



DEPARTAMENTO DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

**LA VULNERACIÓN AL DERECHO DEL NIÑO Y ADOLESCENTE DE
VIVIR CON SU FAMILIA PRODUCTO DE LA “PROSCRIPCIÓN QUE
EL HIJO EXTRAMATRIMONIAL DE UNO DE LOS CÓNYUGES PUEDA
VIVIR EN LA CASA CONYUGAL SIN EL ASENTIMIENTO DEL OTRO”**

Tesis presentada por la Bachiller en Derecho:

PAMELA FIDELA ARAGON ESPINOZA

Para optar el título profesional de Abogada

Asesora: Mtr. Maria Gracia Espinoza Acosta

AREQUIPA, 2020

A mi familia.....

Contenido

RESUMEN	5
INTRODUCCIÓN.....	6
CAPITULO I: ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL “ARTÍCULO 397° DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO” Y SU PRESENCIA ACTUAL EN EL DERECHO COMPARADO ..	1
1.1. Contexto histórico en el que nace el “artículo 397° del Código Civil Peruano”....	1
1.1.1. Código Civil de 1852.....	1
1.1.2. Código Civil de 1936.....	4
1.1.3. Código Civil de 1984.....	6
1.2. Razones que justifican la existencia del “artículo 397° del Código Civil Peruano”..	8
1.3. Efectos del carácter preconstitucional del “artículo 397° del Código Civil Peruano”.	14
1.4. Supuestos similares al prescrito en el artículo 397° del Código Civil Peruano en el derecho comparado.....	17
1.4.1. España.....	19
1.4.2. Chile	22
1.4.3. México.....	24
CAPÍTULO II: DERECHOS QUE ENTRAN EN UN APARENTE CONFLICTO Y PERSPECTIVAS SUBJETIVAS DESDE LAS CUALES SE ABORDAN.....	27
2.1. Métodos de solución de conflictos entre derechos y su aplicación al caso de estudio.	27
2.1.1. Interpretación en base a la constitución.....	27
2.1.2. Jerarquización de derechos	29
2.1.3. Teoría de los límites de los derechos.....	30
2.1.4. Test de Ponderación.....	31
2.2. Derechos que entran en un aparente conflicto.....	32

2.2.1. Entendimiento del artículo 397° como una forma de efectivización del derecho de la protección a la institución jurídica de la familia.....	32
2.2.2. Patria potestad del progenitor que quiere llevar a su hijo “extramatrimonial” a su hogar conyugal.	33
2.2.3. Derecho del niño, niña y adolescente de vivir con su familia.....	34
CAPÍTULO III: POSTURAS ARMONIZADORAS Y CONFLICTIVISTAS DE DERECHOS: APLICACIÓN AL CASO OBJETO DE ESTUDIO	40
3.1. Posturas Armonizadoras	40
3.2. Posturas Conflictivistas	41
3.3. Test de ponderación entre el derecho conferido por “el artículo 397° del Código Civil peruano” de evitar que “el hijo extramatrimonial entre al hogar conyugal sin la autorización del otro cónyuge y el derecho del niño y adolescente a vivir con su familia”	42
3.3.1. Establecimiento de los derechos sobre los cuales se aplicará el test de ponderación para asegurar su viabilidad	42
3.3.2. Ejecución del test de ponderación	43
CAPÍTULO IV: PROBLEMÁTICAS Y RIESGOS DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DEL “ARTÍCULO 397° DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO”	49
4.1. Contexto actual de la aplicación de la norma.....	49
4.2. Potenciales problemáticas, riesgos y alternativas a la aplicación “del artículo 397° del Código Civil Peruano”.	50
4.3. ¿El artículo 397° del Código Civil Peruano vulnera el derecho del niño y adolescente de vivir con su familia? ¿Es posible plantear una propuesta de mejora?	59
CONCLUSIONES.....	60
BIBLIOGRAFÍA	62

RESUMEN

Este trabajo de investigación se encuentra enfocado en el estudio del artículo 397° del Código Civil Peruano, el cual de manera textual señala que “El hijo extramatrimonial reconocido por uno de los cónyuges no puede vivir en la casa conyugal sin el asentimiento del otro”; ello con el fin de explorar a profundidad su fundamento, contenido y relevancia, de tal manera que se puedan identificar aparentes conflictos de derechos entre la prerrogativa que otorga este artículo y derechos como el del niño, niña y adolescente de vivir con su familia, que es una forma de protección al interés superior del niño. Para dicho fin, se estudiaron los principales antecedentes históricos de esta figura jurídica, de modo tal que se pueda comprender el contexto histórico en que fue necesaria su presencia en la legislación; posteriormente se abordó el estudio de la legislación comparada y la forma en que los demás países trataron con artículos similares en su legislación. Luego de ello se procedió a identificar de manera precisa los derechos que aparentemente entran en conflicto y se abordaron métodos de solución de conflictos entre derechos desde perspectivas armonizadoras y conflictivistas, ello en base a una amplia recopilación doctrinaria y jurisprudencial.

PALABRAS CLAVE: Hijo extramatrimonial – Casa conyugal – Derechos del niño y adolescente

INTRODUCCIÓN

El actual Código Civil peruano fue promulgado el veinticinco de julio del año 1984 a través del Decreto Legislativo N° 295, lo cual genera una particular situación de preconstitucionalidad de la normativa rectora en temas civiles, ya que la Constitución vigente en el Perú data del año 1993. Debido a ello, es que diversas figuras jurídicas e instituciones contenidas en el Código Civil ya no son útiles o debido al paso del tiempo, han quedado desfasadas por los diversos avances tecnológicos o cambios sociales ocurridos en el contexto local y global.

Una de las figuras jurídicas que pueden ser objeto de crítica y que aún se mantienen en nuestra legislación civil, es la contenida en su artículo 397°, la cual prescribe textualmente que “El hijo extramatrimonial reconocido por uno de los cónyuges no puede vivir en la casa conyugal sin el asentimiento del otro”¹. Debido a lo anterior, surgen una serie de problemáticas jurídicas, ya que producto de la aplicación de esta norma se configurarían aparentes conflictos de derechos, los cuales contrapondrían las posiciones de los cónyuges y la del hijo mal llamado hijo extramatrimonial.

Razonablemente, se puede argumentar que él o la cónyuge que ejercite este derecho, estaría vulnerando “el derecho del niño o niña de vivir con su familia”, el cual es parte del “interés superior del niño y del adolescente”, el mismo que se constituye como un principio constitucional reconocido y ampliamente recogido por la jurisprudencia, el cual haría primar “el derecho del niño y adolescente de vivir con el padre o la madre”. Asimismo, la facultad de ejercer el derecho regulado en el artículo objeto de análisis, estaría vulnerando el “derecho a la patria potestad del padre o madre que quiera vivir con su hijo”, ya que se le impediría ejercerla adecuadamente debido a la obstaculización de su contacto con el hijo, producto de la afectación que significa impedir su convivencia en el mismo hogar.

Lo descrito en el párrafo anterior, potencialmente puede materializarse en una diversidad de situaciones en la vida real, en las cuales será necesario responder con precisión qué derecho

¹ Poder Ejecutivo del Perú, Decreto Legislativo N° 295, *Código Civil*, Perú, entrado en vigencia el 14 de noviembre de 1984.

se va a efectivizar en caso que todas las partes involucradas (padre que quiere ingresar al hogar conyugal a su hijo, el otro cónyuge y el hijo) se vean en un aparente conflicto de derechos al momento de ejercer las prerrogativas que la ley les confiere. Es así, que el artículo 397° del C.C. representaría una figura jurídica desfasada en el tiempo y que directamente atentaría contra el derecho de los niños y adolescentes, revistiendo una gran problemática al poder generar un estado de indefensión en estos; siendo así también un elemento con contenido inconstitucional que produce que el ordenamiento jurídico peruano no se encuentre completamente en concordancia a su bloque de constitucionalidad constituido por tratados como la Convención sobre los derechos del niño.

Es por ello, que con el objetivo de mejorar y hacer más congruente el sistema jurídico peruano con su bloque de constitucionalidad en lo referente al interés superior del niño y adolescente, a través de este trabajo de investigación, se pretende analizar a profundidad el contenido del “artículo 397° del Código Civil Peruano”, de tal forma que se contextualice esta figura jurídica en el momento histórico en que fue creada, para dar explicación a las razones que la fundamentan y determinar si es posible realizar una interpretación a la luz de la constitución actual y el bloque de constitucionalidad vigente, o definitivamente es necesaria su remoción de la legislación peruana. Asimismo, esta investigación se limitará a explorar las diferentes perspectivas de las partes afectadas por esta figura jurídica, con especial atención en el “derecho de los niños de vivir en familia” y en la protección de la institución jurídica de la familia (bien jurídico que justifica la existencia del artículo 397° del C.C.), analizando jurisprudencia, doctrina y casuística relativa al tema, para finalmente buscar la mejor alternativa de solución a esta problemática, a través de la exploración de posturas armonizadoras y conflictivistas de derechos.

Para este fin se ha planteado como objetivo general de la investigación el determinar si se vulnera el derecho de los niños de vivir con su familia producto del artículo 397° del Código Civil Peruano: proscripción que el “hijo extramatrimonial” reconocido por uno de los cónyuges pueda vivir en la casa conyugal sin el asentimiento del otro; y como objetivos específicos: a) Determinar qué normas entran en un aparente conflicto y las posibles perspectivas de derecho subjetivo desde las que se deben abordar, b) Determinar si el caso concreto se debe analizar desde una postura armonizadora de derechos o desde una

perspectiva conflictivista de derechos, frente a una aparente vulneración del derecho de los niños de vivir con su familia producto del artículo 397° del Código Civil Peruano, c) Describir cómo se regulan en el derecho comparado supuestos similares al planteado por el artículo 397° del Código Civil peruano: proscripción que el hijo extramatrimonial reconocido por uno de los cónyuges pueda vivir en la casa conyugal sin el asentimiento del otro e d) Identificar qué efectos y riesgos se presentan ante la aplicación del artículo 397° del Código Civil peruano para la institución jurídica de la familia.

CAPITULO I: ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL “ARTÍCULO 397° DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO” Y SU PRESENCIA ACTUAL EN EL DERECHO COMPARADO

1.1. Contexto histórico en el que nace el “artículo 397° del Código Civil Peruano”.

Es claro que la mentalidad de las personas, sus costumbres, hábitos, necesidades e incluso su entorno, va cambiando con el tiempo, claro ejemplo de ello es la gran revolución digital que vivimos hoy por hoy y que hace treinta años era impensable. Ante ello, las normas jurídicas que rigen la vida en sociedad de todos, recogen las nuevas realidades y las regulan, teniendo normalmente en esencia una naturaleza reactiva a la realidad en las que se contextualizan, y; por tanto, mutando conforme pasa el tiempo.

A lo largo de lo historia jurídica del Perú hemos tenido distintos Códigos Civiles, los cuales dentro de su articulado han ido regulando la realidad del contexto histórico en el cual estuvieron vigentes y por lo tanto permiten entender el razonamiento del legislador al momento de promulgarlos, el cual se encuentra en congruencia con el pensamiento imperante en la época.

En esta sección de la investigación, se analizarán los tres últimos Códigos Civiles del Perú, enfocándonos en cómo ha ido evolucionando a lo largo del tiempo la regulación de la figura contenida en el artículo 397°, que dispone la proscripción del ingreso al hogar conyugal del hijo extramatrimonial sin el previo consentimiento del otro cónyuge.

1.1.1. Código Civil de 1852

“El período comprendido entre el inicio de la República (1821-1824) hasta mediados del siglo XIX (1850 es el inicio de la explotación eficiente del guano) es un oscuro período de caos. Sin orden, sin administración, sin instituciones republicanas. El poder

fue asumido por caudillos militares”². Dentro de ese contexto histórico es que nace el Código Civil de 1852³, el cual contó con una vigencia de 84 años (de 1852 a 1963), debido a que la regulación contenida en su articulado fue suficiente para una sociedad con apenas unas pocas décadas de convertida en República.

En el Código Civil de 1852, encontramos que los principales tópicos vinculados a esta investigación se regulan en la Sección IV el Título I “De los hijos ilegítimos”, Título II “De los hijos ilegítimos”, Título III “De los deberes entre padres e hijos, y los alimentos”, Título VI “De la patria potestad” y Sección Tercera “Del matrimonio”, Título VII “De los derechos y deberes que nacen del matrimonio”.

Como se aprecia en el mencionado Código, en ese contexto histórico no se contaba con un artículo similar al 397° del Código Civil de 1984, no obstante, se reguló de manera general aspectos importantes acerca de los hijos ilegítimos. Es importante mencionar, que evidencia del cambio radical de pensamiento que se produce conforme avanza el tiempo; es que, si bien en aquellas épocas era normal, actualmente es inconcebible y contrario al orden constitucional que consagra el interés superior del niño y el adolescente, el diferenciar a los hijos en legítimos e ilegítimos en base a las circunstancias de su concepción, siendo que actualmente, en cumplimiento a la Constitución y a diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional a lo largo de los años; como por ejemplo, las sentencias N° 02079-2009-PHC/TC⁴, 01665-2014-PHC/TC⁵, 01587-2018-PHC/TC⁶; en otras, no se hace ningún tipo de distinción entre los hijos.

² C. LUNA VICTORIA LEÓN, “Código Civil de 1852: Lo Nacional y lo Importado”, *Derecho PUCP*, N° 42, 1988, pp. 75. Disponible en < <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/5918>> Consulta: 03 de enero de 2020.

³ Congreso de la República del Perú, *Ley que dispone la promulgación del Código Civil de 1852*, Perú, entrada en vigencia el 30 de diciembre de 1851.

⁴ STC Exp. N° 02079-2009-PHC/TC, del 9 de setiembre de 2010, F.J. 8.

⁵ STC Exp. N° 01665-2014-PHC/TC, del 25 de agosto de 2015, F.J. 13.

⁶ STC Exp. N° 01587-2018-PHC/TC, del 6 de junio de 2019, F.J. 29.

En el Código Civil de 1852 no se especificó si el hijo ilegítimo puede o no ir a vivir en la casa conyugal, tampoco se hizo mención si dicho acto necesita de la aprobación del otro cónyuge. Cabe recordar que “en el Perú Colonial tuvo vigencia y validez el matrimonio religioso del catolicismo bajo las reglas del Derecho Canónico, lo que subsistió en el Perú Republicano aun mediando, en 1852, la promulgación del primer Código Civil, no obstante ser éste una fiel traducción del Código de Napoleón”⁷. En ese sentido, por el contexto histórico de la sociedad peruana de ese entonces, la cual era conservadora y no aceptaba fácilmente la idea de poder tener hijos fuera del matrimonio o el simple hecho de vivir separados dado el gran apego y fervor religioso de la población en general, no surge la idea o no existía la motivación suficiente para que se pueda considerar dentro de este Código una figura similar a la regulada en el artículo 397° del Código Civil de 1984, recordando que la costumbre, también es fuente del Derecho.

No se entrará en detalle de todas las particularidades que diferencian la forma de pensar de aquellos años con la actual, no obstante, es necesario mencionar tres artículos medulares que son evidencian antecedentes de la regulación actual de la problemática objeto de investigación.

En el artículo 173°, cuyo contenido dictaba que “los cónyuges contraen, por el matrimonio, la obligación de criar, alimentar y educar a sus hijos”, ya se evidencia la preocupación de asegurar a la familia como eje central de la sociedad, que, dentro de todos sus fines, cuenta con la altísima labor de formar a los hijos, que son los futuros integrantes de la sociedad.

Es también relevante mencionar al artículo 258°, que señala que “el que está obligado a dar alimentos cumple con entregar la pensión alimenticia, o con recibir y mantener en su casa a la persona que debe ser alimentada”. Aquí ya se da una primera idea de cómo para cumplir con la obligación de alimentos, una de las obvias posibilidades es

⁷ F. DE TRAZEGNIES *et alii*, *La familia en el derecho peruano: libro homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990, pp. 86.

mantener en el propio hogar al alimentista, que bien podría ser un hijo extramatrimonial, o ilegítimo, como se le llamada en esa época. Cabe notar, que no se ponen fórmulas que dificulten el ingreso del hijo ilegítimo al propio hogar cuando se tenía la obligación de darle alimentos, pese a esto poder ir en contra la institución de la familia, cuya relevancia ya era grande en esos años.

Finalmente, es necesario mencionar al artículo 287°, el cual contempla como uno de los derechos de la patria potestad para el padre, poder mantener en su poder y recoger a sus hijos del lugar donde estuvieron, pues está directamente vinculado con la concepción actual que se sigue manejando de patria potestad, y que concede al padre el derecho de estar con su hijo, y en consecuencia poder llevarlo consigo a su hogar.

1.1.2. Código Civil de 1936

A medida que la sociedad iba avanzando y el país se adaptaba a las nuevas realidades y esquemas jurídicos de un nuevo siglo, nació la necesidad de regularlas y perfeccionar la legislación civil que databa de los primeros años como República del Perú. Es así que surge el Código Civil de 1936⁸, el cual en lo vinculado a esta investigación, regula de manera más amplia la figura del hijo ilegítimo con un contenido muy conservador propio de la época, el mismo que en años posteriores fue objeto de una reforma propiciada por la doctrina internacional, como el caso de la obra del jurista español José Vázquez Richart, la que titulada “Situación y porvenir legal de los hijos ilegítimos y adoptados”⁹, propició las bases para la eliminación de distinciones de todo índole entre hijos.

Surge entonces el primer antecedente claro de la actual regulación contenida en el artículo 397° del Código Civil, ya que de acuerdo al artículo 360° del Código Civil de

⁸ Congreso de la República del Perú, *Ley N° 8305 que promulga el Código Civil de 1936*, Perú, entrada en vigencia el 14 de noviembre de 1936.

⁹ J. VÁZQUEZ RICHART, *Situación y porvenir legal de los hijos ilegítimos y adoptados*, Editorial de La Fundación Domingo Romero Grande, Madrid, 1971.

1936 “el hijo ilegítimo reconocido por uno de los cónyuges no podrá vivir en la casa conyugal sin el consentimiento de otro”.

La aparición de este artículo responde a una realidad en que la familia sigue siendo especialmente relevante, pero deja de ser regulada desde un enfoque en esencia eclesiástico y pasa a ser regulada bajo un enfoque contractual, en donde “se legisla ampliamente el matrimonio laico al que se le confiere y reconoce efecto jurídico de modo singular, exclusivo y excluyente dejándose a la libertad de conciencia del ciudadano el cumplimiento de sus deberes de religión”.¹⁰

Es así, que el derecho respondió a una sociedad peruana que había cambiado profundamente en solo 80 años, y que dejó atrás el modelo de Estado con una religiosidad imperante a un modelo laico (en gran parte debido a los gobiernos militares), siendo así que incluso “se consagró por primera vez en el Perú la posibilidad jurídica del divorcio vincular por mutuo disenso, inmotivado, cuyo único requisito era que el matrimonio tuviera cuando menos una antigüedad mayor a tres años. He aquí, pues, el nacimiento legal del divorcio absoluto en el Perú”¹¹.

Este surgimiento del divorcio como figura antagónica a la idea de matrimonio eterno a los ojos de Dios, se volvió parte de nuestro sistema jurídico, pese a que incluso en aquellos momentos había una gran convicción en contra de esta figura dentro de la comisión revisora encargada de la tarea de formular este Código Civil¹², siendo que, según el destacado jurista Héctor Cornejo Chávez, fue “producto de una decisión política antes que de un pensamiento jurídico”.¹³

Si bien es cierto, la legislación de estos años dejó más que clara la posibilidad del divorcio legal y lo reguló en profundidad, también tuvo la necesidad de brindar

¹⁰ D. REVOREDO, *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*, Librería Studium, Lima, 1985, p. 426.

¹¹ F. DE TRAZEGNIES *et alii*, *La familia en el derecho peruano: libro homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990, pp. 86.

¹² D. ARIAS SCHERIEIBER, “Comentarios al Código Civil”, *Revista del Foro*, N° 1-3, 1942, p. 114.

¹³ H. CORNEJO CHÁVEZ, *Derecho familiar peruano*, Tomo II, Librería Studium, Lima, 1987, 61^{va} ed.

herramientas que tuvieran la finalidad de preservar el matrimonio, el cual al igual que hoy, era considerado el núcleo esencial de la formación de cualquier sociedad. Por ello es que surge inicialmente en nuestra legislación el artículo 360° del Código Civil de 1936, que evita el ingreso a la casa conyugal de aquel hijo ilegítimo que fue reconocido por uno de los cónyuges, si de por medio no existe consentimiento del otro cónyuge, con el fin de evitar problemas dentro del matrimonio que justamente devinieran en el divorcio, dada la idiosincrasia de la época, así como la conservadora sociedad peruana de esos años.

1.1.3. Código Civil de 1984

Posteriormente, dado el desarrollo jurídico y las nuevas necesidades de regulación en la realidad nacional e internacional, se da el contexto propicio para la llegada del Código Civil de 1984, el cual contaba con avances en la doctrina referentes a todos los tópicos civiles y fue pensado como “un firme punto de partida para una constante y continuada reflexión, para un coherente repensamiento crítico del contenido del Código Civil que asegure el ininterrumpido enriquecimiento de la ciencia jurídica que, en permanente confrontación con la realidad social valiosamente comprendida, permita introducir en él las oportunas y sagaces enmiendas que el tiempo inexorablemente exige, así como producir los desarrollos legislativos o reglamentarios que el momento histórico reclama”¹⁴.

Es justamente en el artículo 397° del Código Civil de 1984 que se presenta el problema objeto de esta investigación, pues se señala expresamente que “el hijo extramatrimonial reconocido por uno de los cónyuges no puede vivir en la casa conyugal sin el asentimiento del otro”¹⁵, lo cual aparentemente vulnera derechos como la patria potestad y el derecho de los niños a vivir con su familia, que como se ha visto

¹⁴ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Repesando el Código Civil peruano de 1984 en el umbral de un nuevo milenio”, *Derecho PUCP*, N° 53, 2000, pp. 373-422. Disponible en <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6565>>. Consulta: 12 de diciembre de 2019.

¹⁵ Congreso de la República del Perú, *Decreto Legislativo N° 295 Código Civil de 1984*, entrada en vigencia el 14 de noviembre de 1984.

en líneas anteriores, fueron incluidos en nuestra historia jurídica republicana, aunque de manera incipiente, desde el Código Civil de 1852.

Es necesario establecer la similitud que tiene el artículo citado con lo normado en el Código Civil de 1936, siendo la única diferencia que en ese Código se utilizó el término “ilegítimo”, mientras que en el del año 1984, se prefirió el término “extramatrimonial”, siendo importante destacar ello, porque se reconoce como hijo legítimo, pero se precisa que fue concebido fuera del matrimonio, obteniendo los mismo derechos, mas no la prerrogativa de cohabitar con su padre o madre, en caso que el cónyuge de este, no se encuentre a favor de que pueda ingresar a la casa conyugal.

Este Código Civil para muchos significa “el paso trascendental que consiste en la virtual equiparación, dentro de ciertas condiciones, del concubinato con el matrimonio, y total entre los hijos legítimos y extramatrimoniales”¹⁶, lo último en cuanto a derechos y prerrogativas que la ley reconoce, a pesar de que aún se hagan diferencias terminológicas al tener una distinción entre el hijo que fue concebido dentro del matrimonio con el hijo que fue concebido fuera del matrimonio.

Es importante señalar que el reconocimiento de las uniones extramatrimoniales trajo consigo muchas consecuencias dentro del derecho de familia, siendo lo más resaltante que “se abrió paso a la equiparación de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales”¹⁷, lo cual, junto con la Convención Americana de Derechos humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁸, han servido como referentes

¹⁶ F. DE TRAZEGNIES et alii, *La familia en el derecho peruano: libro homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990, pp. 376

¹⁷ W. GUTIÉRREZ, *La Constitución Comentada: Análisis Artículo por Artículo Tomo I*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 361.

¹⁸ Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos de Niño. Celebrada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990, ratificada por el Perú el 4 de setiembre de 1990.

para la formación del actual modelo constitucional de familia que tenemos en la Constitución de 1993.

Como podemos ver, no existe más una distinción que haga que los hijos tengan marcadas diferencias en el tema patrimonial, no obstante, aún se mantiene la distinción de hijos matrimoniales de los extramatrimoniales, ello por figuras como la contenida en el artículo 397°, y que representan un gran riesgo de vulneración de derechos subjetivos, tanto del niño como del padre o madre.

Es fundamental para nuestra investigación, analizar que esta manera de pensar de respecto a la protección a la institución de la familia, se ha generado a lo largo de un proceso histórico en el que se formó un pensamiento jurídico característico de nuestra sociedad, y que fue evolucionando conforme transcurría el tiempo. Es así, que el Código Civil de 1984 nace en un contexto histórico moderno, con un enfoque de reconocimiento de derechos subjetivos por igual sin considerar sexo, raza, religión y otra característica, pero que aún no tenía cimentada la altísima importancia y protección que hoy por hoy se le confiere a los niños y adolescentes y que pone como un interés superior su bienestar.

1.2. Razones que justifican la existencia del “artículo 397° del Código Civil Peruano”.

Como hemos podido apreciar líneas arriba, el derecho siempre se actualiza según el contexto histórico del país. Por ello, en la medida que avanza el tiempo, se van creando nuevas figuras en el derecho con el fin de precisar el tratamiento jurídico a las nuevas realidades.

Las nuevas tendencias en el mundo traen consigo muchas repercusiones que deberán ser necesariamente analizadas y reguladas de forma reactiva a los problemas de la sociedad. Por ejemplo, uno de los cambios culturales que más se ha tenido presente en los últimos años ha sido el rol preponderante de la mujer dentro de la sociedad, el cual se ha cristalizado en comparación al pasado, entre otras cosas, con mejores oportunidades e igualdad en el acceso al empleo que los hombres; siendo que esto último ha sido

adoptado por la legislación laboral, la cual evita y castiga la discriminación por sexo para puestos laborales en entidades privadas y públicas. También se ha dado una denominada “cuota de género” para la representatividad de las mujeres en elecciones para cargos públicos, siendo así que en países como “Bolivia, Costa Rica, Ecuador, México y Panamá la cuota de género es el 50 %; en Honduras se estableció en 40 % en 2012 con incremento hasta alcanzar la paridad. En República Dominicana y Uruguay la cuota mínima es del 33 %. En Brasil, El Salvador y Haití la cuota es del 30 %. Finalmente, y con la cuota más baja, está Paraguay, con el mínimo de 20 %”¹⁹. En el Perú, esta cuota de género es del 30%.²⁰

Aprovechando el tópico específico tomado como ejemplo líneas arriba, tenemos un primer motivo relevante para mantener el artículo 397° del Código Civil de 1984 en nuestra legislación: dota a las mujeres de igualdad frente a los hombres en el plano conyugal al momento de decidir si está de acuerdo en que un hijo extramatrimonial de su esposo viva en la casa conyugal. Como se sabe, históricamente y hasta casi finalizado el siglo XX, se mantenía a la mujer en una posición desigual en el matrimonio respecto del hombre, ya que se les relegaba injustamente solo a las labores del hogar y del cuidado de los hijos, sin tener su opinión un verdadero peso en la organización familiar y; por el contrario, siendo el hombre el único que decidía como se manejaban los asuntos familiares. El contenido de este artículo indirectamente reconoce la capacidad de decisión de la mujer dentro del matrimonio, al darle la prerrogativa de; si así lo desea, no autorizar el ingreso al hogar conyugal de un hijo de su esposo que no fue producto de la unión matrimonial, lo cual podría generar problemas en la convivencia dentro de la familia.

Si bien es cierto hay cambios positivos, las nuevas realidades también pueden generar efectos no del todo deseables y convenientes para la sociedad. Por ejemplo, “durante

¹⁹ M. TULA, “Mujeres y política. Un panorama sobre la adopción de las cuotas de género y sus efectos en América Latina y Colombia”, *OPERA*, N° 16, 2015, pp. 9-33. DOI: 10.18601/16578651.n16.03

²⁰ Cuota electoral de género en el Perú: Participación de las mujeres en el espacio política. Disponible en: <<https://www.defensoria.gob.pe/blog/cuota-electoral-de-genero-en-el-peru-participacion-de-las-mujeres-en-el-espacio-politico/>>. Consultado: 20/02/2020.

mucho tiempo en nuestra conservadora sociedad, el concubinato fue cuestionado, señalado con menoscabo y tratado de manera infame, debido a prejuicios vinculados a una concepción tradicional de familia vinculada exclusivamente al matrimonio y a cánones religiosos. No obstante, esta forma de familia siempre ha existido, incluso antes de la existencia del matrimonio, aunque legalmente no tuvieran un reconocimiento. Esta situación conllevó a que sus integrantes no gozaran de los derechos y obligaciones similares a los cónyuges y que incluso los hijos, producto de aquellas relaciones de pareja, sean denominados hijos ilegítimos²¹. Es así, que ante esta problemática, actualmente nuestra legislación reconoce al concubinato de manera plena, equiparándolo al matrimonio, especialmente en lo que respecta a derechos patrimoniales.

Frente a ello, se está empezando a dejar de lado el matrimonio por las implicaciones y responsabilidades que este trae consigo. Las nuevas generaciones empiezan a ver con desconfianza al matrimonio pues este representa una unión inquebrantable y un compromiso con la pareja, lo cual en una era de inmediatez y en muchos casos extrema libertad, significa una suerte de “prisión” en la cual no quieren estar, ante lo cual es preferible una unión de hecho en la que se aseguran derechos principalmente económicos. “Para las nuevas generaciones el matrimonio ya no es un prerrequisito para entrar a la adultez ni para realizarse como personas ni conformar una familia. En una conferencia reciente organizada por la Unión de Estudiantes de la Escuela Universitaria de Londres (Uclu, por sus siglas en inglés), muchos jóvenes señalaron que el matrimonio era simplemente un símbolo sepultado que perteneció a una sociedad en la que ya no vivimos²². Prueba de lo anterior es que en nuestro país se “evidencia un incremento en las inscripciones de las uniones de hecho ya que de enero a diciembre de 2016 se

²¹ E. ZUTA, “La unión de hecho en el Perú, los derechos de sus integrantes y desafíos pendientes”, *Ius et Veritas*, N° 56, 2018, p. 186.

²² El matrimonio pasó de moda. Disponible en: <<https://www.semana.com/vida-moderna/articulo/el-matrimonio-paso-de-moda/379050-3>>. Consultado: 23/02/2020.

registraron 2,588 uniones de hecho en todo el país, en comparación, con el año 2015, cuando se inscribieron solo 673 uniones de hecho”.²³

La decisión de dos personas de no contraer matrimonio y solamente convivir no tendría por qué ser mala, al fin y al cabo, ello está dentro de su fuero personal. No obstante, se olvida que producto de este tipo de uniones también se conciben hijos, los cuales, deben primar frente a cualquier decisión de los adultos. Tomando en consideración lo anterior, “conviene comprender las diferencias sustanciales entre el matrimonio y las uniones fácticas. Esta es la raíz de la diferencia entre la familia de origen matrimonial y la comunidad que se origina en una unión de hecho. La comunidad familiar surge del pacto de unión de los cónyuges. El matrimonio que surge de este pacto de amor conyugal no es una creación del poder público, sino una institución natural y originaria que lo precede. En las uniones de hecho, en cambio, se pone en común el recíproco afecto, pero al mismo tiempo falta aquél vínculo matrimonial de dimensión pública originaria, que fundamenta la familia. Familia y vida forman una verdadera unidad que debe ser protegida por la sociedad, puesto que es el núcleo vivo de la sucesión (procreación y educación) de las generaciones humanas”.²⁴

Es así, que ante una realidad que está dejando atrás la importación de la institución jurídica del matrimonio, es importante contar con mecanismos que permitan su protección y la conservación de la familia, la cual es considerada “la célula básica en la que se asienta cualquier sociedad, en el entendido de que este concepto biologicista se emplea para caracterizar a la familia como sistema social y su complejidad como

²³ Conoce por que debes inscribir tu convivencia en la SUNARP. Disponible en: <<https://www.sunarp.gob.pe/PRENSA/inicio/post/2017/02/17/conoce-por-que-debes-inscribir-tu-convivencia-en-la-sunarp>>. Consultado: 15/02/2020.

²⁴ Pontificio Consejo para la Familia, *Familia, matrimonio y “uniones de hecho”*, El Vaticano, 2000. Disponible en: <<https://www.aciprensa.com/Docum/pcfunion00.htm>>. Consultado: 15/09/2019.

organismo vivo”²⁵ y está “compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual, de la procreación y del parentesco”.²⁶

Como se puede apreciar, la familia no solo comparte vínculos sentimentales afectivos, sino que busca de igual manera establecer relaciones jurídicas, con derechos y obligaciones que nacen por el sólo hecho de estar en familia, que son implícitas y que están reconocidas por el ordenamiento jurídico peruano.

Siguiendo esa premisa, se entiende que la familia merece toda la protección que el Estado pueda brindarle, no solo por el hecho de buscar proteger esta institución, sino principalmente para proteger los resultados de esta institución: los hijos. Diversos estudios y especialistas ya han concluido, desde hace décadas, que “el ambiente familiar juega un papel fundamental en la conducta delictiva del adolescente”²⁷, siendo así que los “niños que mayormente crecen en un ambiente familiar inestable, auguran presentar autoestima baja, inseguridad, vergüenza (como si ellos fueran producto del pecado, es decir, asumen culpas que no les corresponden). Y en otros casos, un resentimiento que a veces prevalece toda la vida, porque se sienten excluidos”.²⁸

Es justamente aquí que radica otra de las razones esenciales que justifican la aún existencia del artículo 397° del Código Civil de 1984 en nuestro ordenamiento jurídico: para evitar los problemas que puedan surgir en la casa u hogar conyugal con el ingreso de los hijos extramatrimoniales de uno de los cónyuges de manera unilateral, lo cual puede devenir en graves discusiones y distanciamiento entre la pareja, que finalmente generen el rompimiento de la familia y la consiguiente afectación que ello potencialmente puede generar a los hijos. Como señala Enrique Varsi Rospigliosi, “esta

²⁵ C. CALDANI, “Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión *ab intestato*: ¿Una ecuación lineal?”, *Revista de la Universidad de la Habana*, N° 272, 2011, pp.2

²⁶ A. VILCACHAGUA et alii, *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas Tomo II Derecho de Familia (Primera Parte)*, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 15.

²⁷ L. MIRÓN et alii, “Un análisis de la relación entre ambiente familiar y delincuencia juvenil”, *Revista de Psicología Social*, N° 3, 1988, p. 177.

²⁸ M. BRICEÑO, entrevista, 17 de agosto de 2015, “Era Tabú”, conducido por C. Alarco. *RPP*. Perú.

disposición tiene por objeto impedir que el padre reconociente pretenda imponer a su cónyuge la presencia de una persona extraña a éste, so pretexto de ejercitar la facultad a que se refiere el inciso 5 del artículo 423, poniendo en riesgo la armonía doméstica”²⁹

Si se quiere imponer la convivencia con el hijo extramatrimonial, esta puede agrietar la relación y terminar con una separación o divorcio, viéndose afectados los menores, tanto los hijos concebidos dentro del matrimonio, así como para el hijo concebido fuera del matrimonio y que se quiere introducir al hogar conyugal. Por ello, es preciso que se mencione en el artículo que el cónyuge debe prestar su consentimiento, y en caso que este sea negativo, no podrá imponérsele, prevaleciendo así la unión, consenso y armonía en la casa conyugal. Posteriormente se analizará cómo esto, aunque con un fin loable, puede traer consigo una afectación del interés superior del niño y adolescente.

Con este criterio, comprobamos que el artículo 397° del C.C. busca proteger la tranquilidad y unidad familiar que resulta fundamental dentro del Estado Peruano. Más allá de cualquier otra motivación, esta, consideramos, es la más importante porque señala el verdadero fundamento del artículo en análisis.

Varsi Rospigliosi, respecto al artículo objeto de estudio, completa su explicación y señala lo siguiente: “ Más que preservar la paz familiar, este artículo busca conservar la paz en el hogar y en la casa conyugal”³⁰. Es importante precisar que por el contexto histórico que se vive en la actualidad, las familias están compuestas por los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales, no existiendo distinción entre ambos al momento de observar sus derechos; por ello, el autor precisa que lo que se busca es la paz en la casa conyugal, ya que el hijo extramatrimonial sigue siendo familia, pero se le niega que pueda cohabitar con la familia de su padre o madre que lo reconoció.

Por ello, el asentimiento será importante para evitar cualquier conflicto que pueda surgir por la imposición de unos de los cónyuges a querer convivir con el hijo

²⁹ E. VARSI ROSPIGLIOSI et alii, *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas Tomo II Derecho de Familia (Primera Parte)*, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 743.

³⁰ *Ibidem*, p. 743.

extramatrimonial, siendo ello necesario para poder tener una comunicación más asertiva y así evitar que se separe esa familia. Estando reconocido el tener que contar con el asentimiento, mejora y aclara la situación.

Finalmente, es importante señalar que este derecho de oponerse, sólo lo puede realizar el cónyuge que se encuentra casado, mas no el que se encuentra en concubinato, estableciendo una clara diferencia con el matrimonio.

1.3. Efectos del carácter preconstitucional del “artículo 397° del Código Civil Peruano”.

En la problemática objeto de estudio, se observa que el artículo 397° del C.C. concede al cónyuge la facultad de poder oponerse a convivir con el hijo reconocido del otro cónyuge dentro del hogar compartido por el matrimonio. Si bien encontramos posibles razones que justifican su presencia en nuestra legislación en el análisis realizado líneas arriba, se debe mencionar que este derecho afecta el principio del interés superior del niño y adolescente reconocido en la actualidad, tanto dentro de la legislación específica, así como todo el bloque de constitucionalidad.

Teniendo en cuenta que el actual y vigente Código Civil de 1984, antecede a nuestra Constitución Política de 1993, es necesario analizar si lo establecido en dicho Código, guarda relación con los parámetros constitucionales de ese momento. En tal sentido, es necesario señalar que la Constitución vigente al momento de realizarse dicho Código, era la del año de 1979, la cual se procederá a analizar.

Dentro de la Constitución de 1979, no encontramos un artículo expresamente referido al principio de interés superior del niño y adolescente, pero si encontramos que en su artículo 8° señala que “el niño, el adolescente y el anciano son protegidos por el Estado ante el abandono económico, corporal o moral.”³¹ Por lo que se observa, había un sentido de protección al menor, pero de manera general y sin darle el énfasis y

³¹ Congreso de la República del Perú, *Constitución Política del Perú de 1979*, Perú, entrada en vigencia el 28 de julio de 1980.

ponderación máxima como se tiene hoy en día con el principio del interés superior del niño y adolescente.

Por tanto, se puede concluir que, que al momento de redactar el artículo 397° del C.C., se priorizó la estabilidad del hogar conyugal antes que proteger al niño y adolescente y a su derecho de vivir con su progenitor, ello sin contravenir la normativa constitucional vigente en ese entonces con la Constitución del 1979, ya que en ese tiempo aún no estaba claramente cimentada la hoy por hoy, reconocida e institucionalizada figura del interés superior del niño y adolescente.

No obstante lo anterior, el interés superior del niño y adolescente ya había sido abordado por la experiencia internacional, claro ejemplo de ello es la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, documento emitido por la ONU, el cual consiste en una serie de principios de observancia especial porque regula directamente derechos de los niños. Es así que, dentro del Principio II, encontramos lo siguiente en el texto: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño.”³²

Como podemos apreciar del texto, lo que se busca es que cualquier ley que se vaya a promulgar deberá tener especial atención al interés superior del niño y adolescente, por lo tanto, no deberán emitirse leyes que sean contrarias a ello. En consecuencia, tenemos un primer antecedente claro que se refiere a la protección del principio del interés superior de niño y adolescente, el cual no fue considerado en la Constitución Política del Perú del año 1979, y tampoco se tuvo en cuenta a este principio en la elaboración del artículo 397° del Código Civil de 1984.

³² Organización de las Naciones Unidas. Declaración de los Derechos de Niño. Celebrada en Nueva York el 20 octubre de 1959.

Un aspecto importante a considerar en esta investigación, es que la Convención sobre Derechos del Niño, emitida por la ONU, la cual se realizó en el año 1989, menciona a nivel internacional al interés superior del niño y adolescente, siendo considerada como una norma internacional de especial observancia, ratificada por 195 Estados, siendo con ello el tratado más ratificado. Lo que busca es proteger a los menores, frente a situaciones en las cuales se puedan vulnerar sus derechos.

Por ello, en el artículo 2º, numeral 2) se precisa:

“Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.”³³

Como se evidencia, se le reconoce al niño una protección especial, estableciendo que el Estado deberá evitar la vulneración de sus derechos de manera tal, que la normativa que brinde el Estado, deberá estar orientada a su protección.

Si bien la normativa peruana, cambió y orientó sus normas siguiendo este principio, y de igual manera las políticas estatales se orientaron a la protección de los menores, la llegada del Código del Niño y del Adolescente en el año 2000, significó un avance que reconocía aún más la importancia del interés superior del niño y adolescente dentro de nuestro sistema jurídico. Es así, que dentro del artículo IX de dicho Código se menciona que “en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.”³⁴

³³ Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos de Niño. Celebrada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990, ratificada por el Perú el 4 de setiembre de 1990.

³⁴ Congreso de la República del Perú, *Ley N° 27337 que aprueba el nuevo Código de los niños y de los adolescentes*, Perú, entrada en vigencia el 8 de agosto del 2000.

Frente a esto, se observa, que las normativas peruanas están orientadas a cumplir con la protección del interés superior del niño y adolescente , de manera tal, que con la publicación de este Código se busca aclarar las incertidumbres que podrían haberse tenido antes de su vigencia. Si bien es cierto hay muchos supuestos que aún no han sido tocados, deberán ser analizados independientemente y según cada caso en concreto.

Es así, que el artículo 397° del Código Civil Peruano de 1984 no recogió todas las tendencias internacionales respecto al interés superior del niño y adolescente que se dieron previas contexto histórico de su creación (como la declaración de los derechos del niño de 1959), sino que se limitó a cumplir con el esquema constitucional vigente en esos años (Constitución de 1979). No es hasta la entrada en vigencia de la actual Constitución Política del Perú de 1993, que se empieza un proceso de reconocimiento del interés superior del niño y adolescente dentro del bloque de constitucionalidad y por lo tanto su inclusión en todos los niveles del sistema jurídico peruano.

Es por ello, que el carácter preconstitucional de nuestro vigente Código Civil de 1984, ha impedido que se vea infundido de todos los principios relativos al interés superior del niño, lo que ha devenido en casos como el artículo 397°, en el cual, aunque solo con fines de diferenciación, se hace una distinción impropia entre hijos “matrimoniales” y “extramatrimoniales”, y adicionalmente a este mal llamado “hijo extramatrimonial”, se le impide ingresar al hogar conyugal de su progenitor si el otro cónyuge no está de acuerdo, lo cual, bajo una primera impresión, limita su derecho a vivir con su familia.

1.4. Supuestos similares al prescrito en el artículo 397° del Código Civil Peruano en el derecho comparado

Para desarrollar esta sección de la investigación, se ha tenido en cuenta la utilización de la metodología de derecho comparado funcional, la que en palabras de autores como

Zweigert³⁵ y Silvero³⁶, es por la cual “se analiza la situación político-constitucional de un país o región, se identifica un problema constitucional concreto o grupo de problemas y se indaga en otros órdenes constitucionales la forma en cómo fue tratado o resuelto el problema en cuestión con la idea de encontrar la mejor solución posible”.

Es así, que, para desarrollar este método, se seguirán tres etapas:

i) Se analizará el desarrollo legislativo en el sistema jurídico del país de origen de la controversia, en este caso Perú, lo cual se ha realizado en el punto 1.1. de este trabajo.

ii) Realizar la descripción de los sistemas jurídicos que se tendrán en cuenta para la comparación. Para este punto, el criterio no ha sido seleccionar sistemas jurídicos con el mismo problema a resolver, sino aquellos que ya hayan resuelto el problema o se hayan planteado alternativas de solución viables.

Para tal fin, se seleccionó como objeto de estudio la legislación comparada de países que cumplieran con los siguientes criterios: a) Tengan o hayan tenido un artículo cuyo contenido sea similar al del artículo 397° del Código Civil Peruano y b) El sistema jurídico tengan características similares al peruano, lo que permita una adecuada comparación.

iii) En esta última etapa, luego de estudiar la legislación comparada seleccionada, se concluye, bajo esta perspectiva, cual puede significar la mejor alternativa de solución disponible de acuerdo a los enfoques abordados en la experiencia internacional.

³⁵ K. ZWIGERT, *Rechtsvergleichung, System und Dogmatik*, Festschrift für Eduard Böttincher, Berlín, 1970, p. 448.

³⁶ J. SILVERO, *El Método Funcional en la Comparación Constitucional*, en J. Serna de la Garza, *Metodología del derecho comparado: memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F. 2016, p. 410.

1.4.1. España

De acuerdo a autores como Domingo García Belaunde³⁷, el derecho español se constituye como uno de los principales referentes para el Perú en temas legislativos y constitucionales, ello debido al gran pasado que une a ambas culturas y a que ambos países están influenciados por un sistema jurídico romano-germánico.

Respecto a la presencia en el hogar conyugal de los hijos extramatrimoniales, este asunto ha sido objeto de gran controversia en el pasado del derecho español. El último gran antecedente de debate sobre este tema, fue en la sesión del Pleno del Congreso de los Diputados, celebrada el 18 de diciembre de 1980.

A continuación, se muestra un extracto del contenido esencial de este debate, el cual será de medular utilidad para comprender en profundidad las diferentes posturas, tanto a favor y en contra, de esta figura jurídica:

“Uno de los textos más rebatidos por los grupos de la izquierda fue el siguiente, que obtuvo 140 votos favorables, 106 en contra y catorce abstenciones: «El hijo de casado, habido fuera del matrimonio, podrá vivir en el hogar conyugal del progenitor si lo consienten el cónyuge y los hijos matrimoniales mayores de catorce años que vivan en él». En nombre del Grupo Comunista, José Solé Barberá pidió la supresión de este texto, al que acusó de formulación *folletinesca*. Defendió la no degradación del Código Civil y la eliminación de distinciones entre los hijos de un mismo padre o madre. Ridiculizó la decisión de los hermanastros y aseguró que no existen argumentos reales para aprobar el texto citado. Por el Grupo Socialista, Vicente Sotillo se opuso a la parte del párrafo que alude al consentimiento de los familiares matrimoniales. Recordó que la patria potestad debe ejercerse en beneficio de los hijos, «y no de los padres o del *qué dirán*». Propugnó como solución la propia dinámica familiar sin necesidad de consentimientos de nadie”³⁸.

³⁷ D. GARCÍA BELAUNDE, “La influencia española en la Constitución Peruana”, *Revista de Derecho Político*, N° 16, 1983, pp. 201-2017.

³⁸ B. DE LA CUADRA, “La presencia en el hogar de los hijos extramatrimoniales tendrá que ser “consentida” por los familiares”, *El País*, Madrid, 18 de diciembre de 1980. Disponible en:

“El socialista catalán Josep Verde ofreció una enmienda transaccional -que, como las demás, también fue rechazada para plantear el problema del modo siguiente: «Si no lo prohíben el cónyuge o los hijos mayores de catorce años, el hijo del cónyuge casado puede vivir en el hogar conyugal». También fue rechazada la enmienda de la Minoría Catalana, defendida por Josep María Trías de Bes, quien abogó por que se solicitara también el consentimiento al otro progenitor ajeno al matrimonio. Por el Grupo Centrista, José Luis Ruiz Navarro defendió el texto aprobado por la Comisión de Justicia y puntualizó que el consentimiento puede ser expreso o tácito, por lo que, en caso de no manifestarse en contra de la presencia del hijo extramatrimonial es presumible el consentimiento tácito. Criticó a los socialistas por no solucionar el problema y a la Minoría Catalana por incrementar excesivamente el número de consentimientos requeridos.”³⁹

Como claramente se puede apreciar, este tema fue muy controvertido, pues tanto la técnica legislativa, como la esencia de este artículo, fueron ampliamente cuestionados, a pesar de lo cual, finalmente se mantuvo el texto. Por ejemplo, a pesar de que este debate proviene de la década de los ochentas, se le cuestionó a este artículo lo que hoy tenemos completamente claro en nuestro sistema jurídico: que no es posible hacer distinción de cualquier tipo entre los hijos.

En cuanto al tema de los consentimientos, también se cuestionó que aparte del otro cónyuge, los hijos matrimoniales mayores a catorce años cuenten con la prerrogativa de dar o no su consentimiento al ingreso del “hijo extramatrimonial” al hogar conyugal. Esta figura no fue contemplada en el artículo 397° del Código Civil Peruano, lo cual es positivo, pues darle semejante responsabilidad a una persona aún en formación y en los inicios de la adolescencia, es bastante cuestionable, ya que la decisión que toma, podría limitar ampliamente la forma de vida y relación entre el “hijo extramatrimonial” y su padre o madre. Claramente, no es prudente dejar en manos de un adolescente decisiones que pueden ser tomadas sin el rigor analítico que

<https://elpais.com/diario/1980/12/18/espana/345942015_850215.html>. Consultado: 15 de diciembre de 2019.

³⁹ B. DE LA CUADRA, “La presencia en el hogar de los hijos extramatrimoniales...” cit.

exige la supresión de un derecho para otro, y que finalmente esta decisión termine respondiendo a intereses o sentimientos de índole personal, lo cual genere que no se cumpla con el fin de la norma, que es conservar la unidad y paz en la familia. Similar razonamiento se puede aplicar al otro cónyuge, no obstante, la situación no es tan grave, pues se entiende que las decisiones que toma un adulto las hace totalmente consciente de las consecuencias (aunque no siempre sea así), al menos desde el plano legal.

También se planteó mantener el artículo en cuestión, pero dándole otro enfoque a la técnica legislativa inicial y en ese sentido pasando el artículo de ser “El hijo de casado, habido fuera del matrimonio, podrá vivir en el hogar conyugal del progenitor si lo consienten el cónyuge y los hijos matrimoniales mayores de catorce años que vivan en él” a “Si no lo prohíben el cónyuge o los hijos mayores de catorce años, el hijo del cónyuge casado puede vivir en el hogar conyugal”. Es importante notar que en el texto original da una prerrogativa de consentimiento, al contrario que en el segundo caso, que lo que se da es la facultad de prohibir, por lo demás, el fin de ambos textos es el mismo.

Finalmente, se tocó el tema del consentimiento tácito de este texto, el cual se entiende de su contenido y en consecuencia no es necesario señalarlo; asimismo también se cuestionó el aumento del número de consentimientos que se pretendía incorporar al texto, manteniéndose solo dos (del otro cónyuge y de los hijos matrimoniales mayores a catorce años) y descartándose el tercero (del otro progenitor del menor que pretende ser ingresado al hogar conyugal).

Actualmente, en consonancia con “una evolución en el sentido de mejorar la condición jurídica de la persona nacida fuera del matrimonio”⁴⁰, este texto ha sido suprimido de la legislación española y en consecuencia no está considerado en el “Real Decreto de

⁴⁰ G. GARCÍA CANTERO, “Situación jurídica de los hijos nacidos fuera del matrimonio”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 28, N° 3, Madrid, 1975. Disponible en: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-1975-30052100550>.

Consultado: 03 de febrero de 2019.

24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil⁴¹, el cual en su título V, Capítulo I, “De la filiación y sus efectos”, regula todos los temas correspondientes a filiación. Es así, que hoy por hoy la legislación española ha superado la problemática y gran controversia, que como se ha visto, significaba hacer distinciones de cualquier índole entre los hijos. Este cambio de paradigmas surge desde el último cuarto del siglo XX, con el reconocimiento del interés superior del niño y adolescente y “una corriente perceptible en Derecho comparado que tiende a suprimir esta categoría de hijos (la de extramatrimoniales) al permitir el reconocimiento de los mismos e integrarlos así en la especie de los hijos naturales”⁴².

1.4.2. Chile

En este país, la controversia jurídica sobre el impedimento del ingreso de un hijo “extramatrimonial” al hogar conyugal sin previa autorización del otro cónyuge tiene una extensa historia que ejemplifica el razonamiento jurídico que se utilizó, tanto para mantener la figura, como en determinado momento, para retirarla de su legislación.

El Código Civil de Chile, el cual popularmente es conocido como el “Código Andrés Bello”, es la principal norma rectora en temas civiles en este país y data del año 1857, en el cual entro en vigencia. Este cuerpo normativo ha sufrido diversos cambios a lo largo de su existencia, los cuales siempre han revestido un ánimo de actualización de la legislación civil de acuerdo al momento histórico que acontecía.

En su versión original, el segundo inciso del artículo 278° de este Código Civil, señalaba que “la persona casada no podrá tener a un hijo natural en su casa sin el consentimiento de su mujer o marido”⁴³. Esta figura refleja la incipiente técnica legislativa con que se reguló esta problemática, porque de manera rudimentaria utiliza

⁴¹ Comisión General de Codificación, Real Decreto, *Código Civil*, España, entrado en vigencia el 27 de julio de 1889.

⁴² J. CASTÁN, *Comentarios al Código Civil, Tomo III, Vol. 2: Artículos 142 a 180 del Código Civil*, Editorial Reus, Madrid, 1973, 2ª ed. Disponible en: < <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/articulo-160-230483>>.

⁴³ Congreso Nacional de Chile, Ley, *Código Civil*, Chile, entrado en vigencia el 01 de enero de 1857.

la palabra “casa”, la cual no es del todo precisa para lo que debió reflejar este artículo, pues este término generalmente hace referencia a un espacio físico en donde se habita, diferente al término “hogar”, el cual tiene un contenido más relativo a la convivencia en un seno familiar. Esta figura fue justificada en su momento por el pensamiento de los grandes juristas de la época, como Luis Claro Solar, quien en relación a este tema señaló que “la introducción a la vida de familia de un hijo natural que no lo es de ambos cónyuges tiene forzosamente que afectar las relaciones de éstos entre sí y con los hijos legítimos habidos en el matrimonio del padre o madre natural. Aunque en menor grado esta consideración subsiste durante la separación de los cónyuges y puede ser un grave inconveniente para el restablecimiento de la vida en común entre ellos”⁴⁴.

Respecto a este tema, y pese a los pocos casos que se han presentado, generalmente en cortes muy pequeñas, en Chile existe un antecedente jurisprudencial importante que data del 20 de mayo de 1945, en el cual, se encomendó el cuidado y protección de un niño a su padre, no sin antes exigirse y aprobarse el requisito establecido por ley, en el que la esposa aceptaba el ingreso al hogar de este menor. El juez se pronunció en los siguientes términos respecto a ello: “que es verdad que el padre del menor está casado y que el inciso 2 del artículo 278 dispone que “La persona casada no podrá tener a un hijo natural en su casa sin el consentimiento de su mujer o marido”; pero también lo es que, en la especie, tal consentimiento ya ha sido prestado, como consta en el informe social de fojas 3 y de la declaración de fojas 18”⁴⁵.

Posteriormente, esta norma primigenia fue derogada, solo para ser nuevamente incorporada con ciertas mejoras y ahora en el artículo 221° del Código Civil de Chile, la cual, luego de diversos debates en la comisión reformadora asignada, quedó plasmada en el siguiente tenor: “La persona casada a quien corresponda el cuidado personal de un hijo que no ha nacido en ese matrimonio, sólo podrá tenerlo en el hogar común, con el consentimiento de su mujer o marido”. Años después se designó una

⁴⁴ L. CLARO, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. De las personas. Tomo Tercero*. Editorial Jurídica Chile, 1979, p. 238.

⁴⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, R.D.J. Segunda Parte – Sección Segunda, del 20 de mayo de 1949, p. 79.

Comisión para modificar diversos tópicos en la normativa civil chilena, siendo que el 22 de julio de 1998, se formuló y aprobó la redacción definitiva de la normativa que regula este tema, cambiándose las palabras “mujer o marido” por el término más preciso de “cónyuge”, lo que devino en que se plasme el artículo 228° del Código Civil de Chile con el siguiente texto: “la persona casada a quien corresponda el cuidado personal de un hijo que no ha nacido de ese matrimonio, sólo podrá tenerlo en el hogar común, con el consentimiento de su cónyuge”⁴⁶.

Es recién quince años después que se vuelve a revisar ese artículo y se toma por decisión derogarlo, a través de la Ley 20680, artículo 1° N° 7, de fecha 21 de junio de 2013, ello en atención a todas las potenciales problemáticas que este texto podía generar, pero principalmente por motivo de preservar un orden constitucional en Chile, el cual está inspirado en la protección del interés superior del niño.

1.4.3. México

La norma rectora en temas civiles en México es el Código Civil Federal, el cual se encuentra vigente desde el 01 de octubre de 1932 y cuya última reforma oficial se ha realizado el 03 de junio de 2019. Esta norma, en su artículo 372°, actualmente señala que “el cónyuge podrá reconocer al hijo habido antes de su matrimonio sin el consentimiento del otro cónyuge; pero no tendrá derecho a llevarlo a vivir a la habitación conyugal si no es con la anuencia expresa de éste”⁴⁷, la cual es una figura jurídica muy similar a la que tenemos prescrita en el artículo 397° del Código Civil Peruano.

⁴⁶ Ministerio de Justicia, Decreto con Fuerza de Ley, *Texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil, de la ley N° 4.808, sobre registro civil, de la ley N° 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la ley N° 16.618, ley de menores, de la ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la ley N° 16271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones*, Chile, entrado en vigencia el 30 de mayo de 2000.

⁴⁷ Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión, Código Civil Federal, México, entrado en vigencia el 01 de octubre de 1932.

Se puede observar que la norma mexicana habla de una “habitación conyugal”, mientras que la norma peruana hace referencia a “casa conyugal”. A buena cuenta, ambas expresiones se refieren al lugar en que los cónyuges residen, por lo cual no es una diferencia que afecte el fondo jurídico de lo que se comunica.

La primera gran diferencia entre la norma peruana y la mexicana, es que esta última no hace una distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, reemplazando esta expresión por el término de “hijo habido antes del matrimonio”. Esto es positivo en cuanto omite hacer una distinción entre los hijos de una persona, al darle al que no fue concebido dentro de una unión matrimonial el adjetivo de “extramatrimonial”, que cuando menos, resulta en algún término ofensivo. La norma peruana, como ya se mencionó, no tiene una intención discriminadora, diferenciadora o favoritista al calificar a unos hijos matrimoniales como extra matrimoniales y a otros; por defecto, como matrimoniales. El Código Civil peruano solo recurre a esta figura a modo de poder utilizar una palabra para distinguir a los hijos que son producto del matrimonio de los que no, para fines más bien terminológicos e instrumentales, como en el caso del artículo 397° del Código Civil.

No obstante ello, es deseable evitar realizar cualquier tipo de distinción entre hijos, a pesar que ello no conlleve una intención poco adecuada, pues en tiempos de extrema protección al menor (y con total razón para ello) y alta susceptibilidad de las personas frente a cualquier indicio de diferenciación o discriminación, es preferible no dejar ninguna posibilidad a las malinterpretaciones dentro de las normas jurídicas de los países, como lamentablemente se evidencia en el artículo 397 del C.C. del Perú.

Pues bien, teniendo clara esta principal diferencia, es necesario observar que el Código Civil Federal de México solicita “anuencia expresa” del otro cónyuge para el ingreso del hijo habido antes del matrimonio, por lo cual se asume que esta puede ser de forma verbal, escrita o por otro medio que permita conocer efectiva e indubitablemente su voluntad. En el caso del Código Civil peruano, se omite exigir este consentimiento expreso, por lo cual cabe la posibilidad de un consentimiento tácito al ingreso, el cual,

por ejemplo, podría configurarse con la simple falta de oposición, significando simplemente no hacer nada para evitar el ingreso de este hijo al hogar conyugal.

En el plano jurisprudencial de México, una sentencia dada en el Estado de Tamaulipas, grafica de la siguiente forma la aplicación del artículo 372° de su Código Civil:

“Tratándose de hijos nacidos fuera del matrimonio, el marido podrá reconocerlos, pero no tendrá derecho a llevarlos a vivir a la habitación conyugal, si no es con el consentimiento expreso de la esposa. Tal prohibición obedece a que en la mayoría de casos, la madrastra, lejos de proporcionar a los hijos de su cónyuge habidos de una ilegal unión con diversas personas durante su matrimonio, los cuidados y la ternura maternas, les da malos tratos”⁴⁸.

Es así que se plantea una forma particular de tutelar el interés superior del niño y adolescente, ello a través de evitar su ingreso al hogar conyugal sin el consentimiento de la madrastra (la otra cónyuge), por motivo que esta podría darle malos tratos al no estar de acuerdo con su ingreso. Si bien de alguna forma se podría entender el ánimo positivo de proteger al menor, es claro que no se puede sostener el argumento planteado de este criterio, ya que una acción negativa y hasta en casos reprochable penalmente como el maltrato a un menor, no puede servir como excusa para evitar el normal ejercicio de este de su derecho a vivir con su progenitor, por el contrario, lo que se debe hacer es que ante el eventual ingreso al menor a un hogar conyugal, se conmine a todos los miembros de la familia a respetarlo y de ninguna forma tolerarse cualquier agresión física o psicológica. De proceder y aceptar el razonamiento jurídico planteado en esta jurisprudencia, a costa del sacrificio de los derechos de un menor, no se hace más que proteger a un agresor asumiendo su comportamiento, en vez de evitarlo con medidas disuasivas que lo conminen a dejarlo.

⁴⁸ Amparo Directo 6671/72, Sentencia del 25 de febrero de 1974.

CAPÍTULO II: DERECHOS QUE ENTRAN EN UN APARENTE CONFLICTO Y PERSPECTIVAS SUBJETIVAS DESDE LAS CUALES SE ABORDAN

2.1. Métodos de solución de conflictos entre derechos y su aplicación al caso de estudio.

2.1.1. Interpretación en base a la constitución

Este tipo de solución aplicada a aparentes conflictos entre normas ha sido conceptualizado de diversas formas por la doctrina jurídica a lo largo de los años, pero uno de los conceptos más frecuentemente citados en trabajos de investigación es el desarrollado por Rodolfo Vigo, que señala que “por interpretación constitucional entenderemos aquella que busca analizar el grado de coherencia entre la norma constitucional y otra norma no constitucional, o entre aquélla y un determinado comportamiento o una cierta omisión”⁴⁹.

Otra noción similar que conceptualiza esta forma de interpretación normativa es la planteada por Paulo Bonavides, que señala que:

“Una norma puede admitir varias interpretaciones. De éstas, algunas conducen al reconocimiento de la inconstitucionalidad, otras sin embargo consienten en tomarla por compatible con la Constitución. El intérprete, adoptando el método propuesto (la interpretación conforme a la Constitución), tiene que inclinarse por esta última salida o vía de solución. La norma, interpretada conforme a la Constitución, será por lo tanto la considerada constitucional”⁵⁰.

Este tipo de interpretación, aplicada al objeto de estudio, operaría buscando encontrar una interpretación del artículo 397° del C.C. peruano que tenga un sentido constitucional que haga valiosa su permanencia en nuestro ordenamiento jurídico. Es claro que este artículo desde una perspectiva inicial vulnera el interés superior del niño y adolescente al hacer una distinción entre el hijo “matrimonial” y el hijo

⁴⁹ R. VIGO, *Interpretación Constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 84.

⁵⁰ P. BONAVIDES, *Curso de direito Constitucional*, Malheiros, Sao Paulo, 1996, 6ª ed., p. 474.

“extramatrimonial” y en ese sentido evitar que este último ingrese al hogar conyugal de su progenitor sin la anuencia del cónyuge de este. Pero cabe preguntarse ¿qué bien valioso motiva entonces su existencia?

Como ya desarrolló líneas arriba, el artículo 397° del C.C. busca mantener la unidad familiar, evitando que un hijo concebido fuera del matrimonio ingrese al hogar conyugal, para, probablemente, generar inestabilidad y posibles riñas entre sus integrantes. La forma de conseguir que se mantenga esta unidad familiar es a través del otorgamiento de un derecho subjetivo a uno de los cónyuges para evitar el ingreso al hogar conyugal del hijo “extramatrimonial” del otro; pero como ya se ha dicho, la norma no busca un interés subjetivo, sino, busca un bien mayor, como es la unidad de la familia, a través del otorgamiento de un derecho subjetivo que sirva como instrumento para efectivizar dicho fin. En ese sentido, se puede concluir que el artículo 397° del C.C. si tiene contenido valioso a nivel constitucional; y en consecuencia, podría ser mantenido bajo este enfoque en nuestro sistema jurídico, ya que el artículo 4° de la Constitución Política del Perú, señala que la comunidad y el Estado “también protegen a la familia y promueven el matrimonio”⁵¹.

Es necesario aclarar que este tipo de interpretación normativa ha sido muy criticada por la doctrina jurídica mundial, ello debido a que se puede considerar muy básico el intentar darle a toda norma un sentido constitucional, aun cuando este no haya sido el objetivo del legislador o del formulador de la norma, por lo tanto forzando un sentido de constitucionalidad solo con el fin de preservar la norma tal cual está, y evitar así el esfuerzo político y administrativo que implica toda modificación normativa. En relación a ello, el investigador jurídico Vigílio Afonso Da Silva, señala lo siguiente:

“Ningún *topos*, ninguna máxima, ningún criterio interpretativo es suficiente, por sí solo, para resolver de forma definitiva los problemas complejos de la interpretación jurídica. Todos ellos tienden a funcionar como mera idea regulativa que sólo apunta a una dirección para ser seguida. La falla de la

⁵¹ Congreso Constituyente Democrático, Constitución Política del Perú de 1993, Perú, entrado en vigencia el 01 de enero de 1994.

interpretación conforme a la Constitución reside justamente en el hecho de no poder desempeñar ni siquiera esta función, puesto que apunta a una dirección completamente equivocada que se basa en el deber de intentar salvar toda y cualquier ley, que aunque mínimamente, posea alguna chispa de constitucionalidad”⁵².

2.1.2. Jerarquización de derechos

Este método de resolución de conflictos de derechos ha sido abordado ampliamente por la jurisprudencia y la doctrina jurídica en todo el mundo, teniendo diversidad de conceptos, como el planteado por Serna y Toller, quienes lo definen como “un método que busca resolver los conflictos entre derechos creando categorías previas y rígidas que permitan establecer la primacía del derecho jerárquicamente superior”⁵³.

Aplicado al caso objeto de estudio, en una impresión inicial, el artículo 397° del C.C., al tener un rango de ley, sería jerárquicamente inferior al principio constitucional de interés superior del niño y adolescente, por lo tanto, siendo claro que este último debe prevalecer frente al primero. No obstante, este tipo de interpretación no contempla el verdadero fundamento del contenido del artículo 397° del C.C., que como se mencionó líneas arriba, es proteger la institución jurídica de la familia. Habiendo dos contenidos de carácter constitucional que se buscan proteger, la jerarquización de derechos, como se ha abordado de manera inicial, no sería el medio más idóneo de solución, ya que “el sacrificio total de un derecho en favor de otro atenta contra los principios interpretativos de optimización del carácter normativo de la Constitución y de unidad de la Carta fundamental”⁵⁴.

⁵² V. DA SILVA, “La interpretación conforme a la constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial”, *Cuestiones Constitucionales*, N° 12, 2005, p. 25.

⁵³ P. SERNA Y F. TOLLER, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La ley, Buenos Aires, 2000, p. 7.

⁵⁴ S. BERTELSEN SIMONETTI, “Métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales”, *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, N° 42, 2010, p. 37.

2.1.3. Teoría de los límites de los derechos

Este método parte de la premisa que no se reconoce ningún tipo de derecho como absoluto, irrestricto o carente de límites; y, en consecuencia, se deben establecer de forma razonada deberes y límites para su ejercicio adecuado. Respecto a estos límites, “por una parte, encontramos los externos, trazados por el mismo constituyente o el legislador, dentro de su competencia para regular y restringir los derechos fundamentales. Por otro lado, aparecen los límites internos, derivados del sentido y contenido del derecho fundamental, proporcionados por su propio contenido esencial”.⁵⁵

A continuación, se realiza el análisis de este método aplicado al tema de esta investigación:

a) Análisis de los límites externos

Estos son los límites que se encuentran impuestos por la misma legislación o constitución para el ejercicio de los derechos. En el caso del artículo 397° del C.C., el límite legal directo al ejercicio del derecho de una persona a poderse oponer al ingreso del hijo de su cónyuge al hogar conyugal, es que este hijo tenga la calidad de “extramatrimonial”. Sería ilógico que la norma plantee la posibilidad de impedir el ingreso al hogar conyugal de un hijo matrimonial, ya que se entiende que este es producto de la unión conyugal; no obstante, también se puede identificar un límite externo indirecto: el principio constitucional de interés superior del niño y adolescente.

Este principio imposibilita la realización de cualquier tipo de diferenciación entre hijos y protege a los menores de manera preferente frente a cualquier menoscabo que les pueda ocasionar; en consecuencia, ya que el artículo 397° del C.C. realiza una diferenciación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales e incluso plantea la

⁵⁵ S. BERTELSEN SIMONETTI, “Métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales” ..., cit., p. 52.

posibilidad de impedir el ingreso de estos últimos al hogar conyugal, en mérito a un límite externo indirecto, no podría ser aplicable.

b) Análisis de los límites internos

Estos límites a los derechos son aquellos que dimanar de la misma esencia de los derechos y de su contenido último, trascendiendo a una interpretación literal; y, por el contrario, basándose en el espíritu de la norma, la cual puede incluir su armonización con otros bienes jurídicos igualmente valiosos. En el caso concreto, solo podría verse una armonización del artículo 397° del C.C. con el interés superior del niño, en el caso que la oposición de ingreso del hijo extramatrimonial al hogar conyugal le cause un bien a este; como, por ejemplo, para evitar que este sea maltratado por el cónyuge que se opone a su ingreso, si a pesar de ello ingresaría al hogar conyugal; no obstante, es un absurdo jurídico validar este planteamiento, ya que el derecho no podría tutelar una interpretación normativa que valide la idea de que sea positivo que el cónyuge pueda evitar el ingreso al hogar conyugal del hijo extramatrimonial de su cónyuge, porque si ingresara, lo maltrataría. Validar lo anterior sería aceptar el maltrato a un menor como jurídicamente válido, y para dar solución a ello, se posibilita la oposición de su ingreso al hogar conyugal para que no ingrese a este y en consecuencia no sea maltratado.

2.1.4. Test de Ponderación

También “denominado *balancing test* o test de ponderación de derechos o test de proporcionalidad, consiste en hacer una suerte de comparación entre los derechos en conflicto, sin dejar de lado las características especiales de cada caso en concreto, a fin de determinar cuál derecho es más importante o tiene un peso superior”⁵⁶.

Este método de solución de conflictos es ampliamente utilizado en diversos sistemas jurídicos en todo el mundo para la resolución de conflictos de corte constitucional y

⁵⁶ A. BURGA CORONEL, “El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, *Gaceta Constitucional*, N° 47, 2011, p. 255.

ha sido estudiado por diversos autores, en especial respecto a su uso en los tribunales constitucionales.⁵⁷

Es así, que su utilización se ha generalizado debido a que, en una extrema ratio, es un mecanismo sólido para resolver aparentes conflictos entre derechos. “Este fenómeno no es privativo del caso peruano, pues tribunales y cortes constitucionales alrededor del mundo, cortes de derechos humanos y, en general, diversos autores, parecen haber centrado su atención crecientemente en el test de proporcionalidad y en la ponderación entre principios”⁵⁸.

Por la importancia y utilidad de este método de solución de conflictos entre derechos, y que además se configura como idóneo para el caso concreto, se hará su completa aplicación en el capítulo siguiente de esta investigación.

2.2. Derechos que entran en un aparente conflicto

2.2.1. Entendimiento del artículo 397° como una forma de efectivización del derecho de la protección a la institución jurídica de la familia

El contenido del artículo 397° del C.C. ya se ha estudiado a profundidad en este trabajo y se ha podido concluir que el trasfondo de este derecho subjetivo contenido en el Código Civil no es satisfacer el interés personal de quien tiene la prerrogativa de poder oponerse al ingreso al hogar conyugal del hijo extramatrimonial de su cónyuge, sino que tiene un fin con contenido superior y que responde al interés público de la sociedad de proteger la institución jurídica de la familia, tal cual dicta nuestro orden constitucional.

⁵⁷ I. COVARRUBIAS CUEVAS, “¿Emplea el tribunal constitucional el test de proporcionalidad?”, *Estudios Constitucionales*, N° 1, 2014, p. 163-237.

⁵⁸ J. SOTOMAYOR TRELLES, “El test de ponderación como un examen multicriterio: un análisis a partir de tres modelos ponderativos”, *Derecho & Sociedad*, N° 48, 2016, p. 63.

Pues bien, entonces el verdadero bien jurídico protegido por el artículo 397° del C.C. no está en un rango legal, sino que se sitúa en la esfera constitucional, al ser un mecanismo de efectivización de la protección a la institución jurídica de la familia.

2.2.2. Patria potestad del progenitor que quiere llevar a su hijo “extramatrimonial” a su hogar conyugal.

La figura jurídica de la patria potestad ha sido estudiada por la doctrina jurídica ampliamente en su rol tuitivo al menor, en especial, en todo lo referido al manejo de su patrimonio y persona⁵⁹. En nuestro Código Civil se señala respecto a ella que “por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores”⁶⁰. Pese a que en un primer momento se podría afirmar que este es un derecho exclusivo del progenitor y por lo tanto este podría ejercerlo en su beneficio subjetivo, una interpretación de acuerdo al bloque de constitucionalidad peruano especifica que:

“Es la Convención sobre los Derechos del Niño la que resalta la función tuitiva de la patria potestad al indicar que se ejerce en beneficio de los hijos: el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo de sus hijos, impone a aquellos que la preocupación fundamental es el interés superior del niño (artículo 18, numeral 1). Por ello, se postula que, en el ejercicio conjunto de la patria potestad, ambos padres atiendan al interés de los hijos”⁶¹.

Es así, que más que un derecho puro, la patria potestad se configura como una obligación del progenitor en beneficio del menor, el cual es un sujeto privilegiado en

⁵⁹ J. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *Algo sobre la Patria Potestad*, Editorial Minerva, Bogotá, 1919.

⁶⁰ Congreso de la República del Perú, *Decreto Legislativo N° 295 Código Civil de 1984*, entrada en vigencia el 14 de noviembre de 1984.

⁶¹ A. PLÁCIDO VILCACHAGUA *et alii*, *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas Tomo III Derecho de Familia (Segunda Parte)*, Gaceta Jurídica, Lima, 2010.

nuestro ordenamiento jurídico. Siendo ello así, la patria potestad podría considerarse incluida como un derecho del menor en virtud al interés superior de este, y; en consecuencia, no sería pertinente estudiarla aislada, sino como parte integrante del interés superior del niño y adolescente, al menos para el caso concreto de esta investigación.

Finalmente, es necesario hacer una distinción entre la figura de la patria potestad y la tenencia, pues de acuerdo a la Casación N° 1805-2000-Lima, El Peruano, 30-01-2001, p. 6810, “La Patria potestad es el conjunto de derechos que confiere la ley a los padres sobre las personas y los bienes a sus hijos menores con la finalidad, entre otras, de educarlos y protegerlos, **siendo la tenencia un atributo de la patria potestad**”. Como se desprende del texto citado, la tenencia es parte de la institución de la patria potestad, por lo tanto, son diferentes, pues la tenencia solo es una parte de todo lo que representa la patria potestad, no obstante, si se le priva a un progenitor de la tenencia, es adecuado afirmar que se le priva del adecuado ejercicio de su patria potestad.^{[U3][U4]}

2.2.3. Derecho del niño, niña y adolescente de vivir con su familia

Este derecho se desprende del interés superior del niño y adolescente, el cual es un principio rector, transversal y que inspira nuestro sistema jurídico, el mismo que tiene sus orígenes en la Convención sobre los Derechos del Niño⁶², la cual es parte de nuestro bloque de constitucionalidad y ha propiciado que nuestro actual Código de los Niños y Adolescentes lo reconozca en el artículo IX de su Título Preliminar, señalando de manera textual que “en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás

⁶² Organización de las Naciones Unidas. *Convención sobre los derechos del niño*. Celebrada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor el 02 de septiembre de 1990, ratificada por el Perú el 04 de septiembre de 1990.

instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos⁶³”.

Es así, que este “es uno de los temas más planteados en nuestro ordenamiento y en todo el mundo. Esto se debe a que es un mandato regulado por normas cuyo fin es el respeto y atención a cada etapa de la vida del niño a partir de la búsqueda de su bienestar, su ejercicio y no restricción de sus derechos, por lo que, debe ser considerado por todos, en especial en los momentos en que se deba tomar una decisión respecto al niño”⁶⁴.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, dentro de sus pronunciamientos, señala que se debe considerar que “el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no solo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés”⁶⁵. Así también se señala que “dentro del orden de prelación y jerarquías existente al interior de una Constitución, es decididamente un hecho incontrovertible, que mayor importancia reviste para un Estado y su colectividad, el proteger a la infancia”⁶⁶.

Como se puede observar, “el Principio del Interés Superior del Niño y Adolescente representa el espíritu de la Doctrina de la Protección Integral, materializado en el

⁶³ Congreso de la República del Perú, Ley N° 27337, *Código de los Niños y Adolescentes*, Perú, entrado en vigencia el 08 de agosto de 2000.

⁶⁴ K. RIVERA, “La afectación del Principio de Interés Superior del Niño a partir de la presunción *pater is est*”, *Derecho & Sociedad*, N° 50, Lima, 2018. Disponible en <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/20390>>. Consultado: 01 de agosto de 2019.

⁶⁵ STC Exp. N° 02079-2009-PHC/TC, del 9 de setiembre de 2010, F.J. 13.

⁶⁶ STC Exp. N° 298-96-AA/TC, del 03 de abril de 1998, Párrafo 11.

reconocimiento de los derechos humanos de la infancia consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño”⁶⁷.

Pues bien, una vez definido el principio del interés superior del niño y adolescente, y habiendo evidenciado su importancia al conferir una serie de derechos los menores por ser una población vulnerable de prioritaria protección, es necesario profundizar en un aspecto específico de este y que es de necesario entendimiento para la realización de este trabajo de investigación: el derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir con su familia.

En [U5][U6] el ordenamiento jurídico peruano no se encontraba textualmente reconocido el derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir con su familia, hasta la entrada en vigencia el 28 de junio de 1993 del Decreto Ley N° 26102, Código de los niños y adolescentes, que en su artículo 9° señala de manera literal que “todo niño y adolescente tiene derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia”. Este derecho continúa en nuestra legislación en el actual Código de los niños y adolescentes, Ley N° 27337, que entra en vigencia el 07 de agosto de 2000 y en su artículo 8° señala textualmente que “El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia. El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado. El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos. Los padres deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral”.

Varios años después, y con el claro objetivo de ampliar la escasa regulación de este derecho en nuestra legislación, el Decreto Legislativo N° 1297 “Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgos de perderlos” entra en vigencia el 09 de febrero de 2018 (un día después de la

⁶⁷ M. SOKOLICH ALVA, “La aplicación del Principio de Interés Superior del Niño por el Sistema Judicial Peruano”, *Vox Juris*, N° 1, Vol. 25, 2013, p. 89. Disponible en: <<https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/47>>. Consultado: 12 de agosto de 2019.

publicación de su reglamento según señala su primera disposición complementaria final). Esta norma, dentro de todo su articulado, reiterativamente menciona y da a entender que el vivir en familia es un derecho de todo niño, niña y adolescente (menores), como por ejemplo al definir la adopción en su artículo 3, inciso m) como “una medida de protección e integración familiar, de carácter definitivo, garantista y excepcional, que tiene por objeto **hacer efectivo el derecho a vivir en familia de la niña, niño o adolescente** declarado en estado de desprotección familiar y con estado de adoptabilidad”⁶⁸. En el mismo artículo, en el inciso h) también se señala que “la declaración de desprotección familiar tiene por finalidad además otorgar una modalidad de cuidado alternativa duradera y estable para la niña, niño o adolescente **que garantice su derecho a vivir en una familia o en un entorno familiar.**”

Antes de la entrada en vigencia de este Decreto Legislativo, igualmente el derecho de los niños y adolescentes a vivir en familia se podía reconocer como presente en nuestro ordenamiento jurídico al observar en forma sistemática la legislación y constitución de nuestro país; por ejemplo, el derecho a la patria potestad que incluye el régimen de convivencia del menor con sus progenitores; que como se mencionó, es ejercido en exclusivo beneficio del menor. Así también, este derecho se desprende del contenido constitucional referente al interés superior del niño y adolescente, pues es aceptado por la doctrina que la familia es el espacio ideal para el desarrollo del niño y adolescente; y, por lo tanto, es deseable que este viva dentro de esta estructura social.

A nivel internacional “vivir en familia sin excluir a ningún miembro, es un derecho fundamental para todos los niños y niñas sin distinción, protegido por diversos instrumentos jurídicos internacionales y europeos”⁶⁹.

⁶⁸ Poder Ejecutivo del Perú, Decreto Legislativo N° 1297, *Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgos de perderlos*, Perú, entrado en vigencia el 09 de febrero de 2018.

⁶⁹ Dirección de Sensibilización y Políticas de Infancia de la UNICEF, *El derecho de los niños y niñas a vivir con su familia*, UNICEF, Madrid, 2016, p. 4.

Para un entendimiento cabal de este derecho es necesario clarificar el concepto de familia y sus alcances. Existen muchas definiciones de familia dentro de la doctrina; por ejemplo, Calixto Valverde, bajo una postura esencialista, la definió como “una institución natural y social que, fundada en la unión conyugal, liga a los individuos que la integran para el cumplimiento común de los fines de la vida espiritual y material bajo la autoridad del ascendiente originario que preside las relaciones existentes”⁷⁰. Desde un enfoque más pragmático, Belluscio la define como “el grupo social integrado por las gentes que viven en una casa bajo la autoridad del señor de ella”, y Planiol la conceptualiza como “el conjunto de personas que se encuentran unidas por el matrimonio, la filiación o la adopción, vale decir, el conjunto de personas que viven bajo el mismo techo, bajo la misma dirección y con los recursos proporcionados por el jefe de la casa”⁷¹.

Bajo una perspectiva técnica, el Instituto Nacional de Estadística e Informática, define a la familia nuclear como la “familia conviviente formada por los miembros de un único núcleo familiar, el grupo formado por los miembros de una pareja y/o sus hijos”⁷².

En un ámbito legislativo, en el Código Civil Peruano, no se brinda una definición exacta de lo que se entiende por familia, no obstante, si se desprenden de su regulación sus elementos; como el matrimonio, los hijos, el parentesco consanguíneo, por afinidad y por adopción. El Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo, Decreto Legislativo N° 1297, define la familia de la siguiente manera:

“Artículo 3.- Definiciones

A efectos de la presente ley se entiende por

⁷⁰ C. VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil Español Tomo IV*, Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1938, 4ª ed., p. 10.

⁷¹ M. PLANIOL Y G. RIPERT, “Tratado elemental de Derecho Civil: Tomo I”, Editorial Cárdenas, México D.F., 1981, p. 225.

⁷² INEI, Sistema de Documentación Virtual de Investigaciones Estadísticas. Disponible en <https://webinei.inei.gob.pe/anda_inei/index.php/catalog/257/vargrp/VG82>. Consultado: 09/10/2019.

a) Familia de origen

Es la conformada por la madre, el padre o uno de ellos, hermanos, hermanas, tutora o tutor. Y además las personas con las que teniendo o no vínculo de parentesco, conviven o hacen vida en común.

b) Familia extensa

A efectos de la presente ley, la familia extensa comprende a los familiares de la niña, niño o adolescente con los que no conviven o hace vida en común.

c) Comunidad como familia

En el caso de niñas, niños o adolescentes procedentes de pueblos indígenas u originarios, comunidades campesinas, comunidades nativas o cualquier otra forma organizativa, donde la niña, niño o adolescente haya desarrollado identidad cultural y sentido de pertenencia, se entiende como familia de origen o extensa a los integrantes de éstas, de acuerdo a sus costumbres y bajo un enfoque intercultural.”

Entendido el concepto de familia, y reafirmando que es el contexto idóneo para la crianza de un menor, es entendible se haya producido “en el derecho internacional de los derechos humanos el reconocimiento del derecho del niño a vivir en su familia y a ser cuidado y criado por sus progenitores en el seno de la misma. La responsabilidad primaria por el bienestar del niño y el goce de sus derechos recae en sus progenitores y en los miembros de su familia de origen independientemente de la composición y la forma de constitución de ésta”⁷³.

⁷³ Relatoría sobre los Derechos de la Niñez de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado Alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*, CIDH, San José de Costa Rica, 2013.

CAPÍTULO III: POSTURAS ARMONIZADORAS Y CONFLICTIVISTAS DE DERECHOS: APLICACIÓN AL CASO OBJETO DE ESTUDIO

3.1. Posturas Armonizadoras

Las posturas armonizadoras, que contienen su desarrollo en doctrina más reciente frente a las tradicionales posturas conflictivistas, postulan que “la persona humana, como fundamento a partir del cual se desprenden los derechos humanos, es una realidad unitaria y coherente cuya plena realización rechaza cualquier tipo de contradicción interna. Es decir, si los derechos del hombre son desprendimientos o manifestaciones de una realidad unitaria y coherente como lo es su naturaleza humana, entonces no puede haber manera que los derechos puedan ser contradictorios entre sí, al punto que puedan entrar en conflicto”⁷⁴.

En atención a lo anterior, es que ningún derecho constitucional podría sacrificarse para que otro del mismo rango prevalezca, ya que si se tiene claridad del contenido constitucional de estos, entonces será posible llegar a una interpretación que contempla un ejercicio de ambos en armonía; y, por lo tanto, “evitando cuidadosamente toda interpretación del derecho fundamental que pudiera convertirlo en contradictorio con otras normas constitucionales o que pudiera vaciar de contenido otros mandatos de la Constitución”⁷⁵.

Bajo este razonamiento, en el caso concreto se tendría que llegar a una interpretación en la que el fin constitucional de preservación de la familia que protege el artículo 397° del C.C. al darle a una persona la potestad de oponerse que el hijo extramatrimonial de su cónyuge ingrese al hogar conyugal, se encuentre armonizado y en ningún punto contrario al derecho de este hijo extramatrimonial de vivir con su familia. Bajo un enfoque general, es casi imposible realizar este ejercicio; no obstante, en el siguiente capítulo se abordará una situación específica en la que se podrá apreciar en la práctica la forma de armonizar los derechos aparentemente colisionados.

⁷⁴ L. CASTILLO-CÓRDOVA, “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”, *Revista Jurídica Thomson Reuters*, N° 2, p. 815.

⁷⁵ A. MARTÍNEZ-PUJALTE, “Algunos principios básicos en la interpretación de los derechos fundamentales”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, N° 32, Valencia, 2000, p. 128.

3.2. Posturas Conflictivistas

“Conforme a esta visión, los derechos fundamentales son realidades que eventualmente pueden entrar en oposición entre sí”⁷⁶. En ese sentido, un derecho puede verse en un conflicto directo con otro y; por lo tanto, solo uno de ellos primará en detrimento del otro, pues “como las fronteras que definen los derechos son imprecisas, los conflictos devienen inevitables y problemáticos”⁷⁷.

La doctrina jurídica imbuida de un enfoque conflictivistas ha postulado como criterios idóneos para resolver los conflictos de derechos que se presenten principalmente a dos: la jerarquización y la ponderación. Respecto a la jerarquización, la cual ya fue tratada líneas arriba en este trabajo, se tendrían que generar jerarquías pre establecidas entre derechos ante un eventual conflicto entre estos, y aun cuando estos derechos fueran fundamentales, se tendría que plantear nuevas jerarquías como por ejemplo “derechos super fundamentales”; lo cual es una solución muy básica y que no soporta un profundo análisis jurídico, ya que existe una imposibilidad para formular un criterio absoluto que establezca jerarquías entre derechos fundamentales, dada la gran complejidad de la realidad, en la cual en un caso concreto, un derecho aparentemente puede ser más importante que otro, y en un escenario diferente, presentarse la figura opuesta.

En el caso del test de ponderación, esta alternativa para la solución de conflictos se configura como una solución válida y con antecedentes de uso por el Tribunal Constitucional Peruano. En ese sentido, se desarrollará respecto al caso concreto en el punto siguiente.

⁷⁶ A. BURGA CORONEL, “El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, *Gaceta Constitucional*, N° 47, 2011, p. 254.

⁷⁷ A. GARCÍA PABLOS, *La protección penal del honor y la intimidad como límite al ejercicio del derecho a la libre expresión*, Edersa, Madrid, 1985, p. 205.

3.3. Test de ponderación entre el derecho conferido por “el artículo 397° del Código Civil peruano” de evitar que “el hijo extramatrimonial entre al hogar conyugal sin la autorización del otro cónyuge y el derecho del niño y adolescente a vivir con su familia”

3.3.1. Establecimiento de los derechos sobre los cuales se aplicará el test de ponderación para asegurar su viabilidad

Para realizar un test de ponderación, el primer momento indispensable es identificar qué derechos de la misma jerarquía entran en conflicto. En una primera impresión, el tema objeto de estudio tiene como normas en aparente conflicto el artículo 397° del Código Civil peruano, el cual tiene rango de ley, y un precepto protegido a nivel constitucional, como el interés superior del niño y adolescente, transfigurado en su derecho de vivir con su familia. En ese sentido, no cabría aplicar un test de ponderación, pues como se trató anteriormente en la investigación, se aplicaría un simple análisis de jerarquización de derechos. No obstante lo anterior, el test de ponderación si será posible, ello en cuanto se analice la finalidad del texto del artículo 397° del C.C., la cual, como extensamente se ha abordado al hablar de los motivos que justifican la existencia de este artículo, es la preservación de la familia y su unidad.

Siendo ello así, el test de ponderación será posible, siempre que la ponderación se dé entre:

- a) El derecho a preservar la unidad familiar, que se desprende del texto del artículo 4° de la Constitución Política del Perú, que señala que la comunidad y el Estado “también protegen a la familia y promueven el matrimonio”, el cual es efectivizado a través de contenido del artículo 397° del C.C., al darle al otro cónyuge la facultad de evitar el ingreso al hogar conyugal de un hijo extramatrimonial, ello con el fin de evitar problemas dentro de la familia, lo cual conlleve a su posterior disolución.
- b) El derecho del niño y adolescente a vivir con su familia, el cual es un derecho derivado del principio de interés superior del niño y adolescente , reconocido en el

artículo 4° de la Constitución Política del Perú, el cual textualmente señala que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente...”.

Pues bien, establecido lo anterior, en las líneas siguientes se procederá a explicar la metodología utilizada para realizar el test de ponderación.

3.3.2. Ejecución del test de ponderación

La doctrina jurídica ha estudiado ampliamente como realizar un adecuado test de ponderación entre derechos en aparente conflicto. Por ejemplo; según Covarrubias⁷⁸, en algunos sistemas jurídicos se ha preferido un test de proporcionalidad centrado en la producción jurisprudencial, como es el caso del modelo de Europa Continental; otros modelos parecidos al nuestro, se centran en realizar un test de ponderación particular, o como señala Ochoa⁷⁹, “sui generis”, siendo que para tal fin se analiza el caso en concreto y se aplican criterios integrales, como por ejemplo excepciones de inconstitucionalidad.

Ya que se está realizando un análisis situado en el Perú, se considera lo más adecuado proceder de acuerdo a los parámetros que ha fijado el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia. Esta entidad, en el contenido de su sentencia N° 0050-2004-AI/TC, considera que:

“El test de razonabilidad es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia; constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando ésta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales. Para que la aplicación del test sea adecuada, corresponde utilizar

⁷⁸ I. COVARRUBIAS CUEVA, “¿Emplea el tribunal constitucional el test de proporcionalidad?”, *Estudios Constitucionales*, N° 1, 2014, p. 168.

⁷⁹ Y. OCHOA SUAREZ, *Aplicación del test de proporcionalidad para la excepción de inconstitucionalidad: mecanismo para garantizar derechos fundamentales*, Universidad de Santo Tomas, Bogota, 2017, p. 245.

los tres principios que lo integran: fin válido e idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁸⁰.

Similar criterio para realizar el test de proporcionalidad se utiliza en senda jurisprudencia, como en la sentencia del Tribunal Constitucional N° 00579-2008-AA, que señala que:

“La decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone, como hemos señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de *relación medio-medio*, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”⁸¹.

A continuación, se procede a ejecutar el test de proporcionalidad, según los parámetros señaladas en el párrafo anterior:

⁸⁰ STC Exp. N° 0050-2004-AI/TC, del 02 de febrero de 2006, F.J. 109.

⁸¹ STC Exp. N° 00579-2008-AA, del 05 de junio de 2008, F.J. 25.

a) Análisis de Idoneidad

El principal aspecto a analizar en este punto es si el texto del artículo 397° del C.C. que prohíbe el ingreso de un hijo extramatrimonial al hogar conyugal si el otro cónyuge no da su consentimiento, es el medio adecuado para garantizar la preservación de la familia y su unidad, tal cual se señala en el artículo 4° de la Constitución Política del Perú.

Es cierto que la institución jurídica de la familia tiene una importancia capital en nuestra sociedad, tal es así que “hoy se reconoce que la familia no es solo el eje capital del Derecho Privado, sino que reviste también importancia considerable para la moralidad pública, para la conservación de la especie, para el aumento de la población, para la trabazón social y para la solidez de la estructura política (...), base insustituible para una organización estable y eficaz”⁸², por lo anterior, es que es deseable su preservación y en consecuencia es de necesaria presencia toda figura jurídica que coadyuve a este fin.

Analizando el artículo 397° y toda la justificación histórica detrás de su existencia, se puede contemplar que esta figura busca evitar que el ingreso del hijo extramatrimonial genere problemas dentro del matrimonio al no haber consenso sobre su ingreso y; en consecuencia, al evitar estos problemas, ayudar a la preservación de la familia. Es así, que podría afirmarse en un primer momento que esta medida es adecuada para el fin que busca, no obstante ello, esta norma también puede ser fuente generadora de conflictos en el interior de la familia, ya que la persona que pretende ingresar al hogar conyugal a su hijo extramatrimonial, ante una eventual negativa de su cónyuge, puede no estar conforme y ello ser motivo de quizá aún más problemas. Dicho lo anterior, queda claro que la medida no es adecuada para su fin, ya que buscando la satisfacción de su fin, que es preservar la familia, también puede ir en contra de este; y, es más, no tiene en cuenta otros derechos como el del niño y adolescente a vivir con su familia, el cual vulnera.

⁸² N. PÉREZ, *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 1984, p. 687.

b) Análisis de Necesidad

Al verificar si existen medios alternativos para preservar la familia a que una persona opte por evitar el ingreso del hijo extramatrimonial de su cónyuge para dicho fin, se pueden plantear alternativas como las siguientes:

- Permitir el ingreso del hijo extramatrimonial a un ambiente separado y exclusivo para él dentro del hogar conyugal, de modo tal, que se eviten interacciones de este con quien no lo desee ahí, pero se facilite su convivencia con su progenitor, y en consiguiente, se proteja su derecho a vivir en familia.
- Por mutuo acuerdo, ambos cónyuges fijen reglas de conducta para el hijo extramatrimonial que uno de ellos pretende hacer ingresar al hogar conyugal, de modo tal que se limite la posibilidad de conflictos. Esta alternativa solo no sería posible, en caso que el cónyuge que se opone al ingreso del menor al hogar conyugal tenga una actitud poco razonable e intransigente, en cuyo caso, podría recurrirse a la vía judicial.

Dicho lo anterior, se puede afirmar que pueden existir medios alternativos funcionales al planteado por el legislador en el artículo 397° del C.C.; inclusive, los medios señalados líneas arriba son más eficientes, ya que también preservan el derecho del niño y adolescente a vivir con su familia y permiten a su progenitor ejercitar su patria potestad adecuadamente en beneficio del menor. Es más, si existieran casos extremos en que no se puedan resolver al interior de la familia los problemas producto del ingreso de un hijo extramatrimonial al hogar conyugal, el D.L. N° 1297 prevé mecanismos en que el Estado interviene dando ayuda psicológica, formativa y similares para resolver estos problemas que ponen en riesgo la estabilidad de la familia de los niños y adolescente, o en casos muy excepcionales en que el hijo extramatrimonial no pueda ingresar al hogar conyugal, pueden darle acogimiento familiar o residencial.

c) Análisis de Ponderación

En este punto corresponde aplicar la ley de la ponderación, la cual establece que “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. Aplicando dicha ley, entonces debería configurarse que “cuanto mayor es la afectación al derecho del niño y adolescente de vivir con su familia (que es una manifestación del interés superior del niño y adolescente), mayor debe ser el grado de satisfacción a la protección a la unidad de la familia”.

Claramente se puede apreciar que en el caso concreto no se cumple la ley de la ponderación, en tanto se ha evidenciado que la proscripción del ingreso del hijo extramatrimonial al hogar conyugal de su progenitor sin la anuencia del cónyuge de este último, afecta totalmente el derecho del hijo extramatrimonial de vivir con su familia, y a cambio de ello no se consigue una mejor protección de la unidad familiar, ya que justamente evitar que el ingreso del hijo extramatrimonial al hogar conyugal, puede también generar problemas y riesgos para la unidad familiar, al no estar de acuerdo con esto su progenitor, y por lo tanto cuestionar la oposición de su cónyuge.

A pesar que en la sentencia del Tribunal Constitucional N° 00579-2008-AA se señala que solo se debe pasar al análisis de necesidad, una vez superado el de idoneidad, y al análisis de ponderación, una vez superado el análisis de necesidad; igualmente se han realizado los tres análisis para agotar cualquier opción interpretativa contraria, tal cual se realizó en la sentencia del Tribunal Constitucional N° 6712-2005-HC/TC⁸³ (que se desprende del conocido caso de Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana contra Mónica Adaro Rueda, por motivo de la exhibición a nivel nacional de videos de contenido íntimo de esta última)

Luego de realizar el test de ponderación en congruencia a la metodología utilizada por el Tribunal Constitucional peruano, y habiéndose determinado que el artículo 397° del

⁸³ STC N° 6712-2005-HC/TC del 17 de octubre de 2005, F.J. 41.

C.C., i) no cumple con ser idóneo para su fin protector de la institución jurídica de la familia al evitar que se generen problemas dentro de esta por motivo del ingreso de un hijo extramatrimonial, ya que también al aplicarse puede generar conflictos, especialmente con el cónyuge que pretendía el ingreso al hogar conyugal de su hijo extramatrimonial, ii) no cumple con ser necesario, pues la familia interiormente puede generar mecanismos para resolver cualquier problemática vinculada al ingreso de un hijo extramatrimonial al hogar conyugal; y en casos excepcionales, el D.L. N° 1297 prevé mecanismos frente a esta problemática y iii) que no cumple con la ley de la ponderación, ya que evitar el ingreso de un hijo extramatrimonial al hogar conyugal no consigue siempre una mejor protección a la unidad familiar, pues el cónyuge progenitor del hijo extramatrimonial, ante la negativa de su cónyuge del ingreso de este al hogar conyugal, puede no estar de acuerdo con ello y esto ser fuente de más problemas que generen inestabilidad en la familia; se puede concluir que no se ha pasado este test de ponderación en el caso objeto de estudio, y; por lo tanto, que una persona pueda evitar que el hijo extramatrimonial de su cónyuge entre al hogar conyugal es inconstitucional.

CAPÍTULO IV: PROBLEMÁTICAS Y RIESGOS DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DEL “ARTÍCULO 397° DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO”

4.1. Contexto actual de la aplicación de la norma

Pese a la amplia revisión que se ha realizado en los medios de acceso a la jurisprudencia peruana como el portal de Jurisprudencia Nacional Sistematizada⁸⁴ y en el archivo de la corte superior de justicia de Arequipa, el artículo 397° del C.C., que como se ha sostenido en este trabajo, es una forma de manifestación de la protección a la institución jurídica de la familia, no cuenta con antecedentes jurisprudenciales hasta donde se pudo comprobar. Es probable que exista jurisprudencia antigua sobre este artículo que no ha sido sistematizada y pueda tener su soporte en físico; no obstante, esto es una limitante para este trabajo, pues es complicado y oneroso realizar una búsqueda a nivel nacional en el archivo de cada judicatura.

Por lo que se ha podido corroborar de acuerdo al alcance de esta investigación, la aplicación del artículo 397° del C.C. es prácticamente nula en la realidad peruana, al menos jurisprudencialmente. Respecto a la doctrina, esta tampoco ha abordado el tema prolijamente, salvo por contados trabajos de investigación; a diferencia de otros países, que han tenido un desarrollo más completo de los fines que este artículo representa, e incluso en su regulación ha sido objeto de arduo debate.

Lo que sí es claro, es que, de aplicarse esta norma, se estaría utilizando una figura jurídica que ha quedado desfasada en el tiempo y que no es acorde al actual modelo constitucional del sistema jurídico peruano (en gran medida por su carácter preconstitucional). Asimismo, en el entendido que el derecho, así como la sociedad, es mutable, actualmente el artículo 397° del C.C., no se condice con los valores que nuestra sociedad hoy ha reconocido como de preferente protección, en cuyo esquema se encuentra la protección del interés superior del niño y adolescente, lo cual, esta norma vulnera.

⁸⁴ Jurisprudencia Nacional Sistematizada. Disponible en: <<https://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/faces/page/inicio.xhtml>>. Consultado: 15/09/2019.

4.2. Potenciales problemáticas, riesgos y alternativas a la aplicación “del artículo 397° del Código Civil Peruano”.

Si se realiza un análisis desde una perspectiva crítica y se toma en cuenta los diversos escenarios que se pueden presentar en la compleja realidad social; se pueden llegar a plantear diversos casos límite en los que la aplicación del artículo 397° del C.C. no revestiría la claridad necesaria, y; en consecuencia, se produciría una controversia jurídica cuya resolución la actual norma no satisface; siendo que, por el contrario, puede entorpecer la aplicación justa del derecho.

Si se abordara el caso del progenitor sin vínculo matrimonial que también ejerce la patria potestad, tendría que hacerse en el supuesto que esta persona soltera tenga un hijo extramatrimonial con una persona que si está casada y al cónyuge de esta última si le asistiría el artículo 397° del CC⁸⁵, frente a lo cual los afectados por el alcance de este artículo serían el menor a quien el cónyuge de su padre o madre le niega vivir en la casa conyugal y al progenitor cuyo cónyuge impide esto. El progenitor que no se encuentra casado no se vería afectado en ningún derecho subjetivo, sino quizá solamente en el aspecto emocional, al saber que a su hijo le es impedido vivir con su otro progenitor por motivo de la negativa del cónyuge de este último.

Para mayor claridad de este supuesto, se usa el siguiente ejemplo:

Juan (hijo extramatrimonial) es hijo de Ana y de Pedro, quienes no se encuentran casados. Pedro decide ya no tener una relación sentimental con Ana y se casa con Jimena. En este caso, la solución respecto a quien le corresponde ejercer la patria potestad está contemplada en el artículo 421° del Código Civil, que señala que:

“La patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales se ejerce por el padre o por la madre que los ha reconocido. Si ambos padres han reconocido al hijo, el juez de menores determina a quién corresponde la patria potestad, atendiendo a

⁸⁵ No se podría hacer un análisis respecto a un padre y madre que no están casados, ni entre ellos ni con terceros, pues de lo contrario no les alcanzaría el ámbito de aplicación del artículo 397°.

la edad y sexo del hijo, a la circunstancia de vivir juntos o separados los padres y, en todo caso, a los intereses del menor. Las normas contenidas en este artículo son de aplicación respecto de la madre aunque sea menor de edad. No obstante, el juez puede confiar a un curador la guarda de la persona o de los bienes del hijo, si así lo exige el interés de éste, cuando el padre no tenga la patria potestad”.

Como se puede apreciar, en este caso no existe mayor controversia jurídica, pues la solución está prevista claramente en el Código Civil. En este caso, la madre no casada, que sería Ana, así como el padre casado, que sería Pedro, pueden ejercer la patria potestad (que incluye la tenencia⁸⁶) sin ningún problema; la controversia se presentaría si Jimena, esposa de Pedro, decide ejercitar el derecho que le confiere el artículo 397° del Código Civil y pretende evitar el ingreso a su hogar conyugal de Juan, hijo de su esposo Pedro. En este caso Ana no tendría ningún tipo de afectación, quienes sí podrían ser potencialmente afectados por el artículo 397° del CC serían Juan, al privarle el derecho de vivir con su familia (o sea, con Pedro, su padre) y Pedro, por no permitirle ejercer adecuadamente su patria potestad respecto a Juan, lo cual como se argumenta en el punto 2.2.2. del trabajo, más que solamente un derecho subjetivo de Pedro, es un derecho que se ejerce en beneficio del menor (Juan) y por lo tanto sería parte del interés superior del niño y adolescente, configurándose así también como un derecho de Juan el que Pedro pueda ejercer su patria potestad respecto a él.

En cuanto a la controversia sobre cuál de los progenitores, o si ambos, ejercerían la tenencia, este asunto se encuentra claramente señalado en el artículo 81° de la Ley N° 27337 “Código de los niños y adolescentes”, que literalmente señala que “cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño y el adolescente. De no existir acuerdo, o si éste resulta perjudicial para los hijos, la Tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento”. Siendo esto así, no hay mayor controversia jurídica sobre el tema pues la regulación es bastante clara, no obstante, la facultad de oposición del cónyuge del progenitor del menor para que este ingrese al hogar conyugal,

⁸⁶ Casación N° 1805-2000-Lima, El Peruano, 30-01-2001, p. 6810, “La Patria potestad es el conjunto de derechos que confiere la ley a los padres sobre las personas y los bienes a sus hijos menores con la finalidad, entre otras, de educarlos y protegerlos, **siendo la tenencia un atributo de la patria potestad**”.

contenida en el artículo 397°, podría ser un aspecto que el juez debería tomar en cuenta para su fallo.[U9][U10]

A continuación se presentará un caso ficticio similar al anterior, pero bajo una situación límite, de modo tal que se pueda ejemplificar de manera más clara la posible vulneración del derecho del niño y adolescente de vivir con su familia producto de la aplicación del artículo 397° del Código Civil:

Juan (hijo extramatrimonial) tiene como familiares solamente a dos personas en el mundo: su madre, Ana; con quien vive, y su padre, Pedro; quien pese a cumplir sus responsabilidades con él, ya ha formado otra familia con la cual vive. La madre de Juan fallece y este no tiene más familia a la que recurrir que a su padre. Ante esta situación, Pedro pretende llevarse a Juan a vivir con él al hogar conyugal que ha formado con su esposa, Jimena, frente a lo cual esta última se opone sin mediar explicación alguna. Ante esto, ¿qué se debería hacer con Juan?

Si aplicamos el artículo 397° del C.C. de manera literal, Juan no podría ingresar al hogar conyugal que su padre, Pedro, tiene con su actual cónyuge, Jimena, por esta última haber ejercitado el derecho subjetivo que la ley le confiere de oponerse a su ingreso. Siendo ello así, Juan quedaría desamparado, frente a lo cual podría operar el artículo 70° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1297, que señala que “la medida de acogimiento familiar⁸⁷ tiene por finalidad brindar de manera temporal, protección en un medio familiar a una niña, niño o adolescente que no puede vivir con su familia de origen y deba disponerse esta medida alternativa de cuidado para garantizar su bienestar integral.”

⁸⁷ El acogimiento familiar si sería aplicable a este caso pese a que Juan no tiene más familia consanguínea; ya que, de acuerdo al artículo 65° del Decreto Legislativo N° 1297, existen los siguientes tipos de acogimiento familiar: a) Acogimiento Familiar en Familia extensa, b) Acogimiento Familiar con Tercero y c) Acogimiento Familiar Profesionalizado; siendo estos dos últimos, destinados a que alguien sin relación consanguínea con el menor pueda acogerlo.

No obstante lo anterior, este Decreto Legislativo fue creado para cubrir supuestos en los que el menor no pueda vivir con su familia por esto ocasionarle riesgos a su integridad, como por ejemplo que alguno de sus familiares esté procesado por violación o maltrato en su contra, sea alcohólico probado o toxicómano, etc.; o sea para casos de extrema urgencia, lo cual significaría que no sería razonable su aplicación al caso concreto y por lo tanto no sería idóneo iniciar un procesos de riesgo de desprotección o de desprotección familiar.

¿Qué es lo más razonable en este caso entonces? Pues definitivamente no evitar el ingreso de Juan al hogar conyugal de Pedro y Jimena, sino por el contrario buscar formas en que esta convivencia sea posible y se evite a toda costa una desprotección de este menor. Para ello, sería conveniente abordar una postura armonizadora de los derechos, en que tanto la preservación de la familia como el derecho del niño y adolescente a vivir en familia, no se vean afectados. Por ejemplo, promover la fijación de reglas de conducta para el hijo extramatrimonial que ingresa al hogar conyugal, de modo tal que se reduzca la posibilidad de ocurrencia de cualquier problema o altercado con los demás miembros de este hogar; así también, podría destinarse un ambiente del hogar conyugal para que Juan resida teniendo la menor interacción posible Jimena, de modo tal que no haya motivo para conflicto alguno y si pueda convivir con Pedro. Estas son algunas de las opciones que se pueden plantear para mantener incólumes ambos derechos, que en inicio pueden parecer en conflicto.

Complicando aún más el caso anterior, ¿qué pasaría si Juan tiene una enfermedad muy contagiosa y por ello Jimena se apone a su ingreso al hogar conyugal, con el fin de su propia seguridad y la de los otros hijos de Pedro? ¿y si Jimena se opondría al ingreso de Juan al hogar conyugal pues considera que este es una potencial mala influencia para sus hijos? Como estas interrogantes, la realidad puede plantear muchas más, cuya solución no puede ser desde un enfoque simplista como el planteado por el artículo 397° del C.C., que simplemente sacrifica el derecho de un niño o adolescente a vivir con su familia y, que por naturaleza, es parte de una población vulnerable que requiere la prioritaria protección por parte del derecho y la sociedad. Por el contrario, la solución a este tipo de casos debe responder, como ya se dijo, al mayor esfuerzo de armonización entre todos los derechos que aparentemente puedan entrar en conflicto y; sumado a ello, la aplicación de sentido común

y el desarrollo de una cultura en que la sociedad esté preparada para mirar al otro como igual, más aún, si es parte de una población vulnerable como la de los niños y adolescentes.

Un poco lejos del caso planteado, inclusive es posible que se configuren otros casos límite al no haber más alternativas de solución a través de la acción de la propia familia a la problemática que podría generar del ingreso de un hijo extramatrimonial al hogar conyugal. Frente a ello, la normativa peruana a través del Decreto Legislativo N° 1297, da algunas alternativas de solución más completas y que buscan erradicar los problemas de fondo, haciendo por lo tanto innecesaria la presencia del artículo 397° del C.C. Por ejemplo, el artículo 32° del D.L. N° 1297 prevé dos tipos de situaciones en la cual el niño, niña y adolescente puede necesitar la intervención estatal, a través de gobiernos locales, Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para asegurar su protección: i) Riesgo de desprotección familiar, a cargo de los gobiernos locales a través de las Defensorías Municipales de la Niña, Niño y Adolescente (DEMUNA) pertinentes, y ii) Desprotección familiar, a cargo del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. A continuación, se explican más a detalla cada una:

a) Riesgo de desprotección familiar

De acuerdo al artículo 24° del D.L. N° 1297, “La actuación estatal se orienta a incrementar los factores de protección y disminuir o eliminar los factores de riesgo que incidan en la situación personal, familiar y social en la que se encuentra la niña, niño o adolescente, a través de medidas de protección con la finalidad de evitar situaciones de desprotección familiar”.

Para este fin, se debe evaluar que efectivamente existan factores o supuestos de riesgo de desprotección que motiven esta actuación. El artículo 3° del Decreto Supremo N° 001-2018-MIMP, Reglamento del D.L. 1297, prevé los siguientes:

- “a) Violencia física o psicológica en agravio de la niña, niño o adolescente, que no constituya una situación grave de acuerdo a la Tabla de Valoración de Riesgo.
- b) Deserción escolar, ausentismo esporádico o abandono escolar sin razones justificadas.

- c) Incapacidad o imposibilidad de controlar situaciones conductuales de la niña, niño o adolescente que puedan conllevar a una situación de desprotección familiar, peligro inminente de hacerse daño o de hacerlo a terceras personas.
- d) Descuido o negligencia que ponen en riesgo leve el desarrollo integral de la niña, niño o adolescente, de acuerdo a la Tabla de Valoración de Riesgo.
- e) Trabajo infantil en situación de calle o aquel que suponga una afectación de derechos que no revista gravedad para la niña, niño o adolescente de acuerdo a la Tabla de Valoración de Riesgo.
- f) Otras circunstancias que, sin revestir gravedad, perjudiquen el desarrollo integral de la niña, niño o adolescente.

Estas circunstancias o supuestos dan inicio al procedimiento por riesgo de desprotección familiar”.

Una vez se haya evaluado y determinado que existe alguno de estos supuestos que representen situaciones de riesgo para el menor, esta es declarada administrativamente, para luego; de acuerdo al artículo 32° del D.L. 1297, dar paso a la implementación de un plan de trabajo individual, el cual puede señalar que se den, de forma individual o conjunta, alguna de las siguientes medidas de protección:

- “a) Apoyo a la familia para fortalecer competencias de cuidado y crianza.
- b) Acceso a servicios de educación y salud para niñas, niños y adolescentes.
- c) Acceso a servicios de atención especializada.
- d) Apoyo psicológico a favor de la niña, niño o adolescente y su familia.
- e) Acceso a servicios para prevenir y abordar situaciones de violencia.
- f) Acceso a servicios de cuidado.
- g) Acceso a servicios de formación técnico productivo para la o el adolescente y su familia.
- h) Inclusión a programas sociales
- i) Otras que fueran necesarias.”

Aplicadas a la eventual problemática que puede generar el ingreso de un hijo extramatrimonial al hogar conyugal, ante un caso extremo estas disposiciones pueden ayudar a que profesionales especializados intervengan en el ambiente familiar y logren que este funcione y sea un lugar idóneo para el desarrollo del niño, niña o adolescente, con apoyo psicológico, competencial, de cuidado, formativo y otras estrategias similares.

b) Desprotección familiar

En cuanto a la desprotección familiar, de acuerdo al artículo 43° del D.L. N° 1297, “La actuación estatal se orienta a incrementar los factores de protección y disminuir o eliminar los factores de riesgo que incidan en la situación personal, familiar y social en la que se encuentra la niña, niño o adolescente, a través de medidas de protección con la finalidad de lograr el retorno a su familia, siempre que ello responda a su Interés Superior”.

Para este fin, se inicia un procedimiento de desprotección familiar con la emisión de una resolución de inicio, el cual tiene como primera etapa la evaluación de la situación socio familiar del niño, niña o adolescente; donde según el artículo 4° de del Decreto Supremo N° 001-2018-MIMP, Reglamento del D.L. 1297, se debe verificar que se presente de manera suficientemente grave, valorada y ponderada, y según parámetros de la norma, alguna de las siguientes situaciones:

“a) El abandono de la niña, niño o adolescente, que se produce cuando faltan las personas que asumen su cuidado en ejercicio de la patria potestad, tenencia o tutela; o porque éstas no quieren o no pueden ejercerla.

b) Amenaza o afectación grave para la vida, salud e integridad física de la niña, niño o adolescente. Entre otros:

b.1 Cuando se produzca violencia sexual o violencia física o psicológica grave por parte de miembros de su familia de origen o éstos lo consintieran o actuaran de manera negligente.

b.2 Cuando la niña, niño o adolescente haya sido identificada/o como víctima del delito de trata de personas y dicha situación se vincule al incumplimiento de los deberes de cuidado de los integrantes de la familia de origen, de acuerdo a la Tabla de Valoración de Riesgo. Corresponde al Ministerio Público determinar la participación o no de la familia de origen en el delito. Asimismo, corresponde a la Unidad de Protección Especial determinar las competencias parentales para asumir el cuidado de la niña, niño o adolescente víctima.

b.3 Cuando la niña, niño o adolescente consume de manera reiterada sustancias con potencial adictivo o la ejecución de otro tipo de conductas adictivas, con el

conocimiento, consentimiento o tolerancia de los padres, tutores o integrante de la familia de origen responsable de su cuidado.

c) Trabajo infantil en situación de calle o aquel que suponga una afectación de derechos que revista gravedad para la niña, niño o adolescente de acuerdo a la Tabla de Valoración de Riesgo.

d) La inducción a la mendicidad, delincuencia, explotación sexual, trabajo forzoso o cualquier otra forma de explotación de similar naturaleza o gravedad.

e) Otras circunstancias que perjudican gravemente el desarrollo integral de la niña, niño o adolescente y cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia, incluidas la persistencia de situaciones de riesgo de desprotección familiar que no se han revertido a pesar de la actuación estatal.

Estas circunstancias o supuestos dan inicio al procedimiento por desprotección familiar.”

Luego de verificarse ello, se sigue con la etapa de elaboración del plan de trabajo individual, el cual puede contener dos medidas de protección de carácter provisional:

a) Acogimiento familiar

Según el artículo 70° del reglamento del D.L. 1297, “La medida de acogimiento familiar tiene por finalidad brindar de manera temporal, protección en un medio familiar a una niña, niño o adolescente que no puede vivir con su familia de origen y deba disponerse esta medida alternativa de cuidado para garantizar su bienestar integral”; y de acuerdo al artículo 65° del D.L. 1297, esta puede ser de tres tipos:

“a) Acogimiento Familiar en Familia extensa

Esta medida de protección se aplica con aquella familia extensa que ha sido evaluada favorablemente para asumir el cuidado y protección de la niña, niño o adolescente. Es acompañada y apoyada profesionalmente, de manera permanente.

b) Acogimiento Familiar con Tercero

El acogimiento familiar con tercero, se aplica con una persona o familia que no forma parte de la familia extensa de la niña, niño o adolescente, que previamente ha sido

seleccionada, y declarada idónea para ser familia acogedora. Es acompañada y apoyada profesionalmente, de manera permanente

En estos casos, se da preferencia a la persona o familia que haya tenido vínculo afectivo con la niña, niño o adolescente con anterioridad.

c) Acogimiento Familiar Profesionalizado.

El acogimiento familiar profesionalizado es el que se brinda a niñas, niños o adolescentes con características especiales, por una persona o familia especialmente calificada, a condición de una subvención económica para los gastos de manutención de la niña, niño o adolescente, que incorpora su atención profesionalizada, bajo supervisión de la autoridad competente”.

b) Acogimiento residencial.

De acuerdo al artículo 99° del reglamento del D.L. 1297, son finalidades de esta medida:

“a) Brindar un cuidado alternativo individualizado que brinde oportunidades a la niña, niño o adolescente para lograr su desarrollo integral en atención a sus necesidades y su interés superior.

b) Posibilitar la reintegración familiar.

c) Favorecer la integración a una familia adoptiva cuando se ha declarado judicialmente la desprotección familiar y su adoptabilidad.

d) Preparación para la vida independiente.

La medida de acogimiento residencial es exclusiva del procedimiento por desprotección familiar y se dicta considerando el perfil de atención del Centro de Acogida Residencial en forma motivada, bajo responsabilidad del que dicta la medida”.

Como se puede observar, estas medidas, al solo ser aplicables en casos muy extremos, pueden ser una alternativa para resguardar al hijo extramatrimonial que se pretende introducir al hogar conyugal, cuando este se encuentre desamparado y su ingreso a dicho hogar sea imposible por diversas causas; como por ejemplo una enfermedad muy contagiosa que pone en inevitable riesgo a los demás miembros de la familia, pudiendo ser estos otros menores igualmente vulnerables.

4.3. ¿El artículo 397° del Código Civil Peruano vulnera el derecho del niño y adolescente de vivir con su familia? ¿Es posible plantear una propuesta de mejora?

En este trabajo de investigación, se ha intentado dar respuesta a esta pregunta a través de diversas posturas y enfoques jurídicos. Desde un análisis de esta figura en el contexto histórico de su creación para intentar justificar su presencia en el ordenamiento jurídico peruano, pasando a revisar a legislación interna y comparada, e incluso aplicando diversos métodos de solución de conflictos a este caso; en ningún escenario esta figura ha demostrado su carácter esencial en el derecho peruano y ha resistido el análisis que justifique su valor y vigencia en nuestro ordenamiento jurídico; por el contrario, se ha configurado como un potencial riesgo para el derecho del niño y adolescente a vivir con su familia y una solución simplista a un sin número de problemas que la realidad puede ofrecer.

Es más, nuestro ordenamiento jurídico existe otras normas como el D.L. N° 1297 que plantean mejores alternativas de solución a través de la intervención estatal ante casos muy extremos de problemáticas vinculadas al ingreso de un hijo extramatrimonial al hogar conyugal; a diferencia de la solución básica, sin un verdadero desarrollo y con ausencia de mecanismos que resuelvan los problemas de fondo, como la que se plantea en el artículo 397° del Código Civil Peruano.

Es así, que ante la evidencia que se ha procurado recopilar y generar en esta investigación a través del abordaje de la problemática objeto de estudio desde diferentes enfoques que el derecho ofrece, se llega a la conclusión que la mejor propuesta de mejora respecto al “artículo 397° del Código Civil Peruano”, es su derogación del Código Civil, al ser esta la mejor alternativa para mejorar la congruencia interna que debe guardar el ordenamiento jurídico y consolidar el cumplimiento primordial que representa el interés superior del niño y adolescente para el Estado peruano.

CONCLUSIONES

PRIMERA: El artículo 397° del C.C. surgió en un contexto histórico en que la sociedad peruana mantenía arraigados valores religiosos muy fuertes, que dentro de otras cosas, buscaban hacer primar y proteger a la familia y al matrimonio como instituciones esenciales en el ordenamiento jurídico. Esta idiosincrasia generó que figuras jurídicas como el artículo 397° se destinaran a estos fines, sin reflexionar sobre su potencial afectación a otros bienes jurídicos, como el interés superior del niño y su derecho a vivir con su familia.

SEGUNDA: La legislación comparada revisada ha eliminado de su ordenamiento jurídico las figuras similares a la que se regula en el artículo 397° del C.C. peruano, ello debido a que han adoptado las últimas tendencias constitucionales garantistas respecto al respeto irrestricto del interés superior del niño y sus derechos conexos, como el derecho del niño y adolescente a vivir con su familia.

TERCERA: El artículo 397° del C.C., pese a ser bajo una primera impresión una norma con rango de ley, tras de sí tiene un fin constitucional, como es la protección de la unidad de la institución jurídica de la familia; y por tanto se puede entender a este nivel, configurándose como idónea la realización de una ponderación con el derecho del niño y adolescente a vivir con su familia, con el cual, aparentemente está en conflicto.

CUARTA: Pese a haberse realizado un análisis multicriterio desde diversos enfoques como la interpretación en base a la constitución, jerarquización, ponderación y armonización de derechos, ello con el fin de buscar el mejor método para solucionar el aparente conflicto de derechos entre el artículo 397° del C.C. y su fin protector de la familia; y el derecho del niño y adolescente a vivir con su familia, bajo ninguno de los enfoques planteados se ha podido formular un argumento que justifique la medida que prevé esta norma.

QUINTA: Ya que la realidad social en la cual el ser humano se desenvuelve es muy variada y amplia, existen diversas situaciones en las que la medida contenida en el artículo 397° del C.C. no es suficiente y no contribuye a la solución de los problemas jurídicos que potencialmente se pueden generar; es por ello, que se ha llegado a la fundada conclusión que

el artículo 397° del C.C. debería ser derogado de la legislación peruana, lo cual contribuirá a la mejora de la calidad normativa del Código Civil Peruano y al fortalecimiento en nuestra estructura jurídica del principio de interés superior del niño y adolescente, al retirar figuras jurídicas como esta, que potencialmente lo vulneran.

BIBLIOGRAFÍA

A. BURGA CORONEL, “El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, *Gaceta Constitucional*, N° 47, 2011.

A. GARCÍA PABLOS, *La protección penal del honor y la intimidad como límite al ejercicio del derecho a la libre expresión*, Edersa, Madrid, 1985.

A. MARTÍNEZ-PUJALTE, “Algunos principios básicos en la interpretación de los derechos fundamentales”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, N° 32, Valencia, 2000.

A. VILCACHAGUA et alii, *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas Tomo II Derecho de Familia (Primera Parte)*, Gaceta Jurídica, Lima, 2010.

Amparo Directo 6671/72, Sentencia del 25 de febrero de 1974.

B. DE LA CUADRA, “La presencia en el hogar de los hijos extramatrimoniales tendrá que ser "consentida" por los familiares”, *El País*, Madrid, 18 de diciembre de 1980. Disponible en: <https://elpais.com/diario/1980/12/18/espana/345942015_850215.html>.

C. CALDANI, “Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión *ab intestato*: ¿Una ecuación lineal?”, *Revista de la Universidad de la Habana*, N° 272, 2011.

C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Repesando el Código Civil peruano de 1984 en el umbral de un nuevo milenio”, *Derecho PUCP*, N° 53, 2000, pp. 373-422. Disponible en <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6565>>

C. LUNA VICTORIA LEÓN, “Código Civil de 1852: Lo Nacional y lo Importado”, *Derecho PUCP*, N° 42, 1988, pp. 75. Disponible en <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/5918>>

C. VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil Español Tomo IV*, Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1938, 4ª ed.

Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión, Código Civil Federal, México, entrado en vigencia el 01 de octubre de 1932.

Comisión General de Codificación, Real Decreto, *Código Civil*, España, entrado en vigencia el 27 de julio de 1889.

Congreso Constituyente Democrático, Constitución Política del Perú de 1993, Perú, entrado en vigencia el 01 de enero de 1994.

Congreso de la República del Perú, *Constitución Política del Perú de 1979*, Perú, entrada en vigencia el 28 de julio de 1980.

Congreso de la República del Perú, *Decreto Legislativo N° 295 Código Civil de 1984*, entrada en vigencia el 14 de noviembre de 1984.

Congreso de la República del Perú, Ley N° 27337, *Código de los Niños y Adolescentes*, Perú, entrado en vigencia el 08 de agosto de 2000.

Congreso de la República del Perú, *Ley N° 8305 que promulga el Código Civil de 1936*, Perú, entrada en vigencia el 14 de noviembre de 1936.

Congreso de la República del Perú, *Ley que dispone la promulgación del Código Civil de 1852*, Perú, entrada en vigencia el 30 de diciembre de 1851.

Congreso Nacional de Chile, Ley, *Código Civil*, Chile, entrado en vigencia el 01 de enero de 1857.

Conoce por que debes inscribir tu convivencia en la SUNARP. Disponible en: <<https://www.sunarp.gob.pe/PRENSA/inicio/post/2017/02/17/conoce-por-que-debes-inscribir-tu-convivencia-en-la-sunarp>>.

Corte I.D.H., *Caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, fondo, sentencia de 19 de noviembre de 1999*. Serie C No. 63, párr. 188.

Cuota electoral de género en el Perú: Participación de las mujeres en el espacio política. Disponible en: < <https://www.defensoria.gob.pe/blog/cuota-electoral-de-genero-en-el-peru-participacion-de-las-mujeres-en-el-espacio-politico/>>.

D. ARIAS SCHERIEIBER, “Comentarios al Código Civil”, *Revista del Foro*, N° 1-3, 1942.

D. GARCÍA BELAUNDE, “La influencia española en la Constitución Peruana”, *Revista de Derecho Político*, N° 16, 1983.

D. REVOREDO, *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*, Librería Studium, Lima, 1985.

Dirección de Sensibilización y Políticas de Infancia de la UNICEF, *El derecho de los niños y niñas a vivir con su familia*, UNICEF, Madrid, 2016..

E. VARSI ROSPIGLIOSI et alii, *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas Tomo II Derecho de Familia (Primera Parte)*, Gaceta Jurídica, Lima, 2010.

E. ZUTA, “La unión de hecho en el Perú, los derechos de sus integrantes y desafíos pendientes”, *Ius et Veritas*, N° 56, 2018.

El matrimonio pasó de moda. Disponible en: <<https://www.semana.com/vida-moderna/articulo/el-matrimonio-paso-de-moda/379050-3>>.

F. DE TRAZEGNIES et alii, *La familia en el derecho peruano: libro homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990.

G. GARCÍA CANTERO, “Situación jurídica de los hijos nacidos fuera del matrimonio”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 28, N° 3, Madrid, 1975. Disponible en: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-1975-30052100550>.

H. CORNEJO CHÁVEZ, *Derecho familiar peruano*, Tomo II, Librería Studium, Lima, 1987, 61^{va} ed.

I. COVARRUBIAS CUEVAS, “¿Emplea el tribunal constitucional el test de proporcionalidad?”, *Estudios Constitucionales*, N° 1, 2014.

INEI, Sistema de Documentación Virtual de Investigaciones Estadísticas. Disponible en <https://webinei.inei.gob.pe/anda_inei/index.php/catalog/257/vargrp/VG82>.

J. CASTÁN, *Comentarios al Código Civil, Tomo III, Vol. 2: Artículos 142 a 180 del Código Civil*, Editorial Reus, Madrid, 1973, 2ª ed. Disponible en: < <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/articulo-160-230483>>.

J. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *Algo sobre la Patria Potestad*, Editorial Minerva, Bogotá, 1919.

J. SILVERO, *El Método Funcional en la Comparación Constitucional*, en J. Serna de la Garza, *Metodología del derecho comparado: memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F. 2016.

J. SOTOMAYOR TRELLES, “El test de ponderación como un examen multicriterio: un análisis a partir de tres modelos ponderativos”, *Derecho & Sociedad*, N° 48, 2016.

J. VÁZQUEZ RICHART, *Situación y porvenir legal de los hijos ilegítimos y adoptados*, Editorial de La Fundación Domingo Romero Grande, Madrid, 1971.

J.M. IBÁÑEZ, “Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista IIDH*, Vol. 51, San José de Costa Rica, 2010. Disponible en < www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/ninosninas3.pdf>. Consultado: 20 de agosto de 2019.

Jurisprudencia Nacional Sistematizada. Disponible en: < <https://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/faces/page/inicio.xhtml>>.

K. RIVERA, “La afectación del Principio de Interés Superior del Niño a partir de la presunción *pater is est*”, *Derecho & Sociedad*, N° 50, Lima, 2018. Disponible en <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/20390>>.

K. ZWEIGERT, *Rechtsvergleichung, System und Dogmatik*, Festschrift für Eduard Böttincher, Berlín, 1970.

L. CASTILLO-CÓRDOVA, “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”, *Revista Jurídica Thomson Reuters*, N° 2.

L. CLARO, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. De las personas. Tomo Tercero*. Editorial Jurídica Chile. 1979.

L. MIRÓN *et alii*, “Un análisis de la relación entre ambiente familiar y delincuencia juvenil”, *Revista de Psicología Social*, N° 3, 1988.

M. BRICEÑO, entrevista, 17 de agosto de 2015, “Era Tabú”, conducido por C. Alarco. *RPP*. Perú.

M. PLANIOL Y G. RIPERT, “Tratado elemental de Derecho Civil: Tomo I”, Editorial Cárdenas, México D.F., 1981.

M. SOKOLICH ALVA, “La aplicación del Principio de Interés Superior del Niño por el Sistema Judicial Peruano”, *Vox Juris*, N° 1, Vol. 25, 2013, p. 89. Disponible en: <<https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/47>>.

M. TULA, “Mujeres y política. Un panorama sobre la adopción de las cuotas de género y sus efectos en América Latina y Colombia”, *OPERA*, N° 16, 2015, pp. 9-33. DOI: 10.18601/16578651.n16.03

Ministerio de Justicia, Decreto con Fuerza de Ley, *Texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil, de la ley N° 4.808, sobre registro civil, de la ley N° 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la ley N° 16.618, ley de menores, de la ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la ley N° 16271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones*, Chile, entrado en vigencia el 30 de mayo de 2000.

N. PÉREZ, *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 1984.

Organización de las Naciones Unidas. *Convención sobre los derechos del niño*. Celebrada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor el 02 de septiembre de 1990, ratificada por el Perú el 04 de septiembre de 1990.

Organización de las Naciones Unidas. Declaración de los Derechos de Niño. Celebrada en Nueva York el 20 octubre de 1959.

P. BONAVIDES, *Curso de direito Constitucional*, Malheiros, Sao Paulo, 1996, 6ª ed.

P. SERNA Y F. TOLLER, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La ley, Buenos Aires, 2000.

Poder Ejecutivo del Perú, Decreto Legislativo N° 1297, *Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgos de perderlos*, Perú, entrado en vigencia el 09 de febrero de 2018.

PONTIFICIO CONSEJO PARA LA FAMILIA, *Familia, matrimonio y “uniones de hecho”*, El Vaticano, 2000. Disponible en: <<https://www.aciprensa.com/Docum/pcfunion00.htm>>.

R. VIGO, *Interpretación Constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.

Relatoría sobre los Derechos de la Niñez de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado Alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*, CIDH, San José de Costa Rica, 2013.

S. BERTELSEN SIMONETTI, “Métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales”, *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, N° 42, 2010.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, R.D.J. Segunda Parte – Sección Segunda, del 20 de mayo de 1949.

STC Exp. N° 0050-2004-AI/TC, del 02 de febrero de 2006, F.J. 109.

STC Exp. N° 00579-2008-AA, del 05 de junio de 2008, F.J. 25.

STC Exp. N° 02079-2009-PHC/TC, del 9 de setiembre de 2010, F.J. 13.

STC Exp. N° 298-96-AA/TC, del 03 de abril de 1998, Párrafo 11.

STC N° 6712-2005-HC/TC del 17 de octubre de 2005, F.J. 41.

V. DA SILVA, “La interpretación conforme a la constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial”, *Cuestiones Constitucionales*, N° 12, 2005.

W. GUTIÉRREZ, *La Constitución Comentada: Análisis Artículo por Artículo Tomo I*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

Y. OCHOA SUAREZ, *Aplicación del test de proporcionalidad para la excepción de inconstitucionalidad: mecanismo para garantizar derechos fundamentales*, Universidad de Santo Tomas, Bogotá, 2017.