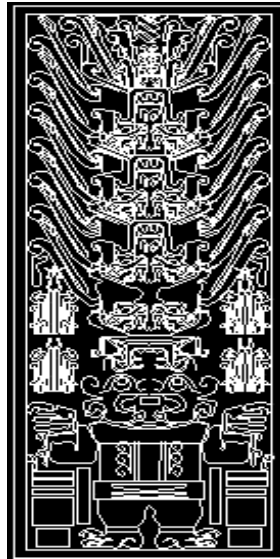


**UNIVERSIDAD NACIONAL FEDERICO VILLARREAL  
ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO**



**TESIS:**

**LIMITACIONES DEL DERECHO DE ADOPCIÓN DE NIÑOS  
Y ADOLESCENTES EN ESTADO DE ABANDONO A FAVOR  
DE LAS PAREJAS CONCUBINARIAS, DISTRITOS DE LIMA  
NORTE, PERIODO 2011-2016(JUNIO)**

**PRESENTADO POR:**

**FANNY ISABEL CABIESES ESPINOZA**

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:  
MAESTRA EN DERECHO DEL NIÑO Y POLÍTICAS PÚBLICAS  
PARA LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA.**

**LIMA-PERÚ  
2018**



**TÍTULO:**

**LIMITACIONES DEL DERECHO DE ADOPCIÓN DE NIÑOS Y ADOLESCENTES  
EN ESTADO DE ABANDONO A FAVOR DE LAS PAREJAS CONCUBINARIAS,  
DISTRITOS DE LIMA NORTE, PERIODO 2011-2016**

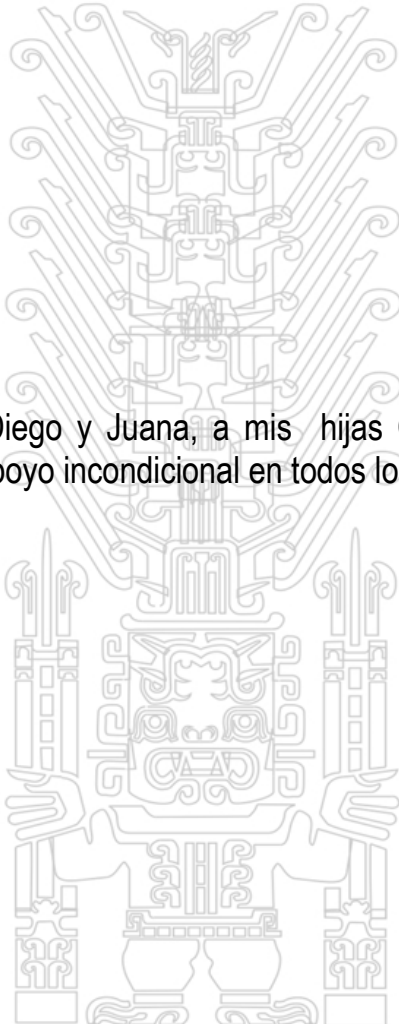
**AUTOR:**

**ABOGADA FANNY ISABEL CABIESES ESPINOZA**

**LUGAR DONDE SE HA DESARROLLADO LA TESIS:**

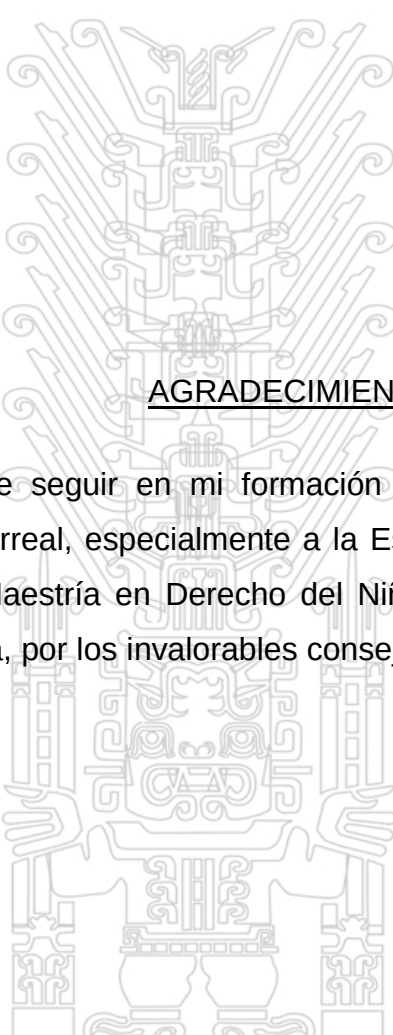
**EN LOS DISTRITOS DE LIMA NORTE.**





## DEDICATORIA

A mis padres Diego y Juana, a mis hijas Giuliana y Nicole por su infinita comprensión y apoyo incondicional en todos los momentos de mi vida. Gracias



### AGRADECIMIENTOS:

A Dios, por permitirme seguir en mi formación profesional y a la Universidad Nacional Federico Villarreal, especialmente a la Escuela de Post Grado y a todos los profesores de la Maestría en Derecho del Niño y Políticas Públicas para la Infancia y Adolescencia, por los invaluables consejos y experiencias impartidas en clases.

Muchas gracias

## RESUMEN

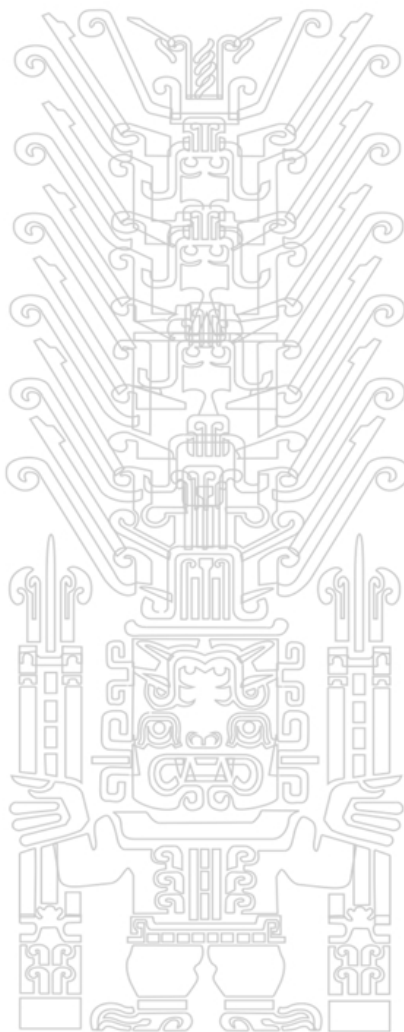
La presente investigación jurídica aborda el tema: LIMITACIONES EN EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE ADOPCIÓN DE NIÑOS Y ADOLESCENTES EN ESTADO DE ABANDONO A FAVOR DE LAS PAREJAS CONCUBINARIAS EN EL MARCO DE LA LEY N° 30311 EN LOS DISTRITOS DE LIMA NORTE DURANTE EL PERIODO DE 2011-2016(JUNIO), el cual se desarrolla a partir de la nueva normatividad que se ha dado sobre este asunto, el cual amplía los derechos de los concubinos a solicitar y peticionar la adopción. En tal sentido el problema que se formula es el siguiente: ¿Cuáles son las Limitaciones que se presentan en el Reconocimiento del Derecho de Adopción de Niños en Estado de Abandono a favor de las Parejas Concubinarias en el marco de la Ley N° 30311 en los Distritos de Lima Norte durante el período 2011-2016?

El objetivo general formulado fue el siguiente: “Determinar las Limitaciones que se presentan en el Reconocimiento del Derecho de Adopción de Niños en Estado de Abandono a favor de las Parejas Concubinarias en el marco de la Ley N° 30311 en los Distritos de Lima Norte durante el período 2011-2016”. La Hipótesis planteada fue la siguiente: “Si se superan las limitaciones que se presentan en el Reconocimiento del Derecho de Adopción de Niños en Estado de Abandono entonces se podrá favorecer la solicitud de las Parejas Concubinarias en el marco de la Ley N° 30311”.

Los resultados de la presente investigación han identificado la necesidad de superar las DILACIONES JUDICIALES así como LIMITACIONES ADMINISTRATIVAS, tanto en las investigaciones previas, así como en la declaración del Estado de Abandono, lo cual constituye un escollo que no se podrá superar a partir de la Ley N° 30311. En tal sentido, se propone que dichas exigencias se tramiten en una sola vía, la Administrativa, a efectos de favorecer la

adopción y sobre todo la situación de muchos niños que hoy en día prolongan su estadía en los albergues sin que puedan ser adoptados.

**PALABRAS CLAVES:** ADOPCIÓN, DECLARACIÓN DE ESTADO DE ABANDONO, PAREJAS CONCUBINARIAS.



## ABSTRACT

This legal research addresses the issue : LIMITATIONS ON THE RECOGNITION OF THE RIGHT OF ADOPTION OF CHILDREN IN STATE OF NEGLECT IN FAVOR OF CONCUBINARIAS COUPLES UNDER THE LAW No. 30311 DISTRICTS OF NORTH LIMA DURING THE PERIOD 2011-2016 (june) which we develop from the new regulations that has been given on this matter , which expands the rights of unmarried partners to request and petition for adoption. In this sense the problem that I wonder is: Which are the limitations presented in recognition of the right of adoption of children in state of abandonment in favor of Concubinarias Couples under No. 30311 Law Districts North Lima during the period 2011-2016?

The overall objective set was as follows: " To determine the limitations presented in recognition of the right of adoption of children in state of abandonment in favor of Concubinarias Couples under No. 30311 Law in the districts of North Lima during the period 2011-2016 " . The hypothesis was: " If the limitations presented in recognition of the right of adoption of children in state of abandonment then may favor the application of the Concubinarias Couples under Law No. 30311 are overcome ."

The results of this research have identified the need to overcome the legal delays and administrative constraints , in previous research , as well as the declaration of a state of neglect, which is an obstacle that can not be overcome from the law No. 30311. in this regard , it is proposed that these requirements are dealt with in one way , the Administration , in order to encourage the adoption and especially the situation of many children who today prolong their stay in hostels but may not be adopted.

**KEYWORDS:**ADOPTION , DECLARATION OF ABANDONMENT STATE , COUPLES CONCUBINARIAS .

## INTRODUCCIÓN

La Investigación Jurídica ha logrado hoy en día, un gran avance para solucionar los vacíos y deficiencias de la ley. La prueba más concreta está en que se vienen difundiendo con mayor frecuencia los problemas de investigación jurídica, planteándose objetivos e hipótesis que contribuyen a darle una mayor precisión al derecho, en el ejercicio de su función social.

Para la realización de este trabajo se ha recurrido a la identificación de un problema sociojurídico, el mismo que se da en la realidad social y que ahora es necesario plantear una solución desde el punto de vista doctrinario y legal, a efectos de evitar que se puedan presentar situaciones de lagunas o vacíos en la ley.

En nuestro país, el tema del concubinato es discriminado en gran manera, con respecto a la familia formal. Ello implica la restricción de derecho, así como de prerrogativas, lo que se traduce finalmente, en una situación de constante marginación respecto de las facultades que les asiste a las familias reconocidas legalmente.

La adopción es un mecanismo jurídico, que contribuye a proporcionar a niños en estado de abandono un hogar, en el cual, pueda desarrollarse integralmente. De acuerdo a nuestra legislación y por los factores de discriminación señalados, los concubinos no podían adoptar, situación que resultaba atentatoria contra el derecho a la igualdad, más aún, si tenemos en cuenta, que la Constitución les reconoce los mismos derechos y facultades cuando la situación de concubinato tenga más de dos años, siempre y cuando, ninguno de los concubinos esté *in curso* en uno de los hechos impositivos de ley.

## ÍNDICE

|                                                      |      |
|------------------------------------------------------|------|
| PORTADA                                              | I    |
| TITULO                                               | II   |
| DEDICATORIA                                          | III  |
| AGRADECIMIENTO                                       | IV   |
| RESUMEN                                              | V    |
| ABSTRACT                                             | VII  |
| INTRODUCCIÓN                                         | VIII |
| INDICE                                               | IX   |
| <b>CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA</b>        |      |
| 1.1. ANTECEDENTES                                    | 1    |
| 1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA                      | 2    |
| 1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN                   | 7    |
| 1.4. JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACION | 8    |
| 1.5. ALCANCES Y LIMITACIONES                         | 10   |
| 1.6. DEFINICION DE VARIABLES                         | 10   |
| <b>CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO</b>                    |      |
| 2.1. TEORÍAS GENERALES RELACIONADAS CON EL TEMA      | 12   |
| 2.2. MARCO HISTÓRICO                                 | 21   |
| 2.3. BASES TEÓRICAS ESPECIALIZADAS EN EL TEMA        | 24   |
| 2.4. MARCO CONCEPTUAL                                | 93   |
| 2.5. MARCO LEGAL                                     | 93   |
| 2.6. HIPÓTESIS                                       | 103  |
| 2.6.1. HIPOTESIS GENERAL Y ESPECIFICAS               | 103  |
| 2.6.2. VARIABLES E INDICADORES                       | 103  |
| <b>CAPÍTULO III: MÉTODO</b>                          |      |
| 3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN                           | 105  |
| 3.2. DISEÑO Y METODO DE LA INVESTIGACIÓN             | 105  |



|                                                                                       |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.3. ESTRATEGIA DE LA PRUEBA DE HIPOTESIS                                             | 106 |
| 3.4. VARIABLES                                                                        | 106 |
| 3.5. POBLACIÓN                                                                        | 107 |
| 3.6 MUESTRA                                                                           | 107 |
| 3.7 TÉCNICAS DE LA INVESTIGACIÓN                                                      | 109 |
| <b>CAPÍTULO IV: PRESENTACION DE RESULTADOS</b>                                        |     |
| 4.1. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS                                                       | 113 |
| 4.2. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN                                                        | 116 |
| <b>CAPÍTULO V: DISCUSIÓN</b>                                                          |     |
| 5.1. DISCUSIÓN                                                                        | 122 |
| 5.2. CONCLUSIONES                                                                     | 124 |
| 5.3. RECOMENDACIONES                                                                  | 125 |
| 5.4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS                                                       | 131 |
| <b>ANEXOS</b>                                                                         |     |
| Anexo N° 01. Ficha de encuesta                                                        | 136 |
| Anexo N° 02. Entrevista                                                               | 137 |
| Anexo N° 03. Cuadro de ventajas desventajas                                           | 138 |
| Anexo N° 04. Matriz de consistencia                                                   | 139 |
| Anexo N° 05. Ficha Técnica                                                            | 140 |
| Anexo N° 06. Estadística. Fuente y elaboración: Dirección General de Adopciones- MIMP | 141 |
| Anexo N° 07. Validez de Instrumento                                                   | 142 |



# CAPÍTULO I

## PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

### 1.1. ANTECEDENTES

#### 1.1.1. A NIVEL INTERNACIONAL

##### **ARGENTINA:**

*Giacobone Guido, Nicolás en su Tesis: “Adopción Conjunta por Concubinos y Reparación del Daño Moral por muerte del Concubino. ¿Limitaciones Inconstitucionales?. Buenos Aires, 2009. Formula el siguiente problema:*

*¿Cómo evitar que los arts. 312, primer párrafo, 337 inc. (d) y 1078 segundo párrafo del Código Civil vulneren derechos constitucionales?.*

El Objetivo General formulado fue:

Demostrar que la normativa que trataremos avasalla garantías constitucionales.

La **Hipótesis General** es:

Es necesario realizar una reforma de dicha normativa de rango inferior de nuestra legislación interna con el objeto de que guarde una debida armonía con los principios consagrados en la Constitución Nacional y en los Tratados de Derechos Humanos constitucionalizados.

En la Tesis se demuestra que la Ley de adopción al prohibir la adopción conjunta de un niño por parte de una pareja de concubinos, es inconstitucional ya que vulnera la protección de la familia, el derecho a la igualdad y el interés superior del niño. Asimismo, se prueba que debe de admitirse la adopción conjunta por parte de concubinos que mantengan una convivencia y una comunidad de vida estable, sin que medien entre ellos impedimentos matrimoniales. Los arts. 312 y 337 inc.

d) del Código Civil, si bien guardan silencio en cuanto a la posibilidad de

los concubinos de adoptar conjuntamente, indirectamente les niegan la posibilidad; ya que en la primera parte del Art. 312 del mencionado Código Civil argentino se establece que “nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente, salvo que los adoptantes sean cónyuges(...)”. A su vez el Art. 337 del Código Civil argentino señala que “serán nulas las adopciones que violen dicho precepto”.

### **1.1.2. A NIVEL NACIONAL**

**Juan Acevedo Morales** en su Tesis: “Políticas de Adopción y Legislación del Niño y del Adolescente”, para optar el Título de Abogado, 2007, establece entre sus principales conclusiones que: *“La adopción de los menores de edad siempre se caracteriza por estar rodeada de una legislación que busca favorecer la protección del niño y del adolescente”*.

Luego, no se han podido encontrar otros antecedentes más de carácter similar, ya que dado que no existe una amplia fundamentación doctrinaria y jurídica para tratarse de formalizar la aplicación del derecho de adopción en las parejas concubinarias; se ha obviado tratar este problema jurídico a nivel académico superior de las maestrías y doctorados de las Ciencias de Derecho, de las principales universidades nacionales, de similar manera como se ha hecho referencia a nivel del debate legislativo, donde las Comisiones encargadas de modificar el Código Civil, pese a presentarse propuestas para aprobarse la ejecución de la adopción en uniones de hecho no se ha venido tratando debidamente dicho problema quedando relegado como otros derechos que deberían adjudicarse a las parejas concubinarias.

## **1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

### **1.2.1. DESCRIPCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA**

La familia es la célula básica de la sociedad, el principal entorno donde las personas van formándose de la manera más conveniente, no existiendo otra forma o grupo humano que pueda reemplazarla, aunque en la actualidad, existen diversas tendencias que desacrediten el rol que desempeña esta institución en el desarrollo de las personas.

El concubinato es otra de las realidades frecuentes en nuestro país; parejas que no han formalizado legalmente su unión, por circunstancias diversas, lo que de acuerdo a ley, les restringe la participación con respecto a una serie de derechos, que irónicamente sí les asiste a aquellas parejas ya separadas y que no teniendo ningún vínculo, siguen disfrutando de derechos que realmente deberían pasar a la situación de hecho que vive la pareja en su nuevo compromiso.

Los concubinatos hoy en día, a pesar de existir un mayor liberalismo y apertura, se presentan como alternativas que tienen menos derechos que los matrimonios formalmente establecidos. Esto responde a la permanencia de un criterio aún conservador en nuestro medio jurídico, político y social. A esto hay que agregar además la presencia de un Código Civil, donde a los concubinos se les discrimina de derechos patrimoniales y hereditarios, aunque se les establezca el plazo constitucional que señala que después de dos años, pueden adquirir los mismos derechos y prerrogativas que un matrimonio formal.

En materia de debate constitucional, se tiene como antecedente de consideración el artículo 9 de la Constitución Política del Perú de 1979<sup>1</sup>, cuyo precepto confirió un régimen patrimonial a las parejas unidas de hecho, el que regiría durante su convivencia, bajo los parámetros exigidos. Este mandato

---

1 Constitución del Perú de 1979 : Artículo 9- “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales en cuanto es aplicable”

constitucional, constituyó un avance significativo, ya que su finalidad fue dar fin a situaciones de abuso y desamparo que eran frecuentes en estas uniones y otorgar un respaldo patrimonial a los concubinos. Indudablemente, el otorgamiento de un régimen patrimonial a la unión de hecho, marcó un hito histórico. Por su parte, el Código Civil de 1984, al desarrollar esta norma constitucional, en su artículo 326, reconoce a los convivientes otros derechos, tales como: alimentos, indemnización, enriquecimiento indebido, en ciertas circunstancias. En los años siguientes, surgieron corrientes a favor del otorgamiento de otros derechos a las uniones de hecho, presentándose propuestas legislativas que permanecieron aún en las correspondientes Comisiones del Congreso de la República, relegadas y carentes de interés para los legisladores. El tema más evaluado, analizado y discutido, a nivel académico, es el derecho a heredar de los concubinos entre sí y el de la adopción de menores, el que ya ha sido reconocido en otras legislaciones, como las de México, Bolivia y Panamá. Pues bien, en nuestro país, por **LEY N° 30311**, de marzo del 2015 se reguló por primera vez ***la adopción de menores de edad declarados judicialmente en abandono por parte de las parejas que conforman una unión de hecho.***

La concesión a estos derechos en el Perú, a partir del 2015, responde a posiciones ideológicas que dejan de lado los prejuicios y visiones trasnochadas del derecho de familia. No obstante, las objeciones a la concesión de estos derechos carecen de sustento jurídico, más aún si el artículo 5 de la Constitución vigente de 1993 repite con exactitud lo normado en su predecesora. Esta disposición constitucional, aún no ha sido desarrollada doctrinaria, legal y jurisprudencialmente en su real magnitud, ya que si se trata en profundidad se constataría los aportes jurídicos que se derivarían de dicha norma constitucional en relación a las normas jurídicas de legislación civil y de Protección de Niños y Adolescentes, con respecto al ejercicio del derecho de adopción por parte de las parejas concubinarias. Se tiene en cuenta así que

hay diversos fundamentos doctrinarios – jurídicos que se oponen a que las parejas de hecho adopten menores de edad, y sobretodo que dichos fundamentos contravienen a la norma constitucional estipulada en el artículo 5 de la Constitución vigente, que regula que las uniones de hecho entre dos personas sin impedimento matrimonial pueden llegar a formar consecuentemente un tipo de sociedad de gananciales, incluso condicionado por el artículo 326° del Código Civil vigente que dicha sociedad de bienes se puede reconocer como tal si se cumplen dos años de permanencia de la relación de hecho; teniéndose en cuenta que si la pareja concubinaria asegura y acredita la debida conformación de la sociedad de gananciales entonces tiene todas las condiciones económicas y de recursos necesarios para adoptar un menor en estado de abandono, y proveerle sus derechos asistenciales al hogar, alimento y otros aspectos esenciales para su desarrollo. Pues bien, este problema ha quedado superado con la **LEY N° 30311**, de marzo del 2015 que como se dijo, regula por primera vez la adopción de menores de edad declarados judicialmente en abandono por parte de las parejas que conforman una unión de hecho.

En nuestro país, la cifra estadística de niños en abandono ha ido en crecimiento, a tal punto que, el Estado, a través del Código del Niño y del Adolescente (Ley N° 27337 - 02/08/2000), viene promoviendo la política de adopciones, una situación que resulta positiva, si es que tenemos en cuenta la necesidad de que muchos de estos niños, encuentren un espacio familiar, donde puedan desarrollarse de manera normal. No obstante la difusión de la política de adopciones, tenemos el hecho de que sólo se admite para aquellas parejas que se hallan casadas formalmente, excluyendo de esta manera, a las parejas concubinarias, que no pueden acceder al derecho mencionado de adopción. De esta manera, las normas del Derecho de Familia, así como aquellas que se refieren a la protección del Niño y del Adolescente, terminan también discriminando a los concubinos.



La problemática que se presenta en el contexto de la Ley 30311, norma que regula por primera vez la adopción de menores de edad declarados judicialmente en abandono por parte de las parejas que conforman una unión de hecho, es la siguiente:

### **DILACIÓN JUDICIAL PARA DECLARAR EL ESTADO DE ABANDONO.**

En nuestro país, según Eda Aguilar<sup>2</sup>, de “las 23 cortes de justicia, cada mes se declara en estado de abandono solo a 8 o 10 niños.(...) Eso quiere decir que hay niños que, estando en situación de abandono, deben pasar cinco o seis años en un albergue porque oficialmente no han sido declarados abandonados.” En consecuencia se trata de un problema que eventualmente va a limitar las solicitudes de adopción planteadas por parejas concubinarias, que ahora disponen de ese derecho, en el marco de la Ley 30311. Al mismo tiempo como expresó Aguilar en Diario Perú 21 “que la lista de espera de padres que llegan al sistema y adoptan está creciendo cada vez más”, a las cuales deberán sumarse ahora las parejas concubinarias.

**LIMITACIONES ADMINISTRATIVAS**, por cuanto la investigación especializada, llevada a cabo por la Dirección de Investigación Tutelar presenta problemas, toda vez que según Sausa (2014) “esta dirección solo tiene oficinas en Lima, Cusco, Junín y Arequipa, por lo cual, en el resto del país, todo el procedimiento es hecho por el Poder Judicial.”<sup>3</sup>

### **1.2.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

---

2 Directora general de Adopciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables durante el 2014. Opinión extraída de Diario Perú 21. Trabas para adoptar: cerca de 15 mil niños peruanos esperan por un hogar.

3 Sausa (2014). Diario Perú 21. Trabas para adoptar: cerca de 15 mil niños peruanos esperan por un hogar.

#### **1.2.2.1. PROBLEMA GENERAL**

¿Cuáles son las Limitaciones que se presentan en el Reconocimiento del Derecho de Adopción de Niños y Adolescentes en Estado de Abandono a favor de las Parejas Concubinarias en el marco de la Ley N° 30311 en los Distritos de Lima Norte durante el período 2011-2016?

#### **1.2.2.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS**

- a. ¿De qué manera la **DILACIÓN JUDICIAL PARA DECLARAR EL ESTADO DE ABANDONO** influye en la solicitud de Adopción de Niños y Adolescentes en Estado de Abandono a favor de las Parejas Concubinarias?
- b. ¿En qué forma las **LIMITACIONES ADMINISTRATIVAS** en las DIRECCIONES DE INVESTIGACIÓN TUTELAR incide en la solicitud de Adopción de Niños y Adolescentes en Estado de Abandono a favor de las Parejas Concubinarias?

### **1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **1.3.1. OBJETIVO GENERAL**

Determinar las Limitaciones que se presentan en el Reconocimiento del Derecho de Adopción de Niños y Adolescentes en Estado de Abandono a favor de las Parejas Concubinarias en el marco de la Ley N° 30311 en los Distritos de Lima Norte durante el período 2011-2016.

#### **1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- a. Señalar la forma en que la **DILACIÓN JUDICIAL PARA DECLARAR EL ESTADO DE ABANDONO** influye en la solicitud de Adopción de Niños y Adolescentes en Estado de Abandono a favor de las Parejas Concubinarias.

- b. Establecer el modo en que las LIMITACIONES ADMINISTRATIVAS en las DIRECCIONES DE INVESTIGACIÓN TUTELAR incide en la en la solicitud de Adopción de Niños y Adolescentes en Estado de Abandono a favor de las Parejas Concubinarias.

## **1.4. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.4.1. JUSTIFICACIÓN**

#### **Teórica**

El presente trabajo se justifica desde el punto de vista doctrinario, por cuanto se actualizarán las teorías y los conceptos que se han desarrollado sobre el tema, esencialmente en cuanto a la Adopción por parejas que viven bajo la unión de hecho, aspecto que en nuestra realidad actual cobra importancia dado que por la Ley N° 30311 se les reconoce a las parejas que conforman uniones de hecho la capacidad de adoptar a menores de edad declarados judicialmente en abandono.

#### **Práctica**

Desde un punto de vista práctico, esta investigación ayudará a que los operadores del Derecho, tengan una idea clara y concreta de la forma en que deberán proceder frente a las exigencias de la adopción en el caso de concubinos, velando esencialmente por el interés superior el niño, niña y adolescente, en el marco de la normatividad internacional y nacional.

#### **Metodológica**

Desde un punto de vista metodológico, la herramienta construida se realizó como una investigación de tipo descriptivo explicativo apoyado en



diseño de encuesta y entrevista que ayudará a ver cuáles son las limitaciones que generan el problema.

## **Social**

Desde un punto de vista social, los motivos que llevaron a investigar las limitaciones del Derecho de adopción de niños y adolescentes en estado de abandono a favor de las parejas concubinarias, se centran en que éste sector de la población no tenían derecho a adoptar, recién con la ley 30311 se les otorgo el Derecho de adopción. Se pretende ayudar a alertar acerca de estas limitaciones, así como generar conocimientos que ayuden a que la adopción de niños y adolescentes en estado de abandono no se prolongue mucho en el tiempo afectando el interés superior del niño que tiene derecho a vivir en una familia, proponiendo una reforma al artículo 248 del Código de los niños y Adolescentes vigente, con el propósito de que el menor en determinados casos sea declarado en estado de abandono vía administrativa y adoptado lo más pronto posible integrándose a una familia, que pueda garantizar su status de persona.

### **1.4.2. IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN**

La importancia de la presente investigación radica en la necesidad de flexibilizar la figura jurídica de la adopción, haciéndola accesible a las parejas concubinarias que no tengan ningún impedimento legal, a efectos que desde el derecho civil se aporte una solución a la problemática creciente de la niñez en abandono. Esta propuesta es coherente con la realidad actual, si consideramos que existen parejas concubinarias estables y más confiables que los matrimonios, considerando además que desde marzo del 2015 ya está vigente la Ley N° 30311, norma que posibilita a las parejas concubinarias la posibilidad de adoptar en nuestro país.

## **1.5. ALCANCES Y LIMITACIONES**

Los Alcances de la presente investigación jurídica se relacionan con el Derecho de Familia y el Derecho del Niño, Niña y Adolescente.

Se han presentado limitaciones en cuanto a la obtención de antecedentes sobre el tema. En efecto, la doctrina nacional sobre esta temática es muy escasa y aún no se ha desarrollado de manera significativa en base a casuística, jurisprudencia y aportes de nuestros propios juristas en el país, por lo que deberé recurrir preferentemente a doctrina extranjera.

## **1.6. DEFINICION DE VARIABLES**

### **DERECHO DE ADOPCIÓN:**

Según **UNICEF** “la adopción es una institución jurídica de orden público e interés social que permite crear, mediante sentencia rendida al efecto, un vínculo de filiación voluntario entre personas que no lo tienen por naturaleza. La Convención sobre los Derechos del Niño establece claramente que todos los niños y niñas tienen derecho a conocer a sus padres y, en la medida de lo posible, a ser criados por éstos. De conformidad con ello, y atento al valor y la importancia que tiene la familia en la vida de los niños, UNICEF sostiene que las familias que necesiten apoyo para poder atender a sus hijos e hijas deberían recibirlo, y que sólo se debería considerar la posibilidad de formas sustitutivas de cuidado de los niños cuando, pese a ese respaldo, las familias de esos niños no estén disponibles o dispuestas a cuidarlos, o no sean capaces de hacerlo”.<sup>4</sup>

### **ESTADO DE ABANDONO:**

---

<sup>4</sup> UNICEF. La adopción de niños y niñas.

En [https://www.unicef.org/republicadominicana/protection\\_11175.htm](https://www.unicef.org/republicadominicana/protection_11175.htm)

Para (MANDUJAJO, 2011) es la “situación vulnerable en la que se encuentran niños, niñas y adolescentes lo que exige una especial atención debido a que dicha situación implica o puede implicar la violación de sus derechos fundamentales, principalmente su derecho a vivir en una familia. En ese sentido, el procedimiento de investigación tutelar previsto en el CNA, cuyo objetivo es verificar la situación de abandono en la que se encuentran algunos niños, niñas y adolescentes, reviste una especial importancia para la Defensoría del Pueblo, pues dicho procedimiento debe garantizar la restitución plena de sus derechos y, sobre todo, que no sean separados de sus familias, salvo que existan circunstancias extremas que lo justifiquen de acuerdo a ley”.

#### **PAREJAS CONCUBINARIAS:**

Para (SALDÍVAR, 2004) “es la relación convivencial de dos individuos (un hombre y una mujer, dos mujeres o dos hombres) sin estar unidos en vínculo matrimonial. El término *concubina* generalmente indica relaciones matrimoniales en curso donde la mujer es de menor posición social que el hombre o que la esposa o esposas oficiales. Al lado de la unión matrimonial, que es el acto y estado jurídico reconocido por el derecho como generador de efectos no sólo respecto de la pareja y de los hijos, sino también en relación con otros parientes, se han dado y existen actualmente otras uniones más o menos permanentes que se asemejan al matrimonio, pero a las cuales el derecho no les ha reconocido efectos, o bien lo ha hecho en términos muy limitados. Una unión con estas características es el concubinato, que podemos entender como la unión libre y duradera entre un hombre y una mujer que viven y cohabitan como si estuvieran casados y que puede o no producir efectos legales”.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1. TEORÍAS GENERALES RELACIONADAS CON EL TEMA**

##### **2.1.1. TEORÍA DE LA UNIFORMIDAD**

Para Hernandez (2010) Esta teoría reconociendo a las uniones de hecho como un fenómeno social cierto y presente, que produce efectos jurídicos y que no puede ser ignorado, equipara al concubinato de forma plenaria con el matrimonio civil, brindándole a aquél sin hacer distinción alguna, todos los efectos jurídicos de éste. Bastará para alcanzar dichos efectos, que se acredite la existencia, la permanencia y la estabilidad de la convivencia.

Esta teoría también se condice con la teoría de la no discriminación, manifestándose que no puede discriminarse ni a los concubinos, ni a los descendientes de éstos, por el sólo hecho de no existir vínculo matrimonial. Generalmente han asimilado esta teoría los países de influencia socialista.

Para esta teoría, no puede establecerse un trato diferenciado entre individuos, considerándolos dentro de uno u otro grupo social, es inconciliable privilegiar a un grupo sobre otro y más aún, es incompatible establecer diferencias entre uno u otro grupo social, desconociendo su análoga identificación.

Los críticos de esta teoría señalan que imponer a los concubinos el mismo tratamiento jurídico que a los consortes maritales, sería una forma de quebrantar su derecho a la libertad, pues estas personas en ejercicio de dicho derecho optaron por la convivencia more uxorio para desasirse de los derechos, obligaciones y formalidades del matrimonio. Así por ejemplo para

Rafael Navarro, la regulación orgánica del concubinato supondría una doble desnaturalización: la de la propia unión libre al hacer perder la libertad a los concubinos y, por otro lado, la dilusión de la familia matrimonial al equipararse esta a la convivencia more uxorio<sup>5</sup>.

### **2.1.2. TEORÍAS NEGATIVAS**

Que a contrario sensu de la teoría de la uniformidad, son aquellas que no reconocen, ni otorgan ningún efecto jurídico a las uniones de hecho. Dentro de ellas encontramos las siguientes:

#### **2.1.2.1. TEORÍA SANCIONADORA**

Para Landeo (2009) La teoría sancionadora que es la más radical de las antes indicadas, prohíbe y sanciona toda forma de concubinato, para esta teoría el concubinato pone en riesgo a la familia, al ser una unión frágil e informal, que puede terminar por el simple deseo de uno de los concubinos, en detrimento de su pareja convivencial y de los hijos nacidos de esta unión, para esta teoría por lo tanto, el concubinato es un verdadero peligro para la sociedad, para el matrimonio y debe ser erradicado, esta teoría radical sigue las ideas del Concilio de Trento, que en el pasado llegó a criminalizar a las uniones de hecho impropias y aún a las uniones de hecho propias.

#### **2.1.2.2. TEORÍA DE LA INDIFERENCIA**

La teoría de la indiferencia, en cambio sigue las ideas napoleónicas, para esta teoría el concubinato simplemente tiene que ser ignorado es inexistente para la norma, esta teoría se basa en ese viejo enunciado que ya hemos citado, por el cual se dice que así como los concubinos ignoran a la ley, la ley debe ignorar a los concubinos.

En los países donde se ha aplicado determinar la solución a los conflictos originados al interior de las familias de hecho.

### **2.1.3. TEORÍA DE LA RETRACCIÓN**

Esta teoría reconoce la existencia del concubinato como fenómeno social real y palmario, le brinda ciertos efectos jurídicos muy limitados, principalmente de orden patrimonial, que procuren su no equiparación con la unión matrimonial.

Al momento de su dación, el Código Civil de 1984 acogió esta teoría, siguiendo los lineamientos de la Constitución Política de 1979, en ésta no se condena a la convivencia moreuxorio, no se niega, ni se le ignora, más bien reconociendo que al interior de las uniones de hecho se producen relaciones familiares, es que se otorga a los concubinos efectos jurídicos personales y patrimoniales, con la característica precisa de la contracción o retracción, es decir de la limitación de estos efectos. Para la teoría de la retracción, la ley no puede desconocer, ni ignorar la relación de vida establecida entre los convivientes, debe protegerse a las partes débiles de las familias convivenciales, que comúnmente son la mujer y los hijos, razón por la que el concubinato debe ser reconocido por el derecho objetivo, pero de forma circunscrita, lo cual implica impedir a los concubinos el acceso integral a los derechos matrimoniales, pues estando esta teoría aun influenciada por el pensamiento romano, es que el concubinato es visto todavía como una unión de segundo grado.

Esta teoría se resiste a asemejar jurídicamente a las uniones de hecho con los matrimonios civiles, pues originalmente el fin de la misma no es la equipación progresiva de aquella y la prevaleció de ésta, en palabras menos extremas, busca desincentivar a las parejas de unirse en concubinatos a través de la limitación de sus derechos personales y



patrimoniales. Así decía Cornejo Chávez (1999)<sup>6</sup>, que el mero raciocinio parece conducir a la conclusión que en primer término se ha sugerido, esto es, a la necesidad de buscar la extirpación del concubinato y su sustitución por la unión matrimonial ajustada a ley. En efecto, si lo que se pretendiera fuera prestar a los concubinos, a sus hijos y a los terceros las mismas garantías que la ley da a los casados, a su prole y a los terceros que contratan con la sociedad conyugal, se iría, en realidad, a establecer una segunda clase de matrimonio; idea que carece de sentido, porque para otorgar amparo al concubinato, habría que exigirle determinados requisitos referentes a su constitución y existencia, y esos requisitos no podrían ser sino los mismos que se exige al matrimonio desde que se trata de prestar a aquél el mismo amparo que a éste. (pp.74-75)

Gran parte de esta teoría sostiene que al no ser exigible para el concubinato la misma formalidad del casorio, ni al ser exigibles para los convivientes, los mismos derechos y obligaciones resultantes del casamiento, es que es preferible desplazar los efectos de esta unión al derecho de obligaciones, es por ello que se ha habilitado para los concubinatos impropios la demanda de enriquecimiento indebido. La finalidad principal de esta teoría es resguardar el derecho patrimonial de los convivientes.

#### **2.1.4. TEORÍA DEL EQUILIBRIO**

Existiría una cuarta hipótesis, a la que nosotros hemos decidido llamar teoría del equilibrio, también podríamos signarla como teoría de la proporción o teoría de la sensatez; que es la teoría a la cual creemos que viene virando nuestro Derecho de Familia actual, prueba de ello es el reconocimiento de derechos sucesorios o la pensión de viudez a los concubinos. Esta teoría propone que al ser la uniones de hecho un



fenómeno recurrente en nuestra sociedad, al ser las mismas fuente de relaciones familiares y consecuentemente a ello, fuente de relaciones jurídicas, donde se producen efectos patrimoniales y personales similares al matrimonio; es que a fin de evitar situaciones injustas para los convivientes a fin de brindarles seguridad jurídica, que en determinadas circunstancias deberán de resolverse los conflictos de las uniones de hecho, aplicándose las mismas reglas jurídicas destinadas a los consortes maritales, al ser reglas más oportunas y eficaces, pues han tenido su origen en el Derecho de Familia y no así en el Derecho de Obligaciones, sin que esto signifique una paridad normativa entre ambas formas familiares.

Siguiendo las ideas de Guido Alpa, Yuri Vega Mere<sup>7</sup> manifestaba que dentro de las actitudes asumidas por los juristas en cuanto a las familias de hecho, existe la actitud favorable provenientes de aquellos que entienden que la familia de hecho es un fenómeno jurídico, tutelado por la Constitución, disciplinado en algunos aspectos por la ley, que se debe acercar en algunos casos a la familia fundada en el matrimonio, sin discriminaciones, este autor, señala que ésta es la posición imperante en la doctrina italiana de hoy y que se va abriendo camino en otras latitudes, dado que no equipara la convivencia *more uxorio* a la familia matrimonial en todos sus aspectos. (pp. 50-51)

Citaba este mismo autor, que actualmente se acentúa cada vez con mayor definición, la tendencia de perfilar un régimen *ad hoc* para las uniones de hecho, especialmente para los casos de crisis y cuando asoma la ruptura sin que medie acuerdo de los convivientes sobre las consecuencias de la misma. Y, en un grado de menor reformulación también es posible advertir que, cuando no existe una disciplina orgánicamente concebida para la convivencia *more coniugali*, se intenta conferir determinados derechos a los

concubinos que son reservados al matrimonio pero sin tomar a éste como fundamento sino, antes al contrario, evaluando las razones mismas de un derecho específico y la conveniencia o justicia de hacerlo extensivo a uno o a los dos miembros de la pareja estable. Técnica, que en mi concepto, resulta extremadamente aguda y que dejaría incólume la protección del matrimonio<sup>8</sup>.

Por otro lado, es de tenerse presente que algunas normas que rigen a la familia nuclear matrimonial, según su función, se constituirían los vacíos legales de su medio hermano, que es la unión de hecho; además según su ámbito de aplicación, no son normas rígidas<sup>9</sup>, sino más bien son normas clásicas o flexibles, pues su aplicación puede extenderse a otros supuestos parecidos, o análogos, no existiendo oposición de su aplicación analógica, tan cierto es lo mencionado, que como veremos más adelante, las normas patrimoniales matrimoniales son aplicadas por analogía al régimen patrimonial de las uniones estables, analogía que se ha ido extendiendo en el tiempo en otros campos de los derechos matrimoniales, como es el caso de los derechos sucesorios y la adopción.

Es indudable que al interior de las uniones de hecho se presentan relaciones familiares muy similares a las que se presentan en las uniones matrimoniales y que van más allá del derecho de obligaciones y del derecho meramente patrimonial, en efecto, sin ostentar una partida de matrimonio civil y sin que el Estado intervenga a través de un funcionario municipal, para formalizar su unión y para hacer saber los deberes y derechos matrimoniales a los concubinos, éstos de forma libre y por voluntad propia, asumen dichos derechos y obligaciones, en los que se incluye la fidelidad, la asistencia, la cohabitación, la solidaridad familiar, la educación y crianza de los hijos, la

---

<sup>8</sup> Ibid.p.68

<sup>9</sup> Las normas rígidas son aquellas que únicamente pueden aplicarse a un determinado supuesto, no contemplan supuestos parecidos, ni su aplicación analógica.

adquisición de patrimonio, etc. Si bien los concubinos tienen la condición de tales, porque han evitado el matrimonio civil, no puede negarse que ellos se han unido en pareja, no necesariamente para evadir las formalidades y los costos del casamiento, sino que se han unido en razón del afecto, de ese afecto nace una relación familiar con vocación de habitualidad y permanencia, sin que posean una partida de matrimonio civil que les brinde el rótulo de cónyuges, es común que los concubinos se llamen entre ellos “esposos” y muchas veces siguiendo nuestras costumbres canónicas, es común que la pareja de hecho celebre el matrimonio religioso, al cual le brindan mayor importancia, pues a través del matrimonio-sacramento sienten realmente realizada su unión, tanto desde el aspecto personal como desde el aspecto espiritual

Es por ello que para resolverse los conflictos de intereses y la incertidumbre jurídica surgida dentro de las uniones de hecho y consecuentemente alcanzarse la seguridad, el bien común y la justicia, que son los fines esenciales del derecho<sup>10</sup>, que es posible y hasta exigible la aplicación analógica de las normas matrimoniales a las uniones estables; después de todo, la analogía es una forma de integración jurídica<sup>11</sup>, que a través de la autointegración<sup>12</sup>, resuelve un caso en concreto aplicándose la ley que regula un caso semejante, al existir en ambos supuestos una

10 La seguridad, la justicia y el bien común son los fines del derecho y a la vez son valores jurídicos. Por **seguridad** entendemos la imprescindible necesidad de que exista un régimen jurídico estable, que garantice en este caso en concreto a los concubinos, la protección de sus personas y de sus bienes, frente a los actos arbitrarios de la sociedad, para ello es necesario que el derecho esté fijado con claridad y precisión, que sea un derecho de fácil implementación y que además sea un derecho sólido. La **justicia** en cambio es una virtud, siguiendo las ideas de Platón es la virtud fundamental de la cual nacen todas las demás virtudes, es asimismo la finalidad esencial del derecho, la justicia no sólo es distributiva, sino que además se sustenta en la proporcionalidad y en la igualdad, siendo así es que no podría hablarse de justicia, si tratamos de forma desemejante a los semejantes. Finalmente el **bien común**, implica la consecución del bienestar material y personal, que permite a las personas realizarse dentro de la comunidad.

11 Entendida la integración jurídica como aquel procedimiento mediante el cual ante la presencia de una laguna de derecho, es decir ante la falta o deficiencia de una norma jurídica para resolverse un caso en concreto, se integra o se une el ordenamiento jurídico con el fin de superarse aquella laguna.

12 Se habla de autointegración, cuando se recurre a un mismo sector del ordenamiento jurídico donde se encuentra la laguna de derecho o vacío legal, para resolverse el caso en concreto.

equivalente identidad de razón, la analogía se funda en un principio de igualdad y que duda cabe de que la unión matrimonial y la unión de hecho, son casos semejantes, tal y como hemos analizado en el párrafo precedente.

A pesar de esta realidad, nuestras normas civiles inicialmente han establecido límites muy restrictivos a los derechos personales de los convivientes, lo cual desprotegía a las personas de los concubinos y debilitaba a estas entidades familiares, en propia negación del Principio Constitucional de Protección de la Familia, es por ello que sin brindar a las uniones de hecho el mismo tratamiento jurídico que se brinda a las uniones matrimoniales y sin olvidar el Rol del Estado de promover el matrimonio, como forma familiar deseada por la sociedad, que a través de la teoría del equilibrio se propugna hacer extensivos a los concubinos, derechos que originalmente estaban reservados con exclusividad para los cónyuges, tal y como viene sucediendo recientemente en materias previsional, laboral y civil. Está protección a la convivencia *more uxorio* no tiene como fin equiparar jurídicamente al concubinato con el matrimonio, ni desnaturalizar a éste último, su fin es más bien brindar seguridad jurídica a la persona de los concubinos y dar bienestar a las uniones estables, entendiendo que las soluciones a los conflictos surgidos al interior de las uniones de hecho, encuentran mayor eficacia en la aplicación por analogía del derecho intrínseco de su semejante, que son las uniones matrimoniales.

Interpretando el pensamiento del jurista español Ignacio Arechederra, señalaba de forma tajante Yuri Vega, que para el ilustre Profesor español, el matrimonio se define por la *affectio maritales*, más allá de la ceremonia; es una vivencia, es un compromiso que quieren los que deciden vivir juntos, de manera estable. Ello nos hace pensar, sin duda, que quienes deciden convivir maritalmente no se juntan para separarse o para ordenar su fácil

salida huyendo del matrimonio. Quien quiere vivir como casado, sin estar casado, se siente casado, aun cuando al ponerse al margen de la ley matrimonial ésta no los considere como tal y, por ello, con esta persistente negativa, le facilite un menos traumático proceso de rupturas con lo cual, si queremos ponderar bien las cosas, por lo que son y no por lo que diga la ley o una ceremonia generalmente aburrida, la propia ley, al ignorar a los concubinos, propicia discusiones, problemas, diferencias enojosas y hasta abusos<sup>13</sup>. (pp. 75-76)

### Teorías Legislativas de las Uniones de Hecho-Cuadro Resumen Nro. 1

|                                 |                                                                                                                                                                                                                                                            |
|---------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Teoría de la Uniformidad</b> | Brinda a las uniones de hecho todos los efectos jurídicos del matrimonio, sin hacer distinción alguna. Su objetivo es proteger plenariamente a las uniones estables.                                                                                       |
| <b>Teorías Negativas</b>        | <p><b>Teoría Sancionadora</b><br/>Sanciona toda forma de concubinato. Busca la extirpación radical del concubinato, condenándolo.</p> <p><b>Teoría de la Indiferencia</b><br/>Sigue las ideas napoleónicas, simplemente ignora a las uniones de hecho.</p> |
| <b>Teoría de la Retracción</b>  | Basada en las ideas romanas, ve al concubinato como una unión de segundo grado o de segunda categoría, busca erradicarlo progresivamente, haciéndolo poco atractivo, mediante la limitación de los derechos personales y patrimoniales de los concubinos.  |
| <b>Teoría del equilibrio</b>    | Sin equiparar jurídicamente concubinato con matrimonio, otorga efectos jurídicos matrimoniales a las uniones de hecho, a partir de la autointegración analógica, su fin es la seguridad jurídica y el bien común de los convivientes.                      |



## **2.2. MARCO HISTÓRICO**

### **2.2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS A NIVEL NACIONAL**

El tema del Concubinato en la legislación de nuestro país ha tenido una regulación muy variada. Desde la Constitución de 1993 y el Código Civil de 1936 se establece un régimen de Concubinato donde hay muchas exigencias en contra del Concubinato.

Recién con la Constitución de 1979 y la de 1993 y con las leyes contemporáneas, se da una mayor tolerancia por el derecho de igualdad. De esta manera se establece una legislación que ha ido evolucionando en forma positiva.

De esta manera cabe resaltar como principal antecedente a considerar al respecto, que en determinada forma promovió mayores derechos para las parejas de concubinato en igualdad con las parejas matrimoniales; lo que llegó a regular la Constitución Política de 1979 en su artículo 9, que aportó en sí como máximo aporte la regulación del Concubinato, consagrando una norma relativa a la unión de hecho. A partir de la mencionada constitución se reconoce que la unión de hecho genera una sociedad de bienes entre los convivientes, que se sujetó al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable. La misma previsión proviene del artículo 326 del Código Civil. La actual Constitución, en cambio, se refiere a una comunidad de bienes (calificación más adecuada según el jurista nacional Héctor Chávez Cornejo).

En el Perú, es reconocido en la Constitución de 1979, iniciándose en Hispanoamérica, una lucha para que esta unión pueda gozar de todos los derechos sociales que le corresponden, así como, para que sus miembros no sean ser violentados en sus derechos fundamentales. El Código Civil Peruano de 1984 establece dos clases de concubinato, uno conocido como en estricto sentido o

restringido y se refiere a la unión que no tiene ningún impedimento



para contraer matrimonio y, otro, llamado concubinato en sentido lato o amplio, el que no cuenta con alguno de los requisitos exigidos para el primero.

### 2.2.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS A NIVEL INTERNACIONAL

La adopción como institución jurídica, tuvo mucha relevancia en Roma antigua, fue muy recurrida incluso por personas de noble linaje, ante la carencia de descendientes biológicos, y el temor que no pudiera transmitirse su patrimonio, nombre y más aún no hubiera quien le brindara los oficios religiosos, o culto a los dioses domésticos. En la famosa película Ben Hur, se evidencia, esta razón o motivo. El duro Cónsul romano que fue salvado de morir por Ben Hur y, ante el fallecimiento de su hijo, adopta pública y solemnemente, como era el procedimiento a Ben Hur, a quien le transmite su linaje, nombre y poder.

Como se aprecia, originariamente, su fundamento se orientó a dar hijos a quienes no lo tenían, es decir, la adopción fue vista primordialmente para satisfacer los intereses del *paterfamili*, razón que se mantuvo a través del devenir histórico. Esta institución, va a variar, sustancialmente, su fundamento con el surgimiento de la nueva corriente de Protección Integral del Niño, por la que se releva la primacía y defensa los derechos del niño, anteponiéndose éstos ante cualquier otro tipo de interés que pudiera afectarle.

En lo que respecta a la Unión de Hecho, este fenómeno social, tan antiguo como la misma humanidad, encuentran precedentes en el Código de Hammurabi, como también en el antiguo testamento. En Roma fue aceptado y reconocido como una forma de matrimonio de segundo orden. Con la llegada del cristianismo y enarbolarse el matrimonio canónico, como la forma de unión santificada y legalmente establecida, y la satanización de las uniones de hecho, éstas son

repudiadas socialmente y vistas con desdén. Entre los germanos su posicionamiento social fue más tolerado, debido a que no se permitía el matrimonio entre personas de diferente clase social, lo que dio lugar, más tarde, al denominado matrimonio morganático o matrimonio de mano izquierda, que se caracterizaba porque aunque eran marido y mujer, ésta última, no alcanzaba el status del marido (por lo general era la mujer la que estaba en condición desventajosa), aún en el caso que el hombre ostentara título nobiliario. El matrimonio de mano izquierda, subsistió, incluso hasta el siglo pasado<sup>14</sup>.

Como consecuencia del apogeo e influencia del cristianismo, la edad media se caracterizó por el rechazo de la iglesia católica a las formas de uniones maritales no santificadas, no obstante, a pesar del rechazo, siguió subsistiendo, al punto que en el Derecho Castellano, en la Ley de las Siete Partidas y en las Leyes de Fuero Juzgo, se le menciona; posteriormente, la influencia mora en España, dejará la presencia de la barragana, nombre que se le daría a la mujer que vivía con un hombre sin casarse.

En los siglos siguientes, el colectivo social, mostraría una actitud, bastante hipócrita rechazando socialmente estas uniones, aunque su permanencia y número cada vez era mayor. Se atribuye a Napoleón la siguiente frase, al referirse al concubinato: “¿Por qué beber en el charco si se puede beber en agua cristalina?”, evidenciando, porque el Código Civil Francés y los que lo siguieron ignoraron totalmente este fenómeno social.

Es en las últimas décadas del siglo XX que las uniones de hecho reciben la atención del legislador, siendo pioneros, Méjico y Bolivia, a los que posteriormente se irían sumando otros países.

---

14 CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 1999. 10ma Edición.

## **2.3. BASES TEÓRICAS ESPECIALIZADAS EN EL TEMA**

### **2.3.1. ADOPCIÓN**

#### **2.3.1.1. RESEÑA HISTÓRICA**

La adopción reconoce antecedentes remotos que deben ser puestos de manifiesto antes de dar el concepto que nos merece la institución, ya que en sus orígenes tenía motivaciones distintas de las que ahora presenta. No obstante ser disímil la fundamentación de la adopción resulta con claridad que en todo instante campea en ella la ficción (mentira técnica) que hace suponer a una persona hija de otra que, en realidad no es su progenitor.

En el Código de Hammurabi, entre los años 2283 a 2241 a.c., se regulaba ya la adopción en Babilonia y la conocieron también los hebreos (Efraín y Manasés, hijos de José, fueron adoptados por Jacob; Moisés por Termula, hija del Faraón).

Los textos bíblicos hacen referencia a la institución del “levirato”, que obligaba a los hermanos del esposo muerto, sin descendencia, a casarse con su cuñada para darle sucesión, llevando el primogénito el nombre del muerto y considerándose hijo de él<sup>15</sup>.

Tanto el levirato como otras instituciones similares que rigieron las costumbres de los pueblos antiguos se basaban en la finalidad de otorgar descendencia a quien no la tenía o había fallecido sin hijos, asegurando de tal modo la subsistencia de la familia, con la consiguiente transmisión del nombre, el patrimonio, el culto de los dioses, etc.

---

15 En el Deuteronomio 25,5 se expresa: “La ley del levirato. Cuando dos hermanos habitan uno junto al otro y uno de los muere sin dejar hijos, la mujer del muerto no se casará con un extraño; su cuñado irá a ella y la tomará por mujer, y el primogénito que ella tenga llevará el nombre del hermano muerto, para que su nombre no desaparezca de Israel”.

Para lograrlo se recurría a la ficción de considerar al ser engendrado por el hermano u otro pariente como verdadero hijo de quién no había procreado.

En Roma se conocieron dos clases de parentesco adoptivo: el derivado de la *adrogatio* y el proveniente de la *adoptio*. En el primer caso se incorporaba a la patria potestad de un jefe de familia todo un grupo familiar carente de capacidad jurídica. En la *adoptio*, al contrario, la relación se establecía entre el *paterfamiliae* y el *individuo adoptado*.

Posteriormente surgen en Roma otras instituciones, como la del *alumnado*, que incorporaba a un menor a un grupo familiar donde, sin vínculo de parentesco, se establecía una obligación asistencial entre el alumno y nutridor.

En el antiguo derecho español se regulaban la adrogación y la adopción de manera similar a la romana, pero además había instituciones de protección al menor, como el “prohijamiento” (Fuero Real y Leyes de Partidas) parecido en su regulación al alumnado romano, y normas sobre guarda de los expósitos por las que se declaraba a estos menores legítimos a los efectos civiles.<sup>16</sup>

Estas disposiciones pasaron a regir en Argentina hasta que, sancionado el Código Civil, no se reguló en él la adopción ni otros tipos de instituciones similares por considerarse que no era conveniente introducir en la familia a un tercero extraño a ella, así como también que la adopción se encontraba en franca decadencia en aquellos lugares donde existía. En opinión del codificador Vélez (1869) “desde que por nuestras leyes le está abierto a la beneficencia el más vasto campo, qué necesidad hay de una ilusión...”. (p. VII del título preliminar) <sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Ver MOLINARIO, De la inconveniencia de la adopción y de los horrores que origina la ley 13.252, JA, 1966-VI-89, secc. Doctrina.

<sup>17</sup> Nota de elevación del Libro Primero del Código Civil.

En el antiguo Derecho Argentino después de presentarse distintos proyectos tendientes a establecer legislativamente la adopción, se sancionó en el año 1948 la ley 13.252, que establecía la adopción simple, es decir revocable y sin aniquilar el vínculo de origen. Esta ley, tras una vigencia de veintitrés años en Argentina, durante los cuales fue objeto de variadas críticas, fue derogada por la ley 19.134, de fecha 21 de julio de 1971, que introduce el doble régimen de adopción plena y adopción simple, ha sido objeto de críticas por sus desaciertos.

En el antiguo Derecho Peruano el Código Civil de 1852 establecía la adopción simple, el código civil de 1936 regulo la adopción en dos matices, plena en la que se establecía una relación paterno filial autentica y también regulo la adopción semiplena que se limitaba a la obligación del adoptante de alimentar al adoptado. El código Civil de 1984 establece que la adopción es irrevocable, es decir acepto como plena la adopción.

Reseñados los antecedentes históricos de la adopción corresponde ahora dar su concepto. Al hacerlo ponemos de manifiesto que ésta es una institución de protección a la minoridad y que por sus características, encuentra justificación en los estados de desprotección o abandono en que se encuentre un menor.

Al mismo tiempo, la adopción es instrumento apto para que quienes pueden hacerlo otorguen al menor adoptado el afecto y caudal espiritual propio de toda actividad de resguardo integral y formativo. Pero esto es consecuencia del amparo prodigado por la adopción y resultado de la finalidad proteccional que ella tiene por esencia.

Es frecuente que los derechos – deberes que la adopción impone a los adoptantes para la satisfacción de su delicada labor sean trastrocados y



que se sitúen en lugar prioritario, desplazando a lo que constituye en todo momento el sustento de la adopción, a saber, que se trata de una de las instituciones que conforman la protección jurídica a la minoridad y que su instrumentación jurídica debe responder cabalmente a esa idea.

Definimos, en consecuencia, la adopción como la institución de protección al menor en estado de abandono, por la cual se procura dar el marco sociocultural de pertenencia primera de que carecía o que se encontraba desestabilizado, creándose una situación análoga a la filiación legítima.

Son por lo tanto, presupuestos de la adopción que el adoptado sea un menor en estado de abandono, el cual se procura superar precisamente por medio de la institución, y la presencia de un matrimonio o familia que acoge al menor para otorgarle protección integral.

#### **2.3.1.2. CONCEPTO**

Para Borda (1986) “La adopción es un acto jurídico que crea, entre al adoptante y el adoptado, un vínculo de parentesco civil del que se derivan relaciones análogas, a las que resultan de la paternidad y filiación legítima” (p. 198)<sup>18</sup>.

Ha sido definida también como un contrato que crea entre dos personas relaciones puramente civiles de paternidad o de maternidad y de filiación.

La adopción es, desde luego, una ficción generosa que permite que muchos niños abandonados encuentren protección adecuada dentro de una familia honesta, siempre que el otorgamiento se realice con las debidas



garantías legales, la adopción se presenta se presenta como un consuelo para los matrimonios que no han podido tener descendencia, o que habiendo la tenido la perdieron. La adopción ha sido considerada desde la más remota antigüedad como una imitación de la naturaleza.

En el derecho Justiniano la *datio in adoptione* tenía lugar mediante una declaración de voluntad del pater familias adoptante, del consentimiento del adoptado y de quien le tenía bajo su patria potestad: todo ello ante el Magistrado, quien autorizaba la adopción. Fue Justiniano quien estableció dos tipos de adopción radicalmente distintos: la *adoptio plena* esto es, la adopción tal como había sido conocida en el derecho romano antiguo: el adoptado de una manera completa ingresaba como un nuevo miembro del grupo familiar con todos los derechos y obligaciones.

La *adoptio minus plena* creada por Justiniano no desvincula al adoptado de su propia familia, ni lo substraer de la potestad del pater familias del grupo a que naturalmente pertenece. El Código Civil Napoleón implantó en Francia esta institución. Las disposiciones que sobre la materia contenía el Código francés fueron introducidas con el apoyo del Consejo de Estado y por el vivo interés que manifestó el Primer Cónsul, quien a través de este artificio jurídico, pretendía asegurar la sucesión de la dinastía imperial, tan ambiciosamente deseada por el Gran Corso, a fin de asegurarse la sucesión por vía hereditaria, del imperio que había de crear en breve. El código civil francés establece que solo podrán ser adoptados menores de edad y en todo caso deja subsistente el vínculo de parentesco natural del adoptado. Nuestros Códigos Civiles, se inspiraron en el Código Civil francés, pero no se reglamentó la adopción.

#### **2.3.1.3. CLASES DE ADOPCIÓN:**

En doctrina y en la legislación internacional se distinguen diversos tipos de adopción que difieren según los alcances que el vínculo adoptivo posee y por los efectos que produce.

- a) **Adopción simple:** La adopción simple coloca al adoptado en la situación de hijo legítimo del adoptante, pero la relación de parentesco sólo se entabla entre ellos.

El adoptado no se vincula con los parientes de la persona que lo adopta e, igualmente, conserva su filiación de origen. La patria potestad del padre de sangre se suspende para pasar al adoptante y puede retornar si se produce la muerte del adoptante o se lo sanciona con alguna de las especies de modalidades a que se encuentra sujeta la patria potestad.

También retorna la patria potestad si se revoca la adopción, característica esencial de ese tipo adoptivo y al cual nos referiremos más adelante. Digamos ahora que a consecuencia del mantenimiento de la filiación de origen, recordemos que a nuestro entender la adopción sólo establece un vínculo de parentesco, el menor puede agregar el apellido del adoptante el suyo propio; en caso de estar en la indigencia puede pedir alimentos a sus parientes de sangre; los hereda y se encuentra sujeto a los impedimentos matrimoniales derivados de su verdadera filiación. Como dijimos, lo que atañe a la esencia de la adopción simple es su revocabilidad.

Tratándose de un vínculo que no reconoce origen natural y que resulta sólo de una creación de derecho, es lógico que se admita la renuncia al estado adoptivo por causales de entidad, mientras el adoptado sea menor, o por mutuo acuerdo con el adoptante cuando llega a su mayoría de edad.

De tal manera, el emplazamiento del menor en su condición de adoptado no es definitivo y puede dársele oportunidad para que retorne a su familia de origen o sea nuevamente adoptado. No se olvide que el

vínculo ha sido establecido por lo común sin escuchar su opinión o comprender los alcances que posee y que no se puede obligar a mantener un lazo que no encuentra fundamentación en la sangre.

- b) **Adopción Plena:** Como variante de la anterior y dirigida a hacer más profundos los efectos del vínculo adoptivo aparece la adopción plena, que es receptada en la legislación internacional generalmente acompañando a la adopción simple a o menos plena.

Se caracteriza este tipo de adopción por aniquilar el vínculo de origen del menor (es intención de la ley terminar con su verdadera filiación), creando en su reemplazo el vínculo adoptivo, que une al adoptado con el adoptante y los parientes de éste, con la calidad de un hijo legítimo del adoptante.

Las consecuencias de tan trascendente característica son la irrevocabilidad del nuevo vínculo; el apartamiento total y definitivo del menor de su familia de origen; la imposibilidad de que el adoptado se beneficie con derechos que provengan de sus parientes de sangre y de que haga adiciones al apellido del adoptante.

La adopción plena fue originariamente concebida como una institución destinada a los menores sin filiación establecida o abandonados<sup>19</sup>, pero esta limitación ha sido dejada de lado para alcanzar otras situaciones que no aparecen suficientemente justificadoras de la posibilidad de adoptar plenariamente.

La inscripción de la adopción plena, al igual que la de la adopción simple, se realiza en el propio título de estado del menor, es decir, en su partida de nacimiento originaria.

Pero en el tipo adoptivo que veremos seguidamente (variante de la adopción plena) no ocurre así. Se torna posible en las adopciones simple y plena no legitimante, determinar el verdadero origen del menor,

---

<sup>19</sup> D'ANTONIO, Adopción plena y declaración judicial de abandono, ED, 34-961. En esta obra propiciamos la restricción de la adopción plena para tales supuestos, así como también la acreditación del estado de abandono en forma previa y por vía judicial.

lo cual condice con la posición de no ocultamiento de la realidad, propugnada insistentemente por los profesionales que intervienen en este ámbito de la problemática minoril.

- c) **Legitimación Adoptiva:** Con efectos similares a los de la adopción plena aparece regulada en algunos países la legitimación adoptiva, que respondiendo a la idea de ocultamiento de la verdad de su origen al menor adoptado y a los terceros, comprometiendo en la falsedad a los adoptantes, profesionales, magistrados y funcionarios intervinientes en el juicio de adopción, establece el secreto absoluto de las actuaciones y destruye la partida de nacimiento originaria del menor para reemplazarla por otra nueva, en la que los adoptantes aparecen como progenitores legítimos.

Este tipo de adopción impone el secreto respecto del origen del adoptado de manera coactiva, sancionando a quienes revelen la verdad del origen del niño. Se aparta con ello de las constantes reclamaciones que se formulan para que se instruya al menor acerca de su origen convirtiendo la adopción en instrumento de censura, pues permite sostener que sólo tiene en miras el interés de los adoptantes, no el del menor<sup>20</sup>.

### **2.3.2. CONCUBINATO**

#### **2.3.2.1. CONCEPTO**

La unión de hecho o el concubinato puede conceptuarse como "la convivencia habitual, esto es, continua y permanente, desenvuelta de modo ostensible, con la nota de honestidad o fidelidad y sin impedimento para transformarse en matrimonio.

<sup>20</sup> En el Curso sobre la adolescencia, realizado por el Centro Internacional de L'ENFRANCE, se expresa: "Revelar al niño su condición de adoptado es unánimemente reconocido como deseable. El niño debe ser progresivamente familiarizado con la noción de "hijo adoptado".

Oscar Borgonovo, en su libro "El Concubinato en la Legislación y en la Jurisprudencia" (Argentina) señala: "La pareja que tiene posesión de estado matrimonial y carece de vínculo jurídico entre sí, vive en concubinato. El concubinato es un matrimonio aparente y a su alrededor se constituye el grupo familiar, sus integrantes no son personas aisladas, al igual que los esposos, cumplen numerosas funciones familiares".

De Piña (2000), nos dice que junto al matrimonio de derecho, la legislación mexicana reconoce la existencia del matrimonio de hecho, o concubinato, la cual define como: "la unión de un hombre y una mujer, sin formalización legal, para cumplir los fines atribuidos al matrimonio" y duramente nos señala que el concubinato tiene su origen en la ignorancia y en la miseria, y el medio único para combatirlo racionalmente está en combatir la causa de estas plagas sociales. Soto (2005) define el concubinato como: "la cohabitación entre un hombre y una mujer solteros que viven en común prolongada y permanentemente, cuando la unión sexual entre un hombre y una mujer casados uno u otro configuran el delito de adulterio, esto es lo que nos dice en lo que refiere a la definición de concubinato a la vez este autor se pregunta, si se debe ignorar en absoluto esta realidad humana y agrega que el concubinato en nuestro medio ha sido durante mucho tiempo una realidad y por lo mismo, debe orientarse a quienes viven en amasiato para que legalicen su unión por medio del matrimonio." Sánchez (1991) señala que el objeto principal del derecho es la familia de derecho y las diferentes relaciones jurídicas que la estructuran y que sólo por excepción se consideran algunos efectos de la filiación de la familia de hecho, refiriéndose en este caso al concubinato, al cual lo clasifica como familia natural y la define como: "la unión de hecho de un hombre y una mujer, de carácter inestable y no conforme a las buenas costumbres y que puede dar origen a las relaciones jurídicas solo con respecto a los hijos provenientes de esa unión". Cornejo (1999), señala que la poca atención que la doctrina jurídica suele dedicar a esta figura y la

forma fragmentaria y dispersa con que es tratada en la mayoría de las legislaciones, hacen que las características y consecuencias de la misma no aparezcan con entera claridad. Se puede sin embargo distinguir dos acepciones de la palabra concubinato, una amplia, según la cual lo habrá allí donde un varón y una mujer hagan, sin ser casados, vida de tales y otra restringida, que exige la concurrencia de ciertos requisitos para que la convivencia marital sea tenida por concubinato.

Se está ante una unión de hecho; cuando un hombre y una mujer hacen vida de casados, se orientan hacia los mismos fines y cumplen los deberes estipulados para el matrimonio, pero lo objetivo, lo evidente es que viven en el mismo hogar, con una nota de permanencia, y de manera pública<sup>21</sup>. Por estas características que presenta, bien ganado tiene el status de familia, y es la razón por la que, la comunidad y el Estado deben protegerla, tal como lo manda la Constitución vigente en su artículo 5, encontrándose justificado, entonces, se contribuya a que el anhelo de la pareja de ser padres biológicos o adoptivos no encuentre limitaciones en el marco legislativo peruano.

#### **2.3.2.3. NATURALEZA JURÍDICA**

Determinar la naturaleza jurídica de la unión de hecho no es tarea pacífica, como tampoco lo es la del matrimonio.

VARSÍ ROSPIGLIOSI(2014) señala :Una interpretación del artículo 5 de la Constitución Política del Perú permite inferir que la protección de la familia en un Estado Democrático y Social de Derecho empieza por el reconocimiento de pluralidad de estructuras familiares, abandonando la idea de que el matrimonio es el único medio generador de familia, por lo que se concluye que existe otra fuente que es la unión estable, con finalidades,

<sup>21</sup> Costa Carhuavilca Ericsson. ¿El concubinato puede derivar derechos sucesorios?. T.I, Méjico, Instituto de Investigaciones Jurídicas 2006 p.472



deberes y derecho similares a los del matrimonio, como se confirma y reafirma en el contenido del artículo 326 del código civil de 1984( p 77).

Teoría Institucionalista.- Reinoso de Solari señala : Si consideramos que la teoría del matrimonio institución es la más aceptada, a la unión estable le correspondería naturaleza jurídica similar, en razón de que esta unión es un acuerdo libre de voluntades y cumple con los elementos propios del matrimonio, como son los deberes de fidelidad y asistencia, deberes y obligaciones frente a sus hijos y a terceros, generando consecuencias jurídicas.(como se cito en Varsi, 2014, p 78).

Teoría Contractualista.-VARSI ROSPIGLIOSI (2014) señala :La unión estable se presenta como una relación exclusivamente contractual, en la que los compañeros componen sus relaciones en base a criterios económicos. Consideramos, al igual que en el caso del matrimonio, que al acuerdo de voluntades entre los conviviente no puede atribuírsele los elementos propios de un contrato, puesto que la unión estable carece de contenido patrimonial. En la unión libre sus integrantes se deben auxilio y ayuda mutua, lo que es una consecuencia derivada de la misma convivencia y no el objetivo de esta.(p 78)

Teoría del Acto jurídico Familiar.-La unión estable es un acto jurídico familiar en el que se pone especial relieve la voluntad de los compañeros en generar relaciones familiares. El Tribunal constitucional ha señalado en el expediente N° 06572-2006-PA/TC, 6 de noviembre de 2007.Fundamento 13 “que 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”. (como se cito en Varsi, 2014, p.78).

Son muchas las teorías que han tratado de establecer la naturaleza jurídica de las uniones de hecho. Algunos han citado que se trataría de una relación contractual o de un acto jurídico familiar, aplicando la misma teoría contractualista que alguna vez se le atribuyó al matrimonio, bajo esta teoría, la unión estable sería la respuesta a la libre voluntad de los concubinos, quienes partiendo de su insubordinada autonomía, establecen relaciones jurídicas entre ellos. Esta acepción no sería la más adecuada, pues todo contrato hace referencia a una relación jurídica de orden patrimonial, no teniendo en sí el concubinato ni un contenido patrimonial, ni un contenido económico, en efecto, en la unión de hecho se establecen “relaciones jurídicas familiares” que van más allá de lo puramente patrimonial, se establecen relaciones personales entre los convivientes y entre éstos y sus descendientes, que prevalecen y llegan a escapar de toda concepción contractualista.

Es entonces más acertado y más acorde con esta tipología familiar, establecer la naturaleza jurídica de las uniones de hecho a partir de una teoría de similitud, a partir de una teoría de equivalencia o de apariencia, lo que nos llevaría a concluir que las uniones de hecho son en esencia una institución familiar semejante al matrimonio, algunos incluso lo han llegado a catalogar como un tipo de matrimonio, como un “matrimonio informal”. Es acertado establecer la naturaleza jurídica del concubinato a través de la teoría de la equivalencia o apariencia, toda vez que las uniones de hecho poseen una estructura, un funcionamiento o si quiere llamarse en otras palabras, una naturaleza jurídica equivalente al matrimonio. En ambos casos hablamos de la unión intersexual voluntaria de un hombre con una mujer, en ambos casos hablamos de una unión con características de permanencia y habitualidad y con vocación de asistencia recíproca y fidelidad, en ambos casos se establecen relaciones patrimoniales semejantes.

Nuestra legislación ha acogido esta teoría de la similitud, entendiendo a la unión de hecho como una apariencia del estado matrimonial, mal menos en lo que se refiere al aspecto patrimonial, así tanto la Constitución peruana de 1993 como el Código Civil peruano vigente establecen de manera general a las Uniones de Hecho como una unión con estabilidad y voluntaria conformada por un hombre y una mujer, que no tienen ningún tipo de impedimento matrimonial, que cumplen deberes similares a los del matrimonio, que constituyen un hogar de hecho y que gozan de una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

#### **2.3.2.4. CALIFICACIÓN**

##### **a. UNIÓN DE HECHO PROPIA, PURA O UNIÓN ESTABLE**

También llamado por la doctrina como concubinato propio. Es la convivencia intersexual, consensuada, estable y habitual, de un varón con una mujer, libres de todo impedimento matrimonial. Hablamos de unión de hecho propia, para referirnos a la unión libre de dos personas solteras, de dos personas que no se encuentran atadas por ningún compromiso matrimonial previo y quiénes se encuentran habilitados para trasmutar su unión en un matrimonio civil. Es el tipo de concubinato que ha encontrado reconocimiento en el texto Constitucional de 1993 y en el Código Civil de 1984, extendiéndosele tanto derechos patrimoniales como personales, pues tanto en el artículo de nuestra Constitución, como en el artículo 326 del C.C., se ha establecido un supuesto de hecho para que la unión estable genere efectos jurídicos, esto es que la unión provenga de un varón con una mujer libres de impedimento matrimonial.

Siguiendo las ideas de Emilio Valverde, Héctor Cornejo refiriéndose a este tipo de concubinato, lo clasificaba como un concubinato en sentido restringido, como la “convivencia habitual, esto, es continua y permanente, desenvuelta de modo ostensible, con la nota de honestidad o fidelidad de la

mujer y sin impedimento para transformarse en matrimonio”, de donde se infiere que no solamente la relación sexual esporádica y el libre comercio carnal, sino también la convivencia violatoria de alguna insalvable disposición legal relativa a los impedimentos para contraer matrimonio, queda excluida del concepto estricto de concubinato<sup>22</sup>.

Peralta (2008) se refería a este tipo de concubinato manifestando que se presenta como una unión extramatrimonial duradera, entre un varón y una mujer, de modo que puedan transformar su situación de hecho en una de derecho, por no existir impedimento alguno que obste la realización del matrimonio civil. Viven en concubinato propio los solteros, los viudos, los divorciados y aquellos cuyo matrimonio ha sido declarado nulo judicialmente. (p. 71) <sup>23</sup>

Siguiendo el sistema jurídico y la doctrina brasileña, Varsi (2014) no se muestra conforme con la terminología usualmente empleada y diferencia los términos “unión estable” y “concubinato”, quiénes a decir de este autor no son locuciones sinónimas. Varsi manifiesta que la unión estable y el concubinato siempre serán una unión de hecho. La unión estable sería la unión del hecho pura o propia. El concubinato sería la unión de hecho impropia o impura, porque las partes están en una situación que les impide casarse. (p. 382) <sup>24</sup>.

De similar idea es Solari (1999), aunque usando una terminología distinta, así esta autor argentino hace una distinción entre los términos “Unión Libre” y “Concubinato”, señalando que se ha distinguido la unión libre del concubinato. La primera, se caracteriza por el hecho que las partes no

---

22 CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. Cit. p.71

23 PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. Ob. Cit. p.140

24 VARSÍ ROSPIGIONE, Enrique. Ob. Cit. p.382

tienen impedimentos matrimoniales; la segunda es cuando una o ambas tienen impedimento para contraer matrimonio (p. 18) <sup>25</sup>.

Desde nuestro punto de vista, teniendo en cuenta que concubinato en sentido lato es definido como la relación marital de un hombre con una mujer sin estar casados, es que este concepto englobaría tanto a la unión de hecho propia como a la unión de hecho impropia, pues en ambos casos hablamos de una relación heterosexual extramarital, motivo por el cual no encontramos suficiente fundamento, ni razón, para excluir de la terminología concubinato a la unión de hecho propia y asignarle esta terminología únicamente a la unión de hecho impropia como una forma de repudio.

#### **b. Unión de Hecho Impropia o Impura**

También llamado comúnmente concubinato impropio, que ha contrario sensu de la unión de hecho propia, es la convivencia consensuada, estable y habitual, de dos personas que ostentan impedimento matrimonial<sup>26</sup>, sea

---

<sup>25</sup> SOLARI, Néstor E. Ob.Cit.p.18

<sup>26</sup> El art. 241 del C.C. de 1984, norma los impedimentos matrimoniales absolutos para contraer matrimonio civil, manifestándose de la siguiente forma: “No pueden contraer matrimonio:

- 1.- Los adolescentes. El juez puede dispensar este impedimento por motivos justificados, siempre que los contrayentes tengan, como mínimo, dieciséis años cumplidos y manifiesten expresamente su voluntad de casarse”.
- 2.- Los adolecieren de enfermedad crónica, contagiosa y trasmisible por herencia, o de vicio que constituya peligro para la prole.
- 3.- Los que padecieren crónicamente de enfermedad mental, aunque tengan intervalos lúcidos.
- 4.- Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegosmudos que no supieren expresar su voluntad de manera indubitable (Inciso derogado por la ley 29973, ley general de la persona con discapacidad).
- 5.- Los casados”.

A su vez el art. 242 del mismo Código, norma los impedimentos matrimoniales relativos para contraer matrimonio civil, manifestándose de la siguiente forma: “No pueden contraer matrimonio entre sí:

- 1.- Los consanguíneos en línea recta. El fallo que condena al pago de alimentos en favor del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado judicialmente produce también el impedimento a que se refiere este inciso.
- 2.- Los consanguíneos en líneas colateral dentro del segundo y el tercer grados. Tratándose del tercer grado el juez puede dispensar este impedimento cuando existan motivos graves.
- 3.- Los afines en línea recta.
- 4.- Los afines en el segundo grado de la línea colateral cuando el matrimonio que produjo la afinidad se disolvió por divorcio y el ex cónyuge vive.



porque uno o ambos convivientes, se encuentra o se encuentran desposados civilmente con una tercera persona.

Peralta (2008) nos ilustra manifestando que esta unión de hecho, se presenta como una unión extramatrimonial ilegítima por existir un impedimento legal que obstaculiza la realización del matrimonio. En este caso, los concubinos no pueden contraerlo porque uno de ellos o ambos a la vez tienen impedimento o se hallan unidos a otro enlace civil anterior. Es de advertir, que en el concubinato impropio, no sólo no pueden contraer matrimonio civil en razón que uno o ambos están ligados anteriormente a otro enlace, de igual naturaleza, sino además porque medien otras causas expresamente determinadas en la ley. Estas causas son la impubertad, la enfermedad crónica, contagiosa o transmisible por herencia o vicio que constituya peligro para la prole; la enfermedad mental crónica, la consanguinidad en línea recta, etc. (p. 141) <sup>27</sup>.

Algunos autores, han extendido el concepto de unión de hecho impropia hasta las familias homoafectivas, pues a diferencia de las uniones de hecho propias donde se exige la concurrencia de una pareja heterosexual para encontrar reconocimiento jurídico, el concubinato impropio al no estar atado a las antes mencionadas reglas, podría establecerse respetando o no la diversidad de sexos. Arias – Schreiber (2002), refiriéndose a este tipo de concubinato manifestaba que la unión de hecho impropia “no reúne las condiciones relativas a la diversidad de sexos, a la monogamia y a la libertad

---

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

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

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

<sup>27</sup> PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. Ob. Cit. p. 141



de impedimento matrimonial –no produce los efectos contemplados en la ley (p. 266) <sup>28</sup>.

Al ser el concubinato impropio para el legislador una unión extramatrimonial ilegítima, prohibida, jurídicamente repudiable, es que no se le han reconocido los efectos personales y patrimoniales de los que gozan las uniones de hecho propias, sin embargo, este tipo de unión tampoco ha sido confinada al absoluto desamparo legal, pues tal y como o establece el último párrafo del art. 326 del C.C., para los concubinos de una unión de hecho impropia, se les ha reservado el derecho de reclamarse entre sí, el enriquecimiento indebido, figura del libro de fuentes de las obligaciones regulada en el art. 1954 del C.C., el cual establece que: *“Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo”*.

### **c. LA UNIÓN DE HECHO Y OTRAS FORMAS FAMILIARES**

#### **1) La Unión de Hecho y la Familia Ensamblada**

Las llamadas familias ensambladas guardan una estrecha relación con las uniones de hecho, al originar estas a aquellas, en efecto, la familia ensambla es el núcleo familiar que se origina a partir de la unión matrimonial o convivencial de una parte, los hijos propios de cada uno de ellos y los hijos comunes que se originan de esta nueva unión. Al unirse en concubinato una pareja de padres solteros, una pareja de divorcio o de viudos con descendencia, darán lugar al surgimiento de la familia ensamblada.

Debido a que nuestra sociedad ha repudiado a términos como: “padrastro”, “madrastra”, “hijastro” e “hijastra”, así como al término “entrenados; dado la connotación despectiva y degradante que comúnmente

<sup>28</sup> ARIAS SCHEREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo VII. Edit., Gaceta Jurídica.

se les brinda, es que la doctrina acepta casi unánimemente que se denomine a los miembros de una familia ensambla como “padre, madre, hijo e hija afín”, este término “afín” proviene del parentesco por afinidad que surge de las nupcias de la pareja que conforma la familia ensamblada, término que por integración y por analogía, se hace extensivo hacia los miembros de una familia ensamblada originada en una unión de hecho, a pesar de que la convivencia more uxorio no genera parentesco por afinidad alguno.

Las familias ensambladas en general (tanto las surgidas del matrimonio, como las surgidas de las uniones de hecho), no han sido reguladas por el derecho objetivo, en la actualidad se encuentran sumergidas dentro de lo que se conoce como laguna legal, pues en nuestro ordenamiento jurídico no existe hasta la actualidad norma alguna que nos diga el concepto, como debe tratarse a una familia ensamblada o cuales son los derechos y deberes que les competen recíprocamente a padres e hijos afines, a pesar de ello, existen normas que de forma abreviada han hecho mención a la familia ensamblada originada por la unión de hecho, como es el caso de la ley 29282, que en el año 2008 incorporó un nuevo literal (literal “j”) al artículo 2 del T.U.O de la Ley 26260, Ley de Protección a la Violencia Familiar, señalando que se produce violencia entre: *“Uno de los convivientes y los parientes del otro hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, en las uniones de hecho”*, es decir que se incluye dentro de los beneficiarios de la ley, a padres e hijos afines de una familia ensamblada originada por concubinato, en realidad la ley de protección frente a la violencia familiar, es la norma que ostenta el concepto más amplio de familia de todo nuestro ordenamiento jurídico, pues en ella están incluidos los miembros de la familia nuclear matrimonial, los miembros de la familia

extendida, los miembros de la familia compuesta, los miembros de la convivencia more uxorio y los miembros de la familia ensamblada<sup>29</sup>.

Ante el silencio del legislador, ha sido la jurisprudencia constitucional quién ha pretendido superar la ambigüedad legal que atañe y afecta a las familias ensambladas, tal y como se pueden apreciar de las diversas sentencias del Tribunal Constitucional, en efecto, el máximo Órgano Jurisdiccional del país encargado de control concentrado de la Constitución se pronunció por primera vez sobre el tema en noviembre del 2007, en el recordado caso Shols Pérez, Expediente Nro. 09332-2006-PA/TC, cuando brindó protección a una familia ensamblada originada en una unión matrimonial, dado que un club privado negó carné familiar a la hija afín del demandante, bajo el desventurado argumento que no se podía entregar el mencionado carné a dicha menor, porque no tenía localidad de hija biológica del asociado, en este resonado caso, el Tribunal Constitucional reconoce por primera vez la existencia de la familia ensamblada y la define basándose en destacada doctrina argentina y uruguaya, reconociéndose que estas familias se originan en la unión matrimonial o la unión concubinaria en donde uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de una relación previa, es decir se incluye en el concepto de familias ensambladas a las uniones de hecho.

---

29 Basta para ello observar el artículo 2 del T.U.O de la citada ley, que establece a la letra establece lo siguiente:

“A los efectos de la presente Ley, se entenderá por violencia familiar, cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves y/o reiteradas, así como la violencia sexual, que se produzca entre:

- a. Conyugues.
- b. Ex conyugues.
- c. Convivientes.
- d. Ex convivientes.
- e. Ascendientes.
- f. Descendientes.
- g. Parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.
- h. Quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales.
- i. Quienes hayan procreado hijos en común, independientemente que convivan o no, al momento de producirse la violencia.
- j. Uno de los convivientes y los parientes del otro hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, en las uniones de hecho.

Pero no solo el Tribunal Constitucional ha tratado el tema de familias ensambladas originadas en el matrimonio, sino que existieron casos concretos de familias ensambladas originadas en uniones de hecho que fueron vistos por el Supremo Interprete de la Constitución así tenemos:

El caso Cayturo palma, Expediente Nro. 02478-2008-PA/TC, donde el Tribunal Constitucional rechaza una demanda de amparo que tenía como propósito remover del Comité de Vigilancia de la Asociación de Padres de Familia (APAFA) de una institución educativa a su presidente, bajo el argumento que este era una persona ajena a la APAFA y a la institución educativa, puesto que no era el padre biológico de los menores de iniciales K.F.C y D.F.C., al ser éstos hijos de su conviviente. Al resolver esta controversia, el Tribunal Constitucional manifestó que el emplazado ha acreditado fehacientemente ser apoderado de los menores de iniciales K.F.C y D.F.C., quienes si bien no son sus hijos biológicos, son hijos de sus conviviente y cuya educación asume, razón por la cual le asiste el derecho a ser elegible para ocupar dicho cargo.

En el caso De la Cruz Flores, Expediente Nro. 04493-2008-PA/TC, el Tribunal Constitucional ve un nuevo caso de acción de amparo que atañe a familias ensambladas originadas en uniones de hecho, aquí la demandante cuestionó una sentencia emitida en un proceso de alimentos, dado que el Juez de segunda instancia, asumió como deberes familiares del obligado atender a su convivencia y los tres hijos de ésta, reduciendo el porcentaje de la hija biológica de la demanda quien a su vez es hija biológica del antes mencionado obligado. En este caso en particular, por primera vez el Tribunal Constitucional se pronuncia respecto del derecho de alimentoss entre padres e hijos afines, recurriendo a la doctrina y a la legislación comparada, como es el caso del Código Civil Suizo, esta norma europea legisla el derecho

alimentario entre padres e hijos afines partiendo el deber conyugal de asistencia recíproca, bajo la fórmula que a partir de los deberes y derechos no patrimoniales existentes en el matrimonio (asistencia recíproca), los padres afines pueden compartir la responsabilidad frente a los hijos de su pareja nacidos en un matrimonio anterior, el Tribunal manifiesta que si bien este ejemplo se circunscribe la figura al cónyuge y no al conviviente, es de recordarse que estas referencias son orientaciones a partir de las cuales el juez puede, en concordancia con los principios constitucionales nacionales, definir algún tipo de regla; asimismo sin inclinarse hacia ninguna de las posturas narradas a continuación, el Tribunal Constitucional brinda al Juez del proceso de alimentos dos supuestos para resolver este conflicto, manifestando bajo una primera postura, que si se determina que existe tal obligación (entre padres e hijos afines), el demandado en el proceso de alimentos tendría el deber de mantener no solo a su hija biológica sino también a los hijos de su conviviente, es decir, a sus hijos sociales o afines, con lo que tendría que repartir la remuneración que percibe; por su parte la segunda postura manifiesta, que si se considera que no existe mandato legal y por consiguiente, la obligación de alimentos es aplicable solo a favor de los hijos biológicos, el razonamiento del fallo tendría que haber sido diferente, en efecto, si no existe tal obligación no existe deber familiar, desde esta perspectiva, nada impide que el demandado pueda prestar atenciones de solidaridad, valor constitucional en el Estado Social de Decreto.

En las familias ensambladas originadas en uniones matrimoniales, los derechos-deberes paternos entre padres e hijos afines, surgen de deberes maritales como es el caso del deber de asistencia, tenemos como referencia de ello al Código Civil Suizo, que establece en su art. 299 como un deber marital el *“apoyar al cónyuge de manera apropiada en el ejercicio de la autoridad parental sobre los hijos nacidos de otra unión y representarlos cuando las circunstancias lo exijan”*, en otros países europeos, se permite



incluso a los padres biológicos delegar la autoridad parental a terceros a través de pactos o convenios, a través de los llamados pactos familiares que deben ser sometidos a aprobación judicial, ejemplo de ello es la legislación francesa; en el derecho anglosajon se aplica una doctrina conocida como “*in loco parentis*”, cuyo significado es “*en lugar de los padres*”, a través de esta se delegan responsabilidades paternas, como la custodia y la alimentación, a personas distintas a los biológicos, como es el caso de los padres afines; en Argentina y Uruguay se ha establecido el derecho alimentario entre padres e hijos afines, bajo un predominante carácter de subsidiaridad<sup>30</sup>, lo cual implica que únicamente podrá ser exigible la obligación alimentaria al padre afín, cuando no existan parientes biológicos en aptitud de satisfacer dicho derecho, por razones de muerte, ausencia o inclusive por razones de carestía económica.

Las mismas reglas jurídicas que rigen a la familia ensamblada originada por matrimonio, deben aplicarse a la familia ensamblada originada por convivencia more uxorio, a pesar de que esta última no genera deberes maritales ni parentesco por afinidad, esto en vista que hablamos de un núcleo familiar unitario, indiviso y único<sup>31</sup>, que bajo dichas características, no admite un fraccionamiento o un tratamiento jurídico distinto por su origen matrimonial o extramatrimonial.

---

30 Lo cual se desprende del artículo 368 del Código Civil argentino que establece que: “*Entre los parientes por afinidad únicamente se deben alimentos aquellos que están vinculados en primer grado*” y del artículo 51 numerales 2 y 3 del Código de la Niñez y la Adolescencia uruguayo que establece que: “*los alimentos se prestarán subsidiariamente de acuerdo al siguiente orden (...) 2) El conyugue respecto a los hijos del otro en cuanto conviva con el beneficiario; 3) El concubino o la concubina, en relación al o los hijos del otro integrante de la pareja, que no son fruto de esa relación, si conviven todos juntos conformando una familia de hecho*”.

31 En efecto, hablamos de un núcleo familiar reconocido como “familia ensamblada”, originado en la unión matrimonial o convivencial de una pareja que previamente a iniciar su vida en común ha tenido descendencia con tercera persona, no hablamos de la existencia independiente de familias ensambladas matrimoniales y de familias ensambladas extramatrimoniales.



Los artículos 4 y 6 de nuestra Constitución Política, vienen a establecer funciones elementales de todo núcleo familiar dentro de nuestra sociedad, que a resumidas cuentas son el cuidado, la alimentación y la educación de la prole<sup>32</sup>, así Bernal (1990) citaba que la protección al niño mencionaba en el art. 4 de la Constitución, debe contener, cuanto menos, los siguientes elementos: lo necesario para su subsistencia natural, que incluye alimentación, vestido y techo.

Lo necesario para su educación, inclusive la preescolar, así como el entorno necesario para su mejor desarrollo inicial y la protección emocional que, en primer lugar, debe y solo puede darle su propia familia. Es el cuidado del equilibrio psicológico del niño el que debe ser considerado como elemento central de su protección. La protección al adolescente incluye su subsistencia, educación y desarrollo emocional en planos distintos a los del niño; pero además, su educación y seguridad moral –con particular incidencia en la lucha contra el consumo de drogas –y sus perspectivas laborales, la familia ensamblada cumple estas funciones elementales, razón por la que el derecho no debería permanecer desvinculado de las relaciones paternas entre padres e hijos afines, pues sería mezquino y no se cumplirían los preceptos constitucionales antes descritos, si descartamos a los padres

---

32 Estas funciones son extensibles a todo núcleo familiar sin importar su tipología nuclear marital, extramarital o ensamblada. Así el artículo 4 del Texto Constitucional establece estas funciones cuando cita que: **“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio”**.

Y el artículo 6 del Texto Constitucional cita estas funciones cuando menciona que: **“La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir**. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y al acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud”.

**Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos**. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.

Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad”. (La negrita es nuestra).

afines de toda relación parental con sus hijos afines, en efecto, en la convivencia de una familia ensamblada, el hijo afín tiene como figura paterna a su padre afín, lo cual hace nacer en el padre afín el deber de proteger, educar, dar buenos ejemplos de vida e inclusive de corregir moderadamente a sus hijos afines, este deber de cuidado o protección implicaría también que el padre afín represente a su hijo afín en ciertos actos de ejercicio; asimismo el padre afín asumiría la obligación de alimentar a sus hijos afines, es decir de brindar la subsistencia, solventar la educación, el vestido, la asistencia médica y la recreación del hijo afín, cuando el padre biológico no se encuentre en aptitud de asumir dicha obligación, por razones de muerte, ausencia o de pobreza, sin perjuicio de que el padre afín colabore con dichos gastos aun estando el padre biológico en aptitud de dar cumplimiento a sus obligaciones alimentarias, como una forma de manifestación del valor solidario familiar.

## **2) Las Uniones de Hecho y las Familias Homoafectivas**

### **a) Las convivencias homoafectivas**

Una familia homoafectiva es aquella comunidad de vida conformada por una pareja del mismo sexo que hace vida en común, compartiendo afecto, un mismo lecho y habitación, trato sexual, así como asistencia económica y moral. La mayor parte de la doctrina prefiere utilizar la denominación “familias homoafectivas” para referirse a estos núcleos familiares, obviando términos como “familia homosexual”, debido a la connotación ofensiva y discriminadora que la sociedad brinda al término “homosexual”. Por otro lado a las relaciones parentales consanguíneas, es decir, a las relaciones paterno-filiales del miembro o de los miembros de una familia homoafectiva, así como a las relaciones parentales afines o civiles de uno de los miembros o de la pareja homoafectiva, se les suele denominar relaciones homoparentales.

Las convivencias homoafectivas son muy vetustas, de hecho existen antecedentes de ellas en grandes y antiguas culturas como la griega, en esta sociedad añosa este tipo de convivencia habría sido aceptado. Con el paso del tiempo y debido principalmente al pensamiento católico más conservador, es que se condenó a éstas clase de convivencias, atribuyéndoseles un carácter antinatural, inmoral y por supuesto también pecaminoso, la homosexualidad fue vista durante siglos como una patología, surgiendo la marginación, la exclusión, la discriminación e inclusive la penalización de las conductas homosexuales.

La consolidación de los Derechos Humanos basados en la nociones de libertad, igualdad y fraternidad, a través de los diversos instrumentos internacionales donde están recogidos, fueron determinantes para que se fuera progresivamente atenuando el rechazo y el repudio que se tenía por la convivencia homoafectiva y por las personas que conformaban esta clase de convivencia, surgiendo la tolerancia en la mayoría de sociedades, tolerancia, que se fue paulatinamente irradiando en los campos médicos, sociológicos, antropológicos, psicológicos y por supuesto también jurídicos; en 1992 la homosexualidad fue excluida de la clasificación internacional de enfermedades que realiza la Organización Mundial de la Salud (OMS). Respecto del ámbito jurídico, Holanda fue el primer país que estableció un régimen legal para las convivencias homoafectivas en el año 2000, catorce años después, encontramos que este reconocimiento se ha ido extendiendo por el mundo, teniendo referencias legales expresas de las familias homoafectivas en las legislaciones española, francesa, noruega, belga o sueca, en Sudáfrica, en algunos Estados de Norteamérica y también en algunas legislaciones latinoamericanas como es el caso de las legislaciones argentina, uruguaya o mexicana, también han desarrollado el tema las jurisprudencias de país como Brasil o Colombia.

Describimos los siguientes sistemas legislativos que han acogido a las uniones homoafectivas:

- (i) **El matrimonio homoafectivo:** Se cimienta en la tesis que el matrimonio civil es una creación de la cultura, es decir del hombre, no de Dios, ni de la naturaleza y el pensamiento cultural es variable. Se sostiene que la convivencia homoafectiva es una realidad perceptible, no ilegal, no ilícita, que como tal genera efectos que requieren de una regulación jurídica, no existe por lo tanto motivo válido, ni suficientemente justificable, para establecer un trato diferenciado entre las parejas homoafectivas y las parejas heterosexuales (matrimonio y convivencia more uxorio).

Se dice que la institucionalización jurídica de las familias homoafectivas, en realidad no perjudica a nadie, la única objeción se reduciría al término matrimonio, más no al contenido de la institución.

Los que defienden esta postura asimismo sostiene que la sexualidad no tiene como único fin la procreación, la procreación y el cuidado de la prole no son más requisitos absolutos predeterminados, para formas de convivencia familiar distintas a los moldes familiares tradicionales. Plácido (2014), quien se muestra a favor del matrimonio homoafectivo, sostiene que si el hecho de no poder procrear la pareja homosexual fuera razón suficiente para impedir su matrimonio, también podría sostener la prohibición del matrimonio de quienes por razones físicas o de avanzada edad no pueden procrear, no obstante se de distinto sexo. Por cierto, los órganos sexuales son instrumentos de la procreación, pero además, cumplen la función de dar satisfacción al natural impulso sexual. Y esto también forma parte de los derechos atinentes a la condición humana. En el caso de los homosexuales que sienten el deseo y la necesidad de dar estabilidad a su vida mediante la

constitución de una pareja permanente, el matrimonio es para ellos el modo de dar singularidad, regularidad y orden a su vida espiritual, conforme a la muy humana necesidad que todo individuo siente de no vivir en soledad, y también al natural impulso amoroso y sexual que, en su caso, es hacia personas del mismo sexo, por más que no puedan procrear. Ello sin perjuicio de que la pareja homosexual pueda optar por convivir de manera estable sin contraer matrimonio, como puede hacerlo la pareja heterosexual<sup>33</sup>. Este sistema ve al matrimonio como una sola institución, independientemente de la orientación sexual o del sexo de los consortes matrimoniales, otorgando a los cónyuges (sin importar que éstos sean heterosexuales u homosexuales) exactamente los mismos derechos, obligaciones y cargas, inclusive en temas referidos a adopción de menores.

En la región, Argentina ha recogido este sistema legal, a través de la dación de la Ley 26.618, promulgada el 21 de julio del año 2010, que realizó radicales modificaciones al Código Civil respecto de la institución matrimonial, incorporando al matrimonio homoafectivo<sup>34</sup>, incluyéndose modificatorias en cuanto al régimen de patria potestad<sup>35</sup> y en cuanto a la institución de la adopción<sup>36</sup>.

---

33 PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F. La admisión de la convivencia homoafectiva como un tipo de familia constitucionalmente protegida. En: <http://blog.pucp.edu.pe/item/183419/la-admisi-n-de-la-convivencia-homoafectiva-como-un-tipo-de-familia-cpmstitucionalmente-prottegida>.

34 **Artículo 2 Ley 26.618°.** sustituyese el artículo 172 del Código civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 172: Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo.  
El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

35 **Artículo 4° Ley 26.618°:** Sustituyese el artículo 206 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 206: Separados por sentencia firme, cada uno de los conyugues podrá fijar libremente su domicilio o residencia. Si tuviese hijos de ambos a su cargo, se aplicarán las disposiciones relativas al régimen de patria potestad.



- (ii) **Unión civil:** Este sistema no necesariamente asemeja la unión homoafectiva al matrimonio, más crea un estado civil similar al matrimonio, en efecto, se permite a parejas homoafectivas acceder a derechos y ventajas de los que goza la pareja heterosexual matrimonial, también se asocia a esta figura los llamados pactos de solidaridad o sociedades de convivencia.

Dentro de los llamados pactos de solidaridad, tenemos como principal referencia al *Pacte Civil du Solidarité* francés (pacto civil de solidaridad), definido como “*un contrato celebrado entre dos personas mayores de edad, de sexo distinto o del mismo sexo, para organizar su vida en común*”<sup>37</sup>. Se dice que este pacto tiene un contenido netamente patrimonial y/o económico, la firma de este acuerdo permite a los pactantes no solo acogerse a un régimen patrimonial sobre los bienes que adquieren durante la convivencia, sino también regular otros aspectos patrimoniales<sup>38</sup>, a los acuerdos de los convivientes se les denomina también capitulaciones **paramatrimoniales**<sup>39</sup>.

---

Los hijos menores de CINCO (5) años quedaran a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. En casos de matrimonios constituidos por ambos conyugues del mismo sexo, a falta de acuerdo, el juez considere más idóneo. Los progenitores continuaran sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos.

**36Artículo 16 Ley 26.618.** Sustituyese el artículo 326 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 326: El hijo adoptivo llevará el primer apellido del adoptante, o su apellido compuesto si éste solicita su agregación.

En caso que los adoptantes sean conyugues de distinto sexo, a pedido de estos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del padre adoptivo o agregar al primero de este, el primero de la madre adoptiva.

En caso que los conyugues sean de un mismo sexo, a pedido de estos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del conyugue del cual tuviera el primer apellido o agregar al primero de este, el primero del otro.

37 Art. 515-1 del Código Civil Francés.

38 BLANCO RODRIGUEZ, Jinyola y CHAUX ROJAS, Daniel Felipe. La celebración de capitulaciones en la unión marital de hecho. 126 Vniversitas. Bogotá, 2013. P. 70.

39 En nuestro país se han elaborado proyectos de ley que pretenden regular los derechos de los convivientes homoafectivos, partiendo de estos pactos de solidaridad o sociedades de convivencia. Ejemplos de ello son el Proyecto de Ley 3273-2013-CR, también conocido como proyecto de “**Sociedad solidaria**” o Proyecto “Martha Chavez”, Este proyecto pretende establecer una sociedad concertada entre dos personas mayores de edad, que pueden ser de distinto o del mismo sexo, quienes hacen vida en común, con el objeto de apoyarse, originando derechos patrimoniales, se constituye esta sociedad mediante escritura pública y se inscribe en el



- (iii) **Uniones estables:** Bajos este sistema se brinda a las uniones homoafectivas exactamente el mismo tratamiento jurídico que se brinda a las uniones de hecho heterosexuales o uniones estables, esta forma de protección ha encontrado un desarrollo en la jurisprudencia brasileña y colombiana, también se aplica en Uruguay, aunque bajo la denominación “unión civil”.

Si bien nuestra Constitución derogada (Constitución de 1979), han erigido como modelo familiar constitucional a la familia matrimonial nuclear heterosexual y va las uniones estables también heterosexuales, como se puede interpretar de los artículos 4 y 5 del texto constitucional vigente<sup>40</sup>, las familias homoafectivas (qué duda cabe que no puede excluirseles del rótulo de “familia”), no se encuentran vedadas, ni prescindidas para la Constitución, ni para la ley ordinaria, pues al separarse en la Constitución política de 1993 los términos “familia” y “matrimonio”, siguiéndose los lineamientos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. VI)<sup>41</sup> y del Protocolo Adicional a la Convención América en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 15.2)<sup>42</sup>, es que es viable que el ordenamiento jurídico reconozca otras convivencia familiares monoparentales, las

---

registro personal, pretende brindar a la sociedad solidaria los mismos efectos de una sociedad de gananciales, además establece para la disolución y extinción de la sociedad solidaria, exactamente las mismas causales y efectos que la ley ha establecido para las uniones de hecho heterosexuales. También existe el **Proyecto de Ley 2801-2013-CR**, también conocido como Proyecto “Julio Rosas”, este proyecto igualmente pretende establecer derechos patrimoniales y sucesorios para los convivientes homoafectivos de forma similar al proyecto de sociedad solidaria, es decir mediante la celebración de una Escritura Pública inscribible en el registro personal, aunque estos derechos son otorgados de forma limitada, pues hace extensivos los derechos sucesorios a la pareja, siempre y cuando que no existan herederos legales.

40 Que establecen el principio de promoción del matrimonio, que reconocen al matrimonio como instituto natural y fundamental de la sociedad y que reconocen a las uniones estables o uniones de hecho como fuente de familia, al brindarles efectos jurídicos personas y patrimoniales.

41 La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre únicamente establece en su art. VI el: *“derecho fundamental de toda persona a fundar una familia”*.

42 Art. 15.2: *“Que toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna”*.

familias ensambladas y también por supuesto las familias homoafectivas, después de todo como decía Fernández Galiano, el derecho es un “saber humano aplicado a la realidad”, sustentado en valores como la justicia; la igualdad entre las personas; la libertad jurídica que se manifiesta ante situaciones inciertas, a fin de que el derecho actúe para superar esta incertidumbre con precisión y el bien común cuyo fin es lograr el bienestar de estos los miembros de una sociedad.

Estando claro que no existe una razón justificada para excluir a las parejas homoafectivas del concepto de familia, es que corresponda analizar cuál sería el tratamiento legal más adecuado para proteger a estos núcleos familiares. El régimen legal de los llamados pactos de solidaridad o sociedades de convivencia, no resulta el más adecuado, al ser el régimen jurídico más limitado dentro de aquellos que reconocen a las familias homoafectivas, pues como antes hemos citado su fin principal es otorgar una protección de orden económico – patrimonial, trascendiendo la vida familiar a lo estrictamente económico. Tampoco nos encontramos de acuerdo con establecer un único régimen matrimonial, independientemente del sexo o la orientación sexual de los contrayentes, siguiendo al modelo argentino, pues no creemos pertinente, ni necesario, erigir modificaciones radicales a una conquista cultural tan grande para la sociedad, el matrimonio (que tuvo una indudable inspiración en el derecho canónico)<sup>43</sup>, como suprimir el requisito de heterosexualidad de los contrayentes, para proteger la vida de pareja homoafectiva, tampoco deberíamos dar cabida a proyectos de

---

43 Qué duda cabe de la influencia canónica en la construcción de la idea de matrimonio, en efecto, el art. 1055 del Código de Derecho Canónico de 1983 define al matrimonio como: “la alianza matrimonial, pro la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados”. Concepto particularmente símil a nuestra concepción jurídica de matrimonio, pues en ambos casos se refiere a una unión monográfica heterosexual estable, en ambos casos se especifica como funciones básicas del mismo la generación y educación de la prole y esta similitud no solo se da a nivel conceptual, sino derecho canónico (así en ambos casos se impide el matrimonio entre una mujer raptada y su raptor, entre el que con el fin de contraer matrimonio atenta contra la vida del conyugue, entre los emparentados en línea recta por consanguinidad, entre el adoptante y el adoptado).

ley precipitados y anti técnicos<sup>44</sup>. Si bien el matrimonio civil es una creación de la cultura (inspirada por el pensamiento religioso como antes hemos citado), no puede descoserse ni obviarse su concepción histórica, en efecto, esta institución se ha fundado en la idea de unión heterosexual-intersexual (es decir como la unión de un varón con una mujer) concertada y libre y esta idea se centra en la naturaleza humana, pues solo este tipo de unión se le ha asignado además de la tarea reproductiva, otra de no menos importancia, que es la crianza y el cuidado de la descendencia, estos fines tan importantes para la Sociedad, han conllevado a que se hayan establecido constitucionalmente como deberes del Estado, la protección del matrimonio y su promoción, a que el texto constitucional reconozca al matrimonio como “instituto y fundamental de la sociedad” (art. 4), justamente porque cumple con el fin de preservar la raza humana a través de la fundación y para que se haya procurado establecer un régimen legal estable que procure protección no solo a las relaciones de la pareja conyugal, sino también a las relaciones paterno – filiales. En ese sentido ha citado Yuri Vega, que aparece incontrastable que para la ley peruana el matrimonio sólo puede darse entre varón y mujer pues, por otro lado, y aun cuando no sea el único propósito, la Constitución menciona dentro del mismo art. 4 a sujetos que merecen especial ruleta como son el niño, el anciano y la mujer de los miembros de la familia que requiere primordial atención al interior y fuera de la familia. Si lo asume como parte de un núcleo familiar, parece desprenderse de ello que la

---

44 Como el **Proyecto de Ley 2647/2013-CR**, denominado “**Unión Civil no matrimonial**” o proyecto Bruce, que se reñte a intitular a la unión homoafectiva como matrimonio homoafectivo, sin embargo visto su contenido, pareciera pretender establecer en el fondo una clase de matrimonio homoafectivo, dándole a la pareja homoafectiva derechos de índole matrimonial que inequitativamente superan a los derechos de la unión de hecho heterosexual reconocida por la Constitución y por el Código Civil como fuente de familia, así este proyecto pretende instaurar para la pareja homoafectiva un nuevo estado civil, las faculta a elegir su propio régimen patrimonial entre los regímenes de separación de bienes y sociedad de gananciales, les faculta a contraer entre sí, los faculta a solicitar una pensión alimenticia durante la convivencia, derechos estos de los que no gozan en la actualidad los concubinos heterosexuales.

familia cumple las funciones que se predica de ella (socializa, educa, forma, moraliza, etc.), agrega este autor, es más, la homosexualidad es considerada para nuestro sistema jurídico como una de las casuales de decaimiento y disolución del vínculo conyugal<sup>45</sup>.

Tampoco puede pasar desapercibido, que nuestra Constitución vigente ha concebido el concepto de familia matrimonial y los principios antes esbozados (protección de la familia matrimonial, promoción del matrimonio), partiendo desde los instrumentos internacionales de Derecho Humanos, que forman parte del Derecho Nacional por mandato de la propia Constitución<sup>46</sup>, así el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que: *“los hombres y las mujeres, a partir de una núbil tiene derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad y religión, a casarse y fundar una familia”*; así mismo el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>47</sup> reconoce “el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad y las condiciones requeridas para ello”, es por lo tanto evidente que la institución matrimonial se funda en un presupuesto de heterosexualidad, sin que esto signifique ignorar u obviar otras formas de convivencia familiar, como bien ha explicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Ríffo y niñas vs. Chile, interpretando justamente el concepto de familia (en el cual no hay un concepto cerrado ni se protege un modelo tradicional), téngase presente que la Corte Interamericana no asocia la institución matrimonial a las uniones homoafectivas, más bien marca una diferencia entre estas,

---

45 VEGA MERE, Yuri. Ob. Cit. Pp 204-205.

46 Artículo 55 Constitución Política de 1993.- Tratados

Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

47 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49 Lista de los Estados que han ratificado el pacto.

al citar que el concepto de familia no está reducido al matrimonio y debe abarcar otras convivencias de hecho. Por otro lado, alguien sostener que la mención en los instrumentos internacionales al “varón” y a la “mujer” no implica reconocimiento alguno de la necesaria heterosexualidad del vínculo como rasgo esencial del matrimonio y de la familia, pues para afirmar ello tendría que haber precisado que varón y mujer tiene derecho a contraer matrimonio y fundar familia “entre sí”. Sin embargo, como se ha advertido ampliamente en sede doctrinal, esta precisión resulta innecesaria si se tiene en cuenta el significado de las palabras “matrimonio” y “familia” en el lenguaje común y máximo son las únicas que, para reconocer un derecho, utilizan la frase “varón” y “mujer”, en lugar de utilizar la más usuales expresiones “toda persona” o “todo individuo”, que sin embargo, si son utilizadas en el restante articulado para reconocer otros derechos<sup>48</sup>.

Debemos por lo tanto preguntarnos ¿Sí es necesario realizar modificaciones radicales a una conquista cultural tan grande e importante para la sociedad como es el matrimonio, para brindar protección a las parejas homoafectivas?, creemos que no es necesario, en efecto, más que decir que no es conveniente para la sociedad otorgar a las parejas homoafectivas al derecho de casarse, es mejor decir que para proteger la vida de pareja homoafectiva no es imprescindible implementar radicales modificaciones a la institución matrimonial en el Código Civil suprimiendo el requisito de la heterosexualidad.

Dentro de las múltiples y variadas opiniones surgidas en la doctrina peruana respecto de la regulación legal de las familias homoafectivas, que van desde el reconocimiento a los homosexuales del derecho a elegir entre casarse o establecer convivencias more uxorio estables,



hasta las propuestas que se resisten a establecer cualquier clase de régimen legal para uniones homoafectivas, concordamos con las ideas y el reconocimiento civilista que atribuye Mario Castillo Freyre (2014), al señalar, “solo bastaría con efectuar algunas modificaciones y adiciones al artículo 326 del Código Civil, que hoy regula las uniones de hecho, es decir, aquellas que se entablan de manera prolongada entre personas heterosexuales que no han contraído matrimonio. Tales uniones tienen en el Perú – desde hace muchos años- derechos patrimoniales similares a los de una sociedad conyugal y, en el 2013, se otorgó a sus integrantes el derecho a heredar entre sí. Esos derechos, podrían extenderse a la mutua obligación alimentaria. Pero esos beneficios insuficientes, pues el concubino también podría tener – reconocidos en el código – los mismos derechos que un cónyuge en materia de visitas a establecimientos penitenciarios, centros de salud, nacionalidad , seguridad social, toma de decisiones en tratamientos médicos o quirúrgicos, y otros, conforme a las leyes de la materia. Es injusto que quien convive de manera estable y prolongada con otra persona carezca de estos derechos civiles, omisión que debería ser corregido (...) así, enriquecido el 326, se podría extender y reconocer los mismos efectos legales a las uniones de hecho no inscritas entre parejas del mismo sexo.”<sup>49</sup>

#### **b. Las relaciones parentales homoafectivas**

La protección de las relaciones homoparentales se ha dado en nuestra región a través de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, es decir del principal y excluyente Órgano Judicial de la Organización de Estados Americanos (OEA), cuyo fin principal es interpretar y aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás tratados de Derechos Humanos, estableciendo mediante sentencias motivadas,

---

<sup>49</sup> CASTILLO FREYRE, Mario. (2014). En <https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/326-mario-castillo-freyre-307678>

obligatorias e inimpugnables, la responsabilidad de los Estados sometidos a su competencia ante la infracción o violación de los antes mencionados derechos.

Antes de analizar el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre las relaciones parentales homoafectivas, es pertinente analizar el alcance de estos fallos, pues la postura conservadora contraria a las familias homoafectivas, ha criticado la vinculatoriedad de estas sentencias, así se ha citado que éstos fallos son erga omnes, es decir vinculantes, sólo para los países éstos fallos se constituirían simplemente en doctrina legal, es decir en criterios en criterios orientadores, en criterios referentes al momento de interpretar los Derechos Humanos, tienen un carácter vinculante y de observancia, hayan o no hayan sido parte del proceso, para el resto de países estos fallos se constituirían simplemente en doctrina legal, es decir en criterio orientadores, en criterios referentes al momento de interpretar los Derechos Humanos contenidos en la Corte Interamericana. Otros citan en contrario, que las sentencias de la Corte Interamericana de Derecho Humanos tienen un carácter vinculante y de observancia obligatoria para todos los países que estén sometidos a su competencia, hayan o no hayan sido parte en el proceso donde se dictó el fallo.

En nuestro caso, la vinculatoriedad de estas sentencias ha sido establecida por la legislación procesal constitucional y por el propio Tribunal Constitucional, así el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece el siguiente mandato: *“El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas, por los*

*tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”; asimismo el Tribunal constitucional ha dejado asentado que: “la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la Corte Interamericana, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo desde luego, a este Tribunal”<sup>50</sup>.*

Tanto las Cortes europeas de Derechos Humanos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se refieren a la homosexualidad como “otra condición social”, proscribiendo todo acto o práctica discriminatoria basado en la orientación sexual de una persona. Un caso emblemático fue el caso AtalaRiffo y niñas Vs. Chile, en éste se declaró responsable a Chile por haber vulnerado los derechos a igualdad, a la no discriminación y a la vida privada de la Sra. AtalaRiffo, pues en un proceso de tuición o tenencia se decidió en contra de la señora Atala, basándose esta decisión en su orientación sexual. En efecto, en el año 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió un caso en contra de Chile, que involucraba la tenencia de tres niñas, su madre había comenzado una relación convivencial con otra mujer, enterado de esta circunstancia, el padre biológico de las niñas acciona judicialmente peticionandola tenencia y luego del largo trámite procesal y de agotarse todas la instancias judiciales, la Corte Suprema chilena da la razón al progenitor varón, ordenando a la madre entregar a sus hijas a su ex cónyuge, la decisión del Máximo Tribunal Chileno se sustenta fundamentalmente en el hecho de que al iniciar la madre una relación homosexual, se pondría en riesgo la formación y el desarrollo de las niñas, se aduce que sería nocivo para las niñas la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino, se dice que se podría afectar el

bienestar psíquico y emocional de las menores en este entorno familiar excepcional constituido por una pareja de mujeres, ya que “se diferencia significativamente de que tiene sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan” (Caso AtalaRiffo y niñas vs. Chile, fundamento 118), se citan además que la madre antepuso su libertad de expresar su condición de homosexual frente al “derecho de las niñas a desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social, según el modelo tradicional que le es propio” (Caso AtalaRiffo y niñas vs. Chile, fundamento 141) . La Corte Interamericana consideró que en este caso no se había presentado información alguna que demostrara que la orientación sexual de la madre o su proyecto de vida constituyeran un riesgo para sus hijas; por el contrario se cita que existía prueba que indicaba que las niñas deseaban continuar viviendo con su madre, que la madre velaba por sus intereses y la convivencia con la pareja de su madre no estaba generando ningún efecto desfavorable en las niñas, la Corte concluyó que las autoridades judiciales se basaron en simples **“presunciones de riesgo”** derivadas de **“perjuicios” y “estereotipos”, “sin base empírica o científica”** que demostrara los riesgos aludidos, respecto de la supuesta afectación al interés superior de las niñas por la vida indecorosa de su madre, cita la Corte Interamericana lo siguiente: “(...) la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginaciones. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padre o

preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia (...)” (Caso AtalaRiffo y niñas vs. Chile, fundamento 109)<sup>51</sup>.

Interpretando el concepto de familia de la convención Americana de Derechos Humanos, “la Corte Interamericana manifiesta que la Convención Americana no ostenta un concepto cerrado de familia, ni mucho menos protege un modelo tradicional de familia, el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las parejas tiene vida en común.” (Caso AtalaRiffo y niñas vs. Chile, fundamento 142)

Asimismo “la Corte deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención, por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona.” (Caso AtalaRiffo y niñas vs. Chile, fundamento 91)

A lo largo del tiempo nuestras concepciones sociales y jurídicas y nuestras presunciones respecto de que situaciones son más favorables para el niño, se han ido transformando. Así en lo que respecta a patria potestad y tenencia, antes del Siglo XX estando aún muy presentes las concepciones romanas, concepciones que nos heredaron la figura de un pater de familia casi omnipotente, es que existía una preferencia paterna en el ejercicio de la llamada autoridad parental, interviniendo muy escasamente la ley y los tribunales en los designios discrecionales del padre; posteriormente la figura se invirtió en favor de la madre, la idea predominante fue la preferencia materna en el ciudadano y crianza de la prole; en la actualidad y en vista que la familia moderna ha venido experimentando una democratización, así como un mayor individualismo de sus miembros y una paridad de quehaceres en la pareja, es que los



roles paternos y maternos antes excluyentes, se han ido entremezclando, como decía Grosman (2005), hoy en día, una mayor valoración de la figura paterna en el proceso de socialización del hijo ha atenuado dicha primacía, ya ausente en las legislaciones modernas<sup>52</sup>, esta misma autora sostenía que es indudable que los jueces deben adoptar decisiones teniendo en cuenta la conveniencia del niño en cada caso, sin exclusiones discriminatorias *a priori*<sup>53</sup> (pp. 53-54). De forma muy ilustrativa y sin entrar en tanto tecnicismo, Aguilar (2014) nos explica que es ser padre, para este autor ser padre es comunicar la vida en plenitud, no solo engendrar sino proporcionar todo lo que durante años los hijos tiene derecho a esperar de sus padres, además de la formación espiritual que es primordial. En lo material alimentos suficientes, vivienda adecuada, vestidos y vigilancia de salud. En el plano humano atención y cuidado, tiempo y desvelos, amor y comprensión, educación digna, formación integral<sup>54</sup> (p. 12). La paternidad responsable, es decir aquella paternidad predispuesta a asegurar su desarrollo psíquico-emocional, es independiente del sexo del progenitor y por supuesto también es independiente de las preferencias sexuales del progenitor y por supuesto también es independiente de las preferencias sexuales del progenitor, así como no podría descartarse el desarrollo integral de un niño menor de tres años que se confía a un padre varón, tampoco podría descartarse este integral desarrollo si se confía la guarda del niño a un padre gay o a una madre lesbiana. Casos de tenencia de menores como el caso Atala

---

52 No así en la legislación peruana, pues aún conservamos normas como el artículo 84.b del Código de los Niños y Adolescentes que cita lo siguiente: *“En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: b) el hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre”*, o el artículo 340 del Código Civil que cita lo siguiente: *“si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el juez determine otra cosa”*.

53 GROSMAÑ, Cecilia P. El interés Superior del Niño. Los Derechos del Niño en la Familia. Edith, Universidad Buenos Aires, 2005. Pp.53-54

54 AGUILAR LLANOS, Benjamín. Patria potestad, tenencia y Alimentos. Primera Edición. Edit, Gaceta

o casos de régimen de visitas, no podrían decidirse tiránicamente, basándose en la orientación sexual de uno de los progenitores<sup>55</sup>.

En conclusión todos los casos de tenencia de menores, deben ser resueltos con independencia de las preferencias amorosas de los padres, excluyéndose las sospechas, la presunciones y sobretudo los prejuicios, de ninguna manera debe ser admisible el poner a una persona en la disyuntiva de elegir entre ser padre o ser homosexual. Los procesos de tenencia o de régimen de visitas no deben ser resueltos en orientación a las inclinaciones sexuales de los progenitores, sino en orientación exclusiva del interés superior del niño o del adolescente, para ello deberán de valorarse criterios tales como: (i) la estabilidad o tenencia al progenitor que convivió mayor tiempo con el menor, por el respecto del *staus quo*, lo que se busca proteger es una situación en los hechos consolidada, no siendo favorable para el niño o niña innovar sobre estados de hecho consolidados, salvo que poderosas e imprescindibles

---

55 En la jurisprudencia argentina, encontramos fallos donde la homosexualidad no ha sido tomada como un factor importante, ni muchos menos determinante, para establecerse la tenencia o el régimen de visitas de menores de edad; así por ejemplo la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, con fecha 8 de julio del 2002, ante el pedido de un padre de suspender todo régimen de comunicación de su menor hijo con la madre homosexual, dispuso: "... la homosexualidad no impide ejercer los deberes y derechos como madre... impedir un contacto adecuado entre la progenitora y su hijo, quien guarda hacia ella profundos sentimientos positivos, porque la progenitora es lesbiana sería desconocer el interés superior del menor contemplados en la Convención de Derechos del Niño y discriminar arbitrariamente a la madre por su preferencia sexual, en contra de lo establecido por la legislación antidiscriminatoria..."; el juzgado de Familia de 4° Nominación, otorgo la tenencia de los hijos de 8 y 6 años de edad al progenitor homosexual con quien estos convivían desde hacía cinco años por decisión de su madre, para ello se tuvo en cuenta las evaluaciones psicológicas y los informes socio-ambientales que fueron positivos al ambiente familiar homoparental, cita el referido juzgado: *"...la intolerancia y hostilidad que subyace en la sociedad frente a la elección en la orientación sexual de las personas distinta a la esperada, y que cuando se habla de homosexualidad no se señala una conducta o comportamiento humano, sino que la misma categorización pretende, peligrosamente, hacer de ello un 'diagnostico'; trasladando, equivocadamente, el eje de la discusión, al hecho de si ser homosexual es bueno o malo, si es beneficioso o perjudicial, cuando en realidad la preocupación del juzgador debe ser, cualquiera sea la orientación sexual de los progenitores, averiguar si estos reúnen las condiciones necesarias para desempeñar y cumplir el rol parental adecuadamente y tratar de desentrañar que es lo mejor para el hijo..."*. (Datos extraídos de GIL DOMINGUEZ, Andrés, VICTORIA FAMA, María, HERRERA, Marisa. *Derecho constitucional de familia*. Tomo I. primera edición. Editorial Editar. Buenos Aires, 2006. Pp 125-126).

circunstancias determinen su variación<sup>56</sup>. (ii) La opinión del niño atendiendo a su condición etérea, es decir al juicio libre y espontáneo que se forma el niño, en base a su grado de madurez y a su grado de discernimiento y (iii) la idoneidad de los progenitores, la misma que se establecerá valorándose no sus inclinaciones sexuales, sino su solvencia moral y económica, sus aptitudes psicológicas, sus actividades y el tiempo que disponga para el menor, sus relaciones, etc.

Lo dicho hasta aquí tampoco significa que reconozcamos indiscriminadamente cualquier derecho homoparental, sin meditar en todas las consecuencias, pues existen derechos que por ahora deberían seguir siendo exclusivos de las parejas estables heterosexuales (matrimoniales y convivencia), como es el caso de la adopción conjunta de menores de edad, después de todo las normas de derecho común son dictadas no para favorecer casos concretos o casos particulares, sino que son dictadas bajo un carácter de generalidad, es decir, para la totalidad de personas y para la totalidad de relaciones jurídicas. No puede dejar de tener presente la finalidad concreta de la adopción, en efecto, la finalidad excluyente de la adopción es otorgar una familia al que no la posee, la adopción en sí no es un derecho de los adoptantes, sino que es un derecho de los niños en situación de desamparo, el objeto más importante de la adopción es suplir la relación paterno-filial, siendo así es que debe procurarse acercarse a través de esta institución lo más posible a dicha relación parental, en ese sentido ha citado Medina (2011), quien fue una de las promotoras del reconocimiento legal de las familias homoafectivas en Argentina, que el objeto de la adopción es brindarle al adoptando la posibilidad de crecer en un ámbito familiar que sustituya al biológico. Obviamente, la mejor forma de lograrlo es a partir

<sup>56</sup> CALDERON BELTRÁN, Javier Edmundo. ¿La madre cría, el padre provee? Desterrando mitos respecto de la adopción. *Diálogo con la Jurisprudencia*, Tomo 159. Edit. Gaceta Jurídica. Lima, 2011. Pp. 112-113.

de la inserción del menor en una familia basada en la unión estable de dos personas que representan las figuras materno-paterna que todo niño necesita para un buen desarrollo. Entendemos que un hogar conformado por un padre y una madre con el viso de continuidad temporal que cabe presumir de un matrimonio legalmente constituido o, a falta de este, de una unión de hecho con cierta estabilidad previa, constituyen el mejor ámbito de contención y afecto para que el niño pueda desarrollarse plenamente, resulta evidente que lo más conveniente es que sea otorgada a dos personas unidas por el vínculo conyugal, para que así el adoptado pueda cubrir la necesidad de padre y de madre que naturalmente toda persona tiene (p. 31) <sup>57</sup>. Hasta que no esté clara la convivencia para el adoptado de la adopción homoparental<sup>58</sup>, es que deberá seguirse prefiriendo a la adopción

---

57 MEDINA, Graciela. Las uniones de Hecho Homosexual frente al Derecho Argentino. Revista de derecho Comparado. Edit, RubinzalCulsoni. Argentina, 2011.p.31.

58 Téngase en cuenta que si bien existen estudios especializados (psicológicos, psiquiátricos, sociológicos) que demostrarían que no existe un impacto negativo importante en niños criados en hogares homoafectivos, así por ejemplo la Academia Americana de pediatría en el informe técnico “Coparentalidad o adopción por segundo padre por padres del mismo sexo” del año 2002, ha manifestado que “... *Los niños nacidos y criados por parejas lesbianas también parecen desarrollar normalmente en todos los sentidos...*”, similar resultado han sido expresados por los estudios realizados por los peritos Uprimny y Jernow, descartando alguna clase de afectación emocional y psicológica en niños criados en familias homoparentales. También existen estudios científicos que citan lo contrario, dentro de los que se puede hacer mención al estudio realizado por George A. Rekers, profesor de neuropsiquiatría y ciencias del comportamiento en la escuela de medicina de la Universidad de Carolina del Sur o el estudio realizado por el sociólogo Mark Regnerus de la Universidad de Texas, también llamado “New FamilyStructuresStudy”, que concluyó que los niños criados en hogares homosexuales tienen un promedio más bajo en niveles de ingresos económicos cuando son adultos y padecen más problemas de salud física y mental, así como mayor inestabilidad en sus relaciones de pareja. Este estudio se basó en una muestra importante, 3000 entrevistas a adultos entre 18 y 39 años, de los cuales 175 habían tenido madres y 73 padres, que habían tenido relaciones homosexuales por lo menos en una ocasión mientras los estaban criando, los niños criados por mujeres que afirman haber tenido relaciones homosexuales tenían mayor probabilidad de necesitar terapia psicológica, mayor probabilidad de engañar a su pareja con otra persona y mayor probabilidad de haber sido atacados sexualmente. Si bien el estudio de Regnerus fue duramente criticado por la comunidad homosexual y por otros especialistas inclusive de la misma Universidad, intitulando a su autor como homofóbico y ultra conservador (Títulos comunes con los que se suele llamar despreciativamente aquellos que muestran opiniones desfavorables para las comunidades homosexuales), también ha sido defendido por otros especialistas, como el sociólogo Christian Smith, asimismo dieciocho importantes científicos sociales han defendido el estudio de Regnerus en una declaración, en la citada declaración se cita que: “No creemos que (el estudio de Regnerus y otros) decidan definitivamente el continuado debate nacional sobre la homoparentalidad, el matrimonio homosexual y el bienestar de los niños. De hecho, la investigación sobre la homoparentalidad basada en nuestras representativas a nivel nacional está todavía en su infancia. Pero creemos que el estudio de Regnerus, que es uno de los primeros en basarse en una muestra grande, adecuada y representativa de hijos de padres que tuvieron relaciones homosexuales, ha ayudado a informar la



heterosexual por parejas estables (matrimoniales y convivenciales), integrándose a este adoptado a una familia nuclear, donde es favorecido al tener simultáneamente una figura paterna y materna símil a un núcleo familiar biológico, cumpliéndose de esta forma a cabalidad con el fin de sustitución familiar previsto por esta institución.

Concluyendo esta parte, debemos citar que el tema de la adopción homoparental no se agota en reconocer o negar la adopción conjunto de menores de edad a la pareja homoafectiva, pues en la realidad pueden presentarse otras circunstancias, que de hecho ya se han presentado en la jurisprudencia comparada, que justificarían un tratamiento distinto. En nuestro país únicamente se reconoce dos tipos de adopciones integrativas, la del conyugue que adopta a sus hijos afines, es decir a los hijos biológicos de su pareja matrimonial, reconocida en el art. 128.a del Código de los niños y Adolescentes<sup>59</sup> y recientemente la del concubino que puede adoptar a los hijos biológicos de su concubina o viceversa<sup>60</sup>. Respecto de la adopción integrativa del hijo biológico del compañero homoafectivo, nada ha dicho nuestra jurisprudencia, ni mucho menos nuestras leyes. Sin embargo no sería descabellado que nuestros tribunales muy pronto tramiten en un caso como el citado en este acápite, como ya ha sucedido en los tribunales colombianos, pues no son

---

*discusión pública y académica sobre las familias homoparentales en América".*  
(Fuente:[http://es.wikipedia.org/wiki/Estudio\\_de\\_Regnerus](http://es.wikipedia.org/wiki/Estudio_de_Regnerus)).

59 Artículo 128.-Excepciones.-

En vía de excepción, podrán iniciar acción judicial de adopción ante el Juez especializado, inclusive sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente, los peticionarios siguientes:

- a) El que posea vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o el adolescente por adoptar. En este caso el niño o adolescente mantienen los vínculos de filiación con el padre o madre biológicos.

60 Que parece haberse hallado de manera indirecta a través de la Ley 30084, ley que modificó el artículo 22 del Código Civil para precisar el nombre en el caso que un conyugue o concubino adopte al hijo del otro. En efecto, esta ley incorpora un párrafo final al artículo 22 del Código Civil, estableciendo que: *"El adoptado lleva los apellidos del adoptante o adoptantes: el hijo de uno de los conyugues o concubinos puede ser adoptado y como segundo el de la madre biológica o, el primer apellido del padre biológico y el primer apellido de la madre adoptante, según sea el caso".*



pocos los casos en los que una de las compañeras dentro de una pareja de lesbianas, recurre a métodos de reproducción humana asistida (inseminación) para lograr la maternidad, asumiendo posteriormente ambas el rol de crianza del niño o niña nacida por este método; los casos en los que una pareja para hacerse de la crianza del niño o niña de este convenio; o casos como el caso Atala, donde padres separados conviviendo con sus hijos inician una convivencia homosexual, asumiendo su nuevo compañero o compañera un rol paterno o materno. En un fallo reciente, la Corte Constitucional de Colombia, dispuso que las autoridades otorgarán una autorización para que se declare de forma judicial el vínculo de filiación dado entre una niña y la compañera homosexual de su madre biológica. La Corte concluyó que cuando la autoridad administrativa excluye la posibilidad de la adopción por consentimiento con fundamento en el carácter homosexual de la pareja requirente, vulnera los derechos de todos ellos a la familiar y a tener una familia, por cuanto se desconoce, sin razón que lo justifique, la existencia de un arreglo familiar en el que el menor, por voluntad de su padre o madre biológicos, comparte la vida con el compañero o compañera del mismo sexo que aquel y en el que se conforma un vínculo sólido y estable entre ellos, a partir del cual el adulto ha asumido las obligaciones y deberes asociados al vínculo filial<sup>61</sup>.

#### **2.3.2.5. EL CONCUBINATO EN LA CONSTITUCION DE 1993**

Según el Art. 5°, de la Constitución Política del Perú (1993) "La unión estable de un varón y una mujer libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la Sociedad de Gananciales en cuanto sea aplicable".

El texto repite la disposición del artículo 9 de la constitución de 1979, solo en una pequeña modificación en su texto referente al texto, que fue la

que produjo esta importante innovación, atendiendo a la concreta realidad del Perú. Palacio (1982) equipará a la unión de hecho con el concubinato, al que define como "aquella comunidad estable de vida, habitación y bienes entre dos personas de sexo opuesto, que conviven maritalmente y que ante terceros tienen la posesión y el título de esposos" (p. 387)..

La disposición constitucional es reglamentada por el art. 326 del Código Civil que, aun cuando aprobado antes de la Constitución de 1993, concuerda plenamente con ella y de acuerdo a esta norma. Las consecuencias del establecimiento de una unión de hecho son las siguientes:

- Se establece una comunidad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, en cuanto le sea aplicable. Esto es, el varón y la mujer empiezan a tener bienes propios y bienes comunes según las reglas establecidas en los artículos 301 y siguientes del Código Civil.
- Si la unión termina, la comunidad de bienes será disuelta como ocurre en un divorcio: con separación de los bienes propios y repartición de los comunes, y sometimiento a todas las reglas, presunciones y demás dispositivos que regulan estos aspectos en los artículos citados.
- Si uno de los convivientes es abandonado el juez puede concederle, a elección del interesado "(...) una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondió de conformidad con el Régimen de Sociedad de Gananciales".

Por consiguiente y en función de este segundo aspecto, es obvio que no solo se forma una sociedad de bienes sino que se adquieren otros derechos análogos a los de una familia formada por matrimonio, aunque

nunca se llegue a equiparar la unión de hecho con ella, ni en cantidad de derechos y mucho menos en calidad de relación jurídica<sup>62</sup>.

Aunque la Constitución se limita a establecer los efectos patrimoniales, no pasa desapercibido para el intérprete que el texto alude a la conformación de un hogar de hecho y, como es innegable, cualquier hogar se sustenta en el afecto de la pareja con fines de constituir una familia, compartiendo metas, proyectos, valores y, por lo general, para tener descendencia, dando lugar a relaciones personales entre los componentes del grupo familiar. De allí que se aluda a la espontaneidad o voluntariedad para crear una familia no matrimonial.

La Constitución es clara al establecer que la unión ha de ser entre un hombre y una mujer, es decir, debe tratarse de una unión heterosexual, quedando descartadas las parejas homosexuales<sup>63</sup>.

Por otro lado, cuando alude a "un" varón y a "una" mujer debe entenderse que exige la singularidad o monogamia, lo que se traduce en el deber de fidelidad entre los convivientes.

El texto constitucional no establece ningún plazo para la conformación de la denominada comunidad de bienes; es más bien el Código Civil el que sancionó un período mínimo de convivencia para entender que la unión de hecho da pie a la antedicha comunidad. El plazo envuelve una idea de especial importancia: la estabilidad o permanencia (ALAGNA, LÓPEZ HERRERA, PITTÍ)<sup>64</sup>. En el caso de la ley civil el mínimo es de dos años que

<sup>62</sup> BERNALES BALLESTEROS, Enrique. "La Constitución de 1993. Análisis comparado. Quinta edición, Editorial Rhodas, Lima, 1990. Pág. 58.

<sup>63</sup> VEGA MERE, Yuri. "Código Civil Comentado. Tomo II. Derecho de Familia primera parte." Editorial: Gaceta jurídica Lima 1era ed. 2007. Pág. 337.

<sup>64</sup> ALAGNA, Sergio. "Famiglia di fatto e famiglia di diritto a confronto: spunti in tema di rapporti bancari." En "Diritto di famiglia e delle persone". Fase. 1, Giuffrè, Milano, 2001.

han de ser ininterrumpidos; la unión no puede ser sostenida de forma discontinua, ni los dos años pueden ser producto de la acumulación de períodos alternados. La estabilidad, además, implica, de suyo, compartir un techo común y además cohabitar, es decir, vivir maritilmente como pareja, tener vida sexual. Es el criterio de la Corte Suprema (Ejecutoria de 30 de enero de 1998).

Los miembros de la pareja deben encontrarse libres de impedimento matrimonial. Le asiste razón a Bigio cuando señala que no basta que no sean casados, pues este autor entiende que resultan aplicables los artículos 241 y 242 del Código Civil que regulan los impedimentos absolutos y relativos, respectivamente, para contraer matrimonio.

Las uniones libres carecen de las formalidades que se requieren para la celebración del matrimonio.

#### **a. Relaciones personales entre los convivientes**

Como sostengo, cuando la Constitución utiliza la expresión "hogar de hecho" basta para entender que la creación de dicho hogar supone - inclusive antes que nada- el establecimiento de relaciones personales entre los concubinos. Las consecuencias de esta apreciación tienen como resultado que los convivientes se deban fidelidad y asistencia mutuas.

Las relaciones personales también comprenden la actividad sexual entre los miembros de la pareja<sup>65</sup>. La asistencia referida significa, en términos puntuales, el sostenimiento afectivo y económico recíproco de los concubinos o, de ser el caso, de quien trabaja fuera del hogar. Ello, como ya lo hemos aseverado, se traduce en una obligación alimentaria entre los convivientes más allá de la lista cerrada del artículo 474 del Código Civil, que

<sup>65</sup> ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. ARIAS SCHREIBER M., Angela y PLÁCIDO, Alex. Exégesis. Tomo VII, Derecho de Familia, Gaceta Jurídica, Lima, 1997. Pág. 84.

olvidó (sin mayores consecuencias, en mi opinión) a los miembros de una unión de hecho.

Por ello, y aun ante la controversial solución del artículo 326 del Código Civil que prescribe la condena al pago de una pensión alimenticia a cargo del conviviente abandonante (como alternativa a una indemnización o "suma capital"), durante la vida en común es innegable el deber de asistencia. Lo previsible, sin embargo, es que en caso que un concubina demande alimentos la judicatura le niegue el derecho. Por eso, en una paradójica sentencia de la Corte Suprema, de 7 de junio de 1993, se resolvió que el cese de la unión de hecho no solo consiste en la terminación de la convivencia bajo un mismo techo sino, aun si esta persiste, también se extingue cuando uno de los concubinas se sustrae intencional y deliberadamente a las obligaciones emergentes de la unión de hecho. La Corte señala que, de acuerdo al artículo 326 del Código, la decisión unilateral de uno de los convivientes de terminar la unión faculta al juez a conceder, a elección del abandonado, una indemnización o una pensión de alimentos. En el caso resuelto la demandante exigía que el demandado la acudiera con una pensión alimenticia por haber terminado la unión de hecho de más de treinta años ininterrumpidos. El demandado, al salir a juicio, sostuvo que no era verdad que la unión hubiere cesado por cuanto seguía viviendo junto a la actora, en el mismo inmueble. Frente a tal alegación, la Corte entendió que debía considerarse como cesación de la unión la sustracción de los deberes emergentes de la misma (que no precisa, en nada) por parte de uno de los convivientes al margen que siguieran viviendo juntos y que nada le impedía señalar una pensión fija y permanente (sic) no obstante que el demandado pudiera estar acudiendo con una suma de dinero que resultaba exigua para subvenir las necesidades del otro. La Corte falló que el demandado asistiera a la actora con una pensión alimenticia



adelantada del veinte por ciento de su haber líquido. La solución no deja de ser forzada, ficticia.

#### **b. Las relaciones patrimoniales**

En base a lo estipulado en el artículo 9 de la Constitución de 1979; quienes se han ocupado del tema consideran que, cumplidos los requisitos que la ley exige al concubinato, se entiende configurada ipso iure esa sociedad (comunidad) de bienes. Además, se señala unánimemente que los convivientes no pueden acogerse al régimen de separación de patrimonios, por cuanto el artículo 326 no dejaría opción para ello, por lo que el régimen patrimonial aplicable y obligatorio es el de la sociedad de gananciales. Solo los cónyuges pueden optar por uno u otro régimen. Igual criterio ha seguido la Corte Suprema en la Casación N° 1306-2002, mediante sentencia de 10 de setiembre de 2002. Además, se sostiene que, una vez que surja tal comunidad de bienes, a la cual sean aplicables las reglas de la sociedad de gananciales (sin que se convierta en sociedad de gananciales), las concubinas no pueden variar de régimen patrimonial.

Discrepo abiertamente de esta apreciación pues parte de la premisa de la inexistencia de prohibición sobre los pactos que pueden celebrar los convivientes para regular sus relaciones patrimoniales. Simple y llanamente la norma se aplica de manera supletoria en ausencia de pacto específico y solo en ese momento (cumplidos los requisitos de la unión de hecho) los bienes se presumirán comunes. Los pactos patrimoniales entre concubinas, que tienen como fin garantizar recíprocamente los aspectos económicos de la convivencia, resultan ser válidos. Nada nos indica que ellos sean nulos o inválidos. Tales convenios pueden contener los acuerdos sobre la obligación recíproca de contribuir a la necesidad del menaje familiar, la puesta a disposición de los bienes que sean de uno o de ambos, la puesta a disposición de la propia capacidad laboral y los réditos que genere o la

contribución que derive del trabajo doméstico, la adquisición conjunta de bienes o la adquisición separada, sin desatender las necesidades del hogar. Inclusive, no veo inconveniente para que se pacte la asistencia económica en caso de estado de necesidad por encontrarse la pareja imposibilitada de generar ingresos, aun después de la conclusión de la unión. También puede estipularse reglas para la administración de los bienes o sobre el uso de la casa común cuando no exista más comunidad de techo.

A estos acuerdos se puede añadir estipulaciones sobre los bienes que se adquirirán como comunes y que así serán publicitados ante terceros. El problema, en todo caso, es que tal acuerdo tendría que ser incluido en cualquier contrato que se celebre con terceros para que pueda ser eficaz dado que, como es obvio, las convivencias no se inscriben en ningún registro, o bien se podría convenir que si uno transfiere su cuota el otro queda obligado a hacerla con la propia, siempre que no se derive de ello un abuso.

Por lo demás, aun cuando se adquiriera de manera conjunta y se publicite así en un registro específico (en la medida que el bien acceda a un registro, claro está), dado que la cohabitación no genera estado civil oponible (e inscrito), es claro que cualquiera de los miembros de la pareja podría vender su cuota, con lo cual se hace inútil predicar que, cumplidos los requisitos del concubinato, se protegerá a los concubinas aplicando el régimen de la sociedad de gananciales y el artículo 315 del Código.

¿Cómo puede saber un tercero que los propietarios son consortes si en su título de adquisición no aparecen como casados? Todo parece indicar una de dos cosas: o bien el artículo 315 no tendrá efectividad y, por ende, el conviviente afectado tendrá que reclamar una indemnización, o bien se hace

necesario modificar el sistema legal y registral para dar adecuada publicidad. Hasta la fecha el numeral citado resulta, a todas luces, inoperante e inútil.

Es claro que un adquirente de buena fe se verá protegido por el artículo 948 del Código Civil en el caso de bienes muebles o por el numeral 2014 en el caso de inmuebles. ¿De qué sirvió pregonar la aplicación del régimen de la sociedad de gananciales si nada garantiza a los propios convivientes sus derechos patrimoniales? Por tal razón, mientras no se encuentra acreditada (o publicitada) la convivencia, serán improductivas las acciones que pueda seguir uno de los convivientes cuando un tercero agreda los bienes que figuran solo a nombre de uno de ellos. Baste ver lo resuelto por la Corte Suprema mediante fallos de 12 de setiembre de 1996, 4 de junio de 1998 y 10 de marzo de 1999, en los que el Tribunal exigió que los demandantes debieron hacer reconocer en un proceso previo la existencia de la unión para poder ejercer sus reclamos ante terceros.

#### **2.3.2.6.EL CONCUBINATO EN EL CODIGO CIVIL DE 1984**

El Código Civil de 1984, aún vigente complementa el texto constitucional al regular las uniones de hecho en su artículo 326o, artículo que regula dos situaciones que los legisladores han considerado tratar de manera especial:

- a) El concubinato propiamente dicho o stricto sensu, en sus 3 primeros párrafos, que da lugar a un régimen de sociedad de bienes similar a la sociedad de gananciales;
- b) El concubinato impropio, al que alude la última parte de la norma, que permite al concubino en su caso, accionar por enriquecimiento indebido. Situaciones que serán tratadas más adelante.

Antes de proceder al análisis del artículo 326º único artículo del Código Civil que contempla las uniones de hecho, es importante anotar las

diversas denominaciones que reciben éstas, Es así que Muñoz menciona entre las distintas denominaciones: "concubinato, barraganía, acortejamiento, amancebamiento, matrimonio natural, matrimonio consensual, matrimonio de uso, matrimonio de hecho, matrimonio anómalo, matrimonio por equiparación, compañerío, unión libre" (como se citó en Silva, 1994, p. 355)<sup>66</sup>.

Nuestro Código Civil específicamente el Art. 326° las denomina uniones de hecho y la doctrina al referirse a ellas las llama concubinato por lo que debe entenderse que es lo mismo a lo que nos estamos refiriendo.

De acuerdo a lo previsto en el art. 326 del Código Civil el concubinato strictu sensu ha quedado diseñado bajo las siguientes características:

1. Debe ser una unión sexual libre y voluntaria entre un varón y una mujer.
2. Debe ser una unión que alcance fines y cumpla deberes semejantes al matrimonio (hacer vida común, fidelidad y asistencia recíproca, etc).
3. Deben estar libres de impedimento matrimonial.
4. Debe tener, por lo menos, dos años continuos de convivencia.
5. Puede probarse la posesión constante del concubinato con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.
6. Puede terminar por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral.
7. En caso de fenecimiento por decisión unilateral, el concubino abandonado puede solicitar, judicialmente, un derecho que en forma excluyente puede ser: a) una cantidad de dinero por concepto de indemnización; o b) una pensión alimenticia.
8. Bajo estas características ha quedado diseñado la regulación de los matrimonios de hecho.

<sup>66</sup> MUÑOZ MORALES, Luis, Citado por SILVA RUIZ, Pedro. En Ponencia presentada en el Congreso Internacional 1994. Editado en: Diez Años Código Civil Peruano. Pág. 355.

### 2.3.2.7. RELACIONES ENTRE CONCUBINOS

Existen legislaciones que reconocen determinados efectos a las uniones informales, o no matrimoniales, entre un hombre y una mujer no impedidos de contraer matrimonio, con el objeto de hacer vida común. Dichos efectos son limitados. Ello es lógico pues en principio se parte de que se trata de personas que no han celebrado matrimonio porque no desean ligarse con derechos y obligaciones recíprocos que cumplir y que quieren dejar abierta la posibilidad de romper la relación sin formalidades. Existen sin embargo sociedades en las que en la mayoría de casos, la existencia de uniones concubinales no responde a tales propósitos. Tal es el caso de nuestro país en el que las uniones de hecho, son rara vez producto de una nueva concepción de la unión matrimonial y la familia, sino que responden a una compleja realidad social. De ahí que, el legislador peruano, incluso en la Constitución política del país haya considerado conveniente y necesario regular los efectos patrimoniales de las uniones de hecho para proteger a la familia.

¿Qué ley debe regir las relaciones en uniones de concubinos? Debe considerarse que la ley que señalemos regulará si se le reconocen efectos al concubinato y qué efectos son éstos.

María del Carmen y Javier Tovar Gil <sup>67</sup>, señalan que no existiendo categoría que se refiera expresamente al problema, habrá que acudir ante este vacío a la analogía como medio de integración jurídico. El concubinato guarda sin duda semejanza con el matrimonio y puede tomarse por ello como criterio los factores de conexión que para el mismo se utilizan. La analogía se limitará a dos categorías: relaciones personales y relaciones patrimoniales. En estas categorías el Código Civil utiliza como factor de conexión el del domicilio conyugal, entendiéndose que éste se constituye por el lugar en que los cónyuges vivan de consumo. Para efectos del

<sup>67</sup> TOVAR GIL, María del Carmen-TOVAR GIL, Javier. "Derecho Internacional Privado". Fundación M. J. Bustamante De la Fuente Lima- 1987. Pág. 279



concubinato puede entenderse que por analogía el factor de conexión es el domicilio común de los concubinos entendiéndose también como el lugar en que éstos hagan vida común. Los mismos autores citados anteriormente consideran que el domicilio común de los concubinos es la solución más conveniente a la relación, dada la clara opción domiciliaria del Código Civil. Presentará desde luego los mismos problemas que se dan en las relaciones personales entre los cónyuges.

#### **2.3.2.8.LA PRUEBA DEL CONCUBINATO**

Un tema que suscita cierta perplejidad es el de la prueba del concubinato. De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 326 del Código Civil, la posesión constante de estado (de convivientes) 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. Explica Cornejo Chávez que la fórmula adoptada por el Código, aunque de alguna manera es posible que haya tenido en cuenta los intereses de terceros, resulta obligando a las concubinas, en todo caso y para todos los efectos, a probar dentro de un juicio su condición de tales. Pero la ley exige un principio de prueba escrita.

La necesidad de un principio de prueba escrita resulta, como bien dice Plácido, excesiva, debido a que, como precisa este autor, la posesión constante es una relación familiar que se caracteriza por la oralidad o por la simple concurrencia de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia, siendo la prueba testimonial la que asume mayor relevancia. Por ello, considera que tal requerimiento debería eliminarse.

Los efectos de la sentencia que reconoce al concubinato deben ser retroactivos a fin de cautelar de manera adecuada los derechos de las concubinas durante el plazo que han vivido juntos y adquirido bienes. No pueden regir únicamente para el futuro, deben ser necesariamente retroactivos. Pito ha precisado que los efectos retroactivos podemos

situados fundamentalmente en relación a la presunción de paternidad y en lo referente al régimen económico, no así en lo que atañe a los derechos personales.

La jurisprudencia nacional ha convenido en desdoblar la oportunidad de la probanza en un proceso, según se trate de efectos entre los concubinos o frente a terceros. Sin embargo, la jurisprudencia no ha sido lo uniforme que se esperaba. Ejemplo de ello lo constituye la sentencia de la Corte Suprema de 7 de junio de 1993.

En el caso de los derechos patrimoniales entre convivientes y de efectos frente a terceros, se sostiene que es necesario acreditar en un proceso previo y específico la convivencia y reclamar tales derechos patrimoniales en un segundo proceso. El énfasis recae de manera particular en el caso de ejercerse alguna pretensión ante los terceros a fin de que estos cuenten con seguridad y, por ello, no basta que en un juicio en el que se ve involucrado un tercero; los convivientes, sin haber acreditado en un proceso previo la cohabitación, convengan en que son pareja no casada <sup>68</sup>.

Con relación a la necesidad de un juicio previo para ejercer una pretensión de orden económico por uno de los convivientes ante el otro, se ha pronunciado la Corte Suprema mediante sentencia de 1 de julio de 1996, en un caso en el que se demandó la partición de un bien inmueble adquirido por los concubinos.

Sin embargo, no siguió el mismo criterio en la causa 3952-97 resuelta el 21 de mayo de 1998 en la que en el mismo proceso en que se probó la cohabitación se ordenó la división y partición de un inmueble. En relación a los efectos frente a terceros la misma Corte ha afirmado la necesidad de un proceso previo en el que se declare la existencia del concubinato; así lo ha resuelto mediante fallos de 12 de setiembre de 1996, 4 de junio de 1998 y 10 de marzo de 1999. Se ha privilegiado, por necesidad de certeza, la protección de los terceros.

### **2.3.2.9. INSCRIPCION REGISTRAL DE LAS UNIONES DE HECHO**

#### **a. LA FINALIDAD DE LA LEY 29560**

El 15 de julio de 2010 se publicó la Ley 29560, Ley que amplía la Ley 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, para normar el reconocimiento de las uniones de hecho en vía notarial.

La norma nació como una iniciativa de la Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú, enviada al Legislativo por el Colegio de Notarios del Callao. Esta norma nacida desde la propia iniciativa del notariado, en palabras de sus presentadores, busca un ahorro de tiempo y una agilización de trámites para los miembros de una unión de hecho, lo cual es evidente, pues permite a los convivientes acceder mediante un trámite notarial simple, a una escritura pública que para ellos cumpla el rol de partida o acta que ponga de manifiesto su estado de convivencia, aliviando también la carga procesal de Poder Judicial, pues antes de publicarse esta ley, la única forma en que se podía reconocer al concubinato era a través de un complejo y dilatado proceso judicial. Terminando esta parte debemos citar, que al igual como ha sucedido con otras materias de Derecho de familia, como es el caso de la separación convencional, la ampliación de la competencia notarial en el tema e reconocimiento de uniones de hecho, es en cierta forma beneficiosa para aquellos concubinos que concertadamente pretendan brindar mayor estabilidad a su unión, al brindarles un procedimiento simplificado que les significará un ahorro de tiempo, de dinero y de esfuerzos.

La Ley 29560 ha significado un importante aporte del legislador, teniendo en consideración que a diferencia del matrimonio, las uniones estables no poseen una partida o acta que acredite su estado, ni los convivientes adquieren un nuevo estado civil por el inicio de su vida común, la falta de publicidad ha significado para las uniones de hecho un infortunio, que abría las puertas al abuso, al ardid y a la arbitrariedad, permitiendo que

se transfieran o graven bienes sociales como propios o que se sorprenda a terceros, que en desconocimiento de la existencia de la unión de hecho, celebra actos jurídicos con algunos de sus miembros que posteriormente le podrían significar alguna clase de perjuicio.

Es por lo expuesto, que los fines mediatos de estas normas los podríamos resumir de la siguiente manera:

**1) OTORGAR PUBLICIDAD A LAS UNIONES DE HECHO:**

Era importante brindar publicidad a las uniones estables, pues a través de esta se busca alcanzar la seguridad jurídica necesaria, favoreciendo el tráfico jurídico patrimonial del cual sean partícipes las uniones de hecho.

**2) LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE LOS MIEMBROS DE UNA UNIÓN ESTABLE:**

A través del reconocimiento de la unión de hecho y de la publicidad que le otorga la norma, podrá establecerse la calidad social o propia de los bienes adquiridos durante la convivencia, evitando que se transfieran o que se graven como propios a bienes sociales y permitiendo a los convivientes oponer la existencia de la unión estable a terceros.

**3) LA PROTECCIÓN DE LOS TERCEROS QUE CONTRATEN CON LA CONVIVENCIA MORE UXORIO:** Creando un clima de certeza, de certidumbre y de confianza a aquellos que contraten con los miembros de una unión estable, a quienes nos les quedara duda respecto de la calidad social o propia de los bienes objeto de contrato y respecto de los titulares de dichos derechos.

La tendencia jurisprudencial y doctrinaria dominante, condicionan el otorgamiento de los derechos patrimoniales a los concubinos y la oposición del concubinato a terceros, al hecho de la “previa declaración

de la existencia de la unión de hecho”, sea que esta haya sido obtenida en vía judicial o desde el año 2010, en vía notarial. Este reconocimiento previo tiene un fin de cautela, de facilitar a los convivientes el acceso a sus derechos patrimoniales, toda vez que decretado el reconocimiento por un juez o por un notario, toda duda respecto a si nos encontramos frente a un concubinato propio que cumple con todos los requisitos legales del artículo 326 del Código Civil y que como tal, ha generado una comunidad de bienes regida por las reglas de la sociedad de gananciales matrimonial, quedara despejada.

#### **b. TRAMITE NOTARIAL DEL RECONOCIMIENTO DE UNION DE HECHO**

El artículo de la ley 29560 modifica al artículo 1 de la Ley 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, agregándose tres numerales que amplían la competencia notarial en asuntos no contenciosos, estableciéndose que los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante Notario para tramitar el “Reconocimiento de unión de hecho”<sup>69</sup>.

El artículo 2 de la Ley 29560 incorpora dos títulos nuevos a la Ley 26662, los títulos VIII y IX. El título VIII es incorporado bajo la denominación “Declaración de Unión de Hecho”, este título consta de ocho artículos que se agregan a Ley 26662, para normar el trámite notarial de reconocimiento e inscripción de la unión de hecho.

Se agrega el artículo 45 a la Ley 26662, el mismo que manifiesta lo siguiente: “Procede el reconocimiento de la unión de hecho existente entre el varón y la mujer que voluntariamente cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 326 del Código Civil”. La norma es clara y o se presta a una interpretación extensiva, únicamente puede reconocerse en vía



notarial, a la unión de hecho propia, es decir aquella convivencia heterosexual, singular, monogamica, voluntaria, publica y estable, que haya durado por lo menos dos años continuos y cuyos compañeros se encuentren libres de todo impedimento que permita convertir a la unión estable en matrimonio.

Para normar los requisitos que debe contener la solicitud de reconocimiento de la unión de hecho, Se agrega el artículo 46 a la Ley 26662 estableciéndose que:

“ART. 46: La solicitud debe incluir lo siguiente:

1. Nombres y firmas de ambos solicitantes.
2. Reconocimiento expreso que conviven no menos de dos (02) años de manera continua.
3. Declaración expresa de los solicitantes que se encuentran libres de impedimento matrimonial y que ninguno tiene vida en común con otro varón o mujer, según sea el caso.
4. Certificado domiciliario de los solicitantes.
5. Certificado negativo de unión de hecho tanto del varón como de la mujer, expedido por el registro personal de la oficina registral donde domicilian los solicitantes.
6. Declaración de dos (2) testigos indicando que los solicitantes conviven (2) años continuos o más.
7. Otros documentos que acrediten que la unión de hecho tiene por lo menos dos (2) años continuos.”<sup>70</sup>

Del articulo 46 antes citado, se desprende que este procedimiento únicamente puede iniciarse a solicitud de ambos convivientes, no es un trámite unilateral, ambos tienen que petitionar el reconocimiento de su convivencia y consecuentemente a ellos, ambos tienen que firmar la solicitud, asimismo la solicitud debe realizarse con intervención de Letrado,

se exige la firma de abogado, esto último de conformidad con lo normado por el artículo 14 de la Ley 26662 <sup>71</sup>. De otra parte, los anexos exigidos a la solicitud, están destinados a acreditar la existencia de una unión de hecho propia, así se exige un reconocimiento expreso (Declaración Jurada) que conviven no menos de dos años de manera continua (elemento temporal); se exige una declaración expresa de que se encuentran libres de impedimento matrimonial (ausencia de impedimento matrimonial); se exige que se presente el certificado domiciliario de los solicitantes, ambos deben tener la misma dirección domiciliaria, a efecto de acreditarse la existencia de un hogar en común donde los solicitantes hacen vida familiar compartiendo lecho y habitación; se exige un certificado negativo de unión de hecho de ambos convivientes, el cual debe ser expedido por la oficina registral donde ambos domicilian (a efecto de acreditarse la permanencia y estabilidad de la unión) y que se presenten otros documentos que permitan acreditar que por los menos hay dos años continuos estableciendo una unión de hecho, como podrían ser las partidas de nacimiento de los hijos nacidos de la unión, contratos celebrados por los convivientes, fotografías familiares, constataciones, recibos de pago de servicios, etc.

Se agrega el artículo 47 a la ley 26662, estableciendo que: “El notario manda a publicar un extracto de la solicitud de conformidad con lo establecido en el artículo 13”<sup>72</sup>; el fin de publicar un extracto de la solicitud es verificar que no exista oposición de algún tercero a la solicitud de reconocimiento de la unión de hecho, la publicación se realiza por una sola vez en el diario oficial y otro de amplia circulación del lugar en donde se realice el trámite.

---

71 Artículo 14 de la Ley 26662.- Intervención del abogado.- Las solicitudes de inicio del trámite y los escritos que se presentan deben llevar firma de abogado.

72 Artículo 13 de la Ley 26662.- Publicaciones.- La publicación de avisos que se refiere la presente ley, se realiza por una sola vez en el diario oficial y en otro de amplia circulación del lugar donde se realiza el trámite, y, a falta de diario en dicho lugar, en el de la localidad más próxima. Si fuera el caso, se observara lo dispuesto en el Artículo 169 del Código Procesal Civil. En el aviso debe indicarse el nombre y la dirección del notario ante quien se hace el trámite.

Se agrega el artículo 48 a la ley 26662, estableciendo que: “Transcurridos quince(15) días útiles desde la publicación del último aviso, sin que hubiera formulado oposición, el notario extiende la escritura pública con la declaración del reconocimiento de la unión de hecho entre los convivientes”, Es importante dejar asentando, que en esa aspiración de proveer seguridad jurídica a los intereses patrimoniales de los concubinos y a los intereses de terceros que contraten con la convivencia more uxorio favoreciendo el tráfico jurídico patrimonial, debe necesariamente constar en la propia escritura pública o en la solicitud presentada por los convivientes y que es insertada a dicha escritura, la fecha en que se dio inicio a la convivencia, así como la fecha en que este concubinato ha generado efectos jurídicos patrimoniales, esta última no sería otra que el primer día del año tres y cuando corresponda, deberá constar la fecha de cese de la convivencia, esto a efecto de delimitarse la calidad social, copropiedad o propia, de los bienes adquiridos por los concubinos.

Respecto del tema tratado, en sede registral existen pronunciamientos discordantes de las Salas del Tribunal Registral, así:

En la resolución Nro. 2227 – 2011 –SUNARP- TR-L, se estableció que: *“Dados los efectos jurídicos patrimoniales que generan las uniones de hecho al reunir los requisitos legales, resulta relevante que en el documento notarial se consigne la fecha de inicio del régimen de la comunidad o sociedad de bienes, que es la fecha en la cual se cumplen los dos años de convivencia como mínimo,; lo que resultara de interés no solo para los bienes que integran el patrimonio social de la sociedad convivencial e identificar los bienes propios de los convivientes”.* (p.1)<sup>73</sup>

<sup>73</sup> Resolución N° 2227-2011-SUNARP-TR-L de 09/12/2011. Sede: Lima. Tipo de Registro: Personas Nacionales. Tema: Reconocimiento de la Unión de Hecho.

En forma opuesta, en la Resolución Nro. 351-2012-SUNARP-TR-L, se citó que: *“No se requiere que el notario señale de manera expresa la fecha de inicio de la unión de hecho, cuando dicho dato consta en la solicitud presentada por los convivientes, inserta en la escritura pública, en tanto la indicada fecha o ha sido objeto de cuestionamiento ni ha sido modificada mediante la declaración notarial”*.(p.8) <sup>74</sup>

La discordia surgida en el ámbito del Tribunal Registral, fue resuelta a favor de la segunda postura por el Pleno LXXXV<sup>75</sup>, que establece un precedente de observancia obligatoria, zanjado el tema al señalar que : *“No resulta necesario que el notario de manera expresa señale la fecha de iniciación de la unión de hecho, cuando dicho dato consta en la solicitud presentada por los convivientes, la misma que obra inserta en la escritura pública”*. (Criterio adoptado en las Resoluciones N° 2249-2011-SUNARP-TR-L del 9/12/2011 y Resolución N° 351-2012-SUNARP-TR-L del 2/03/2012).<sup>76</sup>

De otra parte, La Ley 29560 agrega el artículo 49 a la Ley 26662, normándose que: *“Cumplido el trámite indicado en el artículo 48, el notario remite partes al registro personal del lugar donde domicilian los solicitantes. La culminación del trámite es la inscripción de la unión de hecho en el Registro Personal, la inscripción hará de pleno conocimiento público a la convivencia more uxorio, esto de conformidad con la presunción *juris et de jure* establecida en el artículo 2012 del Código Civil <sup>77</sup>, cumpliéndose de esta*

---

74 Resolución N° 351-2012-SUNARP-TR-L de 02/03/2012. Sede: Lima. Tipo de Registro: Personas Naturales. Tema: Declaración notarial de Unión de Hecho

75 Desarrollado mediante sesión extraordinaria no presencial realizada el día 02 de marzo de 2012. Publicado en el diario oficial “El Peruano” el 10 de marzo de 2012.

76 Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. Precedentes de Observancia Obligatoria. (p.53)

**77 Artículo 2012 del Código Civil.- principio de publicidad**

Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones.

forma con uno de los objetos de esta norma, que es brindar publicidad a la unión estable.

Se agrega el artículo 50 a la Ley 26662. Para normarse los supuestos en los que exista oposición al reconocimiento de la unión de hecho, señalándose que “En caso de oposición, se procede conforme a los dispuesto en el artículo 6” <sup>78</sup>. De existir oposición el notario debe suspender el procedimiento notarial y remitir los actuados al juez especializado en asuntos de familia.

Se agrega el artículo 51 a la Ley 26662, para normarse los supuestos en los que cualquiera de los solicitantes incurre en responsabilidad penal por proporcionar información falsa para sustentar su pedido <sup>79</sup>, como podría darse cuando se falsee el tiempo de inicio o el tiempo de duración de la convivencia, la norma señala que : “Si cualquiera de los solicitantes proporciona información falsa para sustentar su pedido ante el notario público, será pasible de responsabilidad penal conforme a la ley de la materia”.

Se agrega el artículo 52 a la Ley 26662, para normarse el fin del estado de convivencia, manifestando que: “Si los convivientes desean dejar constancia de haber puesto fin a su estado de convivencia, podrán hacerlo

---

**78 Artículo 6 de la Ley 26662.- Consentimiento Unánime.-** Es requisito indispensable el consentimiento unánime de los interesados. Si alguno de ellos, en cualquier momento de la tramitación manifiesta oposición, el notario debe suspender inmediatamente su actuación y remitir lo actuado al juez correspondiente, bajo responsabilidad.

**79** El artículo 428 del Código penal establece el delito de falsedad ideológica, normando que: “El que inserta o hace insertar, en instrumento público, declaraciones falsas concernientes a hechos que deban probarse con el documento, con el objeto de emplearlo como si la declaración fuera conforme a la verdad, será reprimido, si de su uso puede resultar algún perjuicio, con pena privativa de libertad no menor de tres ni menor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa”.

El que hace uso del documento como si el contenido fuera exacto, siempre que de su uso pueda resultar algún perjuicio, será reprimido en su caso con las mismas penas”.



en la escritura pública en la cual podrán liquidar el patrimonio social, para este caso no se necesita hacer publicaciones.

El reconocimiento del cese de la convivencia se inscribe en el Registro Personal”

Por el artículo 52, cuando el concubinato propio reconocido ha fenecido por mutuo acuerdo, los convivientes podrán dejar constancia de haber puesto fin a su convivencia, a través de escritura pública, en la cual podrán liquidar el patrimonio social que se hubiere generado, la norma in comento además permite la inscripción del cese de la convivencia en el Registro Personal. Como se aprecia, este artículo únicamente se ha circunscrito al supuesto de finalización del concubinato por mutuo acuerdo, lo cual se desprende del propio texto de la norma cuando se hace referencia a “los convivientes” o cuando emplea frases como: “podrán hacerlo en escritura pública” o “podrán liquidar el patrimonio social”, es decir que se exige la participación de ambos concubinos, no es posible por lo tanto, acudir a la vía notarial para dejar constancia del fin de la convivencia, por otros supuestos previstos en el Código Civil, como son la decisión unilateral, la ausencia o la muerte de uno de los concubinos, siendo en ese sentido el criterio de la norma demasiado restrictivo, pues debieron habilitarse en sede notarial otros supuestos para declararse el cese de la convivencia, además del mutuo acuerdo, como son la muerte y la ausencia. Al respecto ha citado Gálvez (2011) que en el caso de la muerte podría formalizarse el cese de la unión de hecho con la presentación de la partida de defunción. De igual manera en el caso de la ausencia estará presentar la Resolución Judicial debidamente consentida que contenga la declaración de ausencia correspondiente. Agregando que el cese por decisión unilateral presenta dificultades para la tramitación notarial por la contradicción que existe en la ley cuando señala el término “los convivientes”. Es por ello que creemos que no basta la presentación de una carta notarial donde se comunica al otro conviviente respecto de la decisión de dar por finanza la unión de hecho y la

suscripción de la escritura pública por parte de unos de los convivientes porque esto no lo ha contemplado la ley. Consideramos entonces que los demás supuestos de cese, distintos del acuerdo mutuo de los convivientes, presentan dificultad para su trámite en vía notarial (p. 41) <sup>80</sup>.

#### **2.3.2.10. OTROS DERECHOS A FAVOR DE LOS CONVIVIENTES**

Aunque nada dicen ni la Constitución ni el Código Civil, en la discusión del Anteproyecto de una nueva Constitución se discutió (y, al menos se propuso en el Anteproyecto de Ley de reforma de la Constitución, publicado en abril del año 2002) la conveniencia de conceder derechos alimentarios y sucesorios a los concubinos. La fórmula no dejó de causar revuelo. El jurista Guillermo Lohmann se opuso radicalmente y Juan Espinoza mostró su posición favorable. Desde mi punto de vista sí existe derecho a los alimentos. Los derechos sucesorios atañen más bien a una definición de política jurídica. Si la legítima del cónyuge se sustenta en el matrimonio es evidente que los consortes no casados no tendrán condición de legitimarios. Pero si, en cambio la legítima no regula propiamente ningún elemento de la institución matrimonial, sino, a un nivel más general, el cumplimiento de una obligación legal de favorecimiento de los miembros de la familia que mantenían una relación de dependencia o de especial vínculo de afecto con el causante, las cosas cambian. Es una decisión pendiente.

La ley tampoco reconoce el derecho a la adopción por parte de concubinos. Apenas se limita a señalar, según el artículo 382 del Código Civil peruano que “nadie puede ser adoptado por más de una persona, a no ser por los cónyuges”. Sin embargo, la ley admite la adopción por una única persona, inclusive si vive sola. Una notable inconsistencia que se ha corregido con la Ley 30311.

---

<sup>80</sup> GALVEZ ALIAGA, Iván Leonardo. Problemática Actual en el Reconocimiento de la Unión de Hecho en el Ámbito Notarial y sus Aspectos Registrales. Diálogo con la Jurisprudencia Tomo 151, Edit. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 41.

También considero conveniente reconocer el derecho a la indemnización por daños a favor del conviviente supérstite reformando el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil que limita la acción sustentada en el interés moral (no así el económico, y ello es ya bastante para reclamar el resarcimiento por la pérdida de los ingresos del concubino muerto) al agente (actor) ya su familia, dentro de la cual el Código no incluye a los convivientes; lo que es en sí una solución absurda.

Para concluir, considero que, siguiendo la misma orientación, debe replantearse los fundamentos de instituciones como el patrimonio familiar, la curatela, la protección del honor e intimidad del consorte fallecido, entre otras, para dar lugar o cabida a los convivientes, siempre que cumplan las condiciones del artículo 326 del Código Civil. La Constitución, por lo demás, no limita estos derechos.

#### **2.3.2.11. LA ADOPCIÓN POR PAREJA CONCUBINARIA. DERECHO COMPARADO.**

En consideración de lo señalado anteriormente, en el análisis legal de la normatividad competente, se tiene que a pesar de estipularse normas que favorecen o propician las condiciones para el ejercicio de la adopción en las uniones de hecho, sin haberse explicitado directamente en las normas referidas la garantía de ejecución de tal derecho para los concubinos; a contraparte se llega a tener que hay normas que imposibilitan o restringen el ejercicio de la adopción en las parejas concubinarias; como establece propiamente el artículo 382 del Código Civil, “nadie puede ser adoptado por más de una persona, a no ser por los cónyuges”, contiene una norma que se repite casi en todas las legislaciones extranjeras, pero debido a las deficiencias y arbitrariedades que contiene viene siendo motivo de cuestionamientos de parte de los juristas y algunos países ya han logrado modificarla al punto de desaparecer por completo la prohibición, tal es el

caso de México, que en su artículo artículo 391 prescribe: “Los cónyuges o concubinos podrán adoptar cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo...”. Por su parte, el Estatuto Brasileiro del Niño, en el artículo 42 .2 señala: “La adopción por cónyuges o concubinos podrá ser formalizada, desde que uno de ellos haya alcanzado los veintiún años de edad y se haya comprobado la estabilidad de la familia.”. El caso de España, es relevante por la posición pro matrimonio que mantuvo por mucho tiempo; así su Código Civil, en su artículo 175.4, modificado el 11 de noviembre de 1987, prescribe: “Las referencias de esta ley a la capacidad para adoptar simultáneamente serán también aplicables al hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad, análoga a la conyugal.”

Como ya se ha expresado, la adopción busca dar hogar al que no tiene y precisamente tal como lo señala la Constitución los concubinos forman un hogar, que si bien se mira, en el Perú, como en países de cultura similar, que el concubinato no presenta ninguna barrera legal para salir de él, es sin embargo, la familia con más nota de permanencia. El matrimonio no garantiza la estabilidad o seguridad de la familia, más aún si la Ley 29227, llamada ley del “divorcio rápido”, tiene la intensión de terminar cuanto antes con los matrimonios que lo soliciten, y si a esto se agrega, la separación de hecho como causal de divorcio, y dado el caso, cumplido el plazo de separación y a solicitud de parte, incluso del cónyuge que abandonó o dio motivo para la separación se concederá inexorablemente, el divorcio, ya que se trata de una causal objetiva. Como se ve, el ser casado, ya no es garantía de matrimonio o pareja estable.

Las disposiciones normativas nacionales que actualmente regulan en forma tácita la inaplicación de la adopción por parte de las Uniones de Hecho, vulneran el principio del interés superior del niño, conforme a lo establecido en el Código de los Niños y Adolescentes, que regula la institución del amparo como una medida de protección a favor del niño que

carece de padres, como a la vez sobre la Convención sobre los Derechos del Niño que en su artículo 21, dice: "Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial".

### **2.3.2.12. FUNDAMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA ADOPCIÓN A SER EJERCIDA POR PAREJAS CONCUBINARIAS**

#### **a. A favor**

En cuanto a los fundamentos a favor, a pesar de que no son fundamentos que directamente contemplen el ejercicio del derecho de adopción entre las parejas concubinarias, se debe resaltar aquellos fundamentos que consideran los criterios propicios para que las uniones de hecho lleguen a ejercer la adopción de menores de edad; teniéndose en cuenta así lo que el jurista nacional Corral (2005)<sup>81</sup> establece entre las características esenciales que presentan las familias concubinas que pueden garantizar propiamente la adopción de menores y garantizar su protección y desarrollo, considerándose los siguientes características importantes:

#### **1) La Affectio Familiaris**

El gran requisito de la familia de hecho es el ánimo de formar familia, ánimo que es denominado por los autores affectio familiaris. Los integrantes del grupo deben sentirse formando parte de una familia y querer participar en ella.

#### **2) Despliegue de esfuerzos comunes para conseguir el sustento**

Esta exigencia se traducirá en que, al igual que en la familia matrimonial, los miembros activos pondrán a disposición lo obtenido

<sup>81</sup>CORRAL TALCIANI, Hernán. "Derecho y Derechos de la Familia". Editora Grijley. 1era Edic.



mediante su trabajo, en provecho de la sociedad doméstica, y los pasivos colaborarán, en la medida de sus posibilidades, desde el interior del hogar; para así lograr el sustento de todos y la mantención y crecimiento económico del grupo.

#### **b. En contra**

Se tiene una amplia fundamentación en contra de la aplicación del derecho de adopción por parte de las parejas concubinarias, a razón como considera el jurista Nacional Peralta (2008), de que las uniones de hecho generalmente cuando no pueden generar prole piensan que el camino correcto es el de la adopción, sobre el particular, existen posiciones discrepantes. Una, estima que los integrantes de la unión concubinaria propia estarían facultados para adoptar; otra, sostiene su imposibilidad. La ley asume este último criterio, pues no existe norma alguna que reconozca el derecho a la adopción por parte de los concubinos.

El artículo 382 del Código Civil señala que nadie puede ser adoptado por más de una persona, a no ser por los cónyuges. Este prejuicio legislativo es evidente, pues lo que se ha querido evitar, entre otras cosas es que un hijo consanguíneo de padres casados pase a ser adoptado por un varón y una mujer que conviven sin matrimonio. (p. 149)<sup>82</sup>

Si bien es verdad que algunos alegan que las uniones de hecho son comunidades precarias, inestables y efímeras y que, por tal razón, resulta de mayor seguridad acoger al adoptado en una familia matrimonial, también es verdad que no siempre estas uniones conyugales pueden llegar a un final feliz sino también podría fenecer antes de tiempo y afectar al hijo al cual se dio cabida a través de la adopción, por eso creemos en la posibilidad de hacerse factible este tipo de adopciones.

---

<sup>82</sup>PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. "Derecho de Familia en el Código Civil". IDEMSA. 4ta Edic. Lima Perú 2008. pág. 149

## 2.4. MARCO CONCEPTUAL

**ADOPCIÓN:** Se refiere al parentesco legal que surge entre el adoptante y el adoptado a partir de un procedimiento administrativo.

**CONCUBINATO:** Se refiere a la unión de hecho entre un hombre y una mujer, fuera de la formalidad legal.

**SITUACIÓN DE HECHO:** Es aquella situación que no está reconocida legalmente o que está al margen de la misma, sin que sea ilícita o ilegal.

**PROCESO ADMINISTRATIVO:** Procedimiento que se sigue ante una instancia del Estado de acuerdo con la Ley General de Procedimientos Administrativos Generales.

**UNIÓN DE HECHO:** Se refiere a la unión que se establece en una pareja sin que exista impedimento de algún tipo.

**PARENTESCO LEGAL:** Es aquel tipo de parentesco que está establecido en la legislación, y que surte efectos así como derechos y obligaciones.

## 2.5. MARCO LEGAL

### 2.5.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

De acuerdo al artículo 5 de la Constitución Política del Perú se tiene:  
*“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”.*(p. 23)

**COMENTARIO:** Nuestra legislación ampara la unión de hecho propia, la que pretende lograr finalidades y desarrollar deberes que se asemejen a un matrimonio.

## **2.5.2. CODIGO CIVIL DE 1984**

### **Artículo 326°CC.-Efectos de las uniones de hecho**

Según el Código Civil peruano en su Artículo 326°.- Efectos de uniones de hecho: “La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.

La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales.

Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido.”(p. 101)

**COMENTARIO:** Como se puede observar nuestra ley ha tenido en cuenta la definición restringida o unión de hecho propia ya que se exige que en la unión estable participen personas libres de impedimento matrimonial, así mismo señala para efectos de la formación de la sociedad de gananciales, la exigencia de dos años.

**Artículo 378° CC- Modificado por la Ley 30311. Requisitos para la adopción.**

“Para la adopción se requiere:

- 1) Que el adoptante goce de solvencia moral.
- 2) Que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría de edad y la del hijo por adoptar.
- 3) Que cuando el adoptante sea casado concurre el consentimiento de su cónyuge.
- 4) Que cuando el adoptante sea conviviente conforme a lo señalado en el artículo 326, concurre el consentimiento del otro conviviente.
- 5) Que el adoptado preste su consentimiento si es mayor de diez años.
- 6) Que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela.
- 7) Que se oiga al tutor o al curador del adoptado y al consejo de familia si el adoptado es incapaz.
- 8) Que sea aprobado por el juez, con excepción de lo dispuesto en las leyes especiales .
- 9) Que si el adoptante es extranjero y el adoptado menor de edad, aquél ratifique personalmente ante el juez su voluntad de adoptar. Se exceptúa de este requisito, si el menor se encuentra en el extranjero por motivo de salud.”(pp. 115-116)

**COMENTARIO:** Con la modificación de este artículo por la Ley 30311, se permite que familias concubinarias se integren al procedimiento de adopción.

**Artículo 382°CC.-Modificado por la Ley 30311. Prohibición**

Según Art. 382 del Código Civil peruano “Nadie puede ser adoptado por más de una persona, a no ser por los cónyuges o por los convivientes conforme a lo señalado en el artículo 326 del presente Código.” (p. 116)

**COMENTARIO:** Esta modificatoria a la Ley va permitir que más familias se integren a la adopción, en consecuencia habrá más opciones para los niños y adolescentes.

**Artículo 2030°CC.-Inciso incorporado por el Art. 7 de la Ley 30007(17/04/2013) . Actos y Resoluciones Inscribibles.**

“Se inscriben en este Registro:  
(....)

10.- Las uniones de hecho inscritas en la vía notarial o reconocidas por vía judicial” (p. 401)

**COMENTARIO:** La incorporación de este inciso permite que se inscriban en el Registro Personal las uniones de hecho.

**2.5.3. CODIGO DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE**

Según el Artículo 115° del Código del Niño y Adolescente “La Adopción es una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. En consecuencia, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.” (p. 693)

**COMENTARIO:** La ley establece una relación de padre- hijo entre el adoptante y adoptado; y el adoptado deja de pertenecer a su familia Biológica.

**Artículo 117°CNA.- Requisitos.-** Para la Adopción de niños o de adolescentes se requiere que hayan sido declarados previamente en estado de abandono, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 378° del Código Civil. (p. 693)

**COMENTARIO:** Es necesario la declaración del Estado de abandono para que un niño y adolescente sea promovido en adopción.



**Artículo 248° CNA.- Declaración judicial del Estado de Abandono.-** “El juez especializado podrá declarar en estado de abandono a un niño o adolescente cuando.

- a) Sea expósito
- b) Carezca, en forma definitiva, de las personas que conforme a ley tienen el cuidado personal de su crianza, educación o, si los hubiera, incumplan las obligaciones o deberes correspondientes; o carecieran de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación;
- c) Sea objeto de maltratos por quienes están obligados a protegerlos o permitir que otros lo hicieran;
- d) Sea entregado por sus padres a un establecimiento de asistencia social público o privado y lo hubieran desatendido injustificadamente por seis meses continuos o cuando la duración sumada exceda de este plazo.
- e) Sea dejado en instituciones hospitalarias u otras similares con el evidente propósito de abandonarlo;
- f) Haya sido entregado por sus padres o responsables a instituciones públicas o privadas, para ser promovido en adopción;
- g) Sea explotado en cualquier forma o utilizado en actividades contrarias a ley o a las buenas costumbres por sus padres o responsables, cuando tales actividades sean ejecutadas en su presencia.
- h) Sea entregado por sus padres o responsables a otra persona mediante remuneración o sin ella con el propósito de ser obligado a realizar trabajos no acordes con su edad; y
- i) Se encuentre el total desamparo.

La falta o carencia de recursos materiales en ningún caso da lugar a la declaración del estado de abandono.” (p.713)

**COMENTARIO:** Es necesario precisar que las limitaciones que padecen muchas familias en el País por situaciones ya sea económicas no da lugar a la declaración del estado de abandono.

#### **2.5.4. LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE ADOPCION DE MENORES DE EDAD DECLARADOS JUDICIALMENTE EN ABANDONO- LEY N° 26981.-**

**Artículo 2°.-El adoptante.-** Adoptantes son los cónyuges, los convivientes conforme a lo señalado en el artículo 326 del Código Civil, o la persona natural, mayores de edad, que expresen de manera formal, indubitable y por escrito su deseo de adoptar un menor de edad declarado en abandono judicial, dirigido a la Oficina de Adopciones señalados en el artículo anterior.

**COMENTARIO:** La Ley 30311 modifico el artículo 2 de la Ley 26981 y actualmente los adoptantes son también los convivientes.

**Artículo 5°.-Inicio del proceso.-** El proceso de adopción se inicia con la solicitud de la persona natural. Cónyuges, convivientes conforme a lo señalado en el artículo 326 del código civil, dirigida a la Oficina de Adopciones, que la evaluará y dictaminará dentro de los quince días hábiles siguientes.la evaluación comprende los aspectos psicológico, moral, social y legal de los adoptantes.

**COMENTARIO:** La Ley 30311 modifico el artículo 5 de la Ley 26981 y el proceso de adopción actualmente se puede iniciar con la solicitud también de los convivientes.

#### **2.5.5. REGLAMENTO DEL SERVICIO DE INVESTIGACION TUTELAR- DS 005-2016-MIMP.-**

**Artículo 6°. Inciso “C”-Procedimiento de Investigación Tutelar.-** Es el procedimiento de carácter mixto (administrativo y judicial) a través del cual se realizan las diligencias necesarias que permitan restituir el ejercicio de los derechos de una niña, niño o adolescente en presunto estado de abandono, priorizando el de vivir con su familia y disponiendo las medidas de protección provisionales necesarias para su desarrollo integral. De corresponder el

juzgado de familia o mixto, se pronuncia por la declaración del estado de abandono.

**COMENTARIO:** En el procedimiento de investigación tutelar se realizan diligencias que permiten restituir el ejercicio de derechos de un niño en presunto estado de abandono.

**Artículo 8º- Instancia administrativa del servicio de investigación Tutelar.-** La Unidad de Investigación Tutelar es la instancia administrativa que actúa para la protección inmediata de las niñas, niños y adolescentes en presunto estado de abandono y dirige el procedimiento de investigación tutelar así como actúa en la prevención del abandono.

**COMENTARIO:** La Unidad de Investigación Tutelar, instancia administrativa que actúa en casos que los niños se encuentren en presunto estado de abandono.

## **2.5.6. LA CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.**

### **Artículo 3.1.-Interés Superior del Niño.-**

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las Instituciones Públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el Interés Superior del niño.

**COMENTARIO:** El derecho del menor prevalece frente a otros derechos

## **2.5.7. LEGISLACION COMPARADA.**

El estudio comparativo a realizarse con la legislación de Colombia y Perú, la realizaremos remarcando que por la importancia del tema tomaremos comparativamente la adopción en ese país, bajo el siguiente esquema:

**1. Irrevocabilidad de la Adopción.-** respecto a la irrevocabilidad de la adopción la legislación vecina coincide con la Peruana.

El Código de la Infancia y Adolescencia de Colombia<sup>83</sup> señala en su artículo 61º “que la adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”.(p.45)

El Código de los niños y adolescentes del Perú<sup>84</sup> señala en su artículo 115º “la adopción es una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. En consecuencia, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.” (p. 693)

**2.-Etapas de la adopción.-** Respecto a las etapas de la adopción con la legislación vecina existe algunas diferencias.

El Código de la Infancia y Adolescencia de Colombia en su Art. 63º de la Ley 1098 de 2006 Señala “Sólo podrán adoptarse los menores de 18 años declarados en situación de adoptabilidad, o aquellos cuya adopción haya sido consentida previamente por sus padres.” (p. 46) Y en los Lineamientos Técnicos del Instituto colombiano de Bienestar Familiar, Resolución 2551 de fecha 29/3/2016 se señala “ Trámite administrativo de la adopción, proceso mediante el cual se adelantan ante el ICBF o ante las instituciones autorizadas para desarrollar el programa de adopción, las gestiones necesarias para iniciar el trámite de adopción”.

---

83 Ley 1098 del 8 de noviembre del 2006

84 Ley 27337 del 7 de agosto del 2000

**COMENTARIO:** El Defensor de Familia es un actor importante dentro del proceso administrativo de adopción, ya que es él quién autoriza la adopción. Siendo que hay que mencionar que el proceso que puede llevar a la adopción de un menor comienza con una etapa administrativa que busca el restablecimiento de sus derechos. El defensor de familia, junto con un equipo interdisciplinario, toma medidas provisionales para su protección, estudia detenidamente su problemática y, si encuentra que no puede tener una vida digna junto a su familia biológica, declara su adoptabilidad mediante Resolución.

El Código de la Infancia y Adolescencia de Colombia en su Art. 124º señala “Es competente para conocer el proceso de adopción en primera Instancia el juez de Familia del domicilio de la persona o entidad a cuyo cargo se encuentre el niño, niña o adolescente. La demanda sólo podrá ser formulada por los interesados en ser declarados adoptantes mediante apoderado”.(p. 70)

**COMENTARIO:** Siendo que después de la etapa administrativa, se procede con una etapa judicial que es aquella en la que un juez decreta la adopción a través de la Sentencia Judicial en los Juzgados de Familia, y debidamente ejecutoriada establece la relación paterno filial.

El Código de los niños y adolescentes del Perú (Ley 27337 del 7 de agosto del 2000) señala en el artículo 248 “ *El juez especializado podrá declarar en estado de abandono a un niño o adolescente..(..)*”. Artículo 127º “*la adopción de niños o de adolescentes sólo procederá una vez declarado el estado de abandono, salvo los casos previstos en el artículo 128º (excepciones) del presente código*”. Y el artículo 245º señala “*El MIMDES (hoy MIMP), al tomar conocimiento, mediante informe policial o denuncia de parte, que un niño o adolescente se encuentran en algunas de las causales de abandono,*



*abrirá investigación tutelar, con conocimiento del Fiscal de Familia y dispondrá en forma provisional las medidas de protección pertinentes”.*

**COMENTARIO:** Al respecto hay que mencionar que en el Perú la declaración del Estado de abandono es mediante Resolución judicial. Sería ventajoso tal como lo propongo en la presente Tesis que en determinados casos como: (1) Que los mismos padres han sido los que han venido a dejar a sus niños para que sean promovidos en adopción. (2) Casos que los niños no tengan referentes familiares sean netamente NN; lo realice la sede administrativa, de esa manera habría más celeridad y los niños no pasarían mucho tiempo institucionalizados.

De otro lado, la investigación de los antecedentes del menor para saber si el niño o adolescente “puede regresar a su hogar o si existe algún familiar que lo reclame, la realiza la Dirección de Investigación Tutelar en Lima” (Aguilar, 2014)<sup>85</sup> pero en el interior del País, la situación es otra y el proceso de investigación tutelar lo sigue el poder judicial, a través de sus jueces de familia. Siendo que la investigación tutelar es ventajoso que lo realice la dirección de investigación tutelar a nivel Nacional para lograr celeridad.

La Ley 26981, Ley de procedimiento administrativo de adopción de menores de edad declarados judicialmente en abandono (1/10/1998) en el artículo 5º señala *“el proceso de adopción se inicia con la solicitud de la persona natural o cónyuges interesados dirigida a la Oficina de Adopciones que la evaluará y dictaminará dentro de los quince días hábiles siguientes. La evaluación comprende los aspectos psicológico, moral, social y legal de los adoptantes”.*

---

85 Sausa (2014). Diario Perú 21. Trabas para adoptar: cerca de 15 mil niños peruanos esperan por un hogar. Opinión de Eda Aguilar

**COMENTARIO:** Siendo que en el Perú la segunda etapa es administrativa y se da en la Dirección General de Adopciones que tramita la adopción de un niño, niña o adolescente declarado judicialmente en abandono.

## **2.6. HIPÓTESIS**

### **2.6.1. HIPÓTESIS**

#### **a. HIPÓTESIS GENERAL**

Si se superan las limitaciones que se presentan en el Reconocimiento del Derecho de Adopción de Niños y Adolescentes en Estado de Abandono entonces se podrá favorecer la solicitud de las Parejas Concubinarias en el marco de la Ley N° 30311 en los Distritos de Lima Norte durante el período 2012-2016.

#### **b. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS**

Si se supera la DILACIÓN JUDICIAL PARA DECLARAR EL ESTADO DE ABANDONO entonces se podrá favorecer la solicitud de Adopción de Niños y Adolescentes en Estado de Abandono a favor de las Parejas Concubinarias.

Si se superan las LIMITACIONES ADMINISTRATIVAS en las DIRECCIONES DE INVESTIGACIÓN TUTELAR entonces incidirá favorablemente en la en la solicitud de Adopción de Niños y Adolescentes en Estado de Abandono a favor de las Parejas Concubinarias.

### **2.6.2. VARIABLES E INDICADORES**

**VARIABLE INDEPENDIENTE :    LIMITACIONES EN LA ADOPCIÓN**  
**DIMENSIONES**

- DILACION JUDICIAL
- LIMITACIONES ADMINISTRATIVAS

**INDICADORES DE DILACION JUDICIAL**

-FAVORECE/DESFAVORECE

**INDICADORES DE LIMITACIONES ADMINISTRATIVAS**

-INCIDE/ NO INCIDE

**VARIABLE DEPENDIENTE : CONCUBINATO**

**INDICADORES:**

- CONVIVENCIA
- AUSENCIA DE LAZO CONYUGAL

**VARIABLE INTERVINIENTE: ESTADO DE ABANDONO**

## **CAPÍTULO III**

### **MÉTODO**

#### **3.1. TIPO DE INVESTIGACION**

El tipo de investigación es DEDUCTIVO ANALÍTICO, toda vez que el mismo ha contribuido al examen y conocimiento de la realidad, el mismo que ha sido estudiado en todos sus elementos para llegar a establecer posteriormente un conocimiento válido.

#### **3.2. DISEÑO Y MÉTODO DE LA INVESTIGACIÓN**

##### **3.2.1. DISEÑO DE LA INVESTIGACION**

El diseño de la investigación es NO EXPERIMENTAL. El diseño No Experimental es una investigación donde no se hace variar intencionalmente las variables independientes. Como señala **KERLINGER** (1979) “La investigación no experimental o Ex Post Facto es cualquier investigación en la que resulta imposible manipular variables o asignar aleatoriamente a los sujetos o a las condiciones” (p.116). La investigación No Experimental es también conocida como investigación Ex Post Facto, término que proviene del latín y significa después de ocurridos los hechos.

##### **3.2.2. METODO**

Se ha utilizado el método descriptivo-explicativo por cuanto se ha descrito cada una de las variables planteadas, señalando la influencia que ejerce la legislación actual en cuanto a los derechos que tienen las parejas concubinarias para adoptar, en el marco de la novísima legislación representada por la Ley N° 30311. Y es explicativo porque busca encontrar las razones que ocasionan el problema de investigación.

### 3.3. ESTRATEGIA DE LA PRUEBA DE HIPÓTESIS

Se utilizo el diseño No experimental, es decir observar fenómenos tal y como se dan en su contexto natural, para después analizarlos.

También se aplico 1 encuesta para toda la población de estudio conformada por 71 magistrados y también 1 entrevista, para obtener información sobre la dilación judicial para declarar el estado de abandono.

### 3.4. VARIABLES

Las variables son según **PARDINAS** (1982) “propiedades, características o atributos del objeto de investigación y hacia donde se dirigen las acciones del investigador para su explicación o predicción. Cada propiedad, constituye una variable, es decir, un término que se establece para mejor comprensión y se sustituye por diferentes valores numéricos (p.132).

Según **TORRES BARDALES** (2002) “Variable independiente no depende de otra, porque su valor es obtenido por si misma, sin la interferencia de agentes endógenos o exógenos.(p.152)

Variable dependiente es el elemento determinado, condicionado y explicado por otro; por su naturaleza, siempre está articulado al y en función del elemento condicionante.

Variable interviniente o intercurrente, son las variables que pueden estar presente entre la variable independiente y la dependiente, alterando la relación entre ellas por la aparición de otro elemento, pero sólo en forma indirecta.

V. independiente: Limitaciones en la Adopción (X)

V. Dependiente : Concubinato (Y)

V. interviniente : Estado de abandono (Z)

Si X -----> Y





Z

### 3.5. POBLACION

#### JUECES:

En cuanto a los magistrados, POBLACIÓN DE JUECES CIVILES, tenemos una población de 104 jueces en el Distrito Judicial de Lima-Norte.

### 3.6. MUESTRA.

#### MUESTRA DE LOS JUECES:

En cuanto a los magistrados, POBLACIÓN DE JUECES CIVILES, tenemos una población de 104 jueces en el Distrito Judicial de Lima-Norte. La muestra es de 71 magistrados.

La muestra se obtendrá aplicando la siguiente fórmula:

$$n = \frac{n''}{1 + n'' / N}$$

N = tamaño de la población

n'' = tamaño de la muestra sin ajustar

n = tamaño de la muestra ajustada

Donde:

$$n'' = \frac{S^2}{V^2} \frac{\text{varianza de la muestra}}{\text{varianza de la población}}$$

n'' = tamaño provisional de la muestra .

S<sup>2</sup> = varianza de la muestra la cual se puede determinar en términos de probabilidad y se obtiene p (1- p)

Donde :

$p =$  probabilidad de ocurrencia determinada en 0.9 de acuerdo con la sugerencia de Sampieri, que quiere decir el 90% que cada caso tiene la probabilidad de ser elegido.

$V^2 =$  Varianza de la población . Su definición  $(Se)^2$  el cuadrado del error estándar

Se determinó un error estándar del 0.02, lo que da un nivel de confiabilidad del 98%.

En el presente caso tenemos una población de 104 jueces. El tamaño de la muestra con un error estándar del 0.02 sería 71 magistrados.

Tenemos:

$$S^2 = p(1-p) = 0.9(1-0.9) = 0.9(0.1) = 0.09$$

$$V^2 = (\text{error estándar})^2 = (0.02)^2 = 0.0004$$

Donde tenemos que :

$$S^2$$

$$n'' = \frac{S^2}{V^2}$$

$$S^2 \quad 0.09$$

$$n'' = \frac{S^2}{V^2} = \frac{0.09}{0.0004} = 225$$

$$V^2 \quad 0.0004$$

$$n'' = 225$$

Y ajustando tenemos que:

$$n = \frac{225}{1 + 225/104} = \frac{225}{1 + 2.1634615} = \frac{225}{3.1634615}$$

= 71.1246209

= **71 magistrados**

MUESTRA: 71 Magistrados

### **3.7. TÉCNICAS DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **3.7.1. TECNICAS E INSTRUMENTOS Y/O FUENTES DE RECOLECCION DE DATOS**

a) **Técnicas:** Se utilizara:

-**Encuesta:** Se aplicara a los magistrados.

-**Entrevista:** Se desea profundizar en el tema, según la respuesta original del consultado, que nos permitió indagar sobre el tema de investigación.

-**Análisis documental:** Libros Trabajos de investigación.

-**Observación científica:** Se aplicó a partir de la observación de la información obtenida así como también la revisión de los datos y estadísticas obtenidos.

b) **Instrumentos:** Se utilizara un cuestionario y guía de entrevista

.

#### **3.7.2. VALIDACION DE LOS INSTRUMENTOS POR JUICIO DE EXPERTOS**

Luego de diseñados los instrumentos, fueron sometidos a un estudio técnico para la identificación de su validez. Según **HERNÁNDEZ, FERNANDEZ Y BAPTISTA (1998)** “La validez en términos generales, se refiere al grado en que un instrumento realmente mide la variable que quiere medir” (p.243). Siendo que la validez de los instrumentos, fue obtenida mediante un proceso de validación de contenido, el cual consistió en la evaluación por parte de jueces (civiles) de la Corte Superior de Justicia de Lima, quienes

revisaron la pertinencia de los ítems con las variables, dimensiones e indicadores establecidos.

### **3.7.3. TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO DE LOS DATOS**

#### **- SELECCIÓN, TABULACIÓN Y REPRESENTACIÓN DE DATOS:**

Los datos fueron seleccionados de acuerdo con el tipo de población y siguiendo la fórmula de la muestra. El tipo de procesamiento de datos empleado fue el proceso manual que involucro el uso de los recursos humanos, tales como realizar cálculos mentales, registrar datos con lápiz y papel, ordenar y clasificar manualmente.

La información obtenida pasó a ser tabulada de manera manual de acuerdo con las opciones planteadas.

Los datos obtenidos fueron expresados de manera numérica en gráficos, donde se expreso además el porcentaje respectivo.

#### **- PRUEBA DE HIPÓTESIS:**

Las Hipótesis se validó a partir de la contrastación con los datos obtenidos.

### **3.7.4. TÉCNICAS DE ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LA INFORMACIÓN**

El tipo de análisis de los datos que se llevará a cabo: es el cualitativo.

Las técnicas de recolección de información fueron la encuesta, análisis documental, la observación científica y la entrevista. Y el tipo de instrumento que se realizo durante el proceso de investigación fue el cuestionario y la guía de entrevista. El cuestionario utilizo un formulario impreso destinado a obtener respuestas sobre el problema en estudio y que el consultado lo llenará por sí mismo. Siendo que el cuestionario se aplico a 71 magistrados civiles, estando presente la

investigadora. La guía de entrevista que indica los temas y su secuencia. Cada pregunta será relevante tanto desde la dimensión temática que se refiere a que la pregunta es importante en relación con el tema que se está investigando y la dimensión dinámica que se refiere a la relación interpersonal durante la entrevista.

El proceso de análisis no quedó relegado al terminar de recoger la información sino que se realizó a lo largo de todo el proceso, incluso a partir de los primeros contactos con los informantes.

Los métodos de recolección de datos fueron: la encuesta, este método consiste en obtener información de los sujetos de estudio, proporcionada por ellos mismos, sobre opiniones, actitudes o sugerencias. Y la entrevista que es la comunicación establecida entre el investigador y el sujeto estudiado con el fin de obtener respuestas verbales a las interrogantes planteadas sobre el problema propuesto. Técnica de procesamiento, análisis e interpretación de información.

Información cualitativa. Transcripción de las preguntas y respuestas, revisión de la validez y confiabilidad de la información y análisis e interpretación de los datos.

### **3.7.5. OPERACIONALIZACION DE LAS VARIABLES**

El disponer de un buen sistema de variables es importante en el proceso de investigación ya que facilita todo un diseño, desarrollo y posterior análisis estadístico de los resultados. Así mismo, **BAVARESCO** (1996), se refiere a las variables cómo: “Las diferentes condiciones, cualidades características o modalidades que asumen los objetos en estudio desde el inicio de la investigación. Constituyen la imagen inicial del concepto dado dentro del marco” (p. 76). A tal efecto, se establecen la siguiente variables e indicadores que se conceptualizan más adelante. Otro elemento que se definirá en esta investigación fueron los indicadores, que como señala **ALTUVE**

(1.990) “son una definición que asigna significado a una construcción conceptual de la variable, al especificar actividades u operaciones necesarias para medirlas” (p. 1).

| <i>VARIABLE</i>                    | <i>CONCEPTO</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                 | <i>DIMENSIONES</i>                  | <i>INDICADORES</i>                                | <i>ITEMS</i>                                     |
|------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------|---------------------------------------------------|--------------------------------------------------|
| <b>Limitaciones de la Adopción</b> | <i>Son las limitaciones que se presentan en la adopción que al ser una institución jurídica permite crear mediante sentencia un vínculo de filiación voluntario entre personas que no lo tienen por naturaleza. Estas limitaciones son dilaciones judiciales y limitaciones administrativas</i> | <i>Dilación judicial</i>            | <i>Favorece<br/>Desfavorece</i>                   | <i>Cuestionario (P 1-4)<br/>Entrevista (P-1)</i> |
|                                    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | <i>Limitaciones Administrativas</i> | <i>Incide<br/>No incide</i>                       | <i>Cuestionario (P-5)</i>                        |
| <b>Concubinato</b>                 | <i>Concubinato es la unión libre y duradera entre un hombre y una mujer que viven y cohabitan como si estuvieran casados y que puede o no producir efectos legales.</i>                                                                                                                         |                                     | <i>Convivencia<br/>Ausencia del lazo conyugal</i> | <i>Ficha Bibliog.<br/>Ficha Bibliog.</i>         |
| <b>Estado de Abandono</b>          | <i>Estado de abandono es la situación vulnerable en la que se encuentran niños, niñas y adolescentes lo que exige una especial atención.</i>                                                                                                                                                    |                                     |                                                   |                                                  |



## **CAPÍTULO IV PRESENTACION DE RESULTADOS**

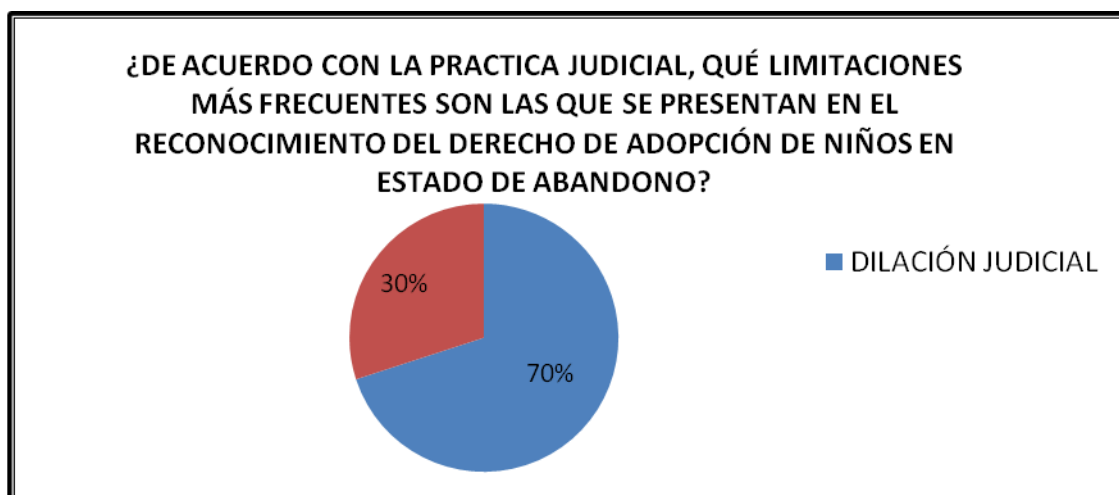
### **4.1. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS**

#### **LA PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA:**

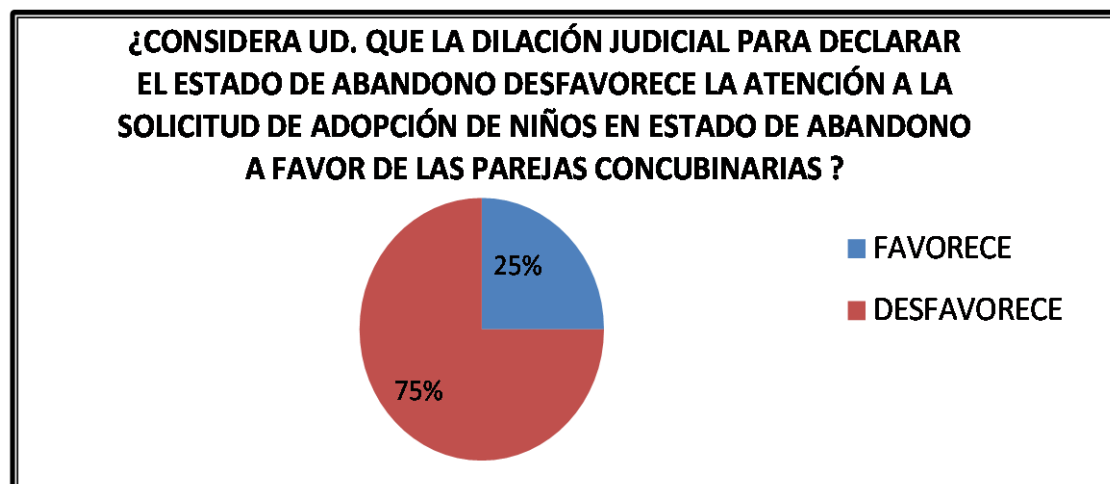
Si se supera la DILACIÓN JUDICIAL PARA DECLARAR EL ESTADO DE ABANDONO entonces se podrá favorecer la solicitud de Adopción de Niños en Estado de Abandono a favor de las Parejas Concubinarias.

#### **SE VALIDA:**

De conformidad con el Gráfico N° 01:



Y el Gráfico N° 04:



Por cuanto de ambos cuadros se desprende que la DILACIÓN JUDICIAL es el principal problema que desfavorece la atención a la solicitud de adopción de niños en Estado de Abandono a favor de las parejas concubinarias. De dichas estadísticas se desprende que es la principal limitante a superar.

También contribuye a validar esta hipótesis lo señalado por Eda Aguilar (2014) “quien indica que cada mes en las 23 cortes de justicia del país declaran en estado de abandono solo a 8 o 10 niños”<sup>86</sup> lo cual es desproporcional ya que el número de solicitantes de adopción es mayor al de niños, niñas y adolescentes en condición de ser adoptados; y ahora con la Ley 30311 dicho espectro aumentará con la concurrencia de parejas concubinarias habilitadas legalmente para adoptar. Y también se valida esta hipótesis lo señalado por la entrevistada la Licenciada Soledad Alvarado de la dirección General de Adopciones que señala que mensualmente se declaran en abandono sólo a 8 o 10 niños.

#### **LA SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECÍFICA:**

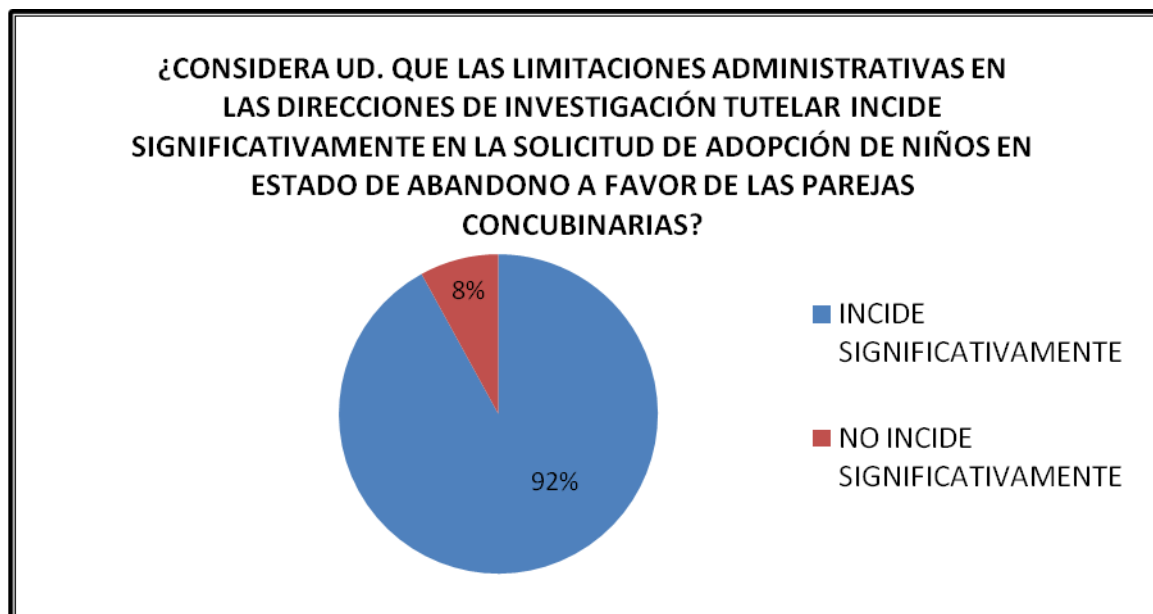
Si se superan las LIMITACIONES ADMINISTRATIVAS en las DIRECCIONES DE INVESTIGACIÓN TUTELAR entonces incidirá favorablemente en la en la solicitud de Adopción de Niños en Estado de Abandono a favor de las Parejas Concubinarias.

#### **SE VALIDA:**

De conformidad con el Gráfico N° 05

---

<sup>86</sup> Sausa (2014). Diario Perú 21. Trabas para adoptar: cerca de 15 mil niños peruanos esperan por un hogar. Opinión de Eda Aguilar.



Por cuanto de dicho Gráfico se desprende que las Limitaciones Administrativas en las investigaciones previas en la Dirección de Investigación Tutelar es significativa, por lo que se hace necesario superarlas a efectos de favorecer la solicitud de adopción de niños en estado de abandono a favor de las parejas concubinarias.

También contribuye a validar esta hipótesis lo señalado por la especialista en Derecho de Familia Milagros García Mattos, quien refiere que la investigación previa administrativa tiene muchas trabas, además de prolongarse en el tiempo, por cuanto la Dirección de Investigación Tutelar tiene pocas oficinas a nivel Nacional. En consecuencia se hace necesario superar dichas dificultades a partir de la unificación en la vía administrativa, tanto de la investigación previa como la declaración del Estado de Abandono.<sup>87</sup>

<sup>87</sup> Perú 21. Trabas para adoptar: cerca de 15 mil niños peruanos esperan por un hogar. 2014

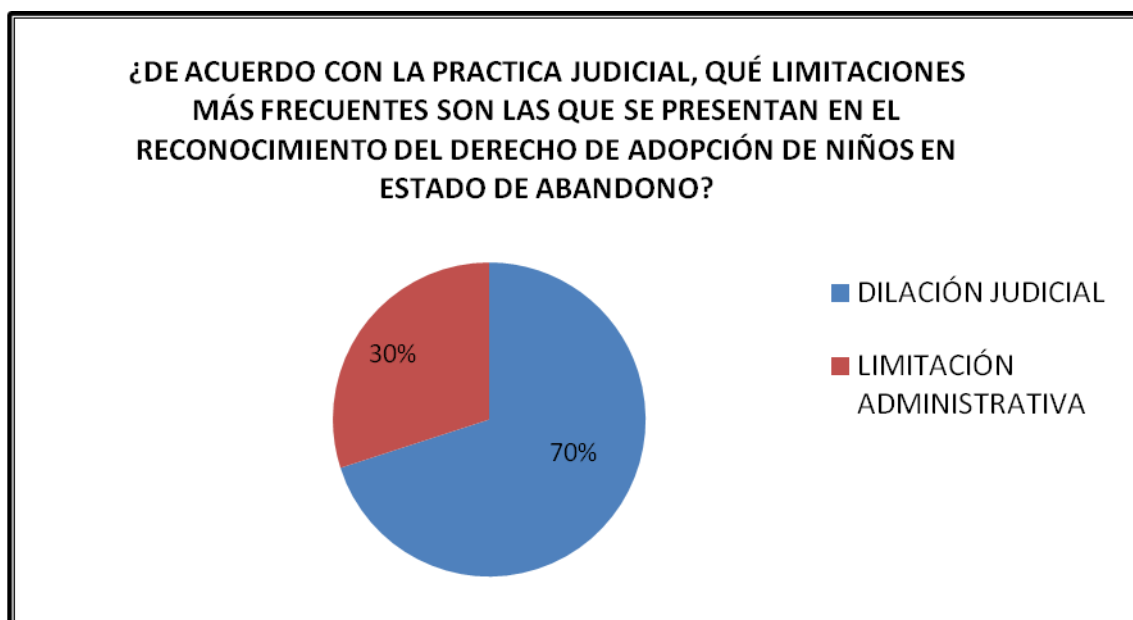
#### 4.2. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

**TABLA N° 01**

**¿DE ACUERDO CON LA PRACTICA JUDICIAL, QUÉ LIMITACIONES MÁS FRECUENTES QUE SE PRESENTAN EN EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE ADOPCIÓN DE NIÑOS Y ADOLESCENTES EN ESTADO DE ABANDONO?**

| RESPUESTAS                | Nº | %   |
|---------------------------|----|-----|
| DILACIÓN JUDICIAL         | 50 | 70  |
| LIMITACIÓN ADMINISTRATIVA | 21 | 30  |
| TOTAL                     | 71 | 100 |

**GRÁFICO N° 01**



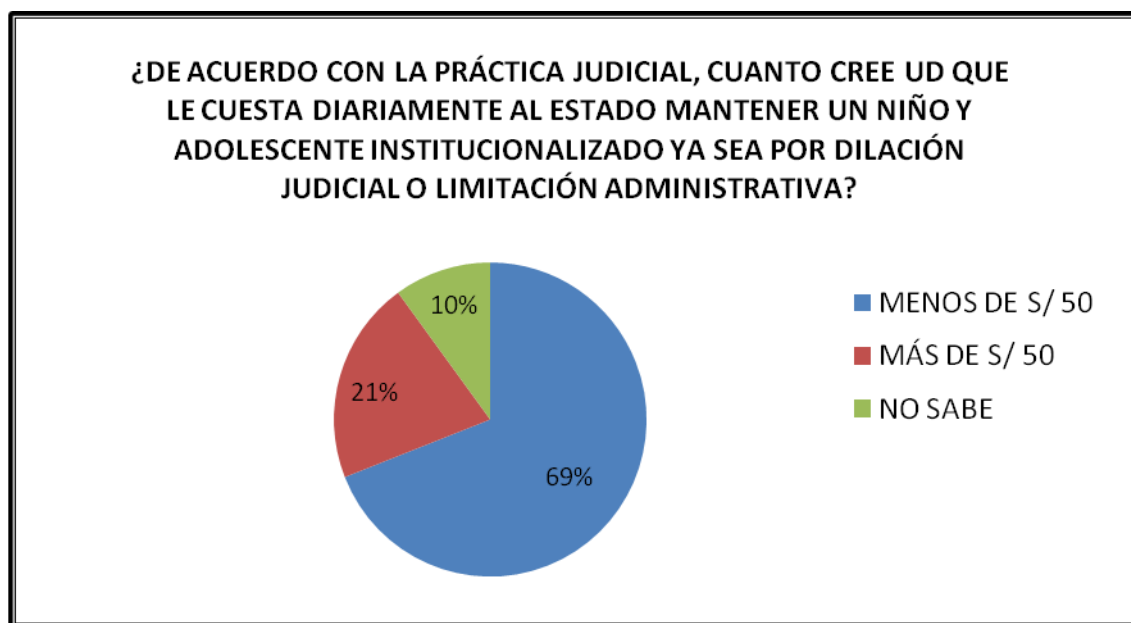
**INTERPRETACIÓN:** La mayoría de los encuestados (70%) señala que de acuerdo con la práctica judicial, las limitaciones más frecuentes que se presentan en el reconocimiento del derecho de adopción en niños y Adolescentes en Estado de Abandono son las DILACIONES JUDICIALES. Un 30% señala que son las LIMITACIONES ADMINISTRATIVAS.

**TABLA N° 02**

**¿DE ACUERDO CON LA PRACTICA JUDICIAL, CUANTO CREE UD QUE LE CUESTA DIARIAMENTE AL ESTADO MANTENER UN NIÑO Y ADOLESCENTE INSTITUCIONALIZADO YA SEA POR DILACION JUDICIAL O LIMITACION ADMINISTRATIVA?**

| RESPUESTAS                       | N° | %   |
|----------------------------------|----|-----|
| MENOS DE S/50.00<br>NUEVOS SOLES | 49 | 69  |
| MÁS DE S/ 50.00 NUEVOS<br>SOLES  | 15 | 21  |
| NO SABE                          | 7  | 10  |
| TOTAL                            | 71 | 100 |

**GRÁFICO N° 02**



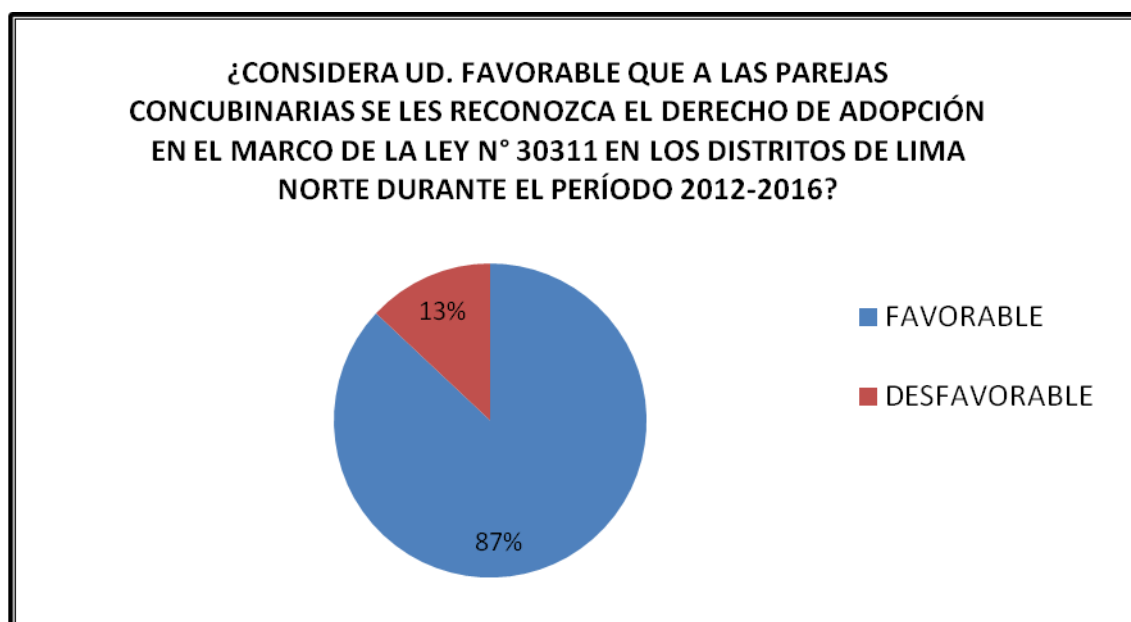
**INTERPRETACIÓN:** La mayoría de los encuestados (69%) señala que de acuerdo con la práctica judicial, le cuesta diariamente al Estado mantener institucionalizado a los niños y adolescentes ya sea por dilación judicial o limitación administrativa menos de S/ 50.00 nuevos soles. Un 21% señala más de S/ 50.00 nuevos soles. Los que no saben lo conforman un 10% .

**TABLA N° 03**

**¿CONSIDERA UD. FAVORABLE QUE A LAS PAREJAS CONCUBINARIAS SE LES RECONOZCA EL DERECHO DE ADOPCIÓN EN EL MARCO DE LA LEY N° 30311 EN LOS DISTRITOS DE LIMA NORTE DURANTE EL PERÍODO 2012-2016?**

| RESPUESTAS   | N° | %   |
|--------------|----|-----|
| FAVORABLE    | 62 | 87  |
| DESFAVORABLE | 09 | 13  |
| TOTAL        | 71 | 100 |

**GRÁFICO N° 03**



**INTERPRETACIÓN:** La mayoría de los encuestados (87%) considera FAVORABLE que a las parejas concubinarias se les reconozca el derecho de adopción en el marco de la Ley N° 30311. El 13% considera a la norma DESFAVORABLE.

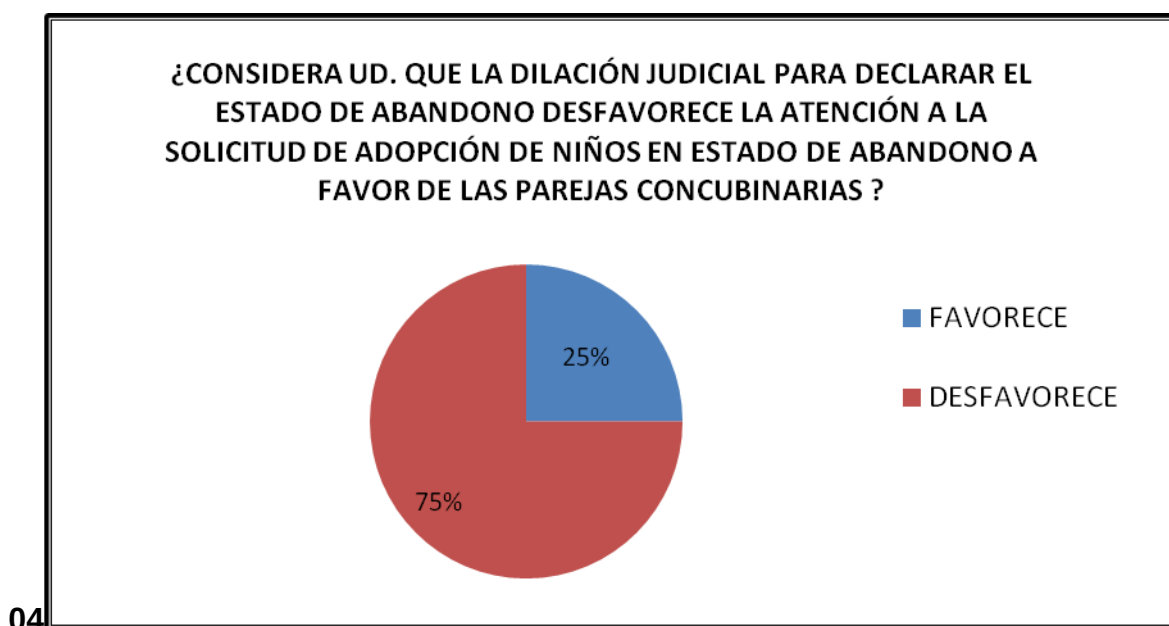


**TABLA N° 04**

**¿CONSIDERA UD. QUE LA DILACIÓN JUDICIAL PARA DECLARAR EL ESTADO DE ABANDONO DESFAVORECE LA ATENCIÓN A LA SOLICITUD DE ADOPCIÓN DE NIÑOS Y ADOLESCENTES EN ESTADO DE ABANDONO A FAVOR DE LAS PAREJAS CONCUBINARIAS?**

| RESPUESTAS  | Nº | %   |
|-------------|----|-----|
| FAVORECE    | 18 | 25  |
| DESFAVORECE | 53 | 75  |
| TOTAL       | 71 | 100 |

**GRÁFICO N°**



04

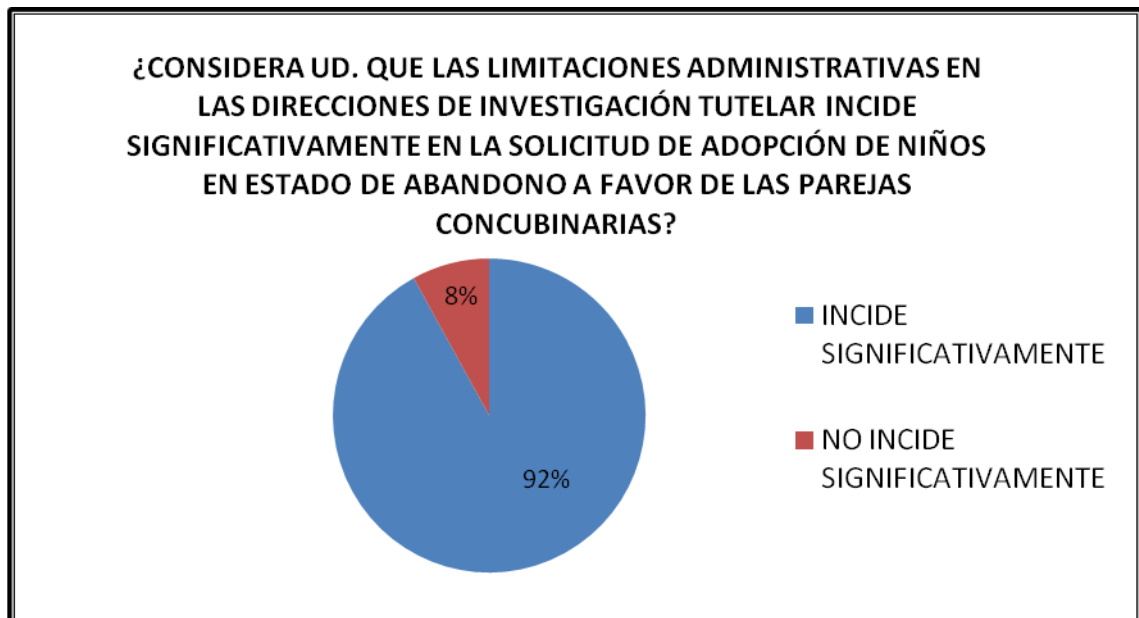
**INTERPRETACIÓN:** La mayoría de los encuestados (75%) considera que la dilación judicial para declarar el Estado de Abandono desfavorece la atención a la solicitud de adopción de niños y Adolescentes en Estado de Abandono a favor de las Parejas Concubinarias. Un 25% señala lo contrario.

**TABLA N° 05**

**¿CONSIDERA UD. QUE LAS LIMITACIONES ADMINISTRATIVAS EN LAS DIRECCIONES DE INVESTIGACIÓN TUTELAR INCIDE SIGNIFICATIVAMENTE EN LA EN LA SOLICITUD DE ADOPCIÓN DE NIÑOS Y ADOLESCENTES EN ESTADO DE ABANDONO A FAVOR DE LAS PAREJAS CONCUBINARIAS?**

| RESPUESTAS                   | Nº | %   |
|------------------------------|----|-----|
| INCIDE SIGNIFICATIVAMENTE    | 65 | 92  |
| NO INCIDE SIGNIFICATIVAMENTE | 06 | 08  |
| TOTAL                        | 71 | 100 |

**GRÁFICO N° 05**



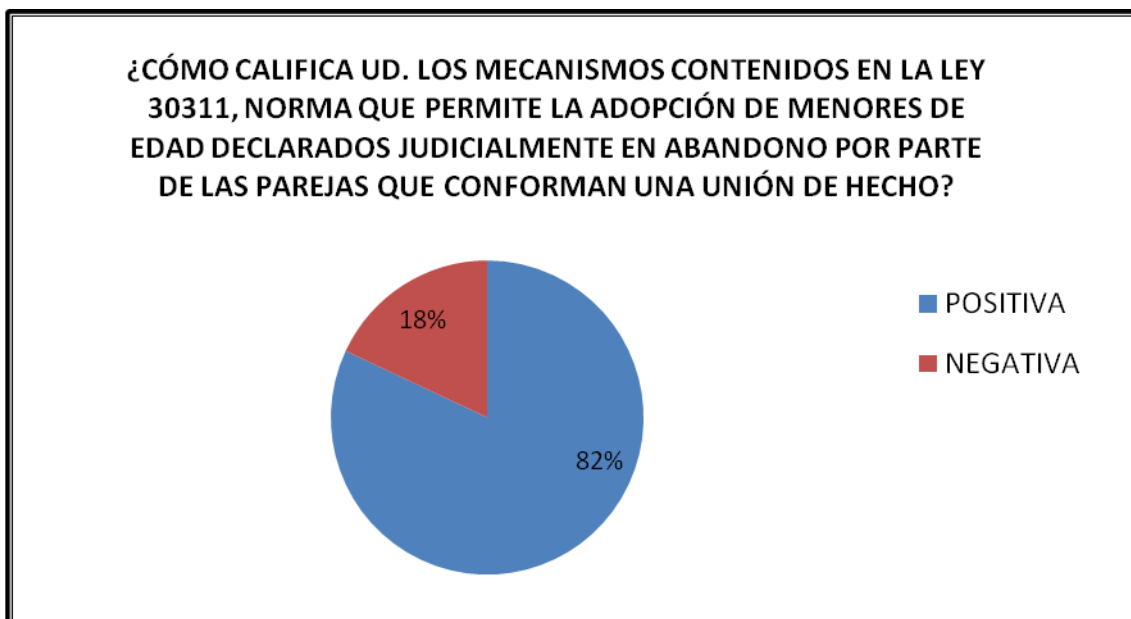
**INTERPRETACIÓN:** La mayoría de los encuestados (92%) considera que las limitaciones administrativas en las Direcciones de Investigación Tutelar sí incide significativamente en la solicitud de adopción de niños y Adolescentes en estado de abandono a favor de las parejas concubinarias; un 8% señala que no incide.

**TABLA N° 06**

**¿CÓMO CALIFICA UD LOS MECANISMOS CONTENIDOS EN LA LEY 30311, NORMA QUE PERMITE LA ADOPCIÓN DE MENORES DE EDAD DECLARADOS JUDICIALMENTE EN ABANDONO POR PARTE DE LAS PAREJAS QUE CONFORMAN UNA UNIÓN DE HECHO?**

| RESPUESTAS | Nº | %   |
|------------|----|-----|
| POSITIVOS  | 58 | 82  |
| NEGATIVOS  | 13 | 18  |
| TOTAL      | 71 | 100 |

**GRÁFICO N° 06**



**INTERPRETACIÓN:** La mayoría de los encuestados (82%) considera positivos los mecanismos contenidos en la Ley 30311, norma que permite la adopción de menores de edad declarados judicialmente en abandono por parte de las parejas que conforman una unión de hecho; un 18% considera negativos tales mecanismos.

## **CAPÍTULO V: DISCUSIÓN**

### **5.1. DISCUSIÓN**

Los resultados estadísticos evidencian que tanto las DILACIONES JUDICIALES como las LIMITANTES ADMINISTRATIVAS que se presentan en los procesos de adopción constituyen los problemas deberán superarse, sobre todo ahora, por parte de las parejas concubinarias que se acojan a la Ley N° 30311.

Ambas hipótesis se validan y expresan que la problemática de la adopción en las instancias administrativas y judiciales son trabas que se harán manifiestas para las parejas concubinarias que deseen adoptar en el marco de la Ley N° 30311, al igual que las parejas matrimoniales que están habilitadas y cuya solicitud está sujeta a la superación de los dos problemas mencionados.

Lo que se puede observar en este caso es que existen dilaciones judiciales y administrativas propios de nuestro sistema judicial y de las entidades públicas responsables. Corresponde entonces a cada instancia, en el marco de su legislación y competencia superar la problemática identificada tomando en cuenta el interés superior del niño, niña y adolescente, así como también garantizar que el menor será adoptado por la pareja más conveniente (ahora incluye a las concubinarias), a partir del estricto control de requisitos como que sean peruanos o extranjeros residentes en el Perú o en países que han suscrito con el Perú un tratado o Convenio Bilateral o Multilateral, que sean concubinos sin los impedimentos establecidos en el Código Civil y en la Ley 30311; gozar de buena salud mental, no tener antecedentes penales ni judiciales, no estar en el registro de deudor alimentario, así como participar en el proceso de capacitación y evaluación integral.

Las limitaciones señaladas deberán superarse para favorecer a las parejas matrimoniales aptas así como a las parejas concubinarias (Ley 30311), lo cual constituye una novedad en nuestro sistema jurídico y que recoge una realidad muy puntual de nuestra sociedad, donde muchas parejas concubinarias cumplen con las exigencias establecidas en la Ley.

## 5.2. CONCLUSIONES

1. La DILACIÓN JUDICIAL PARA DECLARAR EL ESTADO DE ABANDONO influye en la solicitud de Adopción de Niños y Adolescentes en Estado de Abandono a favor de las Parejas Concubinarias, por cuanto existe una elevada carga procesal que hace más lento el proceso. Dicho problema está determinado a su vez por la lentitud que se da en la investigación previa. Esta compleja problemática afecta la solicitud y petición de adopción tanto de parejas matrimoniales aptas como ahora, de parejas concubinarias, bajo la Ley 30311, de marzo del 2015. Entonces estamos ante dificultades que las parejas concubinarias deberán afrontar, considerando que en el período 2011-2016 han sido muy pocos los casos de niños declarados en Estado de Abandono por el Poder Judicial.
2. Las LIMITACIONES ADMINISTRATIVAS en las DIRECCIONES DE INVESTIGACIÓN TUTELAR incide en la en la solicitud de Adopción de Niños y Adolescentes en Estado de Abandono a favor de las Parejas Concubinarias, por cuanto tienen pocas sedes a nivel nacional para las investigaciones previas. En los lugares donde no hay tales sedes el Poder Judicial asume todo el proceso, tanto administrativo como jurisdiccional a efectos de declarar el estado de abandono, situación prolonga los plazos y las expectativas para acceder a la adopción. Mientras se produce este problema, el tiempo que pasa un niño institucionalizado ocasiona gastos al Estado y si este se prolonga repercute en el niño en su autoestima, su nivel de seguridad y su autonomía.



### **5.3. RECOMENDACIONES**

En virtud de los resultados del estudio, se plantean las siguientes recomendaciones:

1. Se recomienda que en el procedimiento de adopción, la investigación tutelar se realice por la vía administrativa y la Declaratoria en estado de Abandono no sean de declaratoria judicial sino que sean de declaratoria administrativa en determinados casos: (1) Que los mismos padres han sido los que han venido a dejar a sus niños para que sean promovidos en adopción. (2) Que sea expósito es decir casos que los niños no tengan referentes familiares sean netamente NN. Estos casos deberían realizarse por la vía administrativa. Ese cambio haría el procedimiento más expeditivo. Ello en atención a que hay países, como Colombia, donde ese modelo ya está funcionando. Ello será favorable para las parejas concubinarias, que ahora en el marco de la Ley 30311 podrán adoptar. Sería favorable porque en un plazo más corto, los niños podrían ser promovidos en adopción y dejar de estar institucionalizados. debiéndose modificar y actualizar el Código del Niño y Adolescente Artículo 248 inciso a) y f) y también modificar el artículo 1 de la Ley 26981, Ley de Procedimiento Administrativo de Adopción de menores de edad declarados judicialmente en abandono. Para cuyo efecto formulo el presente Proyecto de Ley como una recomendación para ser incorporada dentro de nuestra Legislación.

## **PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA DECLARACIÓN JUDICIAL DEL ESTADO DE ABANDONO**

### **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

La regulación de la adopción en el marco de la declaración del estado de abandono actualmente es visto desde el ámbito judicial; sin embargo el presente proyecto se enfoca en cambiar este aspecto y regular la declaración del estado de abandono en dos vías que son la judicial y la administrativa.

Este cambio se hace con la intención de que prevalezca el Interés Superior del Niño. En tanto el proceso judicial en la actualidad implica que se retrase el proceso de Adopción al alargar la respuesta para determinar la declaración del Estado de Abandono y no permitiéndose que el niño disfrute de un hogar constituido.

Es así que la vía judicial será regulada solo en determinados casos que sean necesarios y en el ámbito administrativo se tomara en cuenta solo dos situaciones. Dado que desde el punto de vista del presente trabajo las circunstancias como quien va a ser puesto en Adopción : 1) Sea expósito y 2) Sea entregado por sus padres o responsables a instituciones públicas o privadas, para ser promovido en adopción; necesita que, en estas circunstancias sea el niño quien se vea beneficiado al acelerar el proceso de adopción

Ya que en estos casos los padres o familiares no son ubicados o los padres por voluntad propia deciden entregar a su niño para ponerlo a disposición de algún órgano que contribuya en facilitarle un hogar.

Si bien estos últimos casos son normalmente evaluados por la vía judicial, lo que se pretende es que dado la demora que se presenta en estos casos se opte por la vía administrativa.

En el caso del Expósito, se refiere al recién nacido que es abandonado en un lugar público desconociéndose finalmente quienes son sus padres o familiares puesto que no se encuentra a nadie quien vele por la integridad del niño. Es en esta situación que la declaración del estado de abandono no debería sumergirse ante la retardada vía judicial; puesto que, los padres buscaron deshacerse de su niño y liberarse de cualquier responsabilidad reflejadas claramente en su conducta voluntaria. El recién nacido necesita protección y un hogar que le pueda brindar los cuidados necesarios. Al no encontrarse los padres y al encontrarse el niño sin una identidad, la declaración del estado de abandono debe otorgarse sin mediar la alargada vía judicial.

Por otro lado, aquel quien sea entregado por voluntad de sus propios padres o responsables ante instituciones públicas o privadas. Para promover su adopción, demuestra que los progenitores han tomado acciones ya definitivas sobre el futuro del niño. Por esta razón la vía administrativa es una buena opción para que el caso inmerso y la declaración sobre el estado de abandono se resuelva sin dilaciones y se presencie la celeridad.

El Interés Superior del Niño busca que se respete el desarrollo integral del niño y se respeten las condiciones necesarias para su bienestar. Es así que la rapidez en la cual se maneje los casos ya mencionados permitirán agilizar el proceso de Adopción y de esta manera se le brindará al niño un hogar el cual lo cobije y le satisfaga sus necesidades en la medida de lo posible. No privándole de disfrutar de una familia.

## **ANÁLISIS COSTO BENEFICIO**

La presente iniciativa legislativa no irroga gastos al erario nacional; no crea ni aumenta gasto público; ya que propone una modificación de derecho al Código de los Niños y Adolescentes con la finalidad de que se aplique la declaración del estado de abandono en la vía administrativa solo en 2 casos. Permitiendo de esta manera la declaración del estado de abandono: a nivel judicial y a nivel administrativo (solo en determinados casos).

### **EFFECTOS DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL**

La propuesta normativa busca modificar el artículo 248° del Código de los Niños y Adolescentes y también modificar el artículo 1 de la Ley 26981, Ley de Procedimiento Administrativo de Adopción de menores de edad declarados judicialmente en abandono

De ser aprobada la presente iniciativa, empezará a regir desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial.

### **LEY QUE MODIFICA LA DECLARACIÓN JUDICIAL DEL ESTADO DE ABANDONO**

#### **Artículo 1.- Modificación del artículo 248° del Código de los Niños y Adolescentes.**

Modifícase el artículo 248° del Código de los Niños y Adolescentes, en los siguientes términos:

#### **Art. 248.- Casos**

El juez especializado podrá declarar en estado de abandono a un niño o adolescente cuando:

- a) Carezca en forma definitiva, de las personas que conforme a Ley tienen el cuidado personal de su crianza, educación o, si los hubiera, incumplan las obligaciones o deberes correspondientes; o carecieran de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación;
- b) Sea objeto de maltratos por quienes están obligados a protegerlos o permitir que otros lo hicieran;
- c) Sea entregado por sus padres a un establecimiento de asistencia social público o privado y lo hubieran desatendido injustificadamente por seis meses continuos o cuando la duración sumada exceda de este plazo;
- d) Sea dejado en instituciones hospitalarias u otras similares con el evidente propósito de abandonarlo;
- e) Sea explotado en cualquier forma o utilizado en actividades contrarias a la ley o a las buenas costumbres por sus padres o responsables, cuando tales actividades sean ejecutadas en su presencia.
- f) Sea entregado por sus padres o responsables a otra persona mediante remuneración o sin ella con el propósito de ser obligado a realizar trabajos no acordes con su edad; y
- g) Se encuentre en total desamparo.

En vía administrativa, podrá declarar en estado de abandono a un niño o adolescente cuando:

- a) Sea expósito.
- b) Haya sido entregado por sus padres o responsables a instituciones públicas o privadas, para ser promovido en adopción.

La falta o carencia de recursos materiales en ningún caso da lugar a la declaración del estado de abandono.

**Artículo 2- Modificación del artículo 1 de la Ley 26981, Ley de Procedimiento Administrativo de Adopción de menores de edad declarados judicialmente en abandono, el cual queda redactado de la siguiente manera:**

**Artículo 1: Titular del Proceso.**

**La Dirección General de Adopciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) es la Institución encargada de tramitar las solicitudes de adopción de menores de edad**

**declarados en abandono judicial y administrativo, con excepción de los casos contemplados en el Artículo 145 del Código de los Niños y Adolescentes. Sus atribuciones son indelegables, salvo lo dispuesto en la Ley.**

### **Artículo 3- Vigencia de la ley**

La presente ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación.

2. Se sugiere que para casos de adopción se realice campañas de sensibilización y capacitación a todo el personal policial, Ministerio Público, dirección de investigación tutelar, dirección general de adopciones sobre conocimientos, legislación y particularidades de la investigación previa administrativa con el fin de implementar la detección, recepción y atención de manera oportuna y adecuada. El personal de las Instituciones gubernamentales debe estar capacitado y conocer la normativa, los procedimientos, metodologías y personas responsables en esta temática en cada Institución.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acevedo, J. (2007). *Políticas de Adopción y Legislación del niño y del Adolescente*.
- Aguilar, B. (2014). *Patria potestad, tenencia y Alimentos*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Alagna, S. (2001). *Famiglia di fatto e famiglia di diritto a confronto: spunti in tema di rapporti bancario En: "IlDiritto di famiglia e delle persone"*. Fase. 1. Milano: Editorial Giuffré.
- Altamirano. (2009). *"Derecho del Niño, Niña y Adolescente"*. Cusco Perú: Jurídica.
- Altuve, S.(1990). *Metodología de la Investigación. Módulo Instruccional*. Caracas: Universidad Experimental Simón Rodríguez.
- Arias- Schreiber, M. Arias- Schreiber, A y Plácido, A. (1997). *Exégesis*. Tomo VII, Derecho de Familia. Lima: Gaceta Jurídica
- Arias -Schreiber, M. (2002). *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*.Tomo VII. Lima: Gaceta Jurídica.
- Bavaresco, A. (1996). *Proceso Metodológico de la Investigación*. (3.<sup>a</sup> ed.) . Maracaibo: Servicios Bibliotecarios de la Universidad del Zulia.
- Bernal, E. (1990). *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Quinta edición. Lima: Editorial Rhodas.
- Blanco, J. y Chaux , D. (2013). *La celebración de capitulaciones en la unión marital de hecho*. Bogotá: Vniversitas.
- Borda, G. (1986). *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas
- Borgonovo, O. (1980). *El concubinato en la legislación y en la jurisprudencia*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Calderon, J. (2011). *¿La madre cría, el padre provee? Desterrando mitos respecto de la tenencia. Dialogo con la Jurisprudencia*. Tomo 159. Lima: Gaceta Jurídica.
- Caso AtalaRiffo y niñas vs. Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012.. En: [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf)
- Castillo, M. (7 de abril del 2014). El 326, por Mario Castillo Freyre: Una propuesta para enriquecer el artículo 326 del Código Civil, a propósito de la unión civil. *El Comercio*.

Recuperado de: <http://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/326-mario-castillo-freyre-noticia-1720913>

- Código Civil. Lima: Jurista Editores
- Constitución de 1979.
- Cornejo, H. (1999). *Derecho Familiar Peruano*. 10ma Edición. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- Corral, H. (2005). *Derecho y Derechos de la Familia*. Lima: Editora Grijley.
- Costa, E. (2006). *¿El concubinato puede derivar derechos sucesorios?*. T.I, Méjico: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- De Pina, R. (2000). *Derecho Civil Mexicano*. México: Porrúa
- Galvez, I. (2011). *Problemática Actual en el Reconocimiento de la Unión de Hecho en el Ámbito Notarial y sus Aspectos Registrales. Diálogo con la Jurisprudencia*. Tomo 151. Lima: Gaceta Jurídica.
- Giacobone, N. (2009). *Adopción Conjunta por concubinos y reparación del daño moral por muerte del concubino ¿Limitaciones inconstitucionales?*.
- Grosman, C. (2005). *El interés Superior del Niño. Los Derechos del Niño en la Familia*. Argentina: Universidad de Buenos Aires.
- Hernandez. (2010). *Unionies de Hecho*. Lima: Jurídica.
- Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P. (1998). *Metodología de la investigación*. México: Editorial McGraw-Hill Interamericana,S.A.
- Kerlinger, F. (1979). *Investigación del Comportamiento: técnicas y metodología*. México DF: Nueva Editorial Interamericana.
- Landa, C. y Velazco, Ana. *Constitución Política del Perú de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Landeo. (2009). *Uniones de Hecho*. Lima: Jurídica.
- Ley 29560- Ley que amplía la Ley 26662  
En: [https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/03/ley\\_29560.pdf](https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/03/ley_29560.pdf)
- Mandujajo. (2011). *Problemática de la Vulnerabilidad del Niño, Niña y Adolescente en el Perú* . Lima: Gráfica.

- Medina, G. (2011). *Las uniones de Hecho Homosexual frente al Derecho Argentino*. Revista de derecho Comparado. Argentina: Edit. Rubinzal Culsoni.
- MIMP-Dirección General de Adopciones (2016). *Niñas, niños y adolescentes (NNA) adoptados a nivel nacional*.  
En:[http://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dga/estadisticas/1\\_Estadisticas\\_DGA\\_2016\\_noviembre\\_v2.pdf](http://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dga/estadisticas/1_Estadisticas_DGA_2016_noviembre_v2.pdf)
- Silva, P. (1994). En Ponencia presentada en el Congreso Internacional. Editado en Diez Años Código Civil Peruano.
- Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. *Precedentes de Observancia Obligatoria*.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos  
Recuperado de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- Palacio, G. (1982). *Elementos del Derecho Civil Peruano*. (3.ª ed.) .Tomo II. Lima: Editorial Sesator.
- Pardinas, F. (1982). *Metodología y técnicas de investigación en ciencias sociales*. México: Siglo veintiuno Editores.
- Peralta, J. (2008). *Derecho de Familia en el Código Civil*. 4ta Edic. Lima: IDEMSA.
- Plácido, A. (2014). *La admisión de la convivencia homoafectiva como un tipo de familia constitucionalmente protegida*. En:<http://blog.pucp.edu.pe/item/183419/la-admisi-n-de-la-convivencia-homoafectiva-como-un-tipo-de-familia-cpmstitucionalmente-prottegida>.
- Plácido, A. (2001). *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Procuraduría General de la Nación (2010). Código de la Infancia y Adolescencia. Concordado. Bogotá: Visión Mundial.
- Resolución N° 2227-2011-SUNARP-TR-L
- Resolución N° 351-2012-SUNARP-TR-L
- Saldívar. (2004). *Análisis Jurídico del Concubinato* . Lima: Gráfica.
- Sanchez, R. (1991). *Los grandes cambios en el Derecho de Familia de México*. México: Editorial Porrúa.

- Sausa, M. (20 de diciembre del 2014). Trabas para adoptar: cerca de 15 mil niños peruanos esperan por un hogar. *Perú 21*.  
Recuperado de: <http://peru21.pe/actualidad/solo-10-ninos-son-adoptados-al-mes-mientras-15-mil-continuan-esperando-2207115>
- Sentencia del Tribunal Constitucional de Exp. N° 09332-2006-PA/TC  
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09332-2006-AA.html>
- Sentencia del Tribunal Constitucional de Exp. N° 02478-2008-PA/TC  
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02478-2008-AA.html>
- Sentencia del Tribunal Constitucional de Exp. N° 04493-2008-PA/TC  
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/04493-2008-AA.html>
- Sentencia del Tribunal Constitucional de Exp. N° 2730-2006-PA/TC  
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02730-2006-AA.html>
- Solari, N. (1999). *Liquidación de bienes en el concubinato*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas.
- Soto, C. (2005), *Prontuario de introducción al estudio del Derecho y nociones de Derecho Civil*. México: Editorial Linausa.
- Torres, C. (2002). *Metodología de la Investigación científica*. (8.ª ed.). Lima-Perú. Ediciones libros y publicaciones
- TOVAR GIL, María del Carmen-TOVAR GIL, Javier. (1987). *Derecho Internacional Privado*. Lima: Fundación M.J. Bustamante De la Fuente.
- Unicef. *La adopción de niños y niñas*  
En [https://www.unicef.org/republicadominicana/protection\\_11175.htm](https://www.unicef.org/republicadominicana/protection_11175.htm)
- Varsi, E. (2014). *El nuevo rostro del derecho de Familia*. Lima: Motivensa Editora Jurídica.
- Vega, Y. *Las Nuevas Fronteras del Derecho de Familia*. 3era. Edición. Edit., Motivensa. Lima, 2009.p.67 **Apud**. NAVARRO-VALLS, Rafael. *Matrimonio y derecho*. Tecnos, Madrid, 1995.
- Vega, Y. (2007). *Código Civil Comentado*. Tomo II. Derecho de Familia primera parte. Editorial: Gaceta jurídica Lima 1era ed. 2007.

- Velez, D. (1869). Proyecto del Código Civil para la República Argentina. Trabajado por encargo del gobierno nacional. Buenos Aires: Imp. De Pablo Coni.
- Expediente T-2.597.191-Sentencia SU-617/14

En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/SU617-14.htm>

## ANEXO 1

### FICHA DE ENCUESTA

Instrucciones: A continuación se presenta una serie de preguntas que usted deberá responder, por favor marque con una (x) la respuesta que considera conveniente.

1.- ¿De acuerdo con la práctica judicial, qué limitaciones más frecuentes se presentan en el reconocimiento del derecho de adopción de niños y adolescentes en estado de abandono?

Dilación judicial ☐ Limitación administrativa ☐

2.- ¿De acuerdo con la práctica judicial cuánto cree usted que le cuesta diariamente al Estado mantener un niño y adolescente institucionalizado ya sea por dilación judicial o limitación administrativa?

Menos de S/. 50 ☐ Más de S/. 50 ☐ No sabe ☐

3.- ¿Considera usted favorable que a las parejas concubinarias se les reconozca el derecho de adopción en el marco de la Ley N° 30311 en los distritos de Lima Norte durante el periodo 2012-2016?

Favorable ☐ Desfavorable ☐

4.- ¿Considera usted que la dilación judicial para declarar el estado de abandono desfavorece la atención a la solicitud de Adopción de niños y adolescentes en estado de abandono a favor de las parejas concubinarias?

Favorece ☐ Desfavorece ☐

5.- ¿Considera usted que las limitaciones administrativas en las direcciones de investigación tutelar incide significativamente en la solicitud de Adopción de niños y adolescentes en estado de abandono a favor de las parejas concubinarias?

Incide significativamente ☐ No incide significativamente ☐

6.- ¿Cómo califica usted los mecanismos contenidos en la Ley 30311, norma que permite la Adopción de menores de edad declarados judicialmente en abandono por parte de las parejas que conforman una unión de hecho.?

Positivos ☐ Negativos ☐



## ANEXO 2

| Preguntas formuladas                                                                           | Entrevistado                                                                                                                                                                        |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                                                                                                | SOLEDAD ALVARADO HUAYNALAYA<br>Lugar de trabajo: Dirección General de Adopciones                                                                                                    |
| 1.- ¿De las 23 Cortes de Justicia del país a cuántos niños declaran en abandono cada mes?      | Tengo entendido que sólo 8 a 10 niños.                                                                                                                                              |
| 2.- ¿Actualmente el número de solicitantes es mayor?                                           | Sí. El número de solicitantes de adopción es mayor al de niños, niñas y adolescentes en condición de ser adoptados.                                                                 |
| 3.- ¿En los últimos años ha disminuido el número de adopciones de niños, niñas y adolescentes? | Si. En realidad de acuerdo a las estadísticas que maneja el MIMP ha disminuido                                                                                                      |
| 4.- ¿Hay parejas concubinarias que han solicitado la adopción de niños, niñas y adolescentes?  | Bueno, se los trata como grupo familiar para la estadística, debido a que la ley 30311 es nueva.                                                                                    |
| 5.- ¿Cree usted que el Estado institucionaliza al niño?                                        | Sí.                                                                                                                                                                                 |
| 6.- ¿Y cuáles son los efectos de esta institucionalización?                                    | Hay limitación del niño para la expresión de afectos, conductas de sexualidad y el abuso sexual. Y si se prolonga repercute en su autoestima, su nivel de seguridad y su autonomía. |
| 7.- ¿En la actualidad se ha incrementado el número de adopción por parte de nacionales?        | Sí. En la actualidad se ha incrementado el número de adopción por parte de nacionales, cuando antes eran mayoría las adopciones por parte de familias extranjeras.                  |

Fuente: Elaboración propia. 2016

### ANEXO 3

| NIVEL ADMINISTRATIVO DE LA ADOPCIÓN                                                                                  | VENTAJAS                                                                                                                        | DESVENTAJAS                                 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------|
| <b>INVESTIGACIÓN TUTELAR</b><br>(En el Perú en Lima lo hace la DIT; en el resto del País lo hace el Poder Judicial). | -Celeridad: La investigación previa para saber si el niño puede regresar a su hogar lo hace la DIT.                             | -Que no se hagan todas las investigaciones. |
| <b>DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ABANDONO</b><br>(En el Perú es el Poder Judicial quién declara el Estado de Abandono)   | -Celeridad: En el más breve plazo. Ya no pasaran los niños 5 o 6 años en un albergue porque no han sido declarados en abandono. | Que exista solo una instancia               |

Fuente: Elaboración propia 2016

## ANEXO 4

| TÍTULO                                                                                                                                                                 | ENUNCIADO DEL PROBLEMA                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | OBJETIVOS                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | HIPÓTESIS                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | VARIABLE E INDICADORES                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| LIMITACIONES DEL DERECHO DE ADOPCIÓN DE NIÑOS Y ADOLESCENTES EN ESTADO DE ABANDONO A FAVOR DE LAS PAREJAS CONCUBINARIAS, DISTRITOS DE LIMA NORTE, PERÍODO DE 2011-2016 | <p><b><u>PROBLEMA GENERAL</u></b></p> <p>¿Cuáles son las Limitaciones que se presentan en el Reconocimiento del Derecho de Adopción de Niños y Adolescentes en Estado de Abandono a favor de las Parejas Concubinarias en el marco de la Ley N° 30311 en los Distritos de Lima Norte durante el período 2011-2016?</p> <p><b><u>PROBLEMAS SECUNDARIOS:</u></b></p> <p>¿De qué manera la <b>DILACIÓN JUDICIAL PARA DECLARAR EL ESTADO DE ABANDONO</b> influye en la solicitud de Adopción de Niños y Adolescentes en Estado de Abandono a favor de las Parejas Concubinarias?</p> <p>¿En qué forma las <b>LIMITACIONES ADMINISTRATIVAS</b> en las DIRECCIONES DE INVESTIGACIÓN TUTELAR incide en la solicitud de Adopción de Niños y Adolescentes en Estado de Abandono a favor de las Parejas Concubinarias?</p> | <p><b><u>OBJETIVO GENERAL</u></b></p> <p>Determinar las Limitaciones que se presentan en el Reconocimiento del Derecho de Adopción de Niños y Adolescentes en Estado de Abandono a favor de las Parejas Concubinarias en el marco de la Ley N° 30311 en los Distritos de Lima Norte durante el período 2011-2016.</p> <p><b><u>OBJETIVOS ESPECÍFICOS:</u></b></p> <p>Señalar la forma en que la DILACIÓN JUDICIAL PARA DECLARAR EL ESTADO DE ABANDONO influye en la solicitud de Adopción de Niños y Adolescentes en Estado de Abandono a favor de las Parejas Concubinarias.</p> <p>Establecer el modo en que las LIMITACIONES ADMINISTRATIVAS en las DIRECCIONES DE INVESTIGACIÓN TUTELAR incide en la solicitud de Adopción de Niños y Adolescentes en Estado de Abandono a favor de las Parejas Concubinarias.</p> | <p><b><u>HIPÓTESIS GENERAL</u></b></p> <p>Si se superan las limitaciones que se presentan en el Reconocimiento del Derecho de Adopción de Niños y Adolescentes en Estado de Abandono entonces se podrá favorecer la solicitud de las Parejas Concubinarias en el marco de la Ley N° 30311 en los Distritos de Lima Norte durante el período 2012-2016.</p> <p><b><u>HIPÓTESIS ESPECÍFICAS</u></b></p> <p>Si se supera la DILACIÓN JUDICIAL PARA DECLARAR EL ESTADO DE ABANDONO entonces se podrá favorecer la solicitud de Adopción de Niños y Adolescentes en Estado de Abandono a favor de las Parejas Concubinarias.</p> <p>Si se superan las LIMITACIONES ADMINISTRATIVAS en las DIRECCIONES DE INVESTIGACIÓN TUTELAR entonces incidirá favorablemente en la solicitud de Adopción de Niños y Adolescentes en Estado de Abandono a favor de las Parejas Concubinarias.</p> | <p><b><u>VARIABLE INDEPENDIENTE</u></b></p> <p>LIMITACIONES EN LA ADOPCION</p> <p><b><u>DIMENSIONES</u></b></p> <p>-DILACION JUDICIAL</p> <p>-LIMITACIONES ADMINISTRATIVAS</p> <p><b><u>INDICADORES DE DIL. JUD.</u></b></p> <p>FAVORECE.</p> <p>DESFAVORECE</p> <p><b><u>INDICADORES DE LIM.ADM.</u></b></p> <p>INCIDE</p> <p>NO INCIDE</p> <p><b><u>VARIABLE DEPENDIENTE</u></b></p> <p>CONCUBINATO</p> <p><b><u>INDICADORES:</u></b></p> <p>Convivencia</p> <p>Ausencia de lazo conyugal</p> <p><b><u>VARIABLE Interviniente</u></b></p> <p>ESTADO DE ABANDONO</p> | <p><b>DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN</b></p> <p>El diseño de la investigación es NO EXPERIMENTAL, toda vez que no se ha procedido a una inmediata manipulación de las variables y a la transformación experimental del problema existente.</p> <p><b>TIPO DE INVESTIGACION</b></p> <p>El tipo de investigación es DEDUCTIVO ANALÍTICO, toda vez que el mismo ha contribuido al examen y conocimiento de la realidad, el mismo que ha sido estudiado en todos sus elementos para llegar a establecer posteriormente un conocimiento válido.</p> <p><b>METODO DE INVESTIGACION</b></p> <p>Se ha utilizado el método descriptivo-explicativo por cuanto se ha descrito cada una de las variables planteadas, señalando la influencia que ejerce la legislación actual en cuanto a los derechos que tienen las parejas concubinarias para adoptar, en el marco de la novísima legislación representada por la Ley N° 30311.</p> <p><b>TECNICA</b></p> <p>Se utilizara la técnica de la encuesta, entrevista, análisis documental y observación científica.</p> <p><b>INSTRUMENTO</b></p> <p>Se utilizará un cuestionario, guía de entrevista.</p> |

## ANEXO 5

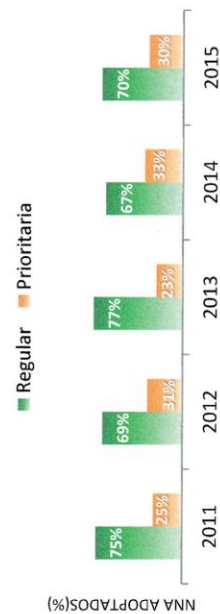
### FICHA TECNICA TESIS DE DERECHO

|                                            |                                                                                                                                                                              |
|--------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Título del trabajo de investigación</b> | Limitaciones del Derecho de Adopción de niños y adolescentes en estado de abandono a favor de las parejas concubinarias, distritos de Lima Norte, periodo 2011-2016 (junio). |
| <b>Autor</b>                               | Fanny Isabel Cabieses Espinoza                                                                                                                                               |
| <b>Duración</b>                            | Encuesta ( 30 minutos)                                                                                                                                                       |
|                                            | Entrevista ( 40 minutos)                                                                                                                                                     |
| <b>Aplicación</b>                          | Encuesta a 71 magistrados civiles de Lima Norte.                                                                                                                             |
|                                            | Una entrevista en la Dirección General de Adopciones.                                                                                                                        |
| <b>Preguntas que se formularon</b>         | En la encuesta se formularon 6 preguntas                                                                                                                                     |
|                                            | En la entrevista se formularon 7 preguntas                                                                                                                                   |
| <b>Diseño de la investigación</b>          | No experimental                                                                                                                                                              |
| <b>Método</b>                              | Descriptivo-Explicativo                                                                                                                                                      |
| <b>Tipo de investigación</b>               | Deductivo analítico                                                                                                                                                          |

## 1. NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES (NNA) ADOPTADOS A NIVEL NACIONAL

- NNA Adoptados desde el año 2011 al 2015
- NNA Adoptados en el año 2016\*

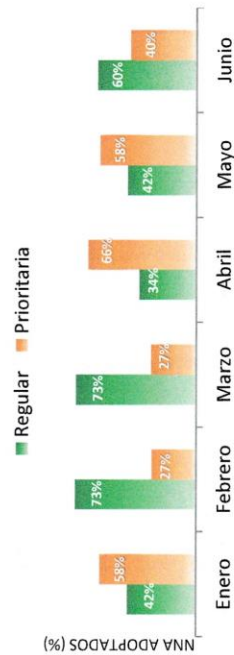
| TIPO DE ADOPCIÓN | 2011       | 2012       | 2013       | 2014       | 2015       |
|------------------|------------|------------|------------|------------|------------|
| Regular          | 153        | 141        | 140        | 130        | 124        |
| Prioritaria      | 51         | 62         | 41         | 64         | 52         |
| <b>TOTAL</b>     | <b>204</b> | <b>203</b> | <b>181</b> | <b>194</b> | <b>176</b> |



\*Información del 01 de enero al 30 de junio 2016  
Este resultado incluye adopciones prioritarias  
Fuente y elaboración: Dirección General de Adopciones - MIMP

## ANEXO 6

| TIPO DE ADOPCIÓN | Enero     | Febrero   | Marzo     | Abril     | Mayo      | Junio     | Total      |
|------------------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|------------|
| Regular          | 5         | 11        | 16        | 10        | 5         | 6         | 53         |
| Prioritaria      | 7         | 4         | 6         | 19        | 7         | 4         | 47         |
| <b>TOTAL</b>     | <b>12</b> | <b>15</b> | <b>22</b> | <b>29</b> | <b>12</b> | <b>10</b> | <b>100</b> |



*Estamos contigo...*  
**MIMP te acompaña**