

# **UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

## **ESCUELA DE POSGRADO**



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS  
POLÍTICAS**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

**MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

**TESIS:**

**NATURALEZA DE LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL EN RELACIÓN CON  
LA NATURALEZA DEL DERECHO A LA FAMILIA EN SU DIMENSIÓN  
SOCIAL ACTUAL**

Para optar el Grado Académico de

**MAESTRO EN CIENCIAS**

**MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

Presentada por:

**Bachiller: ANA CECILIA URTEAGA VALERA**

Asesora:

**Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO**

**Cajamarca – Perú**

**2019**

COPYRIGHT © 2019 by  
**ANA CECILIA URTEAGA VALERA**  
Todos los derechos reservados

# **UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

## **ESCUELA DE POSGRADO**



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS  
POLÍTICAS**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

**MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

**TESIS APROBADA:**

**NATURALEZA DE LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL EN RELACIÓN CON  
LA NATURALEZA DEL DERECHO A LA FAMILIA EN SU DIMENSIÓN  
SOCIAL ACTUAL**

Para optar el Grado Académico de

**MAESTRO EN CIENCIAS**

**MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

Presentada por:

**Bachiller: ANA CECILIA URTEAGA VALERA**

**JURADO EVALUADOR**

Dra. María Isabel Pimentel Tello  
Asesor

Mg. Sandra V. Manrique Urteaga  
Jurado Evaluador

Mg. José Luis López Nuñez  
Jurado Evaluador

Mg. Cinthya Cerna Pajares  
Jurado Evaluador

Cajamarca, Perú

2019



**Universidad Nacional de Cajamarca**  
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD  
**Escuela de Posgrado**  
CAJAMARCA - PERU



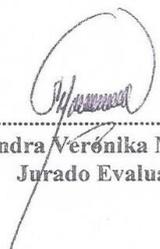
**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**  
**ACTA DE SUSTENTACIÓN PÚBLICA DE TESIS**

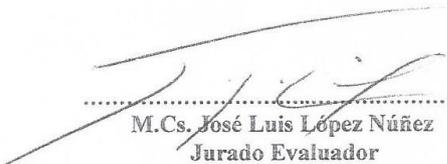
Siendo las 6:00 p.m. horas, del día 30 de setiembre de dos mil diecinueve, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, los integrantes del Jurado Evaluador presidido por la **M.Cs. SANDRA VERÓNICA MANRIQUE URTEAGA, M.Cs. JOSÉ LUIS LÓPEZ NÚÑEZ, M.Cs. CINTHYA CERNA PAJARES**, en calidad de Asesora **Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO**; actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la **SUSTENTACIÓN PÚBLICA** de la tesis titulada **NATURALEZA DE LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL EN RELACIÓN CON LA NATURALEZA DEL DERECHO A LA FAMILIA EN SU DIMENSIÓN SOCIAL ACTUAL**, presentada por la **Bach. en Derecho ANA CECILIA URTEAGA VALERA**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó... APROBAR ..... la mencionada Tesis con la calificación de DIECISIETE (17) EXCELENTE .....; en tal virtud la **Bach. en Derecho ANA CECILIA URTEAGA VALERA**, está apta para recibir en ceremonia especial el Diploma que la acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, en la Unidad de Posgrado de la Facultad de **Derecho y Ciencias Políticas**, con Mención en **DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

Siendo las 7:00 p.m. horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

  
.....  
**Dra. María Isabel Pimentel Tello**  
Asesora

  
.....  
**M.Cs. Sandra Verónica Manrique Urteaga**  
Jurado Evaluador

  
.....  
**M.Cs. José Luis López Núñez**  
Jurado Evaluador

  
.....  
**M.Cs. Cinthya Cerna Pajares**  
Jurado Evaluador

Al ser que cada día con su experiencia,  
amor y ejemplo me sigue guiando en la  
vida y al ángel que desde el cielo me cuida  
en mi caminar.

AGRADECIMIENTO: A la vida por regalarme cada día la oportunidad de disfrutarla.

## TABLA DE CONTENIDO

<b>TABLA DE CONTENIDO</b> .....	vii
<b>RESUMEN</b> .....	x
<b>ABSTRACT</b> .....	xi
<b>CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS</b> .....	1
<b>1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA</b> .....	1
1.1.1. Contextualización o problemática.....	1
1.1.2. Descripción del Problema.....	4
<b>1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA</b> .....	5
<b>1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN</b> .....	5
<b>1.4. OBJETIVOS</b> .....	6
1.4.1. General .....	6
1.4.2. Específicos.....	6
<b>1.5. DELIMITACIÓN</b> .....	7
1.5.1. Espacial .....	7
1.5.2. Temporal .....	7
1.5.3. Temático.....	7
<b>1.6. LIMITACIONES</b> .....	8
<b>1.7. TIPO Y NIVEL DE TESIS</b> .....	8
1.7.1. De acuerdo al fin que persigue.....	8
1.7.2. De acuerdo al diseño de la investigación.....	8
1.7.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan ...	9

<b>1.8. HIPÓTESIS</b> .....	9
<b>1.9. MÉTODOS</b> .....	10
<b>1.9.1. Generales</b> .....	10
<b>1.9.2. Específicos</b> .....	11
<b>1.10. TÉCNICAS</b> .....	12
<b>1.10.1. Observación Documental</b> .....	12
<b>1.10.2. Argumentación</b> .....	13
<b>1.11. INSTRUMENTOS</b> .....	13
<b>1.11.1. Hoja guía</b> .....	13
<b>1.12. UNIDAD DE ANÁLISIS, UNIVERSO Y MUESTRA</b> .....	13
<b>1.13. ESTADO DE LA CUESTIÓN</b> .....	14
<b>CAPÍTULO II</b> .....	15
<b>MARCO TEÓRICO</b> .....	15
<b>2.1. Marco convencional y constitucional del derecho a la familia</b> .....	15
<b>2.2. Diversas perspectivas del Derecho de Familia</b> .....	20
<b>2.1.1. Antecedentes y evolución de la familia en la historia</b> .....	22
<b>2.1.2. Definición de familia</b> .....	38
<b>2.1.3. Tipos de familia</b> .....	45
<b>2.3. SOBRE EL MATRIMONIO COMO INSTITUTO SOCIAL Y JURÍDICO</b> ..	68
<b>2.2.1. Antecedentes y evolución histórica</b> .....	71
<b>2.2.2. Concepto contemporáneo del Matrimonio en el <i>civil law</i></b> .....	79
<b>2.2.3. El Matrimonio en el <i>common law</i></b> .....	83
<b>2.2.4. Tratamiento jurisprudencial del matrimonio</b> .....	88
<b>2.2.5. El Matrimonio desde la perspectiva normativa</b> .....	92

<b>CAPÍTULO III</b> .....	100
<b>DISCUSIÓN Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS</b> .....	100
<b>3.1. DISCUSIÓN DE LA REVISIÓN SISTEMÁTICA</b> .....	100
<b>3.1.1. Contexto normativo y jurisprudencial actual con el que cuenta la figura del matrimonio y el derecho a la familia en el Perú</b> .....	100
<b>3.1.2. Contenido, alcances y naturaleza que le asiste al derecho a la familia y a la institución del matrimonio en un sentido actual, desde el campo de la sociología</b> .....	116
<b>3.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS</b> .....	120
<b>3.3. CONCLUSIONES</b> .....	125
<b>3.4. RECOMENDACIONES</b> .....	127
<b>3.5. PROPUESTA DOGMÁTICA</b> .....	129
<b>LISTA DE REFERENCIAS</b> .....	130

## RESUMEN

El interés de la presente investigación es meramente dogmático y se centra en la relación que existen entre la familia y el matrimonio, tanto como instituciones jurídicas como sociales; en ese sentido, se ha llevado a cabo un estudio de revisión sistemática de fuentes históricas, de fuentes axiológicas, fuentes deontológicas y fuentes ontológicas respecto de ambas instituciones. Para ello se ha construido una investigación de tipo básica que discute a partir de dogmas generales, con un nivel o alcance correlacional y explicativo y un análisis cualitativo. La única técnica utilizada ha sido la observación documental con su correspondiente instrumentos, la hoja guía de observación documental, con los cuales se ha podido seleccionar las fuentes, ubicar las bases de datos, verificar la originalidad, antigüedad, prevalencia de las mismas que se ha determinado según se trate de fuentes primarias o secundaria o fuentes fidedignas o no; luego de recabados los datos, estos han sido analizados utilizando métodos generales como el análisis y la síntesis o la deducción, pero además mediante el uso de métodos específicos como el dogmático, el hermenéutico y el sociológico. Con ello, se ha logrado obtener como resultado la escisión de los contenidos y naturalezas de la familia y el matrimonio, siendo que la primera es un fenómeno parcialmente recogido en el derecho y, el segundo no es más que un mecanismo para dotar de seguridad jurídica a las relaciones familiares biparentales.

**Palabras clave:** Familia, matrimonio, fenómeno, institución, mecanismo.

**ABSTRACT**

*The interest of this research is purely dogmatic and focuses on the relationship between family and marriage, as well as legal and social institutions; In this sense, a systematic review of historical sources, axiological sources, deontological sources and ontological sources has been carried out with respect to both institutions. In order to carry out this study, a basic research has been constructed that discusses from general dogmas, with a correlational and explanatory level or scope and a qualitative analysis. The only technique used was the documentary observation with its corresponding instruments, the documentary observation guide sheet, with which it was possible to select the sources, locate the databases, verify the originality, age, prevalence of the same ones determined according to whether it is primary or secondary sources or reliable sources or not; After collecting the data, these have been analyzed using general methods such as analysis and synthesis or deduction, but also through the use of specific methods such as the dogmatic, the hermeneutic and the sociological. With this, it has been possible to obtain as a result the split of the contents and natures of the family and marriage, being that the former is first a phenomenon partially included in the law and, the latter is nothing more than a mechanism to provide security legal relationship to two-parent family relationships.*

**Keywords:** *Family, marriage, phenomenon, institution, mechanism.*

## **CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS**

### **1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

#### **1.1.1. Contextualización o problemática**

Dado que la pretensión en esta investigación ha sido el estudio de la naturaleza de la institución jurídica del matrimonio estableciendo una interrelación o correlación con el derecho a la familia, ambos consignados en el artículo 4 del texto constitucional (Congreso Constituyente Democrático, 1993), y, respecto del derecho de familia, estudiar su evolución y comprensión sociológica actual.

Con lo dicho, a fin de no despertar la curiosidad acerca de si una investigación con bases sociológicas calza con los requisitos para elaborar una investigación jurídica, es preciso señalar lo siguiente:

El Derecho como ciencia, se inserta dentro de las ciencias sociales (Villabella Armengol, 2015), puesto que los postulados que construye son precisamente para responder a las necesidades sociales de organización y, en ese sentido, a las carencias relativas a la libertad, la igualdad, la fraternidad (González Casanova, 1980); carencias que son generadoras del reconocimiento de muchos otros derechos tales como el derecho a la participación ciudadana, la inviolabilidad de domicilio, la prohibición de la discriminación, la educación, la salud, el trabajo, la

paz, la protección del medio ambiente y, entre todos estos, el derecho a la familia.

Según ello, todo derecho, independientemente de su generación e independientemente de la forma con la que cuente en una sociedad determinada, tiene como base a las necesidades y requerimientos de esa misma sociedad y, en ese sentido, su contenido se conforma precisamente con los elementos que le proporciona aquella; motivo por el cual, el estudio de la naturaleza de un determinado derecho no puede estar desprovisto de su perspectiva social fundante.

Entonces, es pertinente afirmar que el ordenamiento jurídico que contiene a las normas jurídicas, desde su rango más alto hasta la cima de su pirámide, debe estar en constante evolución, la misma que dependerá de la evolución de sus pares sociales; este fenómeno también ocurre respecto del derecho a la familia cuyo contenido, alcances y naturaleza deben responder al contenido, alcances y naturaleza que le otorga la propia sociedad.

En este tenor, ocurre que tanto la institución jurídica del matrimonio como el derecho a la familia son comprendidos actualmente por el ordenamiento constitucional peruano como “institutos naturales y fundamentales de la sociedad.” (Congreso Constituyente Democrático, 1993, art. 4), en base a esto es que el desarrollo normativo de este

artículo constitucional siempre ha desarrollado el contenido del derecho a la familia íntimamente vinculado con el del derecho al matrimonio.

Es así que, al tener el referido artículo 4 de la Constitución Política del Perú carácter programático, el propio constituyente ha otorgado facultades al constituido a fin de que este establezca el contenido y los alcances de dicha institución; así pues, las leyes que la desarrollan, como es el caso del artículo 234 del Código Civil de 1984 (Poder Ejecutivo), cuya regulación expresa sostiene que el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones del código civil, a fin de hacer vida en común, está dotada de constitucionalidad formalmente hablando.

En ese mismo sentido se advierte que en el artículo 5 de la Constitución peruana, el constituyente al regular sobre la institución de la convivencia, establece sus alcances a las uniones estables 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.

Frente a ello, se desprende que dentro del Ordenamiento Jurídico peruano el matrimonio y todos los derechos que esta institución jurídica abarca, están relacionados y hasta confundidos con el derecho a la familia, dejando de lado la posibilidad de existencia de familias

monoparentales, familias por afinidad, familias homo-afectivas, entre muchas otras figuras que se presentan en la sociedad.

En virtud a lo descrito, es que se ha llevado un estudio pormenorizado de los múltiples desarrollos a nivel sociológico que existen de la figura del derecho a la familia para, a partir de estos, se ha determinado su verdadero contenido componente de su naturaleza y, finalmente, interrelacionado dicho contenido y naturaleza con el del matrimonio como institución jurídica.

#### **1.1.2. Descripción del Problema**

El ordenamiento jurídico peruano, en la actualidad, contempla el derecho a la familia como una figura íntimamente relacionada al matrimonio, comprendiendo a ambos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad, tan es así que, desde la normatividad constitucional hasta la regulación legal, se han establecido imperativos que contienen indistintamente a las dos instituciones jurídicas, como si fuesen una sola.

No obstante, la realidad va demarcando paulatinamente severas diferencias entre una figura y otra, pues “La familia moderna vive (...) un tránsito y busca alternativas que se planteen en la equidad social” (Rodríguez Fernández, 2012, s.p), tránsito que debe ser tomado por el derecho a fin de construir nuevas estructuras normativas en lo que a familia y matrimonio se refiere.

Esto ha determinado la importancia de la presente investigación en cuanto a la necesidad de fijar un contenido y naturaleza actualizados de ambas figuras que deba ser recogido por el derecho nacional.

## **1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿Cuál es la naturaleza de la institución matrimonial en relación con el contenido y naturaleza del derecho a la familia visto desde su dimensión social actual?

## **1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

El problema de investigación contiene tanto elementos normativos como fácticos, estos últimos que fueron tomados de investigaciones exploratorias o descriptivas previas que han sido sometidas a revisión sistemática, luego de lo cual se realizó la correlación correspondiente con la actual normatividad a fin de establecer el contenido, alcances y naturaleza de ambas figuras.

Dicho procedimiento que se siguió en la investigación, comulga directamente con la concepción de que el Derecho no puede encontrarse desligado de las ocurrencias fácticas, prácticas, costumbres y circunstancias que se presentan en la realidad, pues de lo contrario se trataría de un derecho muerto; en esto radica la importancia de la investigación, debido a que se ha identificado un quiebre entre las naturalezas, alcances y contenidos de la figura del matrimonio y el derecho a la familia, sin embargo, ambos siguen estando fuertemente interrelacionados en la normatividad nacional, por tanto, es

obligación de los poderes del Estado, a través de las facultades propias que se les ha delegado, tomar las medidas legislativas y administrativas correspondientes que busquen proteger a todos los ámbitos de la familia, y no solamente a la familia matrimonial o que cumpla con los parámetros del matrimonio; motivo por el cual, la presente investigación, buscó dotar de argumentos doctrinarios tanto a los legisladores, como a los administradores y magistrados, que permitan sortear este impase y dotar de nuevos contenidos, con un espectro más amplio de protección tanto a la figura de familia como de matrimonio.

#### **1.4. OBJETIVOS**

##### **1.4.1. General**

Determinar la naturaleza de la institución matrimonial en relación con el contenido y naturaleza del derecho a la familia visto desde su dimensión social actual.

##### **1.4.2. Específicos**

- A. Delimitar el contexto normativo y jurisprudencial actual con el que cuenta la figura del matrimonio y el derecho a la familia en el Perú.
- B. Definir el contenido, alcances y naturaleza que le asiste al derecho a la familia y al matrimonio en un sentido actual, desde el campo de la sociología.

- C. Elaborar la propuesta dogmática de la naturaleza de la institución jurídica del matrimonio a través de la interrelación y subsunción de los contenidos, alcances y naturaleza definidos anteriormente.

## **1.5. DELIMITACIÓN**

### **1.5.1. Espacial**

Dado que se trató de una investigación básica con alcances teóricos y dogmáticos, no ha sido posible determinarle un ámbito espacial, puesto que se estudió tanto doctrina, como jurisprudencia y normatividad nacional como comparada, lo que amplió los límites de investigación más allá que el mero derecho peruano.

### **1.5.2. Temporal**

Dado que se trató de una investigación básica con alcances teóricos y dogmáticos, no fue posible determinarle un ámbito temporal, debido a que los métodos a utilizar son el dogmático, histórico y sociológico, que no realiza un corte específico en el tiempo para ser aplicados.

### **1.5.3. Temático**

Los temas en los que se centró la presente investigación son los referentes a la institución jurídica del matrimonio y el derecho a la familia, sin aterrizar en una materia en específico, vale decir, constitucional, civil, familiar en sentido estricto; sino desde una perspectiva dogmática.

## **1.6. LIMITACIONES**

No existieron limitaciones para el desarrollo de la presente tesis.

## **1.7. TIPO Y NIVEL DE TESIS**

### **1.7.1. De acuerdo al fin que persigue**

La investigación básica tiene por finalidad “mejorar el conocimiento *per se*, más que generar resultados o tecnologías que beneficien a la sociedad en un futuro inmediato” (Tam, Vera y Oliveros, 2008, p. 146); en este sentido, la presente investigación guarda esta tipología debido a que la dilucidación de la naturaleza jurídica de la institución del matrimonio en relación a la familia, demandó un estudio a nivel doctrinario, dogmático y casuístico que redundó en una propuesta doctrinaria que no se ha valido de manipulación de variables ni modificación de la realidad; es decir, se estudió “científicamente hechos sociales” (Bunge, 2002, p. 29) para incrementar el conocimiento científico respecto del contenido de la institución del matrimonio.

### **1.7.2. De acuerdo al diseño de la investigación**

De acuerdo al diseño de la investigación, el nivel o alcance que ha tenido la investigación es correlacional – propositivo; la investigación correlacional “mide el grado de asociación entre dos variables” (Tam, Vera y Oliveros, 2008, p. 149), lo que lleva a pensar en su utilización para la investigaciones experimentales, no obstante, también es aplicable en la investigación jurídica – básica, debido a que trazó las

relaciones que se generan entre el matrimonio y la familia, primero de manera específica por cada una de las figuras y luego estudiando la relación con la que ya cuentan a nivel normativo y la nueva relación a plantearse teniendo en cuenta sus implicancias sociales.

Es propositiva, en cuanto ha planteado los elementos doctrinarios y dogmáticos para la construcción de la nueva naturaleza y contenido de la institución jurídica del matrimonio a la luz de su comprensión social y mediando la influencia de los principios jurídicos pertinentes.

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

El enfoque de la investigación es el cualitativo, pues “explora de manera sistemática los conocimientos y valores que comparten los individuos en un determinado contexto espacial y temporal” (Monje Álvarez, 2011, p. 12) debido a que su objetivo es el análisis de las unidades señaladas en el acápite anterior a partir de las cualidades propias que le son útiles al Derecho; escapa a la investigación experimental y a la empírica, porque no ha trabajado con grupos de control ni variables, no ha realizado experimentos ni basó su fundamentación en experiencias fácticas de la investigadora o que la investigadora obtuvo a partir de la observación directa.

## **1.8. HIPÓTESIS**

La naturaleza de la institución matrimonial en relación con el contenido y naturaleza del derecho a la familia visto desde su dimensión social actual, es

la de mecanismo a través del cual se propicia la seguridad jurídica de los efectos que producen las familias biparentales

## **1.9. MÉTODOS**

### **1.9.1. Generales**

#### **A. Método de análisis – síntesis**

Este es el principal método utilizado en la investigación debido a que:

Se refiere a dos procesos intelectuales inversos que operan en unidad: el análisis y la síntesis. El análisis es un procedimiento lógico que posibilita descomponer mentalmente un todo en sus partes y cualidades, en sus múltiples relaciones, propiedades y componentes. Permite estudiar el comportamiento de cada parte. La síntesis es la operación inversa, que establece mentalmente la unión o combinación de las partes previamente analizadas y posibilita descubrir relaciones y características generales entre los elementos de la realidad. Funciona sobre la base de la generalización de algunas características definidas a partir del análisis. Debe contener solo aquello estrictamente necesario para comprender lo que se sintetiza. (Rodríguez Jiménez y Pérez Jacinto, 2017, pp. 8-9)

Bajo este entendido, el método utilizado para el estudio específico del matrimonio y de la familia, trató de descomponer su contenido y sus elementos mínimos, cada una de sus tipologías y, a su vez, los componentes y finalidades de estas; con ello, se ha podido diferenciar cada una de sus finalidades y correlacionar estas con las finalidades del otro, a fin de establecer la posibilidad de construir un contenido acorde con el desarrollo de la sociedad.

## **1.9.2. Específicos**

### **A. Dogmático**

Es importante el método dogmático, debido a que permite la determinación del dogma jurídico inmerso en la institución jurídica del matrimonio, así como en el caso mismo del derecho a la familia; puesto que, dicho dogma se establece a través de un conjunto de observaciones (estudio de los textos normativos, teóricos, doctrinarios), su interpretación (que según esta primera metáfora sería una actividad cognitiva) y su posterior sistematización. (Núñez Vaquero, 2014).

Con ello, se observó los trabajos sociológicos, jurídicos y sociológico-jurídicos previos que se realizaron de las figuras en estudio, a manera de revisiones sistemáticas, para, luego de ello se analizó sus características, se descompuso en sus mínimos elementos y se volvió a construir un nuevo dogma relativo a dichas figuras. Es por ello que se ha aseverado que la presente investigación es básica, con alcance correlacional y que hizo uso además del análisis, síntesis, deducción e historia.

### **B. Histórico**

Otro de los métodos sustanciales de la presente investigación, habida cuenta que las figuras, instituciones jurídicas, derechos, se

vienen gestando paulatinamente en la sociedad, conformando cada vez más un ordenamiento jurídico y sistemas jurídicos especializados, producto de la recolección de elementos, modificación de características, orientaciones, posturas, etc., que se adquieren en el tiempo; este método permitió estudiar los hechos del pasado que han determinado los contenidos normativos y jurídicamente aceptados tanto del matrimonio como de la familia, con el fin de encontrar explicaciones causales a las manifestaciones propias que las sociedades actuales tengan al respecto (Dzul Escamilla, 2017).

### **C. Sociológico**

Debido a que este método entrelaza al derecho con la sociología, se enfoca en comprender los efectos aplicativos de lo normado (Ramos Núñez, 2014, pp. 177-178), resulta sustancial para la interpretación de las fuentes revisadas, así como para la ampliación del espectro jurídico del matrimonio y de la familia, figuras que han surgido socialmente y que han sido interpretadas de conformidad con los desarrollos que la sociología recoja.

## **1.10. TÉCNICAS**

### **1.10.1. Observación Documental**

Debido a que el estudio es cualitativo, no empírico y no experimental, la única técnica de recolección de datos fue la observación de documentos que contengan la normatividad, jurisprudencia y doctrina

respecto al tema; amén de otras propuestas que se encontraron en el desarrollo de la tesis. La observación es la técnica “que consistió en observar atentamente el fenómeno, hecho o caso, tomar información y registrarla para su posterior análisis” (Sánchez Sánchez, 2015, p. 9).

### **1.10.2. Argumentación**

Como técnica del método dogmático, significó “avaluar una conclusión con una serie de razones y de pruebas de apoyo” (Lasa-Aristu y Amor, 2016, p. 74); resultó indispensable en la investigación jurídica, puesto que el Derecho requiere de fundamentos subyacentes para la construcción de sus figuras e instituciones jurídicas, fundamentos que se conforman haciendo uso de la técnica argumentativa; en el caso concreto, a efectos de verificar el contenido que debe guardar la institución jurídica del matrimonio en relación con el contenido diferenciado de la familia.

## **1.11. INSTRUMENTOS**

### **1.11.1. Hoja guía**

La hoja de ruta se utilizó para la aplicación de la técnica de observación documental.

## **1.12. UNIDAD DE ANÁLISIS, UNIVERSO Y MUESTRA**

Este tipo de investigación no admite unidades de análisis, universo o muestra.

### **1.13. ESTADO DE LA CUESTIÓN**

Esta investigación no encontró antecedentes directos de estudios, tratados o investigaciones acerca del tema específico a desarrollar, afirmamos esto después de haber revisado los trabajos de investigación publicados en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación – RENATI, de la Superintendencia Nacional de Educación Universitaria - SUNEDU. Asimismo, se han revisado los repositorios de universidades internacionales, tales como Carlos III de Madrid, Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional de Colombia, Universidad Nacional Autónoma de México.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1. Marco convencional y constitucional del derecho a la familia**

El derecho a tener una familia o el derecho a la familia, es entendido en diferente dimensión que el derecho de familia; este último, hace referencia a la tratativa normativa de rango legal desarrollada principalmente en uno de los libros del Código Civil pero que, cuenta con un alcance limitado en confrontación al desarrollo que el derecho a la familia ha merecido a nivel internacional, como derecho humano, o a nivel nacional como derecho fundamental.

Podría señalarse que el derecho a la familia no es un derecho humano o fundamental, puesto que se encuentra referido a una institución producto del contexto de justificación de la moral crítica que depende de una necesidad identificada y que construye realidad jurídica no necesariamente relacionada con la realidad material o aquella que perciben distintos estratos de la sociedad; pero, el hecho de ser un constructo no constituye un obstáculo para considerar al derecho a la familia como derecho humano o como derecho fundamental, sino que, reconoce el carácter crítico de tales derechos, lo que los hace el producto de una convención.

Es esencialmente esa convención, primero dentro de los integrantes de una sociedad determinada y, luego consensuado entre sociedades a manera de Estados, la que le otorga al derecho a la familia un rango fundamental; tan es así que, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que data ya de hace 75 años, realiza una pertinente utilización de la expresión *familia humana*, puesto que la ubica en un contexto tal que la equipara a humanidad o género humano (1948, preámbulo), consiguiendo de esta forma que el solo término familia, exprese no solamente lazos de consanguinidad o de parentesco, sino de fraternidad entre los seres humanos, valor que se encontraba ya acuñado desde la revolución francesa y que, conforme va caminando la humanidad, va descubriendo nuevas maneras de materializarse.

Esta consideración no es aislada en este documento internacional, puesto que, a pesar de que su artículo 16, en sus primeros dos numerales sesga el contenido de familia a la edad núbil y al matrimonio, en el inciso tercero termina por reconocerle el carácter de “elemento natural y fundamental de la sociedad”, únicamente a ella, no así al matrimonio, error último que sí comete la Constitución Política de 1993.

Entonces, resulta que el con concepto de matrimonio, ha sido naturalizado y equiparado al concepto de familia desde los documentos generados en la edad medieval (Ignacio López, 1996), por lo que resulta más que admisible que la primerísima declaración de 1948 todavía mantenga la tradición de

considerar al matrimonio cuando se habla de familia, mirada que es admisible en la actualidad, no obstante, lo que no es admisible es que se confundan sus naturalezas, vale decir, la familia, muy por el contrario de los que unos opinan (Trazegnies Granda, 1990), sí es un fenómeno que se presenta primero en el ámbito personal, interpersonal, que luego se extiende hacia el ámbito sociológico y luego gana la atención del ámbito jurídico; vale decir que, pese a que es este último el que discute el contenido que tendrá normativamente, este no podrá apartarse de las constataciones sociales de la familia.

Bajo esta contemplación, resulta imposible, tanto en términos formales como materiales, equiparar a la familia y al matrimonio como cédulas naturales de la sociedad, porque el matrimonio de ninguna manera se genera por las relaciones interpersonales, sino que, ha sido creado por el derecho para asegurar un tipo de familia que sí es de origen interpersonal; solo así puede entenderse que el artículo 16 de la Declaración reconozca solo a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad.

Es ese desprendimiento de la naturaleza lo que hace de la familia un elemento fundamental para la sociedad y para el Estado, pero no desde una perspectiva sesgada, sino, desde el contenido que la propia declaración le otorga en su preámbulo.

Ese mismo derecho, con la misma orientación ha sido reconocido a nivel regional en el artículo VI de la Declaración Americana de los Derechos y

Deberes del Hombre (1948), que reconoce el “derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”; vale decir que, ya desde hace lustro y medio se reconoció únicamente a la familia como elemento fundamental de la sociedad, para la sociedad americana, dentro de la que se encuentra inserto el Perú, así como la protección que merece de parte del Estado; empero, si revisamos la normatividad nacional, por ejemplo, el artículo 5 de la Constitución Política de 1979, comete el error de proteger tanto a la familia como al matrimonio, mismo que fue corregido en el artículo 4 de la Constitución de 1993 en el que se protege a la familia y se promueve el matrimonio, no obstante, se mantiene el error de considerar tanto a la familia como al matrimonio como “institutos naturales y fundamentales de la sociedad”, expresión que contraviene lo establecido en la Declaración y la Convención comentadas, pero que además, es en sí misma contradictoria, puesto que un instituto no puede ser natural.

Igual sentido, han mantenido otros tratados internacionales, como ocurre con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976) que reconoce a la familia y no al matrimonio como “elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado” (inc. 1 del art. 17 e inc. 1 del art. 23), aunque, mantiene el desarrollo de la figura del matrimonio a reglón seguido, lo cual es históricamente comprensible, pero, ya desde aquella época se abre una ventana para el reconocimiento de la familia por encima del matrimonio, en este caso, para la familia generada por los lazos filiales, cuando establece que “La ley debe reconocer iguales derechos tanto

a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo” (inc. 5 del art. 17).

La misma posición es reforzada por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que establece que “Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles” (art. 10), nuevamente, se le reconoce tal calidad a la familia, no al matrimonio, rompiendo el esquema de la equiparación de familia con matrimonio, también desde la preferencia de la filiación sobre el matrimonio, cuando establece la necesidad de “adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación”, puesto que es este uno de los aspectos que determina la familia y puede estar separado del concepto de matrimonio, aunque no se trata del único aspecto.

Finalmente, la propia Convención sobre los Derechos del Niño (1990), en su preámbulo ubica a la familia como uno de los pilares sobre los cuales se construye su normativa, así señala que:

Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

La protección, entonces, en el ámbito internacional, cuando de derechos humanos se habla, se le reserva a la familia, es a regulación nacional la que pretendió la protección del matrimonio en la anterior Constitución y que ha corregido tal pretensión en la última acordada en 1993; pero que, no actúa en igual sentido respecto del reconocimiento como elemento natural que también debería estar reservado al constructo jurídico de familia, como en todas las normas internacionales citadas ocurre, no así, al matrimonio, como mantiene la Constitución Política de 1993.

## **2.2. Diversas perspectivas del Derecho de Familia**

La revisión sistemática teórico dogmática, fenomenológica en el caso particular, comienza por la comprensión del contenido de la familia como cédula natural y fundamental de la sociedad (Congreso Constituyente Democrático, 1993, art. 4), en el entendido de que se trata de un fenómeno social antes que una institución jurídica y que, es precisamente su evolución y su actual configuración la que da contenido o varía su contenido a nivel jurídico.

Al respecto, cabe resaltar que la preocupación por la conformación, evolución y contenido de la familia como instituto social se desenvuelve en diversas disciplinas que, de querer conformarse un contenido jurídico real, material o sustantivamente correcto, son de obligatorio estudio, a fin de conocer las diferentes perspectivas que se tiene sobre ésta tanto a nivel teológico, antropológico, sociológico, psicológico y, finalmente, jurídico.

Así, la propia iglesia, en la cabeza de su máximo representante, ha reconocido que tanto como ocurre con todas las comunidades y vínculos sociales, la familia ha caído también en una profunda crisis cultural, en su caso específico, tal crisis que involucra la fragilidad en los vínculos, se torna "...especialmente grave porque se trata de la célula básica de la sociedad, el lugar donde se aprende a convivir en la diferencia y a pertenecer a otros, y donde los padres transmiten con la fe a sus hijos." (Papa Francisco, 2018).

Claro está que el Papa Francisco, se refiere al concepto de familia compuesta por un padre, una madre, sus hijos y demás relacionados como nietos, abuelos, primos, etc.; señalando que los vínculos que se trazan entre estos miembros de la familia, se vuelven cada vez más débiles afectando a su unidad, pero no lleva su mirada a otro tipo de familias, como aquellas integradas por afinidad o, no reconoce la existencia de familias compuestas, e incluso aquellas en las que los padres han decidido separarse, pero sigue manteniéndose el vínculo paterno filial.

Es correcto, como señala la iglesia, que la familia "...se constituye por la voluntad de las personas y su principal objetivo se encuentra en el amor conyugal, parental y filial..." (Consejo Episcopal Latinoamericano, 2004, p. 435), no obstante, en la actualidad y dadas las circunstancias sociales, cabe preguntarse si la frase adecuado deba contener como conector a la "y" o si lo que constituye a las familias es el amor conyugal, parental o el filial; es más,

hace falta esclarecer si dichas relaciones son las únicas que pueden constituir familia.

Este acápite del Marco Teórico, precisamente, busca esclarecer dichos nuevos planteamientos, verificar si el rompimiento de las relaciones conyugales logra acabar con la familia, si las familias pueden contar únicamente con una de las tres relaciones, amor conyugal o amor filial o amor parental; incluso, si además las relaciones por afinidad u otro tipo de relaciones también pueden constituir familia. Para tales efectos, se comienza con la revisión de la evolución de la familia en la historia.

### **2.1.1. Antecedentes y evolución de la familia en la historia**

Cabe señalar que, el estudio de los antecedentes y evolución de la familia, ya sea desde la historia, el derecho, la religión, la biología, etc., ha supuesto uno de los ámbitos más abarcados en tales disciplinas; ya que, esta institución ha estado presente, sin lugar a dudas, desde los inicios de la civilización; sin embargo, no existe un consenso sobre su origen, es decir sobre aquella secuencia sistemática por la que habría pasado; por el contrario, existen una serie de teorías y posturas que han tratado de explicar su desarrollo, muchas de ellas, coincidentemente; pero, otras no.

Es así que, para la presente es menester abordarla, desde el plano histórico. Al respecto, la doctrina señala que hasta 1860 no existía un texto sistemático sobre el origen de la familia. (Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990).

Pero, al consultar a distintos autores, se ha podido constatar las distintas posturas o teorías que hoy día han desarrollado un esquema sobre el origen y evolución de la familia. Tal es el caso de la teoría evolucionista moderna que, es la más conocida y citada en las distintas investigaciones referidas al tema; la cual, ha elaborado las etapas por las que habría pasado la familia.

Es menester precisar que la indicada teoría ha sido elaborada por Lewis H. Morgan, el cual, para muchos autores, sintetizó el origen de tal figura en las siguientes fases o etapas:

#### **a. Etapa de la familia consanguínea**

Según algunos autores, esta etapa se dio sobre la base de una promiscuidad absoluta que, no era más que aquella situación de "...comercio sexual sin reglas, donde ni siquiera las restricciones de la moral y la costumbre limitaron las relaciones..." (Varsi Rospigliosi, 2011, pág.29), que llevó a que las personas se unieran en pareja con sus parientes o familiares consanguíneos,

es decir, hermanos, hermanas propias y colaterales en un solo grupo.

Al respecto, se dice, también, que dicha situación se habría evidenciado, debido a la existencia de un lenguaje pobre y por la indiferencia a los parentescos. (Morgan, 1966)

En ese mismo sentido, otros autores explican que en la referida etapa se evidenciaron tres características o particularidades que marcaron dicha etapa: la posibilidad de matrimonio entre hermanos y hermanas de un mismo grupo; existencia de una promiscuidad absoluta; y, que el parentesco estaba determinado por línea materna o de la madre. (Morales Gómez, 2015)

#### **b. Etapa de la familia *punalúa***

Para adentrarse a la referida etapa, algunos autores indican, que el término *punalúa*, tiene como significado compañero íntimo o socio. Ahora bien, dicha etapa se desarrolló cuando, las personas aún se desenvolvían en una época de salvajismo; sin embargo, se evidenció un cambio radical en la forma de la constitución de las parejas, dada por la no admisión de la unión o de las relaciones entre consanguíneos, como sí lo era en la anterior etapa. Por el contrario, en dicha etapa se estableció una suerte

de prohibición de cópula entre hermanos y hermanas. (Varsi Rospigliosi, 2011)

Debido a que, dichas relaciones fueron reprobadas por las personas de ese entonces, quienes consideraron no unirse más a sus propias hermanas y parientes colaterales, a fin de formar parejas comunes o de otros grupos. Es a partir de lo indicado, que en este tipo de familia cada mujer pertenecía, igualmente, a todos los hombres y cada hombre a todas las mujeres. (Morgan, 1966)

Así, también, otros autores se refieren sobre tal etapa indicando las distintas particularidades que presentaba el tratamiento del matrimonio en aquel momento; es así que, por ejemplo: se consideraban que los hombres de un grupo ya eran, desde su nacimiento, los esposos de las mujeres de otro grupo. En ese mismo sentido, se consideraba válido el matrimonio de varios hermanos con las esposas de los otros, en mismo grupo; y, así, de varias hermanas con los esposos de las otras, en grupo. (Morales Gómez, 2015)

### **c. Etapa de la familia sindiásmica**

Para entender dicha etapa, algunos autores parten del análisis del término sindiásmico, sobre el cual se refieren que deviene de los vocablos *syndyaso*, *parear*, *syndyasmos* que, significarían unir a

dos juntamente, para de esa manera explicar el pareo o dualidad del varón y mujer, bajo el matrimonio, siempre que no exista cohabitación alguna, de forma exclusiva. (Morales Gómez, 2015); situación, que es indicada o vista, por distintos autores como los inicios de la monogamia, así como la de una etapa con claras características o evidencias de la familia matriarcal. (Varsi Rospigliosi, 2011)

Cabe precisar que, en dicha etapa, era peculiar el tratamiento otorgado al divorcio, pues se consideraba que la separación debería darse sobre la base del libre albedrío del marido, así como de la mujer. (Morales Gómez, 2015)

Se debe precisar que, dicha etapa se dio en una época inferior a la de la barbarie; donde, claramente, se evidencian características propias de la monogamia o de la unión más o menos permanente y exclusiva de un hombre con una mujer, con el fin, sobre todo, de la procreación. (Morgan, 1966)

#### **d. Etapa de la familia patriarcal poligámica**

Al respecto, se dice que dicha etapa se dio en el periodo superior de la barbarie, manteniéndose hasta después de la civilización. Y se caracterizaba, porque la familia de esta etapa era una agrupación o conjunto de personas, libres y serviles, que

formaban una familia, dominada por la autoridad o poder del padre, a fin de conservar la ocupación de tierras y criar rebaños y manadas. (Morgan, 1966)

Como se apreció, en esta época, el padre tenía un poder absoluto al interior de la familia que, le permitía abusar de las mujeres jóvenes; así como de constituir un harem. Esta situación es indicada como aquella donde se evidencia la pérdida del poder femenino y donde la mujer es sometida al hombre. (Varsi Rospigliosi, 2011)

Del mismo modo, otros autores identifican a esta etapa como aquella marcada por la plena autoridad que el jefe de familia o el padre ejercía sobre toda la familia. Así, también, por la poligamia, la cual era muy practicada en aquellos tiempos; es decir, era admitido el matrimonio entre un varón con varias mujeres. En tanto, en el plano de las actividades económicas de la familia, se podría decir que la más importante fue la agricultura; la cual se desarrolló como tal, gracias a la forma organizativa colectiva de la familia. (Morales Gómez, 2015)

#### **e. Etapa de la familia monogámica**

La etapa monogámica, llamada, también, etapa de la familia de la sociedad civilizada o moderna (Morales Gómez, 2015);

desarrollada en el periodo superior de la barbarie hasta la actualidad, presentaba a la familia como aquella institución basada en la unión exclusiva de un sólo hombre y una sola mujer, entre los cuales existían lazos conyugales duraderos, imposibles de disolver para el sólo deseo de alguno de los cónyuge. (Morgan, 1966).

Como se puede evidenciar, si bien dicha familia presenta una similitud las anteriores, referida a la forma de constitución del matrimonio, el cual solo se fundaba entre hombre con una mujer; igualmente, presentaba proyectaba una diferencia, consistente en la necesidad de cohabitación exclusiva entre ambas personas; generándose así un sistema independiente de consanguinidad (Morales Gómez, 2015).

Se dice, también, que luego de ello, esta familia pasó a ser la llamada familia individual, debido al surgimiento de la subdivisión del patrimonio familiar hasta constituir haciendas diferentes, algunos de propiedad del esposo, de la esposa, de los hijos y así, en lo sucesivo (Varsi Rospigliosi, 2011).

Por otro lado, se ha visto que los autores más clásicos convienen en explicar los antecedentes y evolución de la familia, delimitándolo por cada periodo de la historia de la siguiente manera:

### a. La familia en Roma

Según una parte de la doctrina, la primera etapa de la historia de la familia se encuentra en el Derecho romano, exactamente, en la época del Derecho arcaico, donde dicha institución estaba en un absoluto sometimiento al *pater familias*, debido a que este gozaba de amplios poderes, situación que le otorgaba a la familia romana un carácter unitario. Así, también, en dicha etapa, la comunidad familiar romana tenía una serie de funciones, tanto religiosas, políticas como públicas y con claros esbozos de un orden jerárquico a su interior. Era conocido, además, que cada miembro tenía una posición predefinida en la familia, los mismos que solo podían estar unidos por vínculos como: la agnación; de manera, tal que solo así permanecían sometidos al *pater*. (Varsi Rospigliosi, 2011)

En el mismo sentido, otra parte, la apoyada en la teoría patriarcal, considera que la familia romana era un grupo patriarcal, debido a que estaba siempre bajo la autoridad déspota del *pater familias*, la cual, además, se fundada en vínculos de consanguinidad, derivados de la unión conyugal o el matrimonio (Sanz Martín, 2010).

En cambio, otra parte de la doctrina, más que indicar una época exacta del derecho romano para explicar la referida etapa, ha considerado tomar como base los escritos dejados por un personaje romano muy famoso, como es Ulpiano, el cual se desarrolló el tema de la familia, desde el punto de vista de la familia *proprio iure* y de la familia *communi iure*.

Desde el primer punto de vista, la indicada institución era vista como el núcleo de personas sometidas a la potestad o el poder del paterfamilias, donde el parentesco podía darse por vínculos naturales o de sangre y sobre la base de un matrimonio legítimo o por acto jurídico que genere vínculos parentales como en el caso de la *adoptio*, *adrogatio* y la *conventio in manum* en sus formas: *confarreatio*, *coemptio* y *usus*. En tanto, desde el segundo, la familia romana *communi iure* era aquella formada por todos los que estaban bajo el poder del anterior paterfamilias, es decir antes de su muerte o *capitis deminutio*, al pertenecer todos a la misma casa o estirpe. (Fernández Baquero, 2012)

Es claro, entonces, que la mayor parte de la doctrina, considera a la familia romana como una “unidad económica, religiosa, político y jurisdiccional, donde los vínculos jurídicos y de sangre tenían más importancia que los lazos de afecto y de atracción personal” (Varsi Rospigliosi, 2011, p.31); lo cual, era destacado por los estudiosos de esta cultura, más, aun cuando se estudia otra institución del

derecho romano como el matrimonio, el cual se caracterizaba, porque no se daba sobre la base del afecto, sino de lo económico.

Sin embargo, es preciso indicar que, tales posturas, tanto las basadas en el derecho arcaico, como la de la teoría patriarcal se han visto en crisis, debido al surgimiento de otras, específicamente, las esbozadas por Bonfante y Longo, en virtud a las cuales, se dice que la familia romana era un grupo político con una función principal: atender externas (la defensa ante ataques de otros grupos) y exigencias internas (sustento, manutención, etc.); por lo que, el pater, en realidad, asumía el papel de dirigente económico y religioso, por ser el jefe político del grupo familiar (Sanz Martín, 2010).

Sin embargo, otros, hacen hincapié en que hubo una evolución en el derecho romano, con relación a la familia, la cual consistió en las distintas restricciones impuestas a la figura del *pater*, en cuanto a su poder, al otorgarle mayor autonomía a la mujer y a los hijos, así como, cuando se cambió el parentesco agnaticio por cognaticio (Varsi Rospigliosi, 2011); lo cual, podría explicar, el desarrollo de las posturas contrarias a las explicadas en primera instancia.

#### **b. La familia en la edad media**

Según diversos autores, la edad Media fue una etapa en la que se vio, plenamente, el decaimiento del poder con el que contaba el

padre o jefe de familia, el cual era denominado o conocido como el señor de la horca o cuchillo, bajo el cual mantenía algún tipo de señorío. Pero, lo más resaltante es que, la referida institución era vista como aquella “unidad de indisolubilidad del vínculo disminuyendo de alguna forma, los poderes del padre o jefe de familia” (Varsi Rospigliosi, 2011, p.33).

En tanto otros autores, se refieren a la familia de este tiempo en base a sus tres principales características. La primera, referida su composición uniforme, es decir la familia del medioevo era una unidad simétrica de parentesco, residencia y producción, es más era la base de toda la organización social. La segunda, sobre su estructura, dada por un sistema agnático de parentesco por sobre el cognático o bilineal. Y la tercera característica estuvo dada por la formación de lazos emocionales entre sus miembros. (Ignacio López, 1996)

De otra parte, se puede evidenciar como otros autores se refieren a la familia en esta época, indicando que, si bien se fundaba en el matrimonio, esta última institución no era vista como un sacramento, sino como un contrato; sin embargo, la Iglesia siguió en su afán de imponer la realización obligada de una ceremonia litúrgica para bendecir la cama de los nuevos cónyuges. Pero, principalmente, se evidenciaba que, la familia, también se basaba

en principios *agnáticos*, es decir por una línea familiar propia de los romanos, y por los *cognáticos*, familia por parte de madre y padre, germánico; e incluso, se fortaleció la unión monogámica. (Suárez Ruíz, 2007)

A pesar de que esta etapa supuso una evolución en el desarrollo de las familias en la historia, algunos señalan que, aún seguían prevaleciendo algunos institutos del Derecho romano; lo cual, no impidió que, sea regulada, principalmente, por el Derecho Canónico. Situación de la cual, el matrimonio religioso era considerado como el único reconocido, a tal punto de verlo, como se dijo, como el vínculo indisoluble entre varón y mujer, del que resultaban hijos legítimos. (Varsi Rospigliosi, 2011).

Cabe precisar que, en cuanto a la estructura de la familia en esta etapa, se ha escrito que era el de una familia amplia, es decir la formada por los padres, hijos, abuelos, primos, etc., los cuales habitaban en una casa grande, donde la persona el abuelo era un personaje muy importante en dicha época, al quien imponía las normas en la casa y al que se le debía consultar cualquier problema. Es más, los hijos ya casados podían seguir viviendo en la casa paterna con sus parejas. Otras personas que convivían con la familia, también, podrían ser los criados, sobre todo en las familias aristocráticas. (Expósito Martín, 2011)

Como se evidenció, el matrimonio fue la base de la constitución de la familia en la edad media; pero, con la particularidad de ser una figura religiosa; generándose, así que, la función reproductiva solo sea posible de admitir en uniones fundadas en tal institución, dando pie, a la vez, al desarrollo de los impedimentos matrimoniales y la clásica división de hijos en: matrimoniales y extramatrimoniales; o en ilegítimos y legítimos. (Varsi Rospigliosi, 2011)

### **c. La familia en la época moderna**

Para algunos autores, la familia de la edad moderna se presenta como el ideal y el modelo de organización social, donde el hombre y la mujer se complementan y se realizan, especialmente, el aspecto sexual, generándose así que sea solo el matrimonio el único estado válido para alcanzar la realización, pero sobre todo con un fin procreador (Hipp Troncoso, 2006).

Para otros, la indicada familia surge de la suma de las características de las distintas familias de las etapas anteriores y de otras propias. Caracterizada, principalmente, por las limitaciones en el número de sus miembros a solo padres e hijos.

El cual, según la doctrina, de dio por un cambio de ideas y de estructuras impulsado con fuerza, gracias al movimiento filosófico

de la Ilustración. Los cuales, además, postularon la idea de licitud y conveniencia del divorcio (Varsi Rospigliosi, 2011).

No obstante, tal y como puede observarse de la conceptualización antes dada, hasta la época moderna todavía se consideraba a la familia como par del matrimonio, su lado material, mientras que el matrimonio era la forma para constituir familia, tan es así que se afirmaba que la familia podía finiquitarse con el divorcio.

Desde otra perspectiva, otros autores conceptualizan a la familia moderna como aquella integrada por personas reunidas en base a unas sociedades conyugales y vinculadas por un compromiso en torno a un fin común e individual. Es, más, se la señala como una comunidad de vida a fin de satisfacer las necesidades cotidianas de índole física y también espiritual de sus miembros. La cual, se maneja bajo la influencia del amor, por el cual no solo la familia se ordena, sino la sociedad. Por lo tanto, se la ve como una estructura orientada a lograr el crecimiento personal de los cónyuges y de los hijos, tornándose en una comunidad educativa y con un importante papel social; es decir, como el pilar fundamental de la sociedad (Antonia del Bravo, 2006).

Nuevamente, en época moderna, se relaciona el término familia a la relación conyugal y a la relación paterno filial, restringiendo su concepto y visión, puesto que, socialmente era aceptado que la

familia comenzaba con la celebración de un matrimonio, el fenómeno natural se tergiversó tanto que se concebía el divorcio como un imposible y era impensable llamar familia a las actuales familias monoparentales (Rodríguez Sánchez, 2015).

Cabe precisar que la mayor parte de los autores, señala que en siglo XVIII, aproximadamente, la familia se hace más privada, y los sentimientos son manifestados por todos sus miembros, aunque todavía regulada sobre la base de un sistema patriarcal y de jerarquías de poder que las desarrolladas antes; pero, debe quedar en claro que la familia como tal se basó en la privacidad, el afecto y la educación moral (Hipp Troncoso, 2006).

#### **d. La familia en la época contemporánea**

En esta etapa, la familia pasó por varios cambios, devenidos de ciertos acontecimientos históricos muy importantes que, determinaron el rumbo de la familia y su rol en las sociedades actuales.

Tan es así, que los cambios en ella empezaron cuando, en 1789, luego, cuando hubo una disminución de las obligaciones de la patria potestad por parte del padre y una mayor libertad para los hijos, situaciones donde se forma en verdad, la figura de la familia individual.

Luego, en el siglo XIX, Francia consideró que, el matrimonio se lleve a cabo como si fuese un contrato, pero de tipo matrimonial, para que así se le otorgue carácter de institución jurídica. Pero, los dos acontecimientos históricos que eliminaron a la familia de la Edad Media fueron; por un lado, la Revolución Francesa, en el aspecto jurídico-político; por otro, la Revolución Industrial, en los aspectos socioeconómicos; como resultado de la primera, la normatividad no se aceptaba más a la familia como puramente sacramental; más bien, se la vio como un contrato, con lo que se dio paso a la indicada familia laica (Varsi Rospigliosi, 2011), pero todavía orientada por la idea de pareja; es decir, se identificaba a la familia con el matrimonio.

En tanto, otros autores se refieren a la familia de esta etapa como aquella que pasó por una revolución de las formas de convivencia parental tradicional pre-moderna, dada por un proceso de desacralización del poder que tenía, anteriormente, el padre, el cual fue humanizado y separado del poder divino (Palacio Valencia, 2010).

No obstante, la literatura revisada, también de los inicios de la edad contemporánea, puede concluirse que se utiliza el término familia como equiparable al matrimonio, situación que se explica también sociológicamente en el sentido que, para la sociedad del S. XIX y

de la primera mitad del S. XX, se generalizó la idea de que la familia iniciaba con la celebración de un matrimonio, tanto a nivel de *civil law* como *common law* (Martinez García, 2016).

### **2.1.2. Definición de familia**

Sobre este punto, cabe señalar que la familia ha sido definida desde varias perspectivas, todas orientadas en un solo sentido, como es dejar de lado la realidad o el contexto social latente alrededor de tal institución, lo que ha generado encontrar definiciones variables al respecto; pero, encasilladas en antiguas ideas o concepciones.

Es así que, convencionalmente, la familia ha sido concebida desde un ámbito legal, social, político, sociológico, filosófico, antropológico, biológico, etc.; sin embargo, para la presente interesará la definición de tipo histórica, social, jurídica, o sus similares, en cuanto sea posible.

Empezando por la definición histórica, se puede encontrar referencias de ello en el derecho romano, donde la familia era concebida, según su derecho propio o común. Para el primero, indicaban:

llamamos familia a muchas personas, que por naturaleza o por derecho, están sujetas a la potestad de uno, por ejemplo, el padre de familia, la hija de familia, la madre de familia, el hijo de familia y los demás que siguen en lugar de éstos, como los nietos y las nietas y los otros descendientes. Pero se llama padre al que tiene el dominio de la casa [...], aunque no tenga

hijo, porque no designamos a su sola persona, sino también a sus derechos. (Ramos Núñez, 1998)

Y en el segundo, se veía como familia:

por Derecho Común, a la de todos los agnados, pues, aunque muerto el padre de familia cada uno tiene familia propia, sin embargo, todos los que estuvieron bajo la potestad de uno solo serán con razón llamados de la misma familia, los cuales fueron dados a luz de la misma casa y progenie. (Ramos Núñez, 1998)

Luego, a comienzos del siglo XX, en la doctrina extranjera se consideró definir a la familia, según un sentido amplio o estricto:

en sentido amplio, a la familia como el conjunto de personas que se hallan unidas por el matrimonio o por la filiación o por la adopción. El propio vocablo, en sentido estricto, designa a los miembros de la familia que viven bajo el mismo techo, bajo la dirección y con los recursos del jefe de la casa. Esta es la acepción primitiva y que se encuentra aún en la expresión: "vida de familia", "hogar de familia", pero que carece ya de importancia jurídica. Por otra parte, hoy se entiende generalmente por familia al grupo reducido que forman el padre, la madre y los hijos; con exclusión de los demás parientes o por lo menos de los colaterales. (Ramos Núñez, 1998)

Actualmente, la doctrina extranjera contemporánea y latina, ve a la familia, en líneas generales, desde un ámbito social y legal. En el primer caso, es abordada "como la institución formada por personas unidas por vínculos de sangre y los relacionados con ellos en virtud de intereses económicos, religiosos o de ayuda" (Pérez Contreras, 2010, p. 22). En tanto que, en el segundo, como "el grupo formado por la pareja, sus ascendientes y sus descendientes, así como por otras personas unidas a ellos por vínculos de sangre, matrimonio,

concubinato o civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y obligaciones” (Pérez Contreras, 2010, p. 23); todas claramente, orientadas en un sentido convencional y sin abarcar a la realidad en la que hoy en día está envuelta la familia.

Sin embargo, se ha podido evidenciar que la doctrina ha reconocido la necesidad de desarrollar un concepto más amplio y concordante con el nuevo contexto circundante a las familias. Es así que, se ha dicho:

la realidad social y sus ajustes han impuesto la necesidad de concebir un concepto en sentido amplio. En este orden de ideas, se ha podido afirmar que la familia está constituida por dos o más personas que comparten una vida material y afectiva, en la que se dividen las tareas y las obligaciones, por cuanto hace a la satisfacción de aquellas actividades que permiten su subsistencia, desarrollo y calidad de vida integral; así como la convivencia solidaria, de la ayuda mutua y el apoyo moral y afectivo, dirigido todo ello a lograr y procurar el desarrollo personal e integral para todos los miembros del grupo familiar. (Pérez Contreras, 2010, p. 23)

En el caso de la doctrina nacional, en cambio, se advierte que la definición de familia no está enmarcada bajo algún punto de vista; pues, en su mayoría reconocen que encontrar una definición jurídica unánime o al menos uniforme sobre la indicada institución es casi imposible, por cuanto ella:

se presenta como una institución socioafectiva a la que se le confiere un contexto jurídico. Y es regulada sin una base cierta, en todo caso la ley solo la trata sobre la base de postulados remotos, que a la fecha quedan sin sustento ni legitimidad (Varsi Rospigliosi, 201, p.20).

Como se apreció, la dificultad de encontrar una definición jurídica sobre la indicada institución parte del tratamiento jurídico que le ha sido otorgado en la legislación nacional, tanto a nivel constitucional como legal. Pues, en el primer caso, la Constitución Política del Perú de 1993 la regula así:

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También, protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley. (Congreso Constituyente Democrático, 1993, art. 4)

Y en el Código Civil peruano se indica que, “la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú.” (Poder Ejecutivo, 1984, art. 233).

A pesar de lo señalado, se ha podido evidenciar que la doctrina nacional ha realizado ciertos esfuerzos por definirla de acorde a la realidad en la que se encuentra, evidenciando así la misma preocupación que de la doctrina extranjera, como es el hecho de abordar una definición de la familia, más o menos conforme a su realidad actual, a efectos de regularla de forma más adecuada; tal como lo indican algunos autores:

definir a la familia es muy importante, porque es un concepto *standard* que permite establecer obligaciones, derechos, límites, incompatibilidades, etc., entre las personas. Y en ello

no puede seguirse un sólo criterio, como si uno solo existiera en el país, para organizar de manera semejante a todas las familias. (Ramos Núñez, 1998, p. 100)

Es así que, desde un ámbito jurídico, y a partir de citar a doctrina argentina, cierta parte de ella la ha considerado como “el conjunto de personas entre las cuales existen vínculos jurídicos, interdependientes y recíprocos emergentes de la unión intersexual, la procreación y el parentesco” (Varsi Rospigliosi, 2011, p. 20); por ser esta, según muchos, la definición más acertada en torno a tal institución para el caso del ordenamiento jurídico nacional.

En ese mismo sentido, otra parte de la doctrina nacional, la ha concebido como:

un medio de realización de las personas, un ambiente de solidaridad, de afectos, uno de los varios escenarios de concreción de los concurrentes proyectos de vida que todos construimos a lo largo de nuestros años (...) es un ambiente de recogimiento, de experiencias domésticas que deliberadamente se esconde de la mirada de los demás. (Vega Vere, 2009, p. 31)

Así, también, se aprecia la definición de otro sector doctrinario, al indicar que la familia es el “conjunto de individuos que comparten una vida bajo la misma escala de valores en la cual el afecto es su principal razón de integración” (Varsi Rospigliosi, 2011, p. 23).

Sin embargo, otros han ido más allá, y han considerado definirla bajo un sentido amplio y restringido. En el primero, es vista como “el

conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, el parentesco o la afinidad” (Ramos Núñez, 1998, p.99). En cambio, en el segundo, se ha dividido a su vez en:

**a. Familia nuclear**

En este, se concibe como familia a las personas unidas por el matrimonio o filiación (marido y mujer, padres e hijos, menores o incapaces), incluyéndose, incluso a los concubinos e hijos menores o incapaces. (Paladines Guamán y Quinde Guamán, 2010).

Ha de reconocerse que este es el esquema clásico que se tenía de familia, el que puede ser equiparado al matrimonio, solo que en el primer caso desde una perspectiva material y, en el último, desde una perspectiva formal.

**b. Familia extendida**

Es aquella conformada no solo por el padre, la madre, los hijos, sino, también, por otros familiares como: tíos, primos, abuelos, etc. es decir, está integrada por la familia anterior, y más parientes. (Caicedo Obregón, Cabezas Paredes, y Riascos Urbano, 2012).

Claro está que, la propia tradición es la que lleva a denominar familia extendida a la que se genera con adhesiones a la denominada familia nuclear, empero, esta clasificación también da cuenta de la existencia de otro tipo de familias que no están necesariamente identificadas con el matrimonio o, en todo caso, no se limitan solo a este.

Es más, cabe aclarar que tanto la familia nuclear como la familia extendida pueden presentarse sin necesidad de que exista matrimonio formal, aquel que el ordenamiento jurídico peruano recoge en el artículo 234 del Código Civil, el mismo que hace referencia directa a la formalización de la unión voluntaria y concertada del varón y la mujer legalmente aptos para ella y de conformidad con las disposiciones del mismo código.

### **c. Familia compuesta**

Y en esta, la familia es vista como la unión de la familia nuclear o la extendida, más una o más personas sin parentesco con el jefe de familia. (Ramos Núñez, 1998).

Claramente, la mayor parte de las definiciones extranjeras y nacionales citadas tienen como miras, la necesidad de definir a la familia conforme a la realidad que la circunscribe, pues de ello parte lograr una adecuada regulación jurídica, ya que:

la constitución de la familia no es única, ni expresa, ni taxativa. No puede estar sujeta a un *númerus clausus* que establezca *qué es y qué no es* familia. Su nacimiento y conformación es espontáneo, siendo la naturalidad la razón de ser de los intereses personales de cada uno de sus integrantes quienes diseñan, de acuerdo a sus propios anhelos, su estructura familiar (Varsi Rospigliosi, 2011, p. 57)

Se abre, entonces, la mirada a otros tipos de familia que verifican la posibilidad de diferentes formas de conformación, ya sea desde el seno de las relaciones convivenciales, las relaciones conyugales, las paterno-filiales, adoptivas, por afinidad, etc.; todas aquellas que se han revisado teniendo en cuenta la perspectiva social.

### **2.1.3. Tipos de familia**

#### **A. Desde la perspectiva social**

Atendiendo a una perspectiva social, la familia ha sido clasificada en la doctrina, dejando atrás la clásica tipología abordada en tiempos antiguos; y, que incluso ha seguido presente en algunas legislaciones, como en el caso peruano, donde se la ha encasillado, a nivel legal, en familias matrimoniales y extramatrimoniales. Por el contrario, se ha visto que, en función al contexto social actual se han desarrollado distintos tipos de familia, es decir desde un plano social, los cuales son aquellos:

no considerados expresamente por la norma pero que en mérito del reconocimiento de la dignidad de la persona la

ley no puede desconocerlos. Estos tipos especiales de familias han ido conformándose de acuerdo a criterios propios a cada realidad social. (Varsi Rospigliosi, 2011, p. 62)

Es de ahí, entonces que se evidencia la justificación de esta clasificación:

#### **a. Familia general**

Este tipo de familia llamada, también, amplia o extensa, tiene su origen en Roma (Varsi Rospigliosi, 2011); donde, el sistema familiar se caracterizaba por la presencia del *páter familias*, el cual ejercía un poder absoluto sobre los integrantes de la familia romana.

A partir de su desarrollo histórico; y, aún, en estos días, se considera que la familia extensa:

se encuentra conformada por personas unidas por vínculos de parentesco, afinidad y otras relaciones de afecto (como el padrinazgo, derivado de algunos sacramentos como el bautismo, confirmación, matrimonio, etc.) (Varsi Rospigliosi, 2011, p. 65).

Es decir, este tipo de familia es la que, comúnmente, se evidenciaba antes, pues está compuesta por el papá, mamá e hijos, tíos, primos, abuelos, etc.

Así, también, otros autores indican que, este tipo de familia se refiere “a una red de parentesco o estructura de parentesco que habita en una misma unidad doméstica” (Caicedo Obregón, Cabezas Paredes, y Riascos Urbano, 2012, p. 26); pues, como se indicó no solo está compuesta por los padres con sus hijos, sino, también, por los hermanos de aquellos con sus hijos, los abuelos, tíos abuelos, bisabuelos, etc., incluso por los parientes no consanguíneos como los medio hermanos, hijos adoptivos, etc.

En esa misma línea, otra parte de la doctrina, ve a este tipo de familia como aquella donde se evidencia una “ampliación de las relaciones de consanguinidad y de alianza desde el núcleo a los colaterales por consanguinidad y afinidad, parientes consanguíneos ascendentes, descendientes y/o colaterales repartidos entre tres y hasta cuatro generaciones” (Rondón García, 2011, p. 83).

#### **b. Familia reducida**

Este tipo de familia es la que, actualmente, predomina en la sociedad moderna y está conformada solo por padres e hijos, así, también es llamada nuclear, restringida, portátil o conyugal. (Varsi Rospigliosi, 2011)

Es decir, este es un sistema familiar constituido solo por el padre, la madre e hijos, sistema que puede ser simple, al cual está conformada por los cónyuges y menos de cuatro hijos, y la nuclear numerosa, compuesta por esposos y de cuatro hijos. (Caicedo Obregón, Cabezas Paredes, y Riascos Urbano, 2012)

En tanto, otros autores, la consideran como aquella familia constituida por “el hombre y la mujer, o dos mujeres u hombres, los hijos, unidos por lazos de consanguinidad que conviven el mismo hogar y desarrollan sentimientos de afecto, intimidad e identificación”, (Rondón García, 2011, p. 83) donde claramente, se ve la diferencia con la anterior tipología de familia, dada por una reducción al número de sus miembros.

Se dice, también, que este tipo de familia se generó por la industrialización de la sociedad, donde los padres que salían a buscar empleo a otros lugares se veían en la necesidad de llevar consigo a sus hijos, esposo o esposa. (Varsi Rospigliosi, 2011)

Asimismo, otra parte de los investigadores, la consideran como aquel “círculo familiar compuesto por dos generaciones padres e hijos; los mismos que pueden ser biológicamente de la pareja o adoptados” (Paladines Guamán y Quinde Guamán,

2010, p. 21), los cuales, presentan lazos de afecto más intensos y una relación íntima entre ellos.

Así, también se indica que, tipo de familia se habría generado por la independización económica de la mujer y búsqueda de la reducción de los números de hijos. (Varsi Rospigliosi, 2011); situaciones, que marcaron el rumbo de la familia en tales tiempos, hasta verla como hoy la conocemos.

Se debe destacar, además, que este tipo de familia, a su vez, está clasificado en:

**i. Monoparental**

Es aquella familia compuesta por un solo integrante de la pareja progenitora (padre o madre), donde los lazos familiares pueden ser darse por: consanguinidad, afinidad o adopción, por lo que integrantes dependientes pueden ser hijos propios, hijastros, o hijos adoptados. (Caicedo Obregón, Cabezas Paredes y Riascos Urbano, 2012)

**ii. Biparental**

Donde están ambos padres con sus hijos, llamada, también, familia piramidal, pues el hijo único, se convierte de alguna manera en un hijo emperador, al

acumularse todo el interés de los padres en él. (Varsi Rospigliosi, 2011)

### **c. Familia matrimonial**

Es aquella familia constituida a partir del matrimonio de la pareja, siendo este su soporte. (Varsi Rospigliosi, 2011)

P

Al respecto, la doctrina ha señalado que puede ser de dos clases, según la forma en que llega a determinarse. La primera, es la de familia matrimonial propiamente dicha, y esta es la referida a la familia donde el hijo ha nacido o ha sido concebido en el matrimonio. En tanto, la segunda, referida a la familia matrimonial de reconducción, es aquella familia que, por razones de política legislativa, decide pasar de la situación no matrimonial a la matrimonial. (Corral Talciani, 2003)

En la doctrina se indica que este tipo de familia es la que, comúnmente, se promueve por los Estados, a través de sus legislaciones, donde se ofrecen beneficios o ventajas directas o indirectas; por ejemplo: la presunción de paternidad, la herencia para los cónyuges, el régimen patrimonial, el divorcio, la casa habitación, etc. (Varsi Rospigliosi, 2011)

**d. Familia extramatrimonial**

Para la doctrina, este tipo de familia corresponde a aquellas familias, en donde los hijos fueron concebidos fuera del matrimonio entre varón y mujer, por lo que, son llamados hijos extramatrimoniales. (Faneri Chica, 2015)

Del mismo modo, otros consideran que, esta familia es la que se genera por la habitación conjunta y concertada entre dos personas que, no tienen vínculo por matrimonio; la cual es llamada concubinato o amasiato. Este tipo de familia es la que, incluso, tiene amparo legal en la legislación peruana por medio de la unión de hecho (Varsi Rospigliosi, 2011).

Es decir, esta familia se da sobre la base de una relación de hecho entre la pareja, la cual, según algunos autores, no los ata ningún vínculo legal, además de que, han sido ellos los que han decidido esa opción, ya sea por ideología, cuestiones sociales o económicas; estando, a la posibilidad de legalizar en un futuro, tal relación. (Pereira Domínguez, 2002)

**e. Familia monoparental**

Este tipo de familia se caracteriza por la ausencia total o parcial de uno de los progenitores, que hace que este conformada por el o los hijos y el padre o la madre, asumiendo

uno de ellos la jefatura, pudiendo ser, entonces, masculina o femenina; debido a una situación de separación, divorcio, abandono, viudez, alejamiento por motivos forzosos (trabajo, inmigración, ingreso en prisión, etc.) de uno de los padres o por elección de uno de ellos. (Rondón García, 2011)

Asimismo, otros autores indican que este tipo de familia es, fácilmente, ubicable en los casos de madres o padres solteros, los cuales ejercen el rol de padre o madre, según sea el caso. (Varsi Rospigliosi, 2011)

Al respecto, se precisa además que:

la monoparentalidad es algo que siempre ha existido – como el concubinato– pero durante mucho tiempo permaneció al margen del mundo jurídico. El primer país en abordar el asunto fue Inglaterra cuando en 1960, impresionada con la pobreza resultante del término del matrimonio y sus consecuencias, había comenzado a referirse a las one parent family y las lone-parent family (lone parent o sole parent), en sus estadísticas. (Varsi Rospigliosi, 2011, p.69)

Así también, que es esta familia la que, está presente últimamente en estos tiempos, debido a distintos cambios sociales subyacentes, como el que sufre un padre o madre a causa de la viudez, o la situación de la cohabitación de un padre o madre con un hijo o hija soltero/a y adulto que asume la jefatura familiar. (Rondón García, 2011)

**f. Familia anaparental**

Este tipo de familia se conforma por un grupo de personas que no gozan de vínculo alguna de emparentamiento o emparentamiento colateral; sin embargo, tienen relaciones de tipo familiar, pues están presentes la convivencia, la ayuda, integración y el afecto, que es lo que hace de este, una comunidad de familia. (Varsi Rospigliosi, 2011)

De igual modo, otros consideran que este tipo da familia responde a aquellos grupos de personas sin tener vínculo consanguíneo colateral, igualmente, tienen relaciones de contenido familiar. (Rodas Quintana, 2017)

Tal es el caso de los hermanos que viven juntos o los amigos, por trabajo, estudios, etc.; los cuales, tienen relaciones personales de orden familiar, pues se comportan como familias al expresar cierta necesidad ayuda. (Varsi Rospigliosi, 2011)

**g. Familia pluriparental**

Llamada, también, ensamblada, agregada, recompuesta, reconstituida o mosaico, *stepfamily* o familiastra, es aquella constituida “por uno o ambos miembros de la pareja que tuvieron un compromiso previo (casado, separado, viudo, conviviente, etc.)” (Varsi Rospigliosi, 201, p. 71); situación por

la cual, se dice que este tipo de familias se fundan sobre otras familias.

En ese mismo sentido, otros indican que es aquella conformada por “la unión de cónyuges, donde uno o ambos provienen de separaciones y divorcios de anteriores vínculos legales o de hecho, que aportan hijos y tienen a su vez hijos en su nueva unión” (Rondón García, 2011, p. 85); situación, de la cual, deviene su denominación de familia ensamblada.

En otras palabras, se dice que es aquella generada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja en la que uno o ambos de ellos, tienen hijos de un matrimonio o relación previa; siendo que, lo que definiría a esta familia sería la frase: “los míos, los tuyos, los nuestros” (Varsi Rospigliosi, 201, p.71).

En definitiva, los distintos autores coinciden en que, este tipo de familia está compuesta por adultos divorciados o separados, los cuales vuelven a conformar una relación con otra persona de igual situación, es decir separada y que ha terminado con su vínculo marital anterior (Paladines Guamán y Quinde Guamán, 2010).

En cuanto a las modalidades que presentaría este tipo de familia, algunos la consideran dividida, a su vez, en 3 modalidades: la primera, dada por un miembro de la pareja que tiene hijos de una relación anterior; la segunda, donde los dos miembros de la pareja tienen hijos de una relación anterior y la tercera, donde además de hijos de relaciones anteriores, hay hijos de la nueva relación (Rondón García, 2011).

En tanto, para otros, estaría dividida en simple y compleja. En la primera es una parte la que tuvo el compromiso; en la segunda, cuando las dos partes, padre o madre, lo tuvieron (Varsi Rospigliosi, 2011).

#### **h. Familia homoafectiva**

Se dice que este tipo de familia es la generada “por las homoeróticas (sexo como diversión y disfrute más que como un medio procreativo)”. (Varsi Rospigliosi, 2011, p. 73); vale decir, las conformadas por personas del mismo sexo que habitan de común acuerdo, por tener algún tipo de vínculo sentimental, como de pareja.

Para otros autores, llamada, también, homoparental, es aquella formada por una relación estable de hecho o matrimonial entre dos personas del mismo sexo, que tienen hijos, ya sea por intercambios de uno o ambos miembros de la

pareja, adopción o procreación de forma asistida. (Rondón García, 2011)

Así, también, se dice que en este tipo de familia “prima la libertad de relacionarse sin tener en cuenta la diversidad de sexos, solo interesa el afecto de las personas que quieren compartirse” (Varsi Rospigliosi, 2011, p. 73); que, marca la existencia de una relación orden familiar dada entre ellos.

Es más, se dice que, si bien en dicha familia las relaciones no son de reproducción, ello no limita que, sus miembros puedan tener capacidad o disponibilidad para ejercer la parentalidad. (Rondón García, 2011)

Del mismo, otros autores precisan que, en dicha familia, es claro que, se evidencian particularidades como: la falta de uno de los modelos parentales, el interés de adoptar hijos/as y la inexistencia de leyes en los Estados que precisen su tratamiento. (Pereira Domínguez, 2002)

#### **i. Familia paralela**

Se dice que, este tipo de familia responde a la situación de los amantes, la cual es una realidad viva, donde coexisten al mismo tiempo dos estructuras familiares con integrantes

comunes que, hace que su composición esté dada por una variedad de vínculos. (Rodas Quintana, 2017)

La familia paralela llamada, también, simultánea, concurrente o parafamilia es aquella generada cuando entre dos familias, uno de sus integrantes es afín a la otra familia. Es decir, ello se presenta cuando, por ejemplo, dos familias comparten un mismo miembro como puede ser el cónyuge, el cual es cónyuge en una familia y conviviente, en la otra; o, es conviviente en ambas (Varsi Rospigliosi, 2011, p. 75).

#### **j. Familia sociafectiva**

Se dice que una familia es sociafectiva, porque “es un grupo social considerado la base de la sociedad y unidad de la convivencia afectiva” (Varsi Rospigliosi, 2011, p. 82); del cual se han basado muchas legislaciones para darle un tratamiento jurídico a la familia, pero que, se ha distorsionado en la práctica, al considerar otros aspectos como lo moral, económico, la religión, etc.

Otros autores identifican que este tipo de familia se da sobre la base de una paternidad o filiación sociafectiva que es aquella que resulta, no de la biología, sino del vínculo afectivo, lo que, implica ser tratado efectivamente como hijo, incluso frente a obligaciones frente a la sociedad, lo cual, puede,

incluso, constituir una relación de parentesco. (Montagna, 2016); situación que se evidencia, cuando por ejemplo, una persona tiene una relación parental con un niño, sea o no su hijo o pariente biológico.

Por otra, parte se dice que ella evidencia lazos afectivos y de solidaridad entre sus miembros, donde tal “afectividad, como categoría jurídica, resulta de la trans-eficacia de parte de los hechos sicosociales que la convierte en un hecho jurídico, generador de efectos jurídicos”. (Varsi Rospigliosi, 2011, p. 82)

Así, también, otros investigadores, indican en este tipo de familia, la protección de los niños siempre es tomada a cargo sin reproches, es decir, sin necesidad de que exista vínculo jurídico o biológico entre el responsable y otra persona, tan solo basta el compromiso. (Rodas Quintana, 2017)

Asimismo, que este tipo de familia es una estructura familiar que no está definida como tal solo los lazos biológicos o por su plasmación jurídica entre sus miembros, sino por otros factores como, los volitivos, afectivos, sociales y culturales, que llevan, por ejemplo, afirmar que una persona sea padre, verdaderamente, cuando se comporte como tal y no, por razones biológicas o jurídicas. (Tamayo Haya , 2013)

Este tipo de familia parte, entonces, de la consideración de que:

la familia es una entidad socioafectiva que contiene el deber de afecto y cooperación, lo que se resume en un compromiso de solidaridad en el que los propios miembros de la familia delinear las condiciones para el cabal desenvolvimiento e integración de la persona en su seno, consagrando el valor dignidad. (Varsi Rospigliosi, 2011, p. 83)

Situación que se evidencia en todos los tipos de familias, pues es lo que marca, en la mayoría de los casos, su existencia y legitimidad como familia, al menos según lo aceptado, en su mayoría y socialmente.

#### **k. Familia formada por un matrimonio y una unión estable**

Este tipo de familia es la formada por una persona casada y una soltera, con la cual tiene una unión de hecho o unión estable, como lo precisa la doctrina; y, para la cual se cita, por ejemplo, el caso de un hombre y dos mujeres: una es su cónyuge y la otra, su amante. (Pereira Domínguez, 2002)

Así, también, se indica que es claro el impedimento legal de uno de ellos para contraer matrimonio, mas no para compartir su vida sentimental, patrimonial y afectiva con otra persona, llevando así una doble vida; por lo que, tipo de familia es llamada, también, concubinato impropio, imperfecto o

contubernio, al tener una de las partes un impedimento para casarse. (Rondón García, 2011)

Asimismo, se dice que dicha relación familiar puede ser pura o impura. En el primer caso, el impedimento no es conocido por la parte que no la tiene, por lo que tal relación familiar se desarrolla de buena fe, entre comillas; pues, uno cree poder formalizar tal convivencia en matrimonio. En el segundo, en cambio, la parte que no tiene el impedimento si conoce el de pareja, situación que algunos consideran atentatoria de los principios del Derecho sobre la protección de la familia como base en la sacralidad del matrimonio. (Varsi Rospigliosi, 2011)

#### **I. Familia formada por uniones estables concomitantes**

En este tipo de familia una de las partes tiene varias uniones estables o de hecho a la vez que con la que forma esta familia, es por eso que, se dice que “en esta coexisten diversas uniones estables, varias relaciones en las que se encuentra comprometida una persona” (Varsi Rospigliosi, 2011, p. 78).

Se dice, también que, como este individuo solo está unido a otra persona de hecho; entonces, no tiene impedimento alguno para casarse, lo cual evidencia relaciones convivenciales vistas como compañerismo simultáneo; y, que se presentan en concubinatos, donde no existen límites para

unirse de forma sentimental a otros, formando así relaciones paramatrimoniales, según la doctrina. (Pereira Domínguez, 2002)

#### **m. Familia geriátrica**

Este tipo de familia es aquella que presenta una situación de verticalización de las familias, pues en su seno solo tiene a personas viejas (abuelos, bisabuelos, tatarabuelos) que a jóvenes (producto de la disminución de la natalidad), para responsabilizarse de ellas. (Landriel , 2013)

Así, también, se dice que es la conformada por personas de la tercera edad que, tienen por fin, como indica la doctrina, evitar la soledad, pues por medio de esta podrán prestarse ayudándose de forma integral y recíproca los adultos mayores. (Varsi Rospigliosi, 2011), pues, las demás categorías de familiares, como hijos, sobrinos, nietos, no están presentes.

#### **n. Familia de solteros**

Este tipo de familia es la formada por adultos que viven solos, que no comparten vivienda como personas solteras, separadas o viudas, la cual surge por opción o necesidad y con frecuencia en las altas clases sociales. (Paladines Guamán y Quinde Guamán, 2010)

Si bien, parece inexplicable ver a esta estructura como un tipo de familia, la doctrina ha considerado incluirla dentro la clasificación desarrollada, por cuanto muchos opinan que es posible que una sola persona conforme una familia, pues “la felicidad no solo se alcanza con la dualidad. Es posible ser feliz en soledad, sin nadie al costado, que comprometa una relación” (Varsi Rospigliosi, 2011, p. 84); situación, por la cual la llaman, también, familia unipersonal o *single*.

#### **o. Familias comunitarias**

Del escaso desarrollo de este tipo de familia se indica que, es aquella agrupación de personas adultas y/o niños que, sin tener vínculo alguno, como de parentesco, se desarrollan como una familia, al ayudarse los unos con los otros. (Rondón García, 2011)

### **B. Desde la perspectiva normativa**

A nivel normativo, la mayoría de las legislaciones considera que la familia puede ser matrimonial o extramatrimonial; es decir, se reconoce que puede constituirse de forma legítima a partir del matrimonio o la unión de hecho; diferenciándose una de la otra, según el grado de efectos jurídicos que cada ordenamiento jurídico le otorgue a cada una:

**a. Familia matrimonial**

Como es sabido, el matrimonio ha sido considerado, por excelencia, como el único modo para formar una familia; pues, los cánones de la sociedad, religión, política y el derecho así lo han impuesto desde tiempos muy antiguos.

Según la doctrina, se entiende por familia matrimonial a aquella basada en el matrimonio siendo este, entonces, su medio de constitución. (Varsi Rospigliosi, 2011)

En la actualidad, se ha podido constatar que cierta parte de la doctrina extranjera, específicamente, la más conservadora que ve todavía al matrimonio como la base de la constitución de la familia, e incluso, como la única. Así se explica cuando indican que:

la puerta de ingreso a la familia está constituida por la unión matrimonial (...) en efecto, Corral, indica que la familia como sociedad natural requiere la existencia de un matrimonio entre sus fundadores, puesto que sólo cuando éste existe, con sus atributos naturales de unidad e indisolubilidad, pueden cumplirse plenamente los fines familiares. (Muñoz Bonacic, 2014, p. 113)

Dicha postura, basada en argumentos teleológicos de autores católicos como Santo Tomás de Aquino, se justifica en que, el grupo formado por el acto matrimonial desplegará la perfección de los esposos, hijos y demás integrantes, generando así que

el grupo o comunidad formada no se disuelva, sino se mantenga gracias al afecto y deberes establecidos al interior de ella. (Muñoz Bonacic, 2014)

Es más, se dice que, al igual que otras legislaciones o en su mayoría, el matrimonio es incitado o promovido por el propio Estado, a través de sus normas, cuando ofrece ventajas para lograr que uno se case. Dichas ventajas son, por ejemplo, en el caso peruano: la presunción de paternidad, la herencia para los cónyuges, el régimen patrimonial, el divorcio, la casa-habitación, etc. (Varsi Rospigliosi, 2011)

Por otro, lado se ha evidenciado como es que, este tipo de familia es defendida bajo la concepción de que la familia matrimonial es una institución exigida por la misma naturaleza, basada, claro está, en el libre albedrío, donde su principal fin es lograr el bien de la prole, su progreso y un estado de perfección en cuanto hombre, o un estado de virtud. (Muñoz Bonacic, 2014)

En tanto, en el ordenamiento jurídico nacional se ha reconocido, tanto al matrimonio como a la unión de hecho como formas legítimas o aceptables para constituir una familia, pues así lo evidenció la Constitución Política del Perú de 1993 (Congreso Constituyente Democrático, 1993, art. 5).

Por último, en el plano jurídico, propiamente dicho, la doctrina nacional explica la eficacia jurídica del matrimonio frente a otro tipo de uniones considerados como medios de constitución de la familia, a nivel social, más no jurídica; pero, que en este último aspecto presentarían notables diferencias. Es así que, se señala:

si bien el matrimonio civil, **el matrimonio religioso y las formas autóctonas y tradicionales son modos de constitución familiar socialmente reconocidos**, exclusivamente el primero tiene eficacia jurídica. Los dos restantes, junto a las uniones de hecho voluntariamente no convertidas en matrimonio, siempre que reúnan ciertos requisitos como la estabilidad, la permanencia durante más de dos años y la carencia de impedimentos legales y persigan fines semejantes a los del matrimonio civil, **no originan legalmente familia; lo que hacen es dar lugar a una sociedad de bienes equiparable en parte al régimen de la sociedad de gananciales**. (Ramos Núñez, 1998, p. 101)

#### **b. Extramatrimonial**

Según la doctrina extranjera, se entiende por familia extramatrimonial o familia de hecho a:

aquella comunidad que, teniendo su origen o su base en la unión no matrimonial de un hombre y una mujer con miras a la realización de actos propios de la generación, está integrada por personas que se hallan vinculadas por un afecto natural que proviene de su relación de pareja o del parentesco existente entre ellas, y que conviven y comparten sus vidas de un modo similar o análogo a como sucede en un grupo familiar constituido por el matrimonio (Muñoz Bonacic, 2014, p. 124)

En ese mismo sentido, la doctrina nacional considera que la familia extramatrimonial es aquella que “surge de la unión libre entre personas no matrimoniadas. Llamada concubinato o amasiato. A esta clase de familia se le ampara legalmente mediante la figura mal denominada unión de hecho” (Varsi Rospigliosi, 2011, p. 64).

Como se puede apreciar, este tipo de familia se origina sobre la base de una unión de hecho o concubinato.

Al respecto, la doctrina extranjera considera que la unión de hecho es “aquella unión entre dos personas de sexo diferente, o del mismo sexo que conviven de manera exclusiva, continua y estable” (Muñoz Bonacic, 2014,p.122).

En tanto la doctrina nacional, como:

aquella convivencia de un hombre y una mujer que viven juntos bajo un mismo techo, a la manera de personas casadas y de forma permanente. Quienes sin estar unidos por matrimonio mantienen una comunidad de habitación y de vida, de modo similar a la que existe entre los esposos. (Fernández Arce y Bustamante Oyague, 2004, p. 223-224)

Sin embargo, se precisa que la acepción de unión de hecho puede comprenderse en un sentido amplio y estricto. En el primer caso, el concubinato se diferencia de las uniones de pareja esporádicas, de la unión sexual ocasional y de la del

libre comercio carnal o de las uniones libres, ya que el primero siempre se desarrolla de forma permanente. En el segundo caso, se indica que la convivencia es habitual, continua y permanente, con un grado de honestidad o fidelidad de la mujer, siempre sin que existan impedimentos para un matrimonio. (Fernández Arce y Bustamante Oyague, 2004)

Asimismo, se indica que las uniones no matrimoniales o de hecho presentan a su vez tres tipos: la simple unión libre, el concubinato y la convivencia *more uxorio*. En la primera, se encuentra aquella relación entre hombre y mujer en el plano sexual, de corte ocasional o pasajera. En la segunda, la unión de dos personas, con fines de cohabitación permanente, estable y notoria; la cual, a su vez, puede ser simple, adulterino o incestuoso. En la simple, a aquella donde no existen impedimentos y parentesco alguno entre los sujetos; en la adulterina, uno de los intervinientes está casado con un tercero; y, el incestuoso, donde existe un parentesco entre los sujetos. (Muñoz Bonacic, 2014)

Siguiendo la línea de la doctrina nacional, para que la unión de hecho sea considerada como tal, se dice que debe cumplir con ciertos elementos condicionantes como son: la cohabitación y comunidad de lecho, comunidad de vida, notoriedad, singularidad y permanencia. Los cuales, deben exteriorizar

una vida en común de pareja, a fin de formar un hogar.  
(Fernández Arce y Bustamante Oyague, 2004)

En el plano legal nacional, además, se evidencia que la Constitución Política de 1993 ha reconocido no solo a la familia matrimonial, sino a la extramatrimonial (Congreso Constituyente Democrático, 1993, art.5); la cual, ya habría estado consagrada desde la Constitución Política de 1979, luego en el Código Civil de 1984, y hoy en la normativa indicada.

Es en base a lo indicado, que muchos consideran que, en este tipo de familias, la unión estable se transforma en una especie de *matrimonio por usucapión*, donde el tiempo le otorga un estado matrimonial en apariencia, tal como lo consagra el artículo 326 del Código Civil. (Fernández Arce y Bustamante Oyague, 2004).

### **2.3. SOBRE EL MATRIMONIO COMO INSTITUTO SOCIAL Y JURÍDICO**

La presente disertación, lleva a cabo un estudio diferenciado de la institución matrimonial y el fenómeno matrimonial, pues, a pesar de que en años anteriores se los ha tratado indistintamente como cédulas naturales de la sociedad, lo cierto es que, en la actualidad, tanto como en la antigüedad, la

constitución de familias no requiere de lazos matrimoniales, ya sea en sentido religioso o jurídico.

Cuando se intenta dilucidar la naturaleza jurídica del matrimonio, el debate, suele tener en cuenta dos elementos componentes de éste, o al menos así se argumenta, el primero es la perspectiva de acto jurídico y el segundo, la mirada a la relación jurídica (Pérez Contreras, 2010).

En cuanto a la mirada del matrimonio como acto jurídico, vira a su tratativa como un instrumento netamente jurídico que requiere de la protección de las normas y las formalidades impuestas por el Derecho para su efectividad, de manera que se lo dota de seguridad jurídica; ello se consigue entendiéndolo y protegiéndolo como si se tratase de un acto jurídico de condición, pues tiene como objeto:

determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o a un conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado, por cuanto no se agotan por la realización de las mismas, sino que permiten su renovación continua. (Rojina Villegas, 1984, p. 211).

En consecuencia, el matrimonio es, desde esta perspectiva, un derecho que origina más derecho objetivo específico que tiene como finalidad proteger derechos o situaciones jurídicas independientes, como puede ocurrir con la propiedad obtenida en común, el derecho de heredar, el derecho de adoptar, entre otros que pueden y no formar parte de su núcleo duro.

La otra perspectiva generalmente esbozada es la del matrimonio como relación jurídica, que vira hacia la comprobación material de la existencia del derecho más que a la mera formalidad, no obstante, esta mirada del matrimonio corre el riesgo de formalizar excesivamente situaciones jurídicas o proyecciones de situaciones jurídicas que no debieran ser formalizadas, como ocurre con la obligación de matrimonio previo a la adopción, como si el vínculo filial estuviere o formase parte integrante del vínculo matrimonial, o la concepción del cónyuge como heredero forzoso, entendiéndose que el vínculo matrimonial es suficiente para que la persona pueda hacerse acreedora de una herencia, entre muchos otros ejemplos que prefieren a la formalidad por encima del derecho material y, lo interesante es que, esta serie de obligaciones formales se desprende de la visión del matrimonio como una relación jurídica, la misma que implica:

la relación entre dos o más sujetos regulada por el derecho objetivo. Este atribuye a uno de los sujetos un poder y al otro, como contrapartida, un deber, que está en la necesidad de cumplir para satisfacer el interés que el sujeto titular del poder está llamado a realizar con el ejercicio del mismo. (Alessandri, Somarriva y Vodanovic, 1990, p. 285).

Es decir que, según esta posición, el matrimonio se trata de la relación material entre dos personas que cuenta con reconocimiento jurídico, pero que está orientada a la obtención de prestaciones mutuas para la satisfacción de un interés, entendiéndose el interés conyugal que surge de la convivencia.

Es precisamente la discusión de la naturaleza del matrimonio y las diversas posiciones que se presentan sobre esta que, obligó a la investigadora a

realizar un estudio histórico acerca de sus antecedentes y la evolución que ha sufrido la figura, ya sea en consonancia con la figura de la familia o vista de manera independiente, ya sea identificable únicamente con la relación convivencial o, además, paterno filial, patrimonial, u otras relacionadas.

### **2.2.1. Antecedentes y evolución histórica**

El término matrimonio no es tan antiguo como la relación material que se gestó entre un hombre y una mujer para hacer vida en común; acerca de dicho fenómeno, se tiene rastro desde la antigua Mesopotamia del segundo milenio antes de cristo o el imperio nuevo de Egipto que, contaban con la situación real de unión entre hombre y mujer pero que no contaba con un nombre específico, siendo el término sustituido por dos términos abstractos, *ashsütu u mutütu*, la calidad de esposa o esposo, o se decía del hombre que tomaba una esposa. (Calderón, 2015).

Nótese en que el matrimonio de Mesopotamia o del imperio nuevo de Egipto tenían la estructura acostumbrada en la actual sociedad, es decir, la composición a partir de la unión de un hombre y una mujer que eran entendidos como esposo y esposa; no obstante, este lazo matrimonial no contaba con reconocimiento formal alguno, sino que se trataba de la unión voluntaria de una pareja, sin más formalidades ni efectos que la convivencia.

A partir de lo revisado es posible también avistar la composición original del matrimonio, todavía como figura natural, no jurídica, la reunión de un hombre y una mujer para hacer vida en común, es decir, se trata de un hecho material con posibilidad de generar otras situaciones fácticas igualmente naturales, como lo es la procreación, o no tan naturales como la propiedad o posesión de bienes, que sí derivan de una situación natural, la posibilidad o poder del ser humano para adquirir posesiones.

No obstante, no es posible confundir, al menos no en la etapa fenomenológica, las características de una relación de convivencia con la obligación de que esta se desarrolle necesariamente en pareja, o que sirva exclusivamente para la procreación o para mantener propiedades comunes; puesto que se tiene registro de sociedades en las que la convivencia cuenta con más de dos integrantes como ocurre con el matrimonio islámico que permite la unión de un hombre hasta con cuatro mujeres (Slick, 2018); por otro lado, es posible que se presenten matrimonios en los cuales la convivencia sea pacífica y permanente pero sin necesidad de procreación; e incluso, existen sociedades en las que se admite el régimen de propiedades separadas o separación de bienes.

Respecto de la relación entre varón y mujer, es decir de la cohabitación o la convivencia en su estado natural, no es uniforme que se haya llevado únicamente entre un hombre y una mujer, sino

que se tiene registros históricos acerca de sociedades en las que se presentaba la poligamia, ya sea en su figura de poliandria o poligénia, o meramente poligamia (Calderón de Buitrago, y otros, 1995), ello desde épocas antiguas y, en ciertas sociedades, hasta la actualidad.

Respecto al particular, cabe dilucidar la diferencia entre la unión convivencial, como fenómeno natural, y la idea de matrimonio como instituto formal, solo el segundo es de ocupación por el Derecho y, cada ordenamiento normativo, se encuentra habilitado a recoger los fenómenos naturales que se presentan en su sociedad como mejor convenga, tal y como ocurre en el mundo islámico.

En este punto, es preciso reconocer la diferencia entre el matrimonio desde la perspectiva natural, que en realidad es convivencia y el matrimonio desde la perspectiva formal, como derecho a contraer matrimonio (García Garrido, 2000); no obstante, la afirmación de que “El matrimonio deriva de la estructura íntima y ontológica del Ser Humano” (Calderón de Buitrago y otros, 1995, p. 117), está referida a la primera dimensión de lo que se denomina matrimonio, es decir, a la convivencia.

En ese sentido, si hemos de referirnos a las situaciones reales y a la jurídicas tal cual ocurren, nos encontramos en la imposibilidad de llamar matrimonio, solo, a la unión de un varón y una mujer o de un varón con varias mujeres, o de una mujer con varios varones o de

varios varones con varias mujeres, en todo caso, puede reconocerse como matrimonio material o convivencia; en cambio, es una verdad incontrovertible que el matrimonio, desde su perspectiva formal, involucra el reconocimiento de tales situaciones por el Derecho o el ordenamiento jurídico de la sociedad determinada en la que se configura.

En otras latitudes del globo, el matrimonio ha sido considerado obligatorio, en India, la religión y su influencia en el matrimonio tuvo un lugar preponderante, éste no podía darse entre individuos de distintas castas, se presentan también otro tipo de impedimentos como el parentesco entre primos hermanos o la presencia de enfermedades (García Calderón, 1924).

Esta perspectiva formal del matrimonio surgió en Roma, en donde estuvo sujeto a formalidades legales y regulaciones especiales, aquí podemos mencionar que se exigían determinados requisitos para contraer matrimonio; por ejemplo:

En el derecho romano clásico se incluía el *Afectio maritatis*, que significa la recíproca voluntad de permanecer juntos en matrimonio (...). Los romanos llamaban *justae nuptiae* al matrimonio celebrado que cumpliera con todos los requisitos que se exigían (García Garrido, 2000, p. 77).

Es decir que, en el derecho romano, se requería cierta formalidad para realizar el matrimonio, pero no era entendido como un contrato en sí, sino como un convenio de voluntades, es por ello que “se efectúa solo

con la cohabitación, es decir, mientras dura la cohabitación del hombre con la mujer, con fines de marido y esposa; puede decirse, pues, que el casamiento estaba formado por el consentimiento continuado” (Brugi, 1946).

Es decir que, si bien se presentaban formalidades para la celebración del matrimonio, éste era principalmente voluntario, pudiendo terminarse o concluirse únicamente con la voluntad de sus integrantes; he ahí el surgimiento de la figura del repudio (Floris Margadant, 1991).

Es en la edad media en que se confunde o conjuga la relación convivencial natural con el matrimonio y, además, se amplían sus efectos hacia otros campos familiares como la filiación, los derechos patrimoniales, los derechos entre los cónyuges y la visión del mismo como cédula o centro de la familia; “el influjo del cristianismo empieza a manifestarse durante el periodo de Justiniano. En el año 380, mediante el Edicto de Tesalónidas, se reconoce al cristianismo como la religión oficial del Estado” (Abundis Rosales y Ortega Solís, 2010, p. 29).

A partir de este hito se comienza la construcción teológica, o propiamente dicho, canónica del matrimonio, “en el siglo ix tímidamente, hasta que por el Concilio de Trento de 1545 se afirma

que corresponde a la exclusiva competencia de la Iglesia toda la materia matrimonial” (Abundis Rosales y Ortega Solís, 2010, p. 29).

La iglesia, entonces, durante un periodo de tiempo sostenible y con una expansión territorial importante, por lo menos en Europa y los países de tradición europea, ha monopolizado la delimitación del matrimonio como institución social, religiosa, estableciendo características, requisitos y procedimientos equiparables a la familia y que han sido recogidos como tal en las diferentes disposiciones normativas de los países de dicha tradición; la competencia para conocer de las nupcias la tenían los tribunales eclesiásticos, éstas eran de carácter indisoluble, se fijan los requisitos, impedimentos, forma de celebración, nulidad, entre otros (Chabod, 1990).

Más tarde, en la sesión XXIV del Concilio de Trento, celebrada por el sumo pontífice Pío IV el 11 de noviembre de 1563, se regula toda la materia matrimonial de modo definitivo. Se eleva el matrimonio a la dignidad de sacramento, estableciéndose que el vínculo del matrimonio es perpetuo e indisoluble. El fundamento de estas disposiciones se encuentra en la doctrina sobre el sacramento del matrimonio consignada en el propio texto emanado del Concilio de la siguiente manera:

El primer padre del humano linaje declaró, inspirado por el Espíritu Santo, que el vínculo del matrimonio es perpetuo e indisoluble, cuando dijo: “Ya es este hueso de mis huesos, y carne de mis carnes: por esta causa, dejará el hombre a su

padre y a su madre, y se unirá a su mujer, y serán dos en un solo cuerpo". Enseñó Cristo nuestro Señor que se unen, y juntan con este vínculo dos personas solamente, cuando refiriendo aquellas últimas palabras como pronunciadas por Dios, dijo: "Y así ya no son dos, sino una carne"; e inmediatamente confirmó la seguridad de este vínculo con estas palabras: "Pues lo que Dios unió, no lo separe el hombre". El mismo Cristo, autor que estableció, y llevó a su perfección los venerables Sacramentos, nos mereció la gracia con que se había de perfeccionar aquel amor natural, confirmar su indisoluble unión, y santificar a los consortes. (López de Ayala, 1564)

Sentándose así la idea del matrimonio indisoluble que se mantuvo por centurias en el seno del cristianismo y de los Estados que se encontraban afiliados a este.

El renacimiento constituyó una etapa del despertar tanto en cuestiones sociales como en aspectos científicos, disciplinarios, que recogían a la realidad sin tergiversarla o en tonalidad con las vivencias de la época; en el aspecto religioso, que hasta entonces había primado, se presentan asuntos de suma relevancia como la "ruptura, de la que surge la Reforma luterana y la creación de la religión protestante y la reforma en el seno de la religión católica con la Contrarreforma aprobada en el Consejo de Trento" (Chabod, 1990, p. 687).

Todos estos cambios fueron sentando una nueva manera de ver que la institución matrimonial, si bien se había conformado en una figura formal, no necesariamente debería encontrarse relacionada únicamente con principios religiosos, sino que exige una visión civil,

puesto que “el derecho del Estado no subyace al derecho canónico ni encuentra un límite en las materias que éste retiene como de su exclusiva competencia” (Abundis Rosales y Ortega Solís, 2010, p. 31); reconocimiento que constituye un primer paso para concebir al matrimonio como contrato o pacto desde un punto de vista estrictamente jurídico y no más como un sacramento; al menos no desde la perspectiva jurídica.

No obstante, pese a esta acertada afirmación que se ha consolidado más hacia nuestro tiempo con el reconocimiento de los Estados laicos, el lado de la normatividad relativa al matrimonio, en diversos países como es el caso del Perú, se ha mantenido esta tendencia a identificar la relación matrimonial o conyugal con otro tipo de relaciones familiares que no necesariamente le son propias, es más, se la prefiere antes que a la primerísima forma de relación entre pareja, es decir, la convivencia, que ha venido a constituir un reconocimiento nimio por no revestir la formalidad con la que cuenta el matrimonio.

Sin embargo, la teoría del matrimonio contrato como tal, aparece hasta el siglo XVII como un medio de justificar con él la intervención del Estado, implicando que su esencia está constituida por la libertad de los contrayentes. La voluntad de éstos se traducía en la existencia del contrato mismo y por ello sometido al poder secular. (Abundis Rosales y Ortega Solís, 2010, p. 31)

### 2.2.2. Concepto contemporáneo del Matrimonio en el *civil law*

La idea del matrimonio como un contrato se ha mantenido desde el Siglo XVII hasta el Siglo XX en que los entendidos han defendido la clasificación de éste como una institución social y jurídica, lo que implica su carácter no natural, sino creado por la sociedad y adoptado por el Derecho. (Rojina Villegas, 1984, p. 463).

El matrimonio, desde una perspectiva contemporánea, es reconocido como una conformación normativa, tanto social como jurídica, que dota de formalidad a la unión entre dos personas que hacen vida en común; en el derecho europeo continental y los países herederos de dicho sistema, la unión se restringe a dos personas y, en algunos países, estas personas son de diferentes sexos, varón y mujer, y en otros del mismo sexo o parejas homoafectivas.

Se mantiene la idea de un matrimonio religioso y de un matrimonio civil pero ambos son facultativos (Muñoz Bonacic, 2014); es decir que, las personas no se encuentran obligadas a contraer matrimonio, sino que, se trata de una decisión libre y voluntaria de cada uno, basadas en preconcepciones personales antes que exigencias jurídicas; es más, la seguridad jurídica que se supone proporciona, se salva con la posibilidad de declaración de las uniones de hecho propias (Congreso Constituyente Democrático, 1993, art. 4).

Tómese en cuenta que la institución propia del Derecho Civil es el matrimonio, no así la familia, puesto que es el matrimonio el que desarrolla las figuras que sustentan la seguridad jurídica de los miembros o partes integrantes en el matrimonio, tales como la sociedad de gananciales o, en general, las prestaciones que se deben los cónyuges; en cambio, la familia es un concepto más amplio que ha merecido especial tratamiento en el Derecho de Familia, que es el eje de muchas otras relaciones interpersonales entre las que se encuentra la relación convivencial de la que deriva la relación conyugal.

Es menester entonces, dejar de conceptualizar a la familia en función del matrimonio, pues el matrimonio es una institución jurídica que proviene de la familia y no al revés, es decir que, las formulaciones que conciben a la familia como aquellas:

relaciones derivadas de la unión de los sexos por vía del matrimonio o el concubinato y la procreación, conocidas como parentesco, así como a las provenientes de las formas de constitución y de organización del grupo familiar, a las que la ley reconoce ciertos efectos: deberes, derechos y obligaciones entre sus miembros, hasta cierto límite. De aquí que este concepto de familia se refiera al conjunto de vínculos jurídicos que rigen a los miembros de la familia. (Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez, 2009, p. 5)

Deben variar la orientación hacia el reconocimiento de las relaciones derivadas del parentesco y la afinidad que denotan la organización del grupo familiar, a cuyos miembros la ley reconoce derechos, obligaciones y deberes como miembros del mencionado grupo; ello

porque el concepto de familia ya no se encuentra relacionado necesariamente solo con las relaciones convivenciales de pareja o las de procreación; sino que además se extiende a las que se generan por afinidad o de manera legal como la adopción.

Lo dicho, en la época contemporánea tiene una explicación que era imposible en épocas anteriores, la tecnología no solamente ha influenciado en la manera de pensar de las personas de distintas sociedades por la facilidad con la que viaja la información, sino que ha propiciado la presencia de nuevos métodos y técnicas para constituir familias; es así que, existen sociedades en las que se ha diferenciado la finalidad reproductiva que tenía el matrimonio con la posibilidad reproductiva sin necesidad de éste y sin necesidad siquiera de pareja.

Hoy lo nuevo de estas "maniobras" es haber disociado del proceso procreativo el acto sexual de la pareja, es decir, se separó la reproducción y la sexualidad, ahora se prescinde del cuerpo femenino para fecundar células germinales, y con ello solucionar los problemas de esterilidad de las parejas, evitar enfermedades transmisibles por herencia, preservar la descendencia de una persona, aún y cuando ésta hubiere fallecido, resolver los problemas de transmisión de enfermedades y defectos físicos, la recomposición genética de embriones en busca de nuevos genotipos no ensayados por la naturaleza y su posterior implantación en el útero materno o útero ajeno, para su gestación, así como la reproducción asexual, denominada clonación. (Flores Salgado, 2012, p. 53).

Este es solo uno de los aspectos que han variado materialmente la manera de ver a las familias, que pueden constituirse sin necesidad de matrimonio, y del matrimonio mismo, puesto que, habiéndose

dejado su finalidad reproductiva a las técnicas de reproducción asistida o, inclusive, siendo que existen parejas que deciden hacer vida en común y procrear sin necesidad de casarse; aquella estructura pensada para el matrimonio como único inicio de la vida en familia ha variado, siendo que, la familia ha vuelto a su concepto natural, material, real, dejando al matrimonio como una de las formas por las que se constituye familia, es más, una de las formas por las que se formaliza la vida en pareja, la convivencia que constituye por sí sola un tipo de familia.

Una definición actualizada del matrimonio es la siguiente:

Unión legal de dos personas de distinto sexo, realizada voluntariamente, con el propósito de convivencia permanente, para el cumplimiento de todos los fines de la vida. (De Pina y De Pina Vara, 2003, p. 391).

Definición que permite resaltar el carácter legal del matrimonio, lo que lo aleja de aquella vetusta concepción de que se trata del inicio de la familia, más aun cuando en la realidad puede constatarse la existencia de familias ya iniciadas por convivencia en las que la pareja decide contraer matrimonio posteriormente por diversas razones, entre éstas, la seguridad jurídica; así como, la existencia de familias por convivencia que nunca asumen un vínculo matrimonial.

Por otro lado, existen países en los que la alocución “personas de distinto sexo” se ha suprimido, definiendo al matrimonio como “la

unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua” (Código Civil para el Distrito Federal de México, art. 146), lo que amplía el contenido del matrimonio a la uniones honoafectivas, mutaciones normativas que responden a las realidades sociales y que complementan el contenido de la institución jurídica en estudio.

### **2.2.3. El Matrimonio en el *common law***

El Derecho Inglés es el que ha dado origen a la tradición europea insular y el denominado sistema del *common law*, del cual es heredero el Derecho de Estados Unidos, país que, por encontrarse en el continente americano, forma parte de la Unión de Estados Americanos; no obstante, esta tradición de la que deviene ha marcado la construcción de instituciones jurídicas que, pese a compartir la denominación con las instituciones jurídicas de los países con tradición europeo continental, han desarrollado contenidos distintos.

Esto ha ocurrido con la institución del matrimonio que, en el Derecho europeo insular se encuentra desprovisto del exceso de formalidad con el que se cuenta en el derecho europeo insular, pero la informalidad, el matrimonio surte efectos vinculantes para sus integrantes, tal cual opera un contrato.

Esto se evidencia en casos como el de Dewar v Dewar (1994) en el que un juez escocés,

estimando la demanda, declaraba que la demandante y el demandado llevaban casados desde una fecha que señaló aproximadamente en el 1 de febrero de 1975. Y eso a pesar de que entre ellos nunca había tenido a lugar nada a lo que podamos llamar un intercambio de consentimiento matrimonial o boda.

Es decir, se reconoce la existencia de un matrimonio sin que exista pacto matrimonial expreso, sin que se presente el consentimiento de las partes consignado en documento alguno; este tipo de reconocimiento es imposible en el sistema del *civil law* puesto que lo que prima en éste último es el consentimiento indubitable brindado por los contrayentes.

Es decir que, la innovación que supuso en la concepción del matrimonio la regulación impuesta en el Concilio de Trento, no alcanzó al mundo europeo insular.

Inglaterra se separó de Roma en 1536 y Escocia en 1560, por lo que el Decreto conciliar no fue recibido en sus Derechos. Mientras en el Continente se implantaba la exigencia de forma matrimonial y su inscripción en los registros parroquiales primero y civiles después, en las Islas Británicas seguía aplicándose la libertad formal anterior, y por tanto seguía admitiéndose el matrimonio sin boda. (Arechederra, 2009, p. 214)

Es a partir de esa escisión que las concepciones del matrimonio variaron a una formal en el *civil law* y a una material en el *common*

*law*, claro está que esta perspectiva ha ido variándose y aminorándose, como en el caso de Inglaterra que en la llamada *Lord Hardwicke's Act* de 1753 se establecieron solemnidades para la celebración del matrimonio, pero, dichas solemnidades no son obligatorias y no desconocen los derechos que pueden ser declarados en los casos con existencia de matrimonios informales.

En Escocia, “de las tres modalidades tradicionalmente admitidas de matrimonio informal (matrimonio per *verba de presente* y matrimonio por *promesa subséquent copula*) fueron abolidas en 1939, y la tercera restante (el matrimonio *by cohabitation with habit and repute*) lo fue en 2006” (p. 214).

No obstante, en Estados Unidos, la figura de los matrimonios informales ha persistido, esto se explica por el momento de la adquisición de las figuras pues:

el Derecho común vigente en la América inglesa en el momento en que alcanzó la independencia seguía siendo el Derecho común europeo *pretridentino* que permitía el matrimonio irregular, al que en América se llamó (y se sigue llamando hoy) *common law marriage*. (Arechederra, 2009, p. 215)

El momento histórico en el que se presentaron los cambios en Europa insular, cuando ya no ejercía influencia en las colonias de América del Norte, determinó la pervivencia de la figura en los Estados Unidos; aunque, también lo hizo la figura del matrimonio formal; es por ello

que se presenta una diversidad de normas dependiendo de la determinación de cada Estado; así, algunos “derogaron el *common law marriage* ya en la época colonial (como Massachusetts, que lo hizo por ley aprobada en 1646), otros lo admitieron expresamente (como Nueva York, desde la sentencia *Fenton v Reed* (1809)) y otros, simplemente, no se pronunciaron” (p. 215).

Puede concluirse, entonces, que en Estados Unidos existe un sistema mixto de aceptación del matrimonio formal y del matrimonio informal o irregular, es decir, ocurrido materialmente y con posibilidad de formalizarse, lo que expresa la verdadera y original intención del matrimonio que ha ido variando por cuestiones de seguridad jurídica.

Dicha seguridad jurídica ha propiciado también que en los Estados Unidos vaya paulatinamente derogándose la posibilidad de un matrimonio material, pero, a diferencia de los países con tradición europeo continental, para darle el contenido y forma de un contrato, el que trae consigo el ideal de la seguridad jurídica, ello ha ocurrido Ohio, Idaho, Georgia, Pensilvania y Oklahoma, que también han derogado el *common marriage*; “Los casos citados son coherentes con una mentalidad según la cual el matrimonio puede ser tratado como un contrato privado más” (Arechederra, 2009, p. 216).

Para el Derecho norteamericano, entonces, el matrimonio formal tiene la naturaleza de contrato privado, lo que se sustenta en la

configuración del derecho de libertad entre los contratantes para consignar las cláusulas que les resulten convenientes en los documentos matrimoniales, “Los acuerdos prematrimoniales son fruto y expresión del ejercicio de esta libertad, lo que paradójicamente limitan, o terminan con, ciertos derechos económicos que de no ser por estas estipulaciones, serían adquiridos compartidos en virtud del matrimonio” (Qaisi, 2000).

Como puede verse, luego de varios siglos en los que han convivido el matrimonio formal y el informal, en los cuales el matrimonio formal tenía el carácter público y contaba con cláusulas pre establecidas y requisitos obligatorios, como ocurre en el *civil law*, el Derecho americano ha preferido la libertad personal y la libre disposición del desarrollo de la personalidad de los contrayentes, de conformidad con su proyecto de vida. Así, “La idea de que las partes que estuvieran analizando la posibilidad de contraer matrimonio pudieran contractualmente alterar los derechos patrimoniales derivados del matrimonio es un principio altamente arraigado en el derecho del *Common Law* norteamericano y ampliamente aceptado” (Medina y Winograd, 2018).

Diferencia sustancial con el matrimonio en los países del sistema europeo continental que lo conciben como una institución jurídica de derecho público, es decir, de interés general, tan es así que los Estados han desarrollado por años el principio de su protección, como

ocurría en el Perú en la Constitución de 1979 y, al tener cuenta de su diferencia con la familia, se ha ensayado el principio de su promoción, con la Constitución de 1993; pero en ambos casos, otorgándole la categoría de cédula básica y natural de la sociedad, categoría que no le corresponde al matrimonio formal, sino al matrimonio material, fruto de la convivencia; diferenciación que sí se presenta en el *common law* históricamente.

#### **2.2.4. Tratamiento jurisprudencial del matrimonio**

Cabe advertir que, en la jurisprudencia nacional, la institución del matrimonio ha tenido escaso desarrollo, por cuanto son muy pocas las sentencias que se han pronunciado sobre su naturaleza. Sin embargo, se ha podido evidenciar que ha sido el Tribunal Constitucional, como sumo interprete de la Constitución, el que se ha tomado la tarea de desarrollarla.

Es así que, dicho órgano jurisdiccional ha realizado ya la diferencia entre los conceptos de familia y matrimonio, señalando que la Constitución en el artículo 5 recoge a la unión de hecho como una forma de hacer familia; no obstante “ordena la promoción del matrimonio, para que se siga una formalidad establecida en la norma interna, y, asimismo, destaca como ideal que toda familia esté conformada matrimonialmente” (Caso Irma Doris Anaya Cruz, 2007, fund. 3); es decir que, establece ya una diferencia entre el matrimonio

material o uniones de hecho y lo que nuestro sistema reconoce como matrimonio, el formal, que es Promovido por el Estado por asuntos de seguridad jurídica pero que no puede ser confundido como la única forma de hacer familia, lo que ocurre en el desarrollo del Código Civil.

Así, se compone al matrimonio como instituto de carácter público, pasible de promoción por parte del Estado, tal y como lo establece el artículo 4 del texto constitucional, al respecto señala que:

En primer lugar, el Tribunal ha de recordar que del artículo 4° de la Norma Fundamental no es posible derivar un derecho constitucional al matrimonio. En efecto, cuando dicho precepto fundamental establece que el 'Estado protege a la familia y promueve el matrimonio', reconociéndolos como 'institutos naturales y fundamentales de la sociedad', con ello simplemente se ha limitado a garantizar constitucionalmente ambos institutos [la familia y el matrimonio] con una protección especial, la derivada de su consagración en el propio texto constitucional. Más que de unos derechos fundamentales a la familia y al matrimonio, en realidad, se trata de dos institutos jurídicos constitucionalmente garantizados. De modo que la protección constitucional que sobre el matrimonio pudiera recaer se traduce en la invalidación de una eventual supresión o afectación de su contenido esencial. En efecto, ni siquiera el amplio margen de configuración del matrimonio que la Constitución le otorga al legislador, le permite a este disponer del instituto mismo. Su labor, en ese sentido, no puede equipararse a lo propio del Poder Constituyente, sino realizarse dentro de los márgenes limitados de un poder constituido. (Caso José Antonio Álvarez Rojas, 2004, fund. 13).

Es decir, el matrimonio se conforma en un instituto de nuestra sociedad reconocido por el Derecho lo que lo dota de formalidad y seguridad jurídica, diferenciable del concepto de familia, tal y como el tribunal lo estructura y establece tácitamente en esta cita, que goza de una protección especial por la norma que condiciona, incluso al

legislador, dicha protección se materializa con la actuación promotora del Gobierno para su celebración, habida cuenta que genera y otorga seguridad jurídica; es decir, a pesar de que la Constitución Política lo reconoce como un fenómeno natural, en realidad, en el ordenamiento jurídico peruano es un instituto formal.

Tan es así que, el propio Tribunal Constitucional ha generado los presupuestos para su diferenciación en su propia jurisprudencia, pues se trata de una realidad innegable, más aún con los actuales cambios de pensamiento y de actitudes en la población que son guiadas por el derecho-principio de libertad, libertad de pensamiento, libre desarrollo de la personalidad, entre otros reconocidos en el artículo 2 del texto constitucional; en ese sentido, señala que:

la acepción común del término familia lleva a que se le reconozca como aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo. Tradicionalmente, con ello se pretendía englobar a la familia nuclear, conformada por los padres y los hijos, que se encontraban bajo la autoridad de aquellos. Así, desde una perspectiva jurídica tradicional la familia "está formada por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco (...) Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas. (Caso Reynaldo Armando Shols Pérez, 2007. Fund. 6 y 7).

Es decir que, el supremo tribunal ha reconocido la existencia de familias que no necesariamente se encuentran ligadas al concepto de matrimonio, pues la llamada familia tradicional o nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*, actualmente trata de erradicarse en virtud de la igualdad de género, centrándose la figura en la pareja, cuando ésta existe, de no ser así, se reconocen muchas otras formas de familia que no necesariamente pasan por la celebración de un matrimonio formal, tal y como se describe en la propia sentencia en comento.

El Tribunal, entonces, es consciente de que “pese a la promoción del instituto del matrimonio, se ha llegado a constitucionalizar una situación fáctica muy concurrente en el país pues existen familias que están organizadas de hecho, sin haberse casado civilmente.” (Caso Irma Doris Anaya Cruz, 2007, fund. 3).

Afirmación última que da cuenta de la configuración de las nuevas concepciones, aún a nivel jurisprudencial, acerca de la escisión entre matrimonio y familia que hasta hace unas décadas eran entendidos como sinónimos y que, en la actualidad, son entendidos, si se quiere, como un todo y una de sus partes no necesariamente concurrente, es más, el matrimonio no es necesario en la actualidad para conformar una familia ni tampoco es prueba de su existencia; es decir, pueden existir matrimonios que se encuentren debidamente formalizados y,

sin embargo, no funcionen materialmente, es decir que, no conforman familias.

### **2.2.5. El Matrimonio desde la perspectiva normativa**

Para entender mejor a la referida institución, fue necesario estudiarla a partir de su regulación normativa al interior de las legislaciones en cada Estado, pues solo así será posible confrontar y comparar su realidad jurídica con su realidad social.

En el caso peruano, se ha visto que tal figura no solo ha merecido un reconocimiento normativo, sino; también, un desarrollo, aunque un tanto escaso, pero, nutritivo a la vez.

A nivel constitucional, se ha podido constatar que, la actual Constitución Política del Perú de 1993 se ha referido al matrimonio de forma precaria, al desarrollarla en un solo artículo de la siguiente manera:

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley. (Congreso Constituyente Democrático, 1993, art. 4)

Como se pudo apreciar, el constituyente de 1993 se ha ocupado de tal figura desarrollando dos principios a su alrededor como son: el de

protección y promoción del matrimonio, sobre los cuales ha dispuesto, además, que sean de competencia de la comunidad y del Estado, en tanto actores principales de la sociedad que son.

Sumado a ello, se evidencia que el matrimonio es reconocido, a lado de la familia, como un instituto natural y fundamental de la sociedad, otorgándole, así un carácter omnipotente por sobre otras instituciones; y, de transcendencia en la sociedad, no solo el aspecto jurídico, sino social.

Así, también, es de verse que se ha desarrollado el ámbito procedimental de tal figura, al indicar que las causales de la separación y disolución del matrimonio son reguladas por la ley, lo que es admisible, por cuanto toda constitución es entendida como una norma, meramente, enunciativa, siendo, que, solo en lo no desarrollado de forma amplia por ella, es la ley la que se ocupa de dicha tarea; es decir, es la que desarrolla el contenido de sus prescripciones.

Cabe resaltar que la referida institución no solo ha merecido un desarrollo normativo por parte de la actual constitución, sino; por el contrario, ha sido objeto de un pronunciamiento por otras normas de igual rango a la indicada. Tal es el caso de la anterior Constitución Política del Perú del año 1979, la cual se ocupó del matrimonio de la siguiente manera:

El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación. Las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley.

La ley señala las condiciones para establecer el patrimonio familiar inembargable, inalienable y transmisible por herencia. (Asamblea Constituyente Democrática, 1979,art.5)

A partir de la citada norma, se puede apreciar que la figura aquí estudiada, ostentaba un desarrollo normativo constitucional, más o menos idéntico al que tiene, hoy en día, en la Constitución de 1993, lo cual evidencia el poco esfuerzo de este último constituyente por esbozar mayores alcances sobre el matrimonio en el Perú.

Sin mayores dificultades se puede apreciar, entonces, que el principio de protección del matrimonio ya había estado reconocido como tal, en la referida constitución, evidenciándose así, que el constituyente de 1993 no fue el primero en incluir tal principio al ordenamiento jurídico peruano, bajo una prescripción constitucional como la señalada.

De igual modo, se aprecia con el reconocimiento de sociedad natural e institución fundamental de la Nación que mereció el matrimonio en ese entonces, aunque con evidentes diferencias, referidas al término Nación, el cual no está presente en la actual constitución.

En el mismo sentido, se aprecia en lo concerniente a las causas de separación y disolución, sobre las cuales se había dispuesto su

regulación por ley; sin embargo, tal prescripción lleva un agregado, como es que las formas de matrimonio, también sean de regulación de la ley; situación que ya no se presenta en la actual constitución.

Pero, lo que llama la atención es la regulación que, a nivel patrimonial, el anterior constituyente hizo de la citada figura; pues, señaló a la ley como el instrumento, por el cual debe fijarse las condiciones para establecer el patrimonio familiar inembargable, inalienable y transmisible por herencia; prescripción que, de igual modo, no está presente, actualmente, en la constitución peruana. Así, también, lo referido a que las formas de matrimonio las regula la ley, prescripción que habría dejado abierta la posibilidad de que, sea la normativa infra constitucional, como lo sería la ley la que regule tal aspecto. Es más, según algunos autores tal prescripción habría:

dejado que el Código en preparación considere como formas de celebración del casamiento, no solamente la civil que introdujo con carácter facultativo o excepcional la Ley de 23 de diciembre de 1897 y que el Decreto-Ley 6889 convirtió en único y obligatorio a partir del 4 de octubre de 1930, sino también el matrimonio canónico que estuvo en vigencia durante los cuatro siglos anteriores y aún el servinakuy u otras formas matrimoniales de derecho aborigen... (Cornejo Chávez, 1981,P.23)

Por otro lado, cabe citar la opinión de algunos autores nacionales, que se han ocupado de comparar a las citadas normas constitucionales que, aunque esbozadas en analizar a la familia en el Perú, resultan,

igualmente, de mucha importante y ayuda para la presente. Al respecto se indica que:

Mientras que en la Constitución de 1979 matrimonio y familia aparecen vinculados; en la Constitución de 1993, están desvinculados. En la primera, es claro que la familia que se protege es la de origen matrimonial. En la segunda, la familia que se protege es principalmente aquella que nace de un matrimonio, aunque no es la única fuente. (Plácido Vilcachagua, 2013,p.89)

Como se enuncia, la figura del matrimonio y de la familia estaban, íntimamente, unidas en la Constitución de 1979, lo cual evidencia que la familia era concebida sobre la base del matrimonio, haciendo de este, el único modo legítimo para constituirla; y, por tanto, la única susceptible de reconocimiento y protección jurídica. Sin embargo, el constituyente de 1993 no ha reflejado igual situación, pues aunque promueva, principalmente, al matrimonio como la base de la familia, ha dejado abierta la posibilidad de que esta no solo sea fundada por medio del matrimonio, sino por otro tipo de uniones no matrimoniales, como la unión de hecho o concubinato, tal como se aprecia en el artículo 4 de la Constitución Política del Perú de 1993 y según la doctrina nacional, cuando señalan que:

Mientras que en la Constitución de 1979 la unión de hecho no es fuente generadora de una familia, en la Constitución de 1993 sí lo es. En la primera, es claro que la unión de hecho es productora de puros efectos patrimoniales, desde que de ella no nacía una familia. En la segunda, por el contrario, la unión de hecho es productora de efectos tanto personales como patrimoniales, desde que de ella nace una familia. (Plácido Vilcachagua, 2013, p.89)

Cabe indicar, como lo anota la doctrina que, si bien en la Constitución de 1993 persistiría una relación inmediata entre familia y matrimonio, ello no significa que tal identificación sea como tal entre ambas figuras, por cuanto de la ratio de los artículos 4 y 5 de la actual Constitución, devenida del principio del reconocimiento integral de las uniones de hecho propias o sin impedimento matrimonial que exterioriza, debe entenderse la obligación de proteger a la única familia que la Constitución considera, sin que sea determinante su base de constitución, ya sea legal o de hecho. (Plácido Vilcachagua A. F., 2013)

En el plano legal, la actual regulación del matrimonio se esboza en el código civil peruano de 1984, el cual se ha ocupado de la referida institución del siguiente modo:

El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común. El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales. (Poder Ejecutivo, 1984, art. 234)

A grandes rasgos se puede apreciar cómo es que, la indicada norma ha desarrollado el contenido de la figura del matrimonio. Es así que, en el plano subjetivo, esto es de los sujetos al que está dirigido, se hace referencia al varón como a la mujer, los cuales serían los únicos que pueden unirse bajo dicha institución, siempre que ello se

desarrolle bajo propia voluntad de ambos. Así, también, refiere la necesidad de cierta aptitud en los celebrantes, a efectos de que sea válida su unión. Por otro lado, en el caso de su formalización, se indica que ella se llevará a cabo bajo las normas del mismo código sobre el tema.

Sin embargo, lo resaltante de la indicada norma es la finalidad otorgada a la institución del matrimonio, consistente en que los cónyuges puedan hacer vida en común, lo cual para algunos autores supone “vivir bajo un solo techo, compartir la mesa y yacer en mismo tálamo, esto es, gozar no solo de las excelencias que brinda el hogar conyugal, sino también soportar el peso de la vida marital” (Varsi Rospigliosi, 2011, p. 48); es decir, entregarse el uno al otro, de tal manera que se procure siempre la permanencia del vínculo conyugal, pero, sobre todo de la familia.

En el caso del anterior Código Civil de 1936, el cual, si bien evidencia un amplio desarrollo normativo de la referida institución, este resulta un tanto genérico, por cuanto no desarrolla el contenido del matrimonio, es más solo se ha encargado de abordar temas como: impedimentos matrimoniales, los sujetos con capacidad para contraer matrimonio, causales de su nulidad, la prueba del matrimonio, requisitos del matrimonio de menores de edad, el consentimiento en el matrimonio de menores de edad, la celebración del matrimonio,

entre otros; para nada conducentes hacia una definición legal del matrimonio en tal época.

Evidenciándose así, de los referidos temas tratados por la indicada norma, una regulación sobre el matrimonio, en un plano procedimental, más que sustancial. Sin embargo, se ha podido constatar algunas importantes prescripciones en el código del 36 al respecto. Así se tienen:

Artículo 161.- El marido dirige la sociedad conyugal. La mujer debe al marido ayuda y consejo para la prosperidad común y tiene el derecho y el deber de atender personalmente el hogar.

Artículo 162.- Al marido compete fijar y mudar el domicilio de la familia, así como decidir sobre lo referente a su economía.

Artículo 164.- El marido está obligado a suministrar a la mujer, y en general a la familia, todo lo necesario para la vida, según sus facultades y situación.

Artículo 168.- El marido es el representante de la sociedad conyugal. (Congreso de la República, 1936)

Lo cual, evidencia la clara orientación del legislador de 1936 de otorgar mayor preponderancia al varón en la dirección de la familia, al dotarlo de la calidad de gestor, no solo en el aspecto económico, sino social; pero, en cuanto al matrimonio, se advierte una notoria ausencia sobre su desarrollo normativo, lo cual limita realizar mayores análisis al respecto.

## CAPÍTULO III

### DISCUSIÓN Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

#### 3.1. DISCUSIÓN DE LA REVISIÓN SISTEMÁTICA

##### 3.1.1. Contexto normativo y jurisprudencial actual con el que cuenta la figura del matrimonio y el derecho a la familia en el Perú

El marco teórico de la presente investigación se centró en el desarrollo evolutivo tanto de la institución del matrimonio como del fenómeno-institución de la familia; esto con la finalidad de utilizar los conceptos y dogmas aprendidos en la discusión que se centrará en las razones subyacentes de la regulación normativa de las mismas figuras.

Precisamente, esta mirada evolutiva que se ha tenido de la familia y del matrimonio, constituyen y han constituido la materia prima de las regulaciones normativas que se han presentado a lo largo de la historia de la humanidad y que, tratándose del sistema europeo continental y el europeo insular, han influido inexorablemente en la configuración de las disposiciones normativas peruanas.

Comenzando por la dimensión deontológica del Derecho, vale decir, desde una mirada positivista, a partir de la revisión de las disposiciones normativas con las que se cuenta actualmente desde la perspectiva constitucional, hasta las reglamentaciones en protección de la familia y su relación con el matrimonio.

El texto constitucional no realiza una definición exacta de la familia como constructo jurídico ni como fenómeno, pero utiliza la expresión, tal vez presuponiendo su contenido, en varias de las disposiciones que componen su articulado; en ese sentido, una primera referencia se realiza en relación a la protección de la intimidad familiar, tanto en el inciso 6 del artículo 2, como en su inciso 7.

En cuanto al primero de los numerales, se consigna el enfrentamiento de la intimidad familiar al derecho de información, siendo que, en la ponderación abstracta entre uno y otro derecho, se privilegia el primero; es decir, se protege a la intimidad familiar por encima del suministro de información a través de servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados.

Tal optimización de derechos es comprensible en el contexto de la comprensión de la familia, como la cédula básica de la sociedad, como aquella en la que se origina el primer momento del control social, de cara a su fin público, pero también como aquel núcleo en el que se mantiene un estado de confort para la persona y que no puede ser perturbado o menoscabado por la actuación de terceros, en este caso, con el suministro de información que solo le compete al núcleo familiar.

En cuanto al mencionado numeral 7 del artículo 2 de la constitución, relaciona a la intimidad familiar con el honor, la buena reputación, la voz y la imagen propias; es decir, considera a la intimidad familiar un valor tan importante como los mencionados, no obstante, se remarca su importancia, pero no un contenido específico del derecho a la intimidad familiar y, menos, de la institución familiar.

El primer y único artículo del texto constitucional, en el que se esboza parcialmente un contenido de la familia, unida al matrimonio, es el cuarto, denominado "Protección a la familia. Promoción del matrimonio"; en este artículo, además de establecerse la máxima para la protección especial del niño, el adolescente, la madre y el anciano en situación de abandono; se fija el principio de protección de la familia y promoción del patrimonio.

Sobre esto último, es menester hacer notar que el texto constitucional contempla en un solo apartado tanto a la familia como al matrimonio, lo que es perfectamente comprensible habida cuenta su evolución paralela y, a veces, mixta en los distintos ordenamientos jurídicos a nivel mundial, lo que se hizo notar ya en el marco teórico.

Si bien es cierto la familia surgió primero en la historia, cuando el hombre se encontraba en estado natural y, paulatinamente, con las grandes culturas y sociedades fue revistiéndose de formalidad; no es menos cierto que en ciertos momentos como en la edad media,

concretamente con los preceptos canónicos, se la confundió con la figura del matrimonio, confusión que ha determinado una suerte de simbiosis que se ha mantenido hasta la actualidad; tal y como se observa en el artículo en comento en que se las reconoce como figuras jurídicas interrelacionadas, pero además, como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

Es precisamente esta última frase extraída del primer párrafo del acotado artículo cuarto del texto constitucional la que evidencia de manera más contundente la relación de confluencia que han mantenido y, en algunas mentes, todavía mantienen la institución matrimonial con el fenómeno familiar.

La tesista insiste en remarcar el carácter fenoménico de la familia, primordialmente, para contradecir la afirmación constitucional ya planteada; es decir, para dar cuenta de que la familia es verdaderamente un hecho natural y fundamental de la sociedad que se ha convertido en instituto jurídico por reconocimiento y no por creación, pero esa característica, en definitiva, no le corresponde al matrimonio, el mismo que, como ya se verificó en el estudio histórico contenido en el marco teórico, sí es un creación formal de la sociedad y luego del Derecho.

Por lo tanto, craso error cometió el Constituyente de 1993 al reconocer al matrimonio como un instituto natural de la sociedad, puesto que en

realidad es un instituto artificial, un mecanismo formal por el que se pueden asegurar, jurídicamente hablando, algunos de los derechos generados de uno de los tipos de unión familiares.

Es realmente sorprendente cómo este reconocimiento de la familia se había sostenido ya en el preámbulo de la Constitución Política del Perú de 1979, con una muy acertada frase que considera a la familia como la “célula básica de la sociedad y raíz de su grandeza, así como ámbito natural de la educación y la cultura” (Asamblea Constituyente).

La frase resulta sumamente acertada puesto que la capacidad de los seres humanos para reunirse y mantener lazos de familiaridad no solamente sirve para conformar grupos de convivencia material intersubjetiva a nivel micro, sino que su potencial se extiende hacia otros ámbitos de la sociedad, como lo es la transmisión de la cultura y la inmediata posibilidad de educar a los individuos que la componen.

No obstante, dicha Constitución, tergiversa en mayor medida que la actual la confluencia entre familia y matrimonio, reconociendo a ambos el principio de protección y, es más, le otorga al matrimonio la categoría de sociedad natural a la familia la de institución fundamental de la sociedad.

Es decir que, la confusión entre los contenidos y naturalezas del matrimonio y la familia se encontraba legitimada desde el momento

en que se reconoce al matrimonio como sociedad natural, tal vez, en remembranza de sus orígenes no formales en las sociedades antiguas.

Confusión que, tal y como se verifica en el artículo 4 de la carta Fundamental actual, se mantiene, el reconocimiento como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. Sobre este punto, es pertinente mencionar que el incumplimiento de las reglas básicas de la gramática terminan por transformar la disposición normativa en una proposición ambigua.

Ello porque, en la expresión contenida en la parte final del primer párrafo del artículo 4 de la Constitución, dice: "También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad"; generándose varias posibilidades de interpretación: 1) que ambos, tanto familia como matrimonio, sean considerados institutos naturales y fundamentales de la sociedad; 2) que la familia sea un instituto natural y el matrimonio uno fundamental; 3) que el matrimonio sea considerado el instituto natural, siendo que su antecesora así lo consideraba y que no se señala la frase respectivamente, y la familia uno fundamental; o cualquiera de las conjugaciones que se puedan extraer.

Con ello, la investigadora es de la posición de que debe entenderse esta frase de conformidad con la real dimensión de estas figuras jurídicas, teniendo en cuenta que la que surgió de manera natural es la familia, y lo sigue haciendo, sin necesidad de que haya un matrimonio de por medio y sin limitarse a sus prescripciones, por lo que la familia es el instituto natural; y, en cuanto al matrimonio, dado a que se ha convertido en una formalidad por la que suele constituirse un tipo de familia, la biparental, puede ser entendido, por lo menos bajo el precepto constitucional, como instituto fundamental de la sociedad.

Ello por la redacción que se mantiene en el mencionado artículo 4; porque, más adelante se sostendrá, el matrimonio no constituye un instituto fundamental; la familia es realmente el instituto natural y fundamental para las sociedades, por su carácter material, y el matrimonio no es más que una formalidad que coadyuva a dotar de seguridad jurídica a las familias biparentales.

Es en este punto que, se hace imperiosa la necesidad de analizar el derecho vigente frente a la existencia fenomenológica de sus figuras en la realidad; para ello, se utilizan dos conceptos netamente positivistas, dado cuenta que se encuentra en análisis una parte del derecho positivo, la Constitución Formal de 1993, y su vinculación con la práctica real, fáctica, de los valores que contiene.

Los conceptos a tener en cuenta, tanto a este nivel fundamental como a nivel legal, son los de moral positiva y moral crítica o ideal, que se resumen de la siguiente manera:

Por moral positiva se entiende el conjunto de valores efectivamente vividos por una sociedad o grupo en un lugar y tiempo determinados. Por moral ideal, aquellas pautas o criterios morales que, sin ser positivos, sirven para criticar ideas positivas o valores expresados por el derecho u otros sistemas normativos. (Cajica Lozada, 2016, p. 124)

En ese sentido, esta distinción entre moral positiva y moral crítica, vista desde una perspectiva externa, social, son el meollo de la discusión entre la práctica de determinado valor y su reconocimiento como obligatorio y general; aplicable no solamente a valores supremos, sino a cualquier desarrollo normativo inferior, a partir de la comprensión de sus razones subyacentes.

Ello ocurre con el reconocimiento del fenómeno familiar que, desde hace varias centurias ha sido íntimamente ligado al matrimonio, es más, el Derecho mismo en varias épocas lo ha considerado sinónimos y reconocido como uno, el matrimonio como la única forma de familia y, en aquellas épocas, se puede aseverar que había confluencia entre moral positiva y moral crítica; no obstante, en las últimas décadas, no ocurre así.

Es por ello que, en un sentido actualizado, existe una escisión entre la moral positiva de la sociedad peruana, que ha convenido en restarle

importancia a la fórmula matrimonial y ha preferido, por ejemplo, la convivencial; y la moral crítica que se encuentra aletargada en su función de recoger estas figuras, criticarlas y fundar nuevos valores o actualizar los existentes.

Es por ello que se siguen manteniendo estructuras de equidad entre el matrimonio y la familia tanto en las normas constitucionales como en su desarrollo legal, tal como ocurre con el artículo V de la Ley de Política Nacional de Población (Poder Ejecutivo, 1985) que regula el amparo prioritario del Estado al matrimonio y a la familia.

Es decir, a pesar de que se tiene consciencia de que se trata de dos institutos distintos, la redacción normativa todavía sigue consignándolos en las mismas disposiciones sin hacer diferenciación entre uno y otro; esto se denota con mayor claridad en el propio Código Civil, que dicho sea de paso fue redactado hace ya más de 30 años, el mismo que utiliza indistintamente un término u otro para referirse al mismo fenómeno; tal y como se analizará más adelante.

Volviendo a las políticas asumidas por el gobierno, la Ley de Política Nacional de Población, en el Capítulo I del Título II, reconoce a la Familia como “unidad básica de la sociedad” (art. 2); lo cual es perfectamente sustentable, incluso con los estudios sociológicos acerca de las unidades que componen la sociedad y que han sido presentadas anteriormente; no obstante, en su desarrollo restringe el

concepto de familia a “las parejas (...) el valor y derechos de los hijos sobre su crianza y socialización como responsabilidad tanto del varón como de la mujer”; es decir que, se sigue manteniendo la estructura mental de que las familias se componen de un varón y una mujer sin impedimento matrimonial que se unen para procrear.

No obstante, como se ha explicado ya en el marco teórico, este es solo un tipo de familia, puesto que la realidad provee muchos más tipos de unión entre las personas que trazan lazos de familiaridad.

En el mismo error se incurre en todos los artículos correspondientes a esta ley; así, el artículo 3 se encuentra referido al ejercicio de la paternidad responsable en el sentido de la decisión libre del número de hijos y su crianza; el artículo 4 establece los principios para la adopción; el artículo 5 se encuentra referido a la protección de los menores en abandono; el artículo 6 a la atención de los ciudadanos de la tercera edad; el artículo 7 a los programas para el desarrollo integral de la mujer; el artículo 8, la asunción de que el trabajo doméstico en la familia puede asumirse tanto por el hombre como por la mujer; el artículo 9 a los niveles de alfabetización de la población femenina y el artículo 10 sobre la madre trabajadora.

Todo en torno a la idea de familia compuesta por un padre, una madre e hijos; comprensión sesgada de la familia que termina por dejar en desprotección situaciones relativas a otro tipo de familias como las

monoparentales, la homo-afectivas o las ensambladas; las mismas que no necesariamente están compuestas por un hombre y una mujer y que tampoco tiene por qué contar con niños o hijos como sus integrantes.

La estructura material de la familia ha variado tanto que las prescripciones normativas existentes no logran contener si diversidad y, lo que es peor, dejan en desprotección a un sector de la población que exige ser protegido, no tanto por las necesidades con las que cuentan como por la obligación inherente con la que cuenta el Gobierno.

Es cierto, sobre este punto, que existen distintos tipos de familia como las homo-afectivas que no reciben ningún tipo de protección de parte del Gobierno, más que el mero ejercicio de su libertad para elegir pareja, con lo cual se afectan materialmente muchos derechos como la comunidad de bienes o el derecho a heredar; pero más preocupante que estas manifestaciones materiales de la desprotección, resulta la inercia en la que ha incurrido e incurre el Gobierno respecto de este sector de la población que, si bien es minoritario, no existe excusa para discriminarles en cuanto a su obligación de actuación tutelar.

El Código Civil también regula el derecho a la intimidad familiar (art. 14) estableciendo que no puede ser puesto de manifiesto, sin el asentimiento del cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos,

excluyentemente en ese orden; es decir que, a pesar de que la fórmula normativa utiliza la frase “intimidad familiar” para referirse al derecho, al desarrollarlo, lo relaciona con la familia matrimonial, al referirse al cónyuge, los descendientes; incluso al referirse a los ascendientes y hermanos; puesto que estas categorías se originan del concepto de familia matrimonial o algún otro tipo de familia como la monoparental; pero no se aplica para algunos miembros de las familias ensambladas y para ninguno de los miembros de las familias homo-afectivas.

Lo mismo ocurre en el artículo 47 del mismo Código Civil, en el que se regula la designación del curador interino cuando trascurren más de 60 días sin que se tenga conocimiento del paradero de una persona; al respecto, ocurre que se encuentra habilitado para realizar la solicitud “...cualquier familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad...”; centrando nuevamente la mirada en la familia biparental, de ahí que se hable de consanguinidad o afinidad, el primero que se adquiere por efecto de las relaciones paterno filiales y todas la que de ésta derivan y el segundo que se deriva de la relación conyugal.

Con dicha redacción, se deja de lado la posibilidad de solicitud para un sector de las familias ensambladas, compuestas o reconstituidas, en la que existen miembros que llevan vida en común pero que no

guardan relación de consanguinidad ni afinidad; este último término, entendido como la relación familiar derivada de la relación conyugal.

No obstante, en cuanto a lo último, podría extenderse el concepto de la familia por afinidad y aplicarse a situaciones tales como las relaciones homo-parentales, las homo-afectivas, el extremo especificado de las ensambladas; así como, la polémica que genera el uso de estos términos en familias cuyas relaciones paterno filiales se han originado con técnicas de reproducción asistida como la fecundación in vitro y la maternidad subrogada.

El libro III, de Derecho de Familia, del mismo Código, no hace gran diferencia respecto de la confusión de ésta con el matrimonio; en principio porque proclama su finalidad de consolidación y fortalecimiento del instituto “en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú” (art. 233); mismos que han sido ya analizados y que mantienen la antes dicha confusión.

Pero más evidente aún resulta la verificación de la redacción del artículo 234 del mismo Código Civil; puesto que, en el libro correspondiente a la familia, se regula expresamente al matrimonio, señalándose que se trata de “la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida

común”; restringiendo la noción de familia a la familia matrimonial, de manera abierta y despreocupada.

Ello en razón de que el Código Civil fue redactado en 1984, es decir, hace 34 años, una época en la que la comprensión del ámbito familiar era completamente distinta a la actual y en la que, el único tipo de familia que se admitía socialmente era la matrimonial.

Asimismo, se concebía como finalidad de la familia la procreación, tan es así que, el artículo 235 contiene a la relación paterno filial, las obligaciones y derechos tanto de los padres como de los hijos; es decir, nuevamente se regresa al concepto de familia compuesta por un hombre y una mujer y su prole.

Este hombre y esta mujer, según lo redacta el propio código en el artículo 236, constituyen un tronco común a partir del cual descienden otras personas que componen su familia consanguínea o, todos juntos, parientes por consanguinidad; confirmándose la afirmación de que el parentesco por consanguinidad solo es posible ante la existencia de una relación biparental compuesta por un varón y una mujer.

Limitándose nuevamente tal posibilidad a las relaciones biparentales compuestas por dos varones, dos mujeres, entre otras varias posibilidades.

Más se agrava la situación cuando el código desarrolla al parentesco por afinidad, pues establece textualmente en su artículo 237 que éste es producido por el matrimonio, entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro.

Estableciéndose reglas para su graduación que, en la actualidad, resultan vetustas y que, lamentablemente, se encuentran o siguen siendo utilizadas para definir múltiples asuntos tanto del Derecho Familiar como de las demás disciplinas jurídicas; por ejemplo, en el caso de la herencia al establecerse los herederos forzosos, quienes obtienen el derecho únicamente por ser parientes consanguíneos, pero no por haber sido familia del causante durante su vida.

Al respecto, muchos son los casos en que los padres cuando son ancianos son abandonados o dejados en desprotección por parte de sus hijos, siendo que quien se encarga de cuidarles en los últimos años de su vida suelen ser vecinos o cualquier tercero sin ningún parentesco por consanguinidad ni afinidad; pero, cuando dichos ancianos fallecen y se convierten en causantes, quienes heredan forzosamente, por imperio normativo, son los propios hijos que los abandonaron; recuérdese que este tipo de circunstancias son legales, pero no necesariamente justas, favorecen a un tipo de familia, pero no a la familia de manera material.

En igual sentido, el parentesco por adopción establecido en el artículo 238, tiene como eje el formato de la familia conyugal; aunque, esto es perfectamente comprensible dado que dicho tipo de familia ha sido socialmente aceptada y jurídicamente contemplada en el sistema peruano; no obstante, sobre esto último, la adopción misma se ha desprendido ya de dicha concepción y, en la actualidad no exige la existencia de un matrimonio como requisito de procedencia.

El mencionado libro III del Código Civil, a pesar de llamarse Derecho de Familia, también en su sección segunda desarrolla en realidad el matrimonio, tan es así, que dicha sección contiene las prescripciones de la sociedad conyugal, y el Título I, al matrimonio como acto, dentro del cual se desarrollan figuras como los esponsales, los impedimentos para el matrimonio, el procedimiento de celebración del matrimonio, la prueba del matrimonio, la invalidez del matrimonio; las relaciones personales entre los cónyuges, los deberes y derechos que nacen del matrimonio; el régimen patrimonial; entre otros temas que, en lugar de desarrollar las incidencias de la familia, tantas que se presentan en la actualidad, desarrollan los elementos componentes, procedimientos y figuras relativas al matrimonio.

Revisado el libro de familia del Código Civil, entonces, no se encuentra otra referencia que no sea la familia matrimonial; es más, hasta la diferencia entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, no

hace más que remarcar la importancia de la institución matrimonial en este libro.

Con ese craso error, entonces, el Estado termina por omitir el cumplimiento de sus funciones tutelares, más concretamente, el Gobierno, es ajeno a la realidad familiar, aquella que se presenta en la sociedad y que, desarrolla una moral positiva, pasible de ser analizada y criticada para la conformación de la moral ideal; aquella que influye en la construcción de los nuevos dogmas jurídicos.

**3.1.2. Contenido, alcances y naturaleza que le asiste al derecho a la familia y a la institución del matrimonio en un sentido actual, desde el campo de la sociología**

La propia UNICEF, desde una mirada sociológica de la familia ha reconocido que existen nuevas perspectivas y, por tanto contenidos de la misma (Peri, 2003).

Algunos estudios publicados en torno a la promoción de la UNICEF, a nivel sociológico, han logrado determinar que “destacan la creciente inestabilidad de las relaciones adultas en las últimas décadas del siglo XX” (Smith, 2003); afirmación vertida luego de llevar a cabo un estudio empírico en tres cohortes de nacimiento británicas; situación que se ha extendido también a nivel mundial y en países de nuestra región.

No obstante, este fenómeno se revela nuevo debido a que se verifica en el contexto de una familia matrimonial; no obstante, “La forma en que concebimos el matrimonio, la familia y las relaciones de parentesco ha sido reconfigurada, quizás hasta destruida, por un conjunto de cambios económicos y sociales que desmantelaron un rígido patrón de relaciones de parentesco prescritas.” (Farber, 1973, p. 75).

La economía, o mejor dicho, la escasa economía, por ejemplo, obliga a varias familias biparentales a convivir en un solo ambiente, edificación o complejo; a fin de abaratar costos, situación que lleva a que todas estas familias sean consideradas como una sola gran familia, puesto que trazan lazos importantes a partir de la convivencia.

Las nuevas formas sociales también influyen en la confirmación de nuevos tipos de familia, como ocurre con las familias compuestas por estudiantes, cuyo origen consanguíneo o por afinidad, es diverso, pero que de todas formas constituyen familias; ante lo cual se amplía el concepto de afinidad conyugal a una afinidad sentimental producto de la convivencia.

Dentro de todas estas circunstancias se presentan los múltiples tipos de familia que han sido presentados ya en el marco teórico; la familia, se nuclear o extensa, ensamblada, monoparental simple, monoparental grupal, homoparental, poligámica, estables o

inestables; sea cual fuere su tipología, su calificación; matrimoniales o no matrimoniales; “los Estados Partes también deberían indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros” (Comité de los Derechos Humanos, 1990).

La cita anteriormente esbozada forma parte integrante de la Observación General No. 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos al artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en lo referente a la familia y, pese a que es cierto que dicho pacto no ha desarrollado los diversos tipos de familia, es igualmente veraz que el propio Comité reconoce su existencia y, ha convenido en diferencias a la familia del matrimonio.

Es decir que, la perspectiva material de la familia se está tomando en cuenta y, socialmente hablando, es muy distinta a la consignada en la mayoría de los ordenamientos jurídicos mundiales y de la región americana del sur; tal y como ocurre con el Perú, que tal y como se ha visto en el acápite anterior, basa su normatividad familiar únicamente en el matrimonio.

La realidad ha demostrado que, incluso, la convivencia entre dos personas, familia biparental, se configura, en la mayoría de ocasiones, si la necesidad de pactar o trazr un vínculo matrimonial; es por ello

que, incluso de manera muy rudimentaria se reconocen los derechos de convivencia en los diferentes ordenamientos, y, concretamente, en el ordenamiento constitucional peruano, en el artículo 5.

Entonces, el Derecho no puede permanecer inerte ante los cambios sociales, puesto que dichos cambios sociales generan también nuevas situaciones o circunstancias de interés jurídico, de protección de derechos fundamentales y de tutela efectiva de dichos derechos por parte del Gobierno.

Esto es lo que está faltando, efectiva protección, la visión errada de la familia, genera múltiples vacíos normativos que dejan en desprotección a los ciudadanos con pensamientos, costumbres o vivencias diversas a lo que acostumbra la mayoría y, únicamente por esa diferencia de comportamientos y organización, se les condena a vivir en desprotección.

El derecho entonces, no debe orientarse por ideologías, por posturas o por discusiones meramente dogmáticas, sino que tiene la obligación de voltear a mirar a la sociedad y a sus necesidades para determinarse, para complementarse y para mutar, de ser necesario.

Con lo señalado, visto el irresponsable proceder del legislador, que no toma en cuenta las necesidades sociales en la configuración del

contenido del Derecho de Familia, toca delimitar el contenido y naturaleza que mantiene el matrimonio a partir de su visión social.

### **3.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS**

La hipótesis a contrastar es la siguiente: La naturaleza de la institución matrimonial en relación con el contenido y naturaleza del derecho a la familia visto desde su dimensión social actual, es la de mecanismo a través del cual se propicia la seguridad jurídica de los efectos que producen las familias biparentales.

Tal y como se ha verificado en el marco teórico y en los dos puntos anteriormente planteados, el fenómeno-institución familiar, no puede restringirse a los límites de la institución matrimonial; es más, esta última es totalmente insuficiente para traducir la cantidad de particularidades con las que cuenta cada tipo de familia.

Asimismo, se ha constatado que el matrimonio, ha dejado de contar con la relevancia que tenía antaño para la conformación de la familia, que existen familias biparentales que conviven pero no se casan; en ese sentido, las familias que deciden casarse, generalmente lo hacen por dotar de seguridad a su convivencia, seguridades patrimoniales y hereditarias, e incluso seguridades sociales en la escuela, la seguridad social, etc.; pero son cada vez menos las decisiones en este sentido.

Entonces, al ser que las uniones entre personas no tienen más como único parámetro al matrimonio, este ha dejado de ser una institución familiar y ha pasado a convertirse en una institución registral, que tiene como objetivo dotar de seguridad, nuevamente registral, a la unión material entre dos individuos.

He aquí el sustento para referirnos, por ejemplo, a la falta de necesidad de que dicha unión sea únicamente de varón y mujer, o que tenga como propósito a la procreación; ello debido a que en la realidad se presentan uniones homo-afectivas o hetero-afectivas que no tienen el más mínimo interés por la procreación.

En ese sentido, el matrimonio no es más que un mecanismo, una herramienta por la cual la unión factual adquiere carácter formal, bajo este supuesto, provee a sus contrayentes de la seguridad jurídica respecto de una diversidad de derechos relativos a la vida en común, aquellos que han sido perfectamente especificados en el actual libro de familia del Código Civil, cuya denominación debía variar a Derecho Matrimonial, permitiendo que el Derecho de Familia, sea eficientemente desarrollado y regulado por el legislador.

En ese sentido la hipótesis ha sido contrastada o comprobada y, sobre ello debe indicarse que, el alcance de la seguridad jurídica que provee el matrimonio alcanza únicamente a las familias biparentales, puesto que los demás tipos de familia explicados cuentan con sus propias características y, en ese sentido, requieren de otros mecanismos de protección que se adecúen a cada necesidad.

Con el propósito de recalcar la demostración de la hipótesis planteada inicialmente, se descompondrá la misma en sus mínimos elementos a fin de comprender el por qué de la afirmación.

En principio, la referencia a la naturaleza de la institución matrimonial, está compuesta de dos términos importantes que determinan la finalidad misma de la investigación, el término naturaleza y el término institución, a partir de los cuales se comenzará la alocución.

Hablar de la naturaleza de las cosas implica la búsqueda de su “esencia, virtud, calidad o propiedad característica” (Real Academia de la Lengua Española, 2019), en el presente caso, la naturaleza del matrimonio, implica la búsqueda de su esencia, su contenido básico, el mismo que ha estado siempre ligado a la familia y así se va a mantener, puesto que, el matrimonio, como ya lo hemos visto, puede fundarse en uno de los tipos de familia, pero no al revés; bajo este entendido, la esencia de la institución matrimonial se encuentra conformada por la base que le otorga la familia, pero la esencia de la familia no se encuentra compuesta, de ninguna manera, por el matrimonio.

En ese sentido, otro elemento que determina la naturaleza del matrimonio, según la definición de la RAE, es su propiedad característica, que hasta la actualidad, por lo menos a nivel normativo, ha sido relacionado también a la familia; vale decir que, se considera que la propiedad característica del matrimonio es la de mecanismo para hacer familia, es más, se lo considera

como un tipo de familia; no obstante, esto no es así, el tipo de familia es el biparental, el convivencial, cuyo contenido sobrepasa a la idea de matrimonio; es decir que su propiedad característica no es ser considerado un tipo de familia, sino, la formalidad que asegura los derechos de un tipo de familia.

Desarrollando con mayor detalle el argumento, no es posible señalar que por el hecho de realizar una celebración formal, en la que se establecen compromisos y se suscriben actas, mismas que van a estar contempladas en un registro, se está construyendo familia; si la afirmación fuera positiva, es decir que dicha formalidad hace familia, se incurriría en una falacia, puesto que la familia no es un acto jurídico, tampoco una institución jurídica, la familia es un fenómeno social, interpersonal, con bases materiales, no con bases formales.

Bajo este argumento, se puede sustentar que existen matrimonios que no construyen familia y que existen familias que no necesitan del matrimonio; en ese sentido, la familia no requiere del Derecho para su conformación, pero sí lo hace para su protección, una de estas formas de protección es el matrimonio, pero que alcanza únicamente a la familia biparental, hetero u homo afectiva.

Con lo dicho, queda únicamente resumir la naturaleza del matrimonio, como un mecanismo, un medio, un procedimiento formal, cuyo propósito no es crear una familia, sino, asegurar que la familia biparental que se origine

materialmente cuente con la protección del Derecho, con el manto de seguridad jurídica que éste suele proporcionar.

El segundo elemento componente de la hipótesis es la alocución institución, pues bien, la institución jurídica que es el “elemento estructural esencial del ordenamiento jurídico o de la ordenación política y social” (Real Academia Española, 2019); es en el segundo momento de la definición que se ubica al matrimonio como institución jurídica, es decir que, el matrimonio es un elementos estructural de la ordenación social reconocido por el derecho; hablar de ordenación involucra referirnos a la creación, regulación de patrones de conducta a los que, finalmente, está orientado el Derecho (Peces Barba, Fernández y De Asís, 2000, p. 23).

En conclusión, las instituciones jurídicas son creadas por el hombre mismo, en su afán por la ordenación de la sociedad, la organización a través del Derecho, “nacen mediante operaciones fundacionales que les proporcionan su fundamento jurídico al continuarse; viven una vida a la vez objetiva y subjetiva, gracias a las operaciones jurídicas de gobierno y de administración repetidas y, además, ligadas a procedimientos” (Hauriou, 1925), y son derogadas, abrogadas o modificadas, según lo requiera el *ius imperium* como efecto de la necesidad social.

### 3.3. CONCLUSIONES

- A. El contexto normativo del matrimonio en el Perú, tanto históricamente como deontológicamente hablando, no ha contado con regulación autónoma puesto que siempre ha estado relacionado al fenómeno-institución de la familia.
- B. La regulación constitucional e infra-constitucional denomina a la regulación que contiene Derecho de Familia, ocurre que las disposiciones normativas no hacen referencia a esta última, sino a todos los elementos componentes y circundantes de la institución matrimonial.
- C. No existe una regulación constitucional que diferencie a la familia del matrimonio, ni una regulación legal completa, tutelar, del Derecho de Familia; debido a que existen muchos elementos y circunstancias de las diversas tipologías de familia que se han dejado en desprotección.
- D. La naturaleza que le asiste a la familia en el contexto actual sigue siendo el de fenómeno, puesto que es en el plano material que se configuran sus elementos y sus efectos, las relaciones que la componen y los contenidos que, a partir de ella, se construyen.
- E. Sólo de manera parcial, la familia es un instituto jurídico, puesto que, el derecho positivo no cuenta con disposiciones normativas que contengan al fenómeno familiar en todas sus dimensiones.
- F. Los vacíos normativos existentes en la actualidad respecto de la naturaleza, contenidos, elementos y alcances de la familia, termina por afectar a las minorías que componen los tipos de familia que no han sido recogidos en el ordenamiento constitucional y legal.

- G. La institución jurídica del matrimonio, no es más que un mecanismo para viabilizar un tipo de familia, la biparental, siendo que los demás tipos de familia requieren de regulaciones propias que aseguren una tutela efectiva de derechos.

### 3.4. RECOMENDACIONES

- A. Se recomienda a las Universidades de las distintas regiones del país, la elaboración de un proyecto de investigación multidisciplinario, antropológico, sociológico, psicológico y legal, para el estudio fáctico de los tipos de familia y los modos de protección que estos requieren; mismo que puede servir de insumo para la elaboración de los dispositivos legales que aseguren la tutela efectiva de los derechos generados por los distintos tipos de familia.
- B. Se recomienda al Poder Judicial, conformar un equipo multidisciplinario que, mediante el trabajo conjunto con las Universidades de las distintas regiones del país, puedan identificar la nueva estructura y contenidos del Libro de Familia del Código Civil, en pos de la eficiencia y efectividad en la tutela efectiva de los derechos generados por los distintos tipos de familia.
- C. Se recomienda a los magistrados y operadores jurídicos del Ministerio Público, Poder Judicial, Defensoría del Pueblo, entre otras entidades relativas a la protección familiar, tener en cuenta la dimensión material, social, de la familia al momento de tomar decisiones tendientes a la protección o desprotección de sus miembros.
- D. Se recomienda a los magistrados del Poder Judicial, para que en las decisiones referidas a la institución familiar, de presentarse disposiciones normativas que contravengan la naturaleza de las situaciones planteadas ante su judicatura, se prefiera las características del caso concreto antes

que las prescripciones legales que deben verse derrotadas ante las primeras.

- E. Se recomienda a los miembros del Congreso de la República a fin de que revisen las prescripciones de otros ámbitos del derecho civil en los que se tengan en cuenta las figuras matrimoniales antes que las figuras familiares; llámese: Determinación del Derecho Hereditario, determinación del derecho patrimonial, determinación de las capacidades jurídicas; celebración de actos jurídicos; etc.

### 3.5. PROPUESTA DOGMÁTICA

El matrimonio, entonces, es una institución jurídica construida formalmente para responder a una necesidad social, en cambio, la familia es el fenómeno social que determina dicha necesidad; bajo esta afirmación, ocurre que la necesidad social no siempre es la misma, varía de conformidad con el lugar y con el tiempo, si hacemos referencia al Código Civil de 1984, dictado hace tres décadas y media, hemos de identificar que la necesidad respecto de la familia era comprendida por la sociedad de una manera distinta a la sociedad actual.

La moral positiva de la época consideraba que el único medio o modo de familia era la biparental, se encontraba proscrita la posibilidad de separación de las parejas en el país y, peor aún, la unión de las personas sin que cuenten con el vínculo matrimonial; esta estructura del pensamiento social, ha cambiado vertiginosamente hasta la actualidad, en la que se registran varias parejas que conviven sin necesidad de matrimonio y pueden ser consideradas familia, madres o padres que viven únicamente con sus hijos, sin pareja, parejas del mismo género, personas en convivencia que trazan lazos de familiaridad, etc.

Es entonces que se debe influir en el reconocimiento de la naturaleza fenoménica de la familia y del matrimonio como institución jurídica, a fin de separar la equiparidad entre matrimonio y familia.

**LISTA DE REFERENCIAS**

- Abundis Rosales, M., & Ortega Solís, M. (2010). *Matrimonio y divorcio: antecedentes históricos y evolución legislativa*. ISBN: 978-970-764-986-6. Puerto Vallarta, Jalisco: Universidad de Guadalajara.
- Alessandri, A., Somarriva, M., & Vodanovic, A. (1990). *Derecho Civil. Parte preliminar y parte general*. Santiago: Ediar ConoSur Ltda.
- Antonia del Bravo, M. (2006). La familia moderna nos aparece, así, como la realidad integrada. *Memoria y Civilización*, 13-49.
- Arechederra, L. (2009). *El matrimonio informal en los Estados Unidos de América (el common law marriage)*. Cizur Menor: Civitas.
- Asamblea Constituyente. (13 de julio de 1979). Constitución Política del Perú. *Constitución Política del Perú*. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial "El Peruano". Obtenido de Constitución Política del Perú.
- Baqueiro Rojas, E., & Buenrostro Báez, R. (2009). *Derecho de Familia, 2a. ed.* México: Oxford University Press, Colección de Textos Jurídicos.
- Brugi, B. (1946). *Instituciones del Derecho Civil*. México: Uteha.
- Bunge, M. (2002). *Ser, saber, hacer*. México: Paidós.
- Cajica Lozada, G. (2016). Algunos conceptos, distinciones y aspectos interesantes de la tesis positivista de la separación entre Derecho y Moral. *Revista de la E. L. de D. de Puebla N° 3*, 121-134.

- Calderón de Buitrago, A., Bonilla de Avelar, E., Bautista Bayona, A., Burgos Salazar, M., Rolando García, C., & Pino Salazar, F. (1995). *Manual de Derecho de Familia*. ISBN: 84-89544-10-7. El Salvador: Centro de Investigación y Capacitación.
- Calderón, A. (2015). *Manual de Derecho de Familia*. El Salvador: Centro de Investigación y Capacitación.
- Caso Irma Doris Anaya Cruz, Exp. N° 03605-2005-AA/TC (Tribunal Constitucional 08 de Marzo de 2007).
- Caso José antonio Álvarez Rojas, Exp. N° 2868-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional 24 de noviembre de 2004).
- Caso Reynaldo Armando Shols Pérez, Exp. N° 09332-2006-PA/TC-LIMA (Tribunal Constitucional 30 de noviembre de 2007).
- Chabod, F. (1990). *Escritos sobre el Renacimiento*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Comité de los Derechos Humanos. (1990). *Observación General No. 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23 - La familia, 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171*. Minnesota: Human Rights Library.
- Congreso Constituyente Democrático. (30 de diciembre de 1993). Constitución Política del Perú. *Constitución Política del Perú*. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial "El Peruano".

- Congreso Constituyente Democrático. (30 de Diciembre de 1993). Constitución Política del Perú. *Constitución Política del Perú*. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial "El Peruano".
- Congreso de la República. (12 de junio de 1936). Ley N° 8305. *Código Civil*. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial El Peruano.
- Consejo Episcopal Latinoamericano. (2004). Documento de Aparecida. *Juan Pablo II, Discurso al Foro de las asociaciones familiares, 18-XII-2004* (pág. 435). Bogotá: CELAM.
- Corral Talciani, H. (2003). La filiación matrimonial. *Actualidad Jurídica*, 241-262.
- De Pina, R., & De Pina Vara, R. (2003). *Diccionario de derecho*. México: Porrúa.
- Dzul Escamilla, M. (2017). *Aplicación básica de los métodos científicos*. Hidalgo: UAEH.
- Expósito Martín, F. J. (2011). La vida familiar e infantil durante la baja edad media. *Revista digital para profesionales de la enseñanza de Andalucía*, 1-11.
- Faneri Chica, L. (2015). *Reconocimiento de hijos extramatrimoniales y análisis jurisprudencial de la irrevocabilidad de los actos de reconocimiento*. Bogotá: Universidad Cooperativa de Colombia.
- Farber, B. (1973). *Family and Kinship in Modern Society*. Scott: Foresman and Company.
- Fernández Baquero, M. E. (2012). Definición jurídica de la familia en el Derecho romano. *Revista de Derecho UNED*, 166-176.

- Flores Salgado, L. (2012). *Las instituciones fundamentales del derecho civil en el siglo XXI. Una visión contemporánea*. México: BUAP.
- Floris Margadant, G. (1991). *Panorama de la historia universal del derecho*. México: Porrúa.
- García Calderón. (1924). *Traducción: Leyes de Manu*. Paris: Garnier Hermanos.
- García Garrido, M. (2000). *Cuadros gráficos y test de derecho privado romano*. Madrid: Dykinson.
- Gonzáles Casanova, J. A. (1980). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Barcelona: Vicens-vives.
- Guerra Frías, M., & Peña Alfaro Gonzáles, S. (2010). *Manual de Publicaciones de la American Psychological Association*. México: Manual Moderno, S.A. de C.V.
- Hauriou, M. (1925). Teoría de la institución y la fundación. *Cahiers de la Nouvelle Journée N° 4*.
- Hipp Troncoso, R. (2006). Orígenes del matrimonio y de la familia modernos. *Revista Austral de Ciencias Sociales*, 59-78.
- Ignacio López, A. (1996). Mujeres y Familia en la Edad Media. *Editorial Universitaria de Buenos Aires*, 99-115.
- Landriel , E. (2013). *Adultos Mayores y Familia: algunos aspectos de la intervención del trabajo social*. Buenos Aires: Universidad de Santiago del Estero.

- Lasa-Aristu, A., & Amor, P. (2016). *La importancia de la argumentación en los trabajos de investigación*. Barcelona.
- López de Ayala, I. (1564). *El Sacrosanto y Ecuménico Concilio de Trento*.  
Barcelona: Imprenta de D. Ramón Martín Indár.
- Martínez García, G. (2016). *La familia en la sociedad contemporánea*. Ambato:  
Universidad Técnica de Ambato.
- Medina, G., & Winograd, C. (25 de septiembre de 2018). *Relaciones de Familia. Los acuerdos prenupciales en la jurisprudencia norteamericana*. Obtenido de Relaciones de Familia. Los acuerdos prenupciales en la jurisprudencia norteamericana: <http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/derecho-comparado/legislacion-y-jurisprudencia-extranjeras-sobre-personas-familia-y-sucesiones-acuerdos-prenupciales.pdf>
- Monje Álvarez, C. (2011). *Metodología de la Investigación cuantitativa y cualitativa*. Neiva: Universidad Surcolombiana.
- Montagna, P. (2016). Parentalidad socio-afectiva y las familias actuales. *Derecho PUCP*, 219-233.
- Morales Gómez, S. M. (2015). La familia y su evolución. *Perfiles de las ciencias sociales*, 128-155.
- Morgan, L. H. (1966). *Sociedad Antigua*. La Habana: Ediciones Venceremos.
- Muñoz Bonacic, G. (2014). *Evolución del concepto familia y su recepción en el ordenamiento jurídico*. Chile: Universidad de Chile.
- Núñez Vaquero, Á. (2014). Dogmática jurídica. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. ISSN 2253-6655, 245-260.

- Palacio Valencia, M. C. (2010). Los tiempos familiares en la sociedad contemporánea. *Revista latinoamericana de estudios de familia* , 9-30.
- Papa Francisco. (09 de septiembre de 2018). *Evangelii Gaudium*. Obtenido de Exortaciones apostólicas:  
[http://w2.vatican.va/content/francesco/es/apost\\_exhortations/documents/pa-pa-francesco\\_esortazione-ap\\_20131124\\_evangelii-gaudium.html](http://w2.vatican.va/content/francesco/es/apost_exhortations/documents/pa-pa-francesco_esortazione-ap_20131124_evangelii-gaudium.html)
- Peces Barba, G., Fernández, E., & De Asís, R. (2000). *Curso de Teoría del Derecho*. Madrid - Barcelona: Marcial Pons.
- Pereira Domínguez, M. d. (2002). Un programa de intervención pedagógica sobre educación familiar en el ámbito comunitario. Estrategias para la resolución de conflictos Y II. *Revista de Ciencias de la Educación: Organo del Instituto Calasanz de Ciencias de la Educación*, 135-156.
- Péres Contreras, M. (2010). *Derecho de familia y sucesiones*. México: Cultura Jurídica - UNAM.
- Peri, A. (2003). Dimensiones ideológicas del cambio familiar. En UNICEF, *Nuevas formas de familia. Perspectivas nacionales e internacionales*. ISBN 92-806-3793-6 (págs. 141-162). Montevideo: Universidad de la República.
- Plácido Vilcachagua, A. F. (2013). El modelo constitucional de familia, la orientación sexual de los padres y los derechos del hijo. *VOX JURIS*, 45-80.
- Poder Ejecutivo. (05 de julio de 1985). Decreto Legislativo N° 346. *Ley de Política Nacional de Población*. Lima, Lima: Diario Oficial "El Peruano".

- Pontificia Universidad Católica del Perú. (1990). *La familia en el derecho peruano- En homenaje al Dr. Hector Cornejo Chávez*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Qaisi, G. (2000). Article a student note: religious marriage contracts: judicial enforcement of mahr agreements in american courts against public policy. *J.L. & Religion 67 Journal of Law and Religion*.
- Ramos Núñez, C. (2014). *Cómo haer una tesis en Derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Grijley.
- Ramos Núñez, C. A. (1998). La idea de familia en el Código Civil peruano. *Themis*, 97-107.
- Real Academia de la Lengua Española. (3 de mayo de 2019). *Diccionario de la Real Academia de la Lengua española*. Obtenido de Naturaleza: <http://lema.rae.es/drae2001/srv/search?id=mZWdUpzOaDXX2FnA9UmO>
- Real Academia Española. (3 de mayo de 2019). *Diccionario español jurídico*. Obtenido de Consejo General del Poder Judicial: <https://dej.rae.es/lema/instituci%C3%B3n>
- Rodas Quintana, C. A. (2017). Los efectos jurídicos en las familias paralelas. *Universidad Señor de Sipán*, 1-14.
- Rodríguez Fernández, N. E. (2012). Un acercamiento a la familia desde una perspectiva sociológica. *Contribuciones a las ciencias sociales - Universidad de Málaga*, 78-92.
- Rodríguez Jiménez, A., & Pérez Jacinto, A. (2017). Métodos científicos de indagación y de construcción del conocimiento. *Revista Escuela de Administración de Negocios, núm. 82,, 1-26*.

- Rodríguez Sánchez, Á. (2015). *La familia en la edad moderna*. ISBN: 9788476352250. Madrid: Aco Libros.
- Rojina Villegas, R. (1984). *Compendio de Derecho Civil*. México: Ed. Porrúa, S.A.
- Rondón García, L. M. (2011). *Nuevas formas de familia y perspectivas para la mediación: el tránsito de familia modelo a los distintos modelos familiares*. Sevilla: UNIA.
- Sánchez Sánchez, M. (2015). *Técnicas de Investigación*. Hidalgo: Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo.
- Sanz Martín, L. (2010). Análisis de las posiciones doctrinales dadas sobre la naturaleza de la familia en el Derecho Romano arcaico. *Anuario Jurídico y Económico Escorialense XLIII*, 200-214.
- Slick, M. (23 de septiembre de 2018). *Matrimonio*. Obtenido de Ministerio de Apologética e Investigación Cristiana: <http://www.miapic.com/matrimonio-el-coran-por-temas>
- Smith, K. (2003). Medio Siglo de cambios en la familia. En UNICEF, *Nuevas formas de familia* (págs. 37-54). Montevideo.
- Suárez Ruíz, M. (2007). La edad media. *Revista de la Universidad de Cantabria*, 1-39.
- Tam, J., Vera, G., & Oliveros, R. (2008). Tipos, métodos y estrategias de investigación científica. *Pensamiento y acción N° 5*, 145-154.
- Tamayo Haya , S. (2013). Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas. *Universidad de Cantabria*, 1-55.

- Trazegnies Granda, F. (1990). La familia ¿un espejismo jurídico? Reflexiones sobre la función comprobante - constitutiva del Derecho. En F. Trazegnies Granda, R. Rodríguez Iturri, C. Cárdenas Quiros, & J. A. Garibaldi, *La familia en el Derecho peruano. Libro homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez* (págs. 20-42). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Varsi Rospigliosi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Villabella Armengol, C. M. (2015). *Los métodos en la investigación jurídica, algunas precisiones*. México: UNAM.