



Lineamientos para una reforma normativa en materia civil sobre temas vinculados a la defensa y protección de los derechos de las mujeres

Defensoría del Pueblo

Jirón Ucayali N° 388

Lima-Perú

Teléfono: (511) 311-0300

Fax: (511) 426-7889

E-mail: defensor@defensoria.gob.pe

Internet: <http://www.defensoria.gob.pe>

Línea gratuita: 0800-15170

Primera edición: Lima, Perú, enero de 2013.
2000 ejemplares.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2013-01713

El presente documento de trabajo ha sido elaborado por la Adjuntía para los Derechos de la Mujer de la Defensoría del Pueblo, a partir de un informe realizado por la consultora Flor de María Valdés Arroyo. La revisión y corrección del documento estuvieron a cargo de Patricia Sarmiento y Liliana Salomé, bajo la dirección de Carolina Garcés Peralta, Adjunta (e) para los Derechos de la Mujer.

Auspiciado por:

Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH,
por encargo del Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo (BMZ)

La Defensoría del Pueblo agradece el apoyo del Programa Buen Gobierno y Reforma del Estado de la Cooperación Alemana al Desarrollo GIZ en el Perú, quien hizo posible la presente publicación.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO 1: ASPECTOS GENERALES VINCULADOS AL DERECHO DE FAMILIA	15
1.1. Reconocimiento del derecho fundamental a fundar y vivir en una familia	15
1.2. El principio de autonomía individual como fundamento de la primacía de la persona en el derecho de familia	21
1.3. Reconocimiento de diversos modelos de familia	24
CAPÍTULO 2: MATRIMONIO, UNIÓN DE HECHO, SEPARACIÓN Y DIVORCIO	29
2.1. Tratamiento igualitario al matrimonio y a la unión de hecho.	29
2.2. Derecho a la igualdad y no discriminación en las relaciones familiares.	35
2.2.1. Libertad de trabajo	38
2.2.2. Obligación de sostener a la familia	41
2.3. Causales de anulabilidad del matrimonio	42
2.3.1. El rapto	43
2.3.2. La “vida deshonrosa” como defecto sustancial que hace insoportable la vida en común	44
2.4. Causales de separación de cuerpos o divorcio	46
2.5. Patria potestad	48
CAPÍTULO 3: FILIACIÓN	51
3.1. Presunción, determinación y negación de paternidad y maternidad	51
3.2. La adopción en el marco de los modelos de familia reconocidos por el Tribunal Constitucional	53
CONSIDERACIONES FINALES	55



INTRODUCCIÓN

Hoy en día resulta innegable la constante evolución llevada a cabo en el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, entendidos como aquellos vinculados a la dignidad, libertad e igualdad de la persona, que se incorporan en la Constitución y que cuentan con instancias y mecanismos encargados de su protección.

Y es que los derechos fundamentales son los elementos esenciales y base del sistema jurídico de todo Estado Democrático de Derecho, sin los cuales éste no podría existir. Ello ha sido plasmado expresamente en el artículo 1° de la Constitución Política del Perú, que establece que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Por su parte, el artículo 44° consagra como deber primordial del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.

A partir de ello, y sobre la base de la primacía de la persona y de su dignidad, los derechos fundamentales constituyen un ámbito indisponible para el Estado y resultan exigibles tanto a éste como a los particulares. Y, por ende, todo el sistema jurídico debe construirse en el marco de la defensa y promoción de dichos derechos.

Tratándose de derechos fundamentales, en principio, el Estado no debe interferir en la realización de los planes de vida de cada persona. Si bien no existen derechos absolutos, los límites requieren ser establecidos por el intérprete sobre la base de principios como los de razonabilidad y proporcionalidad, a efectos de evitar regulaciones o actuaciones arbitrarias, tanto de parte del Estado como de los particulares.

En este contexto la intervención estatal debe producirse únicamente para garantizar dicha libertad; o para limitarla de manera excepcional y teniendo como límites los derechos de terceros o el orden público.

Pero lo expuesto, lamentablemente, aún no viene siendo cumplido a cabalidad. Esto se debe, entre otros factores, a determinadas concepciones existentes en la sociedad que muchas veces son incorporadas por los operadores jurídicos en la interpretación de las normas, y que llevan a restringir la real vigencia de los derechos de las personas.

Esta situación resulta más evidente en el caso de las mujeres pues, a pesar del avance normativo que se ha producido en los últimos años con el objeto de contribuir a su defensa y protección, aún persisten patrones social y

culturalmente arraigados que las ubican, por el solo hecho de ser mujeres, en una situación de subordinación respecto de los hombres, generando –en la práctica– una serie de vulneraciones a sus derechos fundamentales.

Lo expuesto se agrava ante la persistencia de algunas normas que resultan evidentemente discriminatorias contra las mujeres; o que siendo aparentemente neutrales, dados los estereotipos de género aún vigentes, terminan restringiendo el ejercicio de sus derechos.

El libro de familia del Código Civil de 1984 y sus posteriores modificatorias significaron en su momento un gran avance respecto del Código Civil de 1936, el cual consagraba un modelo de familia tradicional nuclear, basada en un modelo patriarcal donde el esposo, siguiendo la imagen del *pater familias* romano, representaba a la sociedad conyugal y tomaba las decisiones vinculadas al hogar, pudiendo decidir incluso si su esposa trabajaba o no.

Con el fin de garantizar el pleno ejercicio del derecho a la igualdad y no discriminación reconocido en la entonces vigente Constitución Política de 1979, en 1984 se consagra una normatividad civil basada en la personas; modificándose las normas del Código Civil relativas a los deberes y derechos de los hombres y las mujeres al interior del matrimonio, consagrando la igualdad entre ambos, además del reconocimiento de las uniones de hecho entre un hombre y una mujer libres de impedimento matrimonial.

Sin embargo, aún persisten en dicho Código Civil algunas disposiciones que, respondiendo a patrones social y culturalmente arraigados, afectan de manera directa los derechos de las mujeres; así como otras disposiciones que si bien aparentemente no resultan discriminatorias por razón de género, en su aplicación sí terminan siéndolo.

Es por ello que, a casi treinta años de su promulgación, diversas circunstancias de hecho y de derecho ameritan la revisión y actualización de las normas contenidas en el Código Civil de 1984, más aun ante el surgimiento de realidades que han requerido o requieren la emisión de normas que den respuestas a nuevas problemáticas.

La primera de ellas apunta a la existencia de diversos avances jurídico-doctrinarios en la materia, especialmente aquellos referidos al reconocimiento de la existencia de una diversidad de familias diferentes a la nuclear; el desarrollo del derecho fundamental del hombre y la mujer a fundar una familia; el derecho de los niños y niñas a tener una familia, y el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como privado. Este último derecho ha sido expresamente reconocido en la

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer – Convención de Belém do Pará (1994).

Asimismo, existe la necesidad de garantizar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en todos los ámbitos, siendo de especial importancia la esfera de las relaciones familiares donde, si bien el ordenamiento jurídico nacional reconoce el derecho a la igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres, en la aplicación de la norma por los operadores jurídicos siguen perpetuándose patrones socio culturales estereotipados, basados en la familia nuclear o tradicional y en la división sexual del trabajo, que limitan la actuación y el desarrollo de las mujeres en las esferas pública y privada. Un ejemplo que grafica la división sexual del trabajo lo encontramos en las labores domésticas, que tanto en el Perú como en otras latitudes suelen ser identificadas con las características “naturales” de las mujeres, atribuidas por los roles de género. Lamentablemente, es precisamente ésta la causa de que muchas veces se le haya restado valor o importancia a esta labor en comparación con otras actividades económicas, siendo actualmente una de las ocupaciones con peor calidad de empleo en el mundo según la Organización Internacional del Trabajo (OIT)¹.

A nivel normativo, es importante señalar que se han producido algunas modificaciones legislativas en temas conexos que demandan una revisión del capítulo de familia del Código Civil, a fin de lograr una mayor coherencia en nuestro ordenamiento jurídico. Un claro ejemplo de ello lo podemos hallar en la reciente penalización del delito de feminicidio (Ley N° 29819), el cual podría afectar el ejercicio de la patria potestad del perpetrador con relación a los hijos e hijas en común que hubiese tenido con la víctima.

En la misma lógica, el reciente debate sobre una ley integral contra la violencia hacia la mujer y la familia² puede implicar nuevas obligaciones para los miembros de la familia y/o el establecimiento de nuevas sanciones ante la vulneración de los derechos fundamentales de las víctimas de los actos de violencia, pudiendo además otorgar una causal válida de separación de cuerpos o divorcio.

Del mismo modo, se han presentado proyectos de ley para modificar el Código Civil en lo relativo a la impugnación de la paternidad y maternidad, especialmente en lo referido a la eliminación de los plazos.

1 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Notas OIT. “*El Trabajo Doméstico Remunerado en América Latina y el Caribe*”, 2010, p. 1. Consulta: 22 de octubre de 2012. En: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-santiago/documents/publication/wcms_178173.pdf>

2 Proyecto de Ley N° 1212/2011.

Sobre el mismo punto, es necesario considerar los mecanismos de fertilización asistida que en la práctica vienen produciéndose sin la existencia de mayor regulación, salvo lo dispuesto por los artículos 6° y 7° de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, los cuales pueden generar nuevos supuestos de impugnación de paternidad y maternidad.

Otros proyectos de reforma normativa incluyen definir lo que se entiende por alimentos y cuota alimentaria; así como permitir la adopción por parte de uniones de hecho. En ambos proyectos lo que se busca es contar con mecanismos sencillos y eficaces a fin de que dichas obligaciones o derechos puedan ser cumplidos o ejercidos dentro de un plazo razonable.

Los referidos constituyen sólo ejemplos de una multiplicidad de temas que ameritan una regulación –muchas veces específica– y que sin duda inciden en la revisión de la normatividad civil en aras de contribuir a una efectiva protección jurídica de los derechos de las mujeres.

Finalmente, cabe reiterar que otro de los motivos para revisar este capítulo del Código Civil es la realidad social peruana, donde la desigualdad continúa afectando los derechos de las personas y aún persisten patrones socio-culturales discriminatorios y estereotipos de género que limitan o impiden a las mujeres el goce y ejercicio pleno de sus derechos fundamentales.

En virtud de lo expuesto, el presente trabajo se concentra específicamente en las disposiciones relacionadas de manera directa con la protección y/o la afectación de los derechos de las mujeres contenidas en el Libro III del Código Civil, sobre Derechos de Familia. De esta manera, se han realizado observaciones a la Sección Primera: Disposiciones Generales; el Título II de la Sección Segunda, sobre Relaciones Personales entre Cónyuges; la Sección Tercera, sobre Sociedad Paterno-Filial, especialmente en lo referido a adopciones y patria potestad; y el tratamiento de las uniones de hecho.

Por su diversidad, es importante precisar que el análisis de la totalidad de normas civiles vigentes en nuestro ordenamiento, que pueden tener alguna implicancia directa o indirecta en la vigencia y protección de los derechos de las mujeres, demandaría una investigación amplia y especializada, que sin lugar a dudas escaparía a los límites establecidos para la elaboración de este documento. Por este motivo, se mencionan muy brevemente –y sólo como marco general– aquellas normas civiles que se encuentran directamente vinculadas con los temas que se van a abordar, como es el caso de las normas recientemente emitidas sobre uniones de hecho, el Código de los Niños y Adolescentes, la Ley General de Salud, entre otras.

Cabe mencionar que para la realización del presente trabajo se ha revisado doctrina y jurisprudencia reciente, así como diversas propuestas ya planteadas en materia de reforma civil en nuestro país, entre ellas el proyecto de reforma del Código Civil que se encuentra actualmente en el Congreso de la República.

Asimismo, se han tomado en cuenta, como fuentes del derecho, los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú, así como los comentarios e informes nacionales realizados por sus comités de vigilancia. A nivel interamericano, se han considerado también las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como informes de casos e informes nacionales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Al respecto, es importante señalar que si bien la Constitución vigente no adoptó la fórmula contenida en el artículo 105° de su antecesora, que reconocía jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos³, el artículo 55° de la Constitución de 1993 precisa que “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. En otras palabras, la Constitución reconoce a los tratados internacionales suscritos y ratificados por el país, entre ellos los referidos a los derechos humanos, como normas del propio derecho nacional. Además, en reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional peruano ha interpretado que los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional⁴, reconociéndoles la fuerza activa y pasiva que corresponde a este tipo de normas:

“El rango constitucional que detentan trae consigo que dichos tratados están dotados de fuerza activa y pasiva propia de toda fuente de rango constitucional; es decir, fuerza activa, conforme a la cual estos tratados han innovado nuestro ordenamiento jurídico incorporando a éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por ellos, pero no bajo cualquier condición, sino a título de derechos de rango constitucional. Su fuerza pasiva trae consigo su aptitud de resistencia frente a normas provenientes de fuentes infraconstitucionales, es decir, ellas no pueden ser modificadas ni contradichas por normas infraconstitucionales e, incluso, por una reforma de la Constitución que suprimiera un derecho reconocido por un tratado o que afectara su contenido protegido”⁵.

3 El artículo 105° de la Constitución de 1979 establecía lo siguiente “Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución”.

4 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en los Expedientes N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC (acumulados), del 25 de abril del 2006, FJ 26.

5 Ídem, fundamento jurídico 33.

A ello se debe sumar que los tratados internacionales sobre derechos humanos también constituyen cláusulas hermenéuticas conforme a las cuales deben ser interpretados los derechos y libertades que reconoce la Constitución (de conformidad con su Cuarta Disposición Final y Transitoria)⁶.

Y no sólo los tratados, sino también las declaraciones internacionales y las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, constituidos según los tratados de los que el Perú es parte (artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional)⁷.

Cabe también destacar la relevancia que tienen las observaciones y recomendaciones emitidas por los órganos que supervisan el cumplimiento de los tratados internacionales de derechos humanos, pues constituyen una guía que los Estados deben respetar a modo de criterios persuasivos. Así, se ha sostenido que el contenido de *opinio iuris* en materia de estas disposiciones viene dado por los “órganos representativos en los organismos internacionales así como las decisiones y opiniones de estos mismos organismos, las decisiones de las cortes internacionales, o también una determinada práctica contractual (...)”⁸. En consecuencia, se trata de opiniones que el Estado no puede dejar de tomar en cuenta al momento de realizar la interpretación de los derechos humanos.

Finalmente, es importante señalar que mediante el presente trabajo, y en el marco de sus competencias constitucional y legalmente atribuidas,⁹ la Defensoría del Pueblo busca contribuir a una toma de conciencia sobre la importancia de llevar a cabo una reforma del Código Civil en materia de familia. Pero mientras esta reforma se torna en realidad, es indispensable que los diversos operadores jurídicos realicen una labor interpretativa orientada a la defensa de los derechos de las personas, teniendo en cuenta los avances doctrinarios y jurisprudenciales existentes, así como las necesidades y riesgos particulares que, en los hechos, continúan enfrentando las mujeres, niñas y adolescentes en el ámbito familiar por razones de género; en especial aquéllas que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad.

6 De conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

7 El artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece que: “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”.

8 AMBOS, Kai, El nuevo derecho penal internacional. Ara Editores, Lima, 2004, pp. 79-80.

9 Artículo 162° de la Constitución y artículo 9° de la Ley N° 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

*Lineamientos para una reforma normativa en materia civil sobre temas vinculados a la defensa
y protección de los derechos de las mujeres*

De esta manera la Defensoría del Pueblo busca coadyuvar al logro de la dignidad e igualdad de las mujeres; y, por consiguiente, al desarrollo y vigencia de un verdadero Estado Democrático en el país.

Lima, diciembre de 2012.



CAPÍTULO 1

ASPECTOS GENERALES VINCULADOS AL DERECHO DE FAMILIA

La sección primera del Libro III del Código Civil, referida a las disposiciones generales, comprende la finalidad de la regulación de la familia (artículo 233º); la noción del matrimonio (artículo 234º); los deberes de los padres¹⁰ (artículo 235º); el parentesco consanguíneo (artículo 236º); el parentesco por afinidad (artículo 237º); y el parentesco por adopción (artículo 238º).

Para efectos del presente informe, se ha considerado conveniente centrar el análisis de este punto en el reconocimiento del derecho fundamental a tener una familia y, en especial, el derecho de los niños, niñas y adolescentes a crecer en un ambiente de afecto y a tener seguridad moral y material, así como en la necesidad de reconocer los diversos modelos de familia existentes en la sociedad.

Por tanto, resulta indispensable tener en consideración los estándares internacionales en esta materia, así como lo resuelto por el Tribunal Constitucional de nuestro país.

1.1. Reconocimiento del derecho fundamental¹¹ a fundar y vivir en una familia¹²

En la actualidad las Constituciones y normas internacionales de protección de los derechos humanos han dejado de entender a la familia sólo como

10 Cabe asimismo tener en consideración la obligación legal de incorporar el lenguaje inclusivo en todos los documentos –establecida en el artículo 4º inciso 3 de la Ley de Igualdad de Oportunidades, Ley N° 28983– como una manera de visibilizar a las mujeres en condiciones de igualdad con los hombres. Lo expuesto resulta especialmente relevante en un contexto como el familiar, caracterizado por la situación de subordinación de las mujeres, arraigada durante siglos en la sociedad. En tal sentido, consideramos conveniente incorporar el lenguaje inclusivo en la regulación legal existente en materia de familia.

11 La Constitución Política del Perú ha circunscrito formalmente la calificación de fundamentales a los derechos consagrados en el Capítulo I. Por su parte el Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237, que forma parte del denominado bloque de constitucionalidad, califica como derechos constitucionales a todos los derechos humanos constitucionalmente reconocidos.

Siendo que en la práctica las expresiones derechos humanos, derechos fundamentales y derechos constitucionales vienen siendo utilizadas de manera indistinta por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el presente trabajo hace indistintamente referencia a los términos derechos constitucionales o fundamentales.

12 Ver al respecto DEFENSORIA DEL PUEBLO. El derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en una familia: la situación de los Centros de Atención Residencial estatales desde la mirada de la Defensoría del Pueblo. Serie Informes Defensoriales - Informe N° 150. Lima: Defensoría del Pueblo, 2010, pp.100 a 111.

institución fundamental de la sociedad y por ende constitucionalmente protegida. En efecto, hoy se considera el tener una familia como un derecho fundamental, es decir, como derecho exigible al Estado y a los particulares. Si bien en un inicio las normas incidieron en reconocer este derecho como de los niños, niñas y adolescentes,¹³ cada vez más se viene tomando conciencia de que se trata de un derecho de todas las personas.

Aun cuando el artículo 4º de la Constitución Política del Perú considera a la familia como institución constitucionalmente protegida antes que como derecho, existen artículos constitucionales que refieren expresamente algunos aspectos vinculados a la familia como derecho fundamental, como ocurre con el derecho a la intimidad familiar (artículo 2º incisos 6 y 7), y el derecho de toda persona a la protección de su medio familiar (artículo 7º).

Pese a que la Constitución no reconoce expresamente el derecho fundamental a vivir en una familia, éste se desprende de la consagración del artículo 3º de la Constitución, que reconoce los denominados derechos no enumerados; y del marco normativo internacional, que en base a lo dispuesto por el artículo 55º y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, forman parte de nuestro derecho interno.

Es más, si bien en sus inicios el Tribunal Constitucional peruano reconoció a la familia como instituto natural y fundamental de la sociedad garantizado a nivel constitucional¹⁴, posteriormente ha reconocido el derecho fundamental implícito de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a vivir en ella a partir de lo establecido en el preámbulo y el artículo 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁵.

De esta manera, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia N° 1817-2009-HC/TC indica que, adicionalmente al artículo 8º del Código de los Niños y Adolescentes, el cual reconoce explícitamente dicho derecho,¹⁶ el derecho a vivir en una familia también es un derecho fundamental reconocido implícitamente a nivel constitucional. Como tal, dicho derecho encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar reconocidos en los artículos 1º y 2º, inciso 1) de la Constitución.¹⁷

13 Las Constituciones de Colombia (artículo 44º), Ecuador (artículo 45º) y Bolivia (artículo 59º) consagran el derecho fundamental de los niños niñas y adolescentes a tener una familia y no ser separados de ella.

14 STC Exp. N.º 2868-2004-AA/TC, de fecha 24 de noviembre de 2004, FJ. 13.

15 STC Exp. N.º 01817-2009-PHC/TC, de fecha 7 de octubre de 2009, FJ. 14.

16 Artículo 8 del Código de los Niños y Adolescentes, primer párrafo: “el niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia”.

17 STC Exp. N.º 01817-2009-HC/TC, de fecha 7 de octubre de 2009.

Sin embargo, como se ha mencionado, se trata de un derecho que corresponde a toda persona a fin de que ésta satisfaga sus “necesidades materiales, afectivas y psicológicas, debido a que ésta es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos los miembros, especialmente los niños”¹⁸.

La concepción de vivir en una familia como derecho humano se encuentra asimismo prevista en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Así, el artículo 16.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁹ que establece el derecho de hombres y mujeres a fundar una familia. Por su parte, el artículo VI de la Declaración Americana de Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona a constituir una familia y a recibir protección para ella.

En materia de tratados el artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho de todo hombre y mujer a fundar una familia si tienen edad para ello.

Asimismo el artículo 15º numerales 2 y 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, establece también el derecho de toda persona a constituir una familia, y el compromiso estatal de brindar adecuada protección al grupo familiar. El mismo artículo establece el deber del Estado de velar por mejorar la situación moral y material de la familia.

La Convención sobre los Derechos del Niño ratifica en su preámbulo a la familia como el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, niñas y adolescentes.

Finalmente, respecto a la jurisprudencia emitida por organismos internacionales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce a la familia como el espacio primordial para el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes y el ejercicio de sus derechos, a fin de que alcancen el armonioso

18 STC Exp. N.º 01817-2009-PHC/TC, de fecha 7 de octubre de 2009, FJ. 15.

19 Las declaraciones proclaman principios de gran valor y carecen formalmente de fuerza vinculante. Sin embargo existen casos en que la práctica internacional sí les reconoce dicho carácter, como si se tratase de un tratado. Tal es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Ver al respecto DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. “Los derechos a la igualdad y no discriminación por razón de sexo en el derecho constitucional”. En: Discriminación sexual y aplicación de la ley. Lima: Defensoría del Pueblo, volumen IV, 2000, pp. 145 y 146.

desarrollo de sus capacidades y facultades, así como la atención de sus necesidades materiales y afectivas²⁰.

Ahora bien, en lo que se refiere a normas infraconstitucionales, la Ley N° 27337, Código de los Niños y Adolescentes (CNA), establece en su artículo 8° que el niño, niña y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia.

Por su parte, el Plan Nacional de Apoyo a la Familia 2004-2011, Decreto Supremo N° 005-2004-MIMDES, establecía la obligación del Estado de proteger y prestar asistencia a la familia, no sólo a partir del marco normativo nacional e internacional vigente, sino ante la propia situación que enfrentan las familias en el Perú, por lo que se requiere de una política pública de apoyo y promoción a fin de que puedan cumplir su rol en lo afectivo y el desarrollo integral de las personas en proceso de formación.

Aun cuando no constituye propiamente una norma jurídica, dada su importancia para la implementación de las políticas públicas, la Décimo Sexta Política de Estado del Acuerdo Nacional “Fortalecimiento de la Familia, Protección y Promoción de la Niñez, la Adolescencia y la Juventud” contempla como compromiso el fortalecimiento de la familia como espacio fundamental del desarrollo integral de las personas, promoviendo el matrimonio y una comunidad familiar respetuosa de la dignidad y derechos de todos sus integrantes.

De todas estas normas se desprende claramente que el énfasis dado por el Estado se encuentra centrado en la protección de los derechos de las personas que forman parte de la familia, lo que guarda relación directa con la obligación estatal de garantizar la primacía de la persona y la vigencia de sus derechos fundamentales. Lo expuesto resulta claramente evidenciado cuando el Tribunal Constitucional, en el proceso de inconstitucionalidad que llevó a la modificación del artículo 337° del Código Civil por vulnerar derechos fundamentales de las mujeres, sostuvo lo siguiente:

“(…) la apreciación por el juez en base a la educación, costumbre y conducta de los cónyuges, respecto a la violencia física y psicológica y a la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, no son adecuados, ni necesarios, ni proporcionales, para la consecución de la finalidad de preservar el vínculo matrimonial, pues vulneran principios y finalidades constitucionales más importantes. Dicho de otro modo, el derecho personal a la integridad física, síquica y moral,

20 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, párrafo 71.

el derecho al honor, a la dignidad personal y a la buena reputación, el derecho a una vida tranquila y en paz y el derecho a la igualdad entre los seres humanos, son valores más altos, constitucionalmente, que la finalidad legítima de preservar el vínculo matrimonial²¹.

A partir de un análisis de las normas contenidas en la Constitución y en los tratados de derechos humanos, que hacen referencia a la familia como derecho fundamental, se puede concluir que este derecho comprende²²:

1. El derecho a fundar una familia.- El artículo 4° de la Constitución peruana, que protege a la familia, no excluye a las no matrimoniales. Así, las familias pueden constituirse de acuerdo a diversos factores socioeconómicos y culturales; así como estructurarse no sólo como la clásica familia nuclear o tradicional, más aun cuando de acuerdo con la última ENDES, existe un importante número de familias monoparentales, conformadas por mujeres y sus hijos/as.²³
2. Este aspecto comprende el derecho a contraer o no matrimonio, a formar o no uniones de hecho, así como a divorciarse civilmente.
3. El derecho a la igualdad y no discriminación en las relaciones familiares.- Garantizar este derecho en las relaciones de familia resulta fundamental, sobre todo teniendo en cuenta que es aquí donde persisten los estereotipos que llevan a que se continúe considerando que las mujeres se encuentran en una relación de subordinación respecto de los hombres. En efecto, pese a las modificaciones realizadas en el Código Civil de 1984 consagrando la igualdad, aún en muchos casos los hombres siguen siendo considerados, en los hechos, jefes de familia.
4. Lo expuesto va de la mano con la necesidad de reconocer responsabilidades familiares compartidas entre hombres y mujeres en condiciones de igualdad. Sin embargo, aún resulta

21 STC Exp. N° 018-96-I/TC, de fecha 29 de abril de 1997.

22 Las clasificaciones que se presentan a continuación y sus contenidos han sido tomadas y adaptadas de FERNÁNDEZ REVOREDO, Marisol. La familia a la luz de la Constitución y los derechos fundamentales: aproximación a un análisis crítico de las instituciones familiares. En: Foro Jurídico. Revista de Derecho. Lima, Año I, N° 2, Lima, 1993, pp.118-122.

23 Según el Censo Nacional del 2007, el total de hogares en viviendas particulares con ocupantes presentes a nivel nacional ascienden a 6 millones 754 mil 74. Por tipos de hogar, el nuclear es el más numeroso, constituyendo el 53,0% de todos los hogares del país (3 millones 577 mil 316), el segundo tipo más relevante es el hogar extendido con el 25,1% (1 millón 695 mil 898), el hogar unipersonal representa el 11,8% y finalmente, el hogar sin núcleo, o sea, en el que el jefe(a) vive acompañado con algún familiar o un no familiar, o ambos; constituye el 6,0%. Sólo el 4,2% son hogares compuestos (subdivididos en hogares nucleares y extensos). Instituto Nacional de Estadísticas e Informática (INEI). "Perú: Tipos y ciclos de vida de los hogares, 2007". Lima, marzo 2010, p.9.

difícil de lograr debido a la persistencia de la división sexual del trabajo y a la escasa valoración del trabajo doméstico, que suele ser asociado a un rol naturalmente propio de las mujeres. Muestra de ello es que según la Encuesta de Uso del Tiempo, en el año 2010, el tiempo que dedicaban las mujeres a las actividades domésticas no remuneradas era, en promedio semanal, el doble que el tiempo que dedicaban los hombres (39 horas con 28 minutos las mujeres y 15 horas con 53 minutos, los hombres)²⁴.

5. Cabe al respecto referir que ya en 1995 el Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer recomendó al Perú adoptar medidas que garanticen las responsabilidades familiares compartidas entre hombres y mujeres (Observaciones del comité de la CEDAW al segundo informe periódico presentado por Perú).
6. Los derechos sexuales y reproductivos.- De acuerdo con la Resolución Defensorial N° 28-2000-DP, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 15 de mayo de 2000, comprende el derecho de toda persona a gozar de una vida sexual plena gratificante y libre de violencia, y a tener control sobre su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva. A partir de este marco normativo se busca eliminar los patrones socioculturales que entendían a las mujeres como meros objetos reproductores.
7. Si bien estos derechos no han sido expresamente reconocidos en la Constitución, se desprenden de los artículos 6°, 7°, 3° y Cuarta Disposición Complementaria; así como de lo expresamente previsto en la Declaración sobre Población y Desarrollo de 1994 y la Declaración y Programa de Acción de Beijing de 1995; y por el artículo 16.1 de la CEDAW.
8. Cabe finalmente tener en cuenta que ya en el año 1978 el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en el caso *Aumeeruddy.Cziffa c. Mauricio*, reconoce que la familia no tiene fines procreativos.²⁵

Así, la obligación de protección impone al Estado el deber de adoptar medidas cuando las diversas manifestaciones del derecho fundamental a tener una familia están siendo vulneradas, lo que comprende la adopción de medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, de promoción y de otra índole que se requieran para lograr la efectividad de este derecho fundamental.

24 MIMDES-INEI. I Encuesta Nacional de Uso del Tiempo. 2010

25 Decisión N° 35/1978.

El deber de garantizar el derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes a vivir en una familia impone al Estado la obligación de acompañar y fortalecer el rol de la familia como institución a través del diseño e implementación de políticas públicas y la prestación de servicios adecuados para dicho cumplimiento²⁶.

Es importante recalcar que el Estado asume esta protección del grupo familiar porque en éste se cumplen funciones sociales. Sin embargo, como refiere Encarna Roca, “la protección no tiene como sujeto al grupo familiar como tal, sino en tanto que permite a los respectivos individuos que lo forman, obtener la satisfacción de sus derechos”²⁷.

1.2. El principio de autonomía individual como fundamento de la primacía de la persona en el derecho de familia²⁸

En materia de fundamentación de los derechos humanos, existen dos grandes principios orientadores a partir de cuya opción se define la política del Estado en defensa y promoción de los derechos constitucionales en un Estado de Derecho. Estos principios son el de autonomía individual y el denominado perfeccionismo ético.

Para Carlos Santiago Nino la **autonomía individual** consiste en la prohibición de intervención en la libre elección y materialización de los planes de vida de las personas, salvo que ello implique afectar o poner a otras personas en situación de menor autonomía. Esta autonomía personal implica el respeto por la búsqueda de cada persona de aquello que da sentido o valor a su vida, sin la interferencia del Estado o de otras personas.

Así, lo que busca proteger el principio de autonomía individual es la libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros, siendo ésta la única posibilidad para su limitación.²⁹ Por consiguiente, no cabe la prohibición de planes de vida motivada en los efectos que tenga en el carácter moral de su propio agente según ciertos modelos de virtud, sino sólo la prohibición motivada en los efectos que genere en el bienestar de otros individuos distintos de dicho agente.³⁰

26 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, párrafos 66 y 67.

27 ROCA, Encarna. Familia y cambio social (De la “casa” a la persona). Madrid: Civitas, 1999, p.72.

28 Esta parte ha sido tomada de GARCÉS PERALTA, Carolina. El derecho al libre desarrollo de la personas en el ordenamiento jurídico peruano vigente. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012.

29 NINO, Carlos Santiago, Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación. Buenos Aires: Astrea, p.223.

30 *Ibíd.*, p.229.

Resulta necesario tener en cuenta que en esta posición de defensa de la autonomía individual como principio resulta valioso que una persona tenga oportunidad de alcanzar sus preferencias y planes, aún cuando ellos no se basen en ideales socialmente considerados como deseables.³¹

También es importante mencionar que la autonomía individual se encuentra estrechamente relacionada con los principios de libertad y dignidad de la persona, como valores superiores que fundamentan un Estado Social y Democrático de Derecho.³²

A diferencia del principio de autonomía individual, **el perfeccionismo ético** puede definirse como aquella concepción por la que el Estado se encuentra legitimado para realizar diversas acciones, con la finalidad de que las personas acepten y materialicen modelos o patrones de virtud personal socialmente aceptados como buenos o ideales,³³ debiendo para tal efecto adoptar políticas públicas a partir de diversas acciones como medidas educativas, punitivas, etc.

El modo de actuación del Estado varía respecto al entendimiento de lo que implica o no un perjuicio a terceros y del rol de garantía de derechos, lo que lleva a una mayor o menor intervención estatal en la posibilidad de las personas para materializar sus planes de vida, sea a partir de restricciones expresas, de tolerancia, o de fomento a conductas contrarias a las elegidas por aquéllas.

Es entonces a partir de la inclinación por una u otra de estas posturas (de preeminencia del principio de autonomía individual o de preeminencia del perfeccionismo ético) que el Estado va asumiendo un rol garantista de derechos humanos que adquiere relevancia jurídica; obligación que, por cierto, en el caso peruano –y tal como se desarrollará más adelante–, se encuentra expresamente consagrada tanto en la Constitución (artículos 1° y 44°) como en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 1.1).

Resulta necesario referir que, como es obvio, lo que suele suceder es que, más allá de la existencia de una suerte de preferencia general por uno u otro de estos principios, en su accionar el Estado puede ir “oscilando” en la adopción de uno u otro de ellos en función de cada contexto o momento histórico o político, y dependiendo de la situación o tema en concreto.

31 NINO, Carlos Santiago. *Ética yob.cit.*, p.217.

32 NINO, Carlos Santiago. *Ética y..... ob.cit.*, pp.413 y 414.

33 *Ibíd.*, p.413 y 414.

En todo caso, y más allá de reconocer la facultad estatal de inclinarse en favor de algunos planes de vida que considera pueden resultar más beneficiosos para la sociedad, en un Estado como el nuestro, basado en la primacía de la persona, el Estado no puede intervenir vulnerando los derechos de quienes optan por una postura diferente, como viene ocurriendo, por ejemplo, en el caso de quienes optan por vivir en uniones de hecho, como se verá más adelante.

Cabe al respecto recordar la sentencia emitida por la Corte Suprema de los Estados Unidos, cuando en el caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania contra Casey* (1992), reafirma la existencia de asuntos (como matrimonio, relaciones familiares, educación, etc.) en los que el Estado no debe intervenir:

“implican las elecciones más íntimas y personales que una persona puede hacer en su vida, elecciones centrales para la dignidad y autonomía personales y centrales para la libertad protegida por la XIV Enmienda (...) En el corazón de la libertad está el derecho a definir el propio concepto de existencia, del significado, universo y misterio de la vida humana.”³⁴

Haciendo referencia a esta sentencia norteamericana, el Tribunal Constitucional peruano también se ha pronunciado en el mismo sentido, sosteniendo, en el marco del derecho al libre desarrollo de la persona³⁵, lo siguiente:

“14. (...) El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida (...) éstas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona (...). Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra. (...)”³⁶

34 Ver: <http://www.plannedparenthood.org/sp/noticias-articulos/politica-y-cuestiones-normativas/las-cortes-y-el-poder-judicial/Griswold-contra-Connecticut-6576.htm>

35 Este derecho fundamental, establecido en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución, se define como el derecho de toda persona a alcanzar sus propios planes o proyectos de vida, directamente vinculados con los valores de dignidad y libertad.

36 STC Exp. N° 2868-2004-AA/TC, de fecha 24 de noviembre de 2004.

Finalmente, la adopción de una u otra postura (autonomía o perfeccionismo) por parte del Estado requerirá del análisis sobre su accionar en conjunto, que comprende entre otros el desarrollo de políticas públicas, la emisión de normas legales, la actuación de los diversos organismos del Estado en el marco de sus competencias, etc. Es claro que, por resultar materialmente imposible, dicho análisis escapa a los alcances del presente trabajo, el que se circunscribirá a pronunciarse básicamente sobre el desarrollo normativo, así como doctrinario y jurisprudencial vinculado a la materia.

1.3 Reconocimiento de diversos modelos de familia

Como ya se ha referido, diversos tratados de derechos humanos consagran la protección a la familia³⁷, el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia si tienen edad para ello³⁸ y el derecho a la no injerencia en la vida familiar.³⁹

En la misma línea, a nivel regional el sistema interamericano de derechos humanos ha reafirmado el rol de la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad sujeta a protección por la sociedad y el Estado, tal como lo establece el artículo 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dicha disposición es complementaria al artículo 11.2 de la misma Convención, que protege a mujeres y hombres de no sufrir injerencias en su vida familiar.

Dada su importancia como institución a través de la cual se contribuye a garantizar la vigencia de los derechos fundamentales de las personas, así como su relevancia en la sociedad, la familia es susceptible de acciones de protección (asesoría y apoyo) por parte del Estado, en razón de constituir el espacio privilegiado donde las personas, y en especial los niños, niñas y adolescentes, pueden alcanzar el armonioso desarrollo de sus potencialidades.

En tal sentido, y teniendo en consideración las distintas formas de familia existentes en nuestra sociedad, la protección a la familia no sólo debe darse en el caso de aquellas que han conformado un matrimonio, sino que, necesariamente, requiere ampliarse a todo grupo que pueda ser concebido como familia.

37 Artículo 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Artículo 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

38 Artículo 16.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículo VI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; y, Artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

39 Artículo 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Artículo V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; Artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Para ello resulta indispensable tener en consideración los avances recientes en materia de familia, población y desarrollo, que han permitido trascender el modelo de familia tradicional o nuclear expandiendo la noción de familia y su protección. Cabe tener en consideración que la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce, en su artículo 5, que:

“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención” (la negrita es nuestra).

Desarrollando la noción de familia de la citada Convención, el Comité de Derechos del Niño ha señalado que dicho tratado, al referirse al modelo familiar, refleja diferentes estructuras familiares derivadas de diversas pautas culturales y relaciones familiares. Haciendo alusión a la familia ampliada y la comunidad, la Convención aplica dicha noción en situaciones de familia nuclear, padres separados, familia de un solo progenitor, familia consensual y familia adoptiva.⁴⁰

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos estableció que en virtud a la existencia de diversos tipos de familia, como las parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos e hijas, y las familias monoparentales, los Estados Parte también deberían indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros.⁴¹

Asimismo, la Conferencia de Población y Desarrollo de Cairo reconoció en su Principio N° 9 que, en los diferentes sistemas sociales, culturales y políticos, existen diversas formas de familia.⁴²

Ello sobre la base de que el proceso de rápido cambio demográfico y socioeconómico que se ha producido en todo el mundo, ha influido en las modalidades de formación de las familias y en la vida familiar misma, provocando importantes cambios en la composición y la estructura de las mismas.⁴³

40 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Informe sobre el quinto período de sesiones (10 a 28 de enero de 1994) - Anexo 5: “Papel de la familia en la promoción de los derechos del niño” (Bosquejo de cuestiones que se han de plantear durante el debate general sobre el tema). Documento CRC/C/24, 8 de marzo de 1999, p.59.

41 COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General No. 19. Artículo 23 – La Familia. Documento HRI/GEN/1/Rev.2, párrafo 2.

42 NACIONES UNIDAS. Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994. Documento A/CONF.171/13/Rev.1, p. 11.

43 Ibid, p. 26.

En este contexto el derecho a vivir en una familia ha de asegurarse independientemente de la familia a la que se pertenezca y de su configuración, de acuerdo con

“un criterio amplio que incluya a todas las personas que componen la familia, tal como se entienda ésta en la sociedad del Estado Parte de que se trate”⁴⁴.

Sobre el particular es oportuno recordar que las familias pueden clasificarse, siguiendo al Comité de Derechos del Niño, en: nuclear, extendida, monoparental y compuesta de una pareja no casada y sus hijos/as. La familia nuclear es aquella formada por el padre, la madre y el/la hijo/a o los hijos/as, es la familia tradicional. La familia extendida es aquella en la que “viven juntas, por lo menos tres generaciones: abuelos, padres e hijos; o donde, conviven con otros adultos, como por ejemplo, tíos”⁴⁵. La familia monoparental está formada por uno de los progenitores y por sus hijos e hijas, siendo la madre o el padre el jefe de hogar; mientras que la familia compuesta por una pareja no casada y sus hijos/as es denominada también familia ensamblada⁴⁶.

A nivel interamericano la sentencia *Atala Riffo y Niñas v. Chile* (2012), de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hizo hincapié en que la Convención no determina un concepto cerrado de familia, ni mucho menos protege solo un modelo “tradicional” de la misma.

Al respecto, reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio, debiendo abarcar otros lazos familiares formados de hecho, donde las partes tienen vida en común sin haber contraído matrimonio.⁴⁷ En la misma sentencia, la Corte señala que la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar.⁴⁸

44 COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General N° 16 relativa al artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), párrafo 5. 1988. Ver asimismo Comité de Derechos Humanos, Observación General 19, el artículo 23 (treinta y noveno período de sesiones, 1990), Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por los Órganos de Tratados de Derechos Humanos, Doc. ONU. HRI/GEN/1/Rev.1 a los 28 (1994), párrafo 2.

45 HERVIS, Olga. “Un enfoque estratégico y estructural de la terapia familiar”. En CASTRO MORALES, Jorge (Ed). *Niñas, Niños y Adolescentes /Exclusión y Desarrollo Social*. Tomo II. Lima: Instituto de Formación para Educadores de Jóvenes, Adolescentes y Niños Trabajadores de América Latina y el Caribe Monseñor Germán Schmitz IFEJANT. Rapi Artes, 2001, 772 p.

46 Debe tomarse en cuenta que también se considera familia ensamblada (mezclada, combinada) a aquella conformada por una pareja que convive con los hijos e hijas provenientes de una relación anterior.

47 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Atala Riffo y Niñas v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrafo. 142.

48 *Ibid*, párrafo. 175.

En el plano nacional, el Tribunal Constitucional peruano ha desarrollado estándares en el tratamiento del tema similares al de la sentencia Atala Riffo y Niñas v. Chile. De esta manera, el Tribunal ha señalado que la Constitución “no pretendió reconocer un modelo específico de familia”⁴⁹. Cabe mencionar que esta postura resulta concordante con nuestra posición, ya referida anteriormente, respecto a que el artículo 4° de la Constitución no excluye de la protección a la familia a aquellas que no provienen del matrimonio.

Asimismo, el Tribunal Constitucional reconoce modelos de familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas,⁵⁰ es decir, aquellas familias conformadas por una pareja casada o unida de hecho que incorpora a los hijos e hijas producto de anteriores matrimonios o uniones de hecho al nuevo hogar.

En concordancia con lo expuesto respecto al reconocimiento de diversos modos de familia, la Defensoría del Pueblo concluyó en su Informe Defensorial N° 150 “El derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en una familia: la situación de los Centros de Atención Residencial estatales desde la mirada de la Defensoría del Pueblo” que:

“...el derecho a vivir en una familia debe ser asegurado sea cual fuere el tipo y configuración de ésta (nuclear, extendida, monoparental, ensamblada, entre otras formas), con la finalidad de que comprenda a todas las personas que la componen y atienda a las transformaciones que han generado una variación en la composición tradicional de familia y el consiguiente reconocimiento de las nuevas formas de familia socialmente vigentes.”⁵¹

Finalmente, al ser el Perú un país multicultural, no hay que dejar de lado las formas de familia de las comunidades indígenas y nativas, cuya organización social difiere de la familia nuclear o de cualquiera de las estructuras familiares ya mencionadas. El artículo 5.a del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) indica que deberán “reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos...”. Ello se complementa con el artículo 8.2 del mismo Convenio, que reconoce a los pueblos indígenas el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

49 STC Exp. N° 06572-2006-PA/TC, del 6 de noviembre del 2007, publicada el 13 de marzo del 2008.

50 STC Exp. N° 09332-2006-PA/TC, del 30 de noviembre del 2007, publicada el 5 de febrero del 2008.

51 DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Op. Cit., pp. 113-114.

Los artículos 2° inciso 19 y 89° de la Constitución Política reconocen el derecho a la identidad étnica y cultural, así como la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas, respectivamente. En este sentido, la organización familiar debería formar parte de las “prácticas sociales” que conforman la identidad de estos pueblos.

Por todo lo expuesto resulta necesario contribuir a asegurar la interpretación de la noción de familia de la Constitución tal como ha sido sostenida por el Tribunal Constitucional peruano, intérprete supremo de la Constitución⁵² y consolidar la idea de diversidad, más aun teniendo en cuenta que el artículo 4° de la Constitución Política protege a la familia sin manifestar características específicas sobre cómo debe estar conformada.⁵³

52 Artículo 201° de la Constitución Política del Perú y artículo 1° de la Ley N° 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

53 De conformidad con lo dispuesto por el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal y la Primera Disposición General de la Ley N° 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, es deber de los jueces y tribunales, bajo responsabilidad, interpretar y aplicar las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos, según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

CAPÍTULO 2

MATRIMONIO, UNIÓN DE HECHO, SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Como se ha referido líneas arriba, el derecho fundamental de toda persona a la familia implica el optar libremente por aquella que responda mejor a su plan de vida, siendo obligación del Estado garantizar este derecho.

En este contexto se ha considerado conveniente centrar el análisis del contenido de este capítulo en cuatro aspectos centrales. El primero, que se enmarca en el derecho a fundar una familia, se refiere al análisis de las uniones de hecho y la necesidad de brindarles igual tratamiento legal al establecido para las parejas casadas.

El segundo de ellos está relacionado con la necesidad de revisar los deberes de los cónyuges o convivientes del Código Civil desde una perspectiva de igualdad y no discriminación. La tercera se encuentra vinculada al divorcio, por lo que comprende la revisión de las causales de anulabilidad del matrimonio, entre ellas las causales de raptó y la de vida deshonrosa.

Finalmente, la cuarta comprende la revisión de las causales de separación de cuerpos y divorcio, principalmente aquella referida a la causal de violencia física o psicológica.

Como puede apreciarse, los tres últimos aspectos se encuentran comprendidos en el marco de lo que hemos denominado el derecho a fundar una familia así como el derecho a la igualdad y no discriminación en las relaciones familiares.

2.1. Tratamiento igualitario al matrimonio y a la unión de hecho

Un primer aspecto necesario de tener en consideración es que la figura de la unión de hecho ha sido recogida a nivel constitucional, tanto en el artículo 9° de la Constitución Política de 1979⁵⁴ como en el artículo 5° de la Constitución Política de 1993.⁵⁵

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

55 Artículo 5° de la Constitución de 1993.- La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

En ambos textos fue definida como la unión estable de un varón y una mujer libres de impedimento matrimonial. El reconocimiento constitucional, sin embargo, se limita a la protección en el ámbito patrimonial, al declarar que genera una comunidad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales en cuanto resulta aplicable.

Esta postura se reafirma en el artículo 326° del Código Civil:

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

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

La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez 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”.

Una de las principales razones que justificó dicho tratamiento fue la defensa y promoción que, desde tiempo atrás, el Estado ha realizado de la institución del matrimonio a nivel constitucional y legal, ello debido a que ha sido históricamente concebido como la base más estable en el tiempo para conformar una familia.

No obstante, regular la unión de hecho resultaba esencial debido a su práctica extendida a nivel nacional –servinacuy–, especialmente en las zonas rurales,⁵⁶ en un país como el nuestro, reconocido constitucionalmente

56 De acuerdo a los datos del Censo de Población y Vivienda de 2007, aproximadamente un 24.5% de la población mayor de 12 años en el Perú viviría en uniones de hecho. Asimismo, basado en el mismo censo y en las Encuestas Nacionales de Hogares, al año 2003, las mujeres rurales convivientes llegaban a 22.24%, en comparación con 35,11% y 31,78% de casadas. Datos tomados de BERMUDEZ, Violeta. “Uniones de hecho y el derecho a pensión de «viudez».” En: Estudio para la defensa de los derechos de la mujer – Demus. Los Derechos de las Mujeres en la Mira. Informe Anual de los Observatorios de Sentencias Judiciales y de Medios 2010, pp. 35-36.

como pluricultural⁵⁷. Sin embargo, no se le otorgó el mismo estatus que a la institución del matrimonio, ni la protección o los derechos asignados a la personas que optaban por contraer matrimonio legalmente.

En tal sentido, el hecho de que el régimen de sociedad de gananciales aplicable a la comunidad de bienes de la unión de hecho fuese impuesto constitucionalmente, y no elegido libremente por los convivientes como se les ha reconocido a las parejas que contraen matrimonio, demuestra un tratamiento diferenciado que afecta, desde la propia Constitución el derecho de las personas a elegir como disponer de sus bienes patrimoniales.

Inicialmente el Tribunal Constitucional, en la sentencia del Expediente N° 03605-2005-PA/TC, dejó muy clara esta postura, al señalar que “[p]uesto que la Norma Fundamental quiere favorecer el matrimonio, al ser este presentado como una institución constitucional, no es posible tratar igual al matrimonio y a las uniones de hecho”⁵⁸. Más aún, el Tribunal reiteró la limitación del tratamiento de las uniones de hecho a la esfera patrimonial, al manifestar que la Constitución “reconoce la relación concubinaria para efectos sólo de naturaleza patrimonial mas no se incluye dentro de él efectos de carácter personal, como son el derecho alimentario y el de carácter pensionario”⁵⁹

Esta situación se ha traducido en la desprotección de los y las integrantes que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad al interior de las familias, como es el caso de las niñas, adolescentes y mujeres. En el ámbito internacional, la Recomendación General No. 21 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), sobre la igualdad en el matrimonio y las relaciones familiares, ha señalado lo siguiente:

“...por lo general, no se concede protección legislativa alguna al amancebamiento. La ley debería proteger la igualdad de las mujeres amancebadas en la vida familiar y en la repartición de los ingresos y los bienes. Deberían gozar de igualdad de derechos y obligaciones con los hombres en el cuidado y la crianza de los hijos o familiares a cargo”.⁶⁰

57 Artículos 2° inciso 19 y 89° de la Constitución.

58 Citado por STC Exp. N° 06572-2006-PA/TC, del 6 de noviembre del 2007, publicada el 13 de marzo del 2008.

59 Loc. Cit.

60 COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW). Recomendación General No. 21 – Igualdad en el Matrimonio y en las Relaciones Familiares, 1994, párrafo. 18.

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el informe realizado sobre Perú en el año 2000, describió en parte la situación de desprotección de las mujeres en uniones de hecho en nuestro país:

“...la capacidad civil de las mujeres no casadas, que han convivido en sociedades familiares de hecho, es bastante restringida en comparación con la capacidad civil de las mujeres casadas. En tal sentido, las leyes no les conceden a las concubinas el derecho a la comunidad de bienes cuando muere su pareja y sólo por excepción les conceden derecho a pedir alimentos cuando han sido abandonadas”.⁶¹

Por esta razón, la Comisión realizó recomendaciones puntuales al Estado peruano a fin de modificar los artículos del Código Civil y cualquier otra norma o práctica que impliquen discriminación contra la mujer casada o no casada. Entre las disposiciones cuya modificación fue solicitada se encuentran los artículos 724° (herederos forzosos) y 822° (conurrencia del cónyuge con los descendientes en la sucesión) del Código Civil, dado que se refieren únicamente a los cónyuges y no a los integrantes de las uniones de hecho.⁶²

Sin embargo, a doce años de la publicación de dicho informe, la implementación de las recomendaciones contenidas en el mismo continúa pendiente.

Más aún, la inexistencia de criterios objetivos y razonables que justifiquen la diferencia de trato entre el matrimonio y la unión de hecho⁶³ no sólo se circunscribe a aspectos patrimoniales. Ello a pesar de que el mandato constitucional de promover el matrimonio establecido en el artículo 4° de la Constitución no puede llevarse a cabo a través de medidas que afectan el ejercicio de los derechos fundamentales de quienes han optado por constituir otra forma de familia.

61 COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú. OEA/Ser.L/V/II.106.doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, capítulo VII, sección D, párrafo. 14.

62 Ibid, párrafo. 27.1.

63 La igualdad y no discriminación constituyen a la vez principios y derechos expresamente reconocidos en el texto constitucional.

En cuanto a su definición, el principio de igualdad se basa en que todos los seres humanos deben ser tratados como iguales, salvo que existan criterios relevantes para un tratamiento diferenciado. Si bien el derecho a la igualdad implica la imposibilidad de establecer diferenciaciones injustas, ello no quiere decir que se tenga que dar un tratamiento igual en todos los casos, con abstracción de cualquier elemento diferenciador razonable. Por ello, tanto la doctrina como jurisprudencia internacional y la jurisprudencia constitucional de diversos países (entre ellos el Tribunal Constitucional peruano) vienen desarrollando doctrina que permite interpretar y determinar en cada caso concreto cuándo nos encontramos ante un caso de diferenciación objetiva y razonable, y cuándo ante un caso de desigualdad arbitrario, que lamentablemente para efectos del presente trabajo no es posible abordar con detenimiento. Y es que la única diferencia de trato que se prohíbe es aquella que resulta injustificada por no estar fundada en una base objetiva y razonable.

En efecto, si bien la Constitución de 1993 reconoce en su artículo 5° a las uniones de hecho voluntarias y estables entre hombre y mujer libres de impedimento matrimonial, y a pesar de algunas modificaciones recientes que sin duda constituyen un avance,⁶⁴ la regulación legal es aún muy escueta (artículo 326° del Código Civil), resultando los derechos entre quienes viven en concubinato limitados en relación a quienes deciden contraer matrimonio civil: no hay derecho a alimentos durante la unión de hecho y sólo procede cuando uno de ellos es abandonado, no existen derechos sucesorios, ni posibilidad de optar por un régimen distinto al de sociedad de gananciales (el cual les es aplicado en cuanto fuere pertinente).

Toda esta situación responde a una concepción social históricamente arraigada de entender al matrimonio casi como sinónimo de familia, situación que ha llevado a que, en respuesta, el legislador brinde al matrimonio civil una mayor protección en desmedro de las uniones de hecho, lo que termina restringiendo y limitando los derechos de quienes optan por éstas como opción de vida.

Por lo expuesto, y teniendo en cuenta los avances y las recomendaciones aún por implementar, resulta pertinente analizar la situación de las uniones de hecho en nuestro país en la actualidad, y proponer una reforma inclusiva que les permita el mismo trato que a las familias conformadas dentro del matrimonio.

En este sentido, cabe resaltar que el Tribunal Constitucional ha dado los primeros pasos al abandonar el criterio expresado en la sentencia del Expediente N° 03605-2005-PA/TC, y reemplazarlo con la sentencia del Expediente N° 06572-2006-PA/TC, que declara que no existen fundamentos legales para una regulación diferenciada entre los distintos tipos de familia:

“...sin importar el tipo de familia ante la que se esté, ésta será merecedora de protección frente a las injerencias que puedan surgir del Estado y de la sociedad. No podrá argumentarse, en consecuencia, que el Estado solo tutela a la familia matrimonial, tomando en cuenta que existen una gran cantidad de familias extramatrimoniales. Es decir, se comprende que el instituto familia trasciende al del matrimonio, pudiendo darse la situación de que extinguido este persista aquella”.⁶⁵

64 Así por ejemplo, mediante Ley N° 29451 y su Reglamento, Decreto Supremo 116-2010-EF, se establece un Régimen Especial de Jubilación para la Sociedad Conyugal y las Uniones de Hecho el cual es aplicable a los cónyuges o convivientes mayores de 65 años de edad y que en conjunto acrediten un período no menor de 20 años de aportaciones al SNP.

De otro lado, mediante Ley N° 29560, publicada el 16 de julio de 2010, se establece el reconocimiento notarial de uniones de hecho.

65 STC Exp. N° 06572-2006-PA/TC, del 6 de noviembre del 2007, publicada el 13 de marzo del 2008.

Siguiendo la misma línea, Violeta Bermúdez afirma que el ordenamiento puede promover el matrimonio por razones entendibles, dado que éste tiene como consecuencia una serie de certezas jurídicas. Sin embargo, ello no justifica dar un tratamiento “de segunda categoría” a las uniones de hecho, pues son tan generadoras de familia como lo son las uniones matrimoniales.⁶⁶

En concordancia con el reconocimiento de la familia como institución y como derecho fundamental de la persona, especialmente de niños, niñas y adolescentes, deviene en necesaria la revisión de la regulación de las uniones de hecho de manera que se asegure un tratamiento igualitario al del matrimonio, en por lo menos cuatro aspectos.

El primero es el régimen patrimonial. Ello implica no solo la libertad de elegir el régimen aplicable a la comunidad de bienes –sea la de sociedad de gananciales o la de separación de patrimonio– sino también la aplicación de las reglas sobre administración y liquidación del régimen elegido.

Cabe al respecto referir que en algunos países se utiliza una tercera figura alternativa denominada “pacto de convivencia”, mediante la cual los convivientes establecen las características de su propio régimen patrimonial. Por ejemplo, el proyecto de Código Civil y Comercial de Argentina regula los pactos de convivencia a fin de que determinen, entre otras cuestiones, a) la contribución a las cargas del hogar durante la vida en común; b) la atribución del hogar común, en caso de ruptura; c) la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común.⁶⁷ Al mismo tiempo, añade que los pactos de convivencia no pueden ser contrarios al orden público, ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión convivencial, que es como se les llama a las uniones de hecho.⁶⁸

El segundo es la herencia. Para ello se requiere la revisión del Libro de Sucesiones del Código Civil a fin de asegurar que los convivientes puedan ser reconocidos como herederos forzosos (artículo 724°) y puedan concurrir con los descendientes en la sucesión (artículo 822°), siguiendo las recomendaciones elaboradas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Con ello también se garantiza un tratamiento igualitario entre la mujer casada y la mujer integrante de la unión de hecho.

66 BERMÚDEZ, Violeta. *Mujer e igualdad política*. En: *Derechos Humanos de las Mujeres*. Aproximaciones conceptuales. AAVV. Lima: Manuela Ramos, 1996. Op. cit., p.43.

67 Artículo 514° del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto 191/2011.

68 Loc.cit.

Es importante resaltar que el Tribunal Constitucional, en una sentencia emitida en un proceso de amparo en la que se otorga pensión de viudez a la conviviente sobreviviente, ordenó que el Ministerio de Educación pague a la demandante, la pensión de viudez que le correspondía.⁶⁹ Para tal efecto, sostiene el TC, que la declaración de la unión de hecho sustituye a la partida de matrimonio para todos los efectos, concluyendo que a la demandante le corresponde la pensión de viudez regulada en el Decreto Ley N° 20530; más aún si se considera que las pensiones tienen la calidad de bienes que integran la sociedad de gananciales, porque sirven para el sustento de la familia.

El tercer aspecto que resulta necesario revisar es el derecho a reclamar alimentos cuando fenecce la unión de hecho. Como se verá más adelante, en el acápite referido a derechos y deberes entre los cónyuges y los convivientes, la unión de hecho estable genera deberes similares a los del matrimonio, entre ellos el deber de asistencia. Si bien dicha parte ya ha sido recogida por el artículo 326° del Código Civil, en cuanto el juez puede optar por una indemnización o por una pensión de alimentos, se trata de un reconocimiento que sólo se limita a beneficiar al conviviente abandonado.

El cuarto aspecto se refiere a las relaciones personales entre los integrantes de la unión de hecho. Para ello se considera necesario reafirmar que dichas relaciones serán reguladas por las disposiciones del Código Civil aplicables a los matrimonios, incluidas aquellas relacionadas a la patria potestad. En la siguiente sección se hace un análisis de dichas disposiciones, a fin de garantizar el principio de igualdad entre sus integrantes y, de esta manera, cumplir con lo ya referido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto a garantizar la igualdad de la mujer casada y no casada en sus respectivas uniones⁷⁰.

2.2. Derecho a la igualdad y no discriminación en la relaciones familiares

Resulta importante revisar las normas del Código Civil referidas a los derechos y responsabilidades de los cónyuges, disposiciones que, tal como se ha sostenido anteriormente, también deben resultar aplicables a las uniones de hecho.

Las normas referidas a este tema comprenden el artículo 287° (obligaciones comunes entre los cónyuges), artículo 288° (deber de fidelidad y asistencia),

⁶⁹ STC Exp. N° 09708-2006-PA/TC de fecha 11 de enero de 2007.

⁷⁰ COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú. OEA/Ser.L/V/II.106.doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, capítulo VII, sección D, párrafo 14.

artículo 289° (deber de cohabitación), artículo 290° (igualdad en el hogar), artículo 291° (obligación unilateral de sostener la familia), artículo 292° (representación de la sociedad conyugal), artículo 293° (libertad de trabajo de los cónyuges) y artículo 294° (representación unilateral de la sociedad conyugal).⁷¹

71 Código civil:

Obligaciones comunes de los cónyuges

Artículo 287°.- Los cónyuges se obligan mutuamente por el hecho del matrimonio a alimentar y educar a sus hijos.

Deber de fidelidad y asistencia

Artículo 288°.- Los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia.

Deber de cohabitación

Artículo 289°.- Es deber de ambos cónyuges hacer vida común en el domicilio conyugal. El juez puede suspender este deber cuando su cumplimiento ponga en grave peligro la vida, la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges o la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia.

Igualdad en el hogar

Artículo 290°.- Ambos cónyuges tienen el deber y el derecho de participar en el gobierno del hogar y de cooperar al mejor desenvolvimiento del mismo.

A ambos compete, igualmente, fijar y mudar el domicilio conyugal y decidir las cuestiones referentes a la economía del hogar.

Obligación unilateral de sostener la familia

Artículo 291°.- Si uno de los cónyuges se dedica exclusivamente al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos, la obligación de sostener a la familia recae sobre el otro, sin perjuicio de la ayuda y colaboración que ambos cónyuges se deben en uno y otro campo.

Cesa la obligación de uno de los cónyuges de alimentar al otro cuando éste abandona la casa conyugal sin justa causa y rehúsa volver a ella. En este caso el juez puede, según las circunstancias, ordenar el embargo parcial de las rentas del abandonante en beneficio del cónyuge inocente y de los hijos. El mandamiento de embargo queda sin efecto cuando lo soliciten ambos cónyuges.

Representación de la sociedad conyugal

Artículo 292°.- La representación de la sociedad conyugal es ejercida conjuntamente por los cónyuges, sin perjuicio de lo dispuesto por el Código Procesal Civil. Cualquiera de ellos, sin embargo, puede otorgar poder al otro para que ejerza dicha representación de manera total o parcial.

Para las necesidades ordinarias del hogar y actos de administración y conservación, la sociedad es representada indistintamente por cualquiera de los cónyuges.

Si cualquiera de los cónyuges abusa de los derechos a que se refiere este artículo, el Juez de Paz Letrado puede limitárselos en todo o parte. La pretensión se tramita como proceso abreviado.

Libertad de trabajo de los cónyuges

Artículo 293°.- Cada cónyuge puede ejercer cualquier profesión o industria permitidos por la ley, así como efectuar cualquier trabajo fuera del hogar, con el asentimiento expreso o tácito del otro. Si éste lo negare, el juez puede autorizarlo, si lo justifica el interés de la familia.

Representación unilateral de la sociedad conyugal

Artículo 294°.- Uno de los cónyuges asume la dirección y representación de la sociedad:

- 1.- Si el otro está impedido por interdicción u otra causa.
- 2.- Si se ignora el paradero del otro o éste se encuentra en lugar remoto.
- 3.- Si el otro ha abandonado el hogar.

A este respecto, el Comité de Derechos Humanos ha manifestado en su Recomendación General N° 19 que:

“Durante el matrimonio, los esposos deben tener iguales derechos y responsabilidades en la familia. Esta igualdad se aplica también a todas las cuestiones derivadas del vínculo matrimonial, como la elección de residencia, la gestión de los asuntos del hogar, la educación de los hijos y la administración de los haberes. Esta igualdad es también aplicable a los arreglos relativos a la separación legal o la disolución del matrimonio.”⁷²

En el mismo sentido, el artículo 17.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que:

“Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos”.

A nivel del derecho interno resulta innegable –como se ha mencionado al inicio del presente trabajo– que las disposiciones del Código Civil de 1984 significaron, respecto a las relaciones familiares, un avance en el reconocimiento de la igualdad formal entre los cónyuges respecto del Código anterior de 1936.

En efecto, el Código Civil de 1936 se basó en un modelo de “potestad marital”, tradicionalmente llamado “patriarcado”, por el cual el cónyuge era el jefe de familia, atribuyéndosele la potestad de adoptar las decisiones concernientes a como debía manejarse la misma.⁷³

Es en el marco de la igualdad consagrada en la Constitución de 1979, que el entonces nuevo Código Civil de 1984 buscó compatibilizar las normas civiles con los derechos fundamentales reconocidos en la norma suprema.

72 COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General N°19. Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23 - La familia (1990), párrafo.8.

73 En dichas normas se establecía que el gobierno del hogar estaba a cargo del cónyuge (esposo), de modo que solo él tenía el derecho de fijar y mudar el domicilio conyugal. Asimismo, se señalaba que a aquél le correspondía el derecho de decidir las cuestiones referentes a la economía del hogar, autorizar o no a la mujer el ejercicio de cualquier actividad lucrativa fuera del hogar, ejercer la representación de la sociedad conyugal frente a terceros, e imponer a la mujer la obligación de agregar a su apellido, el suyo. En: FERNANDEZ REVOREDO, Marisol y Olga ALCANTARA FRANCIA. Igualdad en el Gobierno del Hogar. En: Código Civil Comentado por los Cien Mejores Especialistas. Tomo II-Derecho de Familia (Primera Parte). Lima: Gaceta Jurídica, s/a, p. 219.

Ello se plasmó en sus disposiciones referidas a las relaciones conyugales, a partir de las cuales se dejó de lado –cuando menos a nivel formal– el modelo de potestad marital existente hasta esa fecha. Así, la mayoría de las disposiciones contenidas en el libro de familia resultan acordes con los estándares internacionales previamente citados.

No obstante, a pesar de los avances mencionados, aún existen algunos artículos del Código Civil que pueden representar una discriminación indirecta⁷⁴ (también llamada de efecto o resultado), a partir de las cuales se perpetúa la situación de discriminación basada en patrones social y culturalmente arraigados, vulnerando de esta manera diversos derechos fundamentales de las mujeres. Ello a pesar que se trata de supuestos que se encuentran prohibidos tanto por la Constitución⁷⁵ como por diversos tratados ratificados por el Estado Peruano, y en especial por la Convención por la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en su artículo 1.⁷⁶

Estos artículos son los referidos a la libertad del trabajo (artículo 293°) y a la obligación unilateral de sostener la familia (artículo 291°), los que a continuación pasaremos a analizar.

2.2.1. Libertad de trabajo

El artículo 2° inciso 15 de la Constitución peruana reconoce el derecho al trabajo como derecho fundamental, con sujeción a ley.

74 El concepto de discriminación se vincula estrechamente a aquellos prejuicios negativos en virtud de los cuales se considera a determinadas personas o grupos de personas como inferiores. Se trata de prejuicios que se pueden dar tanto en el ámbito público como en el privado, que son histórica y socialmente generados, y que responden a una concepción irrazonable, odiosa y humillante, que va directamente contra la dignidad humana, como son la discriminación por sexo, raza, religión, etc. (Cfr. GARCÍA MORRILLO, Joaquín. La cláusula general de igualdad. En: Derecho Constitucional. Volumen I. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1991. En: Academia de la Magistratura. Programa de Formación de Aspirantes. Materiales de Enseñanza de Derecho Constitucional. Lima: 1999, p. 249). Asimismo, cabe precisar que la discriminación puede ser directa o indirecta, produciéndose esta última cuando “una ley, una política o un programa que parecen neutros (por ejemplo, en lo que atañe a hombres y mujeres) tienen un efecto discriminatorio en el momento de su aplicación”. (Cfr. NACIONES UNIDAS. Informe de la Alta Comisionada de Derechos Humanos. E/2008/76. Período de sesiones sustantivo de 2008, párrafo. 26).

75 Artículo 2° inciso 2 de la Constitución.

76 Artículo 1°.- A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo **que tenga por objeto o por resultado** menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. (La negrita es nuestra).

Por su parte, el artículo 293° del Código Civil establece que:

Cada cónyuge puede ejercer cualquier profesión o industria permitidos por la ley, así como efectuar cualquier trabajo fuera del hogar, con el asentimiento expreso o tácito del otro. Si éste lo negare, el juez puede autorizarlo, si lo justifica el interés de la familia.

La fórmula de la libertad de trabajo de cada uno de los cónyuges con el consentimiento expreso o tácito del otro fue la alternativa con perspectiva de igualdad que encontró el legislador de 1984 para remplazar al artículo 173° del Código Civil de 1936. Según este último, la mujer podía ejercer cualquier profesión o industria así como efectuar cualquier trabajo fuera de la casa común previo consentimiento expreso o tácito del marido.

Sin embargo, aunque la redacción del vigente artículo 293° del Código Civil sea aparentemente neutral, puede representar un caso de discriminación indirecta en contra de las mujeres. En efecto, cabe recordar que, tradicionalmente, ellas estuvieron marginadas del mercado de trabajo y del ámbito público; y confinadas al espacio doméstico debido a la división sexual del trabajo imperante durante siglos.

En tal sentido, a pesar del actual desarrollo normativo que garantiza normativamente el derecho de las mujeres al trabajo, aún se mantienen a nivel social estereotipos socio culturales que colocan a los hombres en el rol de proveedores del hogar y actores naturales del mercado laboral, mientras que a las mujeres se les asigna el rol de ser las encargadas del cuidado de la familia. Es en este contexto que Fernández Revoredo y Alcántara Francia señalan que esta norma representa discriminación indirecta y, por tanto, devendría en inconstitucional por vulnerar, en los hechos el artículo 2° inciso 2 de la Constitución Política del Perú y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer:

“Es prácticamente una regla que en las familias sean los esposos los que siempre trabajen fuera del hogar; es más, se puede decir que socialmente no está bien visto que el varón no trabaje y se quede más bien en la casa. Así, resulta poco probable que el esposo solicite autorización a la cónyuge para trabajar y que ésta se lo niegue.

Vista así las cosas, no es exagerado afirmar que la autorización para trabajar fuera del hogar se aplicaría solo a las mujeres, con lo cual se configuraría una discriminación indirecta. En efecto, son ellas a las

que tradicionalmente se les han asignado las labores del hogar, sobre todo cuando son madres de hijos muy pequeños, por lo que es común que encuentren una negativa a trabajar fuera del hogar”⁷⁷.

Esta situación también ha sido en su momento referida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe sobre Perú del año 2000. En dicho informe la Comisión afirmó que, en la práctica, dicha norma se aplica solamente a las mujeres, y que por lo tanto no resolvió la situación de desigualdad, por lo que recomendó su modificación.⁷⁸

El artículo 293° del Código Civil viene generando que, en la práctica, se contravengan además tratados internacionales referidos a la libertad de trabajo. Cabe tener en cuenta que el artículo 11.1 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer reconoce el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano (inciso a), y el derecho a elegir libremente profesión y empleo (inciso c).

Por su parte, el artículo 6.2 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Protocolo de San Salvador”, referido a la libertad de trabajo, no contempla la figura del consentimiento ni ninguna otra limitación para las mujeres u hombres casados o en unión de hecho que deseen ejercer dicha libertad. Además señala el deber estatal de establecer medidas que promuevan la participación igualitaria del hombre y la mujer en las tareas de cuidado familiar para que ésta pueda ejercer su derecho al trabajo.⁷⁹

De otro lado es importante reiterar que las actividades propias del espacio privado continúan recayendo principalmente en las mujeres, lo que lleva a que vean limitadas sus posibilidades de desarrollo a nivel educativo y profesional debido a que disponen de una menor cantidad de tiempo libre, manejando una doble carga de labores, las que desarrollan en el espacio público y las que deben desarrollar en el hogar. Como se ha señalado anteriormente, en el año 2010, el tiempo que dedicaban las mujeres a las actividades domésticas no remuneradas era, en promedio semanal, el doble que el tiempo que

77 FERNANDEZ REVOREDO, Marisol y ALCANTARA FRANCIA, Olga. Libertad de Trabajo de los Cónyuges. En: Código Civil Comentado por los Cien Mejores Especialistas. Tomo II-Derecho de Familia (Primera Parte). Lima: Gaceta Jurídica, s/a, pp. 229-230.

78 COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Op.cit, párrafos.14 y 27.1.

79 Artículo 6.2.- **Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo**, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. **Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.** (La negrita es nuestra).

dedicaban los hombres (39 horas con 28 minutos las mujeres y 15 horas con 53 minutos, los hombres)⁸⁰.

Por este motivo, y siguiendo a Fernández Revoredo, se recomienda la eliminación del artículo 293° del Código Civil. No es necesaria la mención a la libertad de trabajo en el capítulo de familia del Código dado que dicho derecho ya se encuentra expresamente reconocido por la Constitución Política, y su protección y garantía debe ser regulada por la normativa laboral.

2.2.2. Obligación de sostener a la familia

El artículo 291° del Código Civil señala que:

“Si uno de los cónyuges se dedica exclusivamente al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos, la obligación de sostener a la familia recae sobre el otro, sin perjuicio de la ayuda y colaboración que ambos cónyuges se deben en uno y otro campo.

Cesa la obligación de uno de los cónyuges de alimentar al otro cuando éste abandona la casa conyugal sin justa causa y rehúsa volver a ella. En este caso el juez puede, según las circunstancias, ordenar el embargo parcial de las rentas del abandonante en beneficio del cónyuge inocente y de los hijos. El mandamiento de embargo queda sin efecto cuando lo soliciten ambos cónyuges”.

Sostienen Fernández Revoredo y Alcántara Francia que si bien esta norma es aparentemente neutral, en los hechos continúa reforzando la división sexual del trabajo. Resulta incongruente contemplar normativamente la posibilidad de que uno de los cónyuges tenga que dedicarse exclusivamente al hogar cuando en la actualidad los estándares internacionales promueven las responsabilidades familiares compartidas.⁸¹

Cabe recordar que entre los estándares existentes se encuentra el artículo 6° del ya mencionado Protocolo de San Salvador, que consagra el deber estatal de establecer medidas que promuevan la participación igualitaria del hombre y la mujer en las tareas de cuidado familiar a fin de que ésta pueda ejercer su derecho al trabajo.

80 MIMDES-INEI. I Encuesta Nacional de Uso del Tiempo. 2010.

81 FERNANDEZ REVOREDO, Marisol y ALCANTARA FRANCIA, Olga. Obligación de Sostener a la Familia. En: Código Civil Comentado por los Cien Mejores Especialistas. Tomo II-Derecho de Familia (Primera Parte). Lima: Gaceta Jurídica, s/a, p. 223-224.

Asimismo, las Observaciones del Comité CEDAW al Segundo Informe Periódico presentado por Perú (1995), recomiendan al Estado adoptar las medidas necesarias para que el fortalecimiento de la familia contribuya simultáneamente al fortalecimiento de los derechos individuales de la mujer y a una distribución igual de responsabilidades entre hombres y mujeres. En el mismo sentido, el Objetivo Estratégico F.6 de la Declaración y Plan de Acción de Beijing busca fomentar la armonización de las responsabilidades de las mujeres y los hombres en lo que respecta al trabajo y la familia.

Finalmente, citando a Cornejo Chávez, las autoras concluyen que no resulta suficiente que exista una norma que garantice la igualdad pues, sólo en la medida en que ambos cónyuges asuman posiciones análogas en la conducción del hogar, manejo del patrimonio y en las decisiones que afectan a la familia como conjunto, se habrá, en los hechos, alcanzado la igualdad de los sexos.⁸²

2.3. Causales de anulabilidad del matrimonio

El artículo 277° del Código Civil establece que es anulable el matrimonio:

- “1. Del impúber (...).
2. De quien está impedido conforme el artículo 241°, inciso 2. (...)
3. Del raptor con la raptada o a la inversa o el matrimonio realizado con retención violenta. La acción corresponde exclusivamente a la parte agraviada y sólo será admisible si se plantea dentro del plazo de un año de cesado el rapto o la retención violenta.
4. De quien no se halla en pleno ejercicio de sus facultades mentales por una causa pasajera. (...)
5. De quien lo contrae por error sobre la identidad física del otro contrayente o por ignorar algún defecto sustancial del mismo que haga insoportable la vida común. Se reputan defectos sustanciales: la vida deshonrosa, la homosexualidad, la toxicomanía, la enfermedad grave de carácter crónico, la condena por delito doloso a más de dos años de pena privativa de la libertad o el ocultamiento de la esterilización o del divorcio. La acción puede ser ejercitada sólo por el cónyuge perjudicado, dentro del plazo de dos años de celebrado.
6. De quien lo contrae bajo amenaza de un mal grave e inminente, capaz de producir en el amenazado un estado de temor, sin el cual no lo hubiera contraído. El juez apreciará las circunstancias, sobre todo si la amenaza hubiera sido dirigida contra terceras personas.

82 Ibid, p. 225.

La acción corresponde al cónyuge perjudicado y sólo puede ser interpuesta dentro del plazo de dos años de celebrado. El simple temor reverencial no anula el matrimonio.

7. De quien adolece de impotencia absoluta al tiempo de celebrarlo.(...)
8. De quien, de buena fe, lo celebra ante funcionario incompetente, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal de dicho funcionario. (...)'’.

Entre las citadas causales de anulabilidad del matrimonio y para efectos del presente trabajo resulta conveniente centrarnos en aquellas referidas al rapto (inciso 3) y a la vida deshonrosa como defecto sustancial que hace insoportable la vida en común (inciso 5).

2.3.1. El rapto

La figura del rapto ha estado presente en los tres Códigos Civiles de Perú⁸³. En el Código Civil vigente se encuentra tanto como impedimento relativo para contraer matrimonio mientras subsista el rapto o haya retención violenta (artículo 242.7); y como causal de anulabilidad del matrimonio, pudiendo la víctima accionar hasta un año después de cesado el rapto (artículo 277° inciso 3).

De una lectura de ambas disposiciones, y en el marco de los últimos avances en materia de defensa y protección de los derechos fundamentales, deviene en necesaria su eliminación. En primer lugar, porque se trata de un supuesto que constituye una violación al derecho de hombres y mujeres a elegir pareja de manera libre y voluntaria, así como a contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y pleno consentimiento, reconocido en el artículo 16.b de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Cabe asimismo tener en consideración que la figura del rapto no sólo implica el uso de la fuerza sobre la voluntad de las mujeres a través de la retención sino que, teniendo en cuenta la manera en que aún se encuentra legislado, permite que el rapto –que de acuerdo a la norma penal constituye delito de secuestro⁸⁴– permanezca impune si la víctima no interpone la acción de anulabilidad al cesar los hechos de privación de su libertad.

83 Artículo 144°, Código Civil de 1852: No se considera libre el consentimiento de la persona robada, para casarse con su raptor, si no lo manifiesta después de recobrar su libertad.

Artículo 83°, Código Civil de 1956.- No pueden contraer matrimonio entre sí:

(...)

5.- El raptor con la raptada, mientras ésta se halle en su poder.

84 Artículo 152° del Código Penal: Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de veinte ni mayor de treinta años el que, sin derecho, motivo ni facultad justificada, priva a otro de su libertad personal, cualquiera sea el móvil, el propósito, la modalidad o circunstancia o tiempo que el agraviado sufra la privación o restricción de su libertad.

En segundo lugar, la figura del rapto constituye una manifiesta violación al derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, consagrado en el artículo 3° de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer – Convención de Belém do Pará. Sobre el particular es importante recordar que, de acuerdo con lo expuesto por los artículos 3° y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, el derecho de la mujer a una vida libre de violencia ha adquirido en nuestro sistema jurídico el carácter de derecho fundamental.

Así, esta Convención reconoce que la violencia impide o limita el ejercicio de derechos fundamentales, como es el caso del derecho a la libertad (artículo 4.c). Por ello, en virtud de lo dispuesto por el artículo 7°, los Estados actuarán con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (inciso b) e incluirán en su legislación interna las normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que resulten necesarias para prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia (inciso c).

En efecto, como se ha señalado en las líneas precedentes, un rapto implica una retención contraria a la voluntad de la víctima, lo cual constituye un atentado contra la libertad. En cumplimiento del artículo 7°, incisos b y c de la Convención de Belém do Pará, los Estados no pueden tolerar dicha conducta y deben tomar las medidas necesarias para erradicarla del ordenamiento jurídico.

Por lo expuesto permitir la permanencia de una norma de esta naturaleza en el Código Civil constituye no solo una forma de legitimar la violencia contra las mujeres, sino que contribuye a otorgar un revestimiento “romántico” a este hecho, disminuyendo la gravedad del acto y desconociendo sus efectos en la vida de las mujeres. Asimismo, la persistencia de dicho artículo en nuestra legislación envía un mensaje erróneo a la sociedad al permitir la impunidad de ciertos actos de violencia contra las mujeres.

Por las razones expuestas resulta conveniente eliminar la figura del rapto no solo de las causales de anulabilidad del matrimonio del artículo 277° inciso 3 del Código Civil, sino también como impedimento para contraer matrimonio regulado en el artículo 242° inciso 7 del citado cuerpo de leyes.

2.3.2. La “vida deshonrosa” como defecto sustancial que hace insoportable la vida en común

La causal de “vida deshonrosa” como defecto sustancial que hace insoportable la vida en común constituye un vicio o defecto de orden moral

que, de haber sido conocido por el otro cónyuge, no habría generado la concertación y celebración del matrimonio.⁸⁵

Resulta importante tener en consideración que dicha causal, prevista en el artículo 277° inciso 5 del Código Civil, fue incluida a fin de permitir la anulación del matrimonio por un defecto que atente contra la honra y dignidad del cónyuge, el cual deberá ser valorado por el juez o jueza.

Sobre el particular es necesario tener en cuenta la naturaleza subjetiva de la evaluación de la supuesta deshonra así como el hecho de que los contenidos del concepto de honra varían de acuerdo a la persona. En este contexto, y tomando en consideración los estereotipos de género persistentes en la sociedad, resulta evidente que dicha causal podría ser interpretada de manera perjudicial para las mujeres, en aquellos supuestos en que éstas no asumen los roles que socialmente les son exigidos o que resultan aceptables como modelos de virtud personal.

Así, dichos estereotipos pueden terminar generando que la “vida deshonrosa” se torne en lo opuesto de lo que socialmente se entiende por “mujer de conducta intachable” y que, hasta hace poco, resultaba ser la figura femenina protegida por la legislación nacional. De esta manera, dicha causal puede convertirse en una herramienta de control de la conducta de las mujeres por parte de los cónyuges, los operadores del derecho –como los jueces y juezas– y, en última palabra, de la sociedad en su conjunto.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que la causal de anulabilidad de “vida deshonrosa” no ha logrado el grado de desarrollo jurisprudencial y doctrinario que otras figuras como la “injuria grave” o la “conducta deshonrosa” han tenido en el ordenamiento jurídico nacional, causales éstas últimas que también implican una vulneración al honor del cónyuge afectado.

En efecto, respecto a la “conducta deshonrosa”, concepto considerado por nuestro sistema jurídico como causal de separación o divorcio, el Tribunal Constitucional ha señalado que se encuentra directamente vinculado a la buena reputación:

“En esta causal debe apreciarse por el juzgador no sólo el honor interno sino el honor externo de la víctima, es decir, la opinión que tengan los terceros sobre su anterior, o presente, o futura aceptación de la conducta deshonrosa de su cónyuge”.⁸⁶

85 PLÁCIDO, Alex. Causales de Anulabilidad del Matrimonio. En: Código Civil Comentado por los Cien Mejores Especialistas. Tomo II-Derecho de Familia (Primera Parte). Lima: Gaceta Jurídica, s/a pp. 178-179.

86 STC. Exp. N° 018-96-I/TC, de fecha 29 de abril de 1997.

A diferencia de la “conducta deshonrosa”, de acuerdo a lo sostenido por el Tribunal Constitucional en la misma sentencia en la que se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 337° del Código Civil, la injuria grave incide sólo sobre el honor interno, elemento muy subjetivo que depende de la escala de valores particular o propia de cada individuo, independientemente de la escala de valores socialmente aceptada.⁸⁷ En consecuencia, en el supuesto de injuria grave, si la escala de valores del individuo es mucho más exigente o reviste un carácter mucho más conservador que el estándar social, predominará la escala individual.

En virtud de lo expuesto, al no existir ningún criterio desarrollado sobre el particular, en la causal de “vida deshonrosa” como defecto sustancial que puede llevar a la anulabilidad del matrimonio existe el riesgo de que pueda ser utilizada subjetivamente para perpetuar estereotipos y patrones de género social y culturalmente arraigados respecto a la conducta que socialmente se espera de las mujeres, y que las subordinan respecto de los hombres.

Por ello, y ante la existencia de otras figuras más desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia para la protección de la buena reputación y el honor interno de las personas –como son la conducta deshonrosa y la injuria grave, respectivamente–, resultaría conveniente eliminar el supuesto de “vida deshonrosa” contemplado en el inciso 5 del artículo 277° del Código Civil.

2.4. Causales de separación de cuerpos o divorcio

Un primer aspecto importante a tener en consideración es que nuestra normatividad ha sido diseñada con la finalidad de mantener el vínculo matrimonial, dificultando así su disolución; ello a pesar de las modificaciones que en los últimos años, y debido a la propia demanda social, han venido flexibilizando la rigidez de la normativa inicialmente prevista por el Código Civil de 1984.

En este contexto, las causales de separación de cuerpos (artículo 333°) y divorcio (artículo 349°) en el Código Civil son las siguientes:

- “1. El adulterio.
2. La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.
3. El atentado contra la vida del cónyuge.
4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.

87 Loc. Cit.

5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.
6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Artículo 347.
8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.
9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.
12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335.
13. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio”.

Ahora bien, la causal prevista en el inciso 2, sobre “violencia física o psicológica”, tiene como objetivo proteger la vida, integridad y dignidad de los cónyuges y evitar que el matrimonio se convierta en una trampa mortal para las víctimas de violencia, que de acuerdo a información oficial son, en la mayor de los casos, mujeres⁸⁸.

Sobre el particular el desarrollo normativo, doctrinario y jurisprudencial llevado a cabo en los últimos años a nivel nacional e internacional en materia de prevención, investigación, sanción y reparación de la violencia contra las mujeres permite ahora que elementos objetivos, como los exámenes médico legistas y las pericias psicológicas, puedan ser utilizados como medios de prueba dentro de un proceso judicial, a fin de acreditar los hechos de violencia cometidos.

88 De acuerdo al Programa Nacional contra la Violencia Familiar y Sexual del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, entre los meses de enero a octubre del 2012, a nivel nacional se han presentado 27,072 casos de mujeres que han sido víctimas de violencia familiar y 3,786 casos por violencia sexual. A nivel nacional son 34,786 casos atendidos por violencia familiar y sexual, siendo que el 88.71% corresponde a mujeres víctimas de violencia.

En consecuencia, en opinión de la Defensoría del Pueblo ya no resulta necesario que el magistrado/a aprecie los hechos de violencia física o psicológica “según las circunstancias”, pues ello podría prestarse a valoraciones subjetivas del operador de justicia marcadas por estereotipos de género. En tal sentido, este inciso debiera hacer mención a que la violencia física o psicológica será apreciada por el juez o jueza de acuerdo a los medios probatorios contemplados en la ley.

2.5. Patria potestad

El análisis de la normatividad en materia de pérdida y restitución de la patria potestad resulta especialmente necesario debido a las modificaciones que, en el marco normativo– y ante el grave problema de violencia contra la mujer que existe en el país⁸⁹– tienen por finalidad proteger a las víctimas y criminalizan delitos como el feminicidio.

Como se recordará, en diciembre de 2011, la Ley N° 29819 modificó el Código Penal incorporando el delito de feminicidio en su artículo 107°, definiendo que se configura el tipo penal cuando un hombre, a sabiendas, mata a una mujer que es o ha sido su cónyuge o conviviente, o ha estado vinculada a él por una relación análoga.

No obstante, ni el Código Civil ni el Código del Niño y del Adolescente (Ley N° 27337) contemplan la condena por delito de feminicidio como una causal de suspensión⁹⁰ o extinción⁹¹ de la patria potestad.

89 Según los datos estadísticos del ENDES 2011, el 38.9% de mujeres a nivel nacional alguna vez unidas ha sufrido de violencia física y sexual ejercida por su esposo o compañero. Este porcentaje se incrementa a 65,6% de las mujeres alguna vez unidas que manifestaron que el esposo o compañero ejerció alguna forma de control sobre ellas (violencia psicológica).

90 **Código del Niño y del Adolescente.** Artículo 75.- Suspensión de la Patria Potestad.-

La Patria Potestad se suspende en los siguientes casos:

a) Por la interdicción del padre o de la madre originada en causas de naturaleza civil;

b) Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre;

c) Por darles órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan;

d) Por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad;

e) Por maltratarlos física o mentalmente;

f) Por negarse a prestarles alimentos;

g) Por separación o divorcio de los padres, o por invalidez del matrimonio de conformidad con los Artículos 282 y 340 del código civil.

h) Por habersele aperturado proceso penal al padre o la madre por delitos previstos en los artículos 173, 173- A, 176-A, 179, 181 y 181-A del Código Penal.

Código Civil. Artículo 466.- La patria potestad se suspende:

1) Por la interdicción del padre o de la madre originada en causal de naturaleza civil.

2) Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre.

3) Cuando se compruebe que el padre o la madre se hallan impedidos de hecho para ejercerla.

4) En el caso del artículo 340

91 **Código del Niño y del Adolescente.** Artículo 77.- Extinción o pérdida de la Patria Potestad.-

Sobre el particular cabe tener en consideración que el feminicidio es la manifestación más grave de violencia contra las mujeres, que usualmente tiene como antecedente la comisión por parte del victimario de actos reiterados de acoso o agresiones físicas o psicológicas que culminan en la muerte de la víctima y el terror de su entorno familiar, entre ellos sus hijas e hijos. Por ende, resulta necesario proteger a las niñas, niños y adolescentes, garantizándoles un entorno familiar seguro y no exponerlos a mayores manifestaciones de violencia.

Cabe mencionar que en la actualidad se encuentra en el Congreso de la República el Proyecto de Ley N° 01323/2011-CR, del 10 de julio del 2012, que propone la inclusión de la condena por feminicidio como causal de suspensión y de extinción o pérdida de la patria potestad en el Código de Niños y Adolescentes. En concordancia, el proyecto propone la modificación del artículo 471° del Código Civil, referido a la restitución de la patria potestad:

“Artículo 471°.- Restitución de patria potestad

[...]

En los casos de pérdida y suspensión, los padres volverán a ejercer la patria potestad cuando desaparezcan los hechos que los motivaron; salvo la declaración de pérdida de patria potestad por sentencia condenatoria por la comisión de delito doloso en agravio del hijo o en perjuicio del mismo; **o cuando ha sido condenado por delito de feminicidio en agravio de la madre de sus hijos**”. (La negrita es nuestra).

La Patria Potestad se extingue o pierde:

- a) Por muerte de los padres o del hijo;
- b) Porque el adolescente adquiere la mayoría de edad;
- c) Por declaración judicial de abandono;
- d) Por haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos;
- e) Por reincidir en las causales señaladas en los incisos c), d), e) y f) del Artículo 75; y,
- f) Por cesar la incapacidad de hijo, conforme al Artículo 46 del Código Civil.

Código Civil. Artículo 461.- La patria potestad se acaba:

- 1.- Por la muerte de los padres o del hijo.
- 2.- Por cesar la incapacidad del hijo conforme al artículo 46.
- 3.- Por cumplir el hijo dieciocho años de edad.



CAPÍTULO 3

FILIACIÓN

En materia de filiación existen algunas disposiciones en las que aún se puede evidenciar la persistencia de estereotipos de género en agravio de las mujeres y que, por ende, requieren ser revisadas.

Es por ello que en la presente sección se ha considerado conveniente evaluar las disposiciones sobre filiación sea ésta matrimonial, extramatrimonial o por adopción. Para tal efecto resulta importante tener en cuenta las normas referidas a la presunción, negación e impugnación de paternidad y maternidad, así como aquella que establece la posibilidad de adoptar por parte de los diversos modelos de familia ya reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional.

3.1. Presunción, determinación y negación de paternidad y maternidad

En cuanto a presunciones de paternidad y maternidad, el Código Civil actual dispone en su artículo 361° que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido. De esta manera, el Código Civil vigente consagra la presunción *pater ist*.

En el supuesto que el marido desee contestar dicha presunción, el artículo 363° establece que podrá negarlo cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio; cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo. También procede negación de paternidad cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2; salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período; cuando adolezca de impotencia absoluta; y cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

A diferencia de lo expuesto, en el caso de la maternidad, aun cuando la normatividad civil no reconoce expresamente una presunción de maternidad, toma al parto como el hecho que la determina de manera indubitable⁹².

92 Artículo 371° del Código Civil y artículo 7° de la Ley N° 26842, Ley General de Salud.

De otro lado, el artículo 362° establece que el hijo o hija se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera. En este sentido, la presunción de hijo/a matrimonial evidencia que el sistema de filiación fue diseñado por el legislador de 1984 pensando en el padre y que, de acuerdo a lo expresamente dispuesto por el vigente artículo 362°, a la mujer no le está legalmente permitido hacer uso de los recursos legales para contestar la presunción *pater ist* y demandar el reconocimiento del verdadero padre de su hijo/a, lo que además afecta, entre otros, el derecho a la identidad de éstos últimos⁹³.

Cabe mencionar que en la actualidad se encuentra en el Congreso de la República un proyecto de ley que pretende introducir una modificatoria respecto a la contestación de la paternidad, permitiendo tanto al padre como a la madre presentar dicha acción⁹⁴.

Finalmente, un aspecto importante a tener en consideración es el referente a la necesidad de determinación jurídica de la paternidad y/o maternidad en los casos de reproducción asistida. Ello debido a que el acceso a métodos científicos constituye una innegable realidad que, ante los avances de la ciencia médica, se viene incrementando, y respecto a la cual existe un vacío legal en nuestro sistema jurídico que requiere ser abordado,⁹⁵ ello a fin de

93 Reconocido por el artículo 2° inciso 1 de la Constitución, así como por diversos tratados de derechos humanos ratificados por el Perú, en especial la Convención sobre Derechos del Niño (artículos 7° y 8°); y el artículo 6° del Código del Niño y del Adolescente (Ley N° 27337).

94 Proyecto 00048/2011-CR del 8 de noviembre de 2011: Ley que propone modificar el artículo 340° del Código Civil y la Derogatoria del Artículo 420° del Código Civil y del Inciso g del artículo 75° del Código Civil de los Niños y Adolescentes.

“Artículo 363°.- Impugnación de la paternidad

El marido que no se crea padre del hijo de su mujer **o la mujer que declare que el hijo no es de su marido puede negarlo:**

1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.
2. Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que hayan cohabitado en los primeros ciento veintidós días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.
3. Cuando están judicialmente separados durante el mismo período indicado en el inciso 2; salvo que hubieran cohabitado en ese período.
4. Cuando el marido adolezca de impotencia absoluta.
5. Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El Juez desestimaré las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza”. (La negrita es nuestra)

95 La Ley General de Salud, Ley N° 26842, establece lo siguiente:

Artículo 6°.- Toda persona tiene el derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, incluyendo los naturales, y a recibir, con carácter previo a la prescripción o aplicación de cualquier método anticonceptivo, información adecuada sobre los métodos disponibles, sus riesgos, contraindicaciones, precauciones, advertencias y efectos físicos, fisiológicos o psicológicos que su uso o aplicación puede ocasionar.

Para la aplicación de cualquier método anticonceptivo se requiere del consentimiento previo

evitar una mayor vulneración de los derechos tanto del concebido así como de quienes buscan ejercer sus derechos reproductivos, su derecho al libre desarrollo, a la familia, entre otros.

3.2 La adopción en el marco de los modelos de familia reconocidos por el Tribunal Constitucional

En concordancia con el reconocimiento a los diversos tipos de familia en nuestro ordenamiento jurídico, así como el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y no ser separado de ella, resulta necesario analizar el tema de las adopciones en el caso de uniones de hecho.

Sobre el particular, en la actualidad el artículo 382° del Código Civil establece expresamente a los cónyuges como único supuesto de pluralidad de adoptantes,⁹⁶ lo que sin duda se debe a que el Código Civil vigente responde a una concepción en la cual se buscó promover el matrimonio en detrimento de otras formas de familias.

En tal sentido, y dado que, como ya se ha referido anteriormente, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a la inexistencia de fundamentos para otorgarle un tratamiento diferenciado a las uniones de hecho, la adopción por una pareja de convivientes constituye una alternativa viable. Ello debido a que las uniones de hecho reconocidas por la Constitución y el Código Civil requieren tener vocación de estabilidad y permanencia, fijándose inclusive para tal efecto un plazo mínimo de dos años de convivencia.

Lo expuesto resulta además razonable teniendo en consideración, de un lado, que el propio Código Civil permite la adopción por una sola persona, y de otro, el incremento de separaciones y divorcios que evidencian el resquebrajamiento de la imagen del matrimonio como la institución ideal en términos de estabilidad y permanencia de la familia.

del paciente. En caso de métodos definitivos, la declaración del consentimiento debe constar en documento escrito.

Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

96 **Artículo 382.-** Nadie puede ser adoptado por más de una persona, a no ser por los cónyuges.

Resulta importante tener en consideración el Proyecto de Código Civil y Comercial de Argentina, que propone un reconocimiento simple en su artículo 599°:

“Artículo 599°.- Personas que pueden ser adoptantes. El niño, niña o adolescente puede ser adoptado por un matrimonio, por una pareja de convivientes o por una persona sola.(...)”.

Cabe finalmente mencionar que en el Perú existe ya una propuesta de reforma al artículo 382° del Código Civil, en la cual se incorpora a las uniones de hecho en el supuesto de pluralidad de adoptantes, conjuntamente con el matrimonio⁹⁷.

⁹⁷ Proyecto 00294/2011-CR, del 4 de octubre de 2011, Ley que permite la adopción por parejas que conforman una unión de hecho.

CONSIDERACIONES FINALES

A lo largo del presente trabajo se ha evidenciado la existencia de diversas normas contenidas en el Código Civil peruano que ameritan ser revisadas y modificadas a fin de cumplir con los estándares internacionales que promueven la igualdad formal y real de hombres y mujeres en nuestra sociedad, así como la eliminación de la violencia contra las mujeres.

No obstante, consideramos que es necesaria una revisión integral de las normas contenidas en el Código Civil y normas afines con el objeto de que su articulado y el sistema jurídico en su conjunto resulte coherente y promueva y garantice la plena vigencia y ejercicio de los derechos fundamentales de las mujeres, adolescentes y niñas de nuestro país.

Una reforma de la normatividad civil que tenga por objeto perfeccionar las normas jurídicas para evitar la discriminación de género constituirá sin duda un paso más por lograr el respeto de sus derechos en condiciones de igualdad.

Somos conscientes, sin embargo, que la discriminación de género contra las mujeres constituye aún un grave problema social en nuestro país, y del enorme reto que nos toca asumir, como Estado y como sociedad, para lograr superarlo y alcanzar la igualdad real entre hombres y mujeres.

Y es que la sola emisión de normas jurídicas y políticas públicas diseñadas para proteger los derechos fundamentales de las mujeres no resultan suficientes para que la igualdad se refleje en sus vidas. Es imprescindible la adecuada aplicación o implementación de dichas normas y políticas en defensa de las mujeres por parte de los diversos operadores jurídicos (congresistas, ministros y ministras, representantes de los gobiernos regionales y locales, jueces y juezas, fiscales, policías, entre otros).

Ello implica la toma de conciencia y consiguiente sensibilización de los servidores, funcionarios y funcionarias del Estado, tanto de aquellos con poder de decisión como de quienes tienen contacto directo con las mujeres víctimas de vulneraciones a sus derechos fundamentales. Y es que son los aspectos subjetivos que discriminan a la mujer, por su condición de tal, los que explican y sustentan las percepciones, valoraciones y actitudes de los operadores que interpretan y aplican las normas y que, de esta manera, terminan dificultando la defensa y protección de sus derechos.

Se requiere entonces, necesariamente, del compromiso de la sociedad, pero sobre todo de quienes desde el Estado, y en el ejercicio de nuestras competencias, tenemos la obligación de garantizar los derechos humanos y trabajamos por lograr la real vigencia de los derechos de las mujeres en nuestro país.



SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE
NEVASTUDIO
CALLE TOMAS RAMSEY 762 - MAGDALENA DEL MAR
CORREO E: paolatorres@nevastudio.com.pe
TELÉFONO: 652 6779
FEBRERO 2013 LIMA - PERÚ