

## EL CONCUBINATO Y SU DERECHO A LA ADOPCIÓN\*

*THE CONCUBINAGE AND ITS RIGHT  
TO THE ADOPTION*

*Miriam Luzmila Lucero Tamayo<sup>(1)</sup>*

### I. INTRODUCCIÓN

Que existiendo al lado de la familia conyugal, las uniones de hecho, consideré importante investigar sobre este tipo de uniones, específicamente aquellas denominadas en sentido estricto como concubinato, por tratarse uniones estables entre un hombre y una mujer libres de impedimento matrimonial que forman un hogar de hecho con ciertas características como son de estabilidad, singularidad, notoriedad, aptitud matrimonial, entre otros. Ahora, si partimos de que en nuestro país el concubinato por su naturaleza jurídica tiene la apariencia de un matrimonio civil, tanto en las relaciones personales como matrimoniales y la adopción es una institución propia del Derecho de Familia, cuyo objetivo principal es darle al niño una familia, la cual también proviene del concubinato por tratarse no de una relación de hecho circunstancial, sino de una unión estable con un comportamiento similar a un matrimonio, me pregunté por qué no se les reconoce legalmente el derecho a adoptar, por lo que consideré necesario

---

\* Recibido: 04 de mayo del 2012; aprobado: 25 de octubre del 2012.

(1) Magíster en Derecho con mención en Ciencias Civil Empresarial. Universidad San Pedro de Chimbote en convenio con la Universidad de Castilla - La Mancha-España. Postgrado de Especialización en Justicia Constitucional y Procesos Constitucionales. Universidad de Castilla La Mancha- España. Fiscal Provincial Titular de Familia: 2005 a la fecha.

investigar la normatividad y jurisprudencia a efecto de determinar ¿Qué fundamentos jurídicos se deben tener en cuenta para que a los concubinos se les reconozca el derecho a adoptar?

Su estudio se inició desde la aproximación a las relaciones familiares como expresión de la libre personalidad, desde la visión de la antropología filosófica, la cual tiene por objeto el conocimiento del hombre, a través del estudio de su ser y esencia, su persona como sujeto de derecho y su derecho al libre desarrollo de su personalidad. Asimismo se ha tratado el tema de la familia, la unión de hecho y la adopción, desde el punto de vista de la normatividad nacional como del derecho comparado y se ha efectuado un estudio de las sentencias expedidas en los Juzgados de Familia del Distrito Judicial de Santa.

## II. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

Es no experimental. El método es de: análisis, síntesis, interpretación e histórico. Material de estudio; la legislación, doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera.

## III. LA APROXIMACIÓN A LAS RELACIONES FAMILIARES COMO EXPRESIÓN DE LA LIBRE PERSONALIDAD

Como sabemos, la Antropología Filosófica es una “rama de la filosofía que tiene por objeto el estudio del hombre. Las interrogantes que se plantean apuntan a determinar..., cuáles son los componentes fundamentales de su ser; ... los determinantes de su condición espiritual y racional.<sup>1</sup> Para Luis Solís, esta disciplina descubre que en todo ser humano hay dos aspectos no antagónicos: uno como organismo físico, que requiere servirse de las cosas del mundo material para sobrevivir; el otro, como ser espiritual, dotado de conciencia y autoconciencia y transformador de su medio,<sup>2</sup> lo cual lo diferencia de los demás seres, mientras que el animal reacciona y actúa por impulsos predominantemente biológicos; el hombre, por su inteligencia, es capaz de razonar y actuar con intencionalidad, estando dotado de sentimientos, uniéndose a otros seres por ese instinto natural de socialización, conservación y reproducción. Naciendo de esta unión natural la familia, la cual se inicia cuando un hombre y una mujer deciden unirse, convivir, hacer una vida juntos, donde pueden estar presentes o no los rituales sociales y legales, cuya firmeza de su relación depende del amor, afecto, confianza, respecto y lealtad que exista entre ellos, que del documento que acredita la existencia de haberse celebrado un compromiso matrimonial. En

razón de ello, países como Cuba y Bolivia, han conferido al concubinato, dentro de ciertas condiciones y duración, la categoría legal de matrimonio. Es más, en diversas legislaciones, como las de México y España, ya se les concede el derecho a adoptar, con un tratamiento similar al de los cónyuges.

Asimismo, se debe tener en cuenta que el ser humano tiene derechos que son inherentes a su persona por su sola condición de humano, encontrándose tácitamente dentro de ello el derecho al libre desarrollo de su personalidad. Derecho, que si bien no cuenta con un reconocimiento expreso, en nuestra Constitución vigente “constituye un derecho fundamental innominado o implícito que se deriva o funda en el principio fundamental de dignidad de la persona (artículo 1 y 3 de la Constitución).<sup>3</sup> Este derecho “garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad...Evidentemente no se trata de amparar constitucionalmente a cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano. Por el contrario, éstas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales”.<sup>4</sup> Al amparo de este derecho, el Tribunal Constitucional ha establecido que las relaciones amorosas y sexuales (...) se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Se trata de una actividad estrictamente privada, consustancial a “la estructuración y realización de la vida privada (...) de una persona”, propia de su autonomía y dignidad.<sup>5</sup>

Asimismo, la Constitución Política del Estado reconoce como derechos fundamentales de la persona el derecho a la libertad, el mismo que lo ubicamos en el artículo 2, inciso 24, de la Constitución, derecho que el Estado está obligado a garantizar y respetar por cuanto brinda protección al ser humano en su desarrollo biológico, Psicológico y Social.

Siendo el derecho a la libertad la facultad que tiene todo ser humano de elegir actuar de una manera o de otra, entre las distintas posibilidades que se le presentan y dentro de esta libertad de acción se encuentra el derecho que tienen las personas de elegir vivir con otra de sexo opuesto sin casarse, las mismas que cuando tienen como fin formar una familia y cumplen ciertos requisitos que la ley exige, son consideradas Uniones de Hecho, las cuales son reconocidas y amparadas por nuestra normatividad. Derecho que Lafont Pianetta denomina “Derecho de Libertad Marital”<sup>6</sup>, cuyo amparo legal en nuestra Constitución Política lo inferimos de su artículo 4, el cual al establecer que el Estado protege

a la familia y promueve al matrimonio, está reconociendo el derecho de las parejas de formar familia por cualquiera de las vías legalmente reconocidas, como el matrimonio o la unión de hecho. Asimismo, cuando el Código Civil, en su artículo 234, establece que “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada” y en su artículo 236, que la unión de hecho debe ser voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, está concediendo expresamente en ambos casos la libertad de celebrarlo o no.

#### IV. LA FAMILIA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Ni nuestra Constitución vigente ni el Código Civil, contienen una definición expresa de familia; por lo tanto, la definición de la misma debe ser inferida de los dispositivos legales que regulan su tratamiento. En relación a ello es importante destacar que el artículo 4 de nuestra Constitución reconoce a la familia como el instituto natural y fundamental de la sociedad. Siendo así, expresamente reconoce que su existencia nace de la propia naturaleza, de necesidades humanas como la unión sexual, el amor, la procreación, cooperación y asistencia mutua. Dentro de esta corriente, las constituciones de 1979 y 1993, recogen como conceptos distintos la familia y el matrimonio.<sup>7</sup> Es así que en el artículo 4 de la Constitución de 1993, actualmente vigente, hace diferenciación entre familia y matrimonio, extendiendo, por ende, su protección tanto a la familia matrimonial como extramatrimonial, infiriéndose en este último caso que se trata específicamente de las familias que nacen de aquellas uniones que responden a un modelo de familia similar al matrimonio, que cumplen determinados requisitos establecidos en la ley, como es el caso de las uniones de hecho, que se encuentran legalmente reconocidas y amparadas en el artículo 5 de nuestra citada Constitución y denominadas también como concubinato.

Asimismo, el Tribunal Constitucional, en el Exp. N° 06572-2006-PA/TC, bajo la denominación la *Tutela de la Familia en el Estado Democrático y Social de Derecho y Pluralidad de Estructuras Familiares*, ha reconocido la existencia de diversos tipos de familia, estableciendo que las mismas, llámense matrimonial o unión de hecho, son merecedoras de protección frente a las injerencias que puedan surgir del Estado y de la sociedad. Lo indicado por el Tribunal Constitucional, máximo órgano de interpretación de la Constitución, nos permite señalar que nuestra normatividad se está orientando por la equiparación de las uniones de hecho, en sentido estricto llamada también concubinato, con el matrimonio, al reconocerlo como un tipo de familia y su derecho a la protección del estado en igualdad de condiciones y sin ningún tipo de discriminación.

## V. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LAS UNIONES DE HECHO

Para Cornejo Chávez, se debe distinguir dos acepciones de la palabra concubinato: una amplia, según la cual se produce cuando un varón y una mujer hacen, sin ser casados, vida de tales, lo cual puede darse entre personas libres o atadas por vínculo matrimonial con distinta persona, pero siempre que exista un cierto carácter de permanencia o habitualidad en la relación, quedando excluidos la unión sexual esporádica y el libre comercio carnal. y en su acepción restringida, lo conceptúa como la convivencia habitual, esto es continua y permanente, desenvuelta de modo ostensible, con la nota de honestidad o fidelidad de la mujer y sin impedimento para transformarse en matrimonio.<sup>8</sup>

Es en esta última acepción que nuestra legislación conceptúa al concubinato, teniendo como características el que exista: unión voluntaria, cohabitación, tiempo de duración (dos años continuos), no exista impedimento matrimonial, singularidad (sólo entre dos sujetos hombre y mujer, notoriedad, unión aparente de estado matrimonial. Características que son propias de las relaciones conyugales, siendo la diferencia más resaltante con las relaciones conyugales su no formalización matrimonial. Ahora, si consideramos que de acuerdo a nuestro Código Civil el concubinato se encuentra legalmente reconocido y tiene como finalidad cumplir deberes semejantes al matrimonio y una similar conformación, es de inferirse que nacen de él, los mismos deberes familiares que rigen a los cónyuges, como el de fidelidad, asistencia, cohabitación, obligaciones alimentarias entre otros, que tanto la ley como la jurisprudencia lo reconoce.

## VI. LA ADOPCIÓN: CONCEPTO

Para nuestra legislación, la adopción es una institución propia del Derecho de Familia, donde se han vertido diversos conceptos, todos ellos con un carácter común, que es el de crear un vínculo familiar semejante a la relación paterno filial, y cuyo objetivo principal es darle al niño una familia y no el de darle un hijo a quien no pueda tenerlos. Así tenemos que el artículo 377 del Código Civil señala «Por la adopción, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea», lo que significa que el reconocimiento de la adopción, comporta el reconocimiento del vínculo de filiación entre el adoptado y sus padres adoptivos y la responsabilidad de los padres adoptivos respecto al hijo. Asimismo, la ruptura del vínculo de filiación preexistente entre el adoptado y sus padres biológicos, conlleva a un rompimiento con todos los vínculos legales del adoptado con su familia de origen.

## VII. LA ADOPCIÓN EN EL CONCUBINATO

En nuestra legislación no se ha concedido a los concubinos la posibilidad de adoptar. Con relación a ello “Es sencillo percibir y rápido determinar que la legislación sobre la materia es claramente limitativa y además atentatoria de los derechos constitucionales de cualquier ciudadano, pues pretende obligar a los pretenses a determinarse por un estado que voluntariamente han decidido no elegir, resultando ostensible la vulneración de inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú sobre el derecho de la persona a su libre desarrollo y bienestar, y se configura la trasgresión cuando a la persona se le impide, en forma irrazonable, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de su vida o valorar y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia y permiten su realización como ser humano, anulando la posibilidad que tienen para construir autónomamente un modelo de realización personal”.<sup>9</sup>

Dentro de este contexto, si el concubinato presenta características que son propias de las relaciones conyugales, cuyos deberes y derechos que nacen de su propia naturaleza por ser semejantes al de los cónyuges, le permiten el cumplimiento de los mismos fines, es de inferirse que estamos ante una unión que cumple con los requisitos que permiten brindar un hogar a quien no pueda tenerlo, cuya ausencia de formalidad jurídica (acto del matrimonio) no determina en modo alguno que aquellos roles que corresponde a los cónyuges no se cumplan en la realidad de esa unión.

Siendo así, no tiene justificación su discriminación legal si se tiene en consideración que el concederles el derecho a la adopción no afectaría ninguno de los derechos que la ley concede a los niños adoptados, toda vez que por la naturaleza jurídica de la institución de la adopción, los adoptados gozan de iguales derechos que los hijos biológicos reconocidos, otorgándoles la Constitución Política del Estado (Art.6, 3era parte), iguales derechos y deberes que los nacidos dentro del matrimonio, estando prohibida toda mención sobre el estado civil de sus padres y sobre la naturaleza de su filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.

Si analizamos los requisitos de la adopción (art. 378 CC), encontramos que se exige que el adoptante cumpla con tres requisitos esenciales: 1) Goce de solvencia moral, lo que implica que el adoptante goce de una conducta que le permita orientar, dirigir, educar al adoptado dentro de un clima favorable para una adecuada formación de su personalidad, requisito que puede ser cumplido por una pareja que ha decidido vivir en unión de hecho, por cuanto su decisión

no implica inmoralidad, sino el de la libertad de elegir un modo de vida; 2) Entre la edad del adoptante y el adoptado debe haber por lo menos dieciocho años de diferencia: exige que el adoptante tenga cierta edad mínima en relación al adoptado, para imitar a la naturaleza, lo cual también puede ser considerado en las uniones de hecho, sin obstáculo alguno; 3) Cuando sea casado concurra el asentimiento de su cónyuge. Este requisito es concordante con el artículo 382 del mismo cuerpo legal, en el cual se señala que nadie puede ser adoptado por más de una persona, refiriéndose a los solteros, a no ser por los cónyuges, dispositivos legales que impiden que se les conceda a los concubinos el derecho adoptar; sin embargo, es innegable, que actualmente vivimos un proceso de erosión del modelo legal de familia, donde al matrimonio se le otorga sólo la categoría de derecho subjetivo, en el sentido de que las personas tienen el derecho de contraerlo o no, lo cual ha motivado que se produzcan cambios sustanciales en la tutela de la unión de hecho como generadora de familia. Bajo esta óptica, cada día más doctrinarios consideran que “es reprochable esta segregación normativa para los concubinos, al impedir el funcionamiento del instituto de la adopción cuando quienes aspiran adoptar son un hombre y una mujer que conforman una unión de hecho. Es aquí donde se cierran las vías de acceso a la figura adoptiva cuando se encuentra disponible una pareja heterosexual para receptar al niño, niña o adolescente en su seno. Ello constituye la principal barrera para las uniones de hecho y es aquí donde postulamos la posibilidad de que sea la declaración judicial de unión de hecho el documento suficiente para acreditar la unión estable y permanente de la pareja pretensora de la adopción, de tal manera que pueda acceder a la adopción de un niño(a) y no vea mellado su derecho a la libre determinación”.<sup>10</sup> Criterio que compartimos, en la medida que los requisitos que judicialmente se exigen para la declaración de uniones de esta naturaleza dadas sus características, acreditan la existencia de un hogar por lo general con hijos, donde ha existido la singularidad, la fidelidad, asistencia, cohabitación entre otros elementos.

### VIII. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS EXPEDIDAS POR LOS JUZGADOS DE FAMILIA DEL DISTRITO JUDICIAL DEL SANTA

Del estudio de las sentencias de Declaración Judicial de Unión de Hecho, expedidas por los tres Juzgados de Familia del Distrito Judicial del Santa, entre los años 2009 al 2011, se tiene que son muy pocas las parejas que han solicitado judicialmente su Declaración Judicial de hecho; que quienes lo solicitan son

heterosexuales, generalmente de estado civil solteros; en su mayoría tienen un hogar constituido con una unión de muchos años, de conocimiento público, en un domicilio común, habiendo por lo general procreado hijos y cumplido con su reconocimiento. De lo que se infiere que cumplen con todos los requisitos para ser considerados un matrimonio; es más, cuentan con el reconocimiento judicial de dicha unión, lo cual les concede similares derechos que a los cónyuges y suple en cierta forma el Acta Matrimonial, cuyos hijos al señalarse que son reconocidos gozan de iguales derechos, de acuerdo a nuestra legislación, que los nacidos dentro del matrimonio, visualizándose a la vez que quienes lo solicitan son sobre todo aquellos casos donde el concubino ha fallecido, para reconocimiento de derechos, de lo que se infiere que en vida del cónyuge no han requerido de tal reconocimiento, pero sí a su muerte para suplir el Acta Matrimonial, con el fin de que se les reconozcan sus derechos.

## RESULTADOS

1. El hombre es un ser que posee derechos que le corresponden por naturaleza y es por ello que desde su concepción es titular de derechos extrapatrimoniales, como el derecho a la vida, a vivir en sociedad, a interrelacionarse, a unirse libremente y a reproducirse.
2. El Tribunal Constitucional, supremo intérprete de nuestra Constitución, ha establecido que las relaciones amorosas y sexuales se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad, por tratarse de una actividad consustancial a la estructuración y realización de la vida privada de una persona, propia de su autonomía y dignidad.
3. El Artículo 4 de la Constitución de 1993, actualmente vigente, establece que “La comunidad y el Estado protegen ...a la familia y promueven el matrimonio”, haciendo diferenciación entre familia y matrimonio, extendiendo, por ende, su protección tanto a la familia matrimonial como extramatrimonial.
4. El concubinato presenta características que son propias de las relaciones conyugales, como el de ser uniones voluntarias entre un hombre y una mujer, con el propósito de que exista una unión duradera, en un domicilio común, con deberes y derechos recíprocos y con las formalidades impuestas por la ley, como es la Declaración Judicial de Unión de hecho o un reconocimiento notarial.

## CONCLUSIONES

1. Teniendo el concubinato, por su naturaleza jurídica, reconocimiento constitucional, como fuente generadora de familia, al amparo del principio de igualdad de derechos, se le debe conceder el derecho a adoptar.
2. El concubinato es la unión de una pareja que cumple con todos los requisitos para ser considerado un matrimonio, menos con la presentación del Acta matrimonial.
3. Que, naciendo las familias también de las uniones de hecho, los concubinos no deben ser discriminados en sus derechos debido a la no existencia de un vínculo conyugal.
4. Que, produciendo el concubinato similares efectos que el matrimonio civil, tanto en las relaciones personales como matrimoniales, se les debe respetar sus derechos en igualdad de condiciones que a los cónyuges.
5. Los niños adoptados por concubinos gozarían de los mismos derechos que la ley concede a los niños adoptados por cónyuges, toda vez que por la naturaleza jurídica de la institución de la adopción, los adoptados gozan de iguales derechos que los hijos biológicos reconocidos.
6. El negárseles a los concubinos el derecho a adoptar, se les está negando su derecho fundamental a la Libertad Marital y al libre desarrollo de su personalidad.

## NOTAS

- 1 El Liceo Digital. Temas de Filosofía. Antropología Filosófica-El hombre. En <http://www.liceodigital.com/filosofia/antropo.htm>. (vi: 20 de Agosto del 2009).
- 2 Obando Morán, Octavio y Solís Acosta, Luis. Filosofía: Inicio y Camino. 1ed. Lima-Perú: Fondo Editorial del Pedagógico San Marcos, 2004. p. 252.
- 3 STC Exp. N° 0007-2006-PI/TC;30/11/2007;f.j. 45 y 47.
- 4 STC Exp. N° 02868-2004-AA/TC;04/03/2005;f.j. 14.
- 5 STC Exp. N° 03901-2007-PA/TC;29/10/2009;ff.jj. 13 y 14.
- 6 Lafont Pianetta, Pedro. Derecho de Familia. Derecho marital-filial-funcional. 4ta ed. Bogotá-Colombia: Ed. Librería Ediciones del Profesional LTDA., 2009. p.66.
- 7 Exp. N° 04493-2008-PA/TC,f.j.7, 26/10/2010.
- 8 Cornejo Chávez, Héctor. Derecho Familiar Peruano, op.cit. p.13.
- 9 Flores Cárdenas, Juan Manuel. “¿Existe un conflicto entre los artículos 378 y 382 del Código Civil con la Constitución Política del Perú al no permitirse la adopción en las uniones de hecho?”. En. Diálogo con la Jurisprudencia, 2008. N° 119, p.136. CITADO, por Max Ulises Ruiz Velásquez. Adopción en la Unión de Hecho. Hacia una necesaria igualdad legislativa. En: Diálogo con la Jurisprudencia Lima-Perú: Ed. Gaceta Jurídica. Octubre 2010. Año 16. N° 145, p.160.
- 10 Ruiz Velásquez, Max Ulises. Adopción en la Unión de Hecho. Hacia una necesaria igualdad legislativa, op.cit.160.

## BIBLIOGRAFIA

- CORNEJO CHÁVEZ, HÉCTOR. Derecho Familiar Peruano. décima edición. Lima: Ed. Gaceta Jurídica, 1999. 846 p.
- Diálogo con la Jurisprudencia Lima-Perú: Ed. Gaceta Jurídica. Octubre 2010. Año 16. N° 145, p.160.
- EL LICEO DIGITAL. Temas de Filosofía. Antropología Filosófica - El hombre. En <http://www.liceo.digital.com/filosofia/antropo.htm>. (vi: 20 de Agosto del 2009).
- LAFONT PIANETTA, PEDRO. Derecho de Familia. Derecho marital-filial-funcional. 4ta ed. Bogota-Colombia: Ed. Librería Ediciones del Profesional LTDA., 2009. 922 p.
- LEMON SANMARTÍN, MATILDE. La Familia de hecho ¿Hacia la igualdad familiar? Medellín-Colombia: Ed. Librería Jurídica Sanchez R. LTDA, Marzo del 2007. 220 p.
- OBANDO MORÁN, OCTAVIO y SOLÍS ACOSTA, LUIS. Filosofía: Inicio y Camino. 1ed. Lima-Perú: Fondo Editorial del Pedagógico San Marcos, 2004. 296 p.
- PLACIDO V. ALEX F. Manual de Derecho de Familia. 1ed. Lima: Ed. Gaceta Jurídica.S.A. 2001. 470 p.
- PLACIDO V. ALEX F. Familia, Matrimonio, Convivencia y Constitución. En Persona, Derecho y Libertad Nuevas Perspectivas. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernandez Sessarego. 1ed. Lima- Perú: Editora Jurídica Motivensa, 2009. p. 451-512.
- ROJAS AMANDI, VICTOR MANUEL. Filosofía del Derecho. México: Ed. HARLA S.A., 1991. 351p.
- RUIZ VELÁSQUEZ, MAX ULISES. Adopción en la Unión de Hecho. Hacia una necesaria igualdad legislativa. En: Diálogo con la Jurisprudencia. Lima-Perú: Ed. Gaceta Jurídica, Octubre 2010- Año 16. N° 145, pp. 157-161.