



ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO

**LA APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO Y DEL CONTROL CONCENTRADO, EN
FAVOR DE LAS UNIONES DE HECHO EN EL PERÚ**

Línea de investigación:

Procesos jurídicos y resolución de conflictos

Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho

Autor:

Aranda Giraldo, Juan Carlos

Asesor:

Salvatierra Valencia, Luis Arturo

(ORCID: 0000-0001-6725-2710)

Jurados:

Mejía Velásquez, Gustavo Moisés

Jiménez Herrera, Juan Carlos

Sánchez Sánchez, Rosa Marlenne

Lima – Perú

2022

Pensamiento

Es imposible saber dónde termina
la ley y comienza la justicia. –
Arthur Baer.

No podemos esperar que las
personas respeten la ley y el orden
hasta que enseñemos respeto a
aquellos a quienes hemos confiado
para hacer cumplir esas leyes. –
Hunter S. Thompson

Dedicatoria

A mi queridísima y amada familia
Porque son la fuerza que
Alegran mi vida.

Agradecimientos

A la Escuela de Posgrado de la UNFV,
por brindarme la oportunidad de obtener
El grado académico de doctor en derecho
A mis estimados profesores por sus
enseñanzas y orientaciones
A mi asesor el Dr. Salvatierra Valencia,
Luis Arturo
por sus consejos y apoyo en el desarrollo
del presente trabajo.

INDICE

RESUMEN	9
ABSTRACT	10
I. INTRODUCCIÓN	11
1.1. Planteamiento del problema	12
1.2. Descripción del problema	13
1.3. Formulación del problema	16
- Problema general	16
- Problemas específicos	16
1.4. Antecedentes	17
1.5. Justificación de la investigación	46
1.6. Limitaciones de la investigación	46
1.7. Objetivos	47
- Objetivo general	47
- Objetivos específicos	47
1.8. Hipótesis	47
II. MARCO TEÓRICO	49
2.1. Marco conceptual	49
III. MÉTODO	102
3.1. Tipo de investigación	102
3.2. Población y muestra	102
3.3. Operacionalización de las variables	103
3.4. Instrumentos	103
3.5. Procedimientos	104

3.6	Análisis de datos.....	104
3.7	Consideraciones éticas	104
IV.	RESULTADOS.....	105
V.	DISCUSIÓN DE RESULTADOS	129
VI.	CONCLUSIONES	135
VII.	RECOMENDACIONES.....	136
VIII.	REFERENCIAS	137
IX.	ANEXOS	141
	Anexo A.....	141

INDICE DE TABLAS

Tabla 1	103
Tabla 2	121
Tabla 3	122
Tabla 4.....	123
Tabla 5	125
Tabla 6	126
Tabla 7	127

INDICE DE FIGURAS

Figura 1	122
Figura 2	123
Figura 3	124
Figura 4	125
Figura 5	126
Figura 6	127

RESUMEN

La investigación es de tipo es básico cualitativo, se emplearon el método deductivo y el método inductivo. La investigación está basada en la teoría fundamentada, que se sustenta en la teoría del interaccionismo simbólico para comprender cómo definen los individuos un fenómeno o acontecimiento a través de su interacción social. Tuvo como objetivo general Determinar si la intervención del Tribunal Constitucional, a través del control constitucional concentrado, protegen los derechos fundamentales consagrados en la Constitución del Perú de 1993. La investigación tiene como propósito demostrar que las normas que las normas infraconstitucionales, en el Perú, en muchos casos, colisionan abiertamente con la Constitución, como el caso del artículo 326 del Código Civil del Perú de 1984 y la Constitución de 1993. Se realizó un análisis cualitativo de tres expedientes y un análisis cuantitativo aplicando una encuesta a 36 jueces y fiscales. Se concluye: 1. La intervención del Tribunal Constitucional, a través del control constitucional concentrado, protege los derechos fundamentales consagrados en la Constitución del Perú de 1993. 2. El magistrado del Tribunal Constitucional del Perú, al haber concedido pensión de viudez a la concubina supérstite, protegió la unión de hecho antes que hubiera una norma expresa que lo hiciera. 3. El principio de jerarquía piramidal, consagrado en el artículo 51° de la Constitución de 1993, protege determinados derechos fundamentales, que dimanen de las relaciones jurídicas concubinarias.

Palabras clave: Control difuso, Control concentrado. Defensa de los derechos fundamentales, Control de legalidad, unión de hecho.

ABSTRACT

The research is of a basic qualitative type, the deductive method and the inductive method were used. The research is based on grounded theory, which is based on the theory of symbolic interactionism to understand how individuals define a phenomenon or event through their social interaction. Its general objective was to determine if the intervention of the Constitutional Court, through concentrated constitutional control, protects the fundamental rights enshrined in the Constitution of Peru of 1993. The purpose of the investigation is to demonstrate that the norms that the infra-constitutional norms, in the Peru, in many cases, openly collide with the Constitution, such as the case of article 326 of the Civil Code of Peru of 1984 and the Constitution of 1993. A qualitative analysis of three files and a quantitative analysis were carried out by applying a survey to 36 judges and prosecutors. It is concluded: 1. The intervention of the Constitutional Court, through concentrated constitutional control, protects the fundamental rights enshrined in the Constitution of Peru of 1993. 2. The magistrate of the Constitutional Court of Peru, having granted a widow's pension to the concubine surviving, protected the de facto union before there was an express norm that did so. 3. The principle of pyramidal hierarchy, enshrined in article 51 of the 1993 Constitution, protects certain fundamental rights, which arise from concubinage legal relations.

Keywords: Diffuse control, Concentrated control. Defense of fundamental rights, Control of legality, de facto unión.

I. INTRODUCCIÓN

La investigación que se ha preparado, para obtener el grado de doctor en Derecho, aborda un problema relativo al control de constitucionalidad, vinculado con la figura de la unión de hecho y la defensa de esta institución jurídica por el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional del Perú. Es por ello que la protección de los derechos, que dimanen de las uniones de hecho, debe ser protegidos por el instituto del control de constitucionalidad, que deben aplicar, el Poder Judicial, dentro del control difuso y, asimismo, el Tribunal Constitucional del Perú, a través del control constitucional concentrado.

El presente trabajo de investigación utilizó la metodología cualitativa y tuvo como objetivo Determinar si la intervención del Tribunal Constitucional, a través del control constitucional concentrado, protegen los derechos fundamentales consagrados en la Constitución del Perú de 1993

Finalmente, el trabajo está distribuido de varios acápite (capítulos), en el I: denominado introducción, donde se enfatiza la descripción y formulación del problema general con sus respectivos problemas específicos, se mencionan los antecedentes de la investigación, el objetivo general y los objetivos específicos, la justificación de la investigación y la hipótesis general y las hipótesis específicas. En el II acápite, se desarrolla el marco teórico, enfatizándose en sus definiciones, características, entre otros datos. En el III acápite se enfatiza en el Método, donde se plantean el tipo de investigación, ámbito espacial y temporal, población y muestra, las variables y su operacionalización, instrumentos, procedimiento y técnicas de análisis de los datos. En el IV rubro se describen los resultados, describiendo en tablas y representando en figuras los resultados obtenidos por las técnicas estadísticas descriptivas. En el V acápite se discuten los resultados confrontándolos con los reportes de los antecedentes. Se plantea en el

rubro VI las conclusiones que dan respuesta a los objetivos específicos planteados; en el rubro VII se formulan algunas recomendaciones en función de las conclusiones planteadas. En el rubro VIII se describen las referencias utilizadas para el presente trabajo y finalmente, en el rubro IX se refiere al anexo.

1.1. Planteamiento del problema

Del examen del Libro Tercero del código civil del Perú de 1984, el cual se promulgó al amparo de la Constitución del Perú de 1979, que trata, a nuestro juicio con limitaciones, el tema de Derecho de Familia, se puede apreciar que está dividido de la siguiente manera: Una Sección Primera denominada: Principios Generales, en el que, a nuestro juicio, debería contener las líneas maestras de las nuevas instituciones de Derecho de Familia contemporáneas, fundadas en la protección de los Derechos Humanos, la parte dogmática del Derecho Constitucional, el interés superior del niño y el Principio pro homine.

Una Sección Segunda, llamada; Sociedad Conyugal, en la que se trata la institución del matrimonio. Las relaciones jurídicas extra-patrimoniales entre los cónyuges. Las relaciones jurídicas patrimoniales entre ellos y el régimen de divorcio relativo y absoluto de los mismos. En esa Sección, sin embargo, a nuestro parecer, existe una equivocada técnica legislativa. ¿En qué consiste la errónea técnica legislativa? Consiste en haber incorporado, en lugar inadecuado, la institución de la unión de hecho o concubinato en esa sección.

Lo técnicamente correcto es colocar la institución de la unión de hecho o concubinato en una sección aparte con nombre propio y desarrollar, aún más, dicha institución, pues el desarrollo del artículo 326, sobre unión de hecho, es insuficiente, toda vez que, en el Perú, se practican, intensamente, las uniones de hecho, por consiguiente, el legislador de 1984, debió tratar e incorporar más tipos jurídicos, sin embargo, ha guardado silencio sobre otros importantes

temas, propios de la unión entre concubinos y sus consecuencias patrimoniales de orden sucesorio y de orden previsional y extra- patrimoniales.

1.2. Descripción del problema

El propósito de la presente investigación es demostrar que la intervención del Poder Judicial y Tribunal Constitucional, a través del control constitucional, difuso y concentrado, respectivamente, protege los derechos que dimanen de las uniones de hecho, que el código civil no hace. Consideramos que el derecho debe regular las realidades que van surgiendo en la sociedad y en la historia y no guardar silencio sobre ellas.

Sostenemos que el derecho debe responder a las exigencias de los tiempos actuales. No debe ignorarlos. Enfatizamos, que el uso del control difuso, por el Poder Judicial y el control concentrado, por el Tribunal Constitucional, permiten corregir los errores, los silencios, las lagunas y las contradicciones del sistema legislativo frente a la constitucionalidad. La Constitución del Perú de 1993, señala en el Artículo 5°. – Concubinato. La unión estable de un varón y una mujer [Unión heterosexual], libres de impedimento matrimonial [que no tengan impedimento de ligamen], que forman un hogar de hecho [para el concubinato propio], da lugar a una comunidad de bienes [patrimonio concubinal] sujeta al régimen de la sociedad de gananciales [se usa dicho régimen, por extrapolación, para liquidar dicho patrimonio concubinal al término del concubinato], en cuanto sea aplicable.

Por otro lado, la Constitución del Perú de 1993, señala, asimismo, que en el Artículo 44°. - Deberes del Estado. Son deberes primordiales del Estado [léase. El Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, para el caso de la presente investigación]: (...) garantizar la plena vigencia de los derechos humanos [Garantía vinculada al control de convencionalidad]; (...). En el Artículo 51°. - Supremacía de la Constitución: La Constitución prevalece sobre toda norma legal

[Principio de constitucionalidad, o de fidelidad constitucional]; la ley, [prevalece] sobre las normas de inferior jerarquía [Principio de legalidad] y así sucesivamente [Conservando y respetando el Principio de fidelidad constitucional]. (...). En Artículo 138°. - Administración [Rectius: impartición] de Justicia [y el] Control difuso: La potestad de administrar [Rectius: impartir] justicia [ordinaria] emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución [Cuidando el principio de constitucionalidad] y a las leyes. [Cuidando el principio de legalidad]. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, [Cuidando hay conflicto entre el principio de constitucionalidad y el principio de legalidad] los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal [Cuidando hay conflicto entre el principio de legalidad y las normas administrativas infra-legales] sobre toda otra norma de rango inferior. En el Artículo 201°. - Tribunal Constitucional: El Tribunal Constitucional es el órgano de control [concentrado] de la Constitución.

Pero la unión de hecho también es regulada por el código civil del Perú de 1984, pero de una manera muy escueta, de un lado y de otro lado, el código civil, se excede y contradice la Constitución. El código se promulgó bajo el imperio de la Constitución de 1979, consideramos que dicho código, debe de regular otras figuras conexas, propias de una convivencia entre concubinos. Se analiza, la norma y se añade comentarios dentro de la misma: Artículo 326°.- Unión de hecho [Primer párrafo], la unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, [Unión heterosexual], libres de impedimento matrimonial [que no tengan impedimento de ligamen], para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio [relaciones jurídicas familiares, es decir, de contenido patrimonial y extra-patrimonial simultáneamente], origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de

sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, [Se usa dicho régimen para liquidar dicho patrimonio concubinal al término del concubinato], siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. [Requisito de la temporalidad, que concuerda con el artículo 9 de la Constitución de 1979, hoy derogada, pero contradice la Constitución de 1993]

[Segundo párrafo], la posesión constante de estado [Medio de prueba, cuando no haya el título jurídico, es decir, la partida] 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.

[Tercer párrafo], la unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral [supuestos para terminar la unión de hecho. Números clausus]. 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. [Rectius: Sociedad de bienes, y no gananciales]

[Cuarto párrafo], tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo [Se refiere a unión de hecho propia], el interesado [Es decir, el concubino damnificado], tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido [acción correspondiente para las uniones de hecho impropias].

[Quinto párrafo] Ley N° 30007, de abril 2013, las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el presente artículo [Se refiere a las uniones de hecho propias o perfectas], producen, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios [es aquí donde el artículo guardaba silencio respecto de la herencia y sigue guardando silencio respecto de otros derechos que dimanarían, naturalmente, de la unión estable de un hombre y una mujer y que protege el Tribunal Constitucional del Perú, utilizando el control concentrado o el Poder Judicial

usando el control difuso], 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 [Los artículos señalados expresamente, se refieren al Libro IV, derecho de sucesiones] se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho [Se refieren a los concubinos supérstites], en los términos en que se aplicarían al cónyuge.

Como se puede apreciar, el artículo 326, que hemos citado y comentado, entre corchetes, prueba que dicha norma es insuficiente y guarda silencio sobre otros derechos que, necesariamente, dimanarían de la relación jurídica de las uniones de hecho.

Asimismo, señala el requisito de la temporalidad que la Constitución de 1993, no exige. No obstante, las limitaciones de la norma y del propio código civil en este aspecto, existe el control concentrado de constitucionalidad aplicado por el Tribunal Constitucional y el control difuso aplicado, por el Poder Judicial, que sí protege los derechos patrimoniales de la unión de hecho que no se regulan en el código civil del Perú de 1984.

1.3. Formulación del problema

- *Problema general*

- ¿La intervención del Tribunal Constitucional, a través del control concentrado, protege los derechos fundamentales consagrados en la Constitución del Perú de 1993?

- *Problemas específicos*

- ¿El Tribunal Constitucional del Perú, al haber concedido pensión de viudez a las concubinas supérstites, protegió la unión de hecho antes que hubiera una norma expresa que lo hiciera?
- ¿El principio de jerarquía piramidal, consagrado en el artículo 51° de la

Constitución de 1993, protege determinados derechos, que dimanen de las relaciones jurídicas concubinarias?

1.4. Antecedentes

Bustamante (2017) en su trabajo de investigación aborda la evolución, en el tratamiento normativo, de las uniones de hecho, empezando por la regulación de la unión de hecho en la derogada Constitución peruana de 1979, con desarrollo legal en el Art.326 del Código Civil del Perú de 1984. La investigación brinda un análisis a la interpretación asumida por el Tribunal Constitucional peruano, el cual desarrolla una interpretación tuitiva de la familia convivencial que vive en unión de hecho, concluyendo en el reconocimiento del derecho a pensión de viudez a favor del concubino sobreviviente, que haya integrado una unión de hecho con el pensionista fallecido. Uno de los aspectos de los derechos que dimanen de las uniones convivenciales. (Bustamante, 2017).

Por otra parte, se analizan diversas sentencias del Poder Judicial peruano, respecto a la valoración y acreditación de los requisitos de la unión de hecho. Otro de los aspectos de los derechos que dimanen de las uniones convivenciales. Objeto de estudio también de la presente investigación es el trámite registral. La regulación registral sobre la unión de hecho ha sido muy buena en cuanto se emitieron normas que facilitaron la adecuación de los trámites registrales para inscribir las declaraciones de unión de hecho en el Registro Personal. Finalmente, se analiza, también, el tema central de la tesis, la inscripción registral de la unión de hecho como presupuesto del derecho sucesorio del conviviente, evaluando las bondades de la ley, así como los aspectos que quedan por mejorar y aclarar con posteriores modificaciones legislativas. Estas últimas ameritan la propuesta de modificación de diversas normas del Código Civil, como de la Ley Nro.29560 y la Ley Nro.30007.

Plantea y justifica el tema de su tesis de la siguiente manera. La institución de la unión de hecho no es un tema abstracto o utópico, sino vivencial, real, cotidiano pues la sociedad peruana ha desarrollado diversas de formas de unidades familiares, diversidad que ha sido reconocida por el propio Tribunal Constitucional Peruano en la sentencia dictada en el expediente N° 09332-2006-PA/TC, del 30 de noviembre de 2007, en la cual se alude a las familias ensambladas o reconstituidas, esto es a las familias que se forman con integrantes de familias de padres divorciados, separados, o convivientes. (Bustamante, 2017, p.1). La unión de hecho es una forma más de expresión de la constitución de una familia que ha sido regulada, en cuanto a los efectos patrimoniales, por vez primera por la Constitución Política de 1979 y por el artículo 326 del Código Civil peruano, considerándose los efectos jurídicos de la comunidad de bienes que genera dicha unión de hecho, al que se le aplican las normas de la sociedad de gananciales en lo que fuere aplicable. (Bustamante, 2017, p. 2).

Cuando se redactó el texto original del artículo 326 del Código Civil, no se previó, de modo alguno, que tras algunos años la práctica de la unión de hecho se afianzara tal como ocurrió con el transcurso del tiempo. Entonces, la regulación jurídica del derecho sucesorio, consecuencia ineludible de la unión de hecho, era remota e inimaginable y no fue objeto de debate alguno cuando se propuso la norma contenida en el inicial artículo 326. (Bustamante, 2017, p. 1).

No obstante, el ponente del Libro III, Derecho de Familia, del Código Civil de 1984, conocía los secretos arcanos de las dos materias. Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones. El tema de tesis es interesante por la interrelación de disciplinas con las que se puede abordar su estudio: derecho de familia, derecho de sucesiones, derecho constitucional, derecho previsional, derecho registral y notarial. Desde hace varios años, el Tribunal Constitucional del

Perú, ha emitido diversas sentencias amparando, entre otros temas, el derecho a las pensiones de los convivientes. (Bustamante, 2017, p. 1).

En este contexto, un hito importante lo constituye la Ley Nro.30007, que luego de treinta tres años de vigencia del Código Civil de 1984, adoptó la regulación de los derechos sucesorios a favor del conviviente propio *supérstite*. De ese modo se realizó un justo reconocimiento a una realidad inobjetable, esto es, la vigencia de las uniones de hecho en nuestro país. (Bustamante, 2017, p. 1).

Precisamente, el Dictamen del Proyecto de Ley Nro.1184/2011 que, sustentó la adopción de la Ley No.30007, se basó en el último censo nacional de población por estado civil del año 2007 como fundamento de la Ley 30007, así se expresó que:

Según los resultados del Censo Nacional de 2007, el número de concubinos se ha incrementado sustancialmente en las últimas décadas. Así, en 1981 eran 1 336 326,00 (equivalente a 12% de la población), para 1993 eran 2 488 779,00 (equivalente al 16.3% de la población) y en el año 2007 llegaban a 5 124 925,00 (equivalente al 24.6% de la población). Lo contrario ha ocurrido con el porcentaje de casados, que ha disminuido en forma acentuada, al pasar de 38.4% en 1981 a 28.6% en el 2007. (Bustamante, 2017: 2). Estas cifras demuestran que la masificación del fenómeno del concubinato constituye una realidad social y, como tal, no debe ser ignorada por el Estado, siendo necesaria la emisión de una ley que otorgue una mayor protección a los participantes de dicho fenómeno en el ámbito de los derechos sucesorios. (Bustamante, 2017, p. 3).

El tema de tesis tiene como punto de inspiración la vocación hereditaria del conviviente *supérstite*. Dada la importancia significativa del dato estadístico pues la cuarta parte de la población adulta vive en convivencia y estando a la Ley Nro.30007 tiene una vigencia reciente

de cuatro años, nos revela que nuestro tema goza de la originalidad y actualidad necesaria para desarrollar una investigación. (Bustamante, 2017, p. 3).

Así, se plantea como hipótesis de investigación: la inscripción registral de la convivencia garantiza la finalidad tuitiva de protección al conviviente sobreviviente, mediante el reconocimiento de los derechos sucesorios que establece la Ley Nro.30007. Para dilucidar esta hipótesis consideramos que se deben desarrollar cuatro tópicos: En primer lugar, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, llegaremos a determinar los elementos que configuran la unión de hecho, entendida como la convivencia que genera el derecho sucesorio a favor del conviviente sobreviviente. (Bustamante, 2017, p. 3).

Definir cuándo se está ante unión de hecho nos permitirá luego poder dilucidar los alcances de la tutela jurídico constitucional establecida a favor de los concubinos que integran la unión de hecho, entre otros aspectos, incluso ello nos permitirá establecer si cabe la posibilidad de hablar de pluralidad de uniones de hecho y de coexistencia de convivientes sobrevivientes que aleguen derechos sucesorios del conviviente fallecido.(Bustamante, 2017, p. 3).

En segundo lugar, se estudiará la medida de la inscripción registral en el Registro Personal de Registros Públicos tal como la establece la Ley Nro.30007 como criterio unificador de la acreditación de la unión de hecho y que tiene su antecedente inmediato en las Leyes Nro.26660 y 29560, que establecen el procedimiento notarial como asunto no contencioso de la declaración de existencia de unión de hecho. Aquí debe tenerse en cuenta que en este Registro se inscriben las sentencias judiciales que declaran la unión de hecho como las Escrituras Públicas que declaran la existencia de unión de hecho. (Bustamante, 2017, p. 3).

En tercer lugar, analiza acerca del título sucesorio de heredero del integrante sobreviviente de unión de hecho, aspecto muy importante porque para ejercer derechos

sucesorios se requiere tener vocación hereditaria y título sucesorio que lo acredite como tal a un sucesor hereditario y en el caso de los concubinos integrantes de la unión de hecho, la inscripción registral es un presupuesto para la obtención del título sucesorio, sea éste el testamento o una sentencia o acta notarial de sucesión intestada. (Bustamante,2017, p. 4).

En cuarto lugar, se dilucidarán una serie de problemas que se avizoran de la aplicación de la Ley Nro.30007, los cuáles además van a ser materia de propuestas de modificaciones legislativas por parte nuestra en la parte final de este trabajo de investigación. El análisis de estos cuatro tópicos permitirá validar nuestra hipótesis, que la inscripción registral de la convivencia garantiza la finalidad tuitiva de protección al conviviente sobreviviente, mediante el reconocimiento de los derechos sucesorios que establece la Ley Nro.30007. (Bustamante, 2017, p. 4).

Señala que los objetivos de la tesis son los siguientes: como objetivo general: Realizar una investigación que nos permita profundizar los alcances de la Ley Nro. 30007, del 17 de abril del 2013, “Ley que reconoce derechos sucesorios entre los miembros de unión de hecho”, en cuanto a que la inscripción registral de la convivencia garantiza la finalidad tuitiva de protección al conviviente sobreviviente, mediante el reconocimiento de los derechos sucesorios que establece la Ley Nro.30007. (Bustamante, 2017, p. 11). Como objetivos específicos: 1. Visión constitucional de la unión de hecho, desde la incorporación como norma constitucional en la Constitución Política de 1979 y la interpretación de la unión de hecho por el Tribunal Constitucional 2. Definición de los elementos que configuran la unión de hecho como institución del derecho familiar que merece tutela legal y la interpretación judicial de las uniones de hecho por el Poder Judicial¹). 3. Analizar la configuración de la inscripción registral de la unión de hecho como presupuesto para obtener el título sucesorio de heredero del integrante sobreviviente

de unión de hecho. 4. Estudiar el impacto de la inscripción registral en el Registro Personal de Registros Públicos que establece la Ley Nro.30007 como criterio unificador del derecho sucesorio del integrante sobreviviente de unión de hecho. (Bustamante, 2017, p. 11).

Planteó como metodología y plan de trabajo los siguientes: La investigación de Bustamante Oyague, se sustenta en la recopilación de información bibliográfica especializada en materia de derecho de familia y sucesiones, enfocándonos en libros, investigaciones, artículos nacionales y extranjeros, tesis, etc.; así como en legislación comparada. (Bustamante, 2017, p. 11).

Se ha obtenido información necesaria para sustentar la tesis que propone y lograr los objetivos que plantea desarrollar. Un punto de partida importante ha sido la Biblioteca Central de la Pontificia Universidad Católica del Perú, que posee valioso material bibliográfico, nacional y extranjero, sobre el estudio de la unión de hecho, su acreditación, y legislación comparada. Ha revisado variado material de revistas especializadas indexadas de derecho comparado que se encuentra en la base de datos a la cual está suscrita la Biblioteca de la PUCP, valioso material que aporta la visión del derecho comparado de los derechos de los convivientes. (Bustamante, 2017, p. 12).

Analiza sentencias judiciales provenientes de veinticinco procesos judiciales de declaración de unión de hecho, que ha proporcionado la Corte Suprema de Justicia de la República, así como sentencias provenientes de las dos Salas Especializadas de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, además de cuarenta y cinco sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional peruano, sobre afectaciones a los derechos de los concubinos. (Bustamante, 2017, p. 12).

Bustamante, planteó como conclusiones las siguientes, en relación con la regulación

constitucional de la unión de hecho. 1. La tutela constitucional de las uniones de hecho se inició con la protección patrimonial, en busca de no dejar desprotegido al conviviente abandonado o que sobrevive al fallecimiento de su pareja. 2. Tutela que evolucionó al ámbito pensionario y de seguridad social, tal como ocurrió en el año 2007, cuando el Tribunal Constitucional realizó una interpretación del artículo 5 de la Constitución en la STC Nro.09708-2006-PA/TC, destacando la tutela constitucional de las uniones de hecho y del patrimonio que se adquiere durante ese período de convivencia, el cual sirve para sostener a la familia que se constituye, de ahí la referencia a la protección de la familia como un mandato constitucional de acuerdo al art.4º de la Constitución y que esa protección, a la parte más débil de la relación concubinaria, se traduce en el reconocimiento inclusive del derecho a la herencia del concubino fallecido, bajo ciertas condiciones.. 3. La jurisprudencia constitucional y ordinaria han establecido, de forma uniforme, que se exige sentencia judicial, para declarar la unión de hecho, como título que acredita su existencia y que sirve, asimismo, para el ejercicio de los derechos derivados de la unión de hecho, como documento idóneo. Siendo que los efectos se retrotraen a partir de la fecha en que se cumplan los requisitos que configuran la unión de hecho, es decir, [la aplicación, por extrapolación], del régimen de sociedad de gananciales [a la unión de hecho, cuando hay que liquidarla] y, desde la vigencia, de la Ley Nro.30007, se consagra el derecho a la legítima y el derecho a la habitación como un derecho adicional a la legítima que la ley concede al concubino sobreviviente. 4. En cuanto al reconocimiento del derecho pensionario al conviviente sobreviviente, el Tribunal Constitucional ha interpretado la norma constitucional contenida en el art.5º de la Constitución que reconoce la unión de hecho, destacando la protección de la familia como una norma imperativa de acuerdo al art.4º de la Constitución, en el cual la unión de hecho es una expresión de familia, pues se entiende que la convivencia genera una dinámica de

interacción y dependencia entre los convivientes y por tanto, la pensión de viudez tiene por finalidad solventar los gastos de sobrevivencia que ocasiona la muerte del causante. (Bustamante, 2017, p. 167).

De la Rúa (2015) señala en el Resumen, que la realidad social conforma el Derecho. Las uniones de hecho necesitan una regulación legal expresa, para conceder la pensión de sobrevivencia. Esta explicación trata de satisfacer esa necesidad unificadora de las diversas regulaciones tanto europeas, estatales y autonómicas, que posibilitan soluciones diferentes a similares situaciones, a la luz de la doctrina y las últimas sentencias del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y diversas Audiencias Provinciales. Señalaba que la justificación del trabajo obedece, por un lado, a la muerte, en un accidente de tráfico, de un motorista cuya problemática era la de pareja de hecho, sin registrar, con una vivienda de propiedad común, con una hipoteca sobre la misma y con unas relaciones tirantes entre la “supérstite” y los herederos ab intestato (padres) del fallecido. Así, en las últimas décadas, la sociedad ha experimentado, a este respecto, un cambio sustancial: el número de parejas de hecho ha aumentado exponencialmente, [Revítese la estadística oficial del Perú, en el año 2007] de manera que, ha pasado de ser un hecho socialmente reprobable [en las épocas de mentalidad feudal y retardataria], a un hecho absolutamente natural, aunque el matrimonio siga siendo la institución predominante.

El Derecho está en continua evolución y éste se tiene que adaptar a la realidad social: prueba de ello la tenemos en la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil de España, en materia de derecho a contraer matrimonio, en la que se reconoce y acepta la convivencia de personas del mismo sexo, bien sea como matrimonio o pareja, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición. Este fenómeno social, en los tiempos que corren, es una alternativa al matrimonio, bien por motivos económicos, bien

como primer paso antes de contraer matrimonio o por rechazo al vínculo matrimonial y estar al margen de toda formalización jurídica (De la Rúa, 2015, p. 1).

El proceso legislativo de adaptación a la convivencia no fue fácil, en un primer momento, en este sentido la actuación de los tribunales es meritoria por el gran esfuerzo que han hecho para dar soluciones y respuestas inmediatas, incluso a veces atrevidas, acudiendo a diversos recursos.

Con este trabajo, De la Rúa, aborda los aspectos más generales y contradictorios de la unión de hecho, remitiéndose, incluso, a las diferentes regulaciones existentes en las Comunidades Autónomas de España, además de los distintos pronunciamientos de los tribunales españoles. Para lograr este objetivo, ha partido de las dos incidencias al principio relatadas que objetivan soluciones jurídicas. En el primer caso, la muerte del motorista habrá de deslindarse la propiedad común, el uso continuado por la pareja sobreviviente de la vivienda, el pago de la hipoteca común, la indemnización correspondiente al seguro de vida y otras contingencias. En el segundo caso, la pensión de viudez (dado que no había bienes comunes). La metodología empleada, será la de seguir unos principios sobre lo que se entiende legislativa, doctrinal y jurisprudencialmente, por pareja de hecho, incardinar estas definiciones en el mundo actual y sus afinidades y diferencias con el matrimonio para llegara la conclusión finalista de la resolución de ambos casos pergeñados en esta introducción. (De la Rúa, 2015, p. 2).

Planteaba De la Rúa, y el Derecho de la Unión Europea, que en el Derecho Comunitario no existe regulación univoca del Derecho de Familia, pues éste es competencia de los Estados miembros, pero sí que se ha preocupado porque no exista discriminación alguna por razón de sexo, como ya mencionamos anteriormente la Resolución de 8 de febrero de 1994. En el año 2002, podemos ver como el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en su art. 13 (hoy art. 19

TFUE) se establece que el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. (De La Rúa, 2015, p. 5).

Algunos estados miembros sí han empezado a regular esta figura por ejemplo en **Suecia** entró en vigor en 1988 la Ley del Hogar Común de co-habitantes extramatrimoniales. Ésta sólo es aplicable a parejas formadas por un hombre y una mujer. Esta ley únicamente regula la atribución de la vivienda común de la pareja, así como el ajuar doméstico que la compone, en caso de disolución de ésta. También se aprobó la ley 13/1987 de Co-Habitantes Homosexuales regulando lo mismo que la anterior ley. Posteriormente, entró en vigor, en 1995, la ley de parejas registradas que otorga efectos civiles semejantes al matrimonio, a las parejas homosexuales, excepto en temas de adopción y custodia de menores. **En Holanda**, entró en vigor, en 1998, la *Ley de parejas registradas*, que recoge tanto a parejas homosexuales como heterosexuales. A estas parejas se le reconocen efectos legales y tienen beneficios de régimen fiscal. Se regulan juntamente con el matrimonio. Además, en este Estado, sí que se permite la posibilidad de adoptar por parte de las parejas homosexuales. **En Francia**, se publicó, el 15 de noviembre de 1999, la Ley que regula el llamado "*pacto civil de solidaridad*" (PACS). Se trata de un contrato realizado por dos personas del mismo o diferente sexo cuyo objetivo es organizar la vida en común de ambos. Las deudas o gastos que se deriven de la convivencia establecen esta ley que responderán solidariamente. **En Bélgica**, La *Ley de Contrato de vida en Común*, modificó el Código Civil, adaptándolo a lo que se denomina la *cohabitación legal*, que es una situación de convivencia conformada a la ley. La exigencia formal de esa convivencia es la inscripción registral de la misma, No obstante, incidiremos, en la conservación de sus propios

bienes individuales y los que no sean privativos se considerarán comunes. **En Portugal**, donde los requisitos, son las de uniones de hecho de heterosexuales (Ley 135/1999) modificada posteriormente, por otras dos leyes de medidas de protección de personas convivientes de economía común y sobre medidas de protección de las uniones de hecho, con independencia de su orientación sexual. (De la Rúa, 2015, p. 6).

Las conclusiones, en la investigación: 1. El Estado [Por Estado debe entenderse: Poder Legislativo, Poder Judicial y, especialmente, el Tribunal Constitucional], tiene que dar respuesta a este fenómeno social que va en aumento, es importante que lo regule en exclusiva o al menos dé las pautas generales de seguridad jurídica. 2. Quien opta por convivir con otra persona, evitando el compromiso matrimonial, no podrá exigir los mismos derechos que la institución del matrimonio otorga [Esta conclusión con la que no estamos de acuerdo, porque obedece a una postura extremadamente confesional y alejada de los valores constitucionales y de los fundamentos de los derechos humanos], porque quien no quiso contraer matrimonio se entiende que su voluntad era estar al margen de éste y no basta que después se alegue desconocimiento de esas diferencias, pues habrá de dilucidarse esa problemática judicialmente, caso por caso. 3. Hoy en día lo más eficaz es que la pareja establezca pactos sobre los aspectos patrimoniales y personales que conciernen a la relación [jurídica convivencial], porque la libertad de pactos así se lo permite. 4. En cuanto a la pensión de viudedad de las parejas de hecho, el tema está zanjado en Cataluña, ante el fallecimiento de uno de sus miembros, podría obtener la pensión de viudedad, simplemente demostrando la convivencia de la misma o la sola tenencia de hijos de ambos. No se exigía la inscripción constitutiva de la relación, sin embargo, en otras regiones de España, ese requisito, ad solemnitaten, registral, era imprescindible y ello producía un agravio, cuyas consecuencias eran lamentables, pues no se pensionaba la viudez. El TC, acogió la

solución más restrictiva, la de exigir la inscripción. [Con la que no estamos de acuerdo]

García (2013) expone en su presente trabajo trata de realizar un análisis del actual marco jurídico en el que se encuadran las parejas de hecho, a la luz del Derecho positivo, la Constitución española y los diferentes pronunciamientos judiciales en esta materia. Por otro lado, se trata de realizar un análisis sobre los efectos [jurídicos], derivados de la convivencia, de la posible ruptura de la pareja o por fallecimiento de uno de los convivientes. (García, 2013, p. 2)

García, señalaba que a lo largo de los siglos las uniones de hecho han sido una realidad social a la que los diferentes ordenamientos jurídicos han dado, o han intentado dar, diversas soluciones. No obstante, hoy en día, estamos en una normalidad social, el aumento del porcentaje de parejas que conviven de hecho hace que estemos ante un nuevo modelo de familia. Se considera que este incremento del número de uniones de hecho está íntimamente relacionado con la crisis institucional que en los últimos años ha sufrido el matrimonio. No hay que olvidar que se ha producido un profundo cambio sociológico y jurídico del concepto de matrimonio que se puede poner en relación con la actual a-confesionalidad del Estado y libertad religiosa, reconocidas por la propia Constitución española. [No olvidemos que después de la muerte de Francisco Franco, España comenzó un proceso de anticlericalismo, que no se ha detenido]. Es evidente, que el matrimonio, como estándar de modelo de familia, está dejando paso a una amplia aceptación de formas alternativas de vida en pareja, como son las uniones de hecho. El rechazo a la formalización legal de su unión: este rechazo puede estar relacionado con una motivación económica de la pareja, que puede ir desde evitar los costes de celebración del matrimonio hasta que contraer matrimonio conlleve la pérdida de determinadas prestaciones, como puede ser la pensión de viudedad.

García señala en sus Conclusiones lo siguiente: 1. Las parejas de hecho son un fenómeno

cuyo número va en aumento, y que requiere de una solución por parte del ordenamiento jurídico a las controversias que se suscitan en el seno de las mismas, puesto que tienen que enfrentarse, generalmente, a los mismos problemas que un matrimonio. 2. Ante la inexistencia de regulación estatal y los problemas que acarrearán las normas autonómicas en España, acaban siendo los juzgados y tribunales los que dan respuesta a estas controversias. 3. Al realizar un análisis de la actual jurisprudencia del TC en esta materia, que, a través de las Sentencias, STC 93/2013, de 23 de abril y STC 81/2013, de 11 de abril, ha declarado inconstitucionales diversos preceptos de la Ley Foral 6/2000 y de la Ley 11/2001, de 19 de diciembre de la Comunidad de Madrid. Sin duda alguna, ambas sentencias tendrán una fuerte repercusión en la regulación de parejas de hecho. 4. Los efectos durante la convivencia, tras la ruptura de la pareja y al fallecer uno de los miembros de la pareja son muy similares a los que tienen que enfrentarse los cónyuges. Por ello la mayoría de las regulaciones autonómicas han optado por intentar dar diferentes soluciones a esas situaciones como la atribución de la vivienda familiar ante la ruptura de la pareja, pensiones y compensaciones, o los posibles efectos sucesorios ante la extinción de la pareja por fallecimiento de uno de los miembros de la misma. 5. Por último, con la nueva doctrina sentada por el TC, nos encontramos en un momento clave, que el legislador estatal debería aprovechar para proporcionar una solución jurídica adecuada y proporcionada a las exigencias de nuestra realidad social.

Bustos (2007) en su tesis señala que, en Chile, según los datos arrojados por el Censo de 2002, alrededor de un 8,9% de la población declara ser conviviente, estadística nada despreciable y que sin duda va en aumento. Así, conforme a la encuesta CEP de diciembre de 2004, un 9,6% de los encuestados declara ser conviviente. Cifras de las que se concluye que las uniones de hecho heterosexuales son una realidad en nuestro país. Esta situación no sólo tiene lugar en

Chile, sino también en el resto del mundo. A modo de ejemplo, en Francia, las personas que viven maritalmente de hecho aumentaron en un 30% en un lapso de diez años, según estadísticas de la década de los ochenta. Estas mismas estadísticas indican que el 41% de los hombres y mujeres entre veintiuno a veinticinco años de edad había convivido sin casarse. A nivel latinoamericano, en Puerto Rico, hacia 1976, el 28% de las mujeres habían iniciado su vida matrimonial con una vida consensual. Ahora, sin necesidad de entrar en mayores detalles acerca de la función que el derecho debe cumplir en nuestra sociedad, no es un misterio que éste, y especialmente el derecho de familia, no puede dejar de tener en cuenta la realidad social de cada época histórica, ya sea tanto para ajustar el derecho a la realidad social existente, o para corregir mediante él determinadas situaciones, como lo ha hecho el derecho comparado en materia de uniones de hecho.

Es del caso, que la situación normativa en Chile, respecto de las uniones de hecho, es bastante escasa, ya que sin perjuicio de existir unas pocas normas dispersas que regulan algunos de los aspectos de las uniones de hecho, ellas se refieren principalmente a las relaciones entre padres e hijos de parejas unidas de hecho, centrándose así en las relaciones personales familiares, sin pronunciarse sobre los efectos patrimoniales de las convivencias. (Bustos, 2007, p. 8).

Ante la falta de una regulación orgánica (Donoso y Rioseco, 2006), de los efectos y consecuencias jurídicas de las uniones de hecho, en especial patrimoniales, han sido nuestros Tribunales de Justicia los encargados de resolverlos y, para ello, se han valido principalmente de instituciones del derecho común, como el cuasi-contrato de comunidad, para dar solución al conflicto derivado de la adquisición de bienes durante la unión. (Bustos, 2007, p. 9). (Subrayado agregado)

Lamentablemente, dicho desarrollo jurisprudencial se ha restringido principalmente a dar

solución al conflicto patrimonial que se origina tras la adquisición de bienes durante la convivencia, quedando sin regulación sistemática una serie de situaciones de relevancia jurídica patrimonial, como la sucesión por causa de muerte, los derechos de seguridad social, las compensaciones económicas, las deudas adquiridas en común, entre otros.

Bustos, en las Conclusiones de su tesis señala: 1. Las uniones de hecho se presentan hoy en día como una realidad social, en cuya virtud, de forma fáctica se constituye el vínculo familiar, vínculo de solidaridad y de cooperación entre sus miembros, del que deriva tanto el deber implícito de ayuda mutua entre convivientes, como la socialización del menor, en caso de descendencia común. 2. Durante muchos años ese vínculo familiar estuvo restringido exclusivamente a la familia matrimonial, prueba de ello es la nutrida legislación que regula las uniones matrimoniales y la inexistencia de una regulación orgánica que se refiera y dé solución a los conflictos derivados de la existencia de convivencias. Pese a ello, hoy en día, como manifestación de la libertad individual y del sentir de una sociedad que aspira a ser cada día más igualitaria y tolerante, las uniones convivenciales, no formales, se presentan cada vez en mayor número y, en muchos casos, como alternativa a la unión matrimonial. El problema es que tal como se ha expuesto, a lo largo de esta investigación, nuestro ordenamiento jurídico carece de un estatuto normativo que regule los principales efectos que derivan de la unión de hecho, restringiéndose las disposiciones existentes sólo a la situación de los hijos y, en general, a aspectos personales de la unión, quedando fuera de esa regulación todas aquellas materias que se refieren a los convivientes propiamente tales y sus relaciones patrimoniales. Otro tanto sucede con la jurisprudencia, a la que sin restarle el mérito por los grandes esfuerzos que ha realizado para adaptar la legislación existente y dar solución a los problemas patrimoniales que, respecto de las uniones de hecho, se presentan, se ha pronunciado, principalmente, sobre el régimen de

bienes aplicable a las convivencias, excluyéndose de su decisión una serie de conflictos patrimoniales de relevancia jurídica. (Bustos, 2007, pp. 117-118).

Amenábar y Harcha (2011) señalan que según la encuesta Casen del año 2009, actualmente existen en Chile alrededor de 850.000 parejas que conviven sin haber contraído matrimonio, lo que da un total de chilenos que declaran tener una relación de convivencia. Esta cifra se ha elevado considerablemente en las últimas dos décadas, considerando que en 1990 sólo 460.000 chilenos declaraban convivir fuera del matrimonio. Sin embargo, la convivencia o concubinato, como se ha conocido históricamente la unión de hecho entre dos personas que no están sujetas a un vínculo conyugal, tiene una larga data en la sociedad chilena. Este tipo de relaciones tuvo un alza considerable como consecuencia de la dictación de la Ley de Matrimonio Civil, pues hubo un alto número de parejas que se negaron a casarse ante la ley y sólo contrajeron matrimonio religioso. Este fue el origen de varios de los casos que llegaron al conocimiento de los tribunales durante la primera mitad del siglo veinte. Pero en la actualidad, las razones que conducen a las parejas a convivir sin casarse son otras, las que podrían dividirse fundamentalmente en tres grupos: a. motivos económicos (parejas de bajos ingresos que no cuentan con los recursos suficientes para asumir los costos), b. ideológicos (parejas que no desean casarse o que desean convivir antes de hacerlo) y c. la existencia de impedimentos para contraer matrimonio válidamente.

El resultado es un porcentaje de uniones de hecho que va en aumento y que el derecho no ha podido ignorar. Pero el sistema jurídico no ha reconocido esta realidad mediante una regulación sistemática de la convivencia, sino que a través de normas aisladas o pronunciamientos judiciales que responden a una lógica más casuística que comprensiva. En este contexto, es posible observar que en diversos estatutos jurídicos se han incorporado menciones al

conviviente, ya sea para otorgarle derechos o para imponerle obligaciones. Por su parte, la jurisprudencia también ha debido enfrentarse a conflictos en que la relación de convivencia tiene un papel preponderante y que ha debido resolver a pesar de que no exista una disposición legal específica que resuelva la controversia. (Amenábar y Harcha, 2011, pp. 7-8).

Por lo demás, esa necesidad se refleja en el movimiento legislativo que ha habido sobre la materia en los últimos años. Desde 2003 a la fecha se han presentado más de 10 proyectos de ley con el objeto de regular sistemáticamente las uniones de hecho. Actualmente, hay tres proyectos en trámite en el parlamento: el Boletín N° 6735-07, que “Establece un Pacto de Unión Civil”, que fue presentado el 27 de octubre de 2009 por los diputados Marcos Espinosa, Fulvio Rossi, María Antonieta Saa y Gabriel Silber; el Boletín N° 6846-07, que “Regula los Pactos de Uniones Civiles”, que fue presentado el 10 de marzo de 2010 por los senadores Guido Girardi y Carlos Ominami; y el Boletín N° 7011-07, que “Regula la figura contractual denominada Acuerdo de Vida en Común”, que fue presentado el 29 de junio de 2010 por el senador Andrés Allamand. Además, hay múltiples proyectos vigentes que contemplan al conviviente en diversas materias. Existe un proyecto que será presentado por parlamentarios de la UDI, que se encuentra en proceso de discusión interna dentro del partido pero que ya ha tenido figuración en la opinión pública. Además, el ejecutivo ha dado a conocer que se encuentra elaborando un proyecto en la materia, que a la fecha tampoco ha sido presentado.

Aucahuaqui (2018) plantea en su tesis que el interés motivador del presente trabajo, ha sido destacar la evolución del concepto de familia en la doctrina nacional e internacional, su concepción desde el Código civil de 1852 hasta su regulación en la Constitución de 1979, su asimilación a la concepción de la unión de hecho y, desde allí, destacar el nuevo concepto y forma de reconocerla según la Constitución de 1993 y la interpretación que ha efectuado el

Tribunal Constitucional, destacando su reconocimiento que aquella no solo proviene del matrimonio, sino también de la unión de hecho propia y de otras formas presentes en la realidad nacional del Perú de hoy. A partir de ello, considerando la legislación comparada, postular la hipótesis que la familia proveniente de una unión de hecho impropia o con impedimento legal, también se encuentra dentro de la protección que brinda la Constitución y, como tal, merecedora del auspicio y protección de parte de la sociedad y el Estado, relevando que su no reconocimiento como modelo de familia y su no regulación del patrimonio generado durante su vigencia, como si se hace respecto de la unión de hecho propia o libre de impedimento es discriminadora y atentatoria al principio de igualdad sin discriminación, así como a la dignidad de la persona humana; proponiendo como solución, a dicha realidad, la reforma constitucional del artículo 5 de la Constitución Política del Estado y del tercer párrafo del Artículo 326 del Código civil.

En el contexto de la evolución de la familia en el Perú, no pasa inadvertido que, tras la invasión española al antiguo imperio inca, periodo denominado de “Colonización”, trajo como consecuencia la imposición de la barraganía como modelo de unión de pareja, que era practicado por sacerdotes y laicos. Como estaba prohibido por la corona autorizar a los españoles nobles la unión en matrimonio con las damas aborígenes de la cultura Inca, la referida forma de concubinato encajaba perfectamente con el estado de cosas establecido y con los propósitos que tenía la corona en los territorios de la América del Sur; pues por un lado les permitía mantener incólume su estatus social y económico establecidos y por otro lado les permitía a sus nobles varones, incluidos los sacerdotes, llevar una vida mundana y polígama, no solo respecto de las damas o mujeres aborígenes, sino también y con desenfreno con las de su estirpe. Herencia de esa realidad y del estado de cosas establecidos por más de cuatro siglos el concubinato o la unión

de hecho fue condenada de inmoral, adulterina e incestuosa, contraria a la institución del matrimonio, razón por la cual fue negada, rechazada y combatida para ser extinguida. (Aucahuaqui, 2018, p. xii).

Sin embargo, la realidad demostró todo lo contrario, evidenció que este modelo de vida familiar paradójicamente era lo que en la realidad de los hechos se amoldaba a la costumbre, cultura y realidad social que experimentaba la clase social denominada “indiada, chola o andina” y, al mismo tiempo, también aceptado por la clase social denominada alta y media. Obviamente, de modo predominante por el sexo masculino, consecuencia de la ideología burguesa que implantó el matrimonio monogámico y con él la preponderancia del varón sobre la mujer, lo que precisamente trajo como consecuencia que el Constituyente de 1979, se vio obligado a regular constitucionalmente a este tipo de unión, ante una realidad innegable por el abuso que cometía el concubino de quedarse con la totalidad de los bienes adquiridos dentro de la convivencia, en desmedro del derecho de la concubina. Esta regulación constitucional, que se formuló en el seno de la Asamblea Constituyente de los años 1978-1979, fue solo respecto al aspecto patrimonial de dicha relación jurídica, porque, como institución familiar, el artículo 5 de la misma Constitución, la excluyó, dado que [Solo, e inexplicablemente], vinculó a la familia como consecuencia del matrimonio, protegiendo solo la familia matrimonial, en desmedro de la familia concubinaria. Sin embargo, aun así fue un gran adelanto en el plano jurídico y de reconocimiento de derechos para esta parte de la población nacional, hecho que fue consolidado en el artículo 5 de la Constitución Política de 1993, con un cambio sutil en la denominación de dicho patrimonio, de “sociedad de bienes a comunidad de bienes”; asimismo, con el acierto del artículo 4 de la Constitución, de desvincular a la familia del matrimonio, abriendo el reconocimiento de otros modelos de familia no provenientes de una unión legal o matrimonio. (Aucahuaqui, 2018, p. xii).

En los últimos años, tras las valiosas interpretaciones que ha efectuado el Tribunal Constitucional del Perú, de los artículos 4 y 5 de la Constitución de 1993, respecto de la unión de hecho, se ha avanzado en el reconocimiento de derechos a los integrantes de la unión de hecho propia, llamada también, unión pura o unión libre de impedimento matrimonial o de impedimento de ligamen, haciéndoles extensivos varios derechos de índole patrimonial y extra-patrimonial, propios del matrimonio que ha optado por el régimen de la sociedad de gananciales. Esos derechos son, por ejemplo, la extrapolación del tratamiento de la liquidación de la sociedad de gananciales, propia del matrimonio, para emplearla tras el fenecimiento de la unión de hecho. Otro derecho es el referido al régimen pensionario, tanto privado como público y, últimamente, en el ámbito derecho sucesorio, con la promulgación de la Ley N° 30007, que le confiere herencia al concubino propio. (Aucahuaqui, 2018, p. xii).

Muy pronto se reconocerán derechos respecto a la separación de patrimonios, [que, por cierto, nada impide que se haga desde este momento], el patrimonio familiar, la curatela, el trasplante de órganos entre otros que se reconocen, por ahora, de modo exclusivo a los cónyuges; empero no se ha dicho ni se ha hecho nada con respecto a la unión de hecho denominada impropia o con impedimento de matrimonio. (Aucahuaqui, 2018, pp. xii-xiii).

El presente trabajo trata precisamente sobre esto último, es decir, el concubinato impropio, se pretende, entonces, que desde su reconocimiento, también, como modelo de familia, que ya ha sido admitido por el Tribunal Constitucional del Perú, tras la interpretación del artículo 4 de la Constitución, justificar que la regulación actual del penúltimo párrafo del artículo 326 del Código Civil, resulta discriminatorio al no regular la suerte que debe correr el patrimonio adquirido dentro de este tipo de unión familiar. Es oportuno destacar que la remisión que hace la norma vigente, el artículo 326 del código civil del Perú, a la figura de la indemnización por

enriquecimiento indebido, además de llevarla a una figura jurídica inadecuada para dilucidar la naturaleza de dicho patrimonio, permite que el concubino favorecido haga ilusorio el derecho del conviviente perjudicado, de acceder al goce y disfrute de dichos bienes. Asimismo, la ficción jurídica según la cual, todo el patrimonio adquirido dentro del matrimonio pertenece a la sociedad de gananciales, sin distinguir su verdadera naturaleza respecto de su adquisición, avala un abuso del derecho y el enriquecimiento indebido del cónyuge que no intervino de modo alguno en la adquisición de dichos bienes, lo que contraviene el Derecho, respecto del principio a la igualdad ante la ley y a no ser discriminado por razón de origen o de otra índole. Al mismo tiempo, se destaca que el no reconocimiento de sus integrantes como un tipo o modelo de familia, también afecta el derecho fundamental a la dignidad de la persona humana, al ser excluidos y estigmatizados por su condición de formar una familia de hecho calificada de adulterina e inmoral. (Aucahuaqui, 2018, p. xiii).

Al respecto, se propone como solución para ello la reforma constitucional del Artículo 5 de la Constitución Política del Estado y la modificación del tercer párrafo del artículo 326 del Código civil, con fórmulas legales que permitan a los integrantes de dicho modelo de familia, ser reconocidos como tales y que el patrimonio adquirido durante su vigencia sea regulado por ellos mediante instrumento público y de no ser pactado, sea considerado como comunidad de bienes susceptible de ser repartido mediante la figura de la división y partición, dejando como última opción a la acción de indemnización por enriquecimiento indebido. (Aucahuaqui, 2018, p. xiii).

Finalmente, Aucahuaqui (2018) plantea las siguientes conclusiones:

La familia como manifestación sociocultural y más adelante como institución jurídicamente organizada, ha evolucionado modificando su constitución y la forma de percibirla, el enfoque de Frederick Engels sigue manteniéndose vigente, pues el derrotero de la historia ha

demostrado que desde el matrimonio por grupos en el salvajismo, hasta el matrimonio como contrato a través de la monogamia en la civilización y el matrimonio por amor sexual en la modernidad, el papel de la mujer tenía necesariamente que evolucionar a medida que evolucionara la sociedad, hasta que de ordinario se admita la igualdad entre varón y mujer. (Aucahuaqui, 2018, p. 170). (Sic). Cuando su participación se independice voluntariamente del trabajo doméstico impuesto por la preponderancia del sometimiento al hogar por el varón y cuando este supere la idea que por tal hecho tiene predominio sobre su pareja, lo que efectivamente aconteció en el siglo XX, la nueva posición asumida por la mujer cambió radicalmente la constitución y organización de la familia, como célula básica de la sociedad y del Estado. (Aucahuaqui, 2018, p. 170). (Sic)

Como lo señalara Francis Fukuyama, desde la década de los 90, la revolución sexual, la liberación femenina, los movimientos feministas y las demandas de inserción de la mujer en los diferentes puestos de trabajo, su presencia activa en el escenario político entre otras posiciones ganadas, han traído como consecuencia su independencia voluntaria, pues de ser criada, educada, formada y preparada para ser esposa y madre de familia, hoy es ella quien apuesta por el libre desarrollo de su personalidad y auto dependencia económica. (Aucahuaqui, 2018, p. 170). (Sic). Se prepara y se forma para ser autosuficiente y competir laboralmente en igualdad de condiciones con el varón, así como para ser protagonista en los distintos escenarios de la vida en sociedad. Igualmente considera que el matrimonio ya no es la única opción para sus aspiraciones como mujer, ciudadana, madre y para formar una familia, en esto último, la realidad y el contexto social le informan que es libre de elegir la estructura familiar que se adecue mejor a las condiciones de vida que aspira tener para realizarse como persona y ciudadana. (Aucahuaqui, 2018, p. 170). (Sic)

Ese cambio de papel y rol social de la mujer y la crisis en que ha devenido el matrimonio, ha favorecido el incremento de las uniones de hecho (Censo de población y vivienda 2007), nueva concepción de modelo de familia que frente a la Constitución y los Tratados sobre derechos humanos, representan el derecho a vivir y formar una familia que mejor se adecue a sus aspiraciones y por lo tanto ya no puede ser negado y postergado de merecer protección de la sociedad y el Estado, tan igual como estas protegen a la familia proveniente del matrimonio y de una unión de hecho propia, pura o libre de impedimento, por ser una realidad innegable de la sociedad peruana. (Aucahuaqui, 2018, pp. 170- 171). (Sic)

Con el trabajo realizado, se ha identificado la contradicción entre lo normado por el artículo 4 de la Constitución Política del Estado, con el tercer párrafo del artículo 326 del Código civil, contradicción que vulnera el derecho a la igualdad, así como el respeto a la dignidad de la persona humana, contradicción que debe ser superada porque el derecho, al regular conductas y hechos sociales, va, muy atenta, la zaga del proceso de desarrollo, cambio y transformación que se experimenta en el seno de la sociedad. (Aucahuaqui, 2018, 171). (Sic)

Lo que antes fue negado ahora está permitido, asimismo, en ningún sistema jurídico puede haber leyes inconstitucionales, reglamentos ilegales ni sentencias *contra legem*, en ese escenario la Constitución está llamada a poner remedio a esos efectos destructivos del orden jurídico mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador, con el objetivo de condicionar, contener y orientar los desarrollos contradictorios de la producción del derecho, generados por la heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales que se ejercen sobre el mismo. (Aucahuaqui, 2018, p. 171). (Sic)

En esa misma línea, la interpretación de la Constitución debe efectuarse considerándola como un instrumento jurídico supra normativo viviente, como aquel cuerpo jurídico que el

gobierno y el pueblo reconocen y respetan como tal. (Aucahuaqui, 2018, p. 171). (Sic)

Al mismo tiempo los mandatos allí contenidos no serán lo que ha sido ni lo que es hoy; pues siempre se estará convirtiendo en algo diferente, por lo que su intérprete tendrá un trabajo más complejo de construcción jurídica actualizando de manera leal el mensaje del constituyente, para lo cual tendrá una visión de conjunto de los requerimientos sociales, políticos, económicos y culturales existentes. (Aucahuaqui, 2018, p. 171). (Sic)

Prudencia en la decisión a tomar en función al problema que se va a decidir, para lo cual recurrirá a los principios más útiles que el ordenamiento jurídico le informa, dentro de estos el *principio de unidad de la constitución*, el *principio de fuerza normativa de la constitución* y el *principio pro hómine*, por el cual la persona humana debe ser el centro del derecho.(Aucahuaqui, 2018, pp.: 171-172). (Sic)

Para su promoción debe convertirse en el medio por el cual el ser humano puede alcanzar mayores grados de perfección con el fin de realizar un conjunto de bienes que lo ayuden a solventar sus necesidades, tanto en su dimensión individual como social, teniendo en cuenta que la persona humana y su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, cuya actividad debe estar orientada a realizarla y promoverla. (Aucahuaqui, 2018, p. 172). (Sic)

En el presente trabajo, con el resultado de las encuestas obtenidas de personal profesional del Poder Judicial, ha quedado demostrado que la solución legal brindada por el artículo 326 del Código civil, resulta ser discriminadora con relación al tratamiento dado a la unión de hecho impropia; pues a este modelo de familia no se le reconoce el derecho de formar una comunidad de bienes, ni siquiera como copropiedad, condenándolo a la acción de la indemnización por enriquecimiento indebido, contradiciendo lo regulado en el artículo 4 de la Constitución, que lo reconoce como un modelo de familia, lo que debe ser superado con la reforma del artículo 5 de

la Constitución y el artículo 326 del Código civil. (Aucahuaqui, 2018, p. 172). (Sic)

Linares (2015) señala en el Resumen que presenta, lo siguiente, en el presente trabajo de investigación tiene como objetivo principal determinar los efectos jurídicos personales y patrimoniales del reconocimiento de las uniones de hecho *strictu sensu*, cuyo elemento temporal sea menor de dos años de vida común a la luz de la doctrina nacional, jurisprudencia y el derecho comparado. (Linares, 2015, p. iii).

Para la realización del presente trabajo de investigación se ha analizado la doctrina nacional y comparada sobre materias referentes a la familia, el concubinato, la jerarquía normativa, lo cual nos ha servido de base para la elaboración de nuestros instrumentos de recolección de datos de nuestro trabajo de campo. (Linares, 2015, p. iii).

Para dicho trabajo de campo, se aplicó una observación social, indirecta y no participante, la aplicación de una entrevista a los magistrados especialistas en derecho de familia, asimismo, todo ello lo ejecutamos en el marco del método científico, así como los métodos de análisis o síntesis, el comparativo, el hermenéutico jurídico, la estadística descriptiva la cual ha facilitado la ejecución, procesamiento de datos para su ulterior redacción. (Linares, 2015, p. iii).

Entre los resultados más importantes del presente trabajo de investigación tenemos: que en la etapa de recolección de datos hemos encontrado expedientes (sentencias) que han otorgado el reconocimiento del estado de convivencia a aquellos concubinos que no han alcanzado los dos años de vida en común, lo cual está amparado en lo consagrado por el artículo 5° de la Constitución Política del Perú que contradice lo prescrito en el artículo 326 del Código Civil. (Linares, 2015, p. iii).

Igualmente, en la práctica judicial, los efectos jurídicos que se buscan con la declaración

del estado de convivencia son de naturaleza patrimonial (división y participación de un bien concubinal y la pensión de viudez del concubino *supérstite* por las AFP) y en cuanto a los efectos personales ello es infrecuente y solo procedería en caso de alimentos del concubino *supérstite* que la Ley le reconoce por 3 meses, ya que la Ley no le reconoce otros efectos. (Linares, 2015, p. iii)

Teniendo en cuenta estos resultados se ha concluido que, efectivamente, a la luz de la doctrina de la jerarquía de normas y la teoría de los hechos cumplidos, el artículo 5° Constitución Política del Perú, no exige elemento temporal para el reconocimiento de las uniones de hecho *strictu sensu*, en consecuencia, ello queda a criterio de valoración de la prueba del *A-quo*, por ende se le reconocen efectos jurídicos en especial de orden patrimonial y de manera poco frecuente las de naturaleza personal. (Linares, 2015, p. iii).

Asimismo, Linares, señalaba, en la introducción de la tesis, respecto de la realidad problemática, lo siguiente: La familia desempeña un papel fundamental en la sociedad. La familia como la célula básica de la sociedad y el matrimonio como institución más importante de la vida familiar son las entidades supremas en las cuales se realiza la persona humana. (Linares, 2015, p. 1). Por ello existe la protección legal de la familia a través del matrimonio [¿?], como la forma más civilizada de organización social [¿?]. Sin embargo, por razones históricas, de tradición y nacionalidad, a la par del matrimonio, existen las llamadas uniones de hecho que son comúnmente denominadas “*concubinato*”, fenómeno social que tiene vigencia ancestral, histórica y universal. (Linares, 2015, p. 1). En nuestro país el concubinato es un fenómeno gravitante que existe como realidad cultural y sociológica, de tal manera que es frecuente encontrar uniones más o menos estables de hombres y mujeres no casados. Estas uniones no vienen a ser sino la cohabitación de un hombre y una mujer fuera del matrimonio, pero con fines

muy parecidos a estos; es decir, llevar una vida en común. (Linares, 2015, p. 1).

Por otro lado, Linares Cruzado, señala, como antecedentes legales, los siguientes: que estas uniones de hecho fueron reguladas jurídicamente, a través de normas con rango de ley, en:

- La Ley N° 8439 artículo 2°,
- Ley N° 8569, artículo único,
- Ley N° 13517 (barrios marginales) de 14 de febrero de 1960,
- Reglamento de Ley N° 13517, D. S. N° 23 de 21.vii.61. 39°,
- D.L. N° 17716 Ley de Reforma Agraria, artículo 88°,
- D. S. N° 014-72 –VI, o
- Reglamento de Ley N° 17729 (Empresas de Administración de Inmuebles) del 23 de febrero de 1972 artículo 128°,
- D.L. 20589 del 30 de abril de 1974 (Empresa De Propiedad Social) artículo 135° inc. c.) (Linares, 2015, p. 1).

Por primera vez en la Constitución Política del Perú de 1979 en el artículo 9° establece que “la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial que forman un hogar de hecho por el tiempo y 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 le sea aplicable”: (Linares, 2015, p. 1).

El cual es concordante con el artículo 326° del código civil de 1984, que a la letra prescribe: “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 le sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos

años continuos (...)” (Linares, 2015, pp. 1-2).

De tal manera que con estas normas jurídicas se logró mejorar parcialmente esta institución, tanto en el aspecto personal, como patrimonial. (Linares Cruzado, 2015: 2). Posteriormente, la Constitución Política del Perú de 1993, estableció en el artículo 5°, reproduciendo, en parte, el texto el artículo 9°, de la Constitución de 1979, 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 sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”. (Linares, 2015, p. 2).

Como se podrá ver, la Constitución de 1993, ha omitido uno de los elementos del concubinato, que es el elemento temporal, elemento que resulta imprescindible para la declaración judicial de las uniones de hecho, dejando de esta manera abierta la posibilidad para producirse declaraciones judiciales de unión de hechos menores a los dos años que establece el artículo 326° del Código Civil de 1984, norma anterior a la Constitución de 1993, que promulgó al amparo de la Constitución de 1979. (Linares, 2015, p. 2).

Se aprecia, entonces, que los magistrados, por lo general, no reconocen uniones de hecho en las cuales el elemento temporal sea menor de dos años; sin embargo, existen otros *Aquo* quienes se adscriben a esta corriente y en casos en que, por falta de días o meses, no cumplieran con el requisito temporal, ellos valoran los hechos y les reconocen derechos, declarando fundadas las demandas. (Linares, 2015, p. 2).

Así se podrá apreciar que la problemática radica en el silencio que ha guardado el artículo 5° de la Constitución de 1993, con respecto al elemento temporal en las uniones de hecho; a diferencia de lo que ha establecido el artículo 326° del código civil de 1984, que fue promulgado al amparo de la Constitución de 1979; el cual fija un plazo que no está previsto en el texto

constitucional de 1993 y, por ende, se busca establecer si es jurídicamente posible que se produzcan los efectos jurídicos personales y patrimoniales prescindiendo del tiempo mínimo de 2 años a que se refiere el Código Civil del Perú de 1984. (Linares, 2015, p. 2).

En lo que concierne a las conclusiones, Linares Cruzado, señala las siguientes:

La no aplicación del elemento temporal, para declarar judicialmente el concubinato, debe considerarse para, de ese modo amparar las uniones de hecho en *strictu sensu*, en razón a que existen otros elementos y presupuestos suficientes para tutelar este tipo de relaciones, pues lo que protege el Estado no es el matrimonio sino la familia. (Linares, 2015, p. 66).

Acorde con los instrumentos jurídicos con que se cuenta, 1. La jerarquía piramidal de normas, 2. La teoría de los hechos cumplidos, 3. La normatividad internacional y 3. La correcta interpretación de la norma, nos permite aceptar la tesis de que dichos supuestos fácilmente pueden ser considerados como uniones de hecho propias, sin tener en cuenta el elemento temporal. (Linares, 2015, p. 66).

El resultado de esta propuesta es que, al considerar a estas relaciones como uniones de hecho propias, su *status* patrimonial toma el modelo matrimonial de sociedad de gananciales para liquidar el patrimonio convivencial, tutelando de mejor manera al grupo familiar formado. (Linares, 2015, p. 66).

En cuanto a los efectos jurídicos de las uniones de hecho *strictu sensu*, los casos que se presentan en la práctica judicial son los de naturaleza patrimonial como es la división y partición de un bien social, la pensión de viudez de las AFP; en cuanto a los efectos personales solo se considera lo de alimentos de la concubina *supérstite* y en cuanto a los de derechos sucesorios tanto la Constitución y el Código Civil lo reconocen. (Linares, 2015, p. 66).

1.5 Justificación de la investigación

La investigación tiene como propósito demostrar que la interpretación constitucional y el control concentrado que emplea el Tribunal Constitucional, protegen derechos no legislados o que entran en conflicto con la Constitución.

Las normas que conforman el sistema legislativo, es decir, las normas infra-constitucionales, en el Perú, en muchos casos, colisionan abiertamente con la Constitución, como el caso del artículo 326 del Código Civil del Perú de 1984 y la Constitución de 1993.

Las uniones de hecho generan relaciones jurídicas familiares que no están reconocidas en el artículo 326 del Código Civil del Perú de 1984, atentado con el fin último del Derecho: la justicia (fin *dikelogico*), sin embargo, de una interpretación sistemática de la Constitución se pueden alcanzar esos derechos que la ley no reconoce pero que la Constitución si lo hace.

1.6 Limitaciones de la investigación

No obstante, el tema y su vinculación con el control de legalidad, el control de constitucionalidad y, eventualmente, el control de convencionalidad, existe una visión teoría jurídica en materia de derecho familiar constitucional, expresada en la bibliografía del presente plan de tesis.

Limitaciones de tiempo, El tiempo estimado para la elaboración del presente plan de tesis y la tesis es de cuatro meses distribuidos de la siguiente manera:

Selección de la bibliografía, la hemerografía y la tesigrafía, sobre la teoría general del derecho.

Selección de la bibliografía, la hemerografía, la tesigrafía sobre la teoría general del derecho constitucional.

Selección de la bibliografía, la hemerografía, la tesigrafía sobre la teoría general

de los derechos humanos. Selección de la bibliografía, la hemerografía, la tesigrafía sobre las uniones de hecho y los derechos que de ellas se dimanen. Selección de la jurisprudencia del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional del Perú.

1.7 Objetivos

- *Objetivo general*

- Determinar si la intervención del Tribunal Constitucional, a través del control constitucional concentrado, protegen los derechos fundamentales consagrados en la Constitución del Perú de 1993

- *Objetivos específicos*

- Comprobar que el magistrado del Tribunal Constitucional del Perú, al haber concedido pensión de viudez a la concubina supérstite, protegió la unión de hecho antes que hubiera una norma expresa que lo hiciera
- Comprobar que el principio de jerarquía piramidal, consagrado en el artículo 51° de la Constitución de 1993, protege determinados derechos, que dimanen de las relaciones jurídicas concubinarias.

1.8 Hipótesis.

La interpretación constitucional, y el control concentrado que emplea el Tribunal Constitucional, protege derechos no legislados o que, habiendo sido legislados, entran en conflicto con la Constitución, respecto de las relaciones jurídicas concubinarias.

- *Hipótesis específicas*

- **HE 1.** El uso del control difuso, por el Poder Judicial y el control concentrado por el Tribunal Constitucional, permitirían corregir las incompatibilidades entre la Constitución del Perú de 1993 y el código civil de 1984.

- **HE. 2.** El principio de jerarquía piramidal, consagrado en el artículo 51° de la Constitución de 1993, protegería determinados derechos, que dimanen de las relaciones jurídicas concubinarias como el derecho a pensión de viudez.

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Marco conceptual

2.1.1. *La Constitución y el sistema jurídico.*

➤ ¿Qué es una Constitución?

La Constitución (Furnish, 1972, p. 61) es -de acuerdo con la tradición norteamericana de la cual se tomó gran parte de su contenido- una amplia declaración de principios fundamentales y de las formas del gobierno. Sin embargo, no es una Constitución "permanente". Es de esperar que poco a poco, ésta le ceda el paso a nuevas constituciones que reflejarán los cambios sociales, económicos y políticos en el Perú.

El Perú, como muchos países latinoamericanos, (Furnish, 1972, p. 65) tiene conflictos entre la teoría y la práctica en lo que respecta a la supremacía constitucional. Antes que la Constitución constituya la norma suprema dentro de un país, deben existir algunos medios de garantizar su cumplimiento.

Si se carece de la maquinaria necesaria para hacer respetar la Constitución, (Furnish, 1972, p. 65) ésta no podrá ser "la ley suprema de la nación"; por el contrario, queda reducida a "máximas de moralidad política las cuales tienen fuerza solamente por encontrarse dentro de la Constitución y por la fuerza con la cual la apoya la opinión pública" 19, y de la conciencia de las ramas ejecutivas y legislativas del gobierno. En los Estados Unidos y otros países, naturalmente, la rama judicial ejerce el poder de revisión sobre los actos legislativos con poder hasta para anular e invalidar una ley *ex tunc* y *erga omnes*.

La Constitución en sí misma, no establece específicamente que ella es la fuente permanente del derecho en el Perú, (Furnish, 1972, p. 65), pero lo propuesto podía ser teóricamente indiscutible por varias razones. Obviamente, cualquier pronunciamiento de la

Constitución, por definición, es la fuente formal más alta.

El paso del Antiguo Régimen hacia el Estado liberal, y la posterior evolución interna de éste (Rubio, 2009, p. 33), fue formalizándose poco a poco en las constituciones. Originalmente, «Constitución» viene de constituir el Estado. Es, así, el instrumento legislativo merced al cual se organiza el nuevo tipo de Estado, señalándose en sus artículos los principales cambios que ocurren en relación a la situación previa, en materia de derechos de las personas y de la estructura, conformación y funciones de los órganos del Estado.

En un principio, la Constitución (Rubio Correa, 2009: 33) fue la manera de organizar al Estado, pero con la formalización creciente del Derecho, aparece la necesidad de dar a la Constitución el rango de norma jurídica suprema. La idea es correcta desde que en la Constitución se establece quiénes producen el Derecho, sobre la base de qué principios y con cuáles formalidades. El Tribunal Constitucional peruano ha mencionado este tránsito de la Constitución desde norma política a norma también jurídica, en la siguiente sentencia:

- El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una norma jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto [...].

2.1.2. La Constitución y el sistema de defensa de los derechos.

El régimen constitucional peruano (Rubio, 2009, p. 43), establece un sistema amplio de defensa de los derechos a través de las garantías constitucionales contenidas en el artículo 200

del texto de la Carta. La existencia de estos derechos [los consagrados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa de 1789; los derechos humanos con la Declaración de las Naciones Unidas de 1948; la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre de la Organización de Estados Americanos], plantea ciertas condiciones positivas para el desenvolvimiento de la vida social y política.

En síntesis, ellas son dos:

- Del lado de las personas, (Rubio, 2009, p. 43) la existencia de los derechos trae correlativamente el deber de respetarlos en los demás, de manera que se pueda acceder cada vez a formas superiores de vida civilizada y solidaria dentro del todo social. En un mundo acusado de progresiva pérdida (cuando no inversión) de valores, el derecho a la paz y a la tranquilidad que establece nuestra Constitución es una revalorización de lo propiamente humano en nuestras relaciones con los demás.
- Del lado de los órganos estatales, (Rubio, 2009, p. 43) su autoridad y la de quienes ejercen funciones en ellos queda limitada por los derechos establecidos, porque al estar constitucionalmente garantizados, ninguna autoridad puede jurídicamente vulnerarlos y, muy por el contrario, debe protegerlos y promoverlos. [Sin embargo] se hacen ciertas excepciones por razón de necesidad social. Así, existe el régimen de excepción en el que se permite constitucionalmente la suspensión de las garantías referentes a los derechos constitucionales en casos graves.

2.1.3. La fuerza normativa de la Constitución en todas las ramas del Derecho.

De acuerdo con Guastini (2009, p. 49) y Favoreu (2001, p. 40), la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos consiste en un proceso que tiene como principal característica la extensión de la fuerza normativa de la Constitución a la interpretación y aplicación de las

distintas ramas del derecho; vale decir: Un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales.

No obstante, la constitucionalización de un ordenamiento jurídico, además de ser un proceso, puede ser también entendida como el resultado, (Alvites, 2018, p. 362) como una suerte de consolidación del Estado democrático y constitucional, en la que las relaciones que se den en la comunidad y entre esta y el Estado, así como aquellas que se producen entre los órganos del Estado, tengan como principal referente el texto constitucional.

La búsqueda de este resultado no necesariamente nos sitúa dentro de lo que se ha denominado constitucionalismo aspiracional, (Alvites, 2018, p. 362) basado sobre todo en la unidad política que debe generarse en torno a las constituciones (García-Villegas, 2012, pp. 93-94). Aun así, (Häberle, 2017, p. 124), sin restar importancia a la dimensión política de la Constitución, consideramos relevante destacar su dimensión jurídica, dado que los distintos dispositivos constitucionales constituyen mandatos normativos destinados a ser interpretados y aplicados por los operadores jurídicos, y de alguna manera esto supone hacer política, pero política constitucional.

La constitucionalización del Derecho se entiende como un proceso en el cual la Constitución, en tanto, norma suprema de los ordenamientos jurídicos, desplaza a la ley, (Alvites, 2018, p. 363) tanto desde el punto de vista formal como desde el material. De tal manera, a partir de la interpretación de los dispositivos constitucionales, se va re-significando el contenido de la ley, su interpretación y aplicación (Cabo, 2000, pp. 79-82); así como, en general, los conceptos y categorías jurídicas propios de las distintas áreas del derecho.

2.1.4. La Constitución, norma fundamental y suprema.

Señala Alvites, (2018, p. 363), la afirmación de la supremacía constitucional, en su condición de norma fundamental y, a la vez, como norma marco de la vida de la comunidad, «no se limita a la ordenación de la vida estatal. Sus normas abarcan también [...] las bases de la ordenación de la vida no-estatal» (Hesse, 1992, p. 16). De esa manera, se afirma la fuerza normativa de los dispositivos constitucionales, (Häberle, 2002, p. 109), para que desplieguen sus efectos a la vida social, dado que acogen el conjunto de valores y principios que se corresponden con los intereses de los distintos sectores sociales que forman parte de la comunidad.

En esa línea, Bastida (2004, pp. 179-195); Prieto Sanchís (2004, pp. 58-61) y Alvites (2018, p. 364) coinciden en señalar que los textos constitucionales del siglo XXI, propios del Estado constitucional, no solo contienen el diseño de la estructura, organización y competencias de los órganos del Estado, sino también los principios y valores de la comunidad a la que pretenden regular. Tienen una carga axiológica importante que, en su mayor parte, coincide con el catálogo de derechos fundamentales, cuya eficacia es vertical y horizontal.

2.1.5. El Estado constitucional, fase superior del Estado de derecho.

Desde esta perspectiva, el Estado constitucional se presenta como una superación del Estado de derecho, pues conserva muchos de los elementos de este, pero, además, involucra nuevos matices que lo hacen más omnicompreensivo, dado que su derecho constitucional ha pasado a ser más un derecho de principios que de reglas, esto lo señalan: Alvites (2018, p. 364), Cabo (1997, p. 304); Fioravanti, (2004, pp.28-29). De igual modo, Häberle, (1997: pp 64-70) y Zagrebelsky, (2002, pp. 16-17), la fuerza normativa de sus contenidos se concreta en la interpretación constitucional que realizan los distintos operadores jurídicos, particularmente los jueces constitucionales.

2.1.6. La práctica de la justicia constitucional es una forma de realizar la Constitución.

La Constitución, como norma directamente aplicable y justiciable, (Alvites, 2018, p. 365), ha modificado la relación existente entre ella y la ley, pero también entre ella y la jurisdicción. Forma parte del material normativo que deben aplicar los jueces y su contenido axiológico despliega sus efectos en las distintas ramas del derecho. De esta manera, la práctica de la justicia constitucional —sea que provenga de un tribunal constitucional o del concierto de jueces que integran el Poder Judicial, se trate de un caso específico o de un proceso de inconstitucionalidad— es una forma de realizar la Constitución.

2.1.7. La Constitución, siempre está abierta a la interpretación.

El texto constitucional es inacabado, siempre abierto a la interpretación para responder a los procesos vitales de la comunidad que pretende normar (Hesse, 1992, pp. 23- 25). De ahí que la interpretación que haga la justicia de los dispositivos constitucionales y las técnicas argumentativas que aplique a la solución de los casos concretos deban tomar en cuenta que la Constitución es, a la vez, garantía de protección de los derechos de las personas y de movilidad como señal de apertura a los cambios sociales; tal como lo advierte Landa, (2013, p. 71), al señalar que:

“El concepto de Constitución se convierte en un concepto interpretativo por excelencia, donde la creación del derecho no es algo que viene ya dado o acabado por la norma, sino que se convierte en el producto de una interpretación constructiva” (Alvites, 2018, p. 366)

No obstante, esta impregnación o constitucionalización material del orden jurídico (Alvites, 2018, p. 366), continúa siendo una meta o resultado por alcanzar cuando se trata de la influencia de la Constitución y los derechos fundamentales en las relaciones políticas (Guastini, 2009, p. 58); es en ese espacio donde se constata si realmente la expansión de los contenidos constitucionales —y en particular de los derechos fundamentales— ha afectado (Alexy, 2003, p.

47) o no directamente a los poderes públicos.

La influencia de la Constitución, (Aguiló, 2007, p. 667), en el proceso político, tiene que traducirse, entre otras cosas, (Alvites, 2018, p. 366) en que los actores políticos tiendan a argumentar y defender sus opciones políticas en las normas constitucionales, así como en que los conflictos entre órganos del Estado y niveles de gobierno se resuelvan jurisdiccionalmente aplicando normas constitucionales, y en que los jueces no se auto-limiten frente a las llamadas cuestiones políticas.

2.1.8. El principio de constitucionalidad versus el principio de legalidad.

De esta forma, la Constitución (Guastini, 2007, p. 23), ha ido desplazando a la ley y a su *principio de legalidad* como la fuente suprema del derecho.

Actualmente, de la Constitución emana todo el ordenamiento jurídico y vincula directamente a los poderes públicos y privados, lo cual no es solo un cambio de posición jerárquica de las normas, sino que lleva a replantear (Atienza, 2007, p. 113), la manera de entender el derecho, la jurisprudencia, la jurisdicción y el propio rol del juez. (Landa, 2013, pp. 14-15). En tal sentido, se ha señalado que (De Otto, 1998, p. 76)

Si la Constitución tiene eficacia directa no será solo norma sobre normas, sino norma aplicable; no será solo fuente sobre la producción, sino también fuente del derecho sin más. Lo que le permite crear derecho, lo que le permite superar el legalismo positivista, finalmente, alcanzar la finalidad *dikelógica*]

2.2 El estado constitucional y los derechos humanos.

2.2.1 El rango de los tratados en las constituciones de 1979 y 1993 y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por otro lado, para fundamentar el problema jurídico se analizará la doctrina más

autorizada sobre el rango de los tratados y la Convención Americana de Derechos Humanos. El problema del rango de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, nos planteamos este problema por la siguiente razón: la Convención Americana fue ratificada por la Decimosexta Disposición Final de la Constitución de 1979:

Decimosexta. Se ratifica, constitucionalmente, en todas sus cláusulas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.

“Se ratifica, igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, incluyendo sus artículos 45 y 62, referidos a la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. (Rubio Correa, 1998, p. 111)

La Constitución de 1993 derogó a la [constitución del Perú] de 1979, (Rubio Correa, 1998, p. 111), incluida la Decimosexta Disposición Final y, en su texto, no trae indicación alguna sobre el rango que debe corresponder a la Convención en nuestro Derecho. La pregunta que aparece es la siguiente: ¿La Convención Americana mantiene el rango constitucional a pesar de haber sido derogada la Decimosexta Disposición Final de la Constitución de 1979 o, por el contrario, ha perdido tal rango y pasa a tener rango de ley? Encontramos que la respuesta correcta a esta pregunta es que la Convención Americana tiene rango constitucional por las siguientes razones:

Desde el punto de vista sistemático de la Constitución de 1993, ella, según los artículos 3° 57°, y cuarta disposición final, los tratados referentes a derechos humanos tienen jerarquía constitucional (Rubio Correa, 1998, p. 112)

Desde el punto de vista conceptual, la Convención Americana fue incorporada en 1979

con rango constitucional y debe mantenerlo. La única posibilidad de excepción al dicho podría ser que una norma de rango constitucional dijera que la Convención baja al rango de ley, pero esta hipótesis ni ha sucedido ni es aceptable, (Rubio Correa, 1998, p. 112)

Consideramos que sería inaceptable (Rubio Correa, 1998, p. 112), que una norma constitucional rebajara a rango de ley a la Convención Americana porque en ella, como estamos viendo, confluyen todas las características que se requiere según la propia constitución, para que sus normas tengan rango constitucional pues, además de la ratificación que le hizo la Constitución de 1979, le son perfectamente aplicables los artículos 3 y 57 de la Constitución.

Desde el punto de vista internacional, el Perú ha hecho reconocimiento constitucional de la Convención Americana (Rubio Correa, 1998, p. 112), ante la sociedad internacional reconociéndole rango constitucional. Este es un compromiso que no puede ser alterado unilateralmente.

2.2.2 La Convención Americana sobre Derechos Humanos y su rango en la Constitución de 1993.

Por consiguiente, la conclusión, respecto de este punto, consiste en que la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, mantiene el rango constitucional que le dio la Constitución de 1979 (Rubio Correa, 1998, p. 112) y que dicho rango no le puede ser válidamente retirado ni siquiera por norma constitucional (salvo, desde luego, que el Estado peruano procediera a denunciar la Convención, pero esto es ya cosa distinta).

El respeto a los derechos humanos, en tanto garantía de la integridad física y moral de las personas, constituye un principio constitucional del orden internacional (Salmón, 2005, p. 152), porque traduce jurídicamente el concepto de dignidad intrínseca del ser humano. No obstante, esto no fue siempre así y ha supuesto una verdadera revolución en la sociedad internacional.

En efecto, en el Derecho Internacional clásico, los derechos humanos eran exclusiva preocupación del Estado donde vivía la persona. (Salmón, 2005, p. 152) Su protección, por ende, no podía llevarse a cabo más que a través de los Estados en un medio por definición interestatal y donde la soberanía de los mismos constituía una suerte de (Carrillo Salcedo, 2001: p. 13) “jaula de hierro desde la que sus súbditos no podían comunicarse jurídicamente con el exterior más que a través de muy estrechos barrotes”.

Con la estela de sufrimientos que la humanidad hubo de atravesar durante los distintos conflictos armados, grandes y pequeños, se produce una extraordinaria innovación en el Derecho Internacional, (Salmón, 2005, p. 152) una transformación sin retorno, que es la afirmación de que la persona humana es titular de derechos propios, que pueden oponerse jurídicamente a todos, incluso a su propio Estado.

Sin embargo, esto no significa que el Estado y su soberanía hayan desaparecido, sino que los derechos humanos y la soberanía han de coexistir y condicionarse recíprocamente. (Salmón, 2005, p. 152). Los derechos humanos, por tanto, han erosionado, pero no destruido el concepto de soberanía. En efecto, un Estado de Derecho tiene como uno de sus fines primordiales la protección de los derechos de las personas, pues estos constituyen la piedra angular de todo ejercicio de la soberanía estatal.

En esta medida, los Estados salvaguardan los intereses jurídicamente relevantes de los seres humanos, (Salmón, 2005, p. 152) no sólo a través de su reconocimiento, sino concediendo situaciones jurídicas de ventaja, a través de normas en las que se reconoce la prevalencia del interés del individuo respecto de otros intereses que podrían colisionar o interferir con aquél.

2.2.3 Los valores de los tratados derechos humanos.

Los tratados de derechos humanos revisten un carácter particular en el marco del Derecho

Internacional, en tanto que se inspiran en valores superiores y consagran obligaciones de carácter objetivo, lo que supone un quiebre del carácter sinalagmático al ser estos celebrados en beneficio de los individuos. (Salmón, 2005, p. 152).

Por ello, (Salmón, 2005, p. 152) diversos tratadistas y una reiterada jurisprudencia han hecho hincapié en que estos tratados prescriben obligaciones que deben ser garantizadas o implementadas colectivamente y que enfatizan el predominio de consideraciones de interés general u *ordre public* que trascienden los intereses individuales de los Estados contratantes.

En consecuencia, corresponde a los Estados velar por el respeto de los derechos humanos y también por el orden público interno, (Salmón, 2005, p. 154), cuyo contenido y alcance variará de Estado en Estado y, con el tiempo, también al interior de cada uno de ellos. A tal efecto, podrán adoptar una serie de acciones o inclusive dictar medidas restrictivas de ciertos derechos a fin de proteger el orden público interno siempre que con ello no se vulnere el orden público internacional. De esta manera, la relación entre ambos órdenes responde a un principio de complementariedad en materia de derechos humanos donde el orden público internacional actúa como un límite a la actuación de los Estados.

2.3 Control de constitucionalidad y los sistemas concentrado y difuso

2.3.1 Planteamiento del problema.

El control de constitucionalidad constituye la principal herramienta del control del poder estatal, (Highton, (2010), p. 107) un presupuesto básico del equilibrio de poderes y una garantía de la supremacía constitucional. De ahí la importancia de determinar los límites con que debe ser ejercido, dado que un exceso o defecto alteraría aquellas características.

La simplificación como opuestos de los sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad no es del todo correcta, (Highton, (2010), p. 107) porque más allá de las

diferencias teóricas o conceptuales, en la realidad y al resolver cuestiones y controversias, existe una aproximación de la práctica y la jurisprudencia constitucional, y una aproximación en los efectos de las sentencias. Es decir que entre jueces y tribunales constitucionales no hay diferencias insalvables.

2.3.2 Aproximaciones al control de constitucionalidad concentrado y control difuso

Un tribunal o corte constitucional es aquel órgano que tiene a su cargo, principalmente, hacer efectiva la primacía de la Constitución. (Highton, 2010, p. 107). Tiene la atribución de revisar la adecuación de las leyes —y eventualmente de los proyectos de ley y los decretos del Poder Ejecutivo— a la Constitución, realizando un examen de constitucionalidad de tales actos. Pero, asimismo, y en general, la tarea del Tribunal Constitucional incluye resolver conflictos de carácter constitucional, como la revisión de la actuación del Poder Legislativo, la protección de los derechos fundamentales y la distribución de competencias entre los poderes constituidos.

Existen sistemas políticos, (Highton, 2010, p. 107), donde no hay jueces sino organismos especiales que trabajan antes de la sanción de las leyes, ejerciendo un control a priori, de alcance general y sin otra relación que el análisis de la legalidad constitucional, y sistemas jurisdiccionales que reconocen opciones diversas. Los dos modelos institucionales primarios del derecho occidental presentan diferencias sustanciales en cuanto al órgano encargado de ejercer el control de constitucionalidad.

- a) Señala Highton (2010, p.107) por un lado, está el esquema de revisión judicial o *judicial review*, por el cual se deja en manos de los jueces, que integran el Poder Judicial, la tarea de interpretar y aplicar la ley en el caso concreto, respetando en sus sentencias el principio de la supremacía constitucional. Este sistema denominado difuso confiere a todos los jueces la tarea de control. O sea que todos los jueces son jueces de legalidad y de

constitucionalidad.

- b) Por otro lado, Highton (2010, p. 109), nos dice: se presenta el sistema concentrado del modelo europeo que centraliza el ejercicio del control de constitucionalidad en un único órgano, que no forma parte del Poder Judicial, está fuera de su estructura normativa y se denomina Tribunal Constitucional.
- c) Pero, aparece, además, en América un tercer modelo, (Highton, 2010, p. 109) que instala, dentro del Poder Judicial, a jueces especializados que, actuando como Sala dentro del Tribunal Supremo, como corte independiente, o aun situando en el máximo órgano de justicia nacional la función de controlar la constitucionalidad, decide que sea un único organismo el que tenga la palabra final sobre la interpretación constitucional, aun permitiendo el control difuso de los jueces comunes.

La otra diferencia sustancial, señala Highton (2010, p. 109) entre ambos sistemas se refiere a los efectos de las decisiones. En principio:

- Las decisiones de los tribunales constitucionales tienen efectos *erga omnes* (y en muchos casos la ley declarada inconstitucional queda derogada, actuando el tribunal como un legislador negativo),
- Las decisiones de los jueces, en el sistema difuso, sólo tienen efectos *inter partes*, aunque pueden llegar a constituir un precedente [vinculante] con fuerza diversa según el caso.

2.3.3 Tribunal Constitucional y Poder Judicial. Diferencias entre ambos.

Desde el punto de vista teórico, dice Highton (2010, p. 109) la diferencia entre un tribunal constitucional y uno ordinario consiste en que, si bien ambos generan y aplican derecho, el segundo sólo origina actos individuales, mientras que el primero, al aplicar la Constitución a

un acto de producción legislativa y al proceder a la anulación de la norma constitucional, no elabora, sino que anula una norma general, realiza un acto contrario a la producción jurídica. Kelsen sostenía que la función del Tribunal Constitucional no es una función política sino judicial, como la de cualquier otro tribunal, aunque tiene matices que lo distinguen.

El Tribunal Constitucional, insiste Highton (2010, p. 109) no enjuicia hechos concretos, sino que se limita a controlar la compatibilidad entre dos normas igualmente abstractas —la Constitución y la ley— eliminando la norma incompatible con la norma suprema mediante una sentencia constitutiva. Para Kelsen, el Poder Legislativo se ha dividido en dos órganos: uno, el Parlamento, titular de la iniciativa política, que es el legislador positivo, otro, el tribunal constitucional, que elimina, para mantener la coherencia del sistema, las leyes que no respetan el marco constitucional.

El Tribunal Constitucional (Highton, 2010, pp. 109-110) actúa, así como un legislador negativo, pues carece de la facultad de crear leyes, pero, en el caso que entienda que una de las leyes promulgadas vulnera lo dispuesto en la Constitución, tiene poder para expulsarla del ordenamiento jurídico, derogándola total o parcialmente.

El propio Kelsen, recuerda Highton (2010, pp. 109-110) ha denominado a la jurisdicción constitucional como su “obra más personal”. Es sabido que el Tribunal Constitucional austriaco es el Tribunal Constitucional especializado más antiguo del mundo y ha influido considerablemente, como tal, en el desarrollo constitucional en Europa, sobre todo en la segunda mitad del siglo XX.

Por ello, a este modelo austriaco de examen judicial de las leyes se le designa también, (Highton, 2010, pp. 109-110), sobre todo en los países romanistas, como modelo kelseniano. De acuerdo a la Constitución austriaca las sentencias tienen efectos *ex nunc* o hacia el futuro. La

Carta dispone, expresamente, que el fallo del Tribunal Constitucional por el que se anula una ley como inconstitucional, obliga al canciller federal o al gobernador regional competente a publicar sin demora la derogación, y que la anulación entrará en vigor el día de la promulgación, si el Tribunal Constitucional no hubiese fijado un plazo para la expiración de la vigencia, plazo que no podrá exceder de un año.

En tanto, en el sistema de control difuso se actúa en el problema contingente y propio que resuelve la comprobación constitucional en el circunscrito ámbito subjetivo entre partes y de ahí el efecto de la cosa juzgada, en el sistema concentrado puro la regla es la abstracción y generalidad del pronunciamiento, independientemente de la justicia del caso concreto. Se dice entonces que habría un diverso poder de la jurisdicción. Así son los jueces quienes resuelven conflictos intersubjetivos.

2.3.4 Los tribunales constitucionales. Sus orígenes.

Bernales, (2001, pp. 45-46), nos ha dejado la siguiente lección. Uno de los temas que mayores controversias ha suscitado en la historia de las instituciones jurídicas modernas es el de la jurisdicción constitucional y más precisamente el referido a los tribunales constitucionales. Desde que Hans Kelsen, esgrimiera el modelo de control concentrado de la constitucionalidad no han sido escasos los debates y los apuntes críticos, que creían innecesaria la construcción de un órgano que, según su parecer, asumiría poderes superiores a los que detentaban hasta entonces los parlamentos europeos.

Este sistema, (García-Belaunde, 1990) que se exhibe como contrapartida del modelo norteamericano del judicial review y control difuso de la constitucionalidad, señala su antecedente más remoto en el tribunal austríaco, (Bernales, (2001, p. 46), constituido tras la desintegración del imperio austro húngaro. Hans Kelsen, esgrimió la teoría de una jurisdicción

constitucional concentrada en un Tribunal especial a fines de la primera guerra mundial. Pronto este modelo se incorporó en la primera Constitución republicana de Austria en 1920.

2.3.5 Regímenes totalitarios y Tribunal Constitucional.

Según la tesis de Manuel García-Pelayo, (presidente del Tribunal Constitucional Español: 1980-1986, citado por Ortecho V. 1997), manifiesta Bernales, (s.f., p. 46), un Estado constitucional de Derecho sólo adquiere existencia cuando establece una jurisdicción constitucional. En el transcurso de la historia de las instituciones jurídicas el Tribunal Constitucional aparece en los hechos y en los textos constitucionales como un efecto vinculado al quiebre de regímenes totalitarios.

El Tribunal italiano (Bernales, s.f., p. 46), emergió tras la caída del régimen fascista de Benito Mussolini y no muy distante de esa experiencia, el Tribunal Alemán se instaló en un contexto de rechazo al Nazismo. La Francia de la posguerra lo implantó cuando aún se sacudía de la claudicación de Vichy. Lo mismo ocurrió en España con la Constitución de 1978, tras la restauración democrática que sucedió al franquismo.

La explicación más convincente es que tras la segunda guerra mundial (1939-1945) y como efecto de la inquietud ante la posibilidad de que regímenes totalitarios se extendieran en Europa, (Bernales, s.f., p. 46), los países occidentales buscaron y lograron modalidades políticas jurídicas que fortalecieran la opción democrática. Fue así como se redactaron constituciones que estructuraron una jurisdicción de la libertad, encaminada a preservar el tradicional sistema de separación de poderes ideado por Locke (padre del liberalismo clásico) y por Montesquieu.

Por otro lado, (Bernales, s.f., p. 47) frente a lo que había significado la aplastante maquinaria de destrucción del totalitarismo (el nazismo y el fascismo) y la constricción de las libertades individuales se revaloró el tema de los derechos fundamentales. En aquel entonces, el

auge de los derechos humanos no tenía precedentes.

Para que las experiencias atroces perpetradas por el nazismo y el fascismo, no se repitiesen en un nuevo ciclo histórico, se juzgó indispensable que el poder político estuviese sometido a un sistema de control establecido constitucionalmente. (Bernaes: p. 47). Para ello, se ensayó la elaboración de una nueva instancia de control; un Tribunal Constitucional enarbolado como el vigía de la carta fundamental frente a los actos del legislador, el auténtico «guardián», en términos de Carl Schmitt.

2.3.6 El control difuso

Se trata de un modelo que confía el control de la constitucionalidad, de manera directa o indirecta, en un ente administrador de justicia.

García-Toma, (2010, p. 20), señala que, dicho modelo puede ser clasificado en americano o de jurisdicción difusa y europeo o de jurisdicción concentrada. Gascón (2013, citado por García-Toma (2010), señala que, entre otros, la distinción radica en que el modelo americano o de jurisdicción difusa está orientado primordialmente a generar garantías sobre los derechos fundamentales; en tanto que el modelo europeo o de jurisdicción concentrada está orientado esencialmente a cautelar la conformidad constitucional de la elaboración y contenido de una ley. En ambos casos la acción contralora es asumida por un órgano jurisdiccional.

2.3.7 El modelo americano o de jurisdicción difusa

En este modelo la salvaguarda de la Constitución se encuentra a cargo del Órgano Judicial ordinario (se le denomina también de revisión judicial –Judicial Review– o de contralor judicial) (García-Toma, 2010, p. 20). Así, la pluralidad de los jueces ordinarios tiene la potestad de establecer la inconstitucionalidad de las normas dentro del marco de una controversia judicial concreta; esto es, los alcances de dicha inconstitucionalidad son aplicables única y

exclusivamente a las partes intervinientes en dicho proceso judicial.

En este caso no existe un órgano contralor especial o ad hoc, sino que son los jueces comunes los que ante una determinada controversia deberán examinar si existe contradicción entre la norma invocada –teóricamente aplicable para amparar un supuesto derecho– y los alcances de la propia Constitución, (García-Toma, 2010, p. 20), por lo que, de ser el caso, aplicarán el texto fundamental y dejarán de hacer uso de la ley inconstitucional.

En efecto, (García-Toma, 2010, p. 20) la facultad contralora no se concreta en una sola Sala o Tribunal, sino que se disemina o dispersa en la vastedad de todos los órganos jurisdiccionales del ente judicial, los cuales poseen el poder-deber de no aplicar una ley inconstitucional en aquellos casos sometidos a su conocimiento.

La situación de inconstitucionalidad debe entenderse como una cuestión incidental respecto a la controversia concreta (García-Toma, 2010, p. 20); ergo, no puede ser planteada como una acción directa. Por otra parte, la decisión judicial tiene efectos declarativos; consiguientemente, al decidirse la inaplicabilidad de la ley al caso concreto, generará su inobservancia. Así, dicha ley no surtirá efecto alguno en el caso sometido a consideración.

Cabe explicar que la inaplicación surge cuando el juzgador debe evitar resolver una litis, sobre la base de una norma inconstitucional. Al respecto, tal como señala Trujillo- Fernández (1970 citado por García-Toma, 2010, p. 20): "El juez no anula la ley, sino que declara una nulidad preexistente, por lo que los efectos de su declaración son lógicamente retroactivos; y dado el carácter incidental de la demanda, limitados al caso concreto (efectos ex tunc e inter-partes)".

Por tal motivo, (García-Toma, 2010, p. 20) la ley en pugna con la Constitución no queda afectada, en principio, en su vigencia general. Ahora bien, en aplicación del principio de stare

decisis, los jueces quedan vinculados por la fuerza del precedente, por lo que, en la práctica, a través del tiempo tal declaración alcanzará efectos de carácter total.

En suma, (García-Toma, 2010, p. 20) a este modelo o sistema se le puede situar bajo el signo de la acción defensiva. La ley calificada de inconstitucionalidad no es anulada, sino que simplemente se rechaza su aplicación dentro del pleito generado por un accionante. Así, vía una decisión judicial el juez "veta" la aplicación de una ley inconstitucional para resolver una controversia. Para tal efecto, reviste su decisión con la autoridad de la cosa juzgada. En resumen, las características del sistema de jurisdicción difusa son cuatro:

1. **Control extendido.** La declaración de inconstitucionalidad es una atribución que corresponde ser ejercida por cualquier autoridad judicial, con prescindencia de su grado o jerarquía funcional.
2. **Control incidental.** El pronunciamiento de inconstitucionalidad surge a partir de la existencia previa de una cuestión judicial generada a través de cualquier proceso rutinario y planteado entre personas naturales y/o jurídicas.
3. **Control con eficacia relativa.** El pronunciamiento de inconstitucionalidad solo alcanza a las partes comprometidas en una cuestión judicial. En tal sentido, la declaración de inconstitucionalidad solo tiene efectos, en principio, *inter-partes* e in-aplicativos.

No obstante, lo expuesto, cabe señalar que de manera mediata por efecto del *stare decisis*, es decir, es una locución latina, que se traduce interpretativamente como "mantenerse con las cosas decididas", utilizada en derecho para referirse a la doctrina según la cual las sentencias dictadas por un tribunal crean precedente judicial y vinculan como jurisprudencia a aquellas que, sobre el mismo objeto, se dicten en el futuro. un pronunciamiento puede alcanzar eficacia plena.

Ello subsecuentemente en razón al respeto y acatamiento al precedente vinculante, los órganos jurisdiccionales deberán seguir lo obligatoriamente decidido por otro que en uso de jerarquía lo ha establecido como tal.

4. **Control residual.** Tal pronunciamiento surge de una actividad "añadida" a la tarea judicial de componer una controversia en los conflictos derivados entre dos partes litigantes. (García- Toma, 2010, p. 21).

2.4 Constitución y familia en el Perú del siglo XX

2.4.1 La evolución constitucional del Perú del siglo XX

El Perú, en el pasado siglo XX, tuvo cuatro Constituciones: La Constitución de 1920, la Constitución de 1933, la Constitución de 1979 y, finalmente, la Constitución de 1993, en actual vigor.

La Constitución de 1920, [Aprobada el 18 de enero de ese mismo año], no trató, expresamente, sobre la familia. La Carta de 1920, aprobada durante el *Oncenio* de Leguía, constituyó un verdadero cambio de paradigma, respecto de otras cartas. Con la Carta de 1920 se inauguró el constitucionalismo social en el Perú. "*Nacieron*", así los derechos [humanos] de segunda generación. (Ramos Núñez, 2018: 81).

La Constitución de 1933, por el contrario, sí trató, expresamente, sobre la familia en un escueto artículo: Artículo 51.- El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley.

Se trata de uno de los documentos más trascendentales por todo lo que supuso a nivel de reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales. (Ramos Núñez, 2018: 95).

La Constitución de 1979, trato, de manera más moderna y orgánica, a la familia, le dedica, básicamente, dos artículos: Artículo 5. El Estado protege el matrimonio y la familia

como sociedad natural e institución fundamental de la Nación. Las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley. La ley señala las condiciones para establecer el patrimonio familiar inembargable, inalienable y transmisible por herencia. Artículo 6. El Estado ampara la paternidad responsable. Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, así como los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Todos los hijos tienen iguales derechos, está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad.

La Constitución de 1993, le dedica a la familia el artículo 4º: - Protección a la familia. Promoción del 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.

2.4.2 *¿Existe un modelo constitucional de familia en el Perú?*

Por su parte, el Tribunal Constitucional (TC) del Perú, en un proceso de amparo sustanciado en el año 2006, fundamento 3, ha señalado lo siguiente:

El artículo 4º, de la Constitución [del Perú de 1993], reconoce a la familia [En general, sin distinción alguna], como un instituto natural y fundamental de la sociedad. Es por ello que obliga al Estado [en sus tres modernos niveles. nacional, regional y local] y a la comunidad a prestarle protección. el artículo 16º, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece que los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción motivada en la raza, nacionalidad o religión a casarse y a fundar una familia, agregando que esta

es un elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que "tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".

Luego, la propia sentencia señala respecto de otro instrumento internacional: El Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos establece en el artículo 23° que la "familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad", debiendo ser protegida de las posibles injerencias lesivas del Estado y la sociedad.

Por otra parte, la misma resolución del TC, dice lo siguiente: [...] la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) dispone en el artículo 17° que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado", e indica que el derecho a fundar familia se ejercerá siempre que se cumplan con las condiciones requeridas para ello, de acuerdo con las leyes internas que regulan la materia.

En el siguiente apartado, la resolución del TC invoca la doctrina argentina más autorizada, respecto de la familia: La acepción común del término familia lleva a que se le reconozca como aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo [Es decir, la convivencia cotidiana]. Tradicionalmente, con ello se pretendía englobar a la familia nuclear, conformada por los padres y los hijos, que se encontraban bajo la autoridad de aquellos. Así, (Bossert, y Zannoni, 1998, p. 6), desde una perspectiva jurídica tradicional la familia "está formada por vínculos jurídicos familiares que haya origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco".

A continuación, la resolución del TC., aborda nuevas instituciones jurídicas de derecho de familia que aún no están reguladas en el Perú, lo cual demuestra que la interpretación constitucional, el control concentrado que emplea el Tribunal Constitucional, protege derechos no legislados, respecto de las relaciones jurídicas familiares, partiendo desde luego, de una

interacción.

Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales [Como las familias ensambladas, las uniones de hecho]. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias.

Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las mono-paternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas. En suma, el siglo XXI, es un siglo de grandes cambios de nuevos paradigmas, de nuevas tradiciones, que el Derecho y, especialmente, el Derecho de familia deben estar atentos a esas realidades y legislarlas. Sin temores ni falsos pudores.

2.5 Evolución histórica de las uniones de hecho

2.5.1 Las uniones de hecho en el Derecho Romano

Las uniones de hecho en Roma, (Bustos, 2007, p. 21), fueron reguladas por el derecho a través de la figura del concubinato, distinguiéndose éstas del matrimonio básicamente en el afecto del hombre y en la dignidad de la mujer. El afecto del hombre se traduce en el *affectus maritalis*, es decir, en la voluntad de contraer matrimonio a través del tiempo; a su vez la dignidad de la mujer se refiere principalmente a su condición: mujeres de bajo rango como actrices, mujeres manumitidas o libertas, prostitutas, provincianas, etc, sólo podían unirse en concubinato. Así, por ejemplo, en las provincias, un gobernador enviado por Roma sólo podía tomar a una mujer del lugar como concubina, y no como cónyuge.

El matrimonio romano era sine manu, es decir sin potestad marital, traduciéndose, por tanto, en una simple situación fáctica de convivencia marital, socialmente honorable, sin relación jurídica (sin vínculo) alguna entre marido y mujer. Ante lo anterior, el affectio maritatis se convirtió en el elemento constitutivo del matrimonio, tanto así que, si éste cesaba, cesaba también la unión. (Bustos, 2007, p. 21).

Es el Derecho Canónico, nos señala Bustos, el que presenta al matrimonio como lo conocemos en la actualidad, ya que es a partir del Concilio de Trento que aparecen los deberes y derechos recíprocos entre cónyuges, y se viene a sustituir la voluntad o consentimiento continuado de permanencia, por el consentimiento inicial como requisito de validez del matrimonio, dando así origen a la indisolubilidad de la unión. (Bustos 2007, p. 21).

Dicha regulación responde a una necesidad de parte de la Iglesia Católica de hacer frente a las amenazas impuestas por la Reforma Protestante (siglo XVI), por medio del fortalecimiento y preservación de ésta, para lo cual era necesario poner mano sobre todo lo que le fuera posible, con el objeto de impedir desmanes contra lo que se entendía era de orden superior, y para ello nada mejor que proscribir las uniones convivenciales que no constituían forma de matrimonio y fiscalizar formalmente el momento de la instauración del status matrimonial. . (Bustos, 2007, p. 21).

Lo anterior, puede ser interpretado como respuesta de la autoridad ante sus propios súbditos, ya que no bastaba con que se cumpliera con lo prescindible y suficiente desde el punto de vista natural (consentimiento); se requería además como elemento sine qua non, la intervención pública para que nadie pudiera engañar sobre su estado matrimonial. (Bustos, 2007, p. 21).

El concubinato comenzó a ser regulado en Roma (Bossert, 1998, p. 9). por el emperador

Octavio Augusto a comienzos de la era cristiana, con las leyes Iulia de Maritandis, Papia Poppece, y luego en el año 9 d.C. con la ley Iulia de Adulteris. Dicho monarca trató de estructurar la figura del concubinato con el objeto de poner orden en el medio social, donde esta unión era un hecho frecuente, distinguiendo mediante requisitos y efectos el concubinato de las restantes uniones extramatrimoniales. De esta forma, el concubinato bajo el poder de Augusto adquirió la condición de estado legal. (Bustos, 2007, p. 21).

Dentro de los requisitos (Bossert, 1999, p. 9), para la existencia del concubinato en Roma, encontramos la singularidad de la unión, ya que tal condición sólo podía tenerse respecto a una concubina. Además, esta unión no era para aquellos que estuvieran afectos a un impedimento matrimonial, ya que, si por ejemplo la unión se realizaba entre parientes, o entre personas casadas, ya no se estaba ante un concubinato, sino ante un incestum o adulterium respectivamente. (Bustos, 2007, p. 22).

Con respecto a los efectos del concubinato, (Bossert, 1999, pp. 10-11), se establecieron en Roma tanto efectos patrimoniales como personales. Dentro de estos últimos, podemos mencionar el carácter de hijos naturales de aquellos nacidos de una unión concubinaria, en tanto que los nacidos de otras uniones extramatrimoniales tenían el carácter de spui-éstos no tenían jurídicamente padre, por lo que resultaba imposible su reconocimiento- cosa que no ocurría con los hijos naturales. Incluso, en la época de Justiniano se permitió el procedimiento de legitimación de los hijos naturales, por el subsiguiente matrimonio de sus padres. (Bustos, 2007: 22)

Además, en el Corpus Iuris se estableció (Bossert, 1999, pp. 11-12), la obligación alimentaria a favor de los hijos naturales, y se confirió a éstos, ciertos derechos hereditarios para participar en la sucesión del padre, como así también se le otorgó un limitado derecho a la

concubina para ser partícipe en la sucesión de su compañero. (Bustos, 2007, p. 22)

2.5.2 Las uniones de hecho y la influencia del Derecho Canónico

Las uniones de hecho, éstas aparecen, nuevamente, en el Derecho Canónico, y especialmente durante la segunda mitad del siglo XVI, producto de las políticas implementadas por la Iglesia Católica con posterioridad al Concilio de Trento celebrado en 1563. (Bustos, 2007, p. 23).

El Derecho Canónico (Reina, 1996, p. 32), siempre contempló al concubinato, pero desde dos perspectivas muy distintas. En los comienzos del derecho canónico, con el establecimiento de la celebración formal del matrimonio, como requisito de validez del mismo, coexistieron dos formas de matrimonio, una constituida por el matrimonio formal, y otra compuesta por el matrimonio clandestino u oculto, que no era otra cosa que la unión de un hombre y una mujer sin forma pública de celebración. (Bustos, 2007, p. 23).

Así, durante siglos la tradición judeo-cristiana (Reina, 1996, p. 32), reconoció la existencia de matrimonios sin forma de celebración a los que condujo dentro de la teoría consensual (y su correspondiente esquema legal) mediante la presunción, y en muchos casos la ficción que el comportamiento sexual o conyugal equivalía a un consentimiento, bien inicial o sobrevenido. Y esa fue la manera de integrar, dentro de la legalidad canónica, a las “uniones de hecho” entre personas que podían contraer pública y legítimamente matrimonio. (Bustos, 2007, p. 23).

Pero la situación anterior llega sólo hasta fines del siglo XV, (Bossert, 1999, pp. 13-14), cuando el poder material de la Iglesia Católica comienza a debilitarse, no sólo por la renovación en la estructura cultural que implicó el movimiento renacentista, sino principalmente por las

transformaciones de toda índole que comenzó a desencadenar la reforma. Surge entonces del seno de la Iglesia, como reacción y defensa, el movimiento de Contrarreforma. (Bustos, 2007, p. 23).

Como consecuencia de este movimiento (Bossert, 1999, p. 13), se adoptaron una serie de medidas a fin de preservar y fortalecer el poder de la Iglesia, entre ellas, y figurando quizás entre las de mayor importancia, se encuentran las adoptadas en 1563 por el Concilio de Trento, destinadas a asegurar al poder eclesiástico el control absoluto del matrimonio de sus feligreses. (Bustos, 2007, p. 23).

2.5.3 La influencia del Concilio de Trento en el Perú y la proscripción y elrepudio al concubinato.

El Concilio de Trento (Bossert, 1999, pp. 13-14), prohibió el matrimonio presunto, estableció la obligatoriedad de contraer matrimonio ante el cura párroco, en ceremonia pública, con dos testigos y creó los registros parroquiales donde se asentaban los matrimonios que eran llevados y controlados por las autoridades eclesiásticas de las parroquias. (Bustos, 2007, p. 24).

En consonancia con esa nueva política se proscribió el concubinato, se dictaron penas severas contra los concubinos que, advertidos tres veces, no cesaran en su relación y, así, se impuso la excomunión y hasta la calificación de herejía. Incluso, después del siglo XVI, se llegó a autorizar el uso de la fuerza pública para romper las uniones extra- matrimoniales. (Bustos, 2007, p. 24). (Subrayado agregado)

El Derecho Canónico y, en especial, la prohibición de las uniones concubinarias, van a tener una gran influencia en la legislación posterior de la materia, ya que tales conceptos fueron traspadados a la legislación española [y por efecto de la Conquista y el Virreinato, se adoptaron

en el Perú], de modo tal que en las Partidas podemos encontrar la regulación de la barraganía y una aplicación rigurosa de las disposiciones que prohíben las uniones extramatrimoniales. (Bustos, 2007, p. 24).

2.5.4 La barraganía, en el Perú: ¿Contrato de amistad y compañía?

La barraganía no era un enlace vago, indeterminado y arbitrario. Se fundaba en un contrato de amistad y compañía, cuyas principales condiciones eran la permanencia y fidelidad. (Escriche, 1847).

La generalidad con que los fueros hablan de las barraganas, los clérigos, como de los legos y aun de los casados y sus disposiciones políticas y leyes civiles acerca de la conservación, subsistencia y derechos de hijos y madres, prueba cuán universal era la costumbre de tenerlas y si bien por algunos fueros estaba prohibido a los legítimamente casados tener barraganas en público, esta prohibición no se extendía a los solteros a los cuales no era indecoroso contraer y conservar descubiertamente semejante género de amistades. (Escriche, 1847).

Los legisladores dejaron de castigar el desorden por precaver mayores males y toleraron esa licencia consultando al bien público y teniendo presentes las ventajas de la población. Los fueros consideraban las barraganas de los legos como unas mujeres de segundo orden y les otorgaban casi los mismos favores que a las legítimas (Escriche, 1847). En el siglo XIII, señaladamente desde el año 1228, en que se celebró el famoso Concilio de Valladolid por el cardenal de Sabina, con asistencia de los prelados de Castilla y de León, se armaron los legisladores contra el común desorden, e hicieron los mayores esfuerzos para exterminar el concubinato y las barraganías, particularmente del clero que era en quien más se afeaba: fulminaron contra los delincuentes y también contra sus hijos las más terribles penas,

excomuniones, infamia, e incapacidad de aspirar a los oficios públicos. (Escriche, 1847).

Pero no fueron muy felices las consecuencias de tan loables disposiciones ni respondió de pronto el efecto deseado a los conatos y esfuerzos de los legisladores, pues continuó el desorden casi con la misma publicidad y generalidad que antes, según parece de las providencias tomadas a este propósito en varios ordenamientos de cortes de los siglos XIII, XIV y XV. (Escriche, 1847).

Según las leyes de Las Partidas, para llamarse barragana una mujer se requería que fuese una sola y tal que pudiera casarse con ella el que la tuviese; 2, tít. 14, Part. 4. El preámbulo del tít. 14, Part. 4, dice que, aunque la iglesia ha prohibido siempre a todos los cristianos el tener barraganas, los antiguos legisladores permitieron a algunos que las pudiesen tener sin pena temporal, porque estimaron menos malo el uso de una que el de muchas, y porque fuesen más ciertos los hijos de ellas. (Escriche, 1847).

Se podía recibir por barragana, según la ley 1, d. tít. y Part., la mujer ingenua, esto es, la que había nacido y continuado libre, como igualmente la liberta y la sierva. Podía tomarla el que no se hallase impedido por orden sacro o casamiento, con tal que no la tomase virgen, menor de doce años, ni parienta en cuarto grado de consanguinidad o afinidad. (Escriche, 1847).

El que elegía una viuda honesta u otra mujer libre de buena fama, debía tomarla ante testigos, expresando que la recibía por tal barragana, pues de otro modo resultaría contra él la presunción de ser su mujer legítima, porque entonces eran válidos los matrimonios clandestinos; pero siendo viuda de otra clase, como de muy vil linaje o de mala fama o mujer juzgada de adulterio con hombre casado, no era necesaria recibirla ante testigos; d. ley 2, tit. 14, Part. 4. (Escriche, 1847)

Ninguno podía tener muchas barraganas; y el presidente o adelantado de la provincia

podía tomar en ella barragana durante su oficio, pero no mujer legítima por evitar que abusase de su poder para casarse con alguna contra la voluntad de sus padres o parientes; d. ley i, tit. 14, Part. 4. (Escriche, 1847).

Las personas ilustres, esto es, las de superior clase y constituidas en dignidad, como los reyes, condes, sus descendientes y otros tales, no podían recibir por barraganas a las siervas, libertas, taberneras, regatonas, alcahuetas ni a sus hijas ni a otras de las que se llamaban viles por sí mismas o por razón de su ascendencia de suerte, que los hijos que en su caso tuviesen de tales mujeres eran reputados espurios y no naturales; ley 3, tit. 14, Part. 4 (Escriche, 1847).

Barragana, frecuentemente, es una palabra que destila desprecio, llegándose a asociarla con la de una mera prostituta, mantenida o secundaria. Sin embargo, la barragana era culturalmente una mujer legítima que vivía una especie de concubinato aceptado socialmente y mucho más, si lo era en los virreinos de América o como “ama de llaves” o “cocinera” de los tonsurados cuando no se dedicaban a actividades de menor estatura. (Van Den Vruele, 2019).

La palabra “barragana” deriva de la latina “barragán”, una forma de latín tardío asimilado con el tiempo al godo y a algunas lenguas romances en particular. En puridad, un barragán, era un “hombre libre” o un “compañero”, y la Barragana era la amante que compartía techo, suelo, cama y colchón. Esto ocurría en el hogar de un hombre con el que se supone estaría amancebada, pero al mismo tiempo también era una mujer legítima que no podía disfrutar de los mismos derechos civiles que las que habían contraído matrimonio legal. (Van Den Vruele, 2019).

Desde antiguo, las barraganas serían toleradas, también, entre los Papas. El aragonés Alejandro VI –siglo XV- se calcula que tuvo más de cien amantes y la mitad de hijos naturales además de yacer con su hija Lucrecia y los tres hijos de que le proporcionó Vanozza Catanei. Según las costumbres que rigieron a través de los Fueros Antiguos en España, hasta recién

entrado el siglo XVIII, las leyes contemplaban, ya fueran “autorizados” o “tolerados”, tres opciones de emparejamiento como honorables o al menos, con el buen visto de la omnipresente Iglesia Católica, a saber: (Van Den Vruele, 2019).

- **El matrimonio común**, era sin duda el que contaba con las bendiciones vaticanas y los derechos civiles lo amparaban.
- **Existía un segundo matrimonio conocido como “a iuras”** o basado en un juramento; también legítimo y más extendido en Aragón y sobre todo en los medios rurales, en los cuales las carencias para las grandes ceremonias brillaban por su ausencia por factores económicos sin duda, la diferencia estaba basada en que se solía hacer en secreto y con contados testigos o ninguno. Normalmente, este último *modus operandi* permanecía en el anonimato, pero solía comportar los mismos derechos y obligaciones.
- **El tercero era la pura “barraganía”** en su esencia y era muy practicado en aquellos lugares donde la sacrosanta mano de la Iglesia no alcanzaba por ausencia de sacerdotes, lejanía de los mismos o porque no quedaba otra, como era el caso de muchos lugares donde la cosa de evangelizar tenía sus dificultades por lo inaccesible de la orografía o porque directamente no compensaba porque no había “caja” de por medio. (Van Den Vruele, 2019)

En este caso el enlace más frecuente era el de un hombre soltero, independientemente de que fuera clérigo o también de los legos con mujeres solteras. A esta mujer se la llamaba *barragana* para crear una clara distinción en relación con las otras dos figuras matrimoniales. (Van Den Vruele, 2019).

En lo tocante a los derechos de la barraganía, implicaba un contrato de permanencia y

fidelidad o de amistad y compañía. Los hombres estaban obligados con las barraganas por una serie de leyes que recogían los compromisos a los que se tenían que atener estos y que giraban en torno a los derechos de asistencia y mantenimiento de la prole común y de las madres incluyendo la herencia de la que pudieran beneficiarse. Los hombres casados tenían taxativamente prohibido tener una barragana, pero los solteros no. (Van Den Vruele, 2019). (Subrayado agregado)

Durante el alta, y baja Edad Media convivir en barraganía, suponía una protección civil para la mujer e hijos considerando “derecho de alimentos” muy cercano a nuestra actual pensión alimenticia, derecho este, que corría a cargo de la herencia del fallecido. En general y prácticamente sin salvedades, la barragana y sus hijos solían heredar la mitad de los bienes gananciales, y el resto, o pasaba a manos de los familiares más próximos, o iba directamente a parar a la Iglesia. (Van Den Vruele, 2019).

En los fueros castellanos, en el caso que se tomara como barragana a una viuda o a cualquier otra mujer libre (siempre de probada honestidad), debía hacerse ante testigos ya que si no se hacía así podía ser interpretada como esposa legítima o en su defecto, como relación clandestina que podría afectar el buen nombre de la mujer. (Van Den Vruele, 2019).

En el tiempo de Alfonso X [1221-1284], el sabio, en el “Libro de las Leyes”, con la idea de obtener cierta uniformidad jurídica en los territorios del reino, la figura de la barragana debería de tener unos requisitos que se resumían en el caso de ellos; en no estar casado, no tener más de una barragana y no ser parientes. En el caso de ellas, ser mayor de doce años, estar libre de relación sentimental probada o de aproximación autorizada por los progenitores o tutores en su defecto, ser sierva y como añadido, no se hacía indispensable el ser virgen. (Van Den Vruele, 2019).

Aunque curiosamente la autocomplaciente iglesia lucharía contra la barraganía

denodadamente, la legislación civil vería en ella una figura útil al entender que el hombre que estaba unido a una sola mujer permitía verificar y reconocer quienes eran sus hijos. (Van Den Vruele, 2019).

Amanecido el siglo XIII, la Iglesia [católica], recrudesció su lucha contra dicha barraganía vinculada [esta vez], al clero sin conseguir avances notables. Se amenazó a este colectivo con penas de excomunión, pero el éxito fue más que dudoso pues la carne es la carne y lo que ya era un hecho secular consumado, hasta bien entrados los siglos XV y XVI seguiría inamovible como costumbre, y me atrevería a decir, señala (Van Den Vruele 2019), que no ha cambiado mucho y sí incorporado algunas otras alternativas bastante cuestionables siempre desde la perspectiva de los valores que se predicaban.

No nos compete, desde aquí, juzgar a los que con frecuencia y autoridad moral discutible se erigen en jueces de las costumbres, siendo siempre ellos los primeros infractores, pero a título de opinión, entiendo que es un tema que se resolvería –el de la barragana clerical–, en un capítulo pendiente de una de las tantas reformas necesarias de la iglesia de Roma, en la que los protestantes nos miran por el retrovisor. (Van Den Vruele, 2019).

2.6 El concubinato en el derecho peruano

2.6.1 El tratamiento de la barraganía y el servinacuy, en el virreinato del Perú

Entre sus antecedentes nos remontaremos a las culturas pre-hispánicas donde aparece la práctica conocida como el servinacuy. (Yarleque, 2019, p. 3) En la época colonial, al prohibirse el matrimonio de españoles con mujeres de las tierras conquistadas, se originaron las convivencias o barraganias. Práctica que no pudo erradicarse pese a la protesta de los evangelizadores y la persecución de la Santa Inquisición.

Respecto de la barraganía, señalada en el párrafo precedente y las Siete Partidas de Alfonso X, señalaremos lo siguiente:

- La palabra concubinato fue sustituida por la de barraganía, en ésta los amancebados tenían que vivir juntos, cohabitar y carecían de todo impedimento basado en la cognación o en la agnación que les impidiese contraer matrimonio. Para que un hombre pudiese recibir a una mujer libre como barragana era necesario efectuarlo ante homos bonos, explicando que la tomaba como a su barragana de tal forma que si no lo hacía de esta manera se presumía que era su mujer legítima. (Rojas y Suárez, 2016, p. 99)

Tampoco se podía tener como barragana a una parienta tanto en el orden de filiación civil como natural, hasta el cuarto grado. Con ello, el legislador propendía por evitar el incestus. Los Adelantados de tierras, asimilados a los gobernadores de provincias romanas, no podían tener mujer legítima, pero sí barragana y en cuanto al número no se podía tener más que una barragana, la cual debía guardar fidelidad, o sea, evitar todo comercio sexual fuera de su unión extramatrimonial. (Rojas y Suárez, 2016, p. 99)

La figura de la unión de hecho (Silveira, 2000), fue vista como una situación censurada, reprochable moralmente, contraria a Derecho, [pese a que el Derecho romano de Oriente y después, las Siete Partidas de Alfonso X, lo permitieron], llegando, inclusive, a efectuarse la distinción entre los hijos nacidos fuera y dentro del matrimonio. Por tanto, (Yarleque, 2019, p. 3), no mereció [por mucho tiempo], el favor del legislador porque si los concubinos ignoran la ley, la ley también los ignora.

2.6.2 El tratamiento que le dio el derogado Código Civil del Perú de 1852 al concubinato

En el Código civil de 1852, en el inciso 2 del artículo 192º: (citado por Yarleque, 2019, p. 3) expresamente señalaba que “el concubinato era causal de separación de los casados”. El

referido cuerpo legislativo reconocía, únicamente, al matrimonio canónico como productor de efectos civiles si es que se celebraba conforme a lo establecido por el Concilio de Trento.

Por tanto, como indica Yarleque, (2019, p. 3), la unión de hecho no fue reconocida como institución, ni mucho menos generaba derechos u obligaciones entre los concubinos.

2.6.3 El tratamiento que le dio el derogado Código civil del Perú de 1936 a la unión de hecho

En el Código civil de 1936 no hubo cambio alguno, la unión de hecho continuó sin ser reconocida, (Yarleque, 2019, p. 3) aunque se aplicaba por analogía el artículo 1149° sobre el enriquecimiento indebido por uno de los concubinos; en caso de abandono del conviviente, [ruptura unilateral], se reconocía a la parte afectada el derecho a una indemnización, siempre que se comprobara una disminución económica por un lado y un beneficio ilícito por el otro con el fin de nivelar una situación arbitraria.

2.6.4 El tratamiento que le da el Código civil del Perú de 1984, bajo la influencia que recibió de la derogada Constitución de 1979.

El Código Civil de 1984, [cambió la perspectiva, inspirada en la Constitución de 1979], regula, en el artículo 326,° la unión de hecho [propia e impropia], voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libre de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, originará una sociedad de bienes que se sujetan al régimen de sociedad de gananciales en cuanto le fueran aplicables; pero siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años.

2.6.5 Naturaleza jurídica de la unión de hecho.

En la doctrina encontramos diversas teorías sobre la unión de hecho. (Yarleque, 2019: 8). Así tenemos, la teoría contractualista, la teoría institucionalista, la teoría del acto jurídico

familiar y la teoría de la apariencia de estado familiar.

2.6.5.1 Teoría contractualista, que no condice con la realidad peruana. Sus integrantes se relacionan en torno a elementos propios del contrato, es decir, con finalidades estrictamente económicas, donde todo incumplimiento acarrea responsabilidad por parte del obligado. Afirma Placido-Vilcachahua (2003, p. 251), que la existencia de la relación convivencial se sustenta en un factor económico. (Yarleque, 2019, p. 8). Esta postura no puede ser amparada en nuestro sistema jurídico debido a que la unión de hecho no es solo de contenido patrimonial, es decir, no es una relación estrictamente contractual, donde los convivientes se vinculan y relacionan sobre la base de criterios económicos, sino que prima el auxilio, la asistencia y ayuda mutua como sucede con el matrimonio. En efecto, la relación jurídica que existe entre los concubinos es una relación jurídica familiar, es decir, la unión de hecho tiene un contenido patrimonial, indiscutible y, asimismo, tiene un contenido extra-patrimonial o existencial.

2.6.5.2 Teoría institucionalista, que es aceptada en nuestro medio. Asume que la unión de hecho al cumplir con elementos propios del matrimonio, como son los deberes de fidelidad y asistencia, deberes y obligaciones hacia sus hijos como a terceros, dará origen a hechos que generan consecuencias jurídicas que merecen ser amparadas. (Yarleque, 2019, p. 8). Esta teoría (Peralta, 2002, p. 99), es la más aceptada, protegiendo de esta forma a la unión de hecho equiparándola al matrimonio como institución.

De la misma opinión es Plácido-Vilcachagua (2003, pp. 386-387), quien asevera que se debe partir reconociendo que la unión de hecho es una institución, correspondiéndole asimilar la naturaleza jurídica del matrimonio, (Yarleque, 2019: 8) por constituir un acuerdo de

voluntades y cumplir, además, con los elementos propios del matrimonio y sus deberes. Entre ellos el deber de fidelidad [que para la unión de hecho se llama exclusividad], de asistencia y de cohabitación.

2.6.5.3 Tesis del acto jurídico familiar. En la unión de hecho se pone especial relieve en la voluntad de los integrantes, es decir, en generar relaciones jurídicas familiares [Cuyo contenido es de naturaleza patrimonial y, asimismo, también, de naturaleza extra-patrimonial o existencial]. (Varsi, 2014, p. 78.). Al respecto, el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 06572-2006-PA/TC, del 6 de noviembre de 2007, fundamento 13, (Yarleque, 2019, pp. 8-9), ha señalado que, respecto de la unión de hecho, se está ante una institución que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de quienes la integran y que en puridad se caracteriza por su informalidad en cuanto a su inicio y su desarrollo.

2.6.5.4 Tesis de la apariencia de estado familiar. Finalmente, la tesis de apariencia de estado familiar asume que “la unión de hecho es parecida al estado matrimonial al contar con similares condiciones exteriores, como son la estabilidad y singularidad” (Plácido-Vilcachagua, 2003: 349). Es decir, (Yarleque, 2019: 9), la unión de hecho no reúne todos los requisitos para configurarse como tal, pero por los actos de los convivientes pueden alcanzar validez jurídica, en virtud de la apariencia que presentan.

De todas las teorías, la doctrina mayoritaria se inclina por la teoría institucionalista de la unión de hecho [Los defensores de esta teoría son: Varsi-Rospigliosi (2014), Plácido-Vilcachagua (2003) y Peralta-Andía (2008), porque su única finalidad es evitar una situación injusta, como la que podría producirse con el concubino despojado o afectado en el patrimonio común por el actuar doloso del otro.

Asimismo, equipara la unión de hecho al matrimonio ya que le dota de derechos y

deberes a sus miembros, tales como: los derechos laborales, el derecho a la adopción, derechos sucesorios, pensión de viudedad, alimentos a los concubinos, derecho a la salud y reconocimiento de la sociedad de gananciales como régimen patrimonial. No obstante, existe cierta reticencia para reconocer jurídicamente dichos derechos pues, alguna parte de la doctrina considera que para gozar de tales facultades la unión de hecho debería estar registrada.

2.6.6 Unión de hecho y la actuación del Tribunal Constitucional del Perú a favor de ella.

2.6.6.1 Concubina, demanda “pensión de viudez”, contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), pese a que acompaña declaración judicial de unión de hecho. Principio de prueba escrita. Es oportuno señalar, en la presente investigación, la intervención del Tribunal Constitucional en beneficio de las uniones de hecho reguladas en la Constitución de 1993 y enriquecidas, a través del tiempo, por dicho Tribunal.

Para ello analizaremos una sentencia del Tribunal Constitucional, que corresponde al expediente N° 06572-2006-PA/TC. Proceso de amparo. La resolución fue emitida el 6 de noviembre de 2007, por la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los Magistrados César Landa Arroyo, Ricardo Beaumont Callirgos y Gerardo Eto Cruz.

Se trata de un Recurso de Agravio Constitucional interpuesto por doña Janet Rosas Domínguez contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, de fojas 95, su fecha 31 de mayo de 2006, que declaró improcedente la demanda de amparo.

2.6.7 Concubina en busca de pensión de viudez en el Poder Judicial. Son las siguientes:

2.6.7.1 Pronunciamiento de la Primera Instancia. Janet Rosas Domínguez, interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), ella solicita se le otorgue una “pensión de viudez”, toda vez que tiene una declaración judicial de unión de hecho

sostenida con, el hoy difunto, don Frank Francisco Mendoza Chang y que, asimismo, su hija menor de edad, en la actualidad, percibe pensión de orfandad, en virtud de ser hija del causante.

La Oficina de Normalización Previsional, contesta la demanda manifestando que la declaración judicial de la unión de hecho no da derecho al otorgamiento de una pensión de viudez, la pensión de viudez se otorga únicamente cuando se cumplen con los requisitos expuestos en el artículo 53 del Decreto Ley 19990, es decir, se requiere necesariamente que se acredite la celebración del matrimonio. En el presente caso, no se ha acreditado el referido matrimonio para reclamar los efectos previsionales del matrimonio.

El Quinto Juzgado Especializado Civil de Piura, con fecha 30 de diciembre de 2005, declara IMPROCEDENTE la demanda.

2.7 Pronunciamiento de la Segunda Instancia.

Janet Rosas Domínguez, apela a la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, que confirma la apelada por el mismo fundamento.

2.7.1 Concubina en busca de pensión de viudez en el Tribunal Constitucional. Janet Rosas Domínguez, interpone Recurso de agravio constitucional contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, de fojas 95, su fecha 31 de mayo de 2006, que confirmó la sentencia de primera instancia declarando improcedente la demanda de amparo.

En el presente caso, Janet Rosas Domínguez, solicita que se le otorgue una pensión de viudez, conforme con el Decreto Ley N° 19990, [Régimen previsional a cargo del Estado], alegando tener una declaración judicial de unión de hecho [Cumple así con el principio de prueba escrita que exige el artículo 326 del Código civil del Perú de 1984], con quien fue su conviviente don Frank Francisco Mendoza Chang, ahora fallecido.

El problema a dilucidar, en este caso, es si procede reconocer la pensión de sobrevivientes a la pareja de hecho supérstite: Janet Rosas Domínguez. Ello implica determinar si es que, a pesar de la omisión expresa del Decreto Ley N° 19990, procede el reconocimiento de tal beneficio a las parejas de hecho.

2.8 El tribunal constitucional

2.8.1 Pronunciamiento del Tribunal Constitucional, sobre la familia en un Estado Democrático y Social de Derecho.

¿Qué argumenta el Tribunal Constitucional? El modelo de familia matrimonial. Fue el constitucionalismo de inicios del siglo XX el que por primera vez otorgó a la familia un lugar en las normas fundamentales de los Estados. Precisamente fue la Constitución de Weimar (1919) en donde se reconoció expresamente el rol protector del Estado para con la Familia.

Sin embargo, es de precisar que en aquella época 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.

Dentro de esta tendencia, de reconocimiento de protección de la familia, constituciones posteriores a la segunda guerra mundial fueron recogiendo dicha institución, conceptuándola en muchos casos de manera muy similar.

En el caso peruano, es la Constitución de 1933 la que, por primera vez, dispone, de manera expresa, la tutela de la familia. En el artículo 53 indicaba que "El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley."

La Constitución de 1979, por su lado, preceptuaba la protección que el Estado le debía a la familia que era referida como una "sociedad natural y una institución fundamental de la

Nación".

La Constitución de 1993, dispone la protección de la familia, reconociéndola como un instituto natural y fundamental de la sociedad. En virtud de ello consagra una serie de mandatos que buscan dotar a la familia de protección constitucional adecuada. Así se tutela la intimidad familiar (artículo 2, inciso 7) y la salud del medio familiar (artículo 7).

Ello se vincula a su vez, con lo señalado en el artículo 24, que establece el derecho que tiene el trabajador de contar con ingresos que le permitan garantizar su el bienestar y de su familia. De igual manera tendrá que ser apreciado el artículo 13° que impone el deber de los padres de familia de educar a sus hijos y elegir el centro de educación.

De lo expuesto hasta el momento se deduce que, sin importar el tipo de familia ante la que se esté, ésta será merecedora de protección frente a las injerencias que puedan surgir del Estado y de la sociedad. No podrá argumentarse, en consecuencia, que el Estado solo tutela a la familia matrimonial, tomando en cuenta que existen una gran cantidad de familias extra-matrimoniales. Es decir, se comprende que el instituto familia trasciende al del matrimonio, pudiendo darse la situación de que extinguido este persista aquella. Esto no significa que el Estado no cumpla con la obligación de la Constitución en cuanto promover la familia matrimonial, que suponen mayor estabilidad y seguridad de los hijos.

2.8.2 La unión extramatrimonial y el aumento de la secularización de la sociedad peruana y la legislación más acorde con los derechos humanos.

Como es conocido, tradicionalmente la unión de hecho -también denominada concubinato o unión extramatrimonial- concitaba una percepción negativa y de rechazo por parte de cierto sector de la sociedad, concibiéndola como una forma de vida inmoral, situación que no se condecía con la realidad, tradiciones y cultura de otro gran sector de la sociedad peruana.

Reflejo de ello era la ausencia del reconocimiento de efectos legales a este tipo de uniones. No obstante, el incremento de las prácticas convivenciales y la mayor secularización de la sociedad y del Estado (y su legislación) fue imponiendo un contexto a partir del cual se comenzaron a plantear respuestas -primero jurisprudencialmente y luego a nivel Constitucional- a esta realidad social.

Así, la Constitución de 1979 reconoce por primera vez la unión de hecho. En la constituyente, se argumentó que tal incorporación se debió al reconocimiento de una realidad social que involucraba a un gran número de peruanas y peruanos.

De otro lado, se anotó que al momento de la separación de las uniones libres se presentaban situaciones inicuas. Y es que en muchas ocasiones una de las partes -en su mayoría el varón- terminaba por apoderarse de los bienes adquiridos por la pareja durante la convivencia.

Si bien, tal problemática ya había merecido la atención del órgano jurisdiccional, entendiendo que se estaba frente a un enriquecimiento ilícito, el constituyente de 1979 optó por reconocer esta figura a fin de brindar una solución a tal problemática.

Razones similares justificaron que el constituyente de 1993 mantuviera la unión de hecho, por lo que se recogió en la Constitución sin mayores modificaciones. Con este reconocimiento constitucional se legitiman y se salvaguarda la dignidad de aquellas personas que habían optado por la convivencia. Asimismo, pasaron a ser considerados familias, por consiguiente, merecedora de la protección del Estado.

En suma, debe enfatizarse que la unión de hecho genera una dinámica a partir de la cual se originan dependencias entre los convivientes. Por ejemplo, es muy común que se dé el caso en donde uno de ellos se ocupe de las labores que exige el hogar, dejando de lado el ámbito laboral, mientras que el otro u otra conviviente, se desarrollará en el espacio profesional, cumpliendo la

tarea de brindar los medios económicos que sustenten la vida en comunidad. Esta sinergia incluye pues un deber de asistencia mutua.

2.8.3 El Tribunal Constitucional, la unión de hecho y sus inevitables consecuencias previsionales.

El artículo 10 de la Constitución de 1993, reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la Seguridad Social, para hacer frente a las contingencias que la ley precise con la finalidad de elevar su calidad de vida. Como ya lo ha expresado el Tribunal Constitucional, la Seguridad Social: Se concreta en un complejo normativo estructurado -por imperio del artículo 10 de la Constitución- al amparo de la 'doctrina de la contingencia' y la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no sólo del mantenimiento, sino en 'la elevación de la calidad de vida.

De otro lado, el Tribunal Constitucional ya ha establecido que el único titular de la pensión es quien realiza los aportes, siendo las pensiones de sobrevivientes, el derecho del propio titular proyectado sobre la o las personas que cumplan con los requisitos para acceder a tales beneficios. De esta manera la pensión de sobreviviente; Debe ser concebida como una garantía para velar por el mantenimiento de una vida acorde con el principio de dignidad de aquellos que, en razón de un vínculo familiar directo, dependían económicamente de parte de dicha pensión, es decir, como una garantía derivada del reconocimiento de la familia como instituto fundamental de la sociedad (artículo 4 de la Constitución). En consecuencia, prima facie, la posibilidad de que

el monto o parte del monto de la pensión del causante se materialice en una pensión de sobrevivencia, debe encontrarse condicionada a la dependencia económica en la que se encontraba el o los sobrevivientes con relación a dicho monto.

2.8.4 La unión de hecho, el Decreto Ley 19990, la influencia de la derogada Constitución de 1933 y del derogado Código civil de 1936.

El Decreto Ley 19990, [de abril de 1973, bajo los alcances de la Constitución de 1933 y el Código Civil de 1936, ambas normas derogadas hace mucho tiempo], regula el Sistema Nacional de Pensiones (SNP), disponiendo los requisitos para que el titular acceda a una pensión de jubilación, de invalidez, así como los requisitos que deben cumplir los sobrevivientes a fin de acceder a una pensión de viudez, orfandad o ascendentes.

Debido a que el tema se plantea respecto a la pensión de viudez y su relación con la convivencia, se analizará el artículo 53 del aludido Decreto Ley, que regula lo referente a la pensión de viudez, estableciéndose lo siguiente; Tiene derecho a la pensión de viudez la cónyuge del asegurado o pensionista y el cónyuge inválido o mayor de sesenta años de la asegurada o pensionista fallecida que haya estado a cargo de ésta, siempre que el matrimonio se hubiera celebrado por lo menos un año antes del fallecimiento del causante [¿?], es evidente que la norma se redactó bajo los alcances del derogado Código Civil de 1936, según el cual los efectos jurídicos del matrimonio se producían al año de celebrarse dicho acto jurídico, hecho que hoy no existe] y antes que éste cumpla sesenta años de edad si fuese hombre o cincuenta años si fuese mujer o más de dos años antes del fallecimiento del causante en caso de haberse celebrado el matrimonio a edad mayor de las indicadas.

Como es de apreciarse, no se contempla, en lo absoluto, referencia alguna a la pareja

conviviente. La explicación debe encontrarse en la inexistencia de la unión de hecho en la legislación nacional de aquella época. [En efecto, es evidente que la norma se redactó bajo los alcances de la derogada Constitución de 1933, del derogado Código Civil de 1936, según dichos documentos no se legislaba sobre la unión de hecho] Como ya se expresó, esta institución fue reconocida a nivel constitucional recién con la Carta Fundamental de 1979 desarrollándose legalmente en el artículo 326° del código civil de 1984.

Así, de una simple lectura del ordenamiento jurídico, podría concluirse que, puesto que no se contempla normativamente que las parejas de hecho sobrevivientes accedan a una pensión de viudez, la presente demanda tendría que ser desestimada. Y es que como ya se apreció, en el caso de la Seguridad Social, es el legislador ordinario quien configura legalmente los supuestos por los cuales se accedería al derecho.

No obstante, el defecto de tal argumentación estriba en interpretar la pretensión de la actora exclusivamente desde de la ley [Esto quiere decir que no es correcto un análisis sólo desde el control de legalidad, es decir, resolver el conflicto de interés desde una perspectiva de un legalismo positivista], cuando, por el contrario, en el Estado Constitucional, es a partir de la Constitución y sus valores desde donde se interpretan las demás normas del ordenamiento jurídico. Si lo hace el Tribunal Constitucional estamos frente al control concentrado, si lo hace el Poder Judicial, entonces estamos frente al control difuso.

A propósito de ello, debe indicarse, que el tránsito del Estado Legal al de Estado Constitucional, supuso dejar de lado la tesis según la cual el texto fundamental era una norma [infra-constitucional] carente de contenido jurídico vinculante, compuesta tan solo por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos: Es decir, significó superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria [La ley por encima de todos y el juez solo

boca de esa ley, que en muchos casos esa ley era no solo injusta, sino inconstitucional], que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso -de la mano del principio político de soberanía popular- al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, un vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías.

Todo poder devino entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico normativo.

2.8.5 La unión de hecho y el concepto de inconstitucionalidad sobreviniente.

En rigor, corresponde apreciar que los alcances de este precepto legislativo, el Decreto Ley 19990, resulta ser una inconstitucionalidad sobreviniente, fenómeno presentado cuando una norma primigeniamente constitucional [Se promulgó dentro de los alcances de la Constitución de 1933], deviene en inconstitucional porque no compatibiliza con la vigente norma constitucional [La Constitución de 1993].

En tal sentido, es de enfatizarse que el hecho que el Decreto Ley 19990 sea una norma preconstitucional, no significa que la Constitución vigente no sea el parámetro bajo el cual se debe aplicar tal decreto ley. Todo lo contrario, tal norma, como cualquier otra, debe ser interpretada y aplicada tomando en cuenta los derechos, principios y valores recogidos en la Carta Fundamental vigente. En consecuencia, es la norma, Decreto Ley 19990 y, específicamente, su artículo 53, el que tendrá que interpretarse a la luz de los valores y principios materiales del texto constitucional de 1993. [Control concentrado al ser el Tribunal

Constitucional quien haga la defensa de los valores constitucionales de 1993]

De esta manera, al haberse consagrado la protección de la familia como mandato constitucional y siendo la unión de hecho un tipo de estructura familiar, queda por precisar las concretizaciones de esta protección y si es que, en el presente caso, la norma que regula el reconocimiento de la pensión de viudez se adecua a la Carta Fundamental.

2.8.6 Unión de hecho, sistema privado de pensiones y pensión de viudez, bajo la influencia de la Constitución de 1993.

Como se ha observado, el SNP no reconoce efectos jurídicos, a la situación que afrontan las parejas de hecho sobrevivientes. Por el contrario, en el SPP las parejas de hecho sobrevivientes son beneficiadas con la pensión de viudez. Ello ha sido recogido por el artículo 117° del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (Decreto Supremo 004-98-EF) que establece: "Tienen derecho a la pensión de sobrevivencia los beneficiarios del afiliado que no se hubiere jubilado, siempre que su muerte no resulte consecuencia de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, actos voluntarios o del uso de sustancias alcohólicas o estupefacientes, o de preexistencias. El orden es el siguiente: El cónyuge o concubina conforme a lo establecido en el artículo 326 del Código sus hijos que cumplan con los requisitos previstos en el artículo 13 que antecede; [...]".

2.8.7 El Tribunal Constitucional del Perú y la protección a las uniones de hecho a través del control concentrado.

En definitiva, el artículo 53 del Decreto Ley 19990, visto a la luz del texto Constitucional

de 1993, debe ser interpretado de forma tal que se considere al conviviente supérstite como beneficiario de la pensión de viudez. Ello desde luego, siempre que se acrediten los elementos fácticos y normativos que acrediten la existencia de la unión hecho por medio de documentación idónea para ello.

Una vez que se ha dilucidado el problema planteado, esto es, la procedencia de la pensión de sobreviviente del conviviente, queda analizar si es que en el caso de autos la demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión. Sobre tales requisitos debe interpretarse que estos son los mismo que los requeridos a las viudas en el artículo 53 del Decreto Ley N. ° 19990.

En autos obra copia de la sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Piura, que declara fundada la demanda que reconoce la unión de hecho entre doña Janet Rosas Domínguez y Frank Francisco Mendoza Chang.

Tomando en cuenta lo expuesto en los fundamentos precedentes y al haberse acreditado la unión de hecho, en virtud del artículo 5 de la Constitución, del artículo 326 del Código Civil, así como del artículo 53 del Decreto Ley 19990, cuya interpretación es efectuada a la luz de la Constitución, le corresponde a la demandante la pensión de viudez.

2.9 Análisis comparativo entre la derogada Constitución del Perú de 1979 y la vigente Constitución 1993, sobre la unión de hecho.

En la actualidad, una expresión de familia es la unión de hecho, empero, esta institución recién fue regulada en la Constitución Política de 1979, antes que ello ocurriera, la convivencia habida entre un varón y una mujer sustentaba la adquisición de bienes adquiridos en común así como hijos nacidos durante la unión de hecho, pero al finalizar dicha convivencia por decisión unilateral o muerte de uno de los concubinos, surgen algunos problemas sobre el destino del

patrimonio adquirido por los convivientes, y el empobrecimiento del concubino abandonado o sobreviviente, quien generalmente se quedaba a cargo de los hijos y, en la práctica, sin derecho alguno al patrimonio adquirido durante la convivencia. (Bustamante, 2017, p. 13)

Tal como destacan los juristas peruanos Bernal y Rubio (1988, p. 128) hasta antes de la Constitución Política de 1979, el matrimonio civil y la familia tendían a identificarse, y en ese contexto, el derecho peruano no reconocía expresamente a la familia de hecho [Concubinato o unión de hecho], ni a la familia conformada mediante el matrimonio canónico, añaden, además que:

“En el Perú, la institución de matrimonio civil es relativamente nueva; impracticable en muchos lugares del territorio nacional por la frágil presencia del aparato administrativo del Estado y porque, además, desde el punto de vista cultural, amplios sectores de la población no han internalizado la obligatoriedad de formalizar el vínculo conyugal ante la sociedad. A ello debe sumarse la existencia de costumbres andinas ancestrales que constituyen familia mediante ritos y ceremonias matrimoniales distintas a las dispuestas por el Código Civil. [El derecho consuetudinario es válido, además de respetar las costumbres andinas] (Bustamante, 2017:13)

Inclusive, Rubio en su investigación doctoral precisa que, hasta entonces la convivencia no era considerada como expresión de familia:(1999, T.II, p. 53)

“Hasta 1980, una pareja que convivía en el Perú no generaba entre s ningún lazo formal, ni de carácter personal, ni de contenido económico. La convivencia de varón y mujer, aun cuando fuera muy semejante a un matrimonio, no recibía trato análogo en absoluto. Tampoco a partir de esa convivencia se formaba una familia formalmente constituida. Lo único que aparecía era la relación paterno-filial con cada progenitor.” (Bustamante, 2017, p. 13)

El efecto social de este fenómeno era desastroso: cuando la pareja se rompía,

generalmente ocurría que todos los bienes acumulados estaban a nombre de él, y como usualmente el varón asumirá un nuevo compromiso como se usa decir cuando se separa, entonces la mujer quedaba desposeída y abandonada, a cargo de los hijos. En el mejor de los casos, sólo éstos recibirán pensión de alimentos.” (Bustamante, 2017, pp. 13-14).

El Constituyente de 1979 pretendió (Bernaes, 1996, p. 163). corregir tal situación, a todas luces injusta, pues, generalmente, al término del concubinato era la mujer concubina, quien resultaba abandonada, pobre, sola y a cargo de sus hijos; de ahí que, surge la noción del hogar de hecho que genera una sociedad de bienes regida por las reglas de la sociedad de gananciales (Rubio Correa, 1999: 53, tomo II). Ante la situación de injusticia y desventaja en que quedaba la mujer, la parte más afectada cuando terminaba una relación de hecho, entonces los tribunales peruanos buscaron diversas formas de mitigar la situación en que quedaba la concubina. [Los magistrados tienen que haber empleado el control constitucional difuso para corregir las injusticias]. (Bustamante, 2017, p. 14). (Subrayado agregado)

Al respecto, antes de la Constitución de 1979, (Chirinos-Soto E., y Chirinos-Soto, F. 1994, pp. 61-62), ya se había pronunciado sabiamente la jurisprudencia de la Corte Suprema. Si un concubino se separaba, y pretendía quedarse con todos los bienes adquiridos durante el concubinato, la Corte Suprema aplicaba la regla del enriquecimiento indebido para reconocer los derechos del otro concubino sobre la mitad de los bienes en cuestión. (Bustamante, 2017, p. 14).

Tal como señala Espinoza, (2003, p. 100), ante esas dos realidades, la legal e informal, la sensibilidad del operador del derecho se hizo sentir en la interpretación del artículo 1149 del derogado, Código Civil de 1936, que regulaba el enriquecimiento indebido, en el caso del abandono (o muerte) del conviviente, se reconocía a la parte dañada el derecho a una reparación sobre la base de un criterio patrimonialista, cuando se comprobaba –al mismo tiempo- una

disminución económica y un beneficio ilícito con la finalidad de equilibrar una situación injusta.(Bustamante, 2017, p. 14).

- La norma contenida en el artículo 9 de la Constitución de 1979, expresó:
 - “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”. (Bustamante, 2017, p. 15).

Comentando esta norma, García-Toma (1998, p. 141), indica que, con la Carta de 1979 la institución de la unión de hecho se constitucionalizó. En palabras de Cornejo Chávez, (1988, p. 89), sobre el servinakuy no existe todavía, un esfuerzo sistemático “para allegar información más completa y detallada, para someterla a una apreciación crítica, para integrar orgánicamente los elementos cuya gravitación sea seriamente comprobada, para establecer el diseño de una política legislativa y fijar un tratamiento jurídico-legal adecuado”. (Bustamante, 2017, p. 15).

En todo caso, (Cornejo, 1986, p. 57, citado por Bustamante, 2017, p. 15), el poder considerarse unión de hecho al servinakuy, adolecería de problemas de prueba al exigir el artículo 326 del Código Civil el principio de prueba escrita. Se estima que, (Cornejo, 1986, p. 56) la concepción de unión de hecho que sostiene Cornejo Chávez es aquella que contempla diversas formas de concubinato ya sea el servinakuy o el concubinato que rige en los medios urbanos sin conexión con las costumbres indígenas, al que sólo se extiende a los efectos patrimoniales propios de un régimen de comunidad de gananciales.

Un nuevo concepto que aparece (Bernaes y Rubio 1988, p.129, citados por Bustamante, 2017, p. 15) es la definición de la sociedad concubinaria como la sociedad económica que se forma entre los concubinos. En ese sentido, las normas contenidas en el artículo 326 del Código

Civil de 1984 complementan la norma constitucional contenida en el artículo 9 de la Constitución de 1979, cuyo aporte más importante al tema ha sido establecer la exigencia de que la unión haya durado por lo menos dos años continuos. También se reconoce que, si bien la norma constitucional solucionó varios problemas, era menos avanzada que la Ley de Reforma Agraria de 1969, que consagraba el derecho de la compañera permanente a recibir en herencia la tierra correspondiente a su compañero.

Postura divergente sostuvo Cornejo Chávez (1986, pp. 53-54) cuando señaló que, dicha Ley de Reforma Agraria incluyó una referencia, implícita pero clara, al servinakuy al preceptuar que, al fallecimiento del adjudicatario de una unidad agrícola familiar sin haber cancelado su precio, se adjudicaría gratuitamente la parcela a su cónyuge o compañera permanente del adjudicatario. (Bustamante, 2017, p. 15).

La Constitución Política de 1993, en cuyo Art.5, señala: 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.

Comentando esta disposición constitucional, Enrique y Francisco Chirinos Soto, (1994, pp. 61-62, citados por Bustamante, 2017, p. 16), destacan que el concubinato es una figura frecuente, que el concubinato es matrimonio en todo, menos en el nombre, pues le falta la solemnidad de la ceremonia, así como la expresa declaratoria de voluntad de los contrayentes. Mediante dicha norma, en cuanto al patrimonio del concubino o concubina, se le sujeta al régimen de la sociedad de gananciales. En ésta, los bienes adquiridos durante la convivencia pertenecen por igual a ambos concubinos.

Por su parte, (Bernaes 1996, p. 163 y Otárola 1997, pp. 60-61, citados por Bustamante, 2017, pp. 16-17), encontramos opinión concordante sobre dicho artículo 5 de la Constitución de

1993, en el sentido que un número significativo de familias no están constituidas por matrimonio civil en el Perú. Son formas de convivencia aceptadas en el medio social. Para el Derecho, inclusive una pareja que contrae matrimonio religioso y no matrimonio civil es también una unión de hecho.

En estas formas de convivencia suele ocurrir un problema de naturaleza social: producido el rompimiento de la pareja la mujer queda desamparada y a cargo de los hijos, en tanto que es el varón, quien generalmente se queda con los bienes acumulados en conjunto.

Bernales, (1996, p. 163, citada por Bustamante, 2017, p. 17), al comentar el artículo 5 de la Constitución de 1993, señala que, el texto repite la disposición del artículo 9 de la Constitución de 1979. Esta Carta fue la que produjo esta importante innovación, atendiendo a la realidad concreta del Perú.

Así, las normas constitucionales incorporadas en las Constituciones de 1979 y 1993 han establecido una protección patrimonial respecto a los bienes adquiridos durante el tiempo que dure esta unión estable entre varón y mujer, que no desean o no quieren casarse civilmente. Unión que determina la existencia de una familia de hecho y que, como realidad existente en la sociedad peruana, el constituyente buscó brindar una protección a la concubina, en caso se produjera una extinción o cese de dicha convivencia ya sea por decisión de uno de ellos, o por muerte, o incluso por mutuo acuerdo.

III. MÉTODO

3.1. Tipo de investigación

La investigación es una de tipo básica y tiene un enfoque cualitativo. Se emplearon los métodos generales de investigación, como el método deductivo y el método inductivo.

3.1.1. *Diseño de investigación.*

El diseño de investigación es básico cualitativo, basado en la teoría fundamentada, que se sustenta en la teoría del interaccionismo simbólico para comprender cómo definen los individuos un fenómeno o acontecimiento a través de su interacción social. El objetivo principal de la metodología es, a través del estudio de fenómenos sociales en contextos naturales, generar teorías que expliquen el fenómeno estudiado

3.2 Población y muestra

– *Población*

Tres sentencias sobre la materia de estudio, tramitadas ante el Tribunal Constitucional y 36 Jueces / fiscales de Lima.

– **Muestra**

El muestreo fue de tipo censal, porque evaluó las Tres sentencias tramitadas ante tramitadas ante el Tribunal Constitucional, y a 36 jueces / fiscales de Lima.

3.3 Operacionalización de las variables.

Tabla 1

Operacionalización de las variables

Variable independiente	Definición conceptual	Definición operacional (Dimensiones e Indicadores)
Uniones de hecho	Relación que establecen dos personas para construir una familia dentro de una relación heteroafectiva, similares al matrimonio	Dimensiones Desigualdad de trato frente al matrimonio
	Unión de hecho impropia, derecho constitucional desprotegido, por las normas infra-constitucionales generando desigualdad.	Indicadores Derecho a la dignidad Derecho a la igualdad
Variables dependientes	Definición conceptual	Definición operacional (Dimensiones e Indicadores)
Incompatibilidad las normas constitucionales	1. La norma legal exige más que lo que señala la norma constitucional	Dimensiones Desigualdad en el trato al matrimonio frente al concubinato
Silencio de las normas legales	2. La norma legal no regula determinados derechos que dimana de la unión de hecho	Indicadores Derecho a la igualdad

3.4 Instrumentos

Los instrumentos son libros, periódicos, revistas, enciclopedias, diccionarios, material digital, archivos, las sentencias del Tribunal Constitucional. De manera que, para realizar la presente investigación, el investigador se debe dirigir a los sitios donde se encuentren ese tipo de fuentes, como es caso de bibliotecas, hemerotecas, archivos, bases de datos, internet.

3.5 Procedimientos

Primero se desarchivaron los expedientes del archivo central del poder judicial, para ser analizados y de elaboró un cuestionario que se aplicó a 36 jueces / fiscales de la región de Lima. Se tabularon los datos en una base de datos en Excel y se elaboraron tablas y figuras. Se discutieron las tres sentencias del tribunal constitucional y se analizaron los datos encontrados. Se elaboró el informe final del trabajo.

3.6 Análisis de datos

El análisis de datos consiste en la selección y lectura que se ha realizado de las sentencias del Tribunal Constitucional del Perú sobre unión de hecho y la posición que toma dicho Tribunal para proteger determinados derechos que no están protegidos por las normas infra-constitucionales, pero dicho Tribunal protege usando el instrumento denominado: Control difuso de constitucionalidad.

3.7 Consideraciones éticas

Este trabajo de investigación cumple con lo establecido en las reglas anti-plagio de la directiva sobre los lineamientos metodológicos para la elaboración de tesis de grado de Magister y de Doctor de la Escuela Universitaria de Post Grado de la Universidad Nacional Federico Villarreal.

IV. RESULTADOS

4.1. Presentación de resultados.

Se procedió a realizar el estudio de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional del Perú, en base a la realización de algunas interrogantes.

Del análisis de la sentencia STC 06572-2006-PA/TC, del Tribunal Constitucional del Perú, se ha podido obtener los siguientes resultados.

➤ **Primero**

¿La intervención del Tribunal Constitucional, a través del control constitucional concentrado, protege los derechos fundamentales consagrados en la Constitución del Perú de 1993?

El artículo 53 del Decreto Ley N° 19990. Ley del Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social, de 24 abril 1973, descartaba la pensión de sobrevivencia entre concubinos, sin embargo, el Tribunal Constitucional del Perú, protegió, la pensión para el sobreviviente de la unión de hecho, antes de la promulgación de ley N° 30907, de 11 de enero 2019. Por consiguiente, el magistrado del Tribunal Constitucional del Perú, a través del control constitucional concentrado, protege los derechos fundamentales consagrados en la Constitución del Perú de 1993.

4.1.1. Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú (1): Exp. n° 06572-2006-pa/tc. Piura. (Rosas-Domínguez J. 2006)

4.1.1.1. Antecedentes. La recurrente [Janet Rosas Domínguez], interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), solicitando el otorgamiento de una pensión de viudez. Manifiesta tener una declaración judicial de unión de hecho con don Frank Francisco Mendoza Chang y que, su menor hija, en la actualidad, viene

percibiendo pensión de orfandad, en virtud de ser hija del causante. (EXP. N° 06572-2006-PA/TC:1) (Subrayado agregado)

La emplezada contesta la demanda manifestando que la declaración judicial de la unión de hecho no da derecho al otorgamiento de una pensión de viudez, ya que ésta se otorga únicamente cuando se cumplen con los requisitos expuestos en el artículo 53 del Decreto Ley 19990. Es decir, se requiere necesariamente que se acredite la celebración del matrimonio. En el presente caso, no se ha acreditado la unión conyugal, por lo tanto, la demanda debe ser desestimada. (EXP. N° 06572-2006- PA/TC: 1) (Subrayado agregado)

4.1.1.2. Fundamentos. 1. En el fundamento 37 de la STC 1417-2005-PA, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de julio de 2005, este Tribunal ha señalado que aun cuando, *prima facie*, las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, en la medida en que el acceso a las prestaciones pensionarias sí forma parte de él, son susceptibles de protección a través del amparo los supuestos en que se deniegue una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplirse los requisitos legales. (EXP. N° 06572-2006-PA/TC: 1-2) (Subrayado agregado)

4.1.1.3. Delimitación del petitorio y de la cuestión constitucional suscitada. El problema a dilucidar en este caso es si procede reconocer la pensión de sobrevivientes a la pareja de hecho supérstite. Ello implica determinar si es que a pesar de la omisión expresa del Decreto Ley N. ° 19990, procede el reconocimiento de tal beneficio a las parejas de hecho. (EXP. N°06572-2006-PA/TC: 2) (Subrayado agregado).

Debe recordarse que los pronunciamientos sobre la pensión de viudez entre parejas de hecho han merecido la atención de este Tribunal Constitucional. Si bien en un principio tal posibilidad se encontraba implícita¹, por medio de otra sentencia se rechazó tal supuesto²,

aceptándose luego tal hipótesis (EXP. N° 06572-2006-PA/TC: 2) (Subrayado agregado)

Por último, en la sentencia recaída en el expediente 09708-2006-P A/TC se esgrimió que de acuerdo al artículo 5° de la Constitución, así como el artículo 326 del Código Civil (CC), la unión de hecho daba lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, pero al haberse comportado los convivientes como cónyuges, al asumir finalidades, obligaciones y deberes semejantes a los del matrimonio, la conviviente habría adquirido el derecho a la pensión de viudez. (EXP. N° 06572-2006-PA/TC: 2) (Subrayado agregado)

Se consideró además que las pensiones tenían la calidad de bienes que integran la sociedad de gananciales porque sirven para el sustento de la familia. En vista de lo expuesto, a continuación, se procederá a confirmar el criterio ya asumido por este Colegiado, argumentando de manera más profunda tal posición. (EXP. N° 06572-2006-PA/TC: 2) (Subrayado agregado)

De otro lado, se anotó que al momento de la separación de las uniones libres se presentaban situaciones inicuas. Y es que en muchas ocasiones una de las partes -en su mayoría el varón- terminaba por apoderarse de los bienes adquiridos por la pareja durante la convivencia. (EXP. N° 06572-2006-PA/TC: 6)

Si bien, tal problemática ya había merecido la atención del órgano jurisdiccional, entendiendo que se estaba frente a un enriquecimiento ilícito, el constituyente de 1979 optó por reconocer esta figura a fin de brindar una solución a tal problemática. (EXP. N° 06572-2006-PA/TC: 6)

Razones similares justificaron que el constituyente de 1993 mantuviera la unión de hecho, por lo que se recogió en la Constitución vigente sin mayores modificaciones. (EXP. N° 06572-2006-PA/TC: 6)

Con este reconocimiento constitucional se legitiman y se salvaguarda la dignidad de

aquellas personas que habían optado por la convivencia. Asimismo, pasan a ser considerados familia, por consiguiente, merecedora de la protección del Estado. (EXP. N° 06572-2006-PA/TC: 6).

De otro lado, este Colegiado ya ha establecido que el único titular de la pensión es quien realiza los aportes, siendo las pensiones de sobrevivientes, el derecho del propio titular proyectado sobre la o las personas que cumplan con los requisitos para acceder a tales beneficios. De esta manera la pensión de sobreviviente; (EXP. N° 06572-2006-PA/TC: 10)

"Debe ser concebida como una garantía para velar por el mantenimiento de una vida acorde con el principio de dignidad de aquellos que, en razón de un vínculo familiar directo, dependían económicamente de parte de dicha pensión, es decir, como una garantía derivada del reconocimiento de la familia como instituto fundamental de la sociedad (artículo 4 de la Constitución). (Subrayado agregado). (EXP. N° 06572-2006-PA/TC: 10) En consecuencia, *prima facie*, la posibilidad que el monto o parte del monto de la pensión del causante se materialice en una pensión de sobrevivencia, debe encontrarse condicionada a la dependencia económica en la que se encontraba el o los sobrevivientes con relación a dicho monto" (EXP. N° 06572-2006-PA/TC: 10)

4.1.1.4. Análisis del caso concreto. Una vez que se ha dilucidado el problema planteado, esto es, la procedencia de la pensión de sobreviviente al conviviente queda analizar si es que en el caso de autos la demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión. Sobre tales requisitos debe interpretarse que estos son los mismo que los requeridos a las viudas en el artículo 5 3 del Decreto Ley N. ° 19990. (EXP. N° 06572-2006-PA/TC: 14)

En autos (fojas 5) obra copia de la sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Piura, que declara fundada la demanda que reconoce la unión de hecho entre doña Janet Rosas Domínguez y Frank Francisco Mendoza Chang. (EXP. N° 06572-2006-PA/TC: 14)

Tomando en cuenta lo expuesto en los fundamentos precedentes, y al haberse acreditado la unión de hecho, en virtud del artículo 5 de la Constitución, del artículo 326 del Código Civil, así como del artículo 53 del Decreto Ley 19990, cuya interpretación es efectuada a la luz de la Constitución, le corresponde a la demandante la pensión de viudez. (EXP. N° 06572-2006-PA/TC: 14) (Subrayado agregado). Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú (EXP. N° 06572-2006-PA/TC: 14)

4.1.1.5. Ha resuelto. Declarar FUNDADA la demanda, ordenándose a la O P que, de acuerdo a la interpretación del artículo 53 del Decreto Ley 19990 realizada por este Colegiado, se abone la pensión de viudez a doña Janet Rosas Domínguez. (EXP. N° 06572-2006-PA/TC: 14).

4.1.2. Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú (2): EXP. N.º 04493-2008-PA/TC. LIMA. DE LA CRUZ-FLORES L.

4.1.2.1. Primero. ¿La intervención del Tribunal Constitucional, a través del control constitucional concentrado, protege los derechos fundamentales consagrados en la Constitución del Perú de 1993?

A través del control constitucional concentrado, se protege los derechos fundamentales consagrados en la Constitución del Perú de 1993.

4.1.2.2. Antecedentes. Con fecha 8 de mayo de 2007 la demandante interpone demanda de amparo contra el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial, el Presidente de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial de San Martín y el Juez Provisional del Juzgado Especializado en Familia de Tarapoto-San Martín, que emitió la sentencia de fecha 2 de abril de 2007. Mediante esta sentencia se determinó fijar una pensión de alimentos en favor de la menor hija de Jaime Walter Alvarado Ramírez y la demandante,

ascendente al 20 por ciento de la remuneración de éste.

Alega la demandante que tal sentencia vulnera sus derechos fundamentales a la tutela procesal efectiva y al debido proceso. Así, expresa que el juez asumió que Jaime Walter Alvarado Ramírez, padre de la menor beneficiada con la pensión de alimentos, contaba con deberes familiares que atender como su conviviente y los 3 menores hijos de ésta, los que tiene a su cargo y protección.

4.1.2.3. Fundamentos. Delimitación del petitorio

- La sentencia de primer grado del proceso de alimentos, de fecha 26 de diciembre de 2006, emitida por el Primer Juzgado de Paz Letrado-Tarapoto, declaró fundada en parte, la demanda de alimentos.
- En ella se ordena que el demandado en el proceso civil, Jaime Walter Alvarado Ramírez, acuda a favor de su menor hija con una pensión alimenticia del 30 por ciento del haber mensual que percibe.
- En tal sentencia se consideró que el demandado no tenía otro deber familiar adicional más que los personales y que si bien contaba con un hogar constituido con Luz Mariana López Rodríguez, “la convivencia no tiene carácter de carga familiar, ya que los hijos se encuentran en primer orden de prioridades.”

4.1.2.4. El modelo constitucional de la familia en la Constitución de 1993. El constitucionalismo de inicios del siglo XX otorgó por primera vez a la familia un lugar en las normas fundamentales de los Estados. Sin embargo, es de precisar que en los inicios del referido siglo se identificaba al matrimonio como único elemento creador de la familia.

Se trataba de un modelo de familia matrimonial, tradicional y nuclear, en donde el varón era “cabeza de familia” y se desarrollaba en la esfera pública y profesional, dedicado a cubrir los

gastos familiares, mientras que el rol de la mujer se constreñía a la esfera privada del cuidado del hogar y los hijos.

Desde una perspectiva jurídica tradicional, la familia “está formada por vínculos jurídicos familiares que haya origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco” [BOSSERT, Gustavo A. y ZANONNI, Eduardo A. Manual de derecho de familia. 4ª ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 6.].

No obstante, ello, en las últimas décadas del siglo XX, la legislación y jurisprudencia comparada se esmeraron en distinguir los conceptos de familia y matrimonio, estableciendo que el matrimonio no era la única manera de generar familia. Por ejemplo, en las constituciones de 1979 y 1993 se recoge como conceptos distintos la familia y el matrimonio.

4.1.2.5. Unión de hecho y deber familiar. 14. Uno de los fundamentos sobre los que descansa la sentencia cuestionada es que la convivencia en una unión de hecho implica una “carga familiar”. Si bien es un aspecto colateral de la controversia constitucional, interesa resaltar previamente que la denominación “carga familiar” utilizada en la sentencia impugnada, resulta ser cuestionable, por cuanto implica una objetivización de los individuos a los cuales se destina el contenido de la obligación alimentaria.

Las personas beneficiadas con dicha tutela y alimentos no son, ni pueden ser consideradas “cargas”. Es por ello que una denominación acorde con la Constitución de dicha institución es el “deber familiar”, el mismo que guarda y concibe una dimensión ética y jurídica.

4.1.2.6. Familias reconstituidas, obligaciones alimentarias e hijos afines. En la STC 09332-2006-PA/TC, este Tribunal Constitucional desarrolló aspectos relativos a la familia reconstituida, describiéndola como la estructura familiar originada en la unión matrimonial o la unión concubinaria en donde uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una

relación previa [fund. 8].

De igual forma destacó que para que se pueda hacer referencia a hijos afines o padres afines, debe de cumplirse con algunos supuestos de hecho como es el habitar y compartir vida de familia con estabilidad, publicidad y reconocimiento. Es decir, tiene que reconocerse una identidad familiar autónoma [fund. 12].

No obstante, en nuestro país no existe regulación alguna sobre este tipo de estructura familiar. Así, por ejemplo, no se ha determinado si deben existir o no obligaciones y derechos entre los padres afines (progenitores sociales, padres no biológicos) y los hijos afines. Es por ello que el caso referido supra, fue resuelto sobre la base de la interpretación de principios constitucionales. Y es que, a falta de reglas expresas, a partir de los principios constitucionales pueden inferirse reglas a fin de dilucidar el conflicto intersubjetivo de relevancia jurídico-constitucional.

Como ya se anotó existe un vacío legal que aún no ha sido llenado por la legislación, recayendo dicha responsabilidad sobre la jurisprudencia, no solo la constitucional sino también, la ordinaria especializada en materia de familia. Y es que, tal como lo explicita el artículo 139, numeral 8 de la Constitución, el juez no puede dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

En tales casos, el juez debe recurrir a los principios constitucionales a fin de elaborar una posición jurisprudencial que cumpla con resolver el conflicto intersubjetivo de manera justa y atendiendo a la realidad social. Así, queda por determinarse si es que los alimentos de los hijos afines pueden serle exigibles a los padres sociales. O dicho de otra manera ¿tienen los padres sociales obligaciones alimentarias para con los hijos afines?

En conclusión, se observa que el Juzgado de Familia de San Martín-Tarapoto, no cumplió

con motivar adecuadamente la sentencia de fecha 2 de abril de 2007. Específicamente se aprecia la falta de motivación al considerar sin mayor argumentación o estudio de los medios probatorios, que la conviviente y los hijos de ésta constituyen un deber familiar para Jaime Walter Alvarado Ramírez.

Es de subrayarse que sin bien desde el 07 de mayo de 2010 Jaime Walter Alvarado Ramírez ha contraído matrimonio con Luz Marina López Rodríguez, al momento de expedirse la sentencia cuestionada ello no era así, por lo que la actual situación civil de Jaime Walter Alvarado Ramírez no implica una subsanación de la falta de motivación de tal sentencia. Y si bien al momento de expedir una nueva resolución sí tendrá que tomar en cuenta la actual situación, así como el hecho que al momento de la emisión de la resolución materia del presente proceso de amparo, Jaime Walter Alvarado Ramírez no estaba casado y tampoco ha podido acreditar una situación de unión de hecho.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú

4.1.2.7. Ha resuelto. 1. Declarar FUNDADA la demanda de amparo, y por consiguiente: Declara NULA la Resolución N° 12, de fecha 2 de abril de 2007, emitida por el Juzgado de Familia de San Martín-Tarapoto, en el Expediente 2007-2010 y nulos los actos realizados con posterioridad emanados o conexos a la resolución que se invalida, debiendo emitirse nueva decisión conforme a las consideraciones precedentes. Publíquese y notifíquese.

4.1.3. Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú (3). EXP. N.O 09708-2006-PA/TC LIMA. BACA-SOTO, L.

4.1.3.1. Segundo. ¿La intervención del Tribunal Constitucional, a través del control constitucional concentrado, protege los derechos fundamentales consagrados en la

Constitución del Perú de 1993? El artículo 53 del Decreto Ley N° 19990. Ley del Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social, de 24 abril 1973, descartaba la pensión de sobrevivencia entre concubinos, sin embargo, el Tribunal Constitucional del Perú, protegió, la pensión para el sobreviviente de la unión de hecho, antes de la promulgación de ley N° 30907, de 11 de enero 2019. Por consiguiente, el magistrado del Tribunal Constitucional del Perú, a través del control constitucional concentrado, protege los derechos fundamentales consagrados en la Constitución del Perú de 1993.

4.1.3.2. Antecedentes. Con fecha 11 de marzo de 2005, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Educación, solicitando que se le otorgue pensión de viudez conforme al Decreto Ley N° 20530. Manifiesta que habiendo sido declarada judicialmente su unión de hecho con su difunto conviviente, tiene derecho a una pensión de viudez conforme al Decreto Ley N 20530.

El Trigésimo Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 18 de agosto de 2005, declara infundada la excepción propuesta y fundada la demanda, por considerar que al haberse declarado judicialmente la unión de hecho de la demandante con su conviviente difunto se han producido los mismos efectos del matrimonio, por lo que al haber fallecido su conviviente tiene derecho a una pensión de viudez conforme al Decreto Ley N 20530.

La recurrida, revocando la apelada, declara infundada la demanda, por estimar que el Decreto Ley N 20530 establece que sólo tienen derecho a la pensión de viudez la cónyuge sobreviviente del causante y no la conviviente.

4.1.3.3. Delimitación del petitorio. La demandante solicita que se le otorgue pensión de viudez conforme al Decreto Ley N° 20530. Alega que la unión de hecho que conformaba con su causante fue reconocida judicialmente, por lo que tiene derecho a percibir

una pensión de viudez. En consecuencia~ la pretensión de la recurrente está comprendida en el supuesto previsto en el fundamento 37.d) de la citada sentencia, motivo por el cual corresponde analizar el fondo de la cuestión controvertida.

Por lo tanto, conforme con lo expuesto en los fundamentos precedentes, doña Luz Sofía Baca Soto, tiene derecho de percibir pensión de viudez al haberse reconocido la Unión de Hecho con don Mario Cama Miranda; por lo que la demanda debe ser estimada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

4.1.3.4. Ha resuelto. Declarar Fundada la demanda y se ordena que el Ministerio de Educación pague la pensión de viudez que le corresponde a doña Luz Sofía Baca Soto.

4.1.3.5. Segundo. ¿El magistrado del Tribunal Constitucional del Perú, al haber concedido pensión de viudez a la concubina supérstite, protegió la unión de hecho antes que hubiera una norma expresa que lo hiciera?

Se estableció que del análisis de las STC 06572-2006-PA/TC, y, la STC 09708-2006-PA/TC del Tribunal Constitucional del Perú, no obstante, el artículo 53 del Decreto Ley N° 19990, no concedía pensión de supervivencia y visto a la luz del texto fundamental, debe ser interpretado de forma tal que se considere al conviviente supérstite como beneficiario de la pensión de viudez. Ello desde luego, siempre que se acrediten los elementos fácticos y normativos que acrediten la existencia de la unión por medio de documentación idónea para ello” y cumpla con los requisitos para acceder a la pensión, que “son los mismos requeridos a las viudas en el artículo 53 del Decreto Ley N° 19990”. Por consiguiente, el magistrado del Tribunal Constitucional del Perú, a través del control constitucional concentrado, al haber concedido pensión de viudez a la concubina supérstite, protegió la unión de hecho antes que hubiera una

norma expresa que lo hiciera.

4.1.4. Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú (1) EXP. N° 06572-2006-PA/TC PIURA JANET ROSAS DOMÍNGUEZ

4.1.4.1. Análisis del caso concreto. Una vez que se ha dilucidado el problema planteado, esto es, la procedencia de la pensión de sobreviviente al conviviente queda analizar si es que en el caso de autos la demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión. Sobre tales requisitos debe interpretarse que estos son los mismo que los requeridos a las viudas en el artículo 53 del Decreto Ley N.º 19990. (EXP. N° 06572- 2006-PA/TC: 14).

En autos (fojas 5) obra copia de la sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Piura, que declara fundada la demanda que reconoce la unión de hecho entre doña Janet Rosas Domínguez y Frank Francisco Mendoza Chang. (EXP. N° 06572-2006-PA/TC: 14).

Tomando en cuenta lo expuesto en los fundamentos precedentes, y al haberse acreditado la unión de hecho, en virtud del artículo 5 de la Constitución, del artículo 326 del Código Civil, así como del artículo 53 del Decreto Ley 19990, cuya interpretación es efectuada a la luz de la Constitución, le corresponde a la demandante la pensión de viudez. (EXP. N° 06572-2006-PA/TC: 14) (Subrayado agregado).

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú (EXP. N° 06572-2006-PA/TC: 14).

4.1.4.2. Ha resuelto. Declarar FUNDADA la demanda, ordenándose a la ONP que, de acuerdo a la interpretación del artículo 53 del Decreto Ley 19990 realizada por este Colegiado, se abone la pensión de viudez a doña Janet Rosas Domínguez. (EXP. N° 06572-2006-PA/TC: 14)

4.1.5. Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú (3). EXP. N 09708-2006-

PA/TC LIMA LUZ SOFÍA BACA SOTO

4.1.5.1. Antecedentes. Con fecha 11 de marzo de 2005, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Educación, solicitando que se le otorgue pensión de viudez conforme al Decreto Ley N° 20530. Manifiesta que habiendo sido declarada judicialmente su unión de hecho con su difunto conviviente, tiene derecho a una pensión de viudez conforme al Decreto Ley N 20530.

El Trigésimo Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 18 de agosto de 2005, declara infundada la excepción propuesta y fundada la demanda, por considerar que al haberse declarado judicialmente la unión de hecho de la demandante con su conviviente difunto se han producido los mismos efectos del matrimonio, por lo que al haber fallecido su conviviente tiene derecho a una pensión de viudez conforme al Decreto Ley N 20530.

La recurrida, revocando la apelada, declara infundada la demanda, por estimar que el Decreto Ley N 20530 establece que sólo tienen derecho a la pensión de viudez la cónyuge sobreviviente del causante y no la conviviente.

4.1.5.2. Delimitación del petitorio. La demandante solicita que se le otorgue pensión de viudez conforme al Decreto Ley N. 20530. Alega que la unión de hecho que conformaba con su causante fue reconocida judicialmente, por lo que tiene derecho a percibir una pensión de viudez. En consecuencia~ la pretensión de la recurrente está comprendida en el supuesto previsto en el fundamento 37.d) de la citada sentencia, motivo por el cual corresponde analizar el fondo de la cuestión controvertida.

Por lo tanto, conforme con lo expuesto en los fundamentos precedentes, doña Luz Sofía Baca Soto, tiene derecho de percibir pensión de viudez al haberse reconocido la Unión de Hecho con don Mario Cama Miranda; por lo que la demanda debe ser estimada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

4.1.5.3. HA RESUELTO. Declarar FUNDADA la demanda y se ordena que el Ministerio de Educación pague la pensión de viudez que le corresponde a doña Luz Sofía Baca Soto.

4.1.6. Tercero

¿El principio de jerarquía piramidal, consagrado en el artículo 51° de la Constitución de 1993, protege determinados derechos fundamentales, que dimanen de las relaciones jurídicas concubinarias?

4.1.6.1. La Constitución ha desplazado a la ley y a su principio de legalidad. De esta forma, la Constitución (Guastini, 2007, p. 23), ha ido desplazando a la ley y a su principio de legalidad como la fuente suprema del derecho. Actualmente, de la Constitución emana todo el ordenamiento jurídico y vincula directamente a los poderes públicos y privados, lo cual no es solo un cambio de posición jerárquica de las normas, sino que lleva a replantear (Atienza, 2007, p.113), la manera de entender el derecho, la jurisprudencia, la jurisdicción y el propio rol del juez. (Landa, 2013, pp. 14-15).

En tal sentido, se ha señalado que (De Otto, 1999, p. 76) «Si la Constitución tiene eficacia directa no será solo norma sobre normas, sino norma aplicable; no será solo fuente sobre la producción, sino también fuente del derecho sin más».

Por tanto, (Hesse, 1885, p. 14), la Constitución es considerada la norma normarum —la norma de creación de las normas— y la *lex legis* —la ley suprema—, que se extiende a todas las ramas del derecho, siendo sus principios y disposiciones de alcance general, es decir, aplicables no solo al ámbito del ordenamiento jurídico público, sino también privado. (Landa, 2013, pp.

14-15).

4.1.6.2. El modelo europeo de jurisdicción. En este modelo la salvaguarda de la Constitución se encuentra a cargo de un órgano jurisdiccional especial (se le denomina ad hoc o de contralor concentrado), a quien se le ha confiado el control de la constitucionalidad a un ente particular y autónomo del resto de los órganos del poder estatal. (García-Toma, 2008, p. 608).

En dicha creación tuvo protagónica responsabilidad Hans Kelsen; el cual posteriormente fundamentó sus alcances doctrinarios en una obra denominada *La garantía jurisdiccional de la Constitución* (1928). Domingo García Belaunde [Derecho procesal constitucional. Bogotá: Tecnos, 2001] señala que el sistema de jurisdicción concentrada se caracteriza por entregar el control a "un órgano jurisdiccional especial y concentrado, pero que está fuera de la tríada clásica de poderes y sin relación de dependencia con el Poder Judicial [...]". (García-Toma, 2008, p. 609)

Este órgano tiene atribuciones exclusivas y excluyentes para determinar la declaración – que produce efectos generales– de inconstitucionalidad de una ley, declaración que se desarrolla por vía principal y sin necesidad de que exista un conflicto particular previo. Es decir, existe un órgano especialmente encargado de conocer las acciones de inconstitucionalidad. (García-Toma, 2008, p. 609)

En puridad, este sistema se basa en la existencia de un órgano estadual, diferente y autónomo de los tradicionales (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), el cual ejerce control a partir de una privativa jurisdicción constitucional. A este ente, compuesto por magistrados orgánicamente ajenos al cuerpo administrador de justicia ordinaria, se le reserva el derecho excluyente y exclusivo de determinar la inconstitucionalidad de una ley y, por extensión, la facultad de su derogación con efectos rescisorios generales, así como el establecimiento de los mecanismos de

corrección del acto inconstitucional. (García-Toma, 2008, p. 610)

4.1.6.3. Características de la jurisdicción concentrada:

- 1. Control condensado.** La declaración de inconstitucionalidad corresponde ser ejercida única y exclusivamente por un órgano especializado. (García-Toma, 2008, p. 610)
- 2. Control principal.** El pronunciamiento de inconstitucionalidad se produce cuando se plantea directamente ante el órgano especializado, un proceso especial denominado acción de inconstitucionalidad. Por ello, no es necesaria la existencia previa de un juicio, causa o cuestión judicial. (García-Toma, 2008, p. 610)
- 3. Control abstracto.** El órgano especializado se encarga de analizar una norma cuestionada de inconstitucionalidad, en forma aislada e independientemente de la existencia de aplicación de una ley a un caso concreto que afecte intereses particulares. En ese contexto, se promueve una resolución de puro derecho. (García-Toma 2008, p. 610)
- 4. Control con eficacia general.** El pronunciamiento de inconstitucionalidad opera de manera derogante y genérica. Las consecuencias de la decisión del órgano especializado afectan al Estado y a todos los ciudadanos y adscritos a él. En tal sentido, la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos erga omnes y abrogativos. (García-Toma, 2008, p. 611)

En el sistema de jurisdicción concentrada, el juzgador ad hoc responde en los hechos a una iniciativa legislativo-jurisdiccional en donde se le plantea decida a favor de una "derogación" sui generis, vía la expedición de una sentencia, de una ley inconstitucional. (García-Toma, 2008, p. 611)

Este sistema inspirado en el pensamiento de Hans Kelsen, rompió con la tradicional

concepción según la cual no se podía modificar, anular o suprimir la vigencia de una ley, ya que ella era, hasta ese entonces, la expresión omnímoda del pueblo reunido en el Parlamento. (García-Toma, 2008, p. 611)

Al respecto, debe anotarse que Carlos Luis de Secondat, barón de la Brede y Montesquieu [El espíritu de las leyes. México: Porrúa, 1992] había señalado lo siguiente: "El juez es simplemente la boca que pronuncia las palabras de la ley, un ser inanimado que no puede mitigar ni su fuerza ni su rigor". (García-Toma, 2008, p. 611). La tesis que presentamos pretende demostrar lo contrario.

4.2 Resultados de cuadros estadísticos

Para la contratación de hipótesis se ha utilizado los datos obtenidos a través de la aplicación de la encuesta aplicada a 36 jueces y fiscales.

De acuerdo con ello, las hipótesis generales y específicas han quedado debidamente demostrada conforme a lo siguiente:

4.2.1 Hipótesis general

La interpretación constitucional, y el control concentrado que emplea el Tribunal Constitucional, protege derechos no legislados o que, habiendo sido legislados, entran en conflicto con la Constitución, respecto de las relaciones jurídicas concubinarias.

Tabla 2

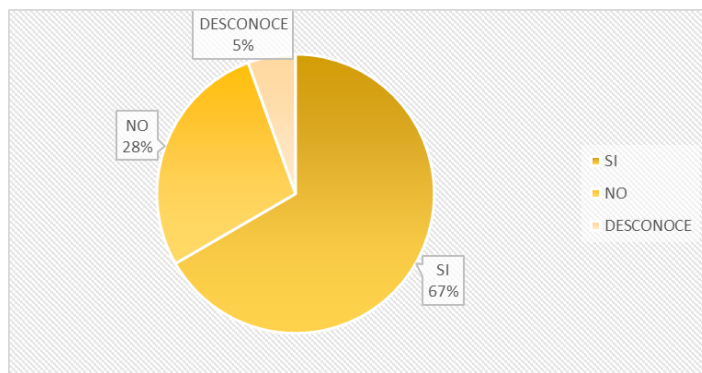
Incidencia de la aplicación del control difuso y del control concentrado, en favor de las uniones de hechos en el Perú.

<i>ALTERNATIVAS</i>	<i>JUECES/FISCALES</i>	<i>%</i>
SI	24	67%
NO	10	28%
DESCONOCE	2	5%
<i>TOTAL</i>	<i>36</i>	<i>100%</i>

Fuente: Encuesta aplicada a 36 jueces / fiscales de Lima en el 2022.

Figura 1

Representación del Control difuso y Control concentrado



Nota: En la figura 1 se representa porcentualmente el Control difuso y Control concentrado en una gráfica de sectores descritos en la tabla 2.

En la tabla 3 y figura 1, se describen y representan en frecuencia y porcentajes las respuestas ante la pregunta ¿Considera que la interpretación constitucional del control concentrado que emplea el TC protege derechos no legislados respecto a las relaciones concubinarias?, el 67% considera que la interpretación del control concentrado que realiza el TC, en favor de las uniones de hechos en el Perú, protege derechos no legislados, mientras que 28% considera lo contrario y un 5% desconoce.

Tabla 3

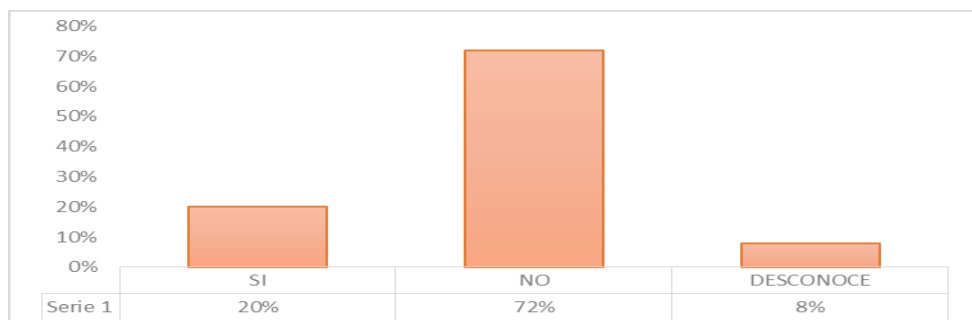
Nivel de punibilidad de la norma en favor de las uniones de hechos

ALTERNATIVAS	JUECES/FISCALES	%
SI	7	20%
NO	26	72%
DESCONOCE	3	8%
TOTAL	36	100%

Fuente: Encuesta aplicada a 36 jueces / fiscales de Lima en el 2022.

Figura 2

Representación de Nivel de aceptación de la norma frente en favor de las uniones de hechos



Nota: En la figura 2 se representa porcentualmente el nivel de aceptación de la norma frente en favor de las uniones de hechos en una gráfica de barras descritos en la tabla 3.

En la tabla 3 y figura 2, se describen y representan la frecuencia y porcentajes de respuestas ante la pregunta ¿Existe un nivel de aceptación de la norma en favor de las uniones de hecho?, reportándose que un 72% a su criterio no considera que sea real el nivel de aceptación de la norma frente a favor de las uniones de hechos en el Perú, mientras que un 20% si considera y un 8% desconoce.

➤ Hipótesis específica 1

El uso del control difuso, por el Poder Judicial y el control concentrado por el Tribunal Constitucional, permitirían corregir las incompatibilidades entre la Constitución del Perú de 1993 y el código civil de 1984.

Tabla 4

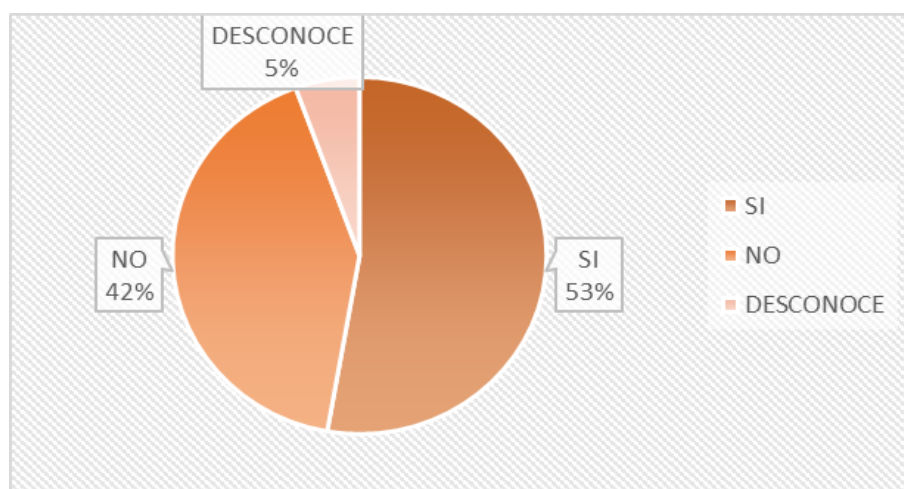
Uso del control difuso y del control concentrado en favor de las uniones de hechos

ALTERNATIVAS	JUECES/FISCALES	%
SI	19	53%
NO	15	42%
DESCONOCE	2	5%
TOTAL	36	100%

Fuente: Encuesta aplicada a 36 jueces / fiscales de Lima en el 2022.

Figura 3

Representación del Uso del control difuso y del control concentrado en favor de las uniones de hechos en el Perú



Nota: En la figura 3 se representa porcentualmente del Uso del control difuso y del control concentrado en favor de las uniones de hechos en una gráfica de sectores descritos en la tabla 4.

En la tabla 4 y figura 3 se describen y representan en frecuencia y porcentajes la respuestas ante la pregunta ¿Considera que el uso del control difuso, por el Poder Judicial y el control concentrado por el Tribunal Constitucional, permitirían corregir las incompatibilidades entre la Constitución del Perú de 1993 y el CC de 1984?, reportándose que un 42% según su criterio, no considera que la aplicación del control difuso y del control concentrado, se encuentre

a favor de las uniones de hechos en el Perú, mientras que un 53% considera que sí guarda relación referente al caso; y un 5% desconoce.

Tabla 5

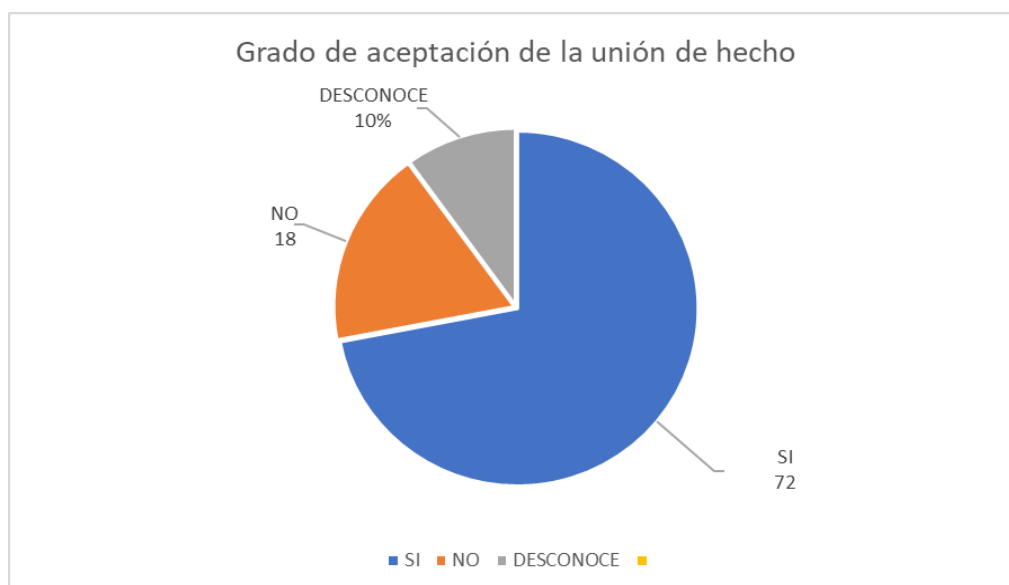
Grado de aceptación de la unión de hechos en el Perú

ALTERNATIVAS	JUECES/FISCALES	%
SI	29	72%
NO	7	18%
DESCONOCE	0	10%
TOTAL	36	100%

Fuente: Encuesta aplicada a 36 jueces / fiscales de Lima en el 2022.

Figura 4

Representación del Grado de aceptación de la unión de hechos en el Perú



Nota: En la figura 4 se representa porcentualmente del Grado de aceptación de la unión de hechos en el Perú en una gráfica de sectores descritos en la tabla 5.

Un 72% opina que es medible el grado de aceptación de la unión de hechos en el Perú, mientras que un 18% opina lo contrario y un 10% desconoce.

➤ **Hipótesis Específica 2**

El principio de jerarquía piramidal, consagrado en el artículo 51° de la Constitución de 1993, protegería determinados derechos, que dimanarían de las relaciones jurídicas concubinarias como el derecho a pensión de viudez.

Tabla 6

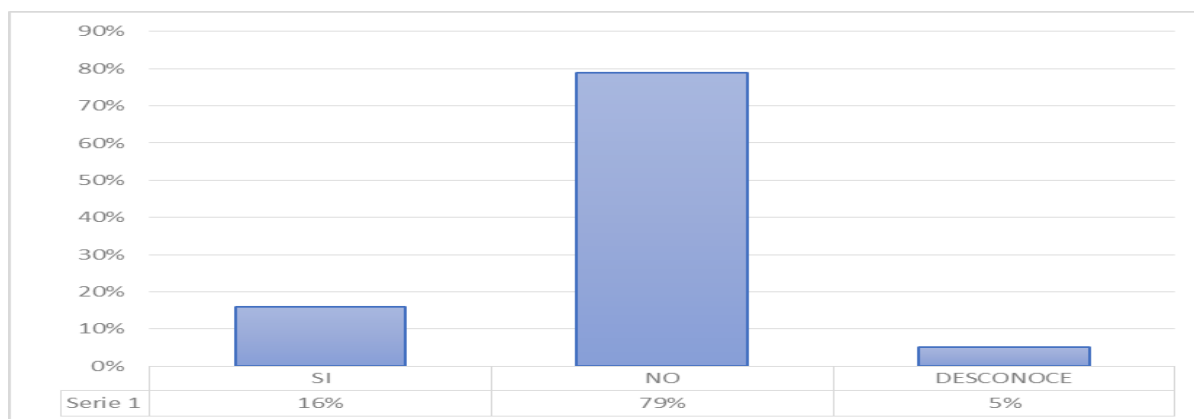
Distribución del nivel de facilitación del proceso con relación al principio de jerarquía piramidal de la ley frente a las uniones de hechos en el Perú

ALTERNATIVAS	JUECES/FISCALES	%
SI	6	16%
NO	30	79%
DESCONOCE	0	5%
TOTAL	36	100%

Fuente: Encuesta aplicada a 36 jueces / fiscales de Lima en el 2022.

Figura 5

Representación del nivel de facilitación del proceso con relación al principio de jerarquía piramidal de la ley frente a las uniones de hechos en el Perú.



Nota: En la figura 5 se representa porcentualmente del nivel de facilitación del proceso con relación al principio de jerarquía piramidal de la ley frente a las uniones de hechos en el Perú en una gráfica de barras descritos en la tabla 6.

En la tabla 6 y la figura 5 se describen en frecuencia y porcentajes las respuestas ante la pregunta ¿Considera que el principio de jerarquía piramidal, consagrado en el artículo 51° de la Constitución de 1993, protegería determinados derechos, que dimanen de las relaciones jurídicas concubinarias como el derecho a pensión de viudez?, reportándose que un 79% no cree que el nivel de facilitación del proceso resulta ser relacionado con la ley frente a la unión de hechos, 5mientras que un 16% si cree en ello y un 5% desconoce.

➤ **Hipótesis Específica 2**

Considera que existe daño moral que se ocasiona a las personas que viven en unión de hecho al no considerarles sus derechos convivenciales.

Tabla 7

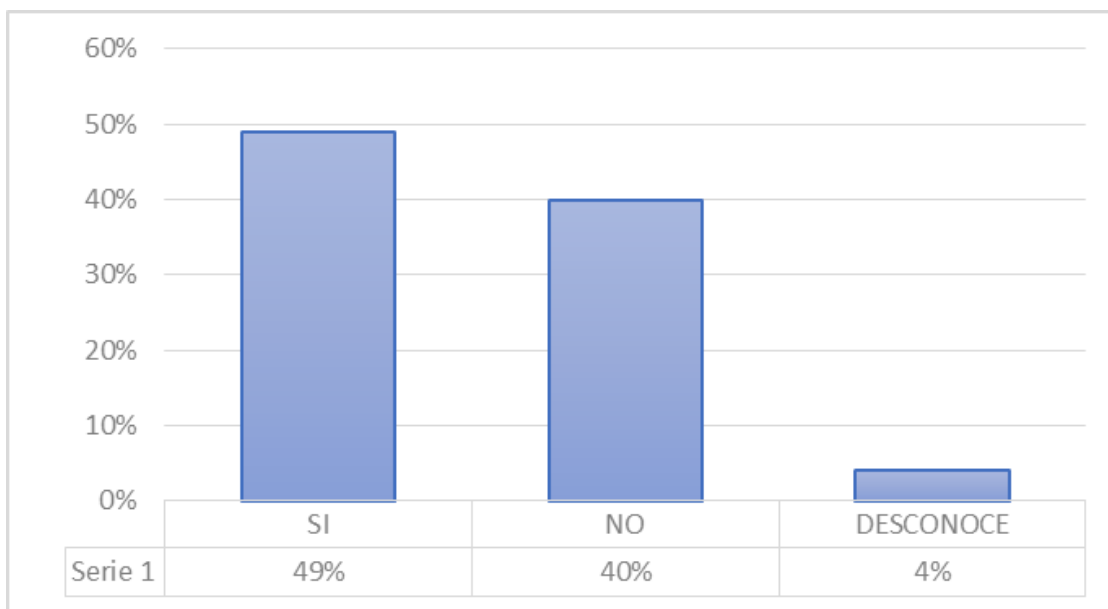
Análisis sobre si la afectación al daño moral ocasionado a las personas a favor de la unión de hechos en el Perú.

ALTERNATIVAS	JUECES/FISCALES	%
SI	17	49%
NO	14	40%
DESCONOCE	5	11%
TOTAL	36	100%

Fuente: Encuesta aplicada a 36 jueces / fiscales de Lima en el 2022.

Figura 6

Representación del Análisis del daño moral.



Nota: En la figura 6 se representa porcentualmente la representación del Análisis del daño moral concentrado en una gráfica de barras descritos en la tabla 7.

En la tabla 7 y la figura 6 se describen y representan el Análisis sobre si la afectación al daño moral ocasionado a las personas a favor de la unión de hechos en el Perú, reportándose que Un 49% estima que la afectación al daño moral ocasionado a las personas a favor de la unión de hechos en el Perú.; seguido solo de un 40% que no lo consideran y un 4% desconoce.

V. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Luego de haber obtenido los resultados, es necesario efectuar una contrastación con el problema general planteado al inicio de la investigación:

¿La intervención del Tribunal Constitucional, a través del control constitucional concentrado, protege los derechos fundamentales consagrados en la Constitución del Perú de 1993?

Se ha logrado confirmar la hipótesis general. La intervención del Tribunal Constitucional, a través del control constitucional concentrado, protege los derechos fundamentales consagrados en la Constitución del Perú de 1993. Luego de haber obtenido los resultados se han logrado confirmar las hipótesis específicas.

El control de constitucionalidad constituye la principal herramienta del control del poder estatal, (Highton, 2010, p. 107) un presupuesto básico del equilibrio de poderes y una garantía de la supremacía constitucional. De ahí la importancia de determinar los límites con que debe ser ejercido, dado que un exceso o defecto alteraría aquellas características.

La simplificación como opuestos de los sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad no es del todo correcta, (Highton, 2010, p. 107) porque más allá de las diferencias teóricas o conceptuales, en la realidad y al resolver cuestiones y controversias, existe una aproximación de la práctica y la jurisprudencia constitucional, y una aproximación en los efectos de las sentencias; lo que conlleva a establecer que entre jueces constitucionales y tribunales constitucionales no hay diferencias insalvables

Se confirmó la primera hipótesis específica. El magistrado del Tribunal Constitucional del Perú, al haber concedido pensión de viudez a la concubina supérstite, protegió la unión de hecho antes que hubiera una norma expresa que lo hiciera.

El Decreto Ley 19990, [de abril de 1973, bajo los alcances de la Constitución de 1933 y el Código Civil de 1936, ambas normas derogadas hace mucho tiempo], regula el Sistema Nacional de Pensiones (SNP), disponiendo los requisitos para que el titular acceda a una pensión de jubilación, de invalidez, así como los requisitos que deben cumplir los sobrevivientes a fin de acceder a una pensión de viudez, orfandad o ascendentes.

Debido a que el tema se plantea respecto a la pensión de viudez y su relación con la convivencia, se analizó el artículo 53 del aludido Decreto Ley, que regula lo referente a la pensión de viudez, estableciéndose lo siguiente; Tiene derecho a la pensión de viudez la cónyuge del asegurado o pensionista y el cónyuge inválido o mayor de sesenta años de la asegurada o pensionista fallecida que haya estado a cargo de ésta, siempre que el matrimonio se hubiera celebrado por lo menos un año antes del fallecimiento del causante, es evidente que la norma se redactó bajo los alcances del derogado Código Civil de 1936, según el cual los efectos jurídicos del matrimonio se producían al año de celebrarse dicho acto jurídico, hecho que hoy no existe] y antes que éste cumpla sesenta años de edad si fuese hombre o cincuenta años si fuese mujer o más de dos años antes del fallecimiento del causante en caso de haberse celebrado el matrimonio a edad mayor de las indicadas.

Como es de apreciarse, no se contempla, en lo absoluto, referencia alguna a la pareja conviviente. La explicación se encuentra en la inexistencia de la unión de hecho en la legislación nacional de aquella época. [En efecto, es evidente que la norma se redactó bajo los alcances de la derogada Constitución de 1933, del derogado Código Civil de 1936, según dichos documentos no se legislaba sobre la UNION DE HECHO] Como ya se expresó, esta institución fue reconocida a nivel constitucional recién con la Carta Fundamental de 1979 desarrollándose legalmente en el artículo 326° del código civil de 1984.

Así, de una simple lectura del ordenamiento jurídico, podría concluirse que, puesto que no se contempla normativamente que las parejas de hecho sobrevivientes accedan a una pensión de viudez, la demanda tendría que ser desestimada; sin embargo, como ya se apreció, en el caso de la Seguridad Social, fue el legislador ordinario quien configuró legalmente los supuestos por los cuales se accedería al derecho.

No obstante, el defecto de tal argumentación estriba en interpretar la pretensión de la actora exclusivamente desde de la ley [Esto quiere decir que no es correcto un análisis sólo desde el control de legalidad, es decir, resolver el conflicto de interés desde una perspectiva de un legalismo positivista], cuando, por el contrario, en el Estado Constitucional es a partir de la Constitución y sus valores desde donde se interpretan las demás normas del ordenamiento jurídico. Si lo hace el Tribunal Constitucional estamos frente al control concentrado, si lo hace el Poder Judicial, entonces estamos frente al control difuso.

A propósito de ello, debe indicarse, que el tránsito del Estado Legal al de Estado Constitucional, supuso dejar de lado la tesis según la cual el texto fundamental era una norma [infra-constitucional] carente de contenido jurídico vinculante, compuesta tan solo por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos: Es decir, significó superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria [La ley por encima de todos y el juez solo boca de esa ley, que en muchos casos esa ley era no solo injusta, sino inconstitucional], que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso -de la mano del principio político de soberanía popular- al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, un vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías.

Todo poder devino entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico normativo.

Se confirmó la segunda hipótesis específica. El principio de jerarquía piramidal, consagrado en el artículo 51° de la Constitución de 1993, protege determinados derechos fundamentales, que dimanar de las relaciones jurídicas concubinarias.

La pirámide de Kelsen: “(...) es un método jurídico estricto, mediante el cual se quiere eliminar toda influencia psicológica, sociológica y teológica en la construcción jurídica, y acotar la misión de la ciencia del derecho al estudio exclusivo de las formas normativas posibles y a las conexiones esenciales entre las mismas”. (López, 2018).

“La pirámide permite categorizar las diferentes clases de normas jurídicas, ubicándolas de una forma fácil y así distinguirlas sobre las demás, ejemplo: la constitución, la ley, el decreto ley, la ordenanza administrativa, etc.

La pirámide representa gráficamente la idea de un sistema jurídico escalonado. De acuerdo con Kelsen, el sistema no es otra cosa que la forma en que se relacionan un conjunto de normas jurídicas y la principal forma de relacionarse éstas, dentro de un sistema, es sobre la base del principio de jerarquía. O sea, las normas que componen un sistema jurídico se relacionan unas con otras de acuerdo con el principio de jerarquía.

Imaginemos una pirámide escalonada: pues en la cúspide de la pirámide se situaría la Constitución de un Estado, en el escalón [se situaría] inmediatamente inferior las leyes, [o las normas con fuerza de ley] en el siguiente escalón inferior los reglamentos y así sucesivamente hasta llegar a la base de la pirámide, compuesta por las sentencias” [emanadas del Poder Judicial] (normas jurídicas individuales). (López, 2018).

La jerarquía piramidal en la Constitución del Perú de 1993, en el “Artículo 51°. La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.” Asimismo, el artículo 138°, segunda parte indica: “(...) En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.” (López, 2018).

López señala “Cuanto más nos acercamos a la base de la pirámide, el escalón es más ancho, es decir, hay un mayor número de normas jurídicas. Así, el escalón superior es muy pequeño, pues Constitución sólo hay una, el escalón por debajo es más ancho porque hay más leyes que constituciones, el siguiente más ancho que el anterior porque hay más reglamentos que leyes y así sucesivamente. (...) La pirámide sirve para reflejar la idea de validez, cada escalón es una especie de eslabón de la cadena de validez dentro del sistema, pero quien otorga validez al sistema en sí es la norma fundamental”. (López, 2018).

El control de legalidad, El principio de legalidad como cualquier otro contenido jurídico, ha tenido una evolución”. “Nace prácticamente con la Revolución francesa de finales del siglo XVIII (1789), en la que se planteó la idea de que la administración pública no podría actuar por autoridad propia, sino que ejecutando el contenido de la ley”. (Landa. 2013, p. 13)

Esta limitación quedó rebasada con el transcurso del tiempo, a la fecha la ley fue sustituida por el Derecho, que será el que condicione y determine de manera positiva la acción gubernamental, la cual no es válida si no corresponde en su contenido, forma y ejecución a lo dispuesto por una norma jurídica. Así es como el principio de legalidad opera y trabaja sobre el ejercicio del poder estatal, a manera de una cobertura legal previa. Si el poder estatal es acorde a

la norma jurídica, se dice que su actuación es legítima, ello en base a los postulados centrales de la doctrina de la vinculación positiva”. (Landa, 2013, p. 13)

Concepto. Al respecto, se sostiene: (...) Principio que rige todas las actuaciones de las administraciones del Estado sometiéndolas a la ley. Tiene una vinculación positiva, en el sentido de que la Administración puede hacer sólo lo que esté permitido por ley, y una vinculación negativa, en el sentido de que aquélla puede hacer todo lo que no esté prohibido por ley. El principio de legalidad constituye como pieza fundamental del Derecho administrativo sancionador reservando a la ley la tipificación de las infracciones y sanciones que correspondan”.

El control de constitucionalidad. Landa (2013), refiere que: “(...) constitucionalización de las distintas áreas del Derecho es un fenómeno cada vez más arraigado en nuestra cultura y contexto jurídicos. Tal vez la forma más evidente en que se haya manifestado sea el creciente protagonismo del Tribunal Constitucional (TC), supremo intérprete de la Constitución, en la significación y re-significación de conceptos, derechos y principios jurídicos que, a través de sus sentencias, han afectado desde el derecho tributario hasta los derechos humanos. Sea que esto se valore positiva o negativamente, su relevancia para comprender el derecho y sus efectos en la actualidad es innegable”. (p. 13)

VI. CONCLUSIONES

- La intervención del Tribunal Constitucional, a través del control constitucional concentrado, protege los derechos fundamentales consagrados en la Constitución del Perú de 1993. Como hemos podido analizar en la investigación.
- El magistrado del Tribunal Constitucional del Perú, al haber concedido pensión de viudez a la concubina supérstite, protegió la unión de hecho antes que hubiera una norma expresa que lo hiciera.
- El principio de jerarquía piramidal, consagrado en el artículo 51° de la Constitución de 1993, protege determinados derechos fundamentales, que dimanen de las relaciones jurídicas concubinarias.

VII. RECOMENDACIONES

- Realizar modificaciones al CC. Consistente al reconocimiento implícito de las uniones de hecho.
- La incorporación de un capítulo específico que regule ampliamente las uniones de hecho.
- A la Academia de la Magistratura incidir en las asignaturas de derecho constitucional, y derecho procesal constitucional sobre todo en el aspecto casuístico, incidiendo en las sentencias del Tribunal Constitucional del Perú, así como en los pronunciamientos de los Tribunales extranjeros.
- La modificatoria de la ley 19990, a fin de que manera expresa señale los derechos pensionarios de los cónyuges supérstite provenientes de uniones de hecho.

VIII. REFERENCIAS

- Aguiló J., Atienza, M. y Ruiz J. (2007). *Fragmentos para una teoría de la constitución*. Iustel,
- Amenábar, C. y Harcha, C. (2011). *Diagnóstico del reconocimiento jurídico de las uniones de hecho en Chile, en contraposición a la institución matrimonial*. (Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Departamento de Derecho Privado. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Santiago, Chile
- Aucahuaqui, R. (2018). *El reconocimiento de la unión de hecho impropia como modelo de familia y la necesidad de optimizar el principio derecho constitucional a la igualdad para un tratamiento similar con el régimen patrimonial de la unión de hecho propia*. (Tesis presentada para optar el Grado de Maestro en Derecho, con mención en Derecho Constitucional y Tutela Jurisdiccional). Escuela de Posgrado. Unidad de Posgrado. Facultad De Derecho. Universidad Nacional San Agustín de Arequipa.
- Baca-Soto, L. (2006). *Exp. n° 09708-2006-pa/tc Lima*. Sentencia del tribunal constitucional del Perú. archivo poder judicial. Lima, Perú.
- Bustamante E. (2017). *Inscripción registral de la unión de hecho como presupuesto del derecho sucesorio del conviviente sobreviviente. Análisis a la luz de la interpretación de Unión de Hecho por el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial peruano*. (Tesis para optar el grado de Magíster en Investigación Jurídica). Escuela de Posgrado. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Bustos M. (2007). *Análisis crítico de los efectos jurídicos de las uniones de hecho en Chile. Una propuesta de regulación orgánica patrimonial*. (Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Departamento de Derecho Privado. Facultad de Derecho. Universidad de Chile.

Constitución política del Perú (1920). Promulgada el 18 enero 1920. Congreso ordinario 1920.

Archivo del congreso de la república. Lima. Perú.

Constitución Política del Perú (1933). Congreso Constituyente de 1931. Promulgada el 9 de abril

de 1933. Lima: Imprenta Torres Aguirre. Archivo del Congreso de la República. Lima.

Perú.

Constitución política del Perú (1979). Promulgada por una asamblea constituyente. Archivo del

Congreso de la república. Lima. Perú.

Constitución política del Perú (1993). *VI títulos, XIV Capítulos y 205 artículos*. Promulgada el

29 de diciembre de 1993. Congreso constituyente democrático. Edición del Congreso de

la República. Archivo del congreso de la república. Lima. Perú.

De La Cruz-Flores I. (2008). *Exp. n° 04493-2008-pa/tc*. Lima. Sentencia del tribunal

constitucional del Perú. archivo poder judicial. Lima, Perú.

De la Rúa, R. (2015). *El fenómeno actual de las parejas de hecho y sus diversas repercusiones*

sociales y jurídicas. (Trabajo fin de grado. Grado en derecho). Departamento: Derecho

Privado. Universidad de Salamanca.

De Otto, I. (1999). Derecho constitucional. Sistema de fuentes. Ariel.

Furnish, D. (1972). La jerarquía del ordenamiento jurídico peruano. En: *Derecho, N° 30*. Lima:

Pontificia Universidad Católica del Perú.

García-Belaunde, D. (1990). *Sobre la Jurisdicción Constitucional*, publicación colectiva, PUCP.

García Devesa, J. (2013). *Uniones de hecho*. (Trabajo fin de grado Titulación). Facultad de

Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad La Rioja

García-Toma, V. (2010). *Teoría del estado y derecho constitucional*. (3ra., ed.). ADRUS SRL

García-Villegas, M. (2012). Constitucionalismo aspiracional: derecho, democracia y cambio

- social en América Latina. *Análisis político*, 75, pp. 89 - 110
- Hesse, K. (1992). *Escritos de derecho constitucional*. (2da ed.). Selección, traducción e introducción por Cruz Villalón Pedro. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Highton, E. (2010). *Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad*. Acervo de la biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM. México. URI. <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/31212>
- Landa, C. (2013). La constitucionalización del derecho peruano. *Derecho PUCP*, 71, pp. 13 – 36.
- Linares, Y. (2015). *Reconocimiento judicial de las uniones de hecho strictu sensu con elemento temporal menor de dos años de vida común*. (Tesis para optar el grado de maestro con mención en derecho civil y empresarial). Sección de Postgrado de Derecho. Escuela de Postgrado. Universidad Privada Antenor Orrego.
- Ortecho V. (1997). *Jurisdicción y Procesos Constitucionales*, Ed. Rodas, Lima.
- Peralta Andía, J. (2008). *Derecho de Familia en el Código Civil*, Idemsa, 4ª ed., Lima, p. 131
- Plácido Vilcachagua A. (2003). A. *El principio de reconocimiento integral de las uniones de hecho*, en: <Http://Blog.Pucp.Edu.Pe/Item/21555/El-Principio-De-Reconocimiento-Integral-de-La-Unión-De-Hecho-Primero>
- Rojas K. y Suárez A. (2016). *Aplicación extensiva del concubinato a los impedimentos especiales contenidos en el artículo 243 del código civil* (Tesis para optar el título profesional de abogada). Universidad Señor de Sipán.
- Rosas-Domínguez J. (2006). *Exp. n° 06572-2006-pa/tc. Piura*. Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Archivo Poder judicial. Piura, Perú.
- Rubio, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Lima, (1ª ed.)

Tribunal Constitucional (TC) del Perú, (2006), *Jurisprudencia y doctrina constitucional y laboral*. Lima: Palestra, pp. 118y ss.

Varsi, E. (2014) *Consideraciones generales sobre la unión de hecho. El Nuevo Rostro del Derecho de Familia*. (1ª ed.). Motivensa.

Yarleque, Y. (2019). *El registro de las uniones de hecho y la protección jurídica de los derechos patrimoniales* (Tesis para optar el título de Abogado). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho.

IX. ANEXOS

Anexo A

Cuestionario

CUESTIONADO SOBRE LA APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO Y DEL CONTROL CONCENTRADO, EN FAVOR DE LAS UNIONES DE HECHO EN EL PERÚ.

INSTRUCCIONES: Estimado colega, a continuación, tienes preguntas sobre LA APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO Y DEL CONTROL CONCENTRADO, EN FAVOR DE LAS UNIONES DE HECHO EN EL PERÚ, para lo cual debes marcar con el número de la tabla la opción que consideras correcta.

DESCONOCE	NO	SI
0	1	2

N°	ITEMS	ESCALA		
		0	1	2
	Incidencia de la aplicación del control difuso y del control concentrado, en favor de las uniones de hechos en el Perú.			
1	¿Considera que la interpretación constitucional del control concentrado que emplea el TC protege derechos no legislados respecto a las relaciones concubinarias?			
2	¿Existe un nivel de aceptación de la norma en favor de las uniones de hecho?			
3	¿Considera que el uso del control difuso, por el Poder Judicial y el control concentrado por el Tribunal Constitucional, permitirían corregir las incompatibilidades entre la Constitución del Perú de 1993 y el CC de 1984?			
	EL PRINCIPIO DE JERARQUÍA PIRAMIDAL, CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 51° DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993, PROTEGERÍA DETERMINADOS DERECHOS, QUE DIMANAN DE LAS RELACIONES JURÍDICAS CONCUBINARIAS COMO EL DERECHO A PENSIÓN DE VIUDEZ.			

4	¿Considera que el principio de jerarquía piramidal, consagrado en el artículo 51° de la Constitución de 1993, protegería determinados derechos, que dimanen de las relaciones jurídicas concubinarias como el derecho a pensión de viudez?			
5	¿Considera que existe daño moral que se ocasiona a las personas que viven en unión de hecho al no considerarles sus derechos convivenciales?			