personas es hablar de esclavitud, pues este delito parte de concebir a la persona como un mero objeto de comercio —disponible al mejor postor—, desconociendo lo máspreciado que tiene un ser humano, que es su dignidad. Consiste concretamente en trasladar a una persona de su lugar de origen, recurriendo muchas veces al engaño, para que sea vilmente explotada en otro lugar.

Al respecto, el Convenio 182 de la OIT establece la trata de personas como una de las peores formas de trabajo infantil. Asimismo, la trata constituye una grave afectación a los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, y un execrable delito, cuya pena puede llegar hasta los 35 años.

Debemos tomar conciencia de que la trata de personas constituye un grave problema que afecta de manera especial a los más vulnerables en la sociedad, como son los niños, niñas y adolescentes. Y es que, de acuerdo a UNICEF, actualmente casi 2,5 millones de personas en el mundo están sometidas a trabajos forzosos como resultado de la

trata. De esta cifra, entre el 22% y el 50% de las víctimas de trata son niños y niñas.

Sin embargo, es preocupante constatar que existen diversos problemas en la judicialización y sanción de los casos de trata. De acuerdo al informe del Departamento de Estado Norteamericano del 2012, estos problemas se encuentran referidos principalmente a la confusión del delito de trata con figuras similares, a la falta de un adecuado sistema de registro de casos, a la falta de recursos necesarios para que la Policía Nacional investigue este delito, a la poca cantidad de casos de trata con fines de explotación laboral registrados, entre otras.

Ante esta grave situación, desde el año 2007, la Defensoría del Pueblo viene asumiendo un rol en la lucha contra la trata de personas. En el ámbito de nuestras competencias, hemos conocido 65 casos a través de quejas presentadas por ciudadanos y ciudadanas, así como por actuaciones de oficio.

Además, formamos parte del Grupo Multisectorial contra la Trata de Personas, que es la instancia nacional donde se adoptan las políticas públicas contra dicho flagelo, y participamos en los diversos grupos regionales que se han creado en todo el país. Adicionalmente, a la fecha, venimos elaborando un informe defensorial sobre el tema de trata de personas, que tiene como objetivo central evaluar las políticas públicas adoptadas por el Estado peruano en la lucha contra este flagelo.

Tenemos dos propuestas para combatir esta grave situación. La primera de ellas es proponer que se incremente la pena en los delitos contra la libertad de trabajo prevista en el artículo 168° del Código Penal. De este modo, nuestro país se adecuará a los estándares de protección previstos en el Convenio N° 29 de la OIT sobre trabajo forzado.

En efecto, a la fecha, un acto de violencia o grave amenaza contra un niño, niña o adolescente para obligarlo a trabajar se encuentra sancionado únicamente con una pena no mayor a dos años, lo que, en la práctica, implica que el culpable nunca será encarcelado. Así, se genera un círculo vicioso en el que la afectación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes se ve agravada por la ausencia de mecanismos efectivos de prevención y sanción.

De otro lado, se propone ratificar el Convenio N° 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos. Sin duda, este instrumento internacional constituye un mecanismo necesario para la lucha contra la trata de personas —en especial de los niños,

niñas y adolescentes— con fines de explotación laboral en el ámbito doméstico. Cabe señalar que el ámbito doméstico es considerado el sector económico en el que existe menos supervisión de las condiciones de trabajo y del cumplimiento de las obligaciones laborales por parte de los empleadores.

### **REFLEXIONES FINALES**

Llegado a este punto, quisiera hacer una reflexión general. De acuerdo a los instrumentos internacionales citados, a las opiniones del Comité de los Derechos del Niño, y a la legislación nacional vigente, el trabajo de niños y niñas se encuentra prohibido, mientras que en el caso de los y las adolescentes solo se permite a partir de los 14 años, de acuerdo al régimen general y únicamente para ciertas actividades. Fuera de estos supuestos, la utilización de menores de edad para actividades remuneradas o no remuneradas será ilegal, y podrá devenir incluso en situaciones de trata con fines de explotación laboral, o de trabajo forzado.

No obstante, consideramos que, al margen de ello, el objetivo al cual debe aspirar toda sociedad que busca la inclusión social es que los niños, niñas y adolescentes no realicen ningún tipo de trabajo, ya que ello no corresponde a su edad. Antes bien, deberían dedicarse a estudiar y jugar, que es lo que les toca vivir en esa etapa de la vida.

Somos conscientes de que muchas veces la difícil situación por la cual atraviesan las familias lleva a que los pequeños de la casa salgan a trabajar, con la intención de apoyar a la economía del hogar. Sin embargo, está demostrado que la mejor forma en que los niños, niñas y adolescente colaboren con el hogar y con el país es estudiando.

Así, de acuerdo a un estudio de la OIT del año 2003, se determinó que los costos en los que incurrirían los gobiernos nacionales y los hogares en la erradicación del trabajo infantil serían superados ampliamente por sus beneficios. En ese sentido, la eliminación del trabajo infantil en el mundo podría generar beneficios por 5,1 billones de dólares, en especial en los países con economías en desarrollo o en transición, como el Perú.

Por otro lado, actualmente, la lucha por la erradicación del trabajo infantil se ve fortalecida por el compromiso asumido en la última Conferencia Internacional del Trabajo realizada en Ginebra en junio de este año.

Esta tarea no es imposible. Al respecto, debo señalar que la Oficial de Programas de la Organización Internacional de Trabajo, María

Olave, recientemente destacó que el Perú es el único país en el mundo que ha logrado revertir una situación de trabajo infantil en la minería artesanal, con un ejemplo de modelo exitoso y sostenible de negocio.

Ella se refería a la experiencia de la comunidad Nueva Santa Filomena, en Ayacucho, en donde la práctica minera de extracción de oro se formalizó gracias al trabajo articulado entre el Estado, la cooperación internacional y la sociedad civil. Actualmente, dicha comunidad exporta oro libre de trabajo infantil.

Experiencias como estas nos llenan de esperanza de que en un futuro no muy lejano podamos ver a nuestros niños, niñas y adolescentes disfrutar plenamente de una vida libre de violencia, explotación y trabajo.

Recordemos aquí las palabras de Karl Menninger, padre de la psiquiatría norteamericana: “Lo que se les dé a los niños, los niños lo darán a la sociedad.” Construyamos, pues, desde hoy la sociedad del mañana, y para ello aunemos nuestros esfuerzos dirigidos a la protección de los derechos de nuestra niñez.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

UNICEF (2011). *Estado de la niñez en el Perú*. Lima.

## **FRAUDE EN LA DISPOSICIÓN O GRAVAMEN DE BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL**

*Milushka Felicitas Rojas Ulloa*

Doctora en Derecho y Ciencias Políticas UNMSM. Docente en la Universidad de San Martín de Porres y Escuelas de Postgrado a nivel nacional.

*Marco Antonio Bonett Hermoza*

Magíster en Derecho Civil y Comercial UNFV. Especialista en Derecho de Familia, Derecho Civil y Derecho Administrativo.

Recibido: 23.08.13

Aceptado: 28.08.13

### **SUMARIO**

1. Introducción. 2. Consideraciones generales. 3. El fraude. 4. Fraude a la Ley. 5. Fraude a la sociedad conyugal. 6. Acto jurídico. 7. Elementos del acto jurídico. 8. Acto Jurídico Nulo. 9. Acto Jurídico Ineficaz. 10. Anulabilidad del acto jurídico. 11. Posiciones doctrinarias y jurisprudenciales. 12. Conclusiones.

### **RESUMEN**

El tema materia de estudio tiene como principal fuente de motivación el fraude en la disposición o gravamen de bienes de la sociedad conyugal. La disposición por uno de los cónyuges de los bienes adquiridos en la sociedad de gananciales no es ningún problema; claro está que para ello debe contar con un poder especial. Sin embargo, cuando el registro se efectúa con el DNI donde él o la cónyuge figuran como solteros, entonces encontramos un hecho reñido con la buena fe, es decir que se registra un bien como propio, vale decir como soltero, cuando en realidad es un bien social adquirido dentro del matrimonio. En ese sentido, es importante determinar si el fraude en la disposición o gravamen de bienes de la sociedad conyugal, sin poder especial del otro, es un acto jurídico nulo, anulable o ineficaz.

### **PALABRAS CLAVE**

Matrimonio, fraude, disposición, bienes, sociedad conyugal, gravamen, bien social, acto jurídico, nulidad, ineficacia, invalidez, inexistencia.

### **ABSTRACT**

The subject matter of study whose main source of motivation fraud in the disposition or encumbrance of conjugal society. The provision for a spouse of property acquired in joint property is no problem, it is clear that for this you must have a special power.

However, when the record is made with the DNI, where he or the spouse listed as single, then find a fact at odds with the good faith, i.e. an asset is recorded as its own, i.e. as single, when in fact acquired social good within marriage. In that sense, it is important to determine whether fraud disposition or encumbrance of assets of the conjugal partnership, without special power of the other is a legal void, voidable or unenforceable.

## **KEY WORDS**

Marriage, fraud, disposition, real, community property, assessment, social well, legal act, nullity, ineffective, disability, absence.

## **1. INTRODUCCIÓN**

Antes de tratar este tema y sus respectivos alcances jurídicos, es importante recordar que el matrimonio como institución social crea un vínculo conyugal y es reconocido en disposiciones legales; por lo tanto, el marido y la mujer tienen en el hogar la autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades por igual.

El enlace matrimonial reconocido a nivel social y cultural se lleva a cabo a través de distintas costumbres y tradiciones, e incluso lo que antes era celebrado como algo exclusivo entre el hombre y la mujer, hoy, en algunos países, es aceptado entre personas del mismo sexo.

En nuestra sociedad, es decir, en sociedades de tipo occidental, encontramos dos tipos o clases de matrimonio: el matrimonio religioso, que es legitimado ante los ojos de Dios, y el matrimonio civil, reconocido y administrado por el Estado, que al mismo tiempo debe encargarse de velar por el cumplimiento de los deberes.

El régimen patrimonial del matrimonio, regulado por nuestra legislación, contempla a su vez el régimen de sociedad de gananciales o la separación de patrimonios. Este último, solo surte efecto con la inscripción en los registros públicos y bajo sanción de nulidad; en cambio, en la sociedad de gananciales pueden existir bienes propios de cada cónyuge como bienes de la sociedad, es decir, bienes comunes que pueden ser obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos y que les serán atribuidos en porcentajes iguales al disolverse dicha comunidad.

Manifiesto respecto del matrimonio y el régimen patrimonial, precisamos con meridiana claridad que uno de los problemas que



se suscitan en nuestra sociedad, motivo del régimen de la sociedad de gananciales, es precisamente el que corresponde a la disposición o gravamen de bienes de la sociedad conyugal, no obstante estar regulado en el artículo 315 del Código Civil, que refiere expresamente que para disponer de los bienes sociales o gravarlos se requiere la intervención del marido y la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad si tiene poder especial del otro.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges. Tampoco rige en los casos considerados en las leyes especiales.

## **2. CONSIDERACIONES GENERALES**

No obstante tratarse de una norma de carácter imperativo y que, como tal, impone una determinada conducta, lo dispuesto en el art. 315 de nuestro marco jurídico sustantivo no se cumple a cabalidad, situación que lleva a los órganos jurisdiccionales civiles a resolver conflictos de disposición o gravamen arbitrario de bienes sociales por uno de los cónyuges sin tener poder especial del otro, consumándose así el fraude a la sociedad conyugal. Es más, en algunos casos, el fraude es simulado por ambos cónyuges, hecho que nos lleva consiguientemente al terreno de la nulidad del acto jurídico y al supuesto de ineficacia.

Consideramos como agravante del fraude a la sociedad conyugal por uno de los consortes, especialmente en nuestra sociedad, el hecho de que los documentos nacionales de identidad (DNI) no se encuentran totalmente actualizados. Esto significa que algunos ciudadanos figuran como solteros cuando son casados, en tanto que otros se encuentran registrados como casados cuando ya son divorciados, e incluso encontramos solteros cuando en realidad son viudos. En pocas palabras, enfrentamos la desactualización de este registro y la falta de redes de integración de sistemas informáticos a nivel nacional para que los notarios y registradores de bienes se encuentren debidamente interconectados e integrados con el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) y con la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP).

En consecuencia, todavía no tenemos la seguridad y confianza necesarias que debe tener todo registro de bienes inmuebles. Si esto es así, y la norma materia de investigación solo regula pero no sanciona, y peor aún, no precisa si el acto jurídico es nulo o ineficaz, termina convirtiéndose en un evidente agravio en menoscabo de la sociedad conyugal y por ende de la familia. Ergo, algo no anda bien

y requiere una inmediata modificación para superar o corregir la deficiencia motivo de controversia.

Consecuentemente, queda claro que la solución va por prevenir el fraude, vale decir que es al Estado a quien le compete en primera instancia cumplir con este deber. No olvidemos que es al Estado al que le toca prevenir en primer lugar los actos ilícitos, y solo después y supletoriamente a los individuos.

Por otro lado, el sistema registral, en este caso el Registro Personal, debe ser un instrumento eficaz con el propósito de constituir derechos y obligaciones de indubitable factura. ¿Que este sistema es complejo y costoso? Posiblemente lo sea, pero más complejo y costoso para la sociedad es el fraude matrimonial de quien dispone o grava bienes sociales abusando de la buena fe del cónyuge.

Aclarado el tópico precedente, y antes de pasar al tema de si el acto jurídico en el caso particular es nulo, anulable o ineficaz, primero debemos tener en claro lo que es el fraude *per se* y en qué situación se encuentra el fraude a la sociedad conyugal respecto del fraude a la ley.

### **3. EL FRAUDE**

La noción de fraude implica una inmediata referencia al engaño, al acto contrario a la verdad, al recto proceder (Cabanellas, 1946). Se interpreta mejor esta acepción concibiendo que “el fraude supone, en este sentido, una conducta tendiente a eludir los efectos de una norma imperativa o de origen convencional, abstrayéndose del cumplimiento de ellas, con auxilio de otra vía negocial, receptada a su vez por la ley. Se configura el fraude por medio de actos reales, serios y no aparentes, no simulados. No diverge de la voluntad declarada. Es precisamente esta realidad la que, amparada en la norma legal, elude las disposiciones de otra o perjudica a un tercero.

Generalmente, el fraude se estructura a través de acciones, no de omisiones, que en el caso de reflejar la pasividad del deudor en el ejercicio de sus derechos, caerán en el ámbito de la Acción Subrogatoria. El fraude puede penetrar en el campo de la invalidez negocial y sancionarse con la correspondiente nulidad, o alejarse de ese ámbito para constituir un supuesto de ineficacia parcial por la vía de su oponibilidad al acreedor legitimado que triunfa en el ejercicio de la Acción Pauliana” (Santos Cifuentes, 1986).

#### **4. FRAUDE A LA LEY**

El vocablo “fraude” viene de las locuciones latinas *fraus*, *fraudis*, que significan falsedad, engaño, malicia, abuso de confianza que produce un daño, por lo que es indicativo de mala fe, de conducta ilícita (Vidal, 2005), es decir, no tiene un significado inequívoco, unas veces indica astucia y artificio, otras el ardid, y en una acepción más amplia una conducta desleal; en fin, toda acción contraria a la verdad y a la rectitud, que perjudica a la persona contra quien se comete. Una conducta fraudulenta persigue frustrar los fines de la ley o perjudicar los derechos de un tercero.

#### **5. FRAUDE A LA SOCIEDAD CONYUGAL**

Si bien es cierto que nuestra legislación no regula expresamente este tipo de fraude, la doctrina lo define como solución contraria a la buena fe que debe regir las relaciones jurídicas y lo ubica en el contexto del fraude a la ley.

El texto materia de análisis corresponde al art. 315 del Código Civil, referente al acto jurídico de disposición o gravamen conjunto de los bienes de la sociedad conyugal, salvo facultad expresa por medio de poder especial del otro.

En consecuencia, nos corresponde definir preliminarmente el acto jurídico en general y el acto jurídico nulo, anulable e ineficaz en particular, como temas discrepantes en el ámbito doctrinario y jurisprudencial.

#### **6. ACTO JURÍDICO**

Es el acto humano, lícito, con manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas (Betti, 1959, p. 51).

Tradicionalmente se define al acto o negocio jurídico como una o más declaraciones (o manifestaciones) de voluntades orientadas a producir efectos reconocidos y garantizados por el ordenamiento jurídico. El acto o negocio jurídico en general y el contrato en particular eran los instrumentos para que se realice la voluntad, de modo que cada uno sea legislador en su propia esfera jurídica (Taboada, 1996).

#### **7. ELEMENTOS DEL ACTO JURÍDICO**

Los elementos esenciales son los componentes imprescindibles que le dan carácter definitorio al acto jurídico, o sea, que han de estar

presentes para que el acto jurídico alcance existencia jurídica, sin que la autonomía de la voluntad pueda soslayarlos o enervarlos. Todo acto jurídico los necesita como requisitos para su validez y eficacia (Vidal, 2005).

Deben distinguirse dos clases de elementos esenciales: los de carácter general y los de carácter especial. Los primeros son imprescindibles en la formación del acto jurídico, y su presencia es indispensable en la generalidad de los actos jurídicos; los segundos lo son en cada acto jurídico en particular, para que adquieran su concreción, por lo que también se les llama elementos constitutivos.

## **8. ACTO JURÍDICO NULO**

El acto jurídico nulo es aquel que se da por la falta de un elemento sustancial. Está destituido de todo efecto jurídico; es inválido e ineficaz desde el inicio, salvo que el ordenamiento jurídico, excepcionalmente, le confiera algunos efectos (Torres, 2007).

Se produce *ipso iure*, sin necesidad de impugnación previa. Para que la nulidad opere como causal de ineficacia no tiene necesidad de ser declarada judicialmente; las partes se pueden comportar como si ese evento nunca hubiese tenido lugar.

## **9. ACTO JURÍDICO INEFICAZ**

Si el acto jurídico no produce sus efectos normales (todos o algunos de ellos), es calificado de ineficaz. El acto es ineficaz tanto cuando no se dan los efectos (sociales, económicos, etc.) perseguidos como cuando se hacen cesar, o los efectos no pueden hacerse valer frente a ciertas personas.

El acto jurídico es calificado de ineficaz cuando no produce ninguno de sus efectos o los produce algunos, pero no todos.

## **10. ANULABILIDAD DEL ACTO JURÍDICO**

La anulabilidad es, en Derecho, una causa de ineficacia de un acto jurídico, que deriva de la ausencia de alguno de los requisitos imprescindibles para que dicho acto tenga validez.

No hay que confundir la anulación con la derogación o la denuncia de un acto. La anulación implica que el acto nunca ocurrió y, por lo tanto, nunca produjo efectos jurídicos. Se asemeja en gran medida

a la figura jurídica de la nulidad, pero tiene importantes diferencias: puede ser subsanable, y para que tenga efecto debe existir un acto de parte del interesado.

Para una mejor ilustración, presentamos algunas diferencias entre Acto Jurídico Nulo, Anulable e Ineficaz:

Acto Jurídico Nulo	Acto Jurídico Anulable	Acto Jurídico Ineficaz
<p>Carece de elementos esenciales o tiene un contenido ilícito. Nace muerto, nunca produce efectos. La acción la pueden interponer las partes, el tercero con legítimo interés económico y moral, el Ministerio Público o el Juez de oficio (artículo 220 del Código Civil). Tutela intereses públicos. No puede ser confirmado. La sentencia que declara la nulidad es declarativa, solo constata que se ha producido una nulidad de causal y que el acto jurídico nunca ha producido efectos. Puede ser expreso o tácita. Prescribe a los 10 años.</p>	<p>Tiene todos los elementos y su contenido es lícito; solo presenta vicios estructurales. Nace con vida y produce sus efectos pero por contener un vicio en su conformación puede ser confirmado o declarado judicialmente nulo. Solo puede solicitar la declaración de nulidad por anulabilidad la parte agraviada (artículo 222 del Código Civil). Tutela intereses privados. Puede ser confirmado. La sentencia que declara la nulidad por anulabilidad es constitutiva y sus efectos se retrotraen al momento de la celebración del acto jurídico. Siempre es expreso. Prescribe a los 2 años.</p>	<p>No produce sus efectos normales. Nace con vida, pero no produce efectos. Es ineficaz tanto cuando no se dan los efectos (sociales, económicos, etc.) perseguidos como cuando se hacen cesar, o los efectos no pueden hacerse valer frente a ciertas personas. No produce los efectos que le son propios, los que se deducen de su contenido o de las normas supletorias que lo regulan.</p>

## 11. POSICIONES DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES SOBRE LA DISPOSICIÓN O GRAVAMEN DE BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL SIN CONSENTIMIENTO DE UNO DE LOS CÓNYUGES

NULIDAD	INEFICACIA
<p>La Teoría de la Nulidad refiere que el acto nació muerto, sin ninguna posibilidad de subsanación, y en consecuencia no goza de existencia ni despliega efectos jurídicos, lo que también lo hace ineficaz. Este planteamiento que sustenta la nulidad se encuentra amparado en la falta de manifestación de voluntad sustentada en el art. 140 del C.C. Si no hay manifestación de voluntad, entonces no hay acto jurídico, condición que además constituye un requisito sine qua non para su existencia y validez. La CAS. N° 336-2006 Lima, que considera este tema como un Acto Jurídico Nulo nos dice entre sus considerandos lo siguiente:</p>	<p>La Teoría de la Ineficacia nos dice que todo acto jurídico nace para ser eficaz; no obstante, no siempre es así, pues no llega a producir sus efectos jurídicos por que ha nacido muerto o porque los efectos jurídicos que producía dejaron de existir. La CAS N° 111-2006 Lambayeque, que considera este tema como ineficacia de acto jurídico, nos dice en sus considerandos lo siguiente: Tercero: (...) con esta Sentencia Suprema, se procede a variar criterios anteriormente establecidos, a fin de concluir que el supuesto previsto en la referida norma sustantiva no recoge un supuesto de nulidad del acto jurídico, sino uno de ineficacia, el mismo que origina que el</p>

<p>Cuarto: Que, en tal virtud, para disponer bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer, salvo que uno de ellos dé poder al otro para ese efecto, de acuerdo al artículo 315 del Código Civil, por lo que están prohibidos los actos de disposición unilateral de bienes inmuebles o los bienes muebles registrables sin intervención de ambos cónyuges, de modo tal que si, contraviniendo dicha norma, se practican actos de disposición de bienes sociales por uno solo de los cónyuges, se incurrirá en la causal de nulidad absoluta de acto jurídico prevista en el artículo 219 inciso 1° del Código Civil, por falta de manifestación de voluntad de los titulares del dominio del bien y por ser contrario a las leyes que interesan al orden público, según el artículo V del Título Preliminar del Código Civil<sup>2</sup>.</p>	<p>acto jurídico cuestionado no sea oponible al patrimonio de la sociedad de gananciales. Cuarto: A mayor abundamiento, conforme lo establece el artículo 292 del Código Civil (...), lo cual lleva a concluir que, la presencia de ambos cónyuges en un acto de disposición o gravamen, no supone un requisito de validez del acto jurídico, sino supone una adecuada legitimidad para contratar. Quinto: Es decir, la intervención de ambos cónyuges supone dar cumplimiento a un requisito de eficacia denominado legitimidad para contratar, el cual implica el “poder de disposición que tiene el sujeto en relación a una determinada situación jurídica” (Bianca, 1998). Tal supuesto resulta plenamente reconocido por nuestro sistema jurídico, ya que el mismo puede ser encontrado también en el artículo 161 del Código Civil, a propósito de los efectos realizados por el denominado falsus procurator. La diferencia con el caso materia de autos es que, en la celebración del contrato de constitución de garantía hipotecaria, la demandada se presentó ante el Banco demandado como única propietaria del bien inmueble y además declarando su calidad de soltera<sup>3</sup>.</p>
<p>La manifestación de voluntad es el primer requisito esencial y de existencia de un acto jurídico. Si no hay manifestación de voluntad, no hay acto jurídico alguno. Y este elemento no es otra cosa que la presencia de una voluntad interna o voluntad exteriorizada, vale decir de un querer interno dado a conocer. Así pues, la manifestación de voluntad es el resultado de un proceso que va de lo subjetivo a lo objetivo. En este sentido, es necesario que entre la voluntad interna y la voluntad manifestada exista una correlación, de forma que la manifestación responda a la verdadera intención del sujeto (Vidal, 2005).</p>	<p>El contrato que celebra un cónyuge sin asentimiento del otro cónyuge es perfectamente válido porque no hay ninguna causal de invalidez, pero sí existe un problema en los efectos jurídicos del contrato, cual es la ausencia de legitimación. “La legitimación la ostenta la sociedad de gananciales” (Morales, 2006, p. 511).</p>
<p>“Al respecto, el suscrito se inclina a considerar que si la ley establece la intervención de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes sociales, la ausencia de uno de ellos en el acto dispositivo determina su nulidad al convertirse en un acto jurídicamente imposible de consumarse, siendo de aplicación los artículos 140, inciso 2, y 219, inciso 3 del Código Civil. Es por lo tanto un acto nulo conforme a los dispositivos antes citados.</p>	<p>“El negocio jurídico de disposición de bienes sociales celebrado por uno de los cónyuges es un negocio jurídico completamente válido pero ineficaz, correctamente inoponible porque cumple con todos los requisitos de validez del negocio jurídico y tiene todos los elementos esenciales. Si los sujetos que manifiestan voluntad (cónyuge culpable o tercero) son sujetos de derecho capaces y el objeto de la relación o situación que nace del negocio jurídico es física y jurídicamente posible, el fin del negocio es completamente lícito. Respecto a la forma, esta es solamente exigible en tanto el negocio sea ab solemnitate” (Castillo, 2007).</p>
	<p>Respecto de “la legitimación como requisito de eficacia, es el poder de disposición que tiene el sujeto en relación a una determinada situación jurídica” (Bianca, 1998, pp. 65-66). La legitimación no es un requisito de validez sino más bien de eficacia.</p>

<sup>2</sup> CAS N° 336-2006 Lima. Nulidad del Acto Jurídico.

<sup>3</sup> CAS N° 111-2006 Lambayeque. Ineficacia del Acto Jurídico.

## 12. CONCLUSIONES

Antes de arribar a una conclusión, debemos enfatizar que existen serias discrepancias entre los tratadistas y la propia jurisprudencia, que han analizado en detalle el supuesto de hecho previsto en el artículo 315 del código sustantivo, considerando para el efecto que el fraude en la sociedad conyugal respecto a la disposición o gravamen arbitrario de bienes de la sociedad conyugal no recoge un supuesto de nulidad de acto jurídico sino más bien de ineficacia, en virtud a que el artículo 292 del C.C. establece que la sociedad conyugal se encuentra representada por los dos cónyuges, la misma que además debe ser ejercida de manera conjunta.

Por esta razón, el artículo 315 del C.C. precisa que para disponer o gravar un bien social se requiere la intervención de ambos cónyuges, supuesto que no quita la posibilidad de que uno de ellos pueda entregar poder al otro, y supuesto que a su vez nos lleva a colegir que la presencia de ambos cónyuges en una acto de disposición o gravamen de bienes inmuebles no supone un requisito de validez del acto jurídico sino más bien supone una adecuada legitimidad para contratar, vale decir, supone dar cumplimiento a un requisito de eficacia denominado por la doctrina como una adecuada legitimidad para contratar, situación que implica el poder de disposición o gravamen que tiene el sujeto en relación a una determinada situación jurídica.

Expuestos en detalle los conceptos básicos sobre el tema de análisis, queda en el lector formar su propio criterio y arribar a una conclusión sobre el fraude de la disposición o gravamen de bienes de la sociedad conyugal, en el sentido de si es un acto ineficaz o un acto nulo.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Belaúnde Moreyra, Martín (1999). Nulidad o resolución de compraventa de bien social. *Diálogo con la Jurisprudencia*, octubre (13).

Betti, Emilio (1959). Teoría General del Negocio Jurídico. *Revista de Derecho Privado*.

Bianca, Massimo (1998). *Diritto Civile 3. II Contratto*. Milán: Giuffrè Editore.

Cabanellas, Guillermo (1946). *Diccionario de Derecho usual*. Buenos Aires: Atalaya, 1946.

Castillo Luna, Luis M. (2007). *Disposición de bienes sociales por uno de los cónyuges*. Disponible en:  
<http://catedrajudicial.blogspot.com/2007/12/disposicin-de-bienes-sociales-por-uno.html>

Morales Hervias, Rómulo (2006). *Estudios sobre teoría general del contrato. Validez y eficacia de los actos de disposición de bienes y gravámenes de la sociedad de gananciales*. Lima: Editorial Grijley.

Santos Cifuentes (1986). *Negocio Jurídico*. Bs. As.: Astrea.

Taboada Córdova, Lizardo (1996). *La causa del Negocio Jurídico*. Lima: Grijley.

Torres Vásquez, Aníbal (2007). *Acto Jurídico*. Tercera edición. Lima: Idemsa.

Vidal Ramírez, Fernando (2005). *El Acto Jurídico*. 6ta. edición revisada. Lima: Gaceta Jurídica.



## **LA UNIÓN DE HECHO Y EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS SUCESORIOS SEGÚN EL DERECHO CIVIL PERUANO**

*Elizabeth del Pilar, Amado Ramírez*

Abogada y magíster en Derecho Civil y Comercial (USMP). Doctora en Derecho. Docente universitaria de la USMP. Miembro del Centro de Investigaciones de Derecho Notarial y Registral USMP - Derecho. Conciliadora extrajudicial. Ponente en diplomados, conferencias magistrales y curso de práctica forense organizados por el C.A.L. Autora de los libros *El Derecho Registral en el siglo XXI* (2012) y *El Derecho de Sucesiones en el siglo XXI* (2013).

Recibido: 13.08.13

Aceptado: 28.08.13

### **SUMARIO**

I. Introducción. II. Antecedentes. III. Definición de las uniones de hecho. IV. Clases de uniones de hecho. V. Las uniones de hecho y el matrimonio. VI. Cónyuge versus concubino. VII. Los herederos forzosos, el cónyuge y el miembro de la unión de hecho. VIII. El reconocimiento de derechos sucesorios para el miembro sobreviviente de la unión de hecho propia reconocida a nivel judicial o notarial. IX. La sucesión del miembro integrante de la unión de hecho como una necesidad de inclusión social. X. Las uniones de hecho y su regulación constitucional. XI. Las uniones de hecho y su regulación en el Código Civil de 1984. XII. La regulación normativa de las uniones de hecho en la Ley 26662. XIII. Las uniones de hecho y su regulación normativa en el ámbito registral (Directiva Nro. 002-2011- SUNARP/SA, Res. 088-2011-SUNARP-SA y el Precedente del LXXV Pleno Registral). XIV. Conclusiones.

### **RESUMEN**

La unión de hecho abarca un conjunto de múltiples y heterogéneas realidades humanas, cuyo elemento común es el ser convivencias (de tipo sexual) que no son matrimonio. Se caracterizan precisamente por ignorar, postergar o aun rechazar el compromiso conyugal. De esto se derivan graves consecuencias; por ejemplo, la unión de hecho en el derecho sucesorio no presentaba, hasta hace poco, ningún cuestionamiento, y era unánime señalar que los convivientes no heredan.

Empero, a nivel normativo, los prejuicios que obedecieron al concepto cerrado de familia y al matrimonio han quedado de lado a partir de la Constitución de 1993, la cual, siguiendo la tendencia de los tratados internacionales, otorga tutela amplia aun cuando no medie una unión matrimonial. La sucesión de la legítima de los concubinos que establece la ley 30007 reconoce una situación jurídica social que va en aumento y que el Estado se encuentra obligado a proteger a los miembros de la unión de hecho

propia, ya que genera vínculos afectivos, filiales y patrimoniales, materializándose el principio-derecho de la igualdad entre el matrimonio y la unión de hecho, ambas como manifestación de otra institución importante como es la familia.

### **PALABRAS CLAVE**

Uniones de hecho, matrimonio, cónyuges, concubinos, regulación constitucional y legal, ámbito registral.

### **ABSTRACT**

The union actually encompasses a set of multiple and heterogeneous human realities whose common element is being cohabitation (sexual type) that are not marriage. They are characterized precisely by ignoring, delaying or even reject marital commitment. From this we derive serious consequences, example the union in fact had no inheritance rights, until recently, no question, was unanimously noted that the spouse is not inherit. However, at the policy level, the prejudices that obeyed the closed concept of family and marriage, have fallen by the wayside since the Constitution of 1993 which followed the trend of international treaties grants broad protection even when not bound by a marriage. The succession of the legitimate domestic partners law states that 30007 recognizes a social status that is increasing and that the state is obliged to protect union members actually own because it creates emotional ties, subsidiaries and equity , materializing the top-right of equality between marriage and union, both as a manifestation of another important institution is the family.

### **KEY WORDS**

Unions, marriage, spouses, cohabitants, constitutional and legal regulation, registration area.

## **I. INTRODUCCIÓN**

En el presente artículo abordaré las uniones de hecho en el Perú, su importancia, clases, regulación normativa a nivel Constitucional, Código Civil, Ley 26662 y legislación registral, incluyendo con mayor razón la Ley 30007 del 17 de abril del 2013, en mérito de la cual se otorga el derecho sucesorio al miembro integrante sobreviviente de la unión de hecho propia.

Sin perjuicio de ello, es importante citar que un sector de la doctrina y la iglesia católica considera que las uniones de hecho, no solo las

denominadas propias, y con mayor razón las impropias, no deberían estar permitidas, y mucho menos reconocidas, como sucede en nuestro país para el caso de las uniones de hecho propias.

Sin embargo, otro sector de la doctrina, tanto nacional como extranjera, considera que las uniones de hecho propias constituyen una salida para aquellos que haciendo uso de su libertad y el derecho a elegir, reconocidos a nivel constitucional, judicial o notarial, optan por la convivencia en vez del matrimonio.

Se finaliza con las conclusiones obtenidas luego del análisis de la institución desde varios puntos de vista, que incluyen las recientes modificaciones normativas a los artículos 724 y 816 del C.C., artículo 425 inc. 4 del C.P.C., Ley 26662, entre otros, conforme a la dación de la Ley 30007. Esta trata de demostrar que el matrimonio no se ha convertido en una institución en desuso, sino más bien reconoce que las personas, como sujetos de derecho, tienen el derecho de decidir si quieren casarse o no, siendo lo fundamental que el hogar perdure, basado en lazos de amor, respeto y fidelidad, y no solo por la existencia de un papel firmado que las une.

## II. ANTECEDENTES

En una unión de hecho o fáctica, un hombre y una mujer conviven sin estar casados legalmente, o sea sin constituir una unión legal o de derecho, como sí lo es el matrimonio. Ciertamente, una gran cantidad de parejas optan por no casarse y prefieren vivir juntos pero sin atadura legal, tal vez por el costoso trámite de divorcio que tendrían que enfrentar si la relación no llegara a funcionar, o simplemente por el descreimiento en la institución matrimonial. Actualmente, la unión de hecho produce algunos efectos legales, en consonancia con la realidad.

Esta figura era ya conocida en el famoso Código de Hammurabi, dos mil años antes de Jesucristo.

En el antiguo Derecho Romano, fue una unión aceptada, constaba legalmente, según se extrae de un texto de Ulpiano contenido en el *Digesto* (D.25.7.1). Para que el matrimonio se configurara en aquella época, los romanos exigían un elemento de hecho: la cohabitación, y uno afectivo: la  *affectio maritalis*. Ellos consideraron que el concubinato solo contenía el primer elemento señalado: la cohabitación, que se ejercía con carácter duradero.

Surgió en Roma como una necesidad, ante la imposibilidad de que parejas de distinta condición social pudieran contraer justas

nupcias. El emperador Augusto reconoció esta institución en la Ley *Iulia de adulteriis*, donde se estableció esa posibilidad para quien no hubiera contraído justas nupcias, y además, ningún hombre podía tener más de una concubina. Se exigía para reconocer esta unión lícita que los concubinos no fueran parientes en el grado prohibido por la ley para contraer matrimonio y fueran púberes. Los hijos fruto de esa unión de hecho eran *sui iuris*, o sea no se reconocía vínculo *agnaticio* (parentesco civil) con el padre.

En la época del emperador Constantino, los hijos fruto de la unión de hecho pasaron a ser hijos naturales, y con el emperador Justiniano se le impuso al padre natural la obligación de brindarles alimentos, reconociéndoseles derechos sucesorios a estos hijos con respecto a su padre.

Sin embargo, en lugar de seguir evolucionando la institución para lograr mayores derechos para el concubinato, con los emperadores cristianos se comenzaron a quitar efectos, para lograr reivindicar a la institución matrimonial, concediéndose la posibilidad de legitimar a dichos hijos, en caso de ser posible, con el subsiguiente matrimonio. El emperador bizantino León el Filósofo (886-912) prohibió el concubinato.

A pesar de la oposición de la iglesia católica, el concubinato continuó durante la Edad Media, y según Escriche, en España existieron tres clases de enlaces de varón y mujer autorizados o tolerados por la ley: el matrimonio de bendiciones, celebrado con las solemnidades de derecho y consagrado por la religión; el matrimonio *a juras* o juramentado, que era legítimo pero clandestino; y la barraganía, que era propiamente “un contrato de amistad y compañía”, cuyas principales condiciones eran la permanencia y la fidelidad” (Escriche, 1986, citado por Cornejo Chávez, 1999).

A pesar de los esfuerzos constantes que hizo y hace la iglesia católica, el concubinato sigue creciendo en el mundo, y no solo en países de incipiente cultura y escasa formación integral, sino también en naciones altamente desarrolladas en todo orden de cosas, al punto que hoy en día es común que las jóvenes parejas constituyan uniones de hecho que traen aparejados graves problemas de orden social, psicológicos y jurídicos que al final de cuentas maltratan a la institución familiar, conocida como la piedra angular de toda sociedad. Por todas estas consideraciones, hay que ser sumamente prudentes en la dación de leyes que pueden tener justificaciones pero que indudablemente alientan las uniones de hecho y desalientan el matrimonio (Arias Schreiber, 1999).

Actualmente, el concubinato es, al igual que en Roma, una relación de hecho estable entre dos personas de distinto sexo que no han

celebrado matrimonio legal, y por lo tanto, su situación jurídica no está asentada en ningún registro público, lo que ocasiona algunos inconvenientes con respecto a la prueba, que generalmente es de testigos. Hay que hacer la salvedad de que puede concedérsele varios derechos afines a una unión matrimonial, en la medida en que obtenga el reconocimiento legal.

En algunos países, ciertos derechos emergentes de la convivencia se extienden a parejas del mismo sexo u homosexuales, situación que hasta la fecha no se da en nuestro país, pese a que se han presentado ante el Congreso varios proyectos sobre el tema.

Por ejemplo, en Argentina solo se les otorga derechos en la ciudad de Buenos Aires, en Río Negro y en Villa Carlos Paz.

En Uruguay se les otorga a estas parejas prestaciones de salud. En abril de 2008, una jueza de Montevideo reconoció la legalidad del concubinato formado por una pareja homosexual, aplicando la ley 18.246, que así lo establece.

En Colombia, paralelamente, se había acordado jurisprudencialmente otorgar derechos a las parejas homosexuales desde el año 2007.

En México y en Brasil, solo en el estado de Río Grande do Sul, se reconoce este tipo de unión.

Países como España, Países Bajos, Bélgica y Noruega (Europa), Canadá y Estados Unidos —solo en los Estados de California y Massachusetts— (América), y Sudáfrica (en el continente africano) no solo reconocen como concubinos a los homosexuales sino que incluso se les permite contraer matrimonio legal.

En el Perú, el interés del Estado incaico en las uniones de hecho era formalizarla a través del gobernador, con el afán de recibir tributos y contribuciones.

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

El concubinato fue en aquella época un fenómeno latente, porque como realidad cultural y sociológica existió tanto en el Derecho precolonial como colonial.

En el Código Civil de 1852 no se regulaban las uniones de hecho, porque se adhirió a la doctrina del Código Canónico sobre el matrimonio.

El Código Civil de 1936 indicaba que las uniones de hecho eran una sociedad de hecho en la que el hombre y la mujer conservan su independencia social y económica, no constituyendo una sociedad como el matrimonio, en el que sí están vinculados en dichos aspectos.

Según la Constitución de 1979, la unión de hecho era definida así: “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable” SPIJ. (2011), tal como se señalaba en el artículo 9 de la Constitución ya derogada.

Existió y existe en el Derecho Republicano como una costumbre muy arraigada, particularmente entre los habitantes de la sierra centro y sur del país, sin contar a los que viven en zonas occidentalizadas.

Según Cornejo Chávez (1999), el concubinato adopta diferentes nombres, como *warmichakuy* en el Cusco; *ujtasiña* y *sirvinakuy* en parte de Puno; *uywanakuy*, *servinaki* o *rimaykukuy* en Ayacucho; *phaway tinkuska* en Apurímac; *champtiqraqchay* en Huancavelica; *muchada*, *civilsa* o *civilia* en Junín; la *pañaca sirvinakuy* o *sirvicia* en Huánuco; *mushiapanaki*, *tinkunakuspa*, *watanacuy*, *taatsinakuy*, *mansiba* o *sirvinakuy* en Áncash, entre otros.

Etimológicamente, refiere Reyes Ríos (2002), el término concubinato deriva del latín *concubinatus*, del verbo infinitivo *concubere*, que literalmente significa dormir juntos o comunidad de lecho.

Se trata de una situación fáctica que consiste en la cohabitación de un varón y una mujer para mantener relaciones sexuales estables (Peralta, 1999). Siendo el matrimonio la regla general, por excepción nuestro ordenamiento constitucional y civil admite las uniones de hecho, más conocidas como “concubinato”. En efecto, y recogiendo una realidad en el pueblo peruano, el artículo 5 de la Constitución vigente dispone que 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. El artículo 326 del Código Civil añade que la unión haya durado por lo menos dos años continuos, sin perjuicio del último párrafo agregado en mérito a la Ley 30007 del 17 de abril del 2013.

### III. DEFINICIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO

Es una unión de hecho o fáctica, por la cual un hombre y una mujer conviven sin estar casados legalmente, o sea sin constituir

una unión legal o de derecho, como sí lo es el matrimonio, aunque actualmente produce algunos efectos legales, debido a la gran cantidad de parejas que optan por no casarse y prefieren vivir juntos pero sin atadura legal, tal vez por el costoso trámite de divorcio si la pareja no llegara a funcionar, o simplemente por no creer en la institución matrimonial.

En la vida social son frecuentes las uniones más o menos estables de hombres y mujeres no casados. A veces duran toda la vida, tienen hijos y los educan; y exteriormente se comportan como marido y mujer.

El concubinato, para un sector de la doctrina, es a veces el resultado del egoísmo de quienes no desean contraer lazos permanentes y así quedar en libertad de cambiar de compañero; otras porque alguno está legalmente impedido de casarse; y finalmente por la ignorancia o corrupción del medio en que viven.

Desde el punto de vista sociológico, es un hecho grave, en razón de la libertad sin límites que confiere a los concubinos una situación fuera del Derecho. Esta libertad extrema es incompatible con la seguridad y solidez de la familia que crean, por las siguientes razones:

- Es contraria al verdadero interés de los mismos compañeros, pues la debilidad del vínculo permite romperlo con facilidad cuando la pobreza o las enfermedades hacen más necesario el sostén económico y espiritual.
- Es contraria al interés de los hijos, que corren el peligro de ser abandonados materialmente y también moralmente.
- Es contraria al interés del Estado, puesto que es de temer que la inestabilidad de la unión incite a los concubinos a evitar la carga más pesada, la de los hijos; la experiencia demuestra que los falsos hogares son menos fecundos que los regulares.

Desde el punto de vista moral, el concubinato choca contra el sentimiento ético popular; la mujer queda rebajada a la calidad de compañera, no de esposa, los hijos serán naturales o adulterinos, cualquiera sea su calificación legal.

#### **IV. CLASES DE UNIONES DE HECHO**

La doctrina reconoce que la unión de hecho puede clasificarse en:

**La unión de hecho propia o pura.** Es aquella establecida entre un hombre y una mujer, quienes siendo libres de impedimento matrimonial deciden hacer vida en común sin formalizar dicha unión legalmente.

**La unión de hecho impropia o adulterina.** Es la que se constituye cuando uno o ambas personas que conforman la relación tiene o tienen algún impedimento para contraer matrimonio civil, optando por cohabitar a pesar de ello.

Luego de haber proporcionado las clasificaciones, debemos precisar que la normativa nacional reconoce y protege a la denominada unión de hecho propia, reconociéndola como concubinato, término que deriva del latín *concubere*, que significa “dormir juntos o en comunidad de lecho, manteniendo relaciones sexuales exclusivas, estables permanentes y continuas” (JUS Constitucional, 2008).

## V. LAS UNIONES DE HECHO Y EL MATRIMONIO

Uno de los fenómenos más extensos que interpelan vivamente la conciencia de la comunidad cristiana hoy en día es el número creciente que las uniones de hecho están alcanzando en el conjunto de la sociedad a nivel mundial, no solo a nivel nacional, con la consiguiente desafección para la estabilidad del matrimonio que ello comporta. La Iglesia no puede dejar de iluminar esta realidad en su discernimiento de *los “signos de los tiempos”*. Por consiguiente, las llamadas uniones de hecho están adquiriendo en la sociedad en los últimos años un especial relieve.

La familia fundada en el matrimonio corresponde al designio del Creador “desde el comienzo) (Mateo 19, 4). En el Reino de Dios, en el cual no puede ser sembrada otra semilla que aquella de la verdad ya inscrita en el corazón humano, la única capaz de “dar fruto con perseverancia” (Lucas 8, 15), esta verdad se hace misericordia, comprensión, y es una llamada a reconocer en Jesús la “luz del mundo” (Juan 8, 12) como la fuerza que libera de las ataduras del mal.<sup>47</sup>

Ciertas iniciativas a nivel de doctrina internacional insisten en su reconocimiento institucional e incluso su equivalencia o igualdad con las familias nacidas del compromiso matrimonial. Ante esta cuestión de tanta importancia y de tantas repercusiones futuras para la entera comunidad humana, la iglesia católica propone, mediante las siguientes reflexiones, llamar la atención sobre el peligro que representaría tal reconocimiento y equiparación para la identidad de la unión matrimonial y el grave deterioro que ello implicaría para la familia y para el bien común de la sociedad.

La expresión, unión de hecho, abarca un conjunto de múltiples y heterogéneas realidades humanas, cuyo elemento común es el de ser convivencias (de tipo sexual) que no son matrimonios.

<sup>47</sup> [www.diálogoscatólicos.com](http://www.diálogoscatólicos.com)



Las uniones de hecho se caracterizan, precisamente, por ignorar, postergar o aun rechazar el compromiso conyugal. De esto se derivan graves consecuencias.

Con el matrimonio se asumen públicamente (en nuestro caso, ante el funcionario competente de la Municipalidad Distrital respectiva), mediante el pacto de amor conyugal, todas las responsabilidades que nacen del vínculo establecido según lo indicado en el Código Civil de 1984. De esta asunción pública de responsabilidades resulta un bien no solo para los propios cónyuges y los hijos en su crecimiento afectivo y formativo, sino también para los otros miembros de la familia.

Por consiguiente, la familia fundada en el matrimonio es un bien fundamental y precioso para la entera sociedad, en donde se asienta firmemente los valores que se despliegan en las relaciones familiares. El bien generado por el matrimonio es básico para la misma iglesia, que reconoce en la familia la “iglesia doméstica”. Todo ello se ve comprometido con el abandono de la institución matrimonial implícito en las uniones de hecho.

Así como en el numeral precedente hemos definido a la unión de hecho, en esta parte conviene dar a conocer algunas definiciones del matrimonio, a fin de poder efectuar una comparación. Desde el punto de vista sociológico, el matrimonio constituye la institucionalización de las relaciones que tienen por base la unión intersexual sancionada por la ley. Queda así elevada la unión sexual a la categoría de fundamento principal del matrimonio.

Por su parte, Ennecerus, en el tomo V de su *Diccionario Jurídico comentado* define el matrimonio como “la unión de un hombre y una mujer reconocido por la ley, investida de ciertas consideraciones jurídicas y dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida entre los cónyuges”.

En igual sentido, Díez-Picazo y Gullón (1997), entienden el casamiento como “la unión de un varón y de una mujer, concertada de por vida mediante la observancia de ritos o formalidades legales y tendiente a realizar una plena comunidad de existencia” (p. 66).

El primer Código Civil peruano definía el matrimonio como “la unión perpetua del hombre y la mujer en una sociedad legítima, para hacer vida en común, concurriendo a la conservación de la especie humana”. El Código Civil de 1936 omite intencionalmente una definición del matrimonio, dejando dicha labor a la tarea interpretativa de la doctrina y la jurisprudencia.

Ahora bien, tratando de reflejar la concepción del Código actual, el matrimonio es una institución fundamental del Derecho de Familia que consiste en la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones legales a fin de hacer vida en común. El artículo 234 del actual Código pensamos que sigue las concepciones de Ennecerus y Diez-Picazo y Gullón.

Con respecto a la finalidad del matrimonio, Cornejo Chávez (1999), haciendo un estudio interesante sobre este particular expresa, que puede abordarse de dos formas.

Desde el punto de vista sociológico, fundamentado por los autores Kant, Montaigne, Aristóteles y Santo Tomás, basado en la procreación, educación de la prole y mutuo auxilio.

Desde el punto de vista jurídico, fundamentado por los autores Planiol y Ripert, Ennecerus, basado en la creación de la familia y el establecimiento de una plena comunidad de vida.

Dentro del matrimonio, y penetrando más profundamente, dentro de la familia, es que se llevan a cabo innumerables actos de la actividad diaria en que se dan la mano los sentimientos más puros y nobles del ser humano, como son el amor, el espíritu de ayuda y solidaridad y el desprendimiento, que a veces llega hasta el sacrificio, la compenetración en los inevitables momentos de adversidad que plantea la vida, particularmente cuando es compartida y cuando no son uno ni dos sino varios seres los que están de por medio.

En contraposición a todo ello, no podemos negar que el mundo moderno y los avances de todo orden que se han producido en la sociedad han afectado muchos de estos valores, y la calle, los medios de comunicación y transporte masivos, los diversos tipos de estructura económica existente, la evolución que ha sufrido la educación desde el hogar hasta las más calificadas instituciones operadoras del conocimiento y la cultura así como la denominada “economía de mercado” han sido y son factores que han penetrado en el núcleo de la institución matrimonial y por ende familiar, desestabilizándola, dando pie al surgimiento que va en ascenso de las uniones de hecho, como un paralelo al matrimonio y al propio concepto de la familia nuclear.

Sin embargo, es importante reiterar igualmente que la antigua concepción del matrimonio como “un contrato” está largamente superada y que por los factores extrapatrimoniales que entran en juego no estamos en presencia de un simple convenio susceptible

de celebrarse y también resolverse, esto es, ponerle fin, sino que nos encontramos ante una verdadera institución, de las más importantes y lamentablemente de las que se encuentran en proceso de aguda crisis dentro del mundo actual (Arias Schreiber, 1999).

## **VI. CÓNYUGE VERSUS CONCUBINO**

El cónyuge es calificado de heredero forzoso, aunque en ciertos casos con tratamiento especial que le dispensan los artículos 731 y 732 del Código Civil de 1984.

Al margen de dichos artículos, y haciendo de momento como si no existieran, el cónyuge es un legitimario más. Sin embargo, es necesario apuntar algunas precisiones:

- a. El artículo 724 del C.C. de 1984 hace referencia al cónyuge, mas no al concubino. El concubinato no confiere derechos sucesorios, aunque eventualmente (art. 326 del C.C.) pueda originar una sociedad de bienes.
- b. El artículo 730 nos indica que los gananciales son independientes de la legítima.
- c. Posible aplicación de otras normas y principios sucesorios y matrimoniales (Lohmann, 1996).

Se denomina cónyuge porque tiene esa categoría producto de haber contraído matrimonio civil, el cual, según nuestra legislación, es la única forma mediante la cual un hombre y una mujer libres de impedimento matrimonial pueden contraer matrimonio ante el funcionario respectivo de la Municipalidad.

Mientras que el concubino, conviviente o miembro integrante de la unión de hecho es denominado así porque existe la unión entre un hombre y una mujer libres de impedimento matrimonial, pero que no quieren o no desean contraer matrimonio civil, y por la tanto, simplemente deciden hacer vida en común.

Pero, a partir del 18 de abril del 2013, tenemos lo siguiente:

- El artículo 724 del Código Civil contempla también al integrante sobreviviente de la unión de hecho como heredero forzoso, a quien obviamente le corresponde ahora la legítima.
- El artículo 730 del Código Civil nos habla ahora no solo de la legítima del cónyuge que es independiente del derecho que le

corresponde por concepto de gananciales provenientes de la liquidación de la sociedad de bienes del matrimonio, sino que además, en mérito a la modificación del artículo 326 del Código Civil, se aplica este derecho al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge.

## **VII. LOS HEREDEROS FORZOSOS, EL CÓNYUGE Y EL MIEMBRO DE LA UNIÓN DE HECHO**

El heredero forzoso antes de la dación de la Ley 30007 estaba conformado por:

Primer orden sucesorio: hijos y demás descendientes.  
Segundo orden sucesorio: padres y demás ascendientes.  
Tercer orden sucesorio: el o la cónyuge supérstite.

Pero a partir del 18 de abril del 2013, los dos primeros órdenes sucesorios son los mismos; sin embargo, con respecto al tercero, ahora está conformado por:

- El o la cónyuge.
- El integrante sobreviviente de la unión de hecho

Cualquiera de los antes citados en el tercer orden concurre con los herederos de los dos primeros órdenes (hijos y demás descendientes, padres y demás ascendientes).

## **VIII. EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS SUCESORIOS PARA EL MIEMBRO SOBREVIVIENTE DE LA UNIÓN DE HECHO PROPIA RECONOCIDA A NIVEL JUDICIAL O NOTARIAL**

### **1. La unión de hecho en el Derecho Sucesorio**

El tema no presentaba, hasta hace poco, ningún cuestionamiento. Era unánime señalar, dentro de la escasa doctrina, que los convivientes no heredan. Pero desde hace ya varios años, se ha ventilado el tema de la inclusión de los derechos hereditarios para los convivientes.

Por ejemplo, para Lohmann, el Código Civil de 1984 reconoce al cónyuge sobreviviente los mismos derechos de legítima que a los ascendientes y descendientes con el objeto de reforzar la institución matrimonial. Por ello, estima que reconocer derechos hereditarios al concubino suscita una serie de problemas.

Algunos juristas siguen la posición de Lohmann y señalan que no se puede tratar por igual al matrimonio y a las uniones de hecho, pues a los desiguales hay que tratarlos desigualmente. Si no se puede obligar a nadie a casarse, añade, tampoco se puede obligar a los efectos hereditarios propios del matrimonio. Y lo que la ley quiere es favorecer el matrimonio.

Sin embargo, Espinoza cuestiona que se haya suprimido la inclusión de “derechos hereditarios y alimentarios” a los concubinos. Para este autor, la protección de la familia debe englobar todo tipo de familia, sea matrimonial o no. Anota que, en medios como los nuestros, la decisión de no casarse tiene más que ver con motivos culturales o económicos, antes que con un simple deseo de evitar el matrimonio (Pérez, 2006).

Martín Pérez, siguiendo la posición de Espinoza, indica que la legítima no regula propiamente ningún elemento de la institución matrimonial, sino, a nivel más general, el cumplimiento de una obligación legal de favorecimiento de los miembros de la familia que mantenían una relación de dependencia o de especial vínculo de afecto con el causante. Por ello, postula que la legítima no se funde en el matrimonio sino en la comunidad de vida y en el afecto. Otra cosa es el *quantum* y con quiénes concurre.

Solo se citan, dos ejemplos, entre otros: Bolivia y Ecuador reconocen derechos sucesorios a los concubinos. Si algo ya se ha avanzado en materia alimentaria, el autor no ve razón para no repensar en la legítima e incluir a los convivientes.

Por tanto, Vega Mere (2010a) reitera que resulta necesario repensar la inclusión de derechos hereditarios a favor del conviviente, quien sabe si bajo determinadas condiciones más seguras que la del plazo de los dos años que la ley prevé para la comunidad de bienes, estableciendo reglas seguras para quien dedicó su vida a un hogar del que luego se verá privado por la muerte de su compañero.

Sin embargo, todas esas deliberaciones sobre el reconocimiento de derechos sucesorios a los integrantes de las uniones de hecho propias en nuestro país han quedado finalizadas, toda vez que el 17 de abril del 2013 se publicó en el diario *El Peruano* la Ley 30007, la misma que entró en vigencia desde el 18 de abril del 2013, y mediante la cual se modificaron los artículos 326, 724, 816 y 2030 del Código Civil de 1984, el inciso 4 del artículo 425 y el artículo 831 del Código Procesal Civil, así como los artículos 35, 38 y el inciso 4 de la Ley 26662.

El objeto de la Ley 30007, según su artículo 1, es reconocer derechos sucesorios entre un varón y una mujer libres de impedimento

matrimonial que conforman una unión de hecho. Para que la unión de hecho dé lugar a derechos sucesorios es requisito que se reúnan las condiciones señaladas en el artículo 326 del Código Civil y se encuentre vigente al momento del fallecimiento de cualquiera de sus miembros.

Asimismo, según el artículo 3 de la Ley 30007, para los efectos de la presente Ley, se reconocen derechos sucesorios a favor de los miembros de uniones de hecho inscritas en el Registro Personal, de conformidad con lo establecido en el artículo 49 de la Ley 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, o reconocidas por la vía judicial.

Sin perjuicio de lo antes establecido, el integrante sobreviviente puede solicitar el reconocimiento judicial de la unión de hecho si antes del fallecimiento del causante no se hubiera realizado la inscripción registral indicada en el párrafo anterior.

Como consecuencia de las antes citadas modificaciones normativas dadas al Código Civil de 1984, ahora todo lo relativo al Derecho Sucesorio aplicable al cónyuge como heredero forzoso se aplica también al integrante sobreviviente de la unión de hecho. Como ejemplo, citemos los artículos del Código Civil:

- Artículo 725 Tercio de libre disponibilidad
- Artículo 727 Libre disposición total
- Artículo 731 Derecho de habitación vitalicia del cónyuge supérstite.
- Artículo 732 Derecho de usufructo del cónyuge supérstite.
- Artículo 822 Concurrencia del cónyuge con descendientes.
- Artículo 823 Opción usufructuaria del cónyuge.
- Artículo 824 Concurrencia del cónyuge con los ascendientes.
- Artículo 825 Sucesión exclusiva del cónyuge.

Inclusive, al no estar prohibido por ley, estaría permitido que el integrante sobreviviente de la unión de hecho, al igual que el cónyuge supérstite, pueda aceptar, renunciar, intervenir en la división y partición voluntaria de la masa hereditaria, ser declarado indigno, ser desheredado, entre otros.

Definitivamente, el reconocimiento de los derechos sucesorios entre los miembros de las uniones de hecho propias era un tema sumamente controvertido, porque se encuentran inmersos temas de índole social, moral y religioso, además del jurídico; por tal motivo, nuestro país prefirió dejar de lado su análisis y la necesidad de regularlo normativamente, y recién a partir del 18 de abril del

2013 podemos decir que nuestro país, a través de su ordenamiento jurídico, busca satisfacer las necesidades tanto de gobernantes como de gobernados.

Al parecer, está tratándose de quitar la venda de los ojos e ir a la vanguardia jurídica de ordenamientos jurídicos extranjeros. Recordemos que nuestro país es rico en recursos de diferentes tipos, pero también debemos reconocer que en nuestro país existen profesionales inteligentes que pueden analizar imparcialmente los beneficios o los perjuicios que pueden darse a nivel jurídico frente a la dación de una norma jurídica, más allá de preocuparnos solamente por el factor religioso.

Con ello, no nos referimos a dejar de lado la institución del matrimonio y sustituirlo por la unión de hecho, sino que debemos considerar que el reconocimiento de la libertad de la persona humana abarca también la elección de contraer matrimonio civil, incluyendo el religioso católico o cristiano, o elegir formar una unión de hecho. Creemos que lo fundamental es tomar una decisión consciente, basada en el amor, la razón y el sentido común.

## **2. ¿Cómo probar la convivencia de la pareja para acceder al derecho a herencia en caso de muerte de uno de ellos según la Ley 30007?**

Si se cumple con tener una relación heterosexual, no mantener ningún vínculo matrimonial, formar un hogar de hecho y superar los dos años de vida en común, entonces el siguiente paso es simple: Según la norma citada, los convivientes deben presentarse ante un notario y luego registrar su situación ante la SUNARP (Registro de Personas Naturales, Registro Personal), para asegurar su derecho a la herencia, derecho que no tenían hasta el 17 de abril del 2013.

Aquí empieza a complicarse el panorama, porque pueden acceder a este derecho los concubinos que ya no continúen juntos, siempre que acrediten bienes adquiridos durante la relación concluida.

En la actualidad solo hay registradas 2 513 uniones de hecho en la SUNARP (5 026 personas). Ello significa que casi el 99 % de los 5 millones 124 mil convivientes que se calcula existen en el Perú deben regularizar su situación.

Esta es una razón más interesante para inscribirse, nos indica Mario Castillo Freyre, que aclara que primero habrá que acreditar la unión de hecho como si fuera un matrimonio con dirección común, por ejemplo.

### **3. Posibles conflictos de no registrar la convivencia en los Registros Públicos**

- Dos personas reclaman haber vivido a la par con el concubino. El poder judicial deberá acreditar cómo se consiguieron los bienes. Corren el riesgo de que el juez no le dé la razón a ninguna.
- Una persona reclama haber sido conviviente pese a no estar registrada, frente a otra que sí lo está. Se puede llegar a los tribunales para definir el caso.
- Más de una persona puede reclamar haber sido conviviente en diferentes períodos de tiempo. El juez determinará los bienes adquiridos en cada caso para la debida herencia.

Según Castillo Freyre, el sentido de la norma no es avalar al que tuvo un amorío y un hijo en otro compromiso, sino a aquella persona que se comporta como si hubiera estado casada con su conviviente.

Acudir a los tribunales o al Poder Judicial es el otro camino, que en muchos casos resolverá situaciones conflictivas. Los convivientes que no se hayan inscrito deberán empezar un proceso para que se les reconozcan sus derechos, explica Villenas.

### **4. Doble realidad**

El estudio de Social Trends Institute del 2010 sobre matrimonios y economía arroja estos datos:

- Existen 25 convivientes por cada mil habitantes en el Perú.
- 80 % de peruanos no cree que el matrimonio sea algo obsoleto.
- Hay 15 convivientes por cada mil habitantes en Argentina.

Lo anterior demuestra que en el Perú, según el estudio del 2010, se registraron 3 matrimonios por cada mil habitantes. Ocupa el penúltimo lugar en tasa bruta de uniones entre 29 países y el segundo lugar en convivencias.

### **5. ¿Cómo se registran los convivientes?**

Deben tener el parte notarial o judicial que reconozca la convivencia.

Luego se presenta una solicitud de inscripción registral y copia del DNI.

Todo el trámite se hará ante la oficina registral de su distrito.

La tasa registral es de 18,00 nuevos soles.



## **6. ¿Cuánto tarda el trámite?**

Siete días a lo sumo, y desde que el notario declara la unión ya se tiene la facultad de conviviente.

El registro se encarga de publicitar dicha situación.

## **7. ¿Aumentarán las inscripciones de los convivientes?**

Con la modificación de la norma va a haber un aumento considerable.

## **8. ¿Es mejor la convivencia que el matrimonio?**

Según la opinión de Rosario Sasieta, si uno quiere casarse, que se case, y si pretende seguir como conviviente, pues que lo siga haciendo; es una decisión que depende de cada pareja. La citada no está en contra de la convivencia o del matrimonio, los peruanos tienen todo el derecho de elegir qué hacen con su vida en pareja.

Así, los convivientes tiene todo el derecho a serlo, y para ellos existe ya la figura de la sociedad de gananciales, para de alguna manera proteger económicamente a estas parejas.

Sin embargo, lo que ha hecho el Estado Peruano al dar la reciente Ley 30007 es darle el carácter de viudo al que no es viudo. Es darle derecho a herencia a una persona que eligió no estar casada, lo que puede traer muchas injusticias, y por consiguiente, muestra su desagrado.

El Estado no tiene por qué meterse en las decisiones sentimentales de los ciudadanos. Los convivientes no han pedido ser tratados como esposos, si no, se hubieran casado. Por algo no se habrán querido casar.

Importante comentario, pero recordemos que es preciso respetar las decisiones de la persona como sujeto de derecho, y más aún si estas no van en contra del orden público, la moral y las buenas costumbres, sin olvidarnos que sean contrarias a la ley.

## **IX. LA SUCESIÓN DEL MIEMBRO INTEGRANTE DE LA UNIÓN DE HECHO COMO UNA NECESIDAD DE INCLUSIÓN SOCIAL**

En los últimos tres censos, las cifras de uniones de hecho se han incrementado. Así tenemos que:

- En el censo de 1981, el 12 % de la población conformaba una unión de hecho.

- En el censo de 1993, el 16,3 % de la población conformaba una unión de hecho.
- En el censo del 2007, el 24,6 % de la población conformaba una unión de hecho.
- Ya en el 2010, supera el 25 % de la población peruana.

Asimismo, según las estadísticas extraídas de la página web de la SUNARP, a fines del año 2011 se encuentran inscritas a nivel nacional más de 2 531 uniones de hecho, conforme al siguiente detalle:

- ZONA REGISTRAL I -PIURA 65.
- ZONA REGISTRAL II -CHICLAYO 85.
- ZONA REGISTRAL III -MOYOBAMBA 16.
- ZONA REGISTRAL IV -IQUITOS 44.
- ZONA REGISTRAL V -TRUJILLO 184.
- ZONA REGISTRAL VI -PUCALLPA 24.
- ZONA REGISTRAL VII -HUARAZ 78.
- ZONA REGISTRAL VIII -HUANCAYO 113.
- ZONA REGISTRAL IX -LIMA 1559.
- ZONA REGISTRAL X -CUSCO 29.
- ZONA REGISTRAL XI -ICA 87.
- ZONA REGISTRAL XII - AREQUIPA 125.
- ZONA REGISTRAL XIII- TACNA 104.

Estas cifras demuestran una realidad social, y por tanto, no pueden ser ignoradas por el Derecho, a fin de lograr una paz social con inclusión social, ya que no es de Derecho persistir en una situación injusta donde el ordenamiento jurídico mantenga una diferenciación plena entre matrimonio y la unión de hecho, ya que ambas cumplen funciones afines y se desenvuelven de manera similar, generando vínculos afectivos y filiales, e inclusive forjando un patrimonio común en beneficio de la familia.

Se advierte que en la medida que las inscripciones de las uniones de hecho en los registros públicos vaya en aumento, se verificará la necesidad de la población de querer que se otorgue publicidad del acto frente a los terceros ajenos a la relación, y con ello se hará evidente la necesidad que había de reconocer derechos sucesorios a favor de sus integrantes.

Para un sector de la doctrina nacional, antes de la dación de la Ley 30007, al no reconocerse el derecho sucesorio entre los miembros de una unión de hecho propia en nuestra país, se violentaba el principio-derecho de igualdad regulado en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, ya que, como lo ha señalado el Tribunal Constitucional Peruano, la “igualdad” es un derecho

y un principio constitucional cuyo contenido constitucionalmente garantizado contiene un mandato de prohibición de discriminación y es un presupuesto inexorable para contrastar una eventual afectación del principio-derecho de igualdad, al tener un parámetro de comparación válido.

Es importante señalar que las dos situaciones de hecho (sucesión del cónyuge supérstite y prohibición de sucesión del concubino supérstite) que han merecido un trato desigual por parte del legislador peruano deben ser válidos constitucionalmente y compartir una esencial identidad en sus propiedades relevantes, situación que hoy ya ha sido salvada gracias a las modificaciones normativas en mérito a la Ley 30007.

En efecto, y según lo citado por Samaniego, una manifestación de la exclusión social es la desigualdad, ya que la misma lesiona al principio-derecho de igualdad. La igualdad es un principio ya que sirve como parámetro rector de la organización y actuación del Estado Social y Democrático de Derecho, y como derecho consistente en un trato igual, evitando privilegios y desigualdades arbitrarias.

Por tanto, la igualdad como principio-derecho involucra que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a personas de los derechos que se conceden a otra; por tanto, se debe evitar toda actividad legislativa (ya sea como *lege lata* “lo que es” o *lege ferenda* “lo que debe ser”) tendiente a una diferenciación arbitraria, injustificada y no razonable (que posiblemente en un contexto anterior fueron correctos, pero que hoy no se deben tolerar). Solo basta dar un vistazo a nuestra realidad actual.

Recordemos que según la exposición de motivos del Código Civil de 1984, del 12 de marzo de 1991, se acordó no conferir derechos sucesorios a los concubinos por tres razones fundamentales:

- a. Si se optara por otorgar derechos hereditarios a los concubinos, prácticamente se borrarían las diferencias con las personas casadas. Se argumentaba que de esa forma se desalentaría aún más el matrimonio (tesis sostenida por Jack Bigio Chrem).
- b. El artículo 5 de la Constitución Política del Perú de 1979 protege al matrimonio y a la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación, y el artículo 9 (reconocimiento expreso del concubinato) de la indicada Constitución ha recogido una necesidad social, pero sus efectos deben limitarse al régimen de sociedad de gananciales y no extenderse en ningún caso al ámbito hereditario (tesis sostenida por César Fernández Arce).

- c. Para otorgar derechos hereditarios a los concubinos se requiere en forma expresa el reconocimiento expreso de la Constitución Política del Perú, no pudiendo extenderse la interpretación en ese sentido. Por tanto, no era conveniente que el Código Civil otorgara a los integrantes de una unión de hecho mayores derechos que los que le confiere la Constitución Política del Perú (tesis sostenida por Edmundo Haya de la Torre).

Habiendo recordado estos tres aspectos, debemos reconocer y a la vez sentirnos agradecidos hoy porque los legisladores están conscientes de los cambios que sufre la población peruana día a día, tal vez por la injerencia de sucesos que se dan a nivel mundial, como por ejemplo en Estados Unidos, Argentina, España, etc., los cuales denotan la necesidad de modificar la normatividad de modo que esté acorde con la realidad en tiempo y espacio.

Prueba de ello es indudablemente el reconocimiento de derechos sucesorios al miembro integrante sobreviviente de la unión de hecho reconocida bien por el Poder Judicial o en la vía notarial y debidamente inscrita en el Registro Personal, demostrando la aplicación del test de igualdad y aplicando el constitucionalismo contemporáneo, según el cual la dignidad humana es el parámetro de toda decisión legislativa, consagrando a la persona como fin y a su dignidad como valor-principio rector.

Y para concluir este ítem, conviene citar a Aliaga Castillo, quien nos da la definición de la legítima romana y su definición contemporánea: la legítima romana nació con el fin preponderante de proteger económicamente a la familia, y se fundamentaba en los deberes de asistencia recíproca y en los sentimientos de afecto natural que deben existir entre los integrantes de este especial núcleo social.

De ese mismo parecer es Ferrero Acosta, que nos dice que la legítima o cuota disponible tiene como fundamento afirmar la solidaridad familiar y evitar que el patrimonio sufra una atomización excesiva.

En consecuencia, haciendo un análisis concordante con la opinión de Samaniego Cornelio, el fin constitucional de la legítima del concubino es proteger y velar por el bienestar económico de la familia y se fundamenta en los deberes de asistencia recíproca y de afectos que se dan dentro de ese núcleo familiar.

Agregamos que todo ello, debe operar en la medida que se trate de una unión de hecho propia debidamente reconocida por nuestro ordenamiento, proveniente de la vía judicial o de la vía notarial, cuya inscripción sea consolidada en el Registro de Personas Naturales- Registro Personal.

## **X. LAS UNIONES DE HECHO Y SU REGULACIÓN CONSTITUCIONAL**

### **Artículo 4 de la Constitución Política del Perú de 1993**

Protección del niño, madre, anciano, y la familia. El matrimonio:

“La Comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

La forma de matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley” (Gaceta Jurídica, 2009).

### **Artículo 5 de la Constitución Política del Perú de 1993:**

Unión de hecho:

“La unión de hecho de un varón y de 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” (Gaceta Jurídica, 2009).

Con la dación principalmente del artículo 5 de la Constitución de 1993, surge un problema fundamental sobre las uniones de hecho, que es el relativo a la prueba de su existencia. Debe precisarse que ella no va a constar en un título de estado de familia, como son las partidas del Registro del Estado Civil. Esto es así por tratarse de un estado de familia de hecho.

Al respecto, cabe precisar que la creación de registros municipales para la inscripción de las uniones de hecho no vulnera el modelo de familia de la Constitución de 1993. Al contrario, resulta concordante con él, desde que permitirá la acreditación inmediata y el reconocimiento, a favor de esa unión de hecho, de los efectos reconocidos bajo el principio de protección de la familia. Recuérdese que ya no nos encontramos bajo el influjo de los principios de la derogada Constitución de 1979, en donde de la unión de hecho no surgía una familia y que, por tanto, el establecimiento de tales registros resultaba vulnerando el modelo de familia de aquella Constitución de 1979 que se basaba en la idea de que solo del matrimonio nace la familia. La prueba de la existencia de la unión de hecho se constituye en una cuestión necesaria para reclamar los efectos legales reconocidos (Plácido, 2010).

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia (2011) de la República en la Sentencia en Casación N° 2623-98 JAEN ha precisado que “la declaración judicial de convivencia o unión de hecho tiene como propósito cautelar los derechos de cada concubino sobre los bienes adquiridos durante la unión, entendiéndose que por la unión se ha originado una sociedad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuera aplicable”.

Sobre este último punto, se debe distinguir la oportunidad de su demostración en un proceso, según que se trate de los efectos entre los convivientes o frente a terceros. Así, y respecto de los efectos personales que se reclamen entre los convivientes, como serían requerir alimentos o una indemnización en caso de terminar la unión de hecho por decisión unilateral de uno de ellos, la prueba de la existencia de la unión de hecho puede actuarse dentro del mismo proceso en que se ejerciten tales pretensiones, no requiriéndose su previo reconocimiento judicial. Esta apreciación se sustenta en la naturaleza de las pretensiones que se reclaman, las que exigen una pronta atención.

En cambio, con relación a los efectos patrimoniales que se reclamen entre los convivientes o frente a terceros, como son los derechos que les correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales, la prueba de la existencia de la unión de hecho se requiere en forma previa al ejercicio de tales pretensiones, por lo que debe actuarse en un proceso distinto y anterior. Este criterio también se sustenta en la naturaleza de las pretensiones que se reclaman y por la seguridad jurídica necesaria para evitar perjuicios a terceros (Plácido, 2010a).

De otra parte, la prueba va a estar dirigida a demostrar que un hombre y una mujer sin estar casados entre sí hacen vida de tales. En ello consiste la posesión constante de estado de convivientes. Claro está que, además, se deberá probar el cumplimiento de los demás elementos o requisitos para la configuración de la unión de hecho, que no media impedimento matrimonial y, para la aplicación de las normas del régimen de sociedad de gananciales, que ha durado por lo menos dos años continuos. Cabe considerar el valor probatorio de la partida de matrimonio religioso,<sup>48</sup> sin haberse celebrado el matrimonio civil.

Sin embargo, el reconocimiento de la unión de hecho no se agota con una resolución emitida por el Poder Judicial satisfactoria, sino

---

<sup>48</sup> A partir del Concilio de Trento, que se inició en 1930, hasta 1960 aproximadamente se crean los sacramentos reconocidos por la iglesia católica; por tanto, se reputa que antes de dicha fecha la partida de matrimonio religioso tenía el valor de la partida de matrimonio civil; pero a partir del inicio de dicho concilio, se reconoce como único documento que acredita el matrimonio civil a la partida de matrimonio emitida por la Municipalidad.

que además, según la Ley 29560 que modifica la Ley 26662, se da la posibilidad de ir al notario para solicitar el reconocimiento de la unión de hecho, como se comentará en líneas posteriores.

Sin perjuicio de lo anterior, se agrega que, con relación al principio de reconocimiento integral de las uniones de hecho citado en la Constitución de 1993 en su artículo 5, el Tribunal Constitucional (2011a), con la STC 06572-2006-PA/TC, ha confirmado el criterio ya asumido en la STC 09708-2006-PA/TC.

En efecto, se trata de un caso en el que la demandante solicitó se le otorgue una pensión de viudez, conforme con el D. Ley 19990, alegando tener una declaración judicial de unión de hecho. Recuérdese que, de conformidad con el artículo 53 de la aludida norma, es condición para acceder a la pensión de viudez el acreditar la celebración del matrimonio civil. Siendo así, el problema consiste en dilucidar si procede o no reconocer la pensión de sobrevivientes a la pareja de hecho supérstite.

Previamente, el Tribunal Constitucional (2011a) hace un repaso de los pronunciamientos emitidos: “Si bien en un principio tal posibilidad se encontraba implícita (se refiere a la STC 02719-2005-PA/TC), por medio de otra sentencia se rechazó tal supuesto (se refiere a la STC 03605-2005-PA/TC), aceptándose luego tal hipótesis (se refiere a la STC 09708-2006-PA/TC)”.

En el rubro sobre la tutela de la familia en el Estado Democrático y Social de Derecho y la pluralidad de estructuras familiares, el Tribunal Constitucional da cuenta del proceso de evolución de la protección de la familia, señalando que en el constitucionalismo de inicios del siglo XX “se identificaba al matrimonio como único elemento creador de familia. Se trataba pues de un modelo de familia matrimonial, tradicional y nuclear, en donde el varón era cabeza de familia dedicado a cubrir los gastos familiares y la mujer realizaba necesariamente las labores del hogar”.

Agrega el Tribunal Constitucional (2011b) que los cambios sociales generados a lo largo del siglo XX han puesto el concepto tradicional de familia en una situación de tensión. “Y es que al ser este un instituto ético-social, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Por lo tanto, hechos como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *páter familias*. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de

las uniones de hecho, las monoparentales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas”.

Sin embargo, y sin advertir la desvinculación entre familia y matrimonio de la Constitución de 1993, el Tribunal Constitucional indica que “el texto constitucional no se preocupa en definir el concepto (de familia). Es claro entonces, que el texto constitucional no pretendió reconocer un modelo específico de familia. Por consiguiente, el instituto de la familia no debe relacionarse necesariamente con el matrimonio...”.

Admitiendo que en el sistema constitucional vigente la familia que se protege es una sola, sin importar su origen, que puede ser matrimonial o extramatrimonial, el Tribunal Constitucional (2011b) reitera que “sin importar el tipo de familia ante la que se esté, esta será merecedora de protección frente a las injerencias que puedan surgir del Estado y de la sociedad”. Y añade que “no podrá argumentarse, en consecuencia, que el Estado solo tutela a la familia matrimonial, tomando en cuenta que existe una gran cantidad de familias extramatrimoniales. Es decir, se comprende que el instituto familiar trasciende al del matrimonio, pudiendo darse la situación de que extinguido este persista aquella”.

Sobre esto último, si bien destaca que “esto no significa que el Estado no cumpla con la obligación de la Constitución en cuanto promover la familia matrimonial, que supone mayor estabilidad y seguridad de los hijos”, omite explicar la armonización entre los principios de protección de la familia, promoción del matrimonio y de reconocimiento integral de la unión de hecho.

Pasando al punto sobre el reconocimiento jurídico de la unión de hecho, el Tribunal Constitucional también hace un repaso de su evolución, que va desde la negación de efectos legales, por haber sido concebida como “una forma de vida inmoral”, hasta el reconocimiento de efectos legales, “por el incremento de las prácticas convivenciales y la mayor secularización de la sociedad y del Estado”.

Continuando con el análisis del artículo 5 de la Constitución de 1993, el Tribunal Constitucional advierte las características de la unión de hecho: se trata de una unión monogámica heterosexual, sostenida por quienes no tienen impedimento alguno para casarse, con vocación de habitualidad y permanencia (confirma el plazo de dos años continuos del artículo 326 del Código Civil), mantenida de manera pública y notoria, que conforma un hogar de hecho y a la que se le reconoce una comunidad de bienes que deberá sujetarse a la regulación de la sociedad de gananciales (Plácido, 2010b).



En cuanto a la comunidad de bienes, el Tribunal Constitucional ratifica la tesis de que este régimen patrimonial es único y forzoso para los convivientes por imposición constitucional: “Así, el reconocimiento de la comunidad de bienes, implica que el patrimonio adquirido durante la unión de hecho pertenece a los dos convivientes. Con ello se asegura que a la terminación de la relación, los bienes de tal comunidad pueda repartirse equitativamente, con lo que se erradicarían los abusos e impediría el enriquecimiento ilícito”.

El Tribunal Constitucional estima que, interpretando el artículo 53 del D. Ley 19990 a la luz de la Constitución de 1993, le corresponde a la demandante la pensión de viudez, no solo por haberse consagrado a la protección de la familia como mandato constitucional y ser la unión de hecho un tipo de estructura familiar que está involucrada en tal mandato de protección, sino además por existir un tratamiento diferenciado entre el Sistema Nacional de Pensiones y el Sistema Privado de Pensiones que vulnera el derecho-principio de igualdad. Se recuerda que en el Sistema Privado de Pensiones las parejas de hecho sobrevivientes son beneficiadas con la pensión de viudez de acuerdo con el artículo 117 del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones. Siendo así, se hace una diferenciación entre iguales desde que la situación es equivalente: la contingencia que implica la muerte del conviviente.

## **XI. LAS UNIONES DE HECHO Y SU REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984**

La normatividad civil se ha encargado de establecer las pautas dividiendo a las uniones de hecho en las que cumplen con los requisitos legales para ser reconocidas judicialmente o notarialmente, y las que no los cumplen.

La idea ha sido otorgar protección jurídica a las uniones de hecho denominadas propias, entre un varón y una mujer sin impedimento matrimonial, que pueden convertirse en matrimonio, diferenciándolas de las impropias.

### **Artículo 240 del Código Civil de 1984**

“Si la promesa de matrimonio se formaliza indubitablemente entre personas legalmente aptas para casarse y se deja de cumplir por la culpa exclusiva de uno de los promitentes, ocasionando con ello daños y perjuicios al otro o terceros, aquel estará obligado a indemnizarlos.

La acción debe interponerse dentro del plazo de un año a partir de la ruptura de la promesa.

Dentro de un mismo plazo, cada uno de los prometidos puede revocar las donaciones que haya hecho a favor del otro por razón del matrimonio proyectado. Cuando no sea posible la restitución, se observa lo prescrito en el artículo 1635”.

### **Artículo 326 del Código Civil de 1984**

“La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años. La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita. La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales. Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido.

Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el presente artículo producen, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios similares a los del matrimonio, por lo que las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge”. (Este último párrafo ha sido incorporado en mérito a la Ley 30007 del 17 de abril del 2013.)

### **Artículo 402**

“La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: inc. 3. Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales”.

### **Artículo 724**

#### **Herederos forzosos:**

“Son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho”.

## **Artículo 816**

### **Órdenes sucesorios:**

“Son herederos del primer orden los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho; del cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercer y cuarto grado de consanguinidad.

El cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho también es heredero, en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este artículo.”

## **XII. LA REGULACIÓN NORMATIVA DE LAS UNIONES DE HECHO EN LA LEY 26662**

Según lo comentado en los puntos precedentes, ha quedado claro que el reconocimiento de las uniones de hecho propias en nuestro país estaba a cargo única y exclusivamente del Poder Judicial; sin embargo, la Ley 26662, denominada Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, ha sido ampliada o modificada por la Ley 29560, publicada en *El Peruano* el 16 de julio del 2010. En esta Ley se autoriza a los notarios a realizar el reconocimiento de la unión de hecho propia contemplada en el artículo 326 del Código Civil de 1984, así como su cese, y su inscripción en el Registro Personal. “Ley considerada como un nuevo mecanismo de protección de la familia y un signo de promoción de las uniones no matrimoniales” (Vega, 2010b, p. 37). Asimismo, la Ley 26662 ha sido modificada por la Ley 30007 del 17 de abril del 2013.

Por consiguiente, ahora el reconocimiento de las uniones de hecho propias en nuestro país está a cargo o es de competencia del Poder Judicial o de la vía notarial, quedando a libre elección de los miembros de la unión de hecho la decisión de optar por una u otra vía, sin perjuicio de citarse que en caso de algún conflicto o desacuerdo de las partes intervinientes no podrá proseguir el trámite en la vía notarial, sino solo en la vía judicial, ya que el juez es el único que tiene facultades jurisdiccionales y de resolución de los conflictos, mas no los notarios. Este criterio es sustentado en el artículo 6 de la Ley 26662, referido al consentimiento unánime que debe existir en todo procedimiento no contencioso seguido a nivel notarial.

Pero como casi todo en Derecho es cambiante y debe ir de acuerdo con la realidad en tiempo y espacio, desde el día siguiente de

la publicación de la Ley 29560, se ha ampliado tácitamente el artículo 2030 del Código Civil de 1984, artículo que regula los actos inscribibles en el Registro Personal, al permitir el acceso a dicho registro del reconocimiento notarial de las uniones de hecho y su cese, así como también se permite desde ese momento el acceso a dicho registro del reconocimiento judicial de las uniones de hecho y su cese, a pesar de que en reiteradas oportunidades se emitieron Resoluciones del Tribunal Registral en el sentido de que la unión de hecho no era un acto inscribible en el registro personal, así como no es un acto inscribible el matrimonio, a manera de comparación.

Y sumado a ello, se incorpora al citado registro la inscripción de la anotación de demanda o sentencia de nulidad de uniones de hecho, como por ejemplo las provenientes del Poder Judicial.

A continuación indicaré brevemente el procedimiento del reconocimiento de las uniones de hecho en la vía notarial contemplado en los artículos 45 al 52 de la Ley 26662:

- Hombre y mujer, más requisitos del artículo 326 del Código Civil.<sup>49</sup>
- Se aplica a convivientes que han decidido solicitar su reconocimiento de común acuerdo. No procediendo esta vía cuando existe conflicto o cuando solo uno de los convivientes desea solicitar el reconocimiento de la unión de hecho.

Solicitud:

- Nombres y firmas de ambos convivientes.
- Convivencia no menor de dos años continuos.
- Declaración expresa de libertad de impedimento matrimonial.
- Certificado domiciliario de los solicitantes.
- Certificado negativo de unión de hecho, emitido por la Oficina Registral del lugar donde viven los solicitantes.
- Declaraciones expresas de dos testigos, indicando el tiempo de la unión de hecho, conforme lo establece el Código Civil. Los impedimentos están regulados en el Código Procesal Civil, tales como no ser parientes, no ser dependiente, no tener amistad o enemistad, no ser acreedor o deudor, etc.
- Publicación: una vez en el diario oficial, y en otro de mayor o amplia circulación. Se publica un extracto de la solicitud. Art. 13 de la Ley 26662.

---

<sup>49</sup> Requisitos del artículo 326 del C.C.:

La unión debe ser voluntaria (no es posible pensar en una convivencia forzada).

Debe tratarse de una unión heterosexual, es decir, varón y mujer (quedando descartadas las parejas homosexuales).

La pareja debe tener una comunidad de vida estable y duradera; en el Perú, el plazo es de dos años ininterrumpidos.

La estabilidad, que implica techo común, cohabitar, vivir maritalmente.

La pareja debe encontrarse libre de impedimento matrimonial (no es necesario que la pareja tenga hijos; sin embargo, es un indicio de convivencia o de relaciones maritales).

- Protocolización: 15 días útiles desde la publicación, sin haber oposición. Escritura pública con la declaración de reconocimiento. Produce todos sus efectos, mientras no se declare su invalidez por el órgano jurisdiccional.
- Inscripción en el Registro Personal: el notario remite partes al Registro de Personal del lugar donde domicilian los convivientes.
- Oposición: remisión al Poder Judicial.
- Cese de la unión de hecho: por escritura pública, incluye liquidación del patrimonio social. No hay publicaciones.

De aquí surge una interrogante: ¿Cuál es la finalidad de la Ley 29560? Podemos citar, entre otras:

- Contribuir con descongestionar el Poder Judicial, otorgándose competencia a los notarios para el reconocimiento de las uniones de hecho en su oficio notarial, como vía alterna al Poder Judicial.
- Publicitar a terceros el inicio y el fin de las comunidades de bienes originadas como consecuencia del reconocimiento de las uniones de hecho, para su posterior inscripción en el registro respectivo.
- Contribuir a proteger al conviviente frente a los actos indebidos de apropiación que pudiere ejercer el otro conviviente.
- Fomenta el interés en el tráfico patrimonial, o más conocido en el ámbito registral como la seguridad dinámica.
- La obligación por parte del notario de enviar la documentación al registro respectivo para su inscripción, quedando en el vacío si estamos o no ante un acto constitutivo o simplemente declarativo de derecho.
- La calificación registral se efectuará conforme lo establecido en los artículos 30 y siguientes del Reglamento General de los Registros Públicos, e incluso se establece que el registrador tendrá competencia a nivel nacional, a fin de evitar que una misma persona inscriba distintas uniones de hechos, en diferentes zonas registrales existentes a nivel nacional.

Para finalizar este punto, es preciso recordar que la Ley 30007 en su artículo 10 hace referencia a la modificación de los artículos 35, 38 y del inciso 4 del artículo 39 de la Ley 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos:

### **Artículo 35°. Solicitud**

La comprobación de testamentos se solicita mediante petición escrita que suscribirá:

1. Quien por su vínculo familiar con el causante se considere heredero forzoso o legal, incluido el integrante sobreviviente de la unión de hecho reconocida conforme a ley;

2. Quien se considere instituido heredero voluntario o legatario; y
3. Quien sea acreedor del testador o del presunto sucesor.

### **Artículo 38°. Procedencia**

La solicitud será presentada por cualquiera de los interesados a que alude el artículo 815 del Código Civil, o por el integrante sobreviviente de la unión de hecho reconocida conforme a ley, ante el notario del lugar del último domicilio del causante.

**Artículo 39°. Requisitos.** La solicitud debe incluir:

(...)

4. Partida de matrimonio o la inscripción en el Registro Personal de la declaración de la unión de hecho, adjuntándose, según sea el caso, el testimonio de la escritura pública o la copia certificada de la sentencia judicial firme;

(...) ”

### **XIII. LAS UNIONES DE HECHO Y SU REGULACIÓN NORMATIVA EN EL ÁMBITO REGISTRAL**

La Ley 26366 crea la SUNARP (organismo público técnico especializado), y en su artículo 2 inciso a) indica los registros que conforman el Sistema Registral Peruano, y dentro de ellos encontramos al Registro de Personas Naturales, el cual a su vez se divide en varios registros, y dentro de este grupo encontramos el Registro Personal (SITRA ZR IX, 2009, pp. 5-10);<sup>50</sup> por consiguiente, según lo establecido en la Resolución 088-2011-SUNARP-S.A. del 29 de noviembre del 2011, se aprueba la Directiva Nro. 002-2011-SUNARP/SA publicada en el diario oficial *El Peruano* el miércoles 30 de noviembre del 2011 (a más de un año de la publicación de la Ley 29560, que modifica la Ley 26662), que establece los criterios para la inscripción de las uniones de hecho, su cese y otros actos inscribibles en dicho registro relacionados con el tema materia de comentario, así como el Precedente del LXXV Pleno Registral.

La *finalidad* de la Directiva Nro. 002-2011-SUNARP/SA es el establecimiento de criterios registrales para la inscripción de las uniones de hecho, su cese y otros actos inscribibles directamente vinculados con el tema.

---

<sup>50</sup> Ver la Ley 26366 del 16/10/1994, Ley de Creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos y de la Superintendencia de los Registros Públicos.

**El contenido de la directiva resulta ser el siguiente** (El Peruano, 2011):

*Oficina registral competente*

Es el Registro Personal, que forma parte del Registro de Personas Naturales, y de ser el caso el registro de bienes, como por ejemplo el registro de propiedad inmueble o el registro de bienes muebles-vehicular. Es decir, es el Registro Personal de la Oficina Registral que corresponde al domicilio de los convivientes.

*Actos inscribibles*

Son inscribibles, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 2030 del Código Civil de 1984:

- El reconocimiento de la unión de hecho.
- El cese de la unión de hecho.
- Las medidas cautelares y/o sentencias ordenadas por la autoridad judicial relacionadas con la unión de hecho.

*Los alcances de la calificación registral*

Si bien se aplica lo establecido en el Reglamento General de los Registros Públicos, esto no significa que el registrador público cuestione el fondo o motivación de la declaración notarial en el proceso no contencioso sobre uniones de hecho.

Sin embargo, atendiendo al Principio de Legalidad contemplado en el artículo 2011 del Código Civil y en el artículo V del Título Preliminar del RGRP, la verificación se dará para los siguientes aspectos:

- La escritura pública o el documento público deberá contener la fecha cierta del inicio de la comunidad o sociedad de bienes, y en su caso, la fecha de su cese.
- La inscripción previa o simultánea del reconocimiento de la unión de hecho para acceder a la inscripción del cese de esta.
- La no existencia de inscripciones anteriores de uno o de ambos convivientes, según lo que se indique en el índice nacional de uniones de hecho.
- Que no existan inscripciones incompatibles referidas a los convivientes en el Registro Personal de la Zona Registral, que desvirtúen el reconocimiento de la unión de hecho.

*Contenido del asiento de inscripción del Registro Personal*

Adicionalmente a los datos que debe contener el asiento registral, según lo establecido en el Reglamento General de los Registros

Públicos (TUO del RGRP, 2005, arts. 46-52), este asiento deberá contener:

- a. Nombre completo de los convivientes
- b. Tipo y número de documento de identidad de ambos.
- c. Fecha de inicio de la comunidad o sociedad de bienes, y de su cese, de ser el caso.

#### *La publicidad de lo inscrito en el Registro Personal*

La publicidad registral, considerada por un sector de la doctrina como principio, y por otro no, por no ser un rasgo característico del sistema registral imperante en cada Estado, sino más bien por ser la esencia del Registro Público, está regulada en el artículo 2012 del Código Civil y en los artículos I y II del Título Preliminar del RGRP, en sus formas de publicidad material y formal respectivamente.

Sin embargo, la directiva en comentario enfoca a la publicidad formal, indicándose que a partir de la entrada en funcionamiento del Índice Nacional de Uniones de Hecho, las Oficinas Registrales de las 13 Zonas Registrales distribuidas a nivel nacional expedirán el certificado negativo u otros certificados compendiosos sobre uniones de hecho de alcance a nivel nacional.

#### *Las tasas registrales*

Las tasas registrales son reguladas en concordancia con el Decreto Supremo Nro. 37-94-JUS. Por tanto, estas serán las siguientes:

- Para inscripción y calificación se aplicarán los derechos registrales correspondientes a otros actos o contratos secundarios, y por inscripción, al acto no susceptible de valorización.
- Para certificado negativo u otros compendiosos se aplicará la tasa correspondiente a otros certificados.

#### *Índice Nacional de Uniones de Hecho*

Se crea un Índice Nacional de Uniones de Hecho que forma parte del Índice Nacional del Registro Personal, a través de una base de datos centralizada, la cual concentrará la información de las 13 Zonas Registrales que conforman la SUNARP, distribuidas a lo largo de nuestro país.

En el Índice Nacional de Uniones de Hecho estarán registrados:

- a. Los nombres de los convivientes.
- b. El tipo y número de documento de identidad de los convivientes.



- c. El lugar del dominio de los convivientes.
- d. El inicio de la comunidad o sociedad de bienes.
- e. La fecha del cese de la unión de hecho, si fuere el caso.

### **Índice Nacional del Registro Personal**

Se crea el Índice Nacional del Registro Personal, que concentrará o consolidará la información de los actos inscribibles en dicho registro, quedando todavía su contenido en *stand by*, dependiendo de lo que disponga la SUNARP mediante Resolución.

Cabe rescatar en este punto la importante labor que cumplió la Gerencia de Informática de la Sede Central de la SUNARP, que en el plazo de 80 días hábiles efectuó las modificaciones y acciones para el funcionamiento del índice, así como preparó y dio a conocer los manuales en los cuales se detallan los lineamientos de uso y medidas de seguridad del índice bajo comentario.

Es importante traer a colación que para crear una base de datos a nivel nacional, a pesar de que la tecnología de punta y el avance en cuanto a sistemas informáticos pueden ser un tanto prácticos o quizás fáciles, lo más difícil es hacer que dicha base funcione óptimamente, ya que para efectos registrales, el tema de la réplica de la información de forma inmediata o concomitante con la inscripción es importante, teniendo en cuenta el principio de prioridad preferente.

### **XIV. CONCLUSIONES**

A nivel normativo, los prejuicios que obedecieron al concepto cerrado de la familia y al matrimonio han quedado de lado a partir de la Constitución de 1993, la cual, siguiendo la tendencia de los tratados internacionales que hoy protegen a la familia, otorga tutela amplia aun cuando no medie una unión matrimonial, e incluso “promociona el matrimonio bajo dos fines: promover que las uniones de hecho se aproximen al matrimonio y garantizar el derecho al matrimonio sin limitar la preocupación del Estado a la familia conyugal” (Vide, 2001, p. 45).

Se podría indicar que las uniones de hecho propias en nuestro país están reguladas a nivel normativo en forma completa, ya que tienen regulación normativa contemplada en el Código Civil de 1984, incluyendo las modificatorias conforme a la Ley 30007, la Constitución Política de 1993, Ley 26662 para la vía notarial, y en el ámbito registral con la dación de la Directiva 002-2011-SUNARP-SA, Res. 088-2011-SUNARP-SA y el Precedente del XLLV Pleno Registral.

La Ley 29560 y la Ley 30007 que modifican la Ley 26662 Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, fuera de establecer los lineamientos para llevar a cabo en la vía notarial el reconocimiento de las uniones de hecho y su cese, regula la obligación para el notario de remitir la documentación al Registro de Personas Naturales - Registro Personal para su debida inscripción, fuera de incorporar un diario a nivel nacional, igual al que actualmente se aplica con el Registro de Garantías Mobiliarias, ya que con respecto a los demás registros solo existe un diario a nivel local, por más que existe publicidad en línea a nivel nacional, ya que este último forma parte de la publicidad registral que ofrece el registro, atendiendo a la misión y visión de la SUNARP y a la esencia misma del Registro Público.

La Directiva 002-2011-SUNARP-SA precisa y hasta delimita los alcances de la calificación registral. Esperemos que ya en el pleno ejercicio no se suscite controversia, como sucede con los documentos provenientes del Poder Judicial. La misma va más allá de la inscripción de las uniones de hecho, pues también contempla su cese así como las medidas cautelares y sentencias judiciales que pudieran surgir de estas. La Directiva 002-2011-SUNARP-SA nos proporcionó una salida que a todas luces reclamaban los usuarios del sistema, toda vez que en reiteradas oportunidades el Tribunal Registral se había pronunciado sobre la solicitud de la inscripción de la unión de hecho, denegando esta, indicando básicamente que no constituía un acto inscribible según lo establecido en el artículo 2030 del C.C. de 1984, haciendo una comparación con el matrimonio, el cual no es un acto inscribible. Sin embargo, la Ley 30007 ha incorporado el inciso 10 al artículo 2030 del mismo cuerpo legal, indicando que las uniones de hecho declaradas en la vía notarial, o reconocidas por vía judicial, constituyen un acto inscribible en el Registro Personal.

Respecto de la sucesión de la legítima de los concubinos, no tiene ni debe entenderse que su propósito es desalentar el matrimonio, sino reconocer una situación jurídica social que va en aumento, situación jurídica social que es una manifestación de la institución jurídica de la familia. Además, el Estado se encuentra obligado a proteger a los miembros de la unión de hecho propia, ya que generan vínculos afectivos, filiales y patrimoniales. De este modo se materializa el principio-derecho de la igualdad entre el matrimonio y la unión de hecho, ambas como manifestaciones de otra institución importante, como es la familia.

Para un sector mayoritario de la doctrina, la regulación de la sucesión de los concubinos en mérito a la Ley 30007 contribuye a la paz social y a una inclusión social, entendiendo esta como la "incorporación social, económica, política y cultural a la comunidad

nacional de grupos sociales excluidos y vulnerables, con plenos derechos y acceso a los mercados”.

### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arias Schreiber Pezet, Max (1999). *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

Cornejo Chávez, Héctor (1999). *Derecho Familiar Peruano*. Lima, Perú. Corte Suprema de Justicia (2011). *Jurisprudencia Sistematizada. Resoluciones del Poder Judicial*. Disponible en: [www.poderjudicial.gob.pe](http://www.poderjudicial.gob.pe)

Diez-Picazo, L. y Gullón, Antonio (1997). *Sistema de Derecho Civil* (Vol. IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones). Madrid: Tecnos.

El Peruano (2011, noviembre 30). Directiva 002-2011-SUNARP-SA.

Gaceta Jurídica (2009). *Constitución y normas básicas sobre procesos constitucionales*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

JUS Constitucional (2008). Junio, 61-62.

Lohmann Luca de Tena, Guillermo (1996). *Derecho de Sucesiones*. Tomo I. Segunda Edición. Lima: Editorial PUCP.

Peralta Andía, Rolando. (1999). *Derecho de Familia en el Código Civil de 1984*. Lima: EDILI.

Pérez, Martín (2006). *Uniones de hecho: derechos sucesorios del conviviente supérstite*. Lima: Editorial Horizonte.

Plácido, Álex (blog) (2010a). *La prueba de la existencia en las uniones de hecho*.

Plácido, Álex (blog) (2010b). *Principio del reconocimiento integral de las uniones de hecho*.

Reyes Ríos, Nelson (2002). La familia no matrimonial en el Perú. *Revista de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de San Marcos*.

SITRA ZR IX Sede Lima (2009). *Legislación Registral Peruana. Compendio de Normas para uso registral*. Lima: Editorial Nomos & Thesis.

SPIJ Ministerio de Justicia (2011). Lima, Perú.

Tribunal Constitucional (2011a). *Jurisprudencia Sistematizada. Temas de Familia. Resolución del Tribunal Constitucional*. Disponible en: [www.tribunalconstitucional.gob.pe](http://www.tribunalconstitucional.gob.pe)

Tribunal Constitucional (2011b). *Jurisprudencia Sistematizada. STC 06572-2006-PA/TC*. Disponible en: [www.tribunalconstitucional.gob.pe](http://www.tribunalconstitucional.gob.pe).

TUO del RGRP (2005). Res. 079-2005-SUNARP-SN.

Vega Mere, Yuri (2010a). *Consideraciones jurídicas sobre la unión de hecho*. Lima: Edili.

Vega Mere, Yuri (2010b). El reconocimiento notarial de la unión de hecho. *Actualidad Jurídica* (201).

Vide Serrano, José Luis (2001). La familia como asunto de Estado, el matrimonio como derecho del ciudadano. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* (4).

## **INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA ADOPCIÓN EN EL PERÚ**

*Pedro Andrés Francisco Mejía Salas*

Abogado y Magíster en Derecho Civil y Comercial USMP. Secretario de la Facultad de Derecho USMP. Docente del Posgrado de la Maestría en Familia USMP, Docente universitario de la USMP en los cursos de Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones, Seminario de Derecho de Familia y Sucesiones. Director de Asesoría Legal de la Municipalidad de San Isidro. Director de Asesoría Jurídica del FONRESPE. Gerente de Investigación Tutelar INABIF - MINDES. Secretario General del Centro de Investigación y Desarrollo "Jorge Basadre Grohmann". Asesor Principal del Vice Ministro de Desarrollo Social MIMDES - Consultor de Programas de Desarrollo Social. Autor de los libros: Derecho de Alimentos, Tenencia y Régimen de Visitas, Patria Potestad, Tutela, Curatela y Consejo de Familia, La Adopción en el Perú, Investigación Tutelar en Sede Administrativa.

Recibido: 15-08-13

Aceptado: 29-08-13

### **SUMARIO**

I. Introducción. II. Generalidades. III. Procedimiento de Adopción de menores. IV. Procedimiento de Adopción de mayores de edad. V. Últimas Disposiciones legales. VI. Conclusiones.

### **RESUMEN**

La adopción constituye un medio para superar la situación de desamparo de aquellos menores y adolescentes, principalmente, a consecuencia de fenómenos naturales o conflagraciones internas y externas que generan su condición de huérfanos desprovistos de protección paternal o maternal, según sea el caso.

### **ABSTRACT**

Adoption is a means to overcome the situation of helplessness of those children and adolescents, mainly as a result of natural phenomena or inner and outer conflagration generated orphan status devoid of paternal or maternal protection, as the case.

### **PALABRAS CLAVE**

Alternativas de cuidado. Interés superior del niño. Seguridad, protección y amparo. Autoridad competente. Ausencia de beneficios económicos para adoptante.

### **KEYWORDS**

Alternative care. Interests of the child. Safety protection and shelter. Competent Authority. Lack of economic benefit to the adopter.

## I. INTRODUCCIÓN

Actualmente, la Adopción constituye un acto jurídico solemne que recae dentro del ámbito familiar, y que crea una filiación con igual categoría que la filiación matrimonial. Esto dentro del marco establecido por las Constituciones de 1979 y 1993, que equiparan a todos los hijos, dándoles iguales derechos y deberes frente a sus padres.

De acuerdo con Truyol y Serra, A. (1982: 81) la Adopción es un instituto jurídico muy antiguo, sus orígenes se remontan al Código de Manú (India). Se presume que de allí se habría difundido a otras culturas, que conocieron este tipo de filiación: egipcios, hebreos, árabes, griegos y romanos.

La necesidad de perpetuar el culto doméstico, fue el factor primordial para su desarrollo en aquella sociedad. La descendencia debía producirse necesariamente para que el hogar continuase y la tradición se cumpliera.

En la época romana a este fin religioso, se le sumó un aspecto político, el de preservar el poder detentado por los Patricios. Posteriormente se produciría una decadencia de la institución, que resurgiría recién tras la Primera Guerra Mundial, como remedio de la situación de desamparo de miles de niños huérfanos. Así se fue desarrollando jurídicamente la institución, concretándose este proceso evolutivo en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, tales como la Convención de los Derechos del Niño y la Convención de la Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional (ambas suscritas y ratificadas por el Perú).

Entre los principios que reconocen dichas normas tenemos:

- a. La Adopción entre países puede ser considerada como una alternativa para el cuidado del niño o del adolescente si es que el niño o el adolescente no puede ser ubicado en una familia adoptiva o no puede ser cuidado de una manera idónea en su propio país de origen.
- b. El interés superior del niño es el fundamento y la base interpretativa de los convenios.
- c. El niño o adolescente al que se refiere la Adopción entre países debe tener seguridades equivalentes a aquellas existentes en el caso de una adopción nacional.

- d. La colocación de un niño o adolescente en Adopción debe ser llevada a cabo por autoridades competentes y no debe generar algún beneficio económico indebido para aquellas personas involucradas en el proceso.

Décadas atrás, se concebía la Adopción como una solución al maltrato o abandono de los niños, en consonancia, se creó un marco asistencial altruista que consideraba la Adopción como un acto de caridad o solidaridad con los niños abandonados a su suerte, al proporcionarles este sistema unos padres que deseaban incorporarlo a su familia y acogerlo como si fueran sus propios hijos o, en su caso, como a un hijo más. Hoy sin embargo, se vive y se siente la Adopción como un medio para poder disfrutar de la experiencia de ser padre o madre, por ello, va configurándose una visión más humana, consciente y responsable de la adopción, respondiendo como principal motivación al deseo auténtico, del niño. Así, los adoptados pasan a erigirse en protagonistas porque ofrecen, a quienes les acogen, el ansiado privilegio de ser padres.

La Adopción de un niño tiene múltiples connotaciones y está rodeada de emociones diversas y de incertidumbres tanto para la familia como para el niño. De una parte, se trata de una experiencia única y particular muy enriquecedora con implicaciones morales, emotivas, sociales y psicológicas para quienes participan en ella y, de otra, se convierte en una tarea repleta de obstáculos administrativos, económicos y sociales con repercusión en el proceso de Adopción. Todos estos aspectos no suponen, sin embargo, un muro inaccesible; al contrario la abnegación, la generosidad y la ilusión por alcanzar este objetivo plagado de satisfacciones y recompensas humanas motivan a las personas a continuar el camino iniciado.

Se trata de una opción que se debe meditar mucho antes de decidir, pues su éxito está estrechamente sujeto a la madurez personal y a la estabilidad emocional.

De otro lado, en el aspecto institucional internacional, se está imponiendo la constitución de entidades o autoridades centrales u organismos acreditados que unifiquen y faciliten el cumplimiento de las reglas de protección a los menores adoptados. Esto surgió como fruto de un proceso natural en que, la especialización se va imponiendo y como resultado de las notorias desventajas que se presentaban a nivel judicial, tales como variaciones en los criterios de interpretación de las normas, falta de especialización, exigencias de requisitos adicionales y dilaciones, lo que perjudicaba a niños y niñas y a los futuros adoptantes.

Antes del año 1998 el proceso de Adopción se realizaba de manera mixta, es decir que el proceso de evaluación de los adoptantes y la designación de los niños, niñas y adolescentes se efectuaba en la instancia administrativa- lo que era en ese entonces el PROMUDEH- y el Poder Judicial se encargaba de verificar el proceso de integración entre el niño y la familia adoptiva propuesta y de aprobar la Adopción etapa que por la excesiva carga judicial de los magistrados se dilataba demasiado, tardaban en ser emitidas.

Ante esta situación, el Estado Peruano promulgó en 1998, la Ley N° 26981 “Ley de Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad Declarados Judicialmente en Abandono. Que ha significado una mayor celeridad en el procedimiento de adopción y una mejor garantía del proceso de integración familiar adoptivo. Asimismo, desde diciembre del año 2002 se constituyó la Dirección General de Adopciones (DGA), como órgano desconcentrado del MIMP que depende del Vice ministerio de Poblaciones Vulnerables y cuya principal misión es la de integrar a niñas, niños y adolescentes, declarados en estado de abandono, a familias adoptivas, debidamente evaluadas, en las que logren alcanzar su desarrollo emocional y social necesario para el ejercicio y goce de sus derechos humanos.

## II. GENERALIDADES

Según Miranda, C. (1996:3) etimológicamente la palabra Adopción proviene de “adoptio”, término latin compuesto del prefijo ad que significa para, a favor de; y de optio cuyo significado es de opción, elección. Para otros, como Peralta, A. (1996:301) deriva del latin adoptio onem que a su vez proviene del verbo adoptare que significa desear, querer o simplemente afición familiar por tener hijos cuando no se ha tenido o no se puede tener.

Actualmente en nuestro ordenamiento legal existen tres tipos de adopciones, las mismas que dependen de la edad y de la situación legal del adoptado:

1. La Adopción de menores de edad judicialmente declarados en abandono.
2. La Adopción de menores de edad que por circunstancias especiales no es necesario declararlos en abandono para procedes a su adopción.
3. La Adopción de personas mayores de edad, que es tramitable por la vía judicial o por la vía notarial.



### **III. PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN DE MENORES**

#### **A. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE DECLARACIÓN DE APTITUD PARA ADOPTAR A MENOR**

Pueden solicitar la Adopción vía administrativa los peruanos o extranjeros residentes o aquellas personas que viven en países con los cuales el Perú haya suscrito convenio de adopción y existen entidades colaboradoras de adopción autorizadas para promover adopciones en el Perú.

Pueden solicitar la Adopción las parejas de cónyuges o los solteros, de preferencia menores de 55 años de edad y por lo menos 18 años mayores al niño o niña o adolescente que deseen adoptar.

Las solicitudes de Adopción que llegan a la Secretaría Nacional de Adopciones son más numerosas que los niños que han sido declarados en condición de ser adoptados. Por esa razón, el MIMP ha implementado la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar - UGIT, instancia perteneciente al INABIF encargada de llevar a cabo el procedimiento de Investigación Tutelar, que es el conjunto de actos y diligencias tramitados administrativamente que están destinados a verificar el presunto estado de abandono en que se encuentra un niño, niña o adolescente.

#### **ETAPA: PREADOPTIVA O EVALUATIVA**

1. Asistencia a la Sesión Informativa.
2. Asistencia a los Talleres de Preparación para la Adopción.
3. Los solicitantes ingresan la Ficha de Inscripción a Mesa de partes.
4. Evaluación psicosocial.
5. Evaluación legal: entrega de carpeta con documentos para la evaluación legal.
6. Declaración de aptitud (De lo contrario se resuelve la improcedencia o situación desfavorable para la adopción).
7. Ingreso al Registro Nacional de Adoptantes.
8. Propuestas de Designación al Consejo de Adopciones.

#### **ETAPA: ADOPTIVA**

1. Se comunica la Designación.
2. Tienen siete días, para enviar carta de aceptación.
3. Comunicación a alberge para preparación del niño.
4. Etapa de Empatía: Presentación del niño con su familia; dura de cuatro a siete días hábiles.

5. Externamiento.
6. Etapa de Colocación Familiar con fines de adopción: dura siete días naturales, prorrogables a siete días naturales más. Durante esta etapa se realizan dos visitas una inopinada y otra concertada.
7. Firma de la Resolución de Adopción y el compromiso de seguimiento y acompañamiento post adoptivo.
8. Plazo de ley para que la resolución de adopción quede firme (1 día)  
Comunicación a la RENIEC y obtención de la nueva partida del niño, niña o adolescente adoptado.

### **ETAPA: SEGUIMIENTO Y ACOMPAÑAMIENTO POST ADOPTIVO**

En el Seguimiento y Acompañamiento Postadoptivo Nacional, se realizan visitas semestrales a las familias por tres años. En caso de adopciones internacionales las familias o instituciones autorizadas deberán remitir informes semestrales durante un periodo de 4 años, salvo lo dispuesto en los convenios internacionales.

### **B. PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN DE MENORES SIN PREVIA DECLARACION DE MENOR EN ABANDONO**

#### **CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES QUE VIABILIZAN LA DECLARACIÓN JUDICIAL**

Estas adopciones de niños, niñas y adolescentes son tramitadas exclusivamente por vía judicial, debido a la existencia de un tipo de vinculación a la adopción entre el menor por adoptar y el (los) futuro (s) adoptante (s).

El Artículo 128° del Código de los Niños y Adolescentes, establece que por vía de excepción, podrán iniciar acción judicial de Adopción ante el Juez especializado, inclusive sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente, los peticionarios siguientes:

- a) El que posea vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o el adolescente por adoptar. En este caso el niño o adolescente mantienen los vínculos de filiación con el padre o madre biológicos;
- b) El que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción; y,
- c) El que ha prohijado o convivido con el niño o el adolescente por adoptar, durante un período no menor de dos años.

## COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO

Es competente para conocer este proceso el Juzgado de Familia y la vía procedimental que le corresponde es la de Proceso Único.

La demanda se presenta por escrito y contendrá los requisitos de los artículos 424° y 425° del Código Procesal Civil. Para su presentación se tiene en cuenta lo dispuesto en la Sección Cuarta del Libro Primero del Código Procesal Civil.

Admitida la demanda, el Juez dará por ofrecidos los medios probatorios y correrá traslado de ella al demandado, con conocimiento del fiscal, por el término perentorio de cinco días para que el demandado la conteste.

Contestada la demanda o transcurrido el término para su contestación, el juez fijará una fecha inaplazable para la audiencia. Esta debe realizarse bajo responsabilidad, dentro de los diez días siguientes de recibida la demanda, con intervención del fiscal.

Iniciada la audiencia se pueden promover tachas, excepciones o defensas previas que serán absueltas por el demandante. Seguidamente, se actuarán los medios probatorios. No se admitirá reconvencción.

Concluida su actuación, si el Juez encuentra infundada las excepciones o defensas previas, declarará saneado el proceso y seguidamente invocará a las partes a resolver la situación del niño o adolescente conciliatoriamente. Si hay conciliación y esto no lesiona los intereses del niño o del adolescente, se dejara constancia en acta. Esta tendrá el mismo efecto de sentencia.

A falta de conciliación y, si producida ésta, a criterio del Juez afectará los intereses del niño o del adolescente, éste fijara los puntos controvertidos y determinará los que serán materia de prueba.

El Juez deberá escuchar al niño o al adolescente, luego actuará los medios probatorios, las partes expresarán oralmente sus alegatos.

El Juez podrá, en decisión inapelable, en cualquier estado del proceso, ordenar de oficio la actuación de las pruebas que considere necesarias, mediante resolución debidamente fundamentada.

Luego de contestada la demanda, el Juez, para mejor resolver, podrá solicitar al equipo técnico un informe social respectivo de las

partes intervinientes y una evaluación psicológica si lo considera necesario.

Concedido los alegatos, el Juez remitirá los autos al fiscal para que en el término de cuarenta y ocho horas emita dictamen. Devuelto los autos, el Juez, en igual término, expedirá sentencia pronunciándose sobre todos los puntos controvertidos.

La resolución que declara inadmisibile o improcedente la demanda y la sentencia es apelable con efecto suspensivo. Dentro de los tres días de notificada.

Las decisiones adoptadas por el Juez durante la audiencia son apelables, sin efecto suspensivo y tiene la calidad de diferidas.

La apelación con efecto suspensivo será tramitada por el auxiliar jurisdiccional dentro del segundo día de concedida la apelación, enviándola a la Sala de Familia. Recibidos los autos, la Sala los remitirá en el día al fiscal para que emita dictamen en el plazo de cuarenta y ocho horas y señalará dentro de los cinco días siguientes, la fecha para la vista de la causa.

Sólo excepcionalmente las partes podrán alegar hechos nuevos, ocurridos después del postulatorio. La Sala resolverá dentro de los tres días siguientes a la vista de la causa.

Rige la regulación supletoria en el Código Civil y en el Código Procesal civil.

#### **IV. PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN DE PERSONAS MAYORES DE EDAD**

##### **A. REQUISITOS ESPECIALES**

Los requisitos para la adopción de personas mayores de edad son los siguientes:

- a. Que el adoptante goce de plena capacidad de ejercicio.
- b. Que el adoptante goce de solvencia moral.
- c. Que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar (18 años más la edad del adoptado).
- d. Que cuando el adoptante sea casado concurra el asentimiento de su cónyuge.
- e. Que el adoptado consienta la adopción o lo haga mediante su representante si fuera incapaz.

- f. Que sea aprobada por el Juez.
- g. En el caso de que la persona a quien se pretende adoptar sea propietaria de bienes, estos deberán previamente ser inventariados y tasados judicialmente, constituyendo el adoptante garantía suficiente a juicio del Juez.
- h. El tutor o curador sólo podrá adoptar a su pupilo (que cumplió la mayoría de edad) después de aprobadas las cuentas de su administración y satisfecho el alcance que resulte de ellas.
- i. Garantía otorgada por el adoptante suficiente a criterio del juez si el adoptado fuera incapaz.

## **B. EFECTOS**

Los efectos jurídicos que tiene la Adopción de personas mayores de edad son los mismos que en la adopción de menores:

- a. Confiere al adoptado el status de hijo del adoptante y al adoptante el status de padre del adoptado.
- b. Adquiere el adoptado los apellidos de el (los) adoptante (s).
- c. Constitución de derechos hereditarios.
- d. Suscripción de nueva partida de nacimiento del adoptado en sustitución de la original.
- e. Extinción de todos los efectos de la partida original del adoptado, con excepción de los impedimentos matrimoniales.

## **C. COMPETENCIA**

Tratándose de adopciones de personas mayores de edad capaces, los interesados podrán recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante un Notario público, conforme a lo dispuesto en los artículos 1° y 2° de la Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, Ley N° 26662 del 22/09/96.

## **D. VÍA JUDICIAL Y PROCEDIMIENTO**

En el caso de escogerse la vía judicial, es competente el Juez Especializado en lo Civil. La demanda deberá presentarse vía proceso no contencioso, ciñéndose a los requisitos y anexos previstos en los artículos 424° y 425° del Código Procesal Civil, adjuntando los siguientes documentos:

- a. Copia Certificada de la partida de nacimiento del solicitante y de matrimonio, si es casado.
- b. Copia certificada de la partida de nacimiento del adoptado y de su matrimonio, si es casado.
- c. Los medios probatorios destinados a acreditar la solvencia moral del solicitante.

- d. Documento que acredite que las cuentas de su administración han sido aprobadas, si el solicitante ha sido presentado legal del adoptado.
- e. Copia certificada del inventario y valorizado judicial de los bienes que tuviera el adoptado.
- f. Garantía otorgada por el adoptante, suficiente a criterio del juez, si el adoptado fuera incapaz.

Si el presunto adoptado es incapaz, se requiere la intervención de su representante. Si es este el adoptante, la solicitud se entenderá con el Ministerio Público.

Presentada la demanda sin que exista oposición, el solicitante, y su cónyuge si es casado, ratifican su voluntad de adoptar. El adoptado y su cónyuge, igualmente, deberán prestar su asentimiento.

Si existiera oposición, deberá actuarse, conforme a los artículos 753°, 754°, 755°, 756° y 757° del Código procesal Civil.

Consentida o ejecutoriada la resolución que declara la adopción, el juez oficiará a la Oficina del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil para que extienda la nueva partida de nacimiento del adoptado y anote la adopción al margen de la partida original.

## **E. VÍA NOTARIAL**

### **MARCO LEGAL**

El marco legal para que una persona mayor de edad pueda ser adoptada por vía notarial, está regulada por la Ley 26662, Ley de Competencia Notarial de Asuntos No Contenciosos.

### **COMPETENCIA NOTARIAL**

Sólo se tramitará ante Notario la adopción de personas mayores de edad con capacidad de goce y de ejercicio. Por ello tanto el adoptante como el adoptado tendrán que ser mayores de 18 años; y además deberá existir entre ellos una diferencia de 18 años de edad (art. 378° inc. 2do del Código Civil). Es así que el Notario de conformidad a lo dispuesto por el Art. 54 inc. h) dará fe de que tanto el adoptante como el adoptado y la cónyuge del adoptante en caso de ser casado, tienen plena capacidad de suscribir la escritura pública.

Para ello antes debe cerciorarse de que dichas capacidades no estén afectadas por resolución judicial (interdicción), consultando al registro de Personas Naturales si registra limitación de dicha capacidad.

## **PRESENTACIÓN DE MINUTA Y REQUISITOS**

La solicitud constará en una minuta presentada por el adoptante y el adoptado acompañada de:

- a. Copia Certificada de la partida de nacimiento del adoptante y de matrimonio si es casado.
- b. Copia Certificada de la partida de nacimiento del adoptado y de matrimonio si es casado.
- c. Documento que acredite que las cuentas de su administración han sido aprobadas, si el solicitante ha sido representante legal del adoptado;
- d. Testimonio del inventario de los bienes que tuviera el adoptado.

La solicitud además de las firmas del adoptante y del adoptado, deberá de acompañar firma del abogado. Si el adoptante es casado, deberá acompañar cláusula adicional con firma del cónyuge.

## **ELEVACIÓN A ESCRITURA PÚBLICA E INSCRIPCIÓN**

La minuta de adopción deberá de elevarse a escritura pública, insertando en la misma los documentos anexados y posteriormente deberá oficiarse a la Oficina del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil de la Municipalidad donde se haya asentado, para su inscripción y extensión de nueva partida de nacimiento del adoptado.

## **V. DISPOSICIONES LEGALES**

### **A. LA CONVENCIÓN DE LA HAYA RELATIVA A LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL.**

Suscrita por el Estado Peruano el 16 de noviembre de 1994, aprobada por Resolución Legislativa N° 26474 el 09 de junio de 1995 y ratificada por el Poder Ejecutivo el 03 de setiembre de 1995. En ella una vez más se consagra el Interés Superior del niño y se recoge el principio de la Subsidiariedad de la Adopción Internacional

### **B. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO**

El 20 de Noviembre de 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó uno de los instrumentos internacionales más importantes en materia de derechos humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño. En ella se conceptualiza la llamada doctrina integral de protección a la infancia, reconociéndose por

primera vez los derechos específicos a los niños y adolescentes, que posteriormente transformaría las legislaciones referidas a la infancia en todos los países del mundo.

En el Perú esta Convención entró en vigencia el 02 de setiembre de 1990. Como sostiene Chunga, F. (1995:421) la Convención reconoce el sistema de adopción y señala que el interés superior del niño es la consideración primordial, reconoce que la adopción por personas que residen en otro país, puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño en caso de que éste no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen, promueve la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales para garantizar la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

### **C. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993**

El artículo octavo de la Constitución Política de 1993 obliga al Estado y a la Comunidad a proteger al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. Además el artículo 7 establece que todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la defensa. La persona incapacitada para velar por sí mismas a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

### **D. NUEVO CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES**

Aprobado en el Congreso el 21 de julio del 2000 mediante Ley N° 27337, promulgado el 2 de agosto del 2000 y publicado en el Diario oficial "El Peruano" el 7 de agosto del 2000. Siguiendo la línea de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la Convención de la Haya y nuestro Código de los Niños y Adolescentes derogado, este nuevo cuerpo legal consagra una vez más el Interés Superior del Niño y el principio de la Subsidiariedad de la Adopción Internacional, pero además establece la desjudicialización parcial de las investigaciones tutelares, transfiriendo al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social la competencia para la realización de todas las diligencias previas a la declaratoria de abandono de una niña, niño o adolescente.

### **E. LEY QUE OTORGA LICENCIA LABORAL POR ADOPCIÓN – LEY 27409**

La presente ley tiene como objeto que el trabajador peticionario de adopción tenga derecho a una licencia con goce de haber



correspondiente a treinta días naturales, contados a partir del día siguiente de expedida la Resolución Administrativa de Colocación Familiar y suscrita la respectiva Acta de Entrega del niño, de conformidad con lo establecido por la Ley N° 26981, siempre que el niño a ser adoptado no tenga más de doce años de edad.

Igual derecho le asistirá al trabajador peticionario de adopción en el caso de los incisos a) y b) del Artículo 128 de la Ley N° 27337, siempre que el adoptado no tenga más de doce años de edad. En este supuesto, el plazo de treinta días naturales se cuenta a partir del día siguiente en que queda consentida o ejecutoriada la resolución judicial de adopción.

## VI. CONCLUSIONES

1. La Adopción de un niño tiene múltiples connotaciones y está rodeada de emociones diversas y de incertidumbres tanto para la familia como para el niño. De una parte, se trata de una experiencia única y particular muy enriquecedora con implicancias morales, emotivas, sociales y psicológicas para quienes participan en ella y, de otra, se convierte en una tarea repleta de obstáculos administrativos, económicos y sociales con repercusión en el proceso de adopción. Todos estos aspectos no suponen, sin embargo, un muro inaccesible; al contrario, la abnegación, la generosidad y la ilusión por alcanzar este objetivo plagado de satisfacciones y recompensas humanas motivan a las personas a continuar el camino iniciado.
2. La Adopción se trata de una opción que se debe meditar mucho antes de decidir, pues su éxito está estrechamente sujeto a la madurez personal y a la estabilidad emocional.
3. La Adopción tal cual es hoy entendida en la legislación peruana confiere al adoptado el status de hijo matrimonial del adoptante, simplificándose considerablemente la regulación legal de los efectos que este acarrea. Así, rigen las mismas normas que una relación paterno filial consanguínea.
4. Existen cuatro modos de extinción de la vinculación adoptiva; el fallecimiento del adoptante o del adoptado, la nulidad, la revocación y la ineficacia de la adopción.
5. El parentesco que nace de la adopción es puramente civil y une al adoptante y al adoptado y a sus descendientes.

**BIBLIOGRAFÍA**

CHUNGA LAMONJA, Fermín G: “Derecho de Menores” Editora Grijley, 1995, pág. 421.

HERRERA PAULSEN, Darío y Godenzi Alegre, Jorge: “Derecho Romano. En concordancia con el Código Civil y aportes destinatarios” gráfico Horizonte 1999. Pág. 52.

MIRANDA CANALES, Manuel “La adopción en el Código Civil y en Código de menores en el Perú”. 1996, pág. 3.

MEJÍA SALAS, Pedro: “La Adopción en el Perú” Librería y Ediciones Jurídicas.

MEJÍA SALAS, Pedro: “Investigación Tutelar en Sede Administrativa” Librería y Ediciones Jurídicas.

PERALTA ANDIA: “Derecho de Familia en el Código Civil” IDEMSA, 1996. Lima-Perú, pág. 301.

TRUYOL Y SERRA, Antonio: “Historia de la Filosofía del derecho y del Estado” De los orígenes a la baja Edad media, Alianza Editorial 1982, pag. 81.



Este documento se terminó de  
imprimir en los talleres gráficos de  
Forma e Imagen  
de Billy Víctor Odiaga Franco  
Av. Arequipa 4558, Miraflores  
Lima - Perú