FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TESIS Y TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN, PARA A OPTAR GRADOS ACADÉMICOS Y TÍTULOS PROFESIONALES EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL DIGITAL - UNASAM

Conforme al Reglamento del Repositorio Nacional de Trabajos de Investigación – RENATI.
Resolución del Consejo Directivo de SUNEDU Nº 033-2016-SUNEDU/CD

1. Datos del Autor:

Apellidos y Nombres: VILLAFAN CANO Hommer Frey

Código de alumno: 2004.0690.2.AB Teléfono: 966942572

Correo electrónico: hommervc_educa@hotmail.com DNI o Extranjería: 31658517

2. Modalidad de trabajo de investigación:

( ) Trabajo de investigación ( ) Trabajo académico

( ) Trabajo de suficiencia profesional (x) Tesis

3. Título profesional o grado académico:

( ) Bachiller ( ) Título ( ) Segunda especialidad

( ) Licenciado (x) Magister ( ) Doctor

4. Título del trabajo de investigación:

INCIDENCIAS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA NUEVA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN EL PERÚ

5. Facultad de: .....

6. Escuela, Carrera o Programa: Maestría en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial

7. Asesor:

Apellidos y Nombres: Robles Trejo Luis Wilfredo Teléfono: 943631567

Correo electrónico: llrobles@hotmail.com DN.I o Extranjería: 31658643

A través de este medio autorizo a la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, publicar el trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional Digital, Repositorio Nacional Digital de Acceso Libre (ALICIA) y el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI).

Asimismo, por la presente dejo constancia que los documentos entregados a la UNASAM, versión impresa y digital, son las versiones finales del trabajo sustentado y aprobado por el jurado y son de autoría del suscrito en estricto respeto de la legislación en materia de propiedad intelectual.

Firma: .....

D.N.I.: **31658517**

FECHA: **02 / 04 / 2019**

UNIVERSIDAD NACIONAL
"SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO"

ESCUELA DE POSTGRADO

INCIDENCIAS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA NUEVA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN EL PERÚ

Tesis para optar el grado de maestro
en Derecho
Mención en Derecho Civil y Comercial

HOMMER FREY VILLAFAN CANO

Asesor: **Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO**

Huaraz – Ancash – Perú

2019

Nº. Registro: T0669

MIEMBROS DEL JURADO

Magister Víctor Efraín Flores Leiva Presidente

Magister Armando Coral Rodríguez Secretario

Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo Vocal

ASESOR

Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo

AGRADECIMIENTO

- A Dios por bendecirme para llegar hasta donde he llegado, porque hiciste realidad este sueño.
- A la Escuela de Postgrado de la UNASAM por darme la oportunidad de concretar un anhelo persona y profesional.
- A los docentes de la EPG-UNASAM por sus enseñanzas y conocimientos compartidos.
- A mi asesor de Tesis, por su rectitud en su profesión como docente, por sus consejos y dirección que me ayudaron a formarme como persona e investigador.

A mi familia, que sin su apoyo, colaboración, paciencia y cariño habría sido imposible llevar a cabo esta dura empresa. Y en especial a mi Madre, por su apoyo, consejos, comprensión, amor, ayuda en los momentos difíciles, por ella soy lo que soy.

ÍNDICE

Página

Resumen viii

Abstract ix

I. INTRODUCCIÓN 1

1.1. Objetivos 7

1.2. Hipótesis 8

1.3. Variables 8

II. MARCO TEÓRICO 9

2.1. Antecedentes 9

2.2. Bases teóricas 13

2.2.1. La teoría de los Derechos Humanos 13

2.2.2. La Familia 21

2.2.3. El derecho internacional de los derechos humanos 25

2.3. Definición de términos 31

III. METODOLOGÍA 36

3.1. Tipo y diseño de investigación 36

3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico 38

- Población 39

- Muestra 39

3.3. Instrumentos de recolección de la información 40

3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información 41

IV. RESULTADOS 43

V. DISCUSIÓN 61

VI. CONCLUSIÓN 140

VII. RECOMENDACIONES 142

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....144

ANEXO

RESUMEN

La presente investigación tuvo por finalidad determinar cómo viene incidiendo el derecho internacional de los derechos humanos en la nueva configuración del derecho de familia en el Perú; para lo cual se realizó una investigación jurídica de tipo dogmático y por su naturaleza cualitativa; empleándose la técnica documental, análisis de contenido, y la teoría de la argumentación jurídica. Se tuvo como resultado que el CC debe adecuar su articulado a una serie de temas muy novedosos y reflejo de los cambios que vivimos en la actualidad a fin de reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, la fertilización in vitro, adopción de menores por parejas homosexuales; estos han sido acogidos amparados en la autonomía de la voluntad, la igualdad y la no discriminación dentro del marco de los Derechos Humanos. Concluyendo que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos viene incidiendo positiva y directamente en la nueva configuración del derecho de familia en el Perú, como consecuencia del desarrollo jurisprudencia del derecho a la igualdad, libertad y libre desarrollo de la personalidad, lo cual está generando cambios en las instituciones del derecho de familia.

Palabras clave: Derecho Civil, Familia, Derechos Humanos, Tratados Internacionales.

ABSTRACT

The purpose of this investigation was to determine how international human rights law is influencing the new configuration of family law in Peru; for which a dogmatic legal research was carried out and due to its qualitative nature; using the documentary technique, content analysis, and the theory of legal argumentation. The result was that the CC must adapt its articles to a series of very novel topics and reflect the changes we are currently experiencing in order to recognize same-sex marriage, in vitro fertilization, adoption of children in pairs homosexuals; These have been sheltered under the autonomy of the will, equality and non-discrimination within the framework of Human Rights. Concluding that the DIDH has positively and directly influenced the new configuration of family law in Peru, as a consequence of the jurisprudence development of the right to equality, freedom and free development of personality, which is generating changes in the institutions of law of family.

Key words: Civil Law, Family, Human Rights, International Treaties.

I. INTRODUCCIÓN

El impulso de los derechos humanos y fundamentales ha sido, sin duda, de enorme importancia para los cambios que se han operado en el Derecho de familia, unido claro está, a los cambios en los comportamientos individuales y a una mayor tolerancia social hacia los mismos.

En esta labor vienen jugando un rol protagónico e importante en sede nacional, los Tribunales Constitucionales y en sede supranacional la Corte Interamericana de Derechos Humanos; así la labor desarrollada por la jurisprudencia constitucional, caso de los países que cuentan con esta garantía, las modificaciones normativas aprobadas por unos Parlamentos más sensibles con las demandas sociales y, especialmente, con las reivindicaciones de los movimientos feministas.

Así, también como la evolución de la doctrina hacia una concepción de la familia más acorde con los principios democráticos, han sido determinantes para que una institución, que se organizaba conforme a los principios de desigualdad y sometimiento, derivará en un tipo de relaciones presididas por la igualdad y la libertad, además de otros derechos; y han venido a ser concluyentes también para el reconocimiento de la pluralidad de modelos familiares más acordes con la diversidad que caracteriza a las sociedades contemporáneas.

Y en efecto, la transformación del Derecho de familia exige de un proceso, no exento de dificultades, que se extendió durante la segunda mitad del siglo XX, en el que los derechos fundamentales fueron mostrando sus distintos semblantes

hasta configurar el rostro del Derecho de familia actual. En este recorrido se produce una evolución en la aplicación de dichos derechos, propiciada sin duda, por las nuevas situaciones que van surgiendo en el devenir social y por las demandas de los diferentes colectivos, pero también por una renovación del pensamiento que ha ido aportando nuevas miradas al contenido de los derechos fundamentales, con lo que se ha ido ampliando su ámbito de eficacia.

No es este, el momento de reproducir esa experiencia jurídica, que desborda los objetivos del trabajo, pero sí de dejar constancia de esta evolución. Si se observa el camino recorrido con una cierta perspectiva, se podría entender que las posibilidades que nos brindan estos derechos para provocar modificaciones legales se han agotado; que no cabe extraer de los mismos otras consecuencias que las que ya se han puesto de manifiesto, habida cuenta de que en algunos países, como el nuestro, se ha reconocido a los homosexuales el derecho a contraer matrimonio, lo que supone, quizás, el cambio más trascendental que se ha producido en esta institución y en todo el Derecho de familia, y que nos puede hacer pensar que las novedades en este ámbito han tocado techo.

Así, el tratamiento de otras realidades que a partir de ahora se puedan producir ha de hacerse con criterios de oportunidad política, sin que estén envueltos necesariamente los derechos fundamentales de las personas; pero parece que ello no sea así, pues no se puede aventurar que en el futuro se planteen otras reivindicaciones en cuya solución se involucren los reiterados derechos.

Y algo más que no podemos ignorar: la potencialidad de tales derechos para desarrollar líneas de interpretación no consideradas inicialmente, o aportar

soluciones que en su momento no se estimaron. De ahí que se pueda apreciar una evolución en la aplicación de los derechos fundamentales impulsada, como hemos dicho, por las transformaciones sociales, pero también por los cambios de mentalidades o por el avance en las técnicas de aplicación. Una evolución que no podemos considerar agotada, sino al contrario, muy viva en el tiempo presente. Y en efecto, los derechos fundamentales resultan ser la plasmación normativa de unos valores que se insertan en los principios que informan el Estado Democrático y Social, unos valores cuya capacidad de renovación y adaptación al tiempo histórico brinda a aquellos unas posibilidades de desarrollo que pueden llegar, incluso, a una mutación constitucional en su manifestación más radical.

Y en todo esto se debe tener en cuenta, igualmente, el impulso de los derechos consagrados en los Tratados Internacionales, que constituyen parámetros de interpretación de las normas constitucionales en esta materia (art. 55 CE), como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre Americano, Convención Interamericana de los Derechos Humanos, que recogen sobre derecho al respeto de la vida familiar, al derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, han propiciado importantes resoluciones. En esta línea, también se han de tener presentes las sentencias dictadas por la CIDH, con pronunciamientos sobre la familia.

Son muchos los derechos fundamentales que están implicados en las relaciones de familia, cuya interpretación se debe impregnar de los valores que representan y de los principios en los que se inspiran; tales como la igualdad y la

libertad, el libre desarrollo de la personalidad, por ser los que más han influido en la transformación del Derecho de familia, y los que sin duda marcarán su futuro.

Por otro lado, cuando tratamos de la familia, o más bien de las familias, nos situamos ante un fenómeno social que se mueve a impulsos de comportamientos individuales y colectivos en una dinámica de cambio cuyas causas y desenvolvimiento escapan a los juristas, pues son más específicas de otras ramas del conocimiento; pero no cabe duda que es el ordenamiento el que en última instancia tiene que elaborar las respuestas. Por ello, el estudio sobre el Derecho de familia ha de tener en cuenta la realidad social a la que se dirige pero también y, sobre todo, ha de centrarse en su virtualidad para generar soluciones a los problemas y situaciones que se le pueden plantear, partiendo de los principios y valores que lo informan.

Una reflexión sobre el Derecho de familia actual nos lleva casi inexorablemente a preguntarnos también sobre su futuro, habida cuenta del proceso de transformación en el que están inmersas las relaciones familiares; un proceso que siempre ha existido, pero que en estos tiempos de cambios acelerados se nos antoja aún más acentuado. En efecto, el panorama actual de las familias nos trasmite la idea de que estamos ante una realidad jurídica inacabada o, para ser más exactos, no cerrada, en la medida que está siendo desbordada por comportamientos y hechos no previstos por el legislador que reclaman su reconocimiento en el plano jurídico.

Por ello, se partirá como no puede ser de otra forma, en los distintos modelos familiares vigentes, ya que su diversidad constituye, sin duda, la novedad más significativa del Derecho de familia actual; pero también se identificarán los

cambios de comportamientos que se producen en su seno, pues precisamente son éstos los que han transformado la familia que conocíamos y los que han propiciado los nuevos tipos de relación.

Con ello se quiere deshacer una práctica muy extendida de identificar los modelos familiares casi exclusivamente por su estructura y composición, sin tener en cuenta que la situación jurídica y las conductas de las personas que la integran impregnan de un significado y un sentido a las relaciones familiares, el que no se puede apreciar desde el apriorismo de categorías dadas.

Así, identificar la familia nuclear que se consolida normativamente tras la entrada en vigor de los Códigos, con la que actualmente tiene su origen en el matrimonio heterosexual, porque ambas se integran por los cónyuges y los hijos menores, es desconocer que aquélla resultó ser un elemento de una estructura social caracterizada por la desigualdad intrínseca de las mujeres y los hombres, y de éstos entre sí, dominada por la supremacía de un sujeto de derechos que se identificaba con el hombre burgués que ejercía su hegemonía en las relaciones sociales y económicas así como en la política, y también en la familia, a través de la cual se aseguraba la reproducción social del modelo; de ahí que esta familia burguesa se organizara interiormente bajo los principios de desigualdad y sometimiento, incompatibles con la igualdad y la libertad que ahora informan la familia matrimonial.

Precisamente ha sido la transformación del matrimonio, debido al cambio de la situación jurídica de los cónyuges y a la incidencias de los comportamientos que lo acompañan, lo que ha permitido que se regule la posibilidad de que puedan

contraerlo las personas homosexuales, sin que deba considerarse que se vulnera la Constitución, un acontecimiento que se ha debido al hecho de que hayamos perdido el rastro de aquella institución que regularon los viejos Códigos.

En ese sentido, el trabajo de investigación se encuentra estructurado, de la siguiente manera:

La introducción que explica la importancia de la investigación y algunos elementos de la parte metodológica, como los objetivos de investigación, tanto a nivel general como específicos; así mismo se incluyen la hipótesis de investigación que sirvió de guía y orientación en la investigación y las variables que permitieron recolectar una serie de datos tanto teóricos como empíricos.

Luego se desarrolla el **marco teórico**, que comprendió el estudio de los antecedentes de la investigación y las bases teóricas jurídicas que justificaron el problema de investigación y por otro lado dar sustento y justificación al trabajo de investigación, enfocados en los fundamentos teóricos doctrinales.

Asimismo, comprendió el desarrollo de la **metodología**, que involucró: el tipo y diseño de investigación, el plan de recolección de la información y/o diseño estadístico, instrumentos de recolección de la información, y el plan de procesamiento y análisis de la información y datos obtenidos en el trabajo de investigación, empleándose los métodos y técnicas de la investigación cualitativa y dogmática jurídica.

Seguidamente, se presentan los resultados, por la naturaleza de la investigación relacionado a los aspectos doctrinales, normativos y

jurisprudenciales, y determinar las posiciones dogmáticas sobre el problema, los alcances y limitaciones de la regulación normativa y los argumentos jurisprudenciales sobre el problema de investigación planteado.

Luego se procedió a la discusión, que consistió en determinar, a través de una apreciación crítica, los cuestionamientos a las bases teóricas, los problemas en la aplicación, los criterios y razonamientos jurídicos; la validez de las teóricas. Por último, se incluyen, las conclusiones y las recomendaciones del caso, y las referencias bibliográficas citadas y consultadas en el proceso de investigación.

1.1. Objetivos

Objetivo general

Determinar cómo viene incidiendo el derecho internacional de los derechos humanos en la nueva configuración del derecho de familia en el Perú.

Objetivos específicos

a) Describir los cambios que se han producido en el Derecho de Familia a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
b) Explicar cómo el derecho a la igualdad, la libertad, y el libre desarrollo de la personalidad, están incidiendo en la transformación del Derecho de familia.
c) Analizar el impacto que viene teniendo el desarrollo jurisprudencial de los organismos jurisdiccionales supranacionales de protección de los Derechos Humanos en el derecho interno en relación al derecho de familia.

1.2. Hipótesis[1]

El derecho internacional de los Derechos Humanos viene incidiendo positiva y directamente en la nueva configuración del derecho de familia en el Perú, como consecuencia del desarrollo jurisprudencia del derecho a la igualdad, libertad y libre desarrollo de la personalidad, lo cual está generando cambios en las instituciones del derecho de familia.

1.3. Variables

- **Variable Independiente (X):**

  El derecho internacional de los Derechos Humanos

- **Variable Dependiente (Y)**:

  Nueva configuración del Derecho de Familia

[1] Las hipótesis en las investigaciones dogmáticas o teóricas son "opcionales", y si se plantean son solo descriptivas, así mismo que no en todas las hipótesis descriptivas se formulan una estructura de variables, siendo simplemente enunciativas. ZELAYARAN DURAND, Mauro (2009). M*etodología de la investigación jurídica*. Lima: Ediciones Jurídicas, p. 239.

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

Efectuado la búsqueda de los antecedentes de investigación se han podido encontrar los siguientes trabajos:

Revisado las tesis sustentadas en la EPG-UNASAM se ha podido encontrar dos trabajos de investigación, el primero presentado por **Karina Manrique Gamarra (2011), titulado: "La unión de hecho y sus problemas de carácter patrimonial y extrapatrimonial en el Ordenamiento Jurídico Peruano, periodo 2008-2010".** Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho Civil y Comercial, donde la autora plantea que hasta la fecha no ha habido, de parte del legislador, mayor preocupación por una regulación amplia y detallada respecto de la familia no matrimonial. Pese a la pobreza del Código Civil, nada se ha dicho sobre la necesidad de redefinir los escasos efectos que se reconocen a las parejas no casadas que día a día cobran mayores espacios en la realidad social; por otro lado explica los problemas patrimoniales y extrapatrimoniales que origina la unión de hecho y que aún no han sido resueltos por nuestro ordenamiento jurídico, pues las parejas convivenciales no se encuentran debidamente protegidas, y plantea algunas modificaciones a la forma como se viene regulando las uniones de hecho.

Gustavo Adolfo González Reque (2015). "La necesidad de regular el deber de asistencia familiar mutua y los derechos sucesorios de la familia ensamblada en el código civil". Tesis para optar el título profesional de Abogado, Facultad de Derecho de la Universidad de Sipan, Chiclayo. Analizó

específicamente la estructura, funcionamiento y relaciones interpersonales de las familias ensambladas; pues estas familias, como todas las familias; independientemente de su constitución son la base para el desarrollo psicológico, biológico y social de los niños y adolescentes. Señala criterios doctrinarios y jurídicos asociados al ejercicio de la paternidad contemporánea que potencien en la dinámica interaccional de la familia post-separación conyugal, la construcción de un paradigma de familia ensamblada. La situación de la familia en el Ordenamiento Nacional que proteja los derechos y garantía que tanto los hijos afines como sus padres afines y la ausencia de una normativa adecuada justifican la realización de este trabajo investigativo. Metodología: Se desarrollará bajo la modalidad de investigación documental utilizando como técnica la observación documental y la técnica del fichaje aplicada a los documentos que como libros, expedientes, leyes, entre otros se analizarán a fin de cumplir con los objetivos.

Manuela Graciela González (2012)."Familia y derecho: asincronía y cambio". Tesis Doctoral en la carrera de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP, Argentina. Sostenemos en la tesis que la familia argentina se ha transformado eso no significa ignorar el hecho que en el mundo occidental la familia, especialmente en la segunda mitad del siglo XX, ha acelerado el proceso de modificación y, así lo hemos descrito especialmente en el capítulo 6. Pero focalizamos en este relato el impacto de esos cambios en la familia argentina con el fin de relacionarlo con la producción legislativa y la actividad de los operadores jurídicos ya que esas transformaciones adquieren una dinámica propia a partir de dos hechos que impactan desde lo político, lo económico y lo jurídico en la Argentina: la dictadura y el neoliberalismo

y sus consecuencias pobreza, concentración de la riqueza y pérdida de derechos. Es por ello que, describimos el contexto en que las transformaciones de la familia se produjeron y cómo este influyó en sus cambios, fundamentalmente tuvimos en cuenta las variables re-distribución del poder al interior de la familia, las modificaciones en la composición de la misma, la producción legislativa (especialmente la referida a la institución familia) y, el accionar de los operadores jurídicos.

Dora Alejandra Cárdenas Manquemilla (2012). "Evolución del concepto de familia, su protección en el ordenamiento jurídico chileno y relación con el derecho de igualdad". Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Valdivia – Chile. La familia ha tenido una evolución dentro de la sociedad, la cual no ha sido recogida por el ordenamiento jurídico chileno, dando una protección fragmentaria a la misma, en este sentido no contamos con un concepto de familia en nuestro ordenamiento y al regular los distintos tipos de familias se otorgan diversos derechos a cada uno de sus miembros. La regulación fragmentaria implica que existen diversos tipos de familia que no cuentan con una protección legislativa, lo que vulnera al derecho de igualdad, que está recogido en la Constitución Política de la República de Chile, puesto que éste derecho permite hacer diferencias, pero prohíbe absolutamente la discriminación arbitraria que se ha producido en la regulación de la familia en nuestro país, lo que se ha intentado corregir a través del proyecto de acuerdo de vida en pareja. La regulación disímil se refleja, por ejemplo al analizar el Derecho Civil donde se protege mayormente la familia matrimonial. En Seguridad Social, se pasa de proteger sólo a la cónyuge y los hijos, a amparar a todos los miembros de la familia reconocidos en la Ficha

de Protección Social, tengan éstos un vínculo jurídico o no y por último en materia Penal, existe una tendencia a la protección de manera amplia de la familia, incluyendo al conviviente y a los que han tenido una relación de convivencia.

Cabosmalón Ávila, Luis Ángel; Huamán Oyarce, Luis Alberto (2014). "La identidad de género y orientación sexual en relación al principio de no discriminación en el Perú de acuerdo al estándar del sistema interamericano de los derechos humanos". En relación a los derechos humanos se sostiene que se forjan a partir de una idea sobre el hombre, en la cual no existe un consenso sobre su punto de inicio de éstos, sin embargo, la doctrina internacional ubica como punto de partida de los derechos humanos, luego de la segunda guerra mundial. En lo que respecta a los derechos a la orientación sexual e identidad de género para el grupo LGTBI en el Perú se ve vulnerado y desprotegido ante la legislación peruana en personas homosexuales o bisexuales, pues sufren de trato discriminatorio por prejuicios inexistentes dentro de la sociedad, a diferencia de personas con orientación sexual heterosexual. Siendo esto así tenemos que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia "Atala Riffo y Niñas vs La República de Chile 2012 ha esbozado criterios concernientes a la orientación sexual. Es así, una de las conclusiones que se ha logrado obtener ha sido que, en la sentencia Atala Riffo y Niñas vs Chile del año 2012 la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está prohibida por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o

restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual".

2.2. Bases Teóricas

2.2.1. La teoría de los Derechos Humanos

2.2.1.1. Concepto

La teoría desarrollada por Wesley Newcomb Hohfeld[2] y aplicada a los derechos humanos tanto por Robert Alexy[3] como por Liborio Hierro[4] son buenas referencias para tratar este punto, pero no son importantes para los fines de esta guía.

Tampoco se intentará seguir la huella de la más reciente propuesta del derecho dúctil generada por Gustavo Zagrebelsky[5] para identificar en qué casos el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos funciona como principio y cuándo se está frente a una regla, ni se referirán los límites del positivismo para identificar y aplicar principios y la propuesta dúctil para vivificarlos mediante procesos previos de interiorización a la aplicación de las reglas.

Es decir, no forma parte de los objetivos de esta sección la construcción argumentativa de los derechos humanos que distingue la lógica formal de la lógica jurídica, donde el silogismo jurídico es insuficiente para construir un argumento de derechos humanos junto con el estudio de los diversos mecanismos de incorporación (cláusulas abiertas, complementarias, interpretación conforme, y

---

[2] Cfr. WESLEY N. Hohfeld (2001), *Conceptos jurídicos fundamentales*. México: Fontamara (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, núm. 2).

[3] Cfr. ALEXY, Robert (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

[4] HIERRO, Liborio (2000). *"Conceptos jurídicos fundamentales (I) De las modalidades deónticas a los conceptos de derecho y deber"*. En: Revista Jurídica, núm. 3, Madrid: Universidad Autónoma de pp. 139-173.

[5] ZAGREBELSKY, Gustavo (2003). *El derecho dúctil*. Trad. de Mariana Gascón, Madrid: Trotta, pp. 109-122.

progresiva constitucionalización del DIDH), el análisis de autoejecutividad y el establecimiento de directrices por medio de los principios básicos del DIDH (en particular por el principio pro persona).

Sin duda, cada uno de los puntos anteriores generaría reflexiones individualizadas que posibilitarían escribir varios libros. Sin embargo, la complejidad de la pregunta que abre este acápite tiene un objetivo más sencillo: saber cómo se presentan los derechos humanos en situaciones concretas. Por ello tiene sentido mencionar un conocido concepto jurídico denominado *derecho subjetivo*.

En inglés existen dos palabras para referirse al derecho: *rightylaw*. En castellano no tenemos esas dos opciones, por lo que han sido creadas dos acepciones: *derecho objetivo* y *derecho subjetivo*. El primero se refiere a las normas jurídicas que tienen el respaldo coactivo del Estado: los códigos, las leyes, las constituciones, los reglamentos, etc.; el segundo son las expectativas de acción y omisión que un sujeto de derecho tiene con respecto a otro sujeto obligado. Se harán un par de anotaciones más sobre esto último.

De acuerdo con Luigi Ferrajoli, un derecho subjetivo es "toda expectativa jurídica positiva (de prestación) o negativa (de no lesión)";[6] es una expectativa que se forma una persona con respecto a la acción u omisión de otra. Esta concepción inicial nos lleva a dos conceptos básicos del derecho: *derecho* y *deber*. Los derechos humanos son derechos subjetivos, son expectativas formadas en todas las personas en relación con la acción u omisión de los Estados, las empresas, los poderes fácticos y del resto de las personas respecto a ciertos bienes primarios constitutivos de lo que se considera la dignidad humana[7].

[6] FERRAJOLI, Luigi (2006). *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, p. 33.

[7] La idea de *dignidad humana* está estrechamente vinculada a la construcción del sujeto de derechos proveniente de la Ilustración y elaborada desde el liberalismo político. En la medida en que la persona se reconoce dueña de su propio cuerpo, también se reconoce dueña de su destino, aspecto que da forma a la libertad como autodeterminación que echa por tierra las concepciones que legitimaban a la monarquía absoluta. La libertad como autodeterminación se complementa con los

Existen muchos derechos subjetivos, pero no todos ellos califican como derechos humanos o derechos fundamentales[8], los cuales son "aquellos derechos universales y, por ello, indispensables e inalienables, que resultan atribuidos directamente por las normas jurídicas a todos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar"[9].

No se trata de cualquier tipo de pretensión, sino de aquellas que son constitutivas de los bienes primarios socialmente reconocidos como elementos básicos de la dignidad humana. Es decir, al conjunto de derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales, incluyendo las características de indivisibilidad, integralidad e interdependencia.

No obstante, sobre estos bienes primarios, y desde la filosofía política, no existe un acuerdo sobre su denominación. Para Rawls sí se determinan bienes primarios; para Dworkin son principios; para Amartya Sen y Martha Naussbaun son capacidades, y según Guillermo O'Donnell se denominan elementos constitutivos de la agencia y la ciudadanía de alta intensidad[10]. Para tomar la ruta más corta –que no la más sencilla–, las pretensiones constitutivas de los derechos humanos son las que se encuentran fundamentadas por el DIDH.

A partir de todo lo anterior se establece como punto de partida que los derechos humanos son exigencias éticas justificadas, especialmente importantes, que deben ser protegidas eficazmente a través del aparato jurídico[11]. Que sean *exigencias éticas justificadas* quiere decir que necesariamente exista una relación jurídica donde se especifique con claridad quién tiene el derecho, quién la obligación y cuál es el contenido de la misma.

---

derechos naturales, el contrato social y el derecho a la resistencia como tetralogía principal del liberalismo político.

[8] Existe un debate en torno a si la mejor forma de nombrar a este tipo de derechos es como *humanos* o *fundamentales*. Incluso la posición depende desde el lugar de enunciación: la teoría jurídica o la dogmática jurídica.

[9] FERRAJOLI, Luigi. Ob. Cit., p. 30.

[10] Cfr. O´DONNELL, Guillermo (2004). *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos. El debate conceptual sobre la democracia,* Argentina: PNUD.

[11] No sólo por el sistema jurídico normativo sino también por las instituciones formales e informales que constituyen el *hacer del derecho*.

A todo derecho no siempre recae una obligación, sin embargo, éste es un requisito necesario en el campo de los derechos humanos. Por su parte, el carácter de *especialmente importante* proviene de los adjetivos de los derechos humanos. En la medida en que este tipo de derechos son universales tienen el carácter de absolutos y son irrenunciables, estas características permiten observar la relevancia de los derechos humanos y la importancia de que ninguna persona pierda dichos derechos[12].

Las características de justificación ética y especial relevancia conllevan a la necesidad de que sean reconocidos y garantizados por el aparato jurídico, de lo contrario sólo tendrían la fuerza moral proveniente del orden normativo moral, pero no habría una eficaz garantía de los mismos[13].

Los derechos humanos como derechos subjetivos y como exigencias éticas justificadas, junto con su subyacente promesa de futuro, permiten entender la fuerza emancipadora de esta articulación: cuando una persona presenta un discurso en términos de derechos, lo que está exponiendo es una demanda que considera legítima. Los derechos humanos como derechos subjetivos son demandas moralmente sustentadas y con pretensiones de legitimidad.

Como se pudo ver en los párrafos anteriores, desde la teoría jurídica ya existe un acuerdo en torno a que los derechos humanos son derechos morales, como se observa en los textos de Eusebio Fernández, Alfonso Ruiz Miguel y Carlos Santiago Nino[14].

Más interesante aún es la demostración que hace Neil MacCormick[15] de las limitaciones de las teorías que fundamentan el derecho en la voluntad –y construyen

[12] LAPORTA, Francisco (1987). *"Sobre el concepto de derechos humanos"*. En *Doxa*, núm. 4, España: Universidad de Alicante, pp. 23-46.
[13] RUIZ MIGUEL, Alfonso (1990). *"Los derechos humanos como derechos morales"*. En Anuario de derechos humanos, núm. 6, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, pp. 149-160.
[14] Cfr. SANTIAGO NINO, Carlos (1989). *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel, 1989.
[15] MAC CORMIK, Neil (1990). *Derecho legal y socialdemocracia*. Madrid: Tecnos, pp. 154-166.

la *moral por acuerdo* como principio de justicia fundante–, por lo que se requieren construir argumentos sobre intereses justificados.

Por otra parte, desde la filosofía política y la antropología jurídica se requiere una forma distinta de pensar los derechos humanos debido a la existencia de un concepto que resulta problemático en estas materias: la universalidad. En estas dos disciplinas, el nacimiento y consolidación de un derecho es siempre contingente y contextual, por lo que la fundamentación histórica parece más adecuada. Existen específicamente cuatro ideas distintas en torno a la naturaleza de los derechos humanos: pensarlos como derechos naturales, positivos, históricos y morales.

2.2.1.2. Naturaleza

La historia de los derechos humanos está muy relacionada con la del liberalismo, aunque no son la misma historia. Desde la teoría política liberal, el viejo régimen –la monarquía absoluta– llegó a su fin a partir de un concepto básico: la libertad como autodeterminación. El Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil de Locke caló profundo cuando despertó esta forma de pensar la libertad a partir de la propiedad de uno mismo: *yo soy dueño de mí mismo, soy dueño de mi cuerpo y de los productos obtenidos con mi cuerpo*[16]*; el rey no es más mi soberano.*

En el liberalismo cuatro conceptos son básicos para entender este proceso de reconstrucción de la legitimidad política: la libertad como autodeterminación; la celebración de un contrato social que constituye a la sociedad política; la existencia de derechos naturales inherentes a todas las personas y previos a la celebración de ese contrato –que son el principal fundamento y objetivo del contrato–; y, finalmente, el derecho a la resistencia cuando el contrato era roto por el gobernante –cuando había violaciones sistemáticas a los derechos naturales reconocidos y protegidos en el contrato–, lo que nos llevaba de nuevo a un estado de naturaleza.

A partir de esta lógica es que los derechos humanos se concebían como derechos naturales, aunque su enumeración variaba dependiendo de quién hiciera

[16] Esta concatenación es la idea básica que recupera Robert Nozick para pensar la teoría de la justicia que sostiene la lógica del mercado a partir de lo que David Gauthier denomina *moral por acuerdo.*

la tipología. Por ejemplo, para Hobbes[17] el principal y único derecho natural es la vida –por eso la forma de gobierno que él diseña es una monarquía *cuasi* absoluta–; para Locke es la vida, la libertad y la propiedad –de ahí que el tipo de gobierno más pertinente sea la monarquía constitucional–; en cambio, para Rousseau los derechos naturales son la libertad civil –proveniente de las leyes– y la igualdad política y económica –por lo que para él la forma de gobierno indicada es la democracia radical–.

El principal problema de la concepción de los derechos humanos como derechos naturales es que no cuentan con la protección efectiva proveniente de su positivización en el marco legal. En efecto, pueden existir derechos no reconocidos en dicho marco, pero ser derechos humanos naturales. El otro problema es que la naturaleza humana no se presenta de forma evidente ni explícita, ya hemos mostrado que tres autores en tres diferentes siglos pensaron los derechos naturales de forma muy distinta, más aún, con importantes consecuencias en el diseño de las instituciones políticas.

A partir de la dificultad de desentrañar la naturaleza humana es que comenzaron a concebirse los derechos fundamentales como derechos morales. Más aún, la *moralidad* de estos derechos no proviene de elementos inmanentes de la persona, sino de construcciones dialógicas a partir de procesos de argumentación razonables y acuerdos reflexivos.

Con ello se alejaba la idea individualista que marcó duramente el nacimiento del liberalismo político. En efecto, al considerar a los derechos humanos como derechos morales, ya no sólo se pensó en el individuo aislado, sino en la construcción de principios y de valores compartidos –aunque, todavía en el liberalismo, desde una teoría tenue del bien–.

Sin embargo, los derechos morales mantenían el mismo problema de andamiaje institucional que los derechos naturales: un derecho moral, por más

[17] Cfr. HOBBES, Thomas (1994), *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. México: FCE.

razonable que sea, no es necesariamente un derecho positivo. Claramente no lo es en aquellas sociedades políticas donde las decisiones vinculantes provienen de acuerdos de poder entre actores asimétricos.

Para solucionar este problema es que podemos pensar a los derechos humanos como derechos positivos. En buena medida tanto Norberto Bobbio[18] –desde la filosofía jurídica– como Luigi Ferrajoli[19] –desde el positivismo crítico– dieron por hecho que con la emisión de la Declaración Universal de Derechos Humanos podía solventarse el problema del sustento de los derechos humanos: están ahí y están positivizados.

Una vez que estos ya han entrado al sistema jurídico positivo, la problemática es otra por ejemplo, cómo hacerlos eficientes o efectivos–, pero la fundamentación ya no lo es.

El principal problema que se tiene al mantener la concepción de la naturaleza jurídica de los derechos humanos es que el derecho que hoy es positivo, mañana puede no serlo. No sólo se pueden modificar las constituciones, sino que también es posible denunciar los tratados internacionales. Este fue el principal punto a favor que mantuvo la concepción de los derechos humanos como derechos naturales o morales: escapan al poder político. Por lo tanto, los derechos seguían siendo tales, aunque no se encontraban así reconocidos por el orden jurídico específico.

Esta fue su principal pretensión ante la oposición de restricciones a las monarquías absolutas como la de Carlos I en Inglaterra o Luis XVI en Francia, ahorcado el primero, y decapitado el segundo. Finalmente, se pueden identificar los derechos humanos como derechos históricos.

Esta es la propuesta tanto de la sociología y antropología jurídica y política como de la filosofía crítica. El principal aporte de concebir los derechos humanos como derechos históricos es que permite observar el proceso de nacimiento de los derechos, los grupos que los apoyaron, los objetivos, los procesos de cambio y

[18] Cfr. BOBBIO, Norberto (2016). *Liberalismo y democracia*. México: FCE.
[19] Cfr. FERRAJOLI, Luigi (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Barcelona: Trotta.

exclusión en su institucionalización, entre otros aspectos, lo que enriquece los contextos de creación del derecho para una mayor interpretación política y jurídica. Más aún, mantiene abierta y explícita la posibilidad de reinterpretación del derecho a partir de cambios en el contexto, así como la aparición de nuevos derechos. Probablemente también de aquí se desprende un problema parecido al de la concepción positivista: la inestabilidad del catálogo.

Sin duda, la decisión que se tome en torno a la naturaleza jurídica que guardan los derechos humanos tendrá pros y contras que se resumen de la siguiente manera:

NATURALEZA DE LOS DERECHOS HUMANOS		
Fundamento	**Pros**	**Contras**
Naturaleza humana	Catálogo estable por ser inmanente.	La naturaleza humana no es evidente y no hay protección estatal.
Moral	Catálogo estable proveniente de procesos de razonabilidad dialógica.	Supone que hay posibilidades de diálogo sin disrupciones del poder y no hay protección estatal.
Positivos	Protección estatal.	Catálogo sujeto a las asimetrías del poder político.
Históricos	Identificación de contextos y posibilidad de nuevas interpretaciones y nuevos derechos.	Catálogo sujeto a las asimetrías del poder político.

2.2.2. La Familia

La Constitución Política de 1993 en su artículo 4 que *"La Comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son regulados por la ley".* El artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que *"La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado"*.

La doctrina la conceptúa como *"... un régimen de relaciones sociales que se determina mediante pautas institucionalizadas relativas a la unión intersexual, la procreación y el parentesco... el modelo prevaleciente de familia parte del reconocimiento social y jurídico de relaciones conyugales y paterno-filiales heterosexuales"*[20], pero este criterio puede resultar restringido para englobar la gran dimensión de la familia, es por ello que resulta más preciso conceptuar a la familia con base en su naturaleza jurídica y extensión teniendo dos tipos, como sostiene Méndez Costa *"La familia institución, integrada por los padres e hijos no emancipados por el matrimonio que conviven bajo la autoridad parental y, la familia parentesco, conformada por personas unidas por un vínculo de parentesco, sin convivencia ni sujeción a autoridad familiar"*[21].

[20] ZANNONI, Eduardo Antonio (2006). *Derecho Civil, Derecho de Familia*, Tomo I, 5ta. Edición, Buenos Aires: Editorial Astrea, p. 3.
[21] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique (2011). *Tratado de Derecho de Familia, la nueva teoría institucional y jurídica de la familia*, Tomo I, Lima: Editorial Gaceta Jurídica, pp. 16-17.

Tomando como base los preceptos constitucionales y los del Código Civil, Alex Plácido Vilcachagua infiere que el concepto jurídico de familia es *"... aquella comunidad iniciada o basada en la asociación permanente de un hombre y una mujer, de origen matrimonial o extramatrimonial, destinada a la realización de actos humanos propios de la generación; que está integrada por personas que se hallan unidas por un afecto natural, derivado de la relación de pareja, de la filiación y, en última instancia, del parentesco consanguíneo y de afinidad, que las induce a ayudarse y auxiliarse mutuamente y que, bajo la autoridad directiva o las atribuciones de poder concedidas a uno o más de ellas, adjuntan sus esfuerzos para lograr el sustento propio y el desarrollo económico del grupo"*[22].

En consecuencia, la familia se define como aquél grupo de personas que se encuentran vinculadas por el parentesco, por la institución jurídica del matrimonio, siendo todo ello investido de reconocimiento social y jurídico.

El Tribunal Constitucional explica que *"La acepción común del término familia lleva a que se le reconozca como aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo… Tradicionalmente, con ello se pretendía englobar a la familia nuclear, conformada por los padres y los hijos, que se encontraban bajo la autoridad de aquellos. Así, desde una perspectiva jurídica tradicional la familia "está formada por vínculos jurídicos familiares que hayan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco*"[23].

[22] PLACIDO VILCACHAGUA, Alex (2008). *Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la Jurisprudencia civil*, Lima: Editorial Gaceta Jurídica, p. 56.
[23] STC Exp. N° 09332-2006-PA/TC, fundamento 6, 18/10/2011.

Además, en la doctrina existe una definición amplia como restringida de la familia. Así Eduardo Zannoni precisa *"Ampliamente considerada, la definición comprende a todas las personas entre las cuales existe un vínculo jurídico de parentesco o en virtud del matrimonio. Es decir, la familia abarca las relaciones conyugales, paterno-filiales y las parentales… mientras tanto en sentido restringido, la familia comprende exclusivamente a los cónyuges-marido y mujer- y a los hijos que conviven con ellos y se encuentran bajo su patria potestad*"[24].

Algunos autores, como Borda reservan este concepto restringido *"... al núcleo paterno-materno-filial mientras los hijos convivan con sus padres*"[25]. En tanto otros juristas, como SPOTA precisan que: *"involucra también a los hijos emancipados por matrimonio o mayores de edad, aunque no vivan bajo un mismo techo con sus progenitores*"[26].

Además de estas dos concepciones –amplia y restringida de la familia-, en la actualidad se alude a otro tipo de familia que describe situaciones específicas. Me refiero a las familias monoparentales, sobre el cual Zannoni dice que *"... se caracteriza por ausencia de unión entre los padres. De tal modo, se establece entre un solo progenitor –la madre o el padre- y los hijos una suerte de relación segmentaria, por falta del otro progenitor. Así en los supuesto de madre viuda, madre extramatrimonial de un hijo o hijos no reconocidos por el padre, etcétera*"[27].

[24] ZANNONI, Eduardo Antonio. Ob. Cit., pp. 7-9.
[25] BORDA, Guillermo Antonio (1999). *Tratado de derecho civil argentino: Familia*, Tomo I, Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, p. 96.
[26] SPOTA, Alberto.Citado por VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. Cit., p. 18.
[27] ZANNONI, Eduardo Antonio. Ob. Cit., p. 10.

De lo expuesto se colige que la familia se define como el núcleo de la sociedad, entendida como un grupo de personas unidas por lazos sanguíneos, y por ende conformada de manera clásica por el papá, la mamá e hijos, miembros que cumplen diversas funciones como familia dentro de una sociedad. Así mismo se procura una definición de dicha institución desde ópticas distintas, como la amplia que engloba a un mayor número de miembros o a la restringida que se avoca a la familia nuclear clásica conformada por papá, mamá e hijos. Se trata también de definir a la constitución de nuevas situaciones que también vienen a ser una familia como son las monoparentales, las cuales están compuesta por un solo padre y los hijos, estas se deben a cambios sociológicos, culturales, que requieren ser reguladas protegidas por el Derecho.

Por otro lado, con relación a la naturaleza jurídica de la familia y tomándola como categoría jurídica, muestra diversas y hasta contradictorias tesis de su explicación. Las cuales son: la Tesis de la Personalidad Jurídica de la Familia, la Tesis de la familia como organismo jurídico, y por último la Tesis de la familia como Institución.

Nuestro ordenamiento ha optado, la tesis de la familia como institución ser parte de la definición de la familia, en sus inicios, como institución social, en tal sentido Soler MILLARES dice *"La familia llena plenamente las notas conceptuales expuestas: combina pautas de comportamiento basadas en la dinámica de satisfacción de necesidades básicas –reproducción y educación de la prole-, pero incluye la referencia los valores de una cultura que es socializada mediante la internalización de cánones axiológicos en los sujetos individuales.*

Todo ello supone un tipo específico de agrupamiento caracterizado por sentimientos y comportamientos sistematizados en función de necesidades básicas y de esos valores"[28].

Tomando a la familia como una institución jurídica, Eduardo ZANNONI menciona: *"El derecho reconoce ese carácter institucional, pero no lo crea; la institución se impone y trasciende en función de los procesos de socialización que institucionalizan normas de comportamiento social*"[29]

2.2.3. El derecho internacional de los derechos humanos

La protección jurídica de los derechos de las personas no se agota en la jurisdicción interna o estatal, sino que se complementa y, ciertamente, se potencia con las normas del derecho internacional. Esta afirmación es producto de un largo proceso histórico que significó el paso de un derecho internacional tradicional, centrado en la figura del Estado, a un derecho internacional que admite, dentro de los intereses comunes de la sociedad internacional, al ser humano y la protección de sus derechos.

En la primera concepción, el individuo se encontraba sometido, exclusivamente, a la soberanía estatal y no constituía más que un eventual objeto de protección de las normas internacionales, normalmente, cuando se encontraban en juego intereses estatales. En la segunda concepción, el ser humano importa autónomamente, y no solo como agente o representante del Estado, y ostenta la

[28] MILLARES, Soler. Citado por VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. Cit., p. 19.
[29] ZANNONI, Eduardo Antonio. Ob. Cit., p. 22.

calidad de sujeto de derecho internacional, por lo que se plantea, en consecuencia, un conjunto de derechos y obligaciones derivados directamente de las normas internacionales.[30]

En ese sentido, el derecho internacional de los derechos humanos refleja esta transformación fundamental del derecho internacional. Su concepción más aceptada lo presenta como la rama del derecho internacional que se ocupa del "establecimiento y promoción de los derechos humanos y de la protección de los individuos o grupos de individuos en el caso de violaciones gubernamentales de derechos humanos"[31].

No debe perderse de vista de esta definición que el derecho internacional de los derechos humanos forma parte del derecho internacional, por lo que debe ser entendido con las posibilidades (por ejemplo, mecanismos coercitivos previstos para el cumplimiento de tratados internacionales) y limitaciones de aquel (principio del consentimiento como base para la asunción de un gran número de obligaciones internacionales).

En cuanto a las normas que conforman el derecho internacional de los derechos humanos, Carlos Fernández de Casadevante enfatiza la heterogeneidad de las mismas al definirlo como:

[…] aquel sector del ordenamiento internacional, compuesto por normas de naturaleza convencional, consuetudinaria e institucional que tienen por objeto la

[30] CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (1999). *Dignidad frente a la barbarie: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cincuenta años después*. Madrid: Editorial Trotta, p. 135.
[31] BUERGENTHAL, Thomas y otros (1990). *Manual internacional de derechos humanos.* Caracas/San José: IIDH/Edición Jurídica Venezolana, p. 9.

protección de derechos y libertades fundamentales del ser humano inherentes a su dignidad. de aquí se deriva precisamente una de las características de este sector del derecho internacional: la heterogeneidad de sus normas, lo que plantea la necesidad de examinar las relaciones existentes entre todas ellas[32].

Esta última afirmación nos demuestra que el derecho internacional de los derechos humanos, efectivamente, plasma no solo el fenómeno de humanización por el cual ha atravesado el derecho internacional en la última mitad del siglo XX, sino también el de institucionalización y aparición de nuevos sujetos internacionales, así como el de socialización, es decir, aquel proceso donde se comienza "a regular relaciones sociales y humanas más complejas y amplias que las tradicionales relaciones políticas entre Estados soberanos, con lo que Derecho internacional dejaba de ser un Derecho de la paz y la guerra, regulador de relaciones diplomáticas y consulares entre Estados"[33].

En ese sentido, aunque el Estado sigue siendo el sujeto por excelencia del derecho internacional de los derechos humanos, esta rama del derecho evoluciona progresivamente debido a que entre sus actores más dinámicos se encuentran los individuos y las organizaciones no gubernamentales (ONG's), que exigen constantemente al Estado un mayor reconocimiento y protección internacional de los derechos humanos.[34] No se debe dejar de lado, de la misma manera, a los actores no estatales y su impacto (no siempre positivo) en los derechos humanos. Me refiero

[32] FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos (2000). *"El derecho internacional de los derechos humanos."* En Carlos Fernández de Casadevante Romani (coord.). Derecho internacional de los derechos humanos. Madrid: Editorial Dilex, p. 49.
[33] CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Soberanía de los estados, Ob. cit., p. 13.
[34] Cfr. NIKKEN, Pedro, (1989). "*El Derecho Internacional de los Derechos Humanos"*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas: Universidad Central de Venezuela, p. 34.

a las organizaciones internacionales, grupos armados y empresas, entre otros. Estas últimas, tanto nacionales como multinacionales, tienen un papel muy importante en el ámbito de los derechos humanos.

A la vez, el derecho internacional no descuida el hecho de que las violaciones de los derechos humanos son cometidas por otros seres humanos, por lo que las normas de responsabilidad penal internacional para aquellos que incurren en crímenes internacionales (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión) constituyen, en última instancia, otra forma de resguardar los derechos humanos. En ese sentido, la creación de la Corte Penal Internacional (CPI), los tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda y los tribunales mixtos (Sierra Leona, Líbano, Camboya y Timor Leste) reflejan, por medio de la persecución internacional de los crímenes más graves que afectar la conciencia jurídica de la humanidad, la plasmación del viejo anhelo de evitar la impunidad.

Los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos, por un lado, y las diversas formas de juzgamiento de los crímenes internacionales, por otro, constituyen un referente inevitable al momento de entender la complejidad de los derechos del ser humano en general. Creo que la ingente cantidad de pronunciamientos sobre la materia contribuye, decididamente, a entender los derechos de la persona en una perspectiva más amplia y dinámica que la sola lectura estatal.

En el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos, "un paso importante significó el que se haya otorgado legitimación a la persona o grupo de personas para recurrir ante los órganos supranacionales – jurisdiccionales o cuasi

jurisdiccionales-, demandando la efectiva protección del derecho que considere ha sido lesionado en el ordenamiento interno. Surge de este modo una garantía más de la protección de los derechos, en la que los órganos supranacionales son competentes para declarar la responsabilidad internacional del Estado por violación a los derechos humanos"[35].

Al respecto, cabe indicar que los mecanismos, instituciones y tribunales de alcance universal, no impiden la creación de organismos multilaterales de carácter regional que se constituyan con fines de protección de derechos humanos o de integración comercial, económica, aduanera, etc., siempre que no vayan en contra de principios universales, los mismos que deben estar orientados a promover la paz mundial, la solidaridad, integración y seguridad internacionales entre otros, es decir, organismos internacionales instituidos con fines lícitos y pacíficos.

De allí que, la Carta de Naciones Unidas en su art. 52 permite el establecimiento de organismos regionales siempre que no se opongan [a dichos valores y principios, así como normas ius cogens][36]. En base a esta disposición, es que se han creado en el sistema regional, tres subsistemas. Europeo, interamericano y africano"[37], los cuales se rigen por un procedimiento de comunicaciones o peticiones interestatales e individuales.

[35] CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynes (2003) (Coordinadora), *Jurisdicción Supranacional*, En Derecho Procesal Constitucional. Lima: Jurista Editores, p. 496.
[36] El Art. 52 (1) de la Carta de N.U. señala que "ninguna disposición de esta Carta se opone a la existencia de acuerdos u organismos regionales cuyo fin sea entender en los asuntos relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y susceptibles de acción regional, siempre que dichos acuerdos u organismos, y sus actividades, sean compatibles con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas".
[37] CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynes (2003). Ob. cit. p. 489.

De esta manera, toda una gama de derechos fueron consagrados internacionalmente tanto en el ámbito universal como regional y constituyen actualmente la base del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así las cosas, como bien advierte PEDRO NIKKEN, "la irrupción de derechos humanos en el ámbito internacional se inició con declaraciones, a las que en un primer momento se rehusó dotar de fuerza vinculante en el tiempo de su adopción, como ocurrió con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptadas en 1948 con pocos meses de diferencia, fue más tarde en la década de los 60 que se profundizó en la tendencia a la regulación convencional de la protección de derechos humanos a través de diversas convenciones"[38].

Sobre el particular, no cabe duda que fue un hito en el nuevo orden internacional de la segunda post guerra mundial, la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), como garante de la paz y la seguridad internacionales[39], por cuanto fue el primer esfuerzo normativo internacional de acción colectiva tras el colapso de la Liga de Naciones, sin embargo, como bien se indicó, la Carta instituyente de la ONU, no era suficiente a efectos de enumerar e

[38] NIKKEN, Pedro (1989), "*El Derecho Internacional de los derechos humanos"*. En Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicos y Políticas. Caracas: Universidad Central de Venezuela, p. 56.

[39] "Artículo 1.- Los Propósitos de las Naciones Unidas son: 1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz; 2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otros medidas adecuadas para fortalecer la paz universal; 3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y 4. Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes".

identificar los derechos humanos, así como para establecer mecanismos de protección, para ello fue necesario la adopción de sendas declaraciones y pactos internacionales.

De allí que, la efectividad de las resoluciones emitidas por los organismos supranacionales jurisdiccionales de protección de derechos humanos y organismos cuasi jurisdiccionales, se ve mermada en un contexto de no acatamiento o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de estas decisiones; todo lo cual se encuentra estrechamente vinculado a factores políticos, jurídicos y socioeconómicos disímiles de cada Estado–nación o sistema regional de protección de derechos humanos, siendo que; en ciertos casos, la eficacia jurídica de estas resoluciones internacionales pone de relieve serias reticencias a acatar determinados puntos resolutivos o la integridad de fallos, al ser muchas veces entendidas como decisiones controversiales o concebidas como una grave violación al principio de soberanía de los Estados demandados o sancionados por un sistema jurídico de alcance universal o continental, respecto a los cuales soberanamente y de manera antelada, han reconocido expresamente jurisdicción o competencia[40].

2.3. Definición de términos[41]

- **Derechos humanos.-** La expresión "derechos humanos" hace referencia a las libertades, reivindicaciones y facultades propias de cada individuo por el sólo

[40] ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (2008). *Tribunal Europeo y Corte Interamericana de derechos humanos: ¿Escenarios idóneos para la garantía del derecho de acceso a la justicia internacional?*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 8.

[41] *Ver*: TORRES CARRASCO, Manuel (Director) (2013). *Diccionario Civil*, Lima: Editorial Gaceta Jurídica, Así mismo AVENDAÑO VALDEZ, Jorge (2013). *Diccionario Civil*, Lima: Editorial Grijley.

hecho de pertenecer a la raza humana. Esto significa que son derechos de carácter inalienable (ya que nadie, de ninguna manera, puede quitarle estos derechos a otro sujeto más allá del orden jurídico que esté establecido) y de perfil independiente frente a cualquier factor particular (raza, nacionalidad, religión, sexo, etc.). Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles.

- **Internacional de los derechos humanos.-** Establece las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas en determinadas situaciones, o de abstenerse de actuar de determinada forma en otras, a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o grupos. Durante el siglo XX, los derechos humanos han evolucionado hasta convertirse en un marco moral, político y legal y en pautas para lograr un mundo libre del temor y la miseria.
- **Constitucionalización.-** De acuerdo con Riccardo Guastini, por "constitucionalización del ordenamiento jurídico" podemos entender un proceso de transformación de éste, al término del cual "resulta totalmente 'impregnado' por las normas constitucionales", porque la ley fundamental resulta "extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales".

- **Familia.-** La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de las personas o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.
- **Relaciones familiares.-** Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos. Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.
- **Principios constitucionales.-** Siguiendo a Ronald Dworkin, cuando hablamos de principios nos estamos refiriendo a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna dimensión de la moralidad. Para Robert Alexy, en tanto, los principios "son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.

- **Principio de protección de la familia.-** La defensa de la familia es una consecuencia del interés público en su protección jurídica, originada en su apreciación como institución social y que se manifiesta, entre otras facetas de tutela, en la indisponibilidad de las normas del Derecho matrimonial como parte integrante del Derecho de familia. Las características relevantes derivadas de su consideración como institución social, radican en la interdependencia entre las personas que la integran y su común sujeción a una finalidad superior, que legitiman la indisponibilidad normativa señalada.
- **Código Civil.-** Es un conjunto unitario, ordenado y sistematizado de normas de Derecho privado, es decir, un cuerpo legal que tiene por objeto regular las relaciones civiles de las personas físicas y jurídicas, privadas o públicas, en este último caso siempre que actúen como particulares desprovistos de *imperium*.
- **Derechos fundamentales.-** Son aquellos derechos humanos garantizados con rango constitucional que se consideran como esenciales en el sistema político que la Constitución funda y que están especialmente vinculados a la dignidad de la persona humana. Pues bien, son fundamentales los derechos "que no se pueden comprar ni vender", esto es, aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o de sujetos con capacidad de obrar.
- **El derecho internacional de los derechos humanos.-** Es un conjunto de normas internacionales que reafirman los derechos y la dignidad de todos los seres humanos —mujeres, hombres y niños— sin discriminación. Fue desarrollado tras la adopción de la Declaración Universal de Derechos

Humanos de 1948 y se apoya actualmente en una serie de instrumentos universales y regionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo y diseño de investigación

a) Tipo de investigación

Correspondió a una investigación Dogmática-Normativa y Teórica[42], que permitió ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema de investigación planteado. Se justifica una investigación Dogmática o Formal, dado que "estudia (…), el derecho en abstracto"[43]; como aquella que concibe el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real que se relacione con la institución, norma jurídica o estructura legal en cuestión"[44].

El objeto de estudio de la presente investigación, se centró en el estudio y tratamiento normativo y jurisprudencial sobre la incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en la nueva configuración del derecho de familia en el Perú.

b) Tipo de diseño

El diseño empleado en la investigación correspondió al **No Experimental**, puesto que "(…) no se generó ninguna situación, sino que se observaron

[42] *Cfr*. SOLÍS ESPINOZA, Alejandro (2001). *Metodología de la Investigación Jurídico Social*. Lima, p. 43. Su materia de estudio será fundamentalmente la realidad normativa con su abanico multiobjetal de tendencias o áreas (dogmático-jurídico, filosófico-jurídico, histórico-jurídico, teórico-jurídico, etc.

[43] ROBLES TREJO, Luis (2014). *Guía Metodológica para la elaboración del Proyecto de Investigación Jurídica*. Lima: Editorial FFECAAT, p. 44.

[44] WITKER VELÁSQUEZ, Jorge (1986). *Como elaborar una tesis en derecho. Pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho*. Madrid: Editorial Civitas, p.85.

situaciones ya existentes, no provocadas intencionalmente en la investigación por quien la realiza"[45]. Es por ello que la presente investigación "(…) careció de manipulación intencional de la variable independiente, además no poseerá grupo de control ni experimental; por cuanto, su finalidad únicamente fue estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia"[46].

c) Diseño General

Se empleó el diseño general **Transversal**, cuya finalidad es "(…) describir variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado"[47], es decir se recolecta los "(…) datos en un solo momento, en un tiempo único"[48]. Es por ello, que la investigación estuvo delimitada para el periodo 2017 al 2018; cuya finalidad fue recolectar datos del hecho jurídico en dicho periodo, en un tiempo único; con el propósito es describir las variables de estudio; analizar el estado de cuestión de la misma en ese momento dado sobre la incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en la nueva configuración del derecho de familia en el Perú.

d) Diseño específico

Se empleará el diseño Explicativo, dado que "(…) se analiza la ausencia de una norma o se cuestiona una existente, determinando sus límites y

[45] HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto y otros (2014). *Metodología de la investigación*. 6ta edición, México: Editorial McGraw-Hill, p.152.
[46] ROBLES TREJO, Luis y otros (2012). *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Lima: Editorial Fecatt, p. 34.
[47] HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto. *Op. cit.*, p.154
[48] Citado por HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto. *Op. cit.*, p.154

deficiencias (…)"[49]. Su finalidad fue el estudió de los factores que generan situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto y poder explicar el comportamiento de las variables de estudio del problema planteado sobre incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en la nueva configuración del derecho de familia en el Perú, a fin de determinar sus cuestionamientos, deficiencias, inconsistencias normativas, dogmáticas.

Este nivel de investigación buscó dar a conocer por qué ocurre el problema planteado, en qué condiciones se da éste o por qué dos o más variables están relacionadas, además de proporcionar un "sentido de entendimiento" sobre el fenómeno estudiado de la incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en la nueva configuración del derecho de familia en el Perú.

3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico

A continuación, se detallan las actividades del proceso que se ha seguido en el recojo y construcción de la información y/o conocimiento:

Proceso que incluyeron:

a) Determinación de la población o sujetos de estudio
b) Selección de la muestra
c) Diseño del instrumento
d) Aplicación del método para procesar la información

[49]ARANZAMENDI NINACONDOR, Lino (2015). *Investigación Jurídica*. 2da edición, Lima: Editorial Grijley, p. 246.

- Población[50]

- **Universo Físico:** Estuvo constituida por el ámbito mundial y nacional.
- **Universo Social:** La población se circunscribió a los juristas que han desarrollado la dogmática jurídica y a los operadores jurídicos que generado la jurisprudencia correspondiente.
- **Universo temporal:** El período de estudio correspondió al 2017-2018.

- Muestra[51]

- **Tipo:** No Probabilística.
- **Técnica muestral:** Intencional.
- **Marco muestral:** Doctrina, Jurisprudencia, Normatividad.
- **Unidad de análisis:** Elementos documentales.

Unidad de Análisis[52]

La unidad de análisis estuvo conformada por las fuentes documentales: Doctrina, Jurisprudencia, normatividad. Además, los elementos de la unidad de análisis estuvieron constituida por:

[50] ZELAYARAN DURAND, Mauro (2007). *Metodología de la Investigación Jurídica*, Lima: *Ediciones Jurídicas*, pp. 251- 258.
[51] Ibidem
[52] GOMES, Romeu (2003). *"Análisis de datos en la investigación*". En: *Investigación social*. Buenos Aires: Lugar editorial, p. 55. Expresa que "La palabra categoría, se refiere en general a un concepto que abarca elementos o aspectos con características comunes o que se relacionan entre sí. Esa palabra está relacionada a la idea de clase o serie. Las categorías son empleadas para establecer clasificaciones. En este sentido trabajar con ellas implica agrupar elementos, ideas y expresiones en torno a un concepto capaz de abarcar todo". En ese sentido, las categorías son los diferentes valores, alternativas es la forma de clasificar conceptuar o codificar un término o expresión de forma clara que no se preste para confusiones a los fines de determinada investigación.

- Unidad temática: Constituido por las variables de estudio
- Categorización del tema: En base a los indicadores se estableció las categorías de análisis.
- Unidad de registro: Documental en base al análisis de categorías e información en las fuentes del derecho, obtenidos mediante los IRI.

3.3. Instrumentos(s) de recolección de la información[53].

a) Para recoger la información para validar, cuestionar y alcanzar los objetivos de la investigación propuestos se empleó la Técnica Documental[54], cuyos instrumentos fueron las fichas textuales, resumen y comentario, a través del cual se obtuvo información de la doctrina.
b) También se empleó la técnica de Análisis de contenido, cuyo instrumento fue la ficha de análisis de contenido, con el cual se obtuvo información de la jurisprudencia.
c) Para obtener datos y/o información de las normas jurídicas se empleó la técnica exegética, hermenéuticas, teleológica, con el cual se pudo determinar el contenido de las mismas.

[53] ZELAYARAN DURAND, Mauro. Ob. Cit., pp. 127-132.
[54] VILCAPOMA, José Carlos (2013). *Aprender e investigar / Arte y método del trabajo universitario*, Lima: Editorial Argos, p. 81 y ss. Las técnicas de investigación documental centran su principal función en todos aquellos procedimientos que conllevan el uso óptimo y racional de los recursos documentales disponibles en las funciones de información. Basándose en una investigación documental la principal técnica reconocida es la revisión documental donde tenemos como principal técnica el arqueo bibliográfico. En la investigación jurídica, la elaboración de todo tipo de fichas de fuentes de información ha sido y es una tarea básica del investigador del derecho. Todos estos instrumentos se aplicarán en un momento en particular, con la finalidad de buscar información que será útil para la investigación.

d) Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir, ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleó el Método de la Argumentación Jurídica[55].

3.4. Plan de procesamiento y análisis de la información

Para el procesamiento y análisis de la información, por la naturaleza de la presente investigación se empleará la técnica del análisis cualitativo[56], toda vez que en la investigación jurídica dogmática no admiten las valoraciones cuantitativas, el análisis de datos debe concretarse a la descomposición de la información en sus partes o elementos, tratando de encontrar la repetición de lo idéntico y las relaciones de causalidad, a fin de describir y explicar las características esenciales del hecho o fenómeno. Esto es lo que se denomina como análisis cualitativo.

Los criterios que se siguieron en el presente proceso de investigación fueron los siguientes:

- Identificación del espacio físico donde se buscó la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información de la información.
- Análisis y evaluación de la información.
- Sistematización de la información.

[55] Cfr. ATIENZA, Manuel (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*, Madrid: Editorial Trotta. Así también ver: GASCON ABELLAN, Marina y GARCIA FIGUEROA, Alfonso (2005). *La argumentación en el Derecho*. Lima: Palestra Editores.
[56] BRIONES, Guillermo (1986). *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*. México: Editorial Trillas, p. 43.

Finalmente, los datos que se obtuvieron en la etapa de ejecución y discusión sirvieron para validar la hipótesis[57], en base la teoría de la argumentación jurídica[58], debido a que el Derecho puede concebirse como argumentación, ya que desde cualquier perspectiva la actividad de todo jurista cuando aplica el Derecho consiste fundamentalmente en argumentar, justificar el derecho. Por lo que, la teoría de la argumentación jurídica no es la de mostrarles cosas nuevas a los juristas, sino el de justificar los planteamientos o enunciados de forma coherente y racional.

En ese sentido, cabe tener presente lo señalado por Ramos Núñez, quien afirma que: "… En realidad, no podemos probar que una hipótesis es verdadera o falsa, sino más bien argumentar que fue apoyada o no de acuerdo con ciertos datos obtenidos en nuestro estudio. Para decirlo, en otros términos, no se acepta una hipótesis mediante la elaboración de una tesis –como creen muchos-, sino que se aporta evidencia a favor o en contra de la hipótesis ..."[59].

[57] ROBLES TREJO, Luis (2014). *Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica*. Lima: Editorial Ffecaat, p. 58 y ARANZAMENDI, Lino (2011). *Fundamentos Epistemológicos de la Investigación básica y aplicada al Derecho*. Lima: Editorial Jurídica Grijley, pp. 112 y ss. "Las investigaciones jurídicas-teóricas, se particulariza, porque tienen como punto de partida un determinado marco teórico y permanece en él. Su finalidad consiste en formular nuevas teorías, modificar, cuestionar, refutar o validar las existentes, pero sin contrastarlos con ningún aspecto práctico".

[58] GASCON ABELLAN, Marina y GARCIA FIGUEROA, Alfonso (2005). *La argumentación en el derecho*, Lima: Editorial Palestra. p. 49.

[59] RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2000). *Cómo hacer una tesis de derecho*, Lima: Gaceta Jurídica, p. 129.

IV. RESULTADOS

4.1. Resultados doctrinarios "constitucionalización" e "internacionalización" del derecho de familia

4.1.1. El neoconstitucionalismo y la nueva configuración del derecho de familia

El surgimiento del neoconstitucionalismo trajo como consecuencia la constitucionalización del derecho[60], fenómeno que ha introducido cambios radicales en los ordenamientos jurídicos. Así, el origen de estos cambios ha sido la propia constitución convertida en una norma auténticamente obligatoria cuya fuerza es irradiada a todo el ordenamiento jurídico[61].

El proceso que acabamos de describir ha tenido un fuerte impacto en el derecho de familia, ya que al imponerse la "relectura" de sus disposiciones a la luz de los textos constitucionales y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, esta nueva metodología de interpretación y aplicación del derecho terminó por influir profundamente sobre la regulación de las relaciones familiares; esto por cuanto una sociedad democrática –caracterizada por el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura– supone el reconocimiento de una familia

[60] ROBLES, Luis; ROBLES, Elmer; FLORES, Víctor (2016). *El paradigma neoconstitucionalista en la configuración del Estado Constitucional: El caso peruano según la Constitución de 1993*. Lima: Editorial Ffecaat, p. 78 y ss.
[61] PRIETO, Luis (2009). "*Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*" En: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Op. cit. p. 128. Citado por Ibidem. p. 78.

democrática y pluralista, y en consecuencia una reconsideración de la institución familiar desde esta nueva perspectiva[62].

Así, respecto de la "constitucionalización" de la regulación de las relaciones familiares, la mayor parte de los textos constitucionales pertenecientes a la "segunda oleada" del reformismo constitucional latinoamericano se ha preocupado también por reglar especialmente la familia, continuando con la tendencia inaugurada en esta materia por el constitucionalismo social y en algunos casos incluso intentando profundizarla[63], aunque sin obtener en todos los casos –como veremos más adelante– los resultados innovadores que el neoconstitucionalismo latinoamericano ha sabido conseguir en otros ámbitos del derecho. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que todas las constituciones latinoamericanas vigentes reafirman –expresa o implícitamente– el rol de la institución familiar como "base", "núcleo" o "elemento fundamental de la sociedad"[64], ya sea que luego hayan optado para su regulación por una metodología más sistemática y/o "maximalista" o bien por una menos sistemática y/o "minimalista", y que a más de ello sus disposiciones se

[62] Cfr. ÁNGEL BORRILLO, Daniel y FLORES RODRÍGUEZ, Jesús (2014) (coords.), *Nuevos desafíos del Derecho de Familia*, Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni.

[63] Preocupándose, entre otras cosas, por la protección contra la violencia intrafamiliar (Cfr., p. ej., CCol/1991, arts. 42[3] y 44; CPar/1992, arts. 54 y 60; CEcu/2008, arts. 35, 36, 38.4, 66.3.b, 81; CBol/2009, arts. 15.ii y iii, 61.i, 68.ii; CBra/1988-2010, arts. 226.8, 227; crd/2010, art. 42.2).

[64] A la cual incluso algunas de ellas llegan a considerar directamente como sujeto de derechos (cfr., p. ej., CCr/1949, art. 51; CMéx/1917-1980, art. 4; CNic/1986, art. 70; CPer/1993, art. 6). es por ello que CATALANO, Pierangelo (1990). Diritto e persone, Torino, pp. 110 ss., e id., "Sistema y ordenamientos: el ejemplo de América latina", en Roma e América. Diritto romano comune, vol. 18, Módena-Bogotá, 2004, pp. 30 ss. (<www.romaeamerica.it>), ha llegado a afirmar, con acierto, que en el Subsistema jurídico latinoamericano (en cuanto desarrollo interno propio del Sistema jurídico romanístico) la "unidad social" es la familia y no el individuo aislado) (como sucede en otras experiencias jurídicas, tales como la del common law).

complementan con el reenvío que las mismas hacen a los instrumentos internacionales que integran el "bloque de constitucionalidad"[65].

Así también, tendremos oportunidad de comprobar a continuación, esta diferente metodología adoptada por el constituyente para normar la familia no prejuzga sobre la mayor o menor apertura del respectivo ordenamiento constitucional a las profundas transformaciones que se han operado en las últimas décadas en el ámbito de las relaciones familiares. En efecto, si bien el ingreso a la constitución de normas sobre la institución familiar sirve para disipar toda duda acerca de la posibilidad de invocarlas para la interpretación e integración del ordenamiento jurídico, o directamente para la descalificación de una norma inferior que sea incompatible con las mismas[66], el excesivo detallismo que caracteriza a algunas constituciones latinoamericanas puede revelarse en la práctica contraproducente al impedir o dificultar la adaptación de sus disposiciones a los cambios sociales.

Por el contrario, la escasa regulación contenida en otros textos constitucionales, que in primis parecería una desventaja, en realidad no lo es, y ello por cuanto, al integrarse sus disposiciones con el derecho internacional, cuando se deba regular esta materia solo se lo podrá hacer ajustando la legislación secundaria

[65] Cfr., en general, LORENZETTI, Ricardo (1995). *Las normas fundamentales de Derecho privado,* Buenos Aires-Santa Fe: Editorial Rubinzal y Culzoni, pp. 204 ss., y, en especial, ZÚÑIGA, Yanira y TURNER, Susan (2013): "*Sistematización comparativa de la regulación de la familia en las constituciones latinoamericanas",* En: Revista de Derecho, Coquimbo: Universidad Católica del Norte, Año 20, N.º 2, pp. 269 ss.

[66] Tal como lo manifestara BIDART CAMPOS, Germán (1998): *"El derecho de familia desde el derecho de la constitución",* En: Revista "Entre abogados", San juan (Argentina): Foro de Abogados de San Juan, Año IV, Nº 2, p. 17.

a los estándares internacionales (so pena de incurrir en responsabilidad por violación de las convenciones sobre derechos humanos)[67].

4.1.2. Los modelos para afrontar los problemas del derecho de familia[68]

Los tres modelos son el modelo liberal, el modelo social y el modelo de la paridad.

El primero se caracterizó por centrar al individuo como ser libre y autónomo, capaz de comprometer sus acciones futuras por el ejercicio de su voluntad. Este modelo se volvió dominante a través de la diseminación de las doctrinas de Bentham y el Código Civil francés.

Su principal limitación era considerar que en el tema de matrimonio y procreación el ejercicio libre de la voluntad solamente era relevante para decidir "entrar" o "salir" de la relación, pero la relación misma estaba marcada por el predominio de la voluntad del esposo/padre.

El modelo social se basa en el supuesto de que la familia es un organismo social que el derecho debe reflejar y proteger. Este modelo se volvió dominante a partir de los trabajos de Savigny y, en el contexto latinoamericano, a partir de las doctrinas de Bonnecase y Josserand.

---

[67] Cfr. En este sentido, p. ej., el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1969 y, en el Sistema interamericano, el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Cfr. nuevamente, en este otro sentido, Lorenzetti, Las normas fundamentales de derecho privado, Ob. cit., pp. 207 ss).

[68] JARAMILLO SIERRA Isabel (2015). *"Del liberalismo a la paridad: tres modelos para pensar el matrimonio, el divorcio y la paternidad".* En: Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas -UNAM, pp. 2684-2685.

Su principal límite es insistir en que la definición de familia "surge" de la observación de la realidad y hacer prevalecer el interés en la "supervivencia" de la familia por encima de otros intereses.

El modelo de la paridad comparte con el modelo liberal el compromiso con la noción del individuo libre y autónomo, pero considera que las desigualdades asociadas al género deben ser corregidas a través de medidas de responsabilidad objetiva (teoría jurídica feminista).

Este modelo se volvió dominante a partir de los años 70 con la crítica feminista en Estados Unidos y Europa. Muy recientemente ha empezado a influir las reformas legislativas en Chile y Argentina.

Su principal limitación es la dificultad para justificar el alcance de las medidas de responsabilidad objetiva porque reconoce que estos resultados son, al menos en buena parte, resultado de elecciones que han hecho los individuos.

Es crucial anotar que solamente en el modelo social hablamos estrictamente de derecho de familia para referirnos a las normas sobre matrimonio, divorcio y paternidad. En los otros dos modelos nos referimos a individuos, ya sea que se entiendan de modo abstracto o de manera concreta y situada.

También vale la pena mencionar que cada modelo ha aportado no solamente un punto de vista y unos conceptos, sino también reglas y doctrinas en las que los conceptos se materializan. Estas reglas y doctrinas han tenido efectos distributivos de muy diversa índole. En particular, han participado en la construcción de la raza, el género y la sexualidad como criterios de exclusión social.

4.2. Resultados normativos y jurisprudenciales sobre la "constitucionalización" e "internacionalización" del derecho de familia

4.2.1. Reconocimiento constitucional

Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, receptados por las cartas constitucionales de América Latina y/o a los cuales ellas reenvían, que se ocupan de la protección de las relaciones familiares (tanto en sus aspectos generales como particulares)[69].

Entre ellos cabe señalar la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (arts. 16 y 25.2), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (arts. 6, 7 y 30), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (art. 10), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (arts. 23 y 24) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (arts. 17, 19 y 27), cuyos textos reconocen de manera uniforme:

i) La protección de la familia por parte de la sociedad y del Estado, en cuanto elemento natural y fundamental de la sociedad, la cual no puede ser suspendida ni siquiera en caso de guerra, peligro público u otra emergencia similar;

[69] Ese reenvío puede ser efectuado al derecho internacional convencional en general (cfr., p. ej., CBra/1988, art. 5.3; CChi/1981-1989, art. 5; CCr/1949-1989, art. 48; CCol/1991, art. 93; CPar/1992, art. 142; CNic/1993, art. 46; CPer/1993, 4.ª disp. final; CVen/1999, arts. 22 y 23; CEcu/2008, arts. 11.3 y 7, 41, 57, 58, 156, 172, 384, 398, 416.7, 417, 424, 426, 428 y 436.1; CBol/2009, arts. 13.iv, 14.iii, 256.i, 410.i; CRd/2010, art. 74.3; CMéx/1917-2011, art. 1[2]) o a algunos de los tratados específicos que se indican a continuación en el texto (cfr., p. ej., CArg/1994, art. 75.22; CNic/1986-1995, arts. 46 y 71).

ii) El derecho de constituir una familia, sin otra restricción que la edad mínima y demás condiciones requeridas por la ley, siempre que éstas no afecten al principio de no discriminación;

iii) La igualdad de derechos y de responsabilidades del hombre y de la mujer en el ámbito de la familia;

iv) El derecho de contraer matrimonio con el libre y pleno consentimiento de los contrayentes, los que asimismo deben disfrutar de iguales derechos para su celebración y su disolución;

v) La protección de la maternidad y de la infancia; y

vi) La igualdad de derechos entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio.

Muchos de estos derechos han sido reafirmados luego por la "Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer" de 1979 (arts. 5.b y 16) y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (arts. 3, 5, 7, 9, 10, 18, 20 y 21), las que además –respectivamente y en lo que a nosotros aquí interesa –han agregado: i) la obligación de los Estados de garantizar la igualdad "real" entre los cónyuges, eliminando la figura de la "potestad marital" y toda otra forma de discriminación contra la mujer en el ámbito de las relaciones familiares[70];

[70] Asegurando, de este modo, condiciones de igualdad absoluta entre hombres y mujeres en lo concerniente a: i) los derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil; ii) los derechos sexuales y reproductivos; iii) los derechos y responsabilidades respecto de la tutela, la curatela, la custodia y la adopción; iv) el derecho de elegir el apellido, la profesión y la ocupación; y v) los derechos relativos a la propiedad, a la gestión, a la administración, al goce y a la disposición de bienes.

y ii) la referencia al "interés superior del niño"[71], como parámetro primordial a tener en cuenta en todas las medidas concernientes a los niños y que tomen las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos[72].

A estos instrumentos internacionales, que regulan algunos aspectos particulares de las relaciones de familia, debe añadirse también el Convenio Nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989, en razón de la incidencia que el mismo tiene sobre la tutela "multicultural" de la familia, en particular sobre la denominada "familia indígena"[73].

[71] Algunas cartas constitucionales latinoamericanas ya han incorporado también esta referencia, bien directa y expresamente en sus textos (cfr., p. ej., CVen/1999, arts. 75[2] y 78; CEcu/2008, art. 44; CBol/2009, arts. 59. ii, 60, 65; crd/2010, art. 56; CMéx/1917-2011, arts. 4[8], 18[5] y 73.xxix. P), bien por remisión al texto de la convención sobre los derechos del Niño, a la que otorgan rango constitucional (cfr. CCol/1991, art. 44[1i.f]; CArg/1853-1994, art. 75.22; CNic/1986-1995, art. 71). (el antecedente más remoto de estas disposiciones lo constituye, una vez más, la CEsp/1931, cuyo art. 43[6] disponía que "el Estado prestará asistencia […] a la infancia, haciendo suya la 'Declaración de Ginebra' o tabla de los Derechos del Niño" de 1924).

[72] Al respecto el Comité de los Derechos del Niño ha precisado que "el interés superior del niño es un concepto dinámico", cuyo objeto es "garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la convención y el desarrollo holístico del niño", a fin de tutelar su "integridad física, psicológica, moral y espiritual" y de "promover su dignidad humana". Además, el mismo comité ha advertido que "el interés superior del niño es un concepto triple", y que en consecuencia se le debe considerar comprensivo de tres dimensiones, a saber: i) un "derecho subjetivo", ii) un "principio jurídico interpretativo fundamental", y iii) una "norma de procedimiento" (cfr. Observación General N°. 14 [2013] sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial [art. 3.1], párrs. 4-7 y 11).

[73] El referido instrumento internacional dispuso en su artículo 8.2 que los "pueblos indígenas deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos". Este mandato, que ya estaba contenido en algunas constituciones latinoamericanas anteriores al referido convenio (cfr., p. ej., CPan/1972, art. 90; cNic/1986, art. 5[3]; CBra/1988, art. 231), fue ampliamente acogido luego por muchas de ellas (cfr., p. ej., CMéx/1917-1992, art. 2; CPar/1992, art. 63; CGua/1993, art. 66; CArg/1853-1994, art. 75.17; CVen/1999, art. 119; CEcu/2008, art. 57.1, 9 y 10; CBol/2009, art. 30.ii.2 y 5) y extendido también, por algunas de las más recientes, a los grupos de origen africano (cfr., p. ej., CEcu/2008, art. 58; CBol/2009, art. 32).

Es precisamente este proceso de "internacionalización" del derecho, que impone el análisis de los textos legales –e incluso, a veces, de los constitucionales– desde la óptica de los derechos humanos, la principal innovación introducida por el "nuevo constitucionalismo" en el ámbito del derecho de familia respecto de la "primera oleada" del reformismo constitucional latinoamericano[74].

Las consecuencias más evidentes e importantes de esta nueva perspectiva, que pone el acento en la dignidad, autonomía, igualdad y no discriminación de las personas, están representadas por el paso[75]: i) de un modelo de familia "totalizante"[76] (de tipo patriarcal), basado en la autoridad paterno-marital y donde se privilegiaba el interés general de la institución familiar (identificado generalmente con el del jefe de familia), a otro más "democrático", fundado en la

[74] Emblemática al respecto resulta, p. ej., la sentencia 0058 del Tribunal Constitucional Boliviano, del 25/06/2003, por la cual se declaró inconstitucional el artículo 99[2] del Código de la Familia de 1972 que otorgaba solamente a uno de los cónyuges (marido) la posibilidad "particular" de obtener la restricción para que el otro cónyuge (esposa) se abstenga de ejercer profesiones u oficios por razones de moralidad o de perjuicio a la comunidad familiar, por considerarlo violatorio de los principios de igualdad y no discriminación reconocidos (en general, a todos las personas, sin distinción entre hombres y mujeres y, en especial, a los cónyuges, sin diferenciar entre esposos y esposas) por los artículos 6 y 194.i de la entonces CBol/1995, y por la convención americana sobre derechos humanos y el pacto internacional sobre derechos civiles y Políticos (cfr. texto integral de la sentencia en <gestor.pradpi.org/download.php?id_doc=2462> [consultado el 24/07/2018]). En sentido similar se expresó la Corte Constitucional colombiana –entre otras– en la sentencia C-507 del 25/05/2004 por la que se declaró inexequible el artículo 140.2 del CCol/1859-1887, según el cual el matrimonio era nulo cuando se había contraído entre un "varón menor de catorce años" y una "mujer de doce", por considerar que el mismo "afecta en alto grado (1) el derecho al desarrollo libre armónico e integral de las menores y el pleno ejercicio de sus derechos, (2) el derecho a que el Estado adopte las medidas de protección adecuadas y necesarias para garantizar tales derechos, y (3) el derecho a la igualdad de protección de los niños y las niñas", tal como reconocen los artículos 5, 13, 43 y 44 de la CCol/1991, la "convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer" y la convención sobre los derechos del Niño (cfr. texto integral en <http://www. corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-507-04.htm> [consultado el 24/07/2016]).

[75] Cfr., entre otros, CIURO CALDANI, Miguel Ángel (2001). *"Filosofía del derecho de Familia",* En: Investigación y Docencia, Vol. 34, Rosario (Argentina), pp. 15 ss.; y GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (2012). "*Modelos familiares ante el nuevo orden jurídico: una aproximación casuística",* En: CARBONELL, Miguel, CARBONELL, José y GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (2012) (coords.), *Las familias en el siglo XXI*: *Una mirada desde el derecho*, México: IIJ - UNAM, D.F., p. 57.

[76] Esta terminología es empleada por MARCO NAVARRO, Flavia (2009). *Legislación comparada en materia de familias. Los casos de cinco países de América Latina*, Santiago de Chile: CEPAL - Serie Políticas Sociales, Nº 149, p. 8.

solidaridad y que tiene en cuenta también los intereses particulares de sus miembros[77] (principalmente de aquellos más débiles, como son la mujer y los niños)[78]; y ii) de "la familia" a "las familias", es decir, de un modelo "único" de familia (el "tradicional", heterosexual y fundado principalmente en el matrimonio) a una "pluralidad" de modelos o de comportamientos familiares[79] (el de la familia basada en una unión convivencial, la constituida por personas del mismo género, la monoparental, la ensamblada, la ampliada, la indígena, etc.[80]

[77] Tal dicotomía ha permitido distinguir entre los "derechos (sociales) de la familia" y los "derechos familiares de la persona" (sobre lo cual remitimos, entre otros, a CHÁVEZ ASENCIO, Manuel (1984). *La familia en el derecho: Derecho de Familia y relaciones jurídicas familiares*, México D.F.: Editorial Porrúa, pp. 381 ss.; id. (1997), *"Alternativas constitucionales para la familia del siglo xxi",* En: Revista Mexicana de la Procuración de Justicia, Vol. 1, México, D.F., pp. 113 ss., y CHÁVEZ HERNÁNDEZ, Efrén (2006): *"La protección constitucional de la familia. una aproximación a las constituciones latinoamericanas",* En: ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María [coord.], *Panorama internacional de Derecho de Familia. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, T. I, México, D.F.: UNAM, pp. 128 ss.

[78] LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo (2009). *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires: Editorial. Universidad, p. 41, quienes destacan que "el impacto de los DDHH en las relaciones familiares se observa a partir de la visión de la persona como eje de protección y no de la institución de la familia en sí". También parecerían responder a esta idea las disposiciones de algunas constituciones latinoamericanas que, no obstante calificar a la familia como "asociación natural", "base" o "núcleo fundamental", o "fundamento" de la sociedad.

[79] En el derecho constitucional latinoamericano se han hecho eco de esta nueva orientación –al menos nominalmente– la CVen/1999, que intitula su capítulo v "derechos sociales y de 'las Familias'" (así como también la ley 38.773 de 2007 para la "Protección de 'las familias', la maternidad y la paternidad"); la CEcu/2008, cuyo artículo 67 dispone que "Se reconoce la familia en sus diversos tipos"; y la CBol/2009, que dedica su Sección VI a los "derechos de las familias" (lo que también se vio reflejado en el título y contenido del Anteproyecto de "código de 'las familias' y del Proceso familiar" del estado Plurinacional de Bolivia de 2013).

[80] Algunas constituciones refieren también a otros tipos de familia, como la "numerosa" (cfr., p. ej., CUru/1967, art. 41; CPar/1992, art. 53[3]) y la "disgregada" (cfr., p. ej., CEcu/2008, art. 69.4), a las que se las considera sujetas a una protección especial por parte del estado. Es que, como bien ha expresado el Tribunal Constitucional peruano, en sus sentencias del 30/06/2007 (Exp. 09332-2006-PA/TC) y del 30/06/2010 (Exp. 04493-2008-PA/TC), "los cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas"; pero concluyendo la última de las decisiones citadas que "de lo expuesto no debe deducirse que la familia se encuentra en una etapa de descomposición, sino de crisis, de transformación; se trata por el contrario de la normal adaptación de esta institución a los rápidos cambios sociales, políticos, históricos y morales de la mayoría de la población" (cfr., respectivamente, <http:// www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09332-2006-aa.html> [consultado el 24/07/2016], fundamento 7 y <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/04493-2008-AA.html>, fundamento 8 [consultado el 24/07/2018]).

Es por ello, que con razón se ha afirmado que, siendo la familia una noción más sociológica que jurídica, el Estado tendría que renunciar a imponer un modelo único de comportamiento familiar, y debería en cambio preocuparse por dar cobertura a las diferentes opciones que puede tomar toda persona en uso de su autonomía y/o de acuerdo a su propia cultura y convicciones, con el único límite impuesto por el respeto de los derechos humanos, abriendo el ordenamiento jurídico para hacerlo capaz de tutelar a todas las formas de familia sin discriminaciones de ningún tipo, favoreciendo con ello la instauración de un modelo pluralista en el cual –como ya hemos expresado– los criterios mayoritarios no sean impuestos coactivamente a las minorías[81].

Por último, cabe señalar que los organismos internacionales encargados de monitorear y/o aplicar los tratados sobre derechos humanos han reconocido también –directa o indirectamente y en forma más o menos amplia– que la tutela de la familia prevista en ellos debe ser extendida a la pluralidad de formas en las que la misma puede presentarse en el ámbito de la realidad social. Así, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, al interpretar el mandato de protección previsto por el artículo 23 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, exige que se incluya dentro del concepto de familia no solo a aquella organizada con base

[81] Cfr., en este sentido, CARBONELL, Miguel, *"Familia, constitución y derechos fundamentales",* en ÁLVAREZ DE LARA (coord.), Panorama internacional de Derecho de Familia. Culturas y sistemas jurídicos comparados. Ob. cit., pp. 82, 86 y 89, y ZAVALA, Guillermina (2011). *"Exigencias de una derecho de Familia que brinde nuevas respuestas jurídicas",* En: Trabajos del Centro, Rosario (Argentina): Centro de Investigaciones de Derecho Civil - Segunda Serie, N° 9/10, p. 31.

en el matrimonio, sino también a las conformadas por una pareja no casada e incluso a las familias monoparentales[82].

También hay que considerar que la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el 22 de diciembre de 2008, la "Declaración sobre Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género", afirmando el principio de no discriminación, independientemente de la orientación sexual o identidad de género.

Asimismo, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, ha aprobado desde el año 2008, cuatro resoluciones sobre la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género[83] .

Por otro lado, en el XIII Congreso Mundial de Sexología celebrado en Valencia en 1997 se aprobó la Declaración Universal de Derechos Sexuales, reconociendo los siguientes derechos fundamentales: (i) a la libertad sexual, (ii) a la autonomía a la integridad y a la seguridad sexual del cuerpo, (iii) a la privacidad sexual, (iv) a la igualdad sexual, (v) al placer sexual, (vi) a la expresión sexual emocional, (vii) a la libre asociación sexual, (viii) a la toma de decisiones reproductivas libres y responsables, (ix) a la información sexual basada en el

[82] Al recomendar que, "en vista de los diversos tipos de familia, como las parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los estados partes deberían indicar [en los informes que los mismos rindan ante el comité] en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros" (cfr. Observación General Nº 19 [1990] sobre la familia [art. 23], párr. 2, en CARBONELL, Miguel, MOGUEL, Sandra y PÉREZ PORTILLO, Karla (2003) [comps.], *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos básicos,* T. I, México, D.F.: UNAM. pp. 426 ss.
[83] CORTE IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, párr. 87.

conocimiento científico, (x) a la educación sexual integral y (xi) a la atención de la salud sexual.

4.2.2. Jurisprudencia de la Corte Interamericana

El 24 de febrero de 2012, la Corte Interamericana emitió una sentencia respecto al caso de Karen Atala Riffo contra el Estado de Chile. En el año 2003, Atala fue demandada por su ex esposo por la tuición de sus hijas menores de edad, debido a que ellas se encontraban conviviendo con su madre y su pareja del mismo sexo. Las sentencias de primera y segunda instancia reconocieron el derecho de Atala, sosteniendo que no había pruebas que acreditara que no podría ejercer la maternidad de manera responsable debido a su orientación sexual.

Sin embargo, mediante un recurso extraordinario, la Corte Suprema de Chile revocó los fallos anteriores y concedió la tuición definitiva al padre de las niñas, sosteniendo, entre otros argumentos que Atala:

(i) "ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual"; (ii) que hubo una confusión de roles sexuales en las niñas producto de la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino, lo cual supondría un riesgo para el desarrollo integral de las menores; y (iii) que las menores podrían sufrir discriminación por parte de quienes conforman su entorno, tales como el vecindario o la escuela[84].

[84] CORTE IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, párr. 97.

En 2012, la Corte Interamericana la declaró fundada ante la Corte Interamericana en la medida que la Corte Suprema de Chile vulneró los derechos a la igualdad y no discriminación, el derecho a la vida privada, el derecho a la honra y a la dignidad, así como, la protección a la familia, consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

También es del caso señalar que se tuteló la libertad sexual debido a que la Corte Suprema de Chile no respetó la orientación sexual de la demandante, afectando su dignidad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Si bien la Corte Interamericana no se pronunció directamente sobre la libertad sexual base la cual se fundamenta la orientación sexual, en tanto ésta es una de las manifestaciones de los derechos a la libertad sexual, si lo hace indirectamente a través de la extensión del principio de libertad, igualdad y no discriminación por orientación e identidad de género.

Por su parte, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 24/02/2012, en el caso "Atala Riffo y niñas vs. Chile", parece abrir la puerta al reconocimiento como familia de las uniones entre personas del mismo género[85], al considerar que toda discriminación por razón de orientación sexual –en el contexto familiar– es contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (art. 1.1), en atención a que en ella no existe un modelo estereotipado o

[85] Cfr. Corte IDH, c*aso "Atala Riffo y niñas vs. Chile"*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C, Nº 239, párrs. 174-177, pp. 56 s. Sobre esta sentencia (cuyo texto integral puede consultarse en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/ seriec_239_esp.pdf> [consultado el 24/07/2016]) remitimos, entre otros, a LLAJA VILLENA Jeannette y RAMÍREZ HUAROTO, Beatriz (2012). "*Profundizando la igualdad desde la orientación sexual. a propósito de la sentencia de la corte interamericana de derechos humanos del caso Karen Atala e hijas contra Chile"*, En: Gaceta Constitucional, Lima: Gaceta Jurídica Editores, Nº 54, pp. 321 ss.

específico de familia (como podría ser la denominada "familia tradicional"[86] sino que, de acuerdo con la constatación de la misma Corte.

Por lo que, en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos[87].

4.2.3. Jurisprudencia nacional: Caso Oscar Ugarteche

a) El caso

Óscar **Ugarteche** y Fidel Aroche se casaron el 30 de octubre del 2010 en ciudad de México, siete meses después de que entrara en vigencia la reforma legislativa que permitía el matrimonio entre personas del mismo sexo en ese país. La unión fue registrada en la Oficina Central del Registro Civil del Distrito Federal mexicano.

[86] Ibid., párr. 145, p. 50.
[87] Ibid., párr. 120, p. 42. En el mismo sentido la Corte observa también que, "si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios", sino que "están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias 'para hacer efectivos' los derechos establecidos en la convención" (párr. 119, p. 42).

En el 2011, **Ugarteche** solicitó la inscripción de su matrimonio ante el consulado peruano en México. Sin embargo, según refirió, la representación diplomática le respondió –seis meses después– que la cancillería no sabía cómo proceder ante su caso.

Por esta razón, en enero del 2012, le otorgó una carta-poder a su abogado para que solicite ante el RENIEC el registro correspondiente de su matrimonio. Sin embargo, tres meses después, la entidad emitió una resolución que declaró improcedente la solicitud, debido a que la normativa peruana vigente no permitía el matrimonio civil homosexual.

Pese a que el solicitante apeló dicha resolución, el RENIEC argumentó –en una resolución definitiva– que el artículo 234 del Código Civil establecía que "el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella", por lo que no podía registrar un matrimonio entre personas del mismo sexo. Así se agotó la vía administrativa.

b) La sentencia de primera instancia

El 9 de enero de 2017 se hizo pública una histórica y sólida sentencia, con especial trascendencia constitucional y social para el Perú. Me refiero a la sentencia dictada en el **Expediente N° 22863-2012** por la jueza Malbina Saldaña, del Sétimo Juzgado Constitucional de Lima. La sentencia declaró **fundada** la demanda de amparo interpuesta por un ciudadano peruano, ordenándole al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - RENIEC que inscriba su matrimonio celebrado en México con su pareja del mismo sexo.

“TRIGÉSIMO CUARTO.- Que, tal como se ha podido apreciar, ha quedado demostrado que a la fecha existen cada vez más Estados los cuales están permitiendo y aceptando dentro de su legislación una regulación ya sea del matrimonio homosexual o de alguna otra figura similar, esto en vista de los cambios y exigencias que se han ido presentado en el pasar del tiempo, asimismo ya existe pronunciamientos de la Corte Internacional de Derechos Humanos, referidos a los derechos de las personas homosexuales; razón por la cual esta Judicatura considera que no es acorde a derecho que continúe las vulneraciones de los derechos de las parejas homosexuales;

TRIGÉSIMO QUINTO.- En consecuencia en atención a los considerandos anteriores y las normas glosadas, se desprende que la pretensión del demandante sí resulta amparable, no siendo factible que sufra de algún tipo de discriminación en virtud de su orientación sexual, habiendo la parte demandada violentado los derechos constitucionales a la igualdad, no discriminación, y al libre desarrollo y bienestar; consideraciones por las cuales, de conformidad con lo establecido con los arts. 1°, 2° y 200° inc. 2 de la Constitución, arts. 1, 2, artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Carta Magna, artículo 2° y 16° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Impartiendo Justicia a Nombre de la Nación”.

c) Sentencia de segunda instancia

La Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima anuló la sentencia que, en primera instancia, ordenaba al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec) a reconocer e inscribir el matrimonio homosexual entre el ciudadano peruano Óscar Ugarteche y el mexicano Fidel Aroche, celebrado en México.

La Sala consideró que la defensa de Ugarteche presentó el recurso de amparo, el cual fue declarado fundado en diciembre del 2016, contra el RENIEC —entidad que denegó su pedido de registrar su matrimonio homosexual en el Perú— seis días después de que venció el plazo establecido para hacerlo. En ese sentido, la Cuarta Sala Civil resolvió a favor del RENIEC el pasado 19 de enero 2018 debido a que "la demanda ha devenido en improcedente" por su extemporaneidad.

Por esta razón, se ordenó que se declare nulo todo lo actuado y se concluya el proceso, el cual tiene como consecuencia la anulación del fallo favorable para Ugarteche en primera instancia.

V. DISCUSIÓN

5.1. Aportes de la filosofía del derecho al derecho de familia

El Derecho de Familia[88] posee amplias proyecciones en todo el sistema jurídico, sin embargo, se lo ubica, a nuestro parecer con acierto, en el Derecho Civil. Este fue el camino de Savigny, quien en su sistematización del Derecho Privado -hecha de acuerdo con ideas de su maestro Heyse- se refiere al yo, el yo ampliado (familia) y el mundo exterior (patrimonio)[89].

También puede establecerse un orden inverso de las dos últimas partes, en el sentido de referirse primero al patrimonio y luego a la familia. Dados los contenidos patrimoniales y familiares que poseen, las sucesiones deben ir a continuación de ambos. El ámbito familiar abarca el desenvolvimiento más profundo de eros en lo intrageneracional (relaciones de pareja) y lo intergeneracional (relaciones reproductivas). Es un espacio jurídico especialmente calificado por la posibilidad de generación de nuevas personas[90].

---

[88] Ver: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (2009). *La familia en el nuevo derecho*. Libro homenaje a la Profesora Dra. Cecilia P. Grosman", Santa Fe: Rubinzal-Culzoni,; FLAH, Lily (2011). *Los Desafíos del Derecho de Familia en el Siglo XXI. Derechos Humanos. Bioética. Relaciones Familiares. Problemáticas infantojuveniles*. Homenaje a la Dra. Nelly Minyersky", Buenos Aires: Editorial Errepar.

[89] SAVIGNY, Federico Carlos (1878). *Sistema del Derecho Romano actual*. Trad. Ch. Guenoux – Jacinto Mesía y Manuel Poley, t. I, 1878, parágrafo LIII, Madrid: Góngora, pp. 224 y ss., en cuanto al Derecho de Familia en especial, parágrafo LIV, pp. 231 y ss. Según Savigny, la familia tiene carácter exclusivo y especial respecto de las obligaciones (parágrafo LVIII, p. 230). Entiende que el matrimonio, el poder paterno y el parentesco forman un lazo natural que está por encima de la humanidad misma y considera que poseen un carácter de necesidad independiente del Derecho Positivo (parágrafo LIV, p. 231).

[90] Suelen plantearse áreas específicas donde nacen las personas jurídicas (asociaciones, sociedades, fundaciones, etc.)

En el tiempo actual, cuando la nueva liberación de eros[91] promovida en gran medida por el capitalismo ha producido tantas modificaciones en el ámbito familiar, ante un enorme cambio histórico en lo científico, técnico, moral y jurídico que corresponde a una nueva era, parece que a semejanza de lo que sucede en obligaciones, contratos, reales y sucesiones sería esclarecedor referirse a "las familias" en plural ("Derecho de familias")[92].

Los sentidos de las respuestas[93] jurídicas y vitales de pareja y reproductivos, despliegues principales del campo familiar, han abarcado grandes tensiones en las que muy a menudo se ha sacrificado a la filiación para dominar el espacio de pareja[94], por ejemplo calificando a la filiación según haya o no presencia

[91] Además de diversos planteos de la Antigüedad, una de las manifestaciones temáticas literarias más significativas de la liberación de eros es la que plasmó en distintas expresiones de comienzos de la Modernidad en el relato de "Romeo y Julieta", llevado a su más alta expresión por William Shakespeare (es posible c. por ej. SHAKESPEARE, William, "Romeo y Julieta" (c. 1597), en "Tragedias", trad. José María Valverde, Barcelona, RBA. 1994, pp. 329 y ss., Bibliotecas Virtuales, http://www.bibliotecasvirtuales.com/biblioteca/otrosautoresdelaliteraturauniversal/shakespeare/romeoyjulieta/ index.asp, 12-1-2018). Suele hacerse referencia a diversos precedentes, v. gr. a un cuento italiano de Mateo Bandello. Es destacable la importancia que respecto de la situación de eros han tenido los desarrollos del Psicoanálisis (en cuanto a esta perspectiva, c. por ej. -en tensión con Freud- MARCUSE, Herbert (1984), "Eros y civilización", trad. Juan Carlos Prince, Barcelona: Editorial Ariel).

[92] Se puede hacer referencia, además de las familias nuclear y amplia tradicionales, a las familias monoparentales, ensambladas, homoparentales, etc. (es posible v. por ej. GROSMAN, Cecilia (2008). Familia Monoparental, Buenos Aires: Universidad de BB.AA.; RAVIOLI, Ana, "La familia monoparental como manifestación de la posmodernidad", en "Investigación …" pp. 121 y ss., Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/iyd38_8.pdf, 9-12014).

[93] Es posible ampliar en nuestros trabajos "Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas", Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976 (reedición en "Investigación ..." Ob. cit., Nº 37, p. 85/140), http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/959/793, 1-1-2014; "Veintidós años después: la Teoría de las Respuestas Jurídicas y Vitales y la problemática bioética en la postmodernidad", en "Bioética y Bioderecho", Nº 3, págs. 83 y ss.; "El pensamiento complejo del integrativismo y la teoría de las respuestas jurídicas en la educación en Derecho Internacional", en "Investigación …" cit., Nº 47, págs. 33/62

[94] Incluso el subsiguiente matrimonio legitimaba a la filiación. Sin embargo, los efectos de la imposibilidad de consumación o de la no consumación del matrimonio sobre la validez o la disolubilidad del matrimonio indican cierta dominación inversa del matrimonio por la filiación. A veces el matrimonio domina al contrato en la limitación del contrato entre cónyuges y los progresos de los convenios entre éstos en cuanto a bienes exhibirían una relativa dominación del contrato respecto del matrimonio.

matrimonial (v. gr. refiriéndose a la filiación legítima, en principio matrimonial, o ilegítima, natural y adulterina; a la filiación matrimonial o extramatrimonial, etc.).

Excepcionalmente la filiación ha dominado a la pareja (v. gr. en los casos de impedimentos matrimoniales emergentes de ella). Luego de cierto momento de coexistencia de las relaciones de pareja y la filiación, cuando respecto de ésta se prescindió del carácter matrimonial o extramatrimonial, la filiación por clonación podría significar un caso nítido de aislamiento.

En general cabe hacer referencia a una "minusmodelación", una reducción de las exigencias y la presencia fáctica de la familia tradicional. Hay en cambio una amplia "plusmodelación" ideal conceptual de la pareja e ideal conceptual y fáctica de las vías de reproducción. La primera se produce en parte con diversos tipos de pareja a través de la menor exigencia de sus requerimientos. La pareja se superficializa pero sus posibilidades se amplían.

También hay una "plusmodelación" conceptual y fáctica de las vías de reproducción, que exceden las maneras tradicionales. A semejanza de la teoría de las respuestas jurídicas, en cuanto ha sido elaborada sobre la base de los alcances, la dinámica y las situaciones de las respuestas consideradas en el Derecho Internacional Privado, es posible proyectar las perspectivas familiares al resto del Derecho, por ejemplo atendiendo a las "familiaridades" metafamiliares (quizás "parafamiliaridades"), v. gr. las adaptaciones vitales[95] y las formaciones de nueva vida relativamente análogas a las relaciones de pareja y reproductivas. Casos de

[95] Que de cierto modo "casan" los cursos vitales.

este tipo son la formación[96] de una sociedad civil o comercial o incluso los contratos, donde hay también adaptaciones vitales y producción de nueva vida, de nuevos cursos de vida.

La expresión compleja[97] "Derecho de Familia" entendida como referencia a un área jurídica requiere la integración de los significados familiares y jurídicos. Como todo despliegue jurídico, el Derecho de Familia es mejor comprendido cuando se emplea la propuesta de construcción del objeto del Derecho integrativista tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico, que incluye en éste repartos[98] de potencia e impotencia (dimensión sociológica), captados por normas (dimensión normológica) y valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia (dimensión dikelógica[99]). Desde un punto de vista más dinámico, puede hacerse referencia a la actividad vinculada al aprovechamiento de las oportunidades

[96] En ciertos casos se hace referencia, de maneras distintas a la de la familia, pero con afinidades interesantes, a la affectiosocietatis. Se suele considerar la colaboración laboral, en los contratos civiles y comerciales, etc. También hay manifestaciones "afectivas" "para familiares" en el Derecho Público, por ejemplo, en organizaciones internacionales y de integración. Hay un afecto de integración.

[97] La asunción de la complejidad es uno de los mayores desafíos de nuestro tiempo. Es posible v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner (1987). *Introducción filosófica al Derecho*, 6ª ed., 5ª. reimp., Bs. As.: Editorial Depalma, pp. XVII y ss.; Expresiones importantes de la búsqueda de la superación de la "simplicidad pura" kelseniana pueden v. por ej. en HABERMAS, Jürgen (1998). *Facticidad y validez*, trad. Manuel Jiménez, Madrid, Redondo, Madrid: Editorial Trotta, ALEXY, Robert (1997). *El concepto y la validez del derecho*, trad. José M. Seña, 2ª. ed., Barcelona: Editorial Gedisa, p. 21 ("La cuestión consiste en saber cuál concepto de derecho es correcto o adecuado. Quien desee responder esta pregunta tiene que relacionar tres elementos: el de la legalidad conforme al ordenamiento, el de la eficacia social y el de la corrección material. Quien no conceda ninguna importancia a la legalidad conforme al ordenamiento y a la eficacia social y tan sólo apunte a la corrección material obtiene un concepto de derecho puramente iusnatural o iusracional. Llega a un concepto de derecho puramente positivista quien excluya totalmente la corrección material y apunte sólo a la legalidad conforme al ordenamiento y/o a la eficacia social. Entre estos dos extremos son concebibles muchas formas intermedias"; c. asimismo p. 87)

[98] La idea de "reparto" fue utilizada v. gr. por Aristóteles y Villey (v. por ej. ARISTÓTELES, "Ética Nicomaquea", V, 5 y 6.

[99] Diké era una de las divinidades griegas de la justicia. La palabra "dikelogía" fue utilizada por Altusio con un sentido algo diferente al trialista.

para realizar repartos captados por normas y valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia[100].

La simplificación normativista kelseniana avanzó desde la complejidad impura donde el Derecho quedaba prisionero de las ciencias sociales y humanas y el Derecho Natural dominaba al Derecho Positivo. Sin embargo, en el despliegue logicista kelseniano las particularidades del Derecho de Familia se tornan al fin jurídicamente irrelevantes.

El integrativismo tridimensionalista trialista va más allá del kelsenianismo brindando una complejidad pura, que diferencia e integra a las dimensiones y permite atender a las diversidades de la familia. Las referencias jurídicas a la familia, más cuando se trata de sus diversas manifestaciones, son mejores cuando son construidas con la complejidad pura trialista.

La enorme riqueza de los despliegues posibles de eros en cuanto a la pareja y la reproducción adquiere vías de comprensión y solución que en el iusnaturalismo y el normativismo quedan bloqueadas o marginadas. Hay que evitar la complejidad impura en que la familia se disuelve sin reducirla a la simplicidad pura de la familia positivizada. Consideramos admisibles diversos modelos de familia, sin ignorar su "igualdad familiar" ni desconocer su diferente significación.

Pese a la presencia común permanente de las tres dimensiones el mundo jurídico tiene especificidades en lo material, espacial, temporal y personal. Las

[100] Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. por ejemplo GOLDSCHMIDT, op. cit.; "La ciencia de la justicia (Dikelogía)", Madrid: Aguilar, 1958 (2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1986); "Justicia y verdad", Buenos Aires, La Ley, 1978.

especificidades materiales son sobre todo ramas jurídicas y una de ellas es el Derecho de Familia (o de Familias).

Como el Derecho en general, el Derecho de Familia tiene particularidades en el espacio, el tiempo y las personas. Los distintos despliegues de la juridicidad más propiamente dicha se vinculan en profundidad con horizontes: la dimensión sociológica con la Sociología, la Economía, la Psicología, la Antropología, etc.; la dimensión normológica con la Lógica, la Metodología, la Lingüística, etc. y la dimensión dikelógica, con la Filosofía[101], la Teoría de la concepción del mundo, etc. El mundo jurídico tiene diversos horizontes generales, por ejemplo, un horizonte político y otro cultural.

Los horizontes evidencian las posibilidades de la interdisciplinariedad del Derecho. Con miras a ésta cabe recordar incluso que algunas de las disciplinas que acabamos de referir han sido desarrolladas en sus bases por hombres de Derecho. El Derecho de Familia requiere de modos específicos estos desarrollos complementarios (Sociología de la Familia, Economía de la Familia, Psicología de la Familia, etc.). La exigencia de la interdisciplina tiene en él especial significación.

El mundo jurídico se construye con diversas categorías "pantónomas" (pan=todo; nomos=ley que gobierna), como la causalidad, la finalidad objetiva que "encontramos" en los acontecimientos, la posibilidad, la realidad, la verdad[102] y la

[101] Siguiendo la construcción goldschmidtiana, cabe incluir a la Filosofía del Derecho como Filosofía Jurídica "Mayor" (de alcance mayor, que ubica al Derecho en el resto del universo).
[102] Estas categorías son básicas de la dimensión sociológica, en cuyo tratamiento se vuelve a considerar el tema.

justicia[103], que asignan dichos caracteres pantónomos a todo el Derecho[104]. La juridicidad es una plenitud, de modo que cuando se hace un planteo específico de Derecho puede ser relevante atender a su "interior" y su "exterior" y son relevantes los enfoques "microjurídicos" y los "macrojurídicos", es decir, con menor o mayor pretensión de referirse al todo.

Como la pantonomía nos es inabordable, nos vemos en la necesidad de fraccionarla cuando no nos es posible conocer o hacer más. A través de esos recortes producimos certeza y seguridad. Saber que se trata de recortes de lo que sería interesante tener en consideración ha de conducir a la prudencia jurídica.

El Derecho de Familia es una parte con vocación de pantonomía en la vocación de pantonomía del Derecho todo. Existen posibilidades de consideración jurídica de la familia internas y externas y en despliegues microjurídicos y macrojurídicos. Todo planteo del Derecho de Familia es "fraccionado". Lo que sería interesante tener en cuenta jurídicamente como familia es menor de lo que podemos considerar como tal. Hay que reconocer la familia en la mayor medida posible en la plenitud de sus sentidos internos y en su ubicación en el resto del Derecho.

Es importante que, en relativa analogía con el psicoanálisis, pueda hacerse el análisis jurídico ("jurianálisis") de cada ser humano[105]. Desde nuestro enfoque,

[103] Esta categoría es básica de la dimensión dikelógica, a cuya consideración nos remitimos.
[104] Es posible ampliar en nuestro libro "Distribuciones y repartos …" cit., en especial en su parte "La pantonomía del Derecho en la pantonomía cósmica", págs. 11 y ss.
[105] También, v. gr., el análisis económico, religioso, científico, técnico y cultural en general.

es relevante que pueda realizarse en cuanto a cada familia como conjunto y en sus integrantes.

Hay que apreciar cuál es la composición de una persona con referencia al Derecho Constitucional, Internacional Público, Administrativo, Civil, Comercial, Procesal, del Trabajo, Internacional Privado, etc. e incluso acerca de las nuevas ramas jurídicas reclamadas especialmente por los derechos humanos, como el Derecho de la Salud y el Bioderecho, el Derecho de Niños, Niñas y Adolescentes, el Derecho de la Ancianidad (a veces llamado de la Vejez), el Derecho de la Ciencia y la Técnica, el Derecho de la Educación, el Derecho de la Seguridad Social, el Derecho Ambiental, etc.

En nuestro caso es importante saber cuál es su composición jurídica del individuo en relación con el Derecho de Familia y cuál es la composición jurídica de la familia como conjunto. La familia es objeto del Derecho de Familia, pero asimismo de las otras ramas, de modo destacable de las nuevas ramas jurídicas.

Pueden reconocerse no sólo la composición jurídica de una familia en cada uno de sus componentes y en el complejo, sino "familiaridades" jurídicamente más o menos intensas y extensas, tal vez con más "consanguinidad" o "afinidad". Las parejas y las generaciones pueden tener en diversos grados composiciones jurídicas semejantes y complementarias con miras a las posibilidades y las realidades del "casamiento" y la "reproducción". Ascendientes, descendientes, colaterales y afines pueden presentar composiciones jurídicas más o menos susceptibles de vida en común.

Hay que estudiar detenidamente, por ejemplo, cuál puede ser el desenvolvimiento familiar entre personas dominadas por el Derecho Comercial o por el Derecho Penal. La teoría de las respuestas jurídicas puede contribuir a enriquecer estos despliegues, por ejemplo, reconociendo los alcances, la dinámica y las situaciones jurídicas de cada integrante de la familia.

El tiempo actual se caracteriza por una minusmodelación ideal y fáctica del papel del padre y en general de la pareja respecto de los hijos y una plusmodelación correspondiente del rol de los hijos, pero quizás no tanto como tales sino como individuos. Desde la dominación de los varones y los padres se ha pasado a una mayor coexistencia e incluso a cierto aislamiento. Importa en este sentido saber quiénes califican los problemas, si hay soluciones fraudulentas, si interviene el rechazo (orden público), etc. Todo, en relación con las respuestas internas de la familia y con las de la sociedad en su conjunto. Por ejemplo: los problemas suelen ser más calificados por los hijos que por los padres y el rechazo filial es más fuerte que el paterno.

5.2. Nuevos principios del derecho de familia en función de la normativa internacional que emana de los tratados de derechos humanos[106]

En el Derecho de familia más que en ningún otro ámbito del Derecho Civil, se han producido profundos cambios, desde la época del Derecho Romano hasta la actualidad, los cambios producidos en las últimas décadas, son tan profundos,

[106] VELOSO VALENZUELA, Paulina (1998). *"Nuevos principios del derecho de familia en función, principalmente, de la normativa internacional que emana de los tratados de Derechos Humanos"* En: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XIX, Valparaíso, Chile, pp. 35-56.

afectando en lo esencial los principios que inspiraron los códigos civiles decimonónicos, que es perfectamente posible hablar de un nuevo paradigma en el Derecho de Familia occidental.

Ello es patente al observar que muchas de las ideas gruesas que gobernaban la materia al dictarse los Códigos Civiles decimonónicos, han sido reemplazadas por otras y las que no han sufrido modificaciones son y han sido fuertemente cuestionadas, frente a las tendencias del Derecho Comparado, por una parte y, por otra, el Derecho que emerge de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. En definitiva, hoy son otras las ideas fuerza, las ideas matrices, que gobiernan el Derecho de Familia.

En efecto, a la elaboración del nuestro códigos civiles de 1852, 1936, 1984, puede afirmarse que las ideas determinantes o bases fundamentales del Derecho de Familia eran las siguientes: 1. Matrimonio religioso e indisoluble; 2. Incapacidad relativa de la mujer casada; 3. Existencia de la potestad marital y consiguiente subordinación de la mujer al marido; 4. Inmutabilidad del régimen económico entre los cónyuges; 5. Preponderancia del marido en la administración del régimen de bienes; 6. Patria Potestad exclusiva del padre y con poderes absolutos; 7. Filiación matrimonial fuertemente favorecida. 8. No reconocimiento jurídico de las familias de hecho. 9. No tratamiento jurídico diferenciado de la violencia intrafamiliar. 10. Adulterio como figura tipificada discriminatoriamente contra la mujer[107].

[107] Ibid. p. 36

Casi todos estos principios constituían las ideas matrices del Derecho de Familia en Occidente. Pero quizá uno de los elementos más distintivos o que caracterizan la familia y que está presente en varias de las ideas apuntadas, tal cual se concibió en los códigos civiles antiguos, es la idea de autoridad del pater y consiguientemente la idea de subordinación de la mujer y de los hijos. Estos criterios y particularmente el de autoridad se han repetido frecuentemente en los conceptos contenidos en los textos de Derecho de Familia en el ámbito comparado[108].

Reflejando claramente esta evolución el autor español J.L Lacruz Berdejo señala: "En nuestro tiempo la familia, perdida la fórmula de institución patriarcal para pasar a la de una asociación igualitaria de varón y mujer para la crianza de los hijos si los hay y la convivencia en todo caso, es un grupo unido por vínculos de sangre y afecto que procrea, educa, prepara los alimentos, vive en común y cuyos miembros útiles contribuyen al sostenimiento de todos con el producto de su actividad"[109].

Al respecto, los catedráticos españoles Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, en el volumen de Derecho de Familia, exponen: "En las exposiciones tradicionales del Derecho Civil era frecuente hasta hace no mucho tiempo considerar la familia como grupo sometido a un criterio de jerarquía: las relaciones jurídico-familiares son -se decía- relaciones de supra y de subordinación, en las cuales uno de los sujetos está colocado bajo la potestad y la dependencia jerárquica del otro. Que las

[108] Ibid. p. 36.
[109] LACRUZ BERDEJO, José L. (1979). *Manual de Derecho Civil*, Barcelona: Editorial Bosch, p.214.

mujeres estén sujetas a su marido como al Señor se lee en una de las epístolas de San Pablo, y se ha venido hablando en las leyes de autoridad o potestad marital. En su redacción primitiva nuestro Código Civil establecía la obligación de los hijos de obedecer a los padres y tributarles respeto y reverencia siempre." Continúa el mismo texto: "En el Derecho de los últimos tiempos los criterios estrictamente jerárquicos han ido declinando y han ido siendo sustituidos por criterios igualitarios y asociativos..."[110].

En realidad, diversos autores han proporcionado un concepto de familia, desde un punto de vista jurídico, subrayando cada uno distintos aspectos. Nos interesa remarcar aquí el tema de la Autoridad y consecuencial Subordinación como criterio fundamental que estaba en la base del Derecho de Familia, reflejado muchas veces en el propio concepto de Familia, y que, de alguna manera, aún persiste así en la legislación civil.

Los hechos de la vida social que han influido en las transformaciones más recientes que han afectado a las familias, en cuanto a sus integrantes y al tipo o naturaleza de relaciones al interior de ellas, cabe mencionar: los cambios en las formas de producción: la familia deja de ser una unidad de producción y pasa a ser un espacio afectivo; la creciente urbanización o disminución de la ruralidad; la incorporación creciente de la mujer al mundo del trabajo remunerado, la mujer deja de estar sólo en el ámbito de lo privado; los movimientos emancipadores de la mujer que ponen el acento en la igualdad; la conquista del derecho a voto de la mujer y su creciente participación en la cosa pública; la posibilidad para cada mujer de controlar la natalidad

[110] DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, (1994). *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, *Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones*, sexta edición, Madrid: Editorial Tecnos, p. 94.

y por consiguiente el surgimiento de la sexualidad de la mujer como cuestión separada de la procreación; la distinta naturaleza de las relaciones con los hijos; la creciente autonomía de la mujer; la introducción de un nuevo actor al interior del hogar y con fuerte presencia: la televisión masificada en un mundo globalizado; los cambios culturales asociados a estos fenómenos; en otro orden, la separación de la Iglesia y del Estado, que origina como resultado la secularización del matrimonio. Todo lo referido ocurre además a gran escala y, con distinta intensidad, en todo el mundo[111].

El Derecho, sin embargo, se mueve a un velocidad bastante menor, si bien todos los cambios normativos producidos son reflejos de realidades y concepciones nuevas; ocurre que no siempre el Derecho se adecua oportunamente; los tiempos de maduración son, a veces, bastante lentos.

Nos interesa poner de relieve algunas ideas que podría afirmarse forman parte de un emergente Derecho de Familia, que surge entre otras razones- como efecto del obligado cumplimiento que los Estados deben hacer de los tratados de Derechos Humanos, particularmente los relativos a la mujer, que ellos han ratificado[112].

Es decir, desde fuera de los Estados, pero concurriendo cada uno con su voluntad, se imponen modificaciones. Es el desarrollo de los Derechos Humanos, que es parte del derecho público (en la clásica división de los órdenes normativos) que permea e influye el derecho privado (las legislaciones civiles).

Estas convenciones ideológicamente corresponden a una concepción de la familia y de la mujer, en su rol familiar y social, que se hace cargo de las

[111] Ibid. p. 39.
[112] Ibid. p. 40.

transformaciones sociales, políticas y culturales ya mencionadas. Doy por supuesto implícito el principio internacional según el cual un tratado en vigor es obligatorio para las partes contratantes y debe ser cumplido por ellas; al mismo tiempo que ningún Estado puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. (Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados)[113].

A partir de esta Convención Internacional, cabe mencionar algunas ideas y conceptos normativos que se desprenden de dicho Tratado y consiguientemente obligan a los Estados; y que contribuyen -a nuestro juicio- a conformar las nuevas ideas matrices de un Derecho de Familia moderno.

Haremos, en algunos casos, referencia a otras Convenciones Internacionales ratificadas por el Perú, en especial a la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, de la OEA, denominada también Convención de Belem do Para, de reciente data, y que, de alguna manera, viene a reiterar puntos de vista ya asumidos en el Cedaw.

5.3. Evolución desde el fallo Karen Atala e hijas

La sentencia de la Corte Interamericana fue trascendental en el tratamiento que el Sistema Interamericano le ha dado a la discriminación por orientación sexual desde entonces. En este apartado se analizarán los cambios normativos —también

[113] Ibid. p. 41.

a nivel del sistema universal, ya que ha oficiado de precedente en el fallo— y la actuación de los órganos del Sistema Interamericano.

5.3.1. Nueva normativa internacional

En el ámbito del sistema universal, el Consejo de Derechos Humanos adoptó, en junio de 2011, la resolución 17/19, la primera resolución de las Naciones Unidas relativa a derechos humanos, orientación sexual e identidad de género. Su aprobación abrió el camino al primer informe oficial de las Naciones Unidas sobre ese tema, preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Este informe, titulado "Leyes y prácticas discriminatorios y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género", es un estudio a fin de documentar estas leyes y prácticas discriminatorias y la forma en que la normativa internacional de derechos humanos podía aplicarse para poner fin a la violencia y a las violaciones conexas de los derechos humanos motivadas por la orientación sexual y la identidad de género[114].

El Consejo de Derechos Humanos, en 2014, solicitó al Alto Comisionado que actualice este informe con miras a compartir buenas prácticas y formas para superar la violencia y la discriminación, en aplicación de las normas y el derecho internacional de los derechos humanos en vigor[115].

[114] Naciones Unidas, Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género", A/HRC/19/41, 17 de noviembre de 2011.
[115] Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, "Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género", A/ HRC/RES/27/32, 2 de octubre de 2014.

De este modo, en 2015, se presentó el Informe Anual de "Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género". El informe se basa en las conclusiones recientes de órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas, organizaciones regionales y organizaciones no gubernamentales, y en la información presentada por los Gobiernos, en particular en las 28 respuestas a una nota verbal que se envió a los Estados miembros.[116]

Vale realizar dos últimas menciones de la normativa del sistema universal. En primer lugar, la publicación de la Oficina del Alto Comisionado, "Nacidos Libres e Iguales: Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos", en el 2012. El propósito de la misma es señalar las obligaciones básicas que incumben a los Estados respecto de las personas LGBTI.

En ella se describe la manera en que los mecanismos de las Naciones Unidas han aplicado el derecho internacional en ese contexto, proporcionando un resumen de las conclusiones de los órganos y consejos para ayudar a los Estados a que adopten las medidas necesarias para que satisfagan las obligaciones fundamentales que les incumben en materia de derechos humanos[117].

En segundo lugar, la resolución del Consejo de Derechos Humanos "Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación

[116] Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General, "Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género", A/HRC/29/23, 4 de mayo de 2015.
[117] Naciones Unidas, Nacidos Libres e Iguales: Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos, 2012, disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_SP.pdf

sexual e identidad de género", de 2016, que decide nombrar, por un período de tres años, a un experto independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Su mandato incluye, entre otras cosas, evaluar la aplicación de los instrumentos internacionales vigentes de derechos humanos relacionados con los medios de superar la violencia y la discriminación contra las personas por motivos de orientación sexual o identidad de género, e identificar las mejores prácticas y las deficiencias.

Asimismo, se le solicita que presente un informe anual al Consejo de Derechos Humanos[118]. En el escenario de la OEA, continuando con el recorrido iniciado con la Resolución 2435, la Asamblea General dictó resoluciones consecutivas desde los años 2012 a 2016[119] (Res. 2721, 2807, 2863 y 2887 respectivamente).

En todas ellas se condenan la discriminación y los actos de violencia contra personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, y se insta a los Estados a eliminar, allí donde existan, las barreras que enfrentan los LGBTI en el acceso a la participación política y otros ámbitos de la vida pública, así como evitar interferencias en su vida privada.

Además, se los insta a asegurarles una protección adecuada ante la ley, que también incluya a los defensores de derechos humanos que trabajan en temas

[118] Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, "Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género", A/HRC/32/L.2/Rev.1, 28 de junio de 2016.
[119] En el año 2015 no se dictó ninguna resolución sobre este tema por parte de la Asamblea General.

relacionados con los actos de violencia, discriminación y violaciones de los derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad o expresión de género. Por último, solicita a la CIDH un estudio sobre las leyes y disposiciones vigentes en los Estados miembros de la OEA que limiten los derechos humanos de las personas como consecuencia de su orientación sexual o identidad de género y que, con base en ese estudio, elabore una guía con miras a estimular la despenalización de la homosexualidad[120].

En 2013 se sancionó la "Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia", que constituye una herramienta muy útil para la temática en estudio. Desafortunadamente, esta Convención nunca llegó a entrar en vigor, dado que no se recibieron los instrumentos de depósito necesarios[121]. No obstante, es importante indicar que allí puede encontrarse una definición de "discriminación" que incluye expresamente la "orientación sexual" dentro de sus motivos. En el mismo sentido, delimita los conceptos de "discriminación indirecta", "discriminación múltiple o agravada" e "intolerancia" (art. 1).

Entre los deberes del Estado se resalta la obligación de prevenir, eliminar, prohibir y sancionar todos los actos y manifestaciones de discriminación e

[120] OEA, Resolución AG/RES. 2721 (XLII-O/12) Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2012; OEA, Resolución AG/RES.2807 XLIII-0/13) Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género y Expresión de Género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 6 de junio de 2013; OEA, AG/RES. 2863 (XLIV-O/14) Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género y Expresión de Género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 2014; OEA, AG/RES. 2887 (XLVI-O/16) Promoción y Protección de Derechos Humanos, aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016.

[121] Esta Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación o adhesión de la Convención en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Para seguir el estado de firmas y ratificaciones, visítese http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia_firmas.asp

intolerancia, incluyendo cualquier restricción discriminatoria del goce de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales y regionales aplicables y en la jurisprudencia de las cortes internacionales y regionales de derechos humanos, en especial los aplicables a las minorías o grupos en condiciones de vulnerabilidad y sujetos a discriminación (art. 4 pto. iii); la adopción de la legislación que defina y prohíba claramente la discriminación y la intolerancia (art. 7); y asegurar a las víctimas de la discriminación e intolerancia un trato equitativo y no discriminatorio, la igualdad de acceso al sistema de justicia, procesos ágiles y eficaces, y una justa reparación en el ámbito civil o penal, según corresponda (art. 10).

Como mecanismos de protección, se prevé un sistema de peticiones individuales ante la CIDH y la posibilidad de reconocer la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención. También se establecerá un Comité Interamericano para la Prevención y Eliminación del Racismo, la Discriminación Racial y Todas las Formas de Discriminación e Intolerancia, conformado por un experto independiente y cuyo cometido será monitorear los compromisos asumidos en la Convención (art. 15).[122]

5.3.2. Actuación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

A partir de la sentencia del caso de Karen Atala, la CIDH recibió cinco peticiones individuales en las que se alegaba la violación de los derechos con

[122] Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia A-69, adoptada el 6 de mayo de 2013.

sustento en discriminación por la orientación sexual. De entre ellas, tres fueron declaradas admisibles y dos no superaron esta primera etapa[123].

Admisibilidad

• Petición de Luis Alberto Rojas Marín: La Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX) y Redress Trust: Seeking Reparations for Torture Survivors, presentaron la petición en representación de Luis Alberto Rojas Marín, en la cual se alega la responsabilidad de la República del Perú por su detención ilegal y arbitraria, el haber sido víctima de actos de violencia sexual mientras se encontraba bajo custodia policial, así como actos de tortura, todos ellos motivados por su orientación sexual, y el incumplimiento del deber de investigar y esclarecer judicialmente estos hechos, conforme a las normas del debido proceso y al principio de no discriminación[124].

• Petición de Sandra Cecilia Pavez Pavez: La petición fue presentada por Sandra Cecilia Pavez Pavez, el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH) y por Alfredo Morgado (peticionarios). Los hechos se basan en que se le revocó su certificado de idoneidad, inhabilitándola para ejercer como docente de la asignatura de religión católica, haciendo supuesta referencia a su condición de lesbiana. A raíz de ello, se alega la responsabilidad de la República

[123] Además de la recepción de peticiones, la CIDH ha participado en la adopción de medidas cautelares en casos de discriminación por orientación sexual. Para acceder a esta información, visítese http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/proteccion/ cautelares.asp#inicio

[124] CIDH, Informe No. 99/14, Petición 446-09. Admisibilidad. Luis Alberto Rojas Marín. Perú. 6 de noviembre de 2014.

de Chile por una presunta violación a su derecho a no sufrir injerencias arbitrarias en su vida privada y a su derecho a la igualdad ante la ley[125].

• Petición de Luisa Melinho: El peticionario sostiene que el Estado de Brasil ha violado los derechos humanos de la presunta víctima al haberle negado la realización de una cirugía de afirmación sexual a través del sistema de salud público y negado pagarle la realización de la cirugía en un hospital privado, pues esto le había impedido tener una vida digna y había puesto en riesgo su vida e integridad física. Además, los peticionarios afirman que el Estado ha violado los derechos de la presunta víctima al haberle negado acceso a recursos efectivos para garantizar sus derechos[126].

Inadmisibilidad

• Petición de Juan Fernando Vera Mejías: En la petición se alega la responsabilidad internacional de la República de Chile, por la presunta discriminación que habría sufrido en su lugar de trabajo en razón a que vivía con VIH y por su orientación sexual. Tras examinar las posiciones de las partes, la Comisión concluye que es competente para conocer la petición, pero que la misma es inadmisible, ya que el peticionario no logró demostrar la existencia de una situación de discriminación sistémica o individualizada que le impidiera agotar los

[125] CIDH, Informe No. 30/15, Petición 1263-08. Admisibilidad. Sandra Cecilia Pavez Pavez. Chile. 21 de julio de 2015.
[126] CIDH, Informe No. 11/16. Petición 362-09. Admisibilidad. Luiza Melinho. Brasil. 14 de abril de 2016.

recursos internos. La Comisión decidió igualmente notificar esta decisión a las partes, publicarla e incluirla en su Informe Anual a la Asamblea General[127].

• Petición de Mayra Espinoza Figueroa: La Corporación de Desarrollo de la Mujer La Morada, presentó la petición en la cual se alega la responsabilidad de la República de Chile por una presunta violación del derecho a la vida privada e intimidad y por discriminación en perjuicio de Mayra Espinoza Figueroa, estudiante de diecinueve (19) años, quien habría sido expulsada de un colegio privado por haber sido vista besándose con una mujer.

Posteriormente se le habría negado el recurso de protección, alegando el Estado la extemporaneidad en su interposición. En el trámite de la petición, también han intervenido la Corporación Humana y el Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia. La Comisión concluyó que es competente para conocer la petición y que era inadmisible, a la luz de los artículos 46 y 47 de la CADH, debido a que los peticionarios no agotaron los recursos de la jurisdicción interna debidamente. La Comisión decidió igualmente notificar esta decisión a las partes, publicarla e incluirla en su Informe Anual a la Asamblea General.[128]

5.3.3. Creación de la Relatoría LGTBI

En marzo de 2011, la CIDH adoptó la decisión de dar un énfasis temático especial a los derechos de las lesbianas, los gays, las personas trans, bisexuales e

[127] CIDH, Informe No. 11/13, Petición 157-06. Inadmisibilidad, Juan Fernando Vera Mejías. Chile. 20 de marzo de 2013.
[128] CIDH, Informe No. 71/14, Petición 537-03. Inadmisibilidad. Mayra Espinoza Figueroa. Chile. 25 de julio de 2014.

intersex (LGTBI), a raíz de información recibida durante audiencias públicas[129], 64 visitas in locuo, peticiones y solicitudes de medidas cautelares.

Ello los condujo a elaborar una hipótesis de trabajo que indica que los problemas sistémicos enfrentados por estas personas en la región incluyen la criminalización, los altos índices de violencia e impunidad relacionada, la discriminación en el acceso a los servicios de salud y justicia y para el acceso a la educación, el sector laboral y participación política, así como la exclusión y la invisibilidad de estas violaciones.

De este modo, en noviembre de 2011 creó una unidad especializada en esta materia en el seno de su Secretaría Ejecutiva. Luego, el 1 de febrero de 2014 entró en funciones la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (LGBTI), dando continuidad a las principales líneas de trabajo de la Unidad LGBTI ocupándose de temas de orientación sexual, identidad y expresión de género y diversidad corporal[130].

Su mandato consiste en monitorear la situación de los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en la región[131]. Esto se realizará a través del ejercicio de las siguientes funciones:

• El tratamiento de casos y peticiones individuales, que incluye la asesoría a la CIDH en relación con las solicitudes de medidas cautelares y de elevación de

[129] Para mayor información sobre las audiencias públicas, visítese http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/TopicsList.aspx?Lang=es&Topic=32

[130] Relatoría sobre los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (LGBTI) http://www.oas.org/ es/cidh/lgtbi/default.asp

[131] Relatoría LGBTI, Sección Mandato y Funciones, disponible en http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/mandato/mandato.asp

medidas provisionales a la Corte Interamericana que guarden conexión con la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género.

• La asesoría a los Estados miembros de la OEA y a los órganos políticos de la OEA en esta materia.

• La preparación de informes con recomendaciones dirigidas a los Estados de la OEA en los campos de la política pública, la legislación y la interpretación judicial sobre los derechos humanos de estas personas.[132]

En este marco, la CIDH celebra varias reuniones de expertos/as sobre la situación de los derechos de estas personas en distintos ámbitos, tales como salud, justicia y violencia, empleo, relaciones interpersonales, educación y cultura y participación política[133].

• Monitoreo general de las violaciones a derechos humanos de las personas LGBTI en las Américas y visibilización de dichas violaciones[134]. En el año 2015,

[132] La Relatoría ha participado en la elaboración de varios informes anuales y de países. A pesar de que ella entró en funciones en 2014, en la compilación de su página web se encuentran incluidos informes anteriores en los que se trató la situación de las personas LGTBI. Véase http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/informes/anuales.asp y http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/informes/pais.asp respectivamente.

[133] Hasta el momento se han llevado a cabo 5 reuniones, habiéndose celebrado la última en septiembre de 2013. Más información disponible en http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/actividades/reuniones.asp

[134] Dentro de este mandato, la Relatoría ha realizado visitas a Jamaica, Colombia (en dos oportunidades), Suriname y Honduras. Mayor información disponible en http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/actividades/visitas.asp. Además, entre las muchas actividades de promoción puede mencionarse cursos de capacitación, seminarios, participación en conferencias y presentaciones de informes. Para mayor información, visítese http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/actividades/promocion.asp

la Relatoría lanzó su primer informe temático: "Violencia contra Personas LGBTI en América"[135].

Este Informe se refiere a la situación de la violencia que en distintos contextos es perpetrada contra las personas LGBTI, o aquellas percibidas como tales, en América, y formula recomendaciones a los Estados de la OEA para cumplir con sus obligaciones de respeto y garantía de derechos humanos. Los Estados miembros de la OEA deben adoptar medidas integrales para prevenir, investigar, sancionar y reparar actos de violencia cometidos contra personas LGBTI, o aquellas percibidas como tales, bajo los estándares de debida diligencia. La CIDH parte del concepto de violencia por prejuicio para entender la violencia que es ejercida contra las personas que se perciben como trasgresoras de las normas tradicionales de género, del binomio hombre/mujer, y cuyos cuerpos difieren de los cuerpos "femeninos" y "masculinos" estándar.

En el marco de este informe (así como dentro de la página web de la Relatoría) puede encontrarse una sección dedicada a la definición de términos relacionados con la temática. Esto resulta de mucha utilidad, ya que es un tema muy actual y el Sistema Interamericano aún no contaba con un criterio establecido al respecto.

Ese fue uno de los obstáculos que debió superar la Corte cuando fue llamada a resolver en el caso Atala Riffo. Para definir los conceptos de "orientación sexual"

[135] Es posible acceder a la versión digital del informe, a través de http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/violencia-lgbti.html. Por otra parte, la Relatoría también participó en numerosos informes de la CIDH en otros temas en los que se da cuenta de la situación de los derechos humanos de las personas LGBTI. Para mayor información, puede visitarse la página web, Sección "Informes temáticos", disponible en http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/informes/ tematicos.asp

e “identidad de género”, la Relatoría tomó como base lo dispuesto en los Principios de Yogyakarta. Sobre esta base, la orientación sexual se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

La identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

Por otro lado, la expresión de género ha sido definida como “la manifestación externa de los rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina conforme a los patrones considerados propios de cada género por una determinada sociedad en un momento histórico determinado”; y la intersexualidad como “todas aquellas situaciones en las que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al standard de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente”.

En la actualidad, tanto en el movimiento social LGBTI, como en la literatura médica y jurídica se considera que el término intersex es técnicamente el más adecuado. Con estos conceptos en mente, la CIDH entiende por discriminación por

orientación sexual, identidad de género o expresión de género toda distinción, exclusión, restricción o preferencia de una persona por estos motivos que tenga por objeto o por resultado —ya sea de hecho o de derecho— anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades, teniendo en cuenta las atribuciones que social y culturalmente se han construido en torno a dichas categorías[136].

5.3.4. Actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La CIDH elevó a la Corte Interamericana dos de los casos en los que atendió. El primero de ellos fue el caso Duque vs. Colombia, que se estudiará a continuación; el segundo fue el caso Homero Flor Freire vs. Ecuador, que actualmente se encuentra pendiente de sentencia. Los hechos de este último constan en la alegada responsabilidad de la República de Ecuador por la baja de Homero Flor Freire, Oficial de Policía Militar de la Fuerza Terrestre Ecuatoriana, en virtud de la presunta comisión de una falta disciplinaria[137].

El caso Duque vs. Colombia El 26 de febrero de 2016, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó una sentencia mediante la cual declaró responsable internacionalmente al Estado de Colombia por la violación al derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación en perjuicio de Ángel Alberto Duque, por no haberle permitido acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia, luego de la defunción de su pareja, con base en el hecho de que se

[136] Relatoría LGTBI, Algunas precisiones y términos relevantes, http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/mandato/precisiones.asp
[137] CIDH, Informe de fondo No. 81/13, Caso 12.743, "Homero Flor Freire", Ecuador, 4 de noviembre de 2013.

trataba de una pareja del mismo sexo. En aquel momento, la normatividad interna colombiana disponía que únicamente el cónyuge o el compañero o compañera permanente sobreviviente de sexo diferente al del causante tuviera derecho a la pensión de sobrevivencia[138].

En cuanto al marco teórico, el Tribunal nuevamente toma la definición genérica de "discriminación" provista por el Comité de DDHH y se remite a los estándares establecidos en el caso Atala para recordar que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la CADH y que está proscrita cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona[139].

Asimismo, reitera su doctrina de que los principios de igualdad y no discriminación forman parte del ius cogens internacional y que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto[140].

A diferencia del caso Atala, en esta oportunidad —además de las decisiones administrativas y judiciales que perjudicaron al Sr. Duque— la legislación interna también presentaba rasgos que podían ser tildados de discriminatorios. En este

[138] Resumen oficial de la Corte Interamericana del caso Duque vs. Colombia.
[139] Corte IDH, Caso Duque vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de febrero de 2016, Serie C No. 310, cons. 90 y 104.
[140] Corte IDH, Caso Duque vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cons. 92.

sentido, el caso debe enmarcarse no solo dentro de la obligación general del art. 1.1, sino también respecto del art. 24[141].

[…] Mientras que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar "sin discriminación" los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a "igual protección de la ley". Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho, no solo en cuanto a los derechos contenidos en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana en relación con las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención […][142].

A raíz de los hechos probados, la Corte entendió que la ley colombiana no receptaba de manera igualitaria los derechos de las parejas homosexuales y heterosexuales. Al ser la orientación sexual una categoría protegida por el art. 1.1, como ha quedado establecido en su fallo precedente, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser

[141] Vale aclarar que en el caso de Karen Atala e hijas también se discutió la vulneración del art. 24, pero en cuanto a la aplicación que se hizo de la norma interna, no de su contenido en sí.
[142] Corte IDH, Caso Duque vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cons. 94.

particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva[143], no siendo suficiente la mera demostración de una justificación objetiva y razonable[144].

[…] La Corte constata que la normatividad interna colombiana que regulaba las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes y el decreto reglamentario de la ley que creó el régimen de seguridad social establecían una diferencia de trato entre por un lado las parejas heterosexuales que podían formar una unión marital de hecho y aquellas parejas que estaban formadas por parejas del mismo sexo que no podían formar dicha unión […][145].

[…] En el presente caso, el Estado no brindó una explicación sobre la necesidad social imperiosa o la finalidad de la diferencia de trato, ni sobre por qué el hecho de recurrir a esa diferenciación es el único método para alcanzar esa finalidad […][146].

[…] Por tanto, la Corte encuentra que la existencia de una normatividad interna vigente en el año 2002 que no permitía el pago de pensiones a parejas del mismo sexo era una diferencia de trato que vulneraba el derecho a la igualdad y no

[143] Véase Corte IDH, Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Serie C No. 298, párr. 257. Asimismo, Mutatis mutandi, Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, cons. 124, y Corte IDH, Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de junio de 2015, Serie C No. 293, párr. 228.
[144] Véase Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 46, y Corte IDH, Caso Espinoza Gonzales vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2014, Serie C No. 289, párr. 219.
[145] Corte IDH, Caso Duque vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cons. 103.
[146] Corte IDH, Caso Duque vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cons. 107.

discriminación, por lo que constituyó efectivamente un hecho ilícito internacional […][147].

Para sustentar su fundamentación en los hechos concretos del caso, la Corte Interamericana recurrió a jurisprudencia y normativa tanto del sistema universal como de países de la región, referentes al derecho a la pensión de las parejas del mismo sexo. De esta forma, utilizó como referencia lo establecido por el Comité DESC[148], los principios de Yogyakarta[149], el Comité de Derechos Humanos[150] y normas y fallos de ciudades de México, Uruguay, Argentina, Brasil, Chile, EEUU y Colombia.

Un detalle que no debe pasar desadvertido es que durante el trámite del caso, el Estado planteó que reconocía la existencia de un hecho ilícito internacional continuado, durante al menos parte del período de tiempo que estuvieron vigentes las disposiciones que no permitían el reconocimiento de las pensiones a las parejas del mismo sexo, pero la legislación controvertida fue posteriormente modificada. Sin embargo, esto no resultó suficiente para reparar los daños ya ocasionados por la ley vigente al momento de los hechos.

[…] [L]a Corte constata que […] el hecho ilícito internacional habría sido totalmente reparado con la emisión de la sentencia T-051 de 2010, fecha en la cual

[147] Corte IDH, Caso Duque vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cons. 125.
[148] Naciones Unidas, Comité DESC, El derecho a la seguridad social (artículo 9), Observación General Nº 19, E/C.12/ GC/19, 4 de febrero de 2008, párr. 29.
[149] Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, marzo 2007, principio 13. El derecho a la seguridad y a otras medidas de protección social.
[150] Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Caso Young vs. Australia, Comunicación No. 941/2000, CCPR/ C/78/D/941/2000, párr. 10.4.

se habrían modificado la reglas para acreditar la condición de uniones de hecho […] Sin embargo, aun si esto último fuese cierto en el sentido de que el señor Duque podría solicitar una pensión de sobrevivencia sin que sea objeto de discriminación, también es cierto que en caso de ser otorgada la pensión, no existe una certeza sobre si el reconocimiento tendría efectos retroactivos hasta el momento en que este fue objeto del trato diferente en el año 2002. En ese sentido, es razonable concluir que el hecho ilícito internacional del cual fue víctima el señor Duque aún no habría sido subsanado en su totalidad, puesto que los pagos retroactivos que podría percibir no serían equivalentes a los que habría percibido en caso de no haber sido tratado diferentemente de forma discriminatoria […][151].

[…] Teniendo en cuenta todo lo anterior, este Tribunal concluye que el Estado es responsable por la violación al derecho a la igualdad y no discriminación contenido en el artículo 24 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Ángel Duque toda vez que no se le permitió acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia establecida en la normatividad interna colombiana […][152].

5.4. Análisis de la sentencia del caso Oscar Ugarteche y su impacto en el derecho de familia

La jueza Malbina Saldaña Villavicencio, haciendo eco de la postura sociológica del derecho que viene desarrollando el Tribunal

[151] Corte IDH, Caso Duque vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cons. 137.
[152] Corte IDH, Caso Duque vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cons. 138.

Constitucional peruano, que permite una interpretación evolutiva –«*Living Constitution*/Activismo Judicial»[153]– vuelve a remecer las bases jurídicas de nuestra sociedad.

La jueza, con fundamento en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, interpreta derechos constitucionales como el derecho a la igualdad y no discriminación –en consecuencia a no recibir un trato desigual ante la inexistencia de razones objetivas y razonables–, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad, al proyecto de vida; y les da contenido a partir del *corpus iuris* internacional de los derechos humanos, de los estándares internacionales desarrollados respecto de las personas LGBTI a partir de tratados sobre derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; decisiones de organismos de derechos creados por dichos tratados como el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; instrumentos y documentos internacionales, jurisprudencia internacional (*v.gr.* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) y la jurisprudencia comparada como es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

Todo ello refuerza la tesis de coordinación asumida por el Tribunal Constitucional respecto de las relaciones entre el Derecho nacional y el Derecho

[153] MASTROMARTINO, Fabrizio (s.f.e). *"Sobre la interpretación evolutiva de la constitución ". Notas al margen de una reciente sentencia del tribunal constitucional español sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo".* Disponible en: www.cervantesvirtual.com/.../sobre-la-interpretacion-evolutiva-de-la-constitucion-pdf.

Internacional, específicamente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Otro aspecto importante de la decisión de la jueza Saldaña es el de incorporar en su decisión hechos públicos –el interés de un grupo importante de la sociedad sobre la base de la información pública–, para sustentar la utilidad de la misma: principio del efecto útil.

La sentencia dictada por la Dra. Malbina Saldaña, jueza del Sétimo Juzgado Constitucional de Lima (Exp. 22863-2012), es una sólida e histórica resolución que reconoce la validez en el Perú de un matrimonio celebrado en el extranjero (México) de dos personas del mismo sexo. El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec) se negaba a reconocerlo. Alegaba que el Código Civil sólo permite el matrimonio entre "varón y mujer" (artículo 234).

La jueza señala con absoluta razón que la Constitución, los tratados y tampoco la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecen tal impedimento. Un caso importante de interpretación constitucional y de lucha contra la discriminación por orientación sexual.

La jueza reitera que el Estado peruano es laico y que las convicciones religiosas -ciertamente legítimas- no pueden imponerse sobre la Constitución. En una democracia las decisiones judiciales se basan en la Constitución y en las leyes. No en creencias religiosas.

Por ello, considera que la negativa del Reniec a inscribir en el Perú un matrimonio de una pareja del mismo sexo discrimina al demandante en razón de su

orientación sexual y vulnera sus derechos a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad. El Código Civil de 1984 no se ajusta a la Constitución, a los tratados ni a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Debemos recordar que la Corte Interamericana en el "Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile" de febrero del 2012 señaló que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no acoge un "modelo tradicional" de familia (párrafo 142). La familia no es un concepto estático. Es dinámico. Además, una lectura correcta de la Convención permite concluir que garantiza el derecho a contraer matrimonio tanto a los hombres como a las mujeres y ello puede ocurrir entre personas de distinto o del mismo sexo. Como sabemos lo dispuesto por la Convención y resuelto por la Corte Interamericana vincula a los jueces por expreso mandato del Código Procesal Constitucional. Estamos ante el ejercicio de un control de convencionalidad.

5.5. Constitución y Derecho de Familia: Con relación a la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional del artículo 53 del Decreto Ley N° 19990, en el caso Rosas Domínguez (Exp. N° 06572-2006-PA/TC)

El TC declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por Janet Rosas Domínguez. Aseguró que de esta forma, una interpretación del artículo 53 del Decreto Ley N° 19990 o Sistema Nacional de Pensiones (SNP)[154] conforme a la Constitución y a la convencionalización de la familia –como un instituto natural y fundamental de la sociedad– salvaguarda el otorgamiento de la pensión de viudez entre quienes han sido convivientes, es decir, donde no existe vínculo matrimonial

[154] Referido a un sistema pensionario de reparto sustentado en el principio de solidaridad que eleve la calidad de vida de la mayoría de los pensionistas, de conformidad con la cláusula de Estado social y democrático de Derecho (artículo 43 de la Constitución).

sino una unión de hecho; encontrándome por ello de acuerdo con la interpretación del referido artículo establecido por la presente sentencia.

La familia es considerada como la célula básica de la sociedad y por ello, el Estado busca su protección otorgándole un marco legal que protege las relaciones jurídicas que a partir de ella surjan. Esta necesaria protección se ha visto reflejada tanto en las Constituciones de 1979 y 1993, donde se ha reconocido la existencia de un principio constitucional de protección a la familia.

Ahora bien, dicho principio ha tenido diversos alcances en el transcurso del tiempo; alcances que han sido determinados por la ideología –en ocasiones conservadora– que gira sobre lo que debe considerarse como familia y, sobre todo, en lo referente a determinar qué tipo de familia debe proteger el Estado constitucional en caso de que reconozca la existencia de diversas fuentes de familia. El último punto citado es el análisis de la unión de hecho, sobre el cual surgen preguntas concretas y específicas como, ¿debe protegerse a la familia en general o solo la surgida por el vínculo del matrimonio?.

A partir del análisis constitucional del artículo 53 del Decreto Ley N° 19990, del Código Civil y de la misma Constitución, es que brindaremos nuestra opinión al respecto, además de diversas resoluciones expedidas por el TC que se han pronunciado sobre la necesidad de proteger a la familia en general y no solo a la que surge del matrimonio.

Una de aquellas sentencias del TC, en la que se incide especialmente en el Derecho de Familia peruano de una manera tal que bien se puede hablar de una

reconfiguración y una amplitud de sus propias bases, tiene que ver con la sentencia materia de análisis (STC Exp. N° 06572-2006-PA/TC), mediante la cual se establece un amparo constitucional al otorgamiento de la pensión de viudez, como contenido adicional del derecho fundamental a la pensión[155] entre quienes han sido convivientes; es decir, un derecho reconocido a la cónyuge o concubina (unión de hecho propia) del asegurado o pensionista fallecido.

Esta decisión del TC es importante porque abre la senda a futuros progresos en materia del reconocimiento de nuevos derechos y su correspondiente protección; toda vez que, los contenidos normativos y la connotación ética-axiológica, en tanto concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana[156] –preexistente al orden estatal–, son propios de la teoría de los derechos humanos y por su propia naturaleza son de aplicación obligatoria por todos los funcionarios y particulares en un Estado constitucional de Derecho.

Asimismo, se presenta un breve análisis sobre la unión de hecho, el cual recaería primero, en precisar que el concubinato es un fenómeno social de vigencia

[155] Vide STC Exp. N° 00050-2004-AI/TC, f. j. 75. Frente a la clásica dualidad de contenidos de los derechos fundamentales, se impone como conveniente utilizar una nueva estructura respecto del contenido del derecho fundamental a la pensión, compuesta por tres elementos diferenciados. Así, "en cuanto integrantes del contenido constitucionalmente protegido, cabría distinguir, de un lado, un contenido no esencial, esto es, claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados (por ejemplo, el tope pensionario o su reajuste), y, de otra parte, el contenido esencial, absolutamente intangible para el legislador (por ejemplo, la pensión mínima vital, el acceso a la pensión y la no privación arbitraria de la misma); y, extramuros del contenido constitucionalmente protegido, un contenido adicional formado por aquellas facultades y derechos concretos que el legislador quiera crear impulsado por el mandato genérico de asegurar la plena eficacia de los derechos fundamentales (por ejemplo, la pensión de orfandad, de viudez y de ascendientes)". Dicha explicación teórica se puede encontrar en MEDINA GUERRERO, Manuel (1996*). La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales.* Madrid: Ciencias Jurídicas-McGraw-Hill, p. 41.

[156] "Tanto la seguridad social como el derecho a la pensión constituyen elementos esenciales que configuran el mínimo existencial necesario para garantizar una vida no solo en su faz formal sino también en su dimensión material, en otras palabras para garantizar una vida digna". Vide STC Exp. N° 00050-2004-AI/TC, f. j. 46.

ancestral, histórica y universal, considerándosele en diversas culturas y en la doctrina actual como una relación natural con ánimo de permanencia en el tiempo. Por otra parte, debemos reconocer que hasta el día de hoy, esta unión es frágil en el área legal o jurídica, pues basta con la decisión unilateral de uno de los concubinos para que concluya, generando con ello un fuerte impacto personal y patrimonial para el concubino inocente[157].

En la Constitución de 1993, vigente hasta la fecha, este cambio de pensamiento cobró vida y el principio constitucional de protección a la familia, que solo se enmarcaba su defensa cuando esta surgía del matrimonio, fue ampliando su ámbito de aplicación, reconociendo el deber del Estado de resguardarla sin tener vital importancia la forma como esta surja. Es así que ya no se habla de protección del matrimonio y a la familia sino simplemente de protección a la familia.

Así, en su artículo 4 indica expresamente que "la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolecente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueve el matrimonio", disposición que nos permite observar que el cambio de pensamiento en torno a lo que se concibe como familia se inicia de manera concreta con la Constitución.

Entre los elementos que considera el modelo constitucional vigente, podemos destacar los siguientes:

[157] Cfr. GALLEGOS CANALES, Yolanda y JARA QUISPE, Rebeca (2009). *Manual de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia y práctica*. Lima: Jurista Editores, p. 85.

a) la convivencia es fuente de generación humana, podemos determinar que de la unión de hecho –tanto propia como impropia– surgen relaciones de paternidad, maternidad y filiación, por lo que el legislador optó por incorporar los artículos 4, 5 y 6 enfocándose en la preocupación por el niño, niña y el adolescente, así como por la madre y el anciano;

b) la convivencia de parejas heterosexuales como vínculo fundante de la familia, pues permite que esta prolongue o amplíe los estados de familia[158]. Debemos destacar que este elemento es común tanto en las familias matrimoniales como en las que surgen por las uniones de hecho. Se puede determinar de lo expuesto, que la Constitución ha desvinculado el origen de la familia del matrimonio, pues conforme al Protocolo de San Salvador de 1988[159], ratificado por el Perú, y por ende parte de nuestra normativa nacional, toda persona tiene libertad de constituir una familia, siendo libres de optar por el matrimonio o la unión de hecho para lograr su objetivo.

Así, desde una perspectiva jurídica tradicional, la familia está formada por vínculos jurídicos familiares que se originan en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco. De esta manera, en la STC Exp. N° 09332-2006-PA/TC, del 6 de febrero de 2008, debe indicarse que la familia –desde una perspectiva constitucional–, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente

[158] Cfr. PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex (2003). *Filiación y patria potestad en la doctrina y jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica, p. 436.

[159] Se dice del "Protocolo de San Salvador" del 17 de noviembre de 1988, como el "Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales". Surge este Protocolo, como una necesidad por regular los derechos económicos, sociales y culturales a nivel regional (OEA), pues a nivel Internacional (ONU), ya existía desde 1966 el "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales".

emparentadas y que comparten el mismo techo; a lo que el TC ha tenido que establecer y configurar como evolución de esta perspectiva hacia una dinámica diferente.

Como se ha mencionado en la referida sentencia constitucional, fue la Carta de 1979 la que estableció en su artículo 9 que "la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales en cuanto es aplicable".

No obstante, el TC conociendo alguno de estos casos (problemas en el reconocimiento de los derechos derivados de estas uniones), por ejemplo, relacionados con el derecho a la pensión de viudez, ha establecido un importante criterio interpretativo en la sentencia recaída STC Exp. N° 06572-2006-PA/TC.

Así, lo que establece el artículo 5 de la Constitución es que "la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable". Es indudable que estamos ante una figura que extiende las consecuencias patrimoniales de la sociedad de gananciales a las uniones de hecho entre dos personas aptas para contraer matrimonio y que –por cualquier razón– no lo han hecho, y sin embargo viven bajo lo que se denomina "apariencia de estado matrimonial"[160].

[160] PLÁCIDO, Alex (2002). *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica, p. 249.

Estando entonces, ante una relación de pareja pública y notoria –como lo reconoce el TC en su fundamento 19–, se trata de una relación estable que, de conformidad con lo establecido por el artículo 326 del Código Civil, cumple con finalidades y deberes semejantes a los del matrimonio, es decir, hacer vida en común[161].

Asimismo, los integrantes de la unión de hecho se deben fidelidad y asistencia recíproca, tienen el derecho-deber de participar en el gobierno del hogar y cooperar al mejor desenvolvimiento del mismo, a ambos les corresponde fijar y mudar el domicilio común, sostener a la familia, brindarse ayuda y colaboración[162].

De esta manera, se afirma que las uniones de hecho en el Perú generan efectos personales y patrimoniales entre sus integrantes, siempre que cumplan con las características mencionadas en la Constitución y en el Código Civil[163]. Sin embargo, la STC Exp. N° 09708-2006-PA/TC se aparta del criterio anterior del Tribunal e interpreta que "de acuerdo al artículo 5 de la Constitución así como el artículo 326 del Código Civil, la unión de hecho daba lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, pero al haberse comportado los convivientes como cónyuges, al asumir finalidades, obligaciones y deberes semejantes a los del matrimonio, la conviviente habría adquirido el derecho a la pensión de viudez. Se considera además que las pensiones tenían calidad de bienes

[161] Vide STC Exp. N° 06572-2006-PA/TC, f. j. 19.
[162] Cfr. Puede recoger su comprensión del Título II del Libro III del Código Civil, Relaciones personales entre cónyuges.
[163] Vide STC Exp. N° 06572-2006-PA/TC, ff.jj. 20, 21, 22 y 23.

que integran la sociedad de gananciales porque sirven para el sustento de la familia"[164].

Es interesante apreciar que en este criterio, los magistrados del TC toman en cuenta el concepto de sociedad de gananciales para considerar que dado que las pensiones sirven para el sustento de la familia, forman parte de la sociedad de gananciales. Sobre el particular conviene tener presente: i) que en el régimen de sociedad de gananciales puede haber bienes propios (de cada uno de los cónyuges o de cada integrante de la unión de hecho) y bienes de la sociedad, conocidos también como bienes sociales y; ii) que son bienes sociales todos lo que se encuentran detallados en el artículo 302 del Código Civil, además lo que cualquiera de los cónyuges –para el caso, los integrantes de la unión de hecho– adquiera por su trabajo, industria o profesión; así como las frutos y productos de todos los bienes propios y de la sociedad y las rentas de los derechos de autor e inventor, de acuerdo con el artículo 310 del Código Civil[165].

No obstante, una vez producido el fallecimiento del titular de la pensión de jubilación, esta deja de operar para dar paso a las pensiones de viudez, de orfandad o de ascendientes, según corresponda[166]. Del mismo modo, una vez fallecido él o la cónyuge –o uno de los integrantes de la unión de hecho– fenece el régimen de sociedad de gananciales.

[164] Vide STC Exp. N° 09708-2006-PA/TC, f. j. 10.
[165] Esto significa que la pensión de jubilación es un bien social pues se trata de un ingreso que percibe la persona en razón de su trabajo (si bien del trabajo realizado) siempre que cumpla con las condiciones de tiempo de aportación y edad, exigidas por el Sistema Nacional de Pensiones. Vide GALLEGOS CANALES, Yolanda y JARA QUISPE, Rebeca. Ob. cit., p. 139.
[166] MEF, Dirección General de Asuntos Sociales: Informe Territorial: Los Sistemas de Pensiones en el Perú, Lima, mayo de 2004. Disponible en: <www.mef.gob.pe/ESPEC/sistemas_pensiones.pdf>.

En consecuencia, si bien las pensiones de jubilación pueden ser calificadas como bienes sociales y, por lo tanto, forman parte de la sociedad de gananciales, una vez fenecido el régimen patrimonial por fallecimiento de uno de sus integrantes, ya no corresponde hablar de bienes sociales.

Por ello, resulta importante que el TC en la sentencia bajo comentario haya profundizado la argumentación que sustenta la pensión de viudez, basándose en la acreditación de su unión de hecho con el pensionista fallecido. Por otro lado, téngase presente que el derecho a contraer matrimonio, como cualquier otro derecho, implica la posibilidad de ejercerlo o no; por lo que, las familias de hecho merecen similar protección constitucional que aquellas fundadas en la unión matrimonial.

En este aspecto, la Constitución no hace distingo alguno, pues en su artículo 4 establece que la comunidad y el Estado protegen a la familia en general, es decir, sin hacer diferencia en la forma de organización o constitución de la misma. Donde sí hace distingo es en el tipo de unión que promueven.

El mismo dispositivo señala que la comunidad y el Estado "promueven el matrimonio" y se entiende que esto sea así, pues el matrimonio tiene como consecuencia una serie de certezas jurídicas, así es más fácil acreditar la unión matrimonial ya que existe una partida o acta de matrimonio; en principio, la filiación está determinada y no se requiere del reconocimiento; por otro lado, basta con acreditar el vínculo conyugal para tener el derecho de alimentos, de herencia, de pensiones, etc.

Asimismo, al contraer matrimonio surge claramente la imposibilidad de casarse con otra persona, cosa que no sucede con las uniones de hecho pues los dos están libres de impedimento matrimonial[167]. Sin embargo, ello no justifica dar un tratamiento diferenciado a la unión de hecho, pues es tan generadora de familia como lo es el matrimonio.

Por ello, la sentencia del TC cobra gran importancia pues el criterio interpretativo establecido reconoce a los sobrevivientes de las uniones de hecho, derechos equivalentes a los que tienen los cónyuges supérstites de pensionistas fallecidos.

Ello se suma a los derechos que actualmente se reconocen en otros campos, como en el Derecho Laboral por ejemplo, donde se reconoce que el conviviente supérstite tiene derecho al 50% del monto total acumulado de la compensación por tiempos de servicios y sus intereses, que a su solicitud le será entregado por el depositario en caso de fallecimiento del trabajador compañero, de conformidad con el artículo 54 del Decreto Supremo N° 001-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 650, Ley de Compensación por Tiempo de Servicios (CTS).

De otra parte, se admite que el conviviente sobreviviente sea beneficiario del seguro de vida a cargo del empleador de su compañero trabajador (conforme al artículo 1 del Decreto Legislativo N° 688, Ley de Consolidación de Beneficios Sociales)[168].

---

[167] Cfr. BERMÚDEZ VALDIVIA, Violeta (2008). "*Avances hacia la igualdad en materia familiar: el derecho a la pensión de viudez de las parejas de hecho".* En: Jus-Constitucional. N° 6, Junio, Lima: Editorial Grijley, pp. 57 y 58.

[168] PLÁCIDO, Alex. Manual de Derecho de Familia. Ob. cit., p. 254.

Es decir, para el Derecho peruano, la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial y que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes similar a la que se produce en la unión matrimonial, además de los otros derechos ya mencionados. Por tanto, el artículo 326 del Código Civil que regula uniones de hecho requiere ser actualizado a la luz de los alcances de la constitucionalización y/o convencionalización del ordenamiento jurídico, de los aportes de la interpretación del TC y de la experiencia comparada que va equiparando cada vez más en deberes y derechos a las uniones de hecho y el matrimonio.

5.6. Los cambios en el derecho de familia como consecuencia del impacto de la constitucionalización del derecho civil y del derecho internacional de los derechos humanos

5.6.1. Ideas iniciales

Una reflexión sobre el Derecho de familia actual nos lleva casi inexorablemente a preguntarnos también sobre su futuro, habida cuenta del proceso de transformación en el que están inmersas las relaciones familiares; un proceso que siempre ha existido, pero que en estos tiempos de cambios acelerados se nos antoja aún más acentuado.

En efecto, el panorama actual de las familias nos trasmite la idea de que estamos ante una realidad jurídica inacabado, para ser más exactos, no cerrada, en la medida que está siendo desbordada por comportamientos y hechos no previstos por el legislador que reclaman su reconocimiento en el plano jurídico.

Y en este punto los cambios que se avecina no los que podemos intuir puede ser que ya se estén germinado al interior de las familias y en el conjunto de la sociedad pues, con independencia de que avatares o acontecimientos imprevistos den un giro inesperado en la evolución social, parece cierto que se puede avizorar por dónde pueden ir las cosas a partir del momento actual, aun que debemos actuar con la cautela que nos indica Caplow: "Todas las imágenes del futuro son inciertas, pero las imágenes que se derivan de las ciencias sociales son más vulnerables que las que se derivan de las ciencias físicas, puesto que los sujetos de predicciones sociológicas frecuentemente toman medidas para invalidarlas"[169].

Así tenemos los distintos modelos familiares vigentes, ya que su diversidad constituye, sin duda, la novedad más significativa del Derecho de familia actual; pero también se identificarán los cambios de comportamientos que se producen en su seno, pues precisamente son éstos los que han transformado la familia que conocíamos y los que han propiciado los nuevos tipos de relación. Con ello se quiere deshacer una práctica muy extendida de identificar los modelos familiar es casi exclusivamente por su estructura y composición, sin tener en cuenta que la situación jurídica y las conductas de las personas que la integran impregnan de un significado y un sentido a las relaciones familiares, el que no se puede apreciar desde el apriorismo de categorías dadas.

Así, identificar la familia nuclear burguesa que se consolida normativamente tras la entrada en vigor de los Códigos de influencia napoleónica, con la que

[169] CAPLOW, Theodore. (2000). *La familia del siglo XXI*. Tezanos, J F (ed.), Escenarios del nuevo siglo, Madrid: Editorial Sistema, pp. 389 ss.

actualmente tiene su origen en el matrimonio heterosexual, porque ambas se integran por los cónyuges y los hijos menores, es desconocer que aquélla resultó ser un elemento de una estructura social caracterizada por la desigualdad intrínseca de las mujeres y los hombres, y de estos entre sí, dominada por la supremacía de un sujeto de derechos que se identificaba con el hombre burgués que ejercía su hegemonía en las relaciones sociales y económicas así como en la política, y también en la familia, a través de la cual se aseguraba la reproducción social del modelo; de ahí que esta familia burguesa se organizara interiormente bajo los principios de desigualdad y sometimiento, incompatibles con la igualdad y la libertad que ahora informan la familia matrimonial.

Precisamente ha sido la transformación del matrimonio, debido al cambio de la situación jurídica de los cónyuges ya la influencia de los comportamientos que lo acompañan, lo que ha permitido que se regule la posibilidad de que puedan contraerlo las personas homosexuales, sin que deba considerarse que se vulnera la Constitución, un acontecimiento que se ha debido al hecho de que hayamos perdido el rastro de aquella institución que regularon los viejos Códigos.

5.6.2. El impulso de los derechos fundamentales

El impulso de los derechos fundamentales ha sido, sin duda, de enorme importancia para los cambios que se han operado en el Derecho de familia unido, claro está, a los cambios en los comportamientos individuales ya una mayor

tolerancia social hacia los mismos, y esto se debe a la influencia del neoconstitucionalismo y del Estado constitucional[170].

Y así la labor desarrollada por la jurisprudencia constitucional -caso España, Colombia- y las modificaciones normativas aprobadas por unos Parlamentos más sensibles con las demandas sociales y, especialmente, con las reivindicaciones de los movimientos feministas, así como la evolución de la doctrina hacia una concepción de la familia más acorde con los principios democráticos, han sido determinantes para que una institución, que se organizaba conforme a los principios de desigualdad y sometimiento, derivara en un tipo de relaciones presididas por la igualdad y la libertad, además de otros derechos; y han venido a ser concluyentes también para el reconocimiento de la pluralidad de modelos familiares más acordes con la diversidad que caracteriza a las sociedades contemporáneas[171].

Y en efecto, la transformación del Derecho de familia exigió de un proceso, no exento de dificultades, que se extendió durante la segunda mitad del siglo XX, en el que los derechos fundamentales fueron mostrando sus distintos semblantes hasta configurar el rostro del Derecho de familia actual[172].

En este recorrido se produce una evolución en la aplicación de dichos derechos, propiciada sin duda por las nuevas situaciones que van surgiendo en el

[170] Ver: ROBLES TREJO, Luis y otros (2016). *El paradigma neoconstitucionalista*…Ob. cit. pp. 21-74.
[171] En el caso peruano es relevante la sentencia en primera instancia del caso Oscar Ugarteche, que hoy se encuentra esperando el pronunciamiento del TC.
[172] Ver: MENDOZA ESCALANTE, Mijael (2009). *Derechos fundamentales y derecho privado*. Lima: Palestra Editores, pp. 13 y ss.

devenir social y por las demandas de los diferentes colectivos, pero también por una renovación del pensamiento que ha ido aportando nuevas miradas al contenido de los derechos fundamentales, con lo que se ha ido ampliando su ámbito de eficacia[173].

Si se observa el camino recorrido con una cierta perspectiva, se podría entender que las posibilidades que nos brindan estos derechos para provocar modificaciones legales se han agotado; que no cabe extraer de los mismos otras consecuencias que las que ya se han puesto de manifiesto, habida cuenta de que en algunos países, como el nuestro, se ha reconocido a los homosexuales el derecho a contraer matrimonio, lo que supone, quizás, el cambio más trascendental que se ha producido en esta institución y en todo el Derecho de familia, y que nos puede hacer pensar que las novedades en este ámbito han tocado techo.

Así, el tratamiento de otras realidades que a partir de ahora se puedan producir ha de hacerse con criterios de oportunidad política, sin que estén envueltos necesariamente los derechos fundamentales de las personas; pero parece que ello no sea así, pues no se puede aventurar que en el futuro se planteen otras reivindicaciones en cuya solución se involucren los reiterados derechos.

Y algo más que no podemos ignorar: la potencialidad de tales derechos para desarrollar líneas de interpretación no consideradas inicialmente, o aportar soluciones que en su momento no se estimaron. De ahí que se pueda apreciar una evolución en la aplicación de los derechos fundamentales impulsada, como hemos

[173] Ibidem

dicho, por las transformaciones sociales, pero también por los cambios de mentalidades o por el avance en las técnicas de aplicación.

Y en todo esto se debe tener en cuenta, igualmente, el impulso de los derechos consagrados en los Tratados Internacionales, que constituyen parámetros de interpretación de las normas constitucionales en esta materia (art. 55 y 4ta DFCE), como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás Convenios impulsados por NNUU; aunque también son fuentes normativas de soluciones, lo que ocurre con la Convención Interamericana de Derechos Humanos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos cuyo art. 10, sobre derecho al respeto de la vida familiar, y el art. 12, referido al derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, han propiciado importantes resoluciones. En esta línea, también se han de tener presentes las sentencias dictadas por el TC o PJ, con pronunciamientos sobre la familia[174].

Son muchos los derechos fundamentales que están implicados en las relaciones de familia, cuya interpretación se debe impregnar de los valores que representan y de los principios en los que se inspiran; en estas páginas, por razones de espacio, se reparará en tres de ellos como son la igualdad, la libertad, y el libre desarrollo de la personalidad, por ser estos principios constitucionales los que más han influido en la transformación del Derecho de familia, y los que sin duda marcarán su futuro.

[174] Cfr. NOGUERA ALCALA, Humberto (2009). *La interpretación constitucional de los derechos humanos*. Lima: Ediciones Legales, pp. 265-290, referido a la interpretación en materia del bloque constitucional de derechos fundamentales.

5.6.3. La igualdad

5.6.3.1. La igualdad formal

La aplicación del principio de igualdad[175], ha sido clave para la evolución de la familia. Nos referimos, más en concreto, a la igualdad de los cónyuges y a la de los hijos con independencia de su filiación. Muchas han sido las reformas legislativas que se han llevado a cabo a fin de hacer realidad esta exigencia fundamental.

En nuestro país, tras la entrada en vigor de la Constitución, se aprobaron diferentes leyes para adaptarla normativa reguladora de la familia a las exigencias del principio de igualdad, aunque todavía quedan vestigios de discriminación por razón de sexo en la elección del apellido de los hijos, que otorga una preferencia al padre para su determinación, que solo se explica por la influencia que aún tiene el principio de unidad de la familia en torno al *pater*; una situación que ha sido superada en muchos países de nuestro entorno y que requiere de una reforma del Derecho positivo.

5.6.3.2. El alcance de la igualdad sustancial

La igualdad entre los hombres y las mujeres adquiere otra dimensión cuando se traspasa la declaración formal de la misma y se repara en la igualdad sustancial de ambos. Y ello ocurre cuando se toma conciencia de la discriminación real en la que se encuentran aquéllas en muchas esferas de la vida social, y también en la

[175] Ver: CARBONELL, Miguel (Coord.) (2003). *El principio constitucional de igualdad /Lecturas de introducción.* México: Comisión Nacional de Derechos humanos, pp. 69 y ss.

familia, a pesar de las reformas legislativas que han extendido la igualdad formal a todo el ordenamiento, con las carencias antes expuestas.

Ante esta realidad y la reflexión que provoca, se produce un nuevo impulso en la aplicación del reiterado principio de igualdad, cuyo objetivo es conseguir que sea realmente efectivo. Con este planteamiento nos colocamos en el plano de la igualdad sustancial, exigencia del Estado Democrático y Social, que obliga a los poderes públicos, como dice el art. 43 CE, a promover las condiciones y remover los obstáculos para el desarrollo integral no solo de la nación sino también de las personas[176].

De la lectura de tal norma y de la aplicación que se ha hecho pudiera parecer que nos referimos a medidas y acciones que tienen más que ver con políticas públicas de promoción de las mujeres que con el Derecho de familia; y esta impresión se acentúa aún más si pensamos en las acciones positivas que se han convertido en pieza emblemática de la aplicación de este artículo, más por la perplejidad que aún causa a algunos juristas que por su utilización real. Sin embargo, no se puede afirmar que la exigencia de la igualdad sustancial de mujeres y hombres sea ajena a las relaciones que se dan en el seno de la familia, por muy variadas razones.

La idea antes desarrollada también ha impulsado otras reformas legislativas que si bien no son específicas del Derecho de familia no se les puede negar su incidencia en el conjunto de relación es que aquél regula. Esta renovada filosofía

[176] Ver: GARCIA TOMA, Víctor (2013). *"El Estado peruano como Estado social y Democrático de Derecho"* En: GUTIERREZ, Walter (Director). La Constitución Comentada / análisis articulo por articulo. Tomo I, Lima: Gaceta Jurídica Editores, pp. 925-942.

sobre las responsabilidades de los padres y las madres o de los miembros de la pareja está presente en las disposiciones que regulan la conciliación de la vida laboral, personal y familiar correspondientes normativas -que reconoce tanto a los hombres como a las mujeres los derechos para la atención y cuidado de los hijos y personas dependientes, incluso en circunstancias que nos podrían llevar a la convicción que sólo afectan a las madres, como la lactancia, permitiendo al padre que pueda hacer uso de los derechos correspondientes cuando la alimentación no sea por leche materna, o compartir el permiso de maternidad.

Una Ley que profundiza en la idea expuesta con el permiso que concede a los padres tras el nacimiento, adopción o acogimiento de un hijo, simultáneamente al que tiene la madre, por un plazo aún limitado; una decisión que con el tiempo se pretende equiparar en su extensión al permiso de maternidad. Se supera así la vieja idea de que la maternidad incumbe exclusivamente a las mujeres, y se involucra a los padres en la atención y cuidado de los hijos desde su nacimiento o adopción, también desde el acogimiento, facilitando así que desde el principio se creen lazos afectivos más intensos y se asuman de manera más efectiva las responsabilidades que con ellos se tiene. Disposiciones como éstas están llamadas a impulsar cambios de comportamientos de los miembros de la pareja, y de las madres y los padres, que tendrán, sin duda, reflejo en las relaciones familiares.

A tal fin debemos tener presente las resoluciones que se están dictando acerca de la guarda de los hijos tras la crisis matrimonial, que en un alto porcentaje se atribuye aún a las madres, con la contestación cada vez más acusada de muchos padres; parece claro que las razones que justifican la preferencia por las madres

tenderán a diluirse cuando aquellos demuestren las mismas condiciones y disposición a asumirla custodia y guarda de sus hijos, con lo que el conflicto entre padres y madres se acentuará, y lo que parece más importante, las razones para optar por uno u otro serán muy similares, sin que el recurso al interés de los hijos, que debe ser el predominante, pueda aportar una solución en todos los casos.

Hasta ahora hemos reseñado manifestaciones del principio de igualdad de hombres y mujeres en las relaciones de familia que se desenvuelven en el plano de la igualdad formal, en la medida que sus previsiones afectan en los mismos términos a los dos sexos, si bien, como hemos dicho, estén motivadas por exigencias de la igualdad sustancial.

Sin embargo, puede ser que la consecución de esta igualdad requiera de otro tipo de intervención legislativa, en la que se prevean acciones referidas más específicamente a las mujeres, entre las que están las acciones positivas, medidas éstas, como es sabido, admitidas por la jurisprudencia constitucional con determinados requisitos.

Generalmente éstas se han adoptado para propiciar la participación de las mujeres en espacios de relación en los que aún no han conseguido una presencia efectiva a pesar de su preparación y aptitud. Sin embargo, hay otros supuesto que debemos reseñar pues afectan a las familias; que ha llevado al centro del debate, y del conocimiento del Tribunal Constitucional, el distinto tratamiento que se les dispensa a las mujeres y hombres. Así, se incluye dentro de los tipos agravados de lesiones, uno específico que incrementa la sanción penal cuando la agresión se produzca contra quien sea o haya sido la esposa del autor, o mujer que esté o haya

estado ligado a él por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia; también se castiga como delito las coacciones leves y las amenazas leves de cualquier clase cometida contra las mujeres mencionadas**.**

5.6.4. La igualdad de las familias

La igualdad también se ha hecho valer en el Derecho de familia como argumento para reclamar el reconocimiento jurídico de otras realidades. Más en concreto, se ha recurrido a este derecho para fundamentarlas reclamaciones de los convivientes *more uxorio* para que se le apliquen los efectos del matrimonio.

El principio de igualdad en el tema que nos ocupa tiene una aplicación diferente según hagamos referencia al estatuto matrimonial, es decir, el que regula las relaciones internas de la pareja imponiendo derechos y obligaciones, o al beneficio de los derechos sociales, pues si bien en el primer caso se está ante realidades diferentes, en el segundo, por el contrario, no se puede afirmarlo mismo.

Los derechos sociales atienden a necesidades que se plantean en determinadas circunstancias, y éstas las puede tener tanto el matrimonio como la pareja de hecho, sin que el estatuto jurídico de uno y otro tenga relevancia suficiente para desvirtuar o anularla similitud o identidad de presupuestos para el ejercicio de tales derechos; vulneran, pues, el principio de igualdad aquellas disposiciones que no siendo *strictu sensu* de Derecho de familia tienen a ésta como destinatarias de beneficios y prestaciones típicas del Estado social.

Muy distinto es el caso de los homosexuales que reclaman un estatuto matrimonial, pues la realidad de la que parten, convivencia con pretensión de ser un matrimonio, no difiere de este último, como ocurre con las parejas de hecho en las que la opción implícita o explícita es otra. La cuestión que se nos plantea en este supuesto es la de indagar si la heterosexualidad del matrimonio forma parte de su contenido esencial y, ligado a ello, si este requisito tiene la suficiente trascendencia constitucional para justificar un distinto tratamiento a las parejas homosexuales.

Se puede legítimamente entender que la última transformación del matrimonio es la pérdida de la exigencia de la heterosexualidad, y que en todo caso esa nota no integra su contenido esencial y, por consiguiente, no está en el núcleo básico de la figura que se preserva mediante la garantía institucional. Por ello, idear o defender una regulación de las parejas de homosexuales que quieren formalizar un proyecto de vida semejante al conyugal, diferente a la disciplina matrimonial, encontraría la dificultad real de identificar esa diferencia, como no fuera la de dar una menor protección a los intereses de los homosexuales, difícilmente justificable en el plano constitucional.

5.6.5. La libertad y el libre desarrollo de la personalidad

5.6.5.1. La libertad en las relaciones familiares

La libertad es una exigencia evidente de la Constitución. Sin embargo, su aplicación al Derecho de familia no ha sido tan relevante como la del principio de igualdad. Una explicación la podemos encontrar en el hecho de que las normas

constitucionales hacen mención específica a la igualdad tanto en el matrimonio como respecto de los hijos, lo que ha obligado a remover todas las disposiciones que lo vulneran, y no suelen contener, por el contrario, una referencia expresa a la libertad; aunque se debe tener en cuenta que la libertad está muy ligada a la igualdad, sobre todo en la relación conyugal, pues el principal obstáculo para que las mujeres pudieran actuar con autonomía estaba en el sometimiento a la autoridad del marido: conseguida la igualdad se alcanzaba también la libertad.

Sin entrar ahora en la dialéctica igualdad-libertad que tantos debates ha suscitado, no se puede negar que esta última tiene un campo propio de actuación en las relaciones familiares; incluso se podría decir que se ha convertido en la impulsora de los comportamientos que se están desarrollando en estos ámbitos de relación: libertad para constituir una relación de familia, libertad en su desenvolvimiento y libertad en su extinción, con importantes límites, como veremos, en lo que respecta a las relaciones paternofiliales.

5.6.5.2. La libertad en las relaciones de pareja

Es la persona y su autonomía la indudable protagonista del sistema de valores del Estado Democrático; la libertad es pues una exigencia básica para el funcionamiento de la sociedad, y también de las familias.

Su aplicación a las relaciones de pareja, esencialmente al matrimonio como figura emblemática de este tipo de relación, ha tenido una evolución parecida a la que hemos reseñado para la igualdad, en el sentido de que sus posibilidades se han ido perfilando a lo largo de los años, al hilo de comportamientos nuevos o de

reclamaciones que han ido surgiendo, pero también impulsada por un pensamiento que ha avanzado hacia mayores cuotas de libertad personal en el tema que nos ocupa, cuya aplicación ha sido posible por una técnica jurídica más depurada.

Muchas son las reformas que se han producido en el Derecho de familia motivadas por las exigencias de la libertad, que han tenido como objeto la regulación de la edad para contraer matrimonio, en el entendimiento de que aquélla solo se puede ejercer desde la madurez personal, los impedimentos para contraerlo o los vicios del consentimiento.

También, la libertad ha impulsado interpretaciones nuevas de los tradicionales derechos y obligaciones de los cónyuges, siendo especialmente incisivas en lo que respecta a los comportamientos sexuales, anulando el débito conyugal por una nueva concepción de la autonomía de los cónyuges en lo concerniente a las relaciones sexuales, la utilización de anticonceptivos o la decisión de abortar; una autonomía que se le ha reconocido más específicamente a las mujeres por ser éstas las más afectadas por este tipo de decisiones.

La libertad también ha estado presente en la interpretación del deber de convivencia, que se ajusta más a las exigencias y necesidades de unos cónyuges con proyectos profesionales y laborales propios que pueden ser divergentes, y se muestra más respetuosa con la autonomía personal. Se acentúa pues el individualismo en las relaciones de pareja a la que hay que reconocer capacidad de decisión para organizar internamente la convivencia con el límite del respeto a cada uno. La regulación de estos derechos y obligaciones tenderán en el futuro a

acentuar la protección de los derechos fundamentales de los cónyuges más que a definir su contenido.

Es el divorcio, sin duda, el que más ha acusado la influencia del pensamiento de la libertad que influirá en su desenvolvimiento futuro. Y esta libertad de decidir que facilita el divorcio también debe tener su reflejo en la regulación de sus consecuencias, pues éstas no pueden ser tan gravosas que limiten la autonomía de decisión y el desenvolvimiento futuro de las personas tras la crisis, sobre todo en lo que respecta a la constitución de nuevas relaciones de parejas, que se pueden ver *hipotecadas* por unas excesivas responsabilidades patrimoniales.

5.6.6. El libre desarrollo de la personalidad

El libre desarrollo de la personalidad se ha convertido de un tiempo a esta parte en el impulsor de muchas de las transformaciones que se han operado en el Derecho de familia. Se ha visto como el fundamento más acertado para legitimar constitucionalmente muchas de las reivindicaciones que se han planteado a los poderes públicos, sobre todo aquellas que tienen que ver con la libertad de comportamientos ligados a la opción sexual o afectiva, o con las decisiones sobre la paternidad o maternidad.

Centrándonos en algunos de estos supuestos, han sido sin duda los colectivos de homosexuales y de transexuales los que más activamente han enarbolado la bandera del libre desarrollo de la personalidad para argumentar el reconocimiento de sus derechos, entre los que están la posibilidad de constituir una familia y, más concreto, la de contraer matrimonio.

En estos supuestos no nos enfrentamos ante situaciones recientes o comportamientos novedosos, pues son tan antiguos como la humanidad, sino ante un cambio de mentalidad más respetuosa con las opciones individuales y dispuesta a aceptar la diversidad social; un cambio de mentalidad que ha trascendido a los valores que informan los derechos fundamentales, siendo así que éstos muestran su permeabilidad a las concepciones éticas y morales vigentes al tiempo en el que tienen que aplicarse. Y no cabe duda que nuevos comportamientos o aptitudes encontrarán en este derecho el fundamento constitucional para su reconocimiento.

5.6.7. Otra forma de entender la maternidad y la paternidad

5.6.7.1. La constitución de la relación paterno filial

Se puede observar un comportamiento diferente de las personas respecto de la maternidad y paternidad, en el sentido de que cada vez están más ligadas a una decisión voluntaria de asumir tal responsabilidad; un planteamiento muy alejado del fatalismo del acto biológico de la unión sexual y posterior procreación. Esta actitud se pone de manifiesto en la paternidad biológica, que normalmente es el resultado de una decisión previa acerca del número de hijos que se quiere tener y su frecuencia.

En este cambio de comportamiento han influido muchos factores, cuya raíz última es la libertad personal, favorecidos por la extensión de los anticonceptivos y la legalización del aborto, reivindicaciones de los movimientos feministas de los años sesenta y setenta que hicieron de la libertad sexual su bandera, y propiciaron importantes reformas en este sentido.

También se aprecia con nitidez este origen voluntario de la maternidad y paternidad en el recurso a las técnicas de reproducción asistida pues su aplicación requiere necesariamente el consentimiento de la mujer así como del marido o compañero que quieren asumir tal paternidad, siendo así que en los casos de inseminación hetérologa viene a ser el soporte único de la relación paterno filial, que no se concibe, como la adopción, como una medida de protección de la infancia sino como la realización de la aspiración de ser madre y padre, manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Las posibilidades que brindan los avances científicos sobre el material genético van más allá de estas técnicas, y nos enfrenta a una serie de cuestiones cuya respuesta no resulta fácil, ya que concitan las convicciones más profundas acerca del origen de la vida y la intervención del hombre. Se tiene la sensación de que estamos solo al comienzo de unas transformaciones que acaso no podamos ni siquiera intuir: las investigaciones sobre el genoma humano así como las técnicas de clonación son dos descubrimientos científicos de gran trascendencia que auguran importantes cambios en este campo.

Igualmente, la libertad de decidir sobre la maternidad o paternidad resplandece en la adopción. Especial referencia merece esta vía de acceso a la paternidad por la extensión espectacular que ha tenido en estos últimos años, sobre todo en su dimensión internacional.

Aunque la adopción se concibe desde la perspectiva de protección de los niños y las niñas, no se puede negar que con la misma se realiza el deseo de ser padres o madres, no requiriéndose que éstos sean infértiles, sino la existencia de

un menor que necesite de este tipo de protección, y la decisión por parte de personas mayores de edad de adoptar, así como la idoneidad para ello.

La dimensión que tiene esta paternidad no biológica obedece a razones muy diferentes, entre las que queremos resaltar la fuerza que adquiere la voluntad como impulsora de la idea de ser padres, una voluntad que refleja asimismo la superación de los prejuicios que tradicionalmente han pesado acerca del origen de estos menores, y que es más evidente respecto a la adopción internacional, en la que se abandonan los recelos que pudieran suscitar otras culturas o etnias. Un fenómeno éste que nos evoca la multiculturalidad de las familias españolas que trataremos con posterioridad.

Estas otras vías para ser madre o padre han propiciado un fenómeno hasta hace muy poco tiempo singular; nos referimos a la posibilidad de *concebir un hijo*, jurídicamente hablando, en solitario, ya sea por una mujer, recurriendo a las técnicas de reproducción asistida o la adopción, o también por un hombre en este último supuesto, opciones todas que encuentran en la libertad personal su justificación.

Encontramos pues que se constituyen *adinitio* familias mono parentales que excluyen de la relación paternofilial el padre o la madre, de tal forma que ésta se concibe por sus protagonistas como una relación que solo tiene una referencia. Este tipo de familias ya no es el resultado de una serie de circunstancias que en el curso de la relación han quebrado el modelo hasta hace poco imperante, es decir, el de contar con un padre y una madre, como pueden ser la muerte de uno de los progenitores, o la crisis familiar que ha llevado a que la convivencia se realice con

uno solo de ellos, sino que responde a una concepción muy diferente de las familias, resultado de la libertad personal.

Pero quizás, el cambio más sobresaliente que en estas relaciones se ha dado tiene que ver con el reconocimiento a las parejas homosexuales de la posibilidad de adoptar, pues en este caso los progenitores son del mismo sexo, a los que se alude con las menciones de «A-Cónyuge» y «B-Cónyuge» o las de «A-progenitor/a» y «B- progenitor/a» para los casos de matrimonios o progenitores del mismo sexo.

Con estas maternidades o paternidades se ha trastocado definitivamente un tipo de familia todavía muy presente en el imaginario colectivo, que descansa en un padre y una madre. Esta última reforma ha suscitado una gran controversia en la sociedad, alegando los que se oponen a ella el interés de los niños como argumento decisivo para invalidarla.

Es cierto que la adopción se concibe como un medio de protección de los menores, en la que debe prevalecer el interés de aquéllos. Dicho esto, no se puede entender que su defensa solo es viable mediante un tipo de relación paternofilial, pues esta interpretación tiende a proyectar sobre los adoptados unas determinadas convicciones que solo responden a una visión parcial de una la realidad mucho más diversa y compleja, en la que está la unión homosexual de indudable vigencia social; unas convicciones, por otro lado, que no tienen que coincidir con las necesidades concretas del adoptado.

En otro plano, tampoco se puede hacer descansar la solución en un supuesto derecho a adoptar, porque tal no existe en el plano jurídico, lo que no impide que el libre desarrollo de la personalidad ligado al principio de igualdad requieran que la solicitud de estas parejas deba ser considerada como las demás a fin de valorar en cada caso el interés de ese menor que puede ser adoptado.

Estos comportamientos nos sitúan en un universo familiar alejado de los planteamientos tradicionales, que de seguro inciden en la conformación colectiva de las mentalidades y tendrán su reflejo en el futuro.

5.6.7.2. La libre investigación de la paternidad y el derecho a conocer el origen biológico

El hecho de que la maternidad y la paternidad estén más ligadas a la decisión voluntaria de asumirla implica que la relación jurídica paternofilial no tiene siempre que coincidir con la biológica, y así la identificación de una y otra que llegó a ser una aspiración de la sociedad, está siendo superada por estos comportamientos.

En efecto, la investigación de la paternidad ha sido una exigencia de los colectivos feministas a fin de posibilitar que las madres solteras pudieran reclamar a los padres el cumplimiento de sus obligaciones respecto de los hijos que habían concebido, en un tiempo en el que el ejercicio de las acciones correspondientes estaba muy mediatizado por las limitaciones que se imponían a la demostración de la paternidad, excluyendo incluso la utilización de las pruebas biológicas.

Sin negar la fuerza que aún tiene el principio de veracidad biológica, aunque las circunstancias sean distintas, sí cabe señalar una nueva dimensión del mismo, referida en este caso a los hijos, y que se concreta en el derecho de éstos a conocer su propio origen biológico, un derecho que se fundamenta en la dignidad y en el libre desarrollo de la personalidad, en el que también está implicado el principio de igualdad, y que ha sido denominado como derecho a la identidad. La peculiaridad de este derecho está en que no se cuestiona la filiación jurídica que ya tiene la persona, ni que se quieren extraer consecuencias jurídicas de la relación biológica, pues lo que se pretende únicamente es saber quiénes son los padres naturales como presupuesto para conocer su propio origen. En concreto, este derecho se ha planteado respecto del anonimato de la madre, en los supuestos de inseminación heteróloga y en los casos de adopción.

Las soluciones en Derecho comparado no son uniformes, a lo que ha contribuido también la STEDH de 13 de febrero de 2003 (asunto *Odier contra Francia*) que resolvió el caso de una ciudadana francesa adoptada a la que se le había denegado saber sobre su madre biológica, argumentado el Tribunal que existe un "margen de apreciación que debe ser reconocido a cada Estado en razón del carácter complejo y delicado de la cuestión del secreto de origen" (Aguilar Ruiz, 2005: pp. 819 ss). Y en efecto, estamos ante una cuestión compleja en la que se involucran el derecho a la identidad biológica que se les debe reconocer a todas las personas, y la libertad de los que quieren mantener en secreto su implicación en la procreación.

Como ya hemos puesto de manifiesto, el impulso de los derechos fundamentales se ha convertido en crucial para el desenvolvimiento del Derecho de familia, cada vez más centrado en preservar a los miembros que la integran que en disciplinar las relaciones entre ellos conforme a un modelo o modelos preestablecidos. Dándose la paradoja de que este proceso, que podría llevar a una sensible disminución de las normas que disciplinan las relaciones familiares, ha supuesto multiplicar las normas que la regulan para garantizar los derechos de las personas.

5.6.7.3. El ejercicio de la patria potestad

El ejercicio de la patria potestad ha dado un giro importante con la Convención de los Derechos de los Niños (2 de septiembre de 1990),Y en efecto, la misma viene a confirmar la ciudadanía de los menores de edad, titulares de derechos fundamentales y destinatarios de políticas públicas de protección. Unos menores que han dejado de ser exclusivamente miembros de la familia para fortalecer su propia personalidad e identidad, que se han de respetar en el ejercicio de la patria potestad.

Y en este cambio de rumbo, los derechos fundamentales de los niños y las niñas se han convertido en el eje vertebrador de las facultades de los padres; cuestiones como el tratamiento médico que se les debe dispensar, la elección del modelo educativo, a pesar de lo que dispongan las normas que lo regulan, su opción ideológica o religiosa, por poner algunos ejemplos, deben ser tratadas desde la autonomía del menor de acuerdo con su capacidad natural y siempre atendiendo a su interés

En las mismas se debe asumir como criterio para reconocer la autonomía de los menores su capacidad natural –como ya viene diciendo la jurisprudencia- y abordar con más extensión los aspectos que conforman la patria potestad. En el fondo de las cuestiones que estamos planteando está la naturaleza del derecho de los padres a sus hijos, su alcance y límites, que merece una reflexión más profunda que tendremos que abordar los juristas en clave constitucional.

5.6.8. Las relaciones de las familias recompuestas o complejas

Una consecuencia de la extensión del divorcio como salida a la crisis conyugal, aunque no la única, ha sido la formación de nuevas familias entre cónyuges o parejas que vienen de una relación anterior de la que han tenido descendencia. Son las familias reconstruidas o complejas, en las que conviven o se relacionan hijos de diferentes uniones, y que pueden establecer lazos de afectividad y dependencia con la nueva relación de su padre o madre o con los hijos de éstos.

Nos encontramos pues ante familias cuyos cauces de relación en el plano jurídico se integran en las figuras previstas legalmente: el matrimonio o el régimen de las parejas de hecho, la filiación y la patria potestad, y en las que no caben en principio los vínculos que antes hemos descrito. Es de prever que en el futuro este tipo de familias se multiplique e, incluso, que gane en complejidad, dada la diversidad de modelos y relaciones ya existentes, y la importancia de la libertad personal como impulsora de los comportamientos familiares.

La pregunta que cabría hacerse, en consecuencia, es si se debe proceder a institucionalizar todas las relaciones que se establecen en su seno y, más

concretamente, las que surgen entre los hijos de uno y otro miembro de la pareja, y las de éstos con los de su cónyuge o conviviente, a fin de asumir una realidad que ya existe.

El camino a recorrer no debe ser tal, pues crear nuevos parentescos o relaciones asimiladas puede llevar a un excesivo rigor en este tipo de familias, imponiendo obligaciones y derechos que se sumarían a los que ya los tienen respecto a sus familiares. Lo dicho no debe ser óbice para que la situación descrita carezca de toda consecuencia jurídica e, incluso, que en el algún caso se tome en cuenta, por ejemplo para nombrar un tutor, o constituir un acogimiento, es decir en supuestos en los que las circunstancias concretas aconsejen esta opción.

5.6.9. La internacionalización de las relaciones familiares y la multiculturalidad

5.6.9.1. La internacionalización de las relaciones familiares

En la actualidad es frecuente que se establezcan relaciones familiares entre personas de distintas nacionalidades, bien por el fenómeno de la inmigración al que haremos referencia, o por la mayor movilidad territorial de la población actual y también por las posibilidades que brindan las nuevas tecnologías de la comunicación.

Los problemas en estas relaciones surgen generalmente en situaciones de crisis, en las que la armonía deja paso a la confrontación, y como consecuencia de ello, a la diversidad de regímenes aplicables y, con frecuencia, al alejamiento de los miembros que pasan a residir en países diferentes. La situación descrita requiere

generar instrumentos de ámbito supraestatal dirigidos a solucionar la confrontación de los intereses de los miembros de las familias.

En el ámbito internacional cabe resaltar el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, de 25 de octubre de 1980 y el Convenio de Luxemburgo sobre reconocimiento, ejecución y restablecimiento de la custodia de menores, además de otros referidos a la obtención de alimentos. En lo demás se habrá de estar a las disposiciones de Derecho internacional privado, a no ser que exista un Convenio bilateral con el país implicado en el conflicto familiar.

En todo caso estos instrumentos jurídicos solo reparan en la epidermis del problema, es decir su tratamiento en sede procesal, sin abordar las razones de fondo: la disparidad de regímenes jurídicos que disciplinan las relaciones familiares. Las dificultades para acercarlos en el plano internacional son evidentes, aunque no se puede despreciarla virtualidad de los Convenios Internacionales que reconocen derechos a las personas en el seno de las relaciones de familia.

5.6.9.2. La multiculturalidad de las familias

Uno de los acontecimientos que están llamados a cambiar el panorama social de Perú es, sin duda, la llegada masiva de extranjeros en muy pocos años. Sin entrar en otro tipo de consideraciones acerca de la inmigración, lo que sí parece cierto es que tal fenómeno nos enfrenta a un hecho irrefutable, el de la multiculturalidad de las sociedades contemporáneas, que es también evidente en el tema que nos ocupa.

Como es bien sabido, los modelos familiares, su extensión y sus relaciones, están muy condicionados por la cultura, la política, la religión, la economía y los otros factores que conforman cada sociedad. De ahí que estos inmigrantes aporten nuevos modelos o comportamientos familiares, diversificando la tipología de las familias.

El fenómeno expuesto nos enfrenta dos cuestiones. Una primera, consistente en la compatibilidad de los comportamientos familiares de algunas culturas con las exigencias del Estado Democrático, y una segunda, referida al reconocimiento de los diferentes modelos de familia por el Ordenamiento jurídico.

Respecto a la primera de las cuestiones planteadas, como se puede intuir fácilmente, los problemas han surgido en mayor medida con los emigrantes que proceden de países en los que rigen las leyes islámicas, claramente incompatibles en muchos aspectos con el orden de valores constitucionalmente consagrados.

Nos referimos a hechos como la poligamia, o al matrimonio concertado, a la distinta posición jurídica de las esposas o hijas en las relaciones de familia y, también, a otro mucho más cruel, como es la ablación de los genitales. Y hay que decir que la solución a estos problemas no es fácil, pues con frecuencia no afloran al exterior, manteniéndose en los espacios privados de la convivencia familiar. Además, algunas de estas prácticas las realizan en los países de origen a los que se desplazan, por ejemplo, para contraer un matrimonio que ha sido arreglado previamente, lo que dificulta sobre manera la aplicación de las normas que se pudieran elaborar a fin de erradicarlas.

La posición al respecto es firme, es decir, la aplicación de los principios y valores que se consagran en el texto constitucional a estos comportamientos y tipos de relaciones familiares que se le opongan.

5.7. Validación de la hipótesis

La hipótesis planteada en la investigación: "El derecho internacional de los Derechos Humanos viene incidiendo positiva y directamente en la nueva configuración del derecho de familia en el Perú, como consecuencia del desarrollo jurisprudencia del derecho a la igualdad, libertad y libre desarrollo de la personalidad, lo cual está generando cambios en las instituciones del derecho de familia", ha quedado confirmada en merito a los siguientes fundamentos:

Primero.- Decir que los cambios en nuestros tiempos se suceden a un ritmo vertiginoso es sin duda un lugar común, tanto la afirmación general, como una particular referida al Derecho. Especialmente en Derecho Constitucional el ritmo de cambios es tal que cuando aún no hubo tiempo de procesar y comprender algunos de ellos, ya aparecen nuevas cuestiones.

Dentro de la polémica y criticable expresión de "neoconstitucionalismos" encontramos cambios que no significan más que una forma de aproximación a la interpretación constitucional (basada en nuevas visiones del fenómeno constitucional), con consecuencias trascendentes. En esta línea podría mencionarse al "Estado constitucional de Derecho"[177] y la "Constitucionalización del

[177] Cfr. HABERLE, Peter (2003). *El Estado Constitucional*, Lima-México: PUCP -UNAM.

derecho"[178] el cual ha impactado en la confirmación del ordenamiento jurídico y las diversas áreas del derecho, donde el Derecho civil no escapa a esta realidad, de allí que se hable ahora del "Derecho civil constitucionalizado"[179].

Pero también este nuevo constitucionalismo requiere reformas constitucionales poniendo en tela de juicio, a veces en forma novedosa y otras con más insistencia, ciertos paradigmas que parecían consolidados, como el principio de separación de poderes clásico, el control judicial de la actuación de los gobernantes, en especial respecto a las leyes y a la posibilidad de que sean desaplicadas sin ser consideradas inconstitucionales, etc.

Segundo: El Estado Constitucional demanda un respeto por los derechos fundamentales, además, de abstenciones y de respeto por la esfera de autonomía del individuo, la observancia de auténticos mandatos de actuación no omisiva y deberes de protección enfrente de la actuación del poder público, así como enfrente de los propios particulares[180].

En ese sentido, la constitucionalización del ordenamiento jurídico programa las disposiciones normativas que deben demarcar rigurosamente los poderes estatales y salvaguardar con claridad los derechos fundamentales. Entonces, el Estado constitucional propugna, primero, colocar a la Constitución como principal fuente de juridicidad y en segundo lugar, exige que la Constitución tenga como

[178] Cfr. LANDA ARROYO, Cesar (2018). *La constitución del Derecho. El caso del Perú*. Lima: Editorial Palestra.
[179] Cfr. ETO CRUZ, Gerardo (2000*). Introducción al Derecho Civil constitucional*. Trujillo: Editora Normas Legales.
[180] Sobre el efecto horizontal de los derechos fundamentales consultar las SSTC Exps. N°s 01938-2007-PA/TC, ff.jj. 9 y 10 del voto del magistrado Álvarez Miranda; 00607-2009-PA/TC, f.j. 3 y 4; y,, 00081-2010-PA/TC, f. j. 5.

contenido, uno materialmente jurídico. A diferencia de la ley que era un concepto meramente formal de Derecho: "había Derecho cuando había ley, y había ley cuando había sido emitida por el Parlamento a través del procedimiento legislativo"[181].

En el Estado constitucional, el concepto de la primera fuente de juridicidad, no es formal, es material; solo hay Constitución y, por tanto, solo hay Derecho cuando se reconocen exigencias de justicia que brotan de la persona. Es decir, cuando se reconocen los derechos fundamentales, y los principios y valores que se formulan en torno a ellos. A una Constitución de contenido político (o material) le es imprescindible tener incidencia directa en la normativa que tiene sobre el conjunto de la sociedad organizada; pues al fin de cuentas, el objeto primordial de una Constitución, sobre el cual se centra su estudio, no es otro que de organizar políticamente a una determinada sociedad. Esto significa no solo consagrar las instituciones que la han de gobernar, sino también adoptar el régimen político que ha de regir y sentar las pautas de comportamiento que políticamente deberán observar gobernantes y gobernados. Así, puede decirse, que si bien es cierto la normativa constitucional es en esencia jurídica, sus efectos son también por esencia políticos[182].

Tercero.- El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por su parte, ha impactado fuerte en el Derecho Constitucional, cambiando la relación de éste

[181] CARNOTA, Walter (2001). *Curso de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: La Ley, p.. 47 y 48. Véase ZAGREBELSKY, Gustavo. (1995). *El Derecho dúctil.* Madrid: Editorial Trotta, p. 65.
[182] Todos y cada uno de los preceptos constitucionales tiene la condición de norma jurídica, convirtiéndose en parámetros para apreciar la constitucionalidad de otras normas. Véase ÁLVAREZ CONDE, Enrique (2003). *Curso de Derecho Constitucional*. Cuarta edición, Vol. I, Madrid: Editorial Tecnos, p. 155.

con el internacional, alterando el principio de jerarquía normativa, desarrollando jurisdicciones internacionales o supranacionales en materia de Derechos Humanos, entre otros cambios.

Asimismo, el Derecho Internacional y los procesos de integración plantean complejos problemas dentro de lo que algunos llaman "constitucionalismo multinivel". Y podría seguirse con la lista de los cambios que se vienen presentando. De modo que, se puede colegir de los tratados y la doctrina internacional que la libertad sexual es el derecho que permite a las personas expresar su propia sexualidad sin padecer discriminación alguna por motivo de orientación sexual o identidad de género.

Tal es el caso de Atala Riffo y su pareja que, al formar un hogar con las niñas de la primera, son susceptibles de la protección del Estado, de acuerdo a los estándares internacionales de derechos humanos. En consecuencia, la libertad de la orientación sexual constituiría un derecho fundamental de la persona que así lo decida, pues se basa en el principio de la dignidad humana y en otros principios como el de la igualdad de trato y de oportunidades sin discriminación alguna, que también gozan de protección constitucional en los ordenamientos latinoamericanos.

Cuarto.- En nuestros días Hispanoamérica atraviesa por un proceso de constitucionalización de la internacionalización de los derechos humanos. Podemos darnos cuenta, de manera particular, de que los derechos fundamentales son los derechos humanos recogidos en la Constitución, es decir, derechos

constitucionalizados[183]. De este modo, los derechos fundamentales son "el conjunto de bienes humanos, debidos a la persona, que son recogidos expresa o implícitamente en la norma constitucional; si una Constitución recoge estos bienes humanos y los constitucionaliza, ese es el contenido material de la Constitución"[184].

Porque a partir de que se recogen esas exigencias de justicia, que brotan de la persona o que se formulan en torno a ella, se habría logrado acabar con aquella deficiencia que presentaba el Estado Legal de Derecho. Este modelo de Estado no se preguntaba si el contenido de la ley era justo o injusto, simplemente se preguntaba si la ley había sido emitida por el Parlamento a través del procedimiento legislativo correspondiente.

En el Estado Constitucional para decir que algo es justo o injusto tiene que preguntarse el operador jurídico si aquella actuación agrede o no un derecho humano constitucionalizado. Estos elementos de juicio que se expresan de manera preliminar son herramientas necesarias para luego entender la labor del TC, y entender en particular, el juego que posee la operación lógica de la doctrina y el precedente vinculante.

Por ello, es trascendental hablar primero, de Estado constitucional y, al mismo

---

[183] Es una de las manifestaciones más claras sobre la constitucionalización del Derecho Internacional, en la que se otorga jerarquía constitucional a los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2004). *"El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional".* En: Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado. N° 110, mayo-agosto, México: Biblioteca Jurídico Virtual, Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 176. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>.

[184] LANDA ARROYO, César (2002). *"Dignidad de la persona humana".* En: Ius et Veritas. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pp. 11 y 12. Comparte con ellos su doble carácter como derechos de la persona y como un orden institucional, de modo que los derechos individuales son a la vez instituciones jurídicas objetivas y derechos subjetivos.

tiempo, lo elemental que es departir del contenido material de la Constitución. De acuerdo con esta puntualización, se establece la posibilidad de ejercer libremente los derechos fundamentales, sin que se llegue a interpretar como un bien por sus consecuencias, sino que es algo valioso por sí mismo por cuanto así lo exige la dignidad[185].

Por consiguiente, es perfectamente posible afirmar que un derecho fundamental es un bien para su titular y reconocer su carácter de núcleo del bien común sin establecer una relación de medio-fin. Frente a la sumisión del juez a la ley, propia del Estado legal de Derecho, el Estado constitucional presupone la existencia de una Constitución democrática que se advierte como límite al ejercicio del poder y como garantías para el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, en términos de igualdad[186].

Una supremacía política pero también una supremacía jurídica, hacen de la Constitución una herramienta de legitimidad esencial para el Estado y el Derecho. El Estado constitucional –según se ha visto–, supone que todos los sujetos del ordenamiento, incluyendo al legislador, se encuentran sometidos a la Constitución. La misión de los jueces constitucionales, por ello, estará signado por su lealtad hacia la defensa de los derechos fundamentales y de las minorías frente a las instituciones político-representativas y las eventuales mayorías que las controlan; los jueces

[185] Presentamos una definición de la jurisprudencia peruana al respecto: "La dignidad de la persona humana es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales. El principio genérico de respeto a la dignidad de la persona por el solo hecho de ser tal, contenido en la Carta Fundamental, es la vocación irrestricta con la que debe identificarse todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho. En efecto, este es el imperativo que transita en el primer artículo de nuestra Constitución". Véase STCExp. N° 00010-2002-AI/TC, f. j. 213.

[186] Cfr. Véase CRUZ, Luis M. (2009*). "La constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al Neoconstitucionalismo"*. En: Revista de Fundamentación Jurídica DÍKAION. Año 23, N° 18, Diciembre. Bogotá-Chía: Universidad de La Sabana, pp. 20-22.

tienen la tarea de afirmar el valor de la Constitución aún en detrimento de la ley, y más aún, tienen la posibilidad de desarrollar las concepciones que orientan las bases del sistema legal, gracias al carácter normativo de la propia Constitución, que los obliga a interpretarla en los casos concretos, sea a través del control de constitucionalidad, siempre más determinante en el contexto de las democracias contemporáneas[187], o bien de la actuación cotidiana de los principios constitucionales.

Por lo que, en ese contexto hoy todas las áreas del derecho incluidos los del derecho civil y en especial del derecho de familia tienen que configurarse e interpretarse en función del conjunto de principio, valores y derechos que contiene la constitución, a fin de darle contenido constitucional a los institutos legales reconocidos en las normas infraconstitucionales como el Código Civil por ejemplo.

Quinto.- El principio de no discriminación es uno de los pilares de cualquier sistema democrático y una base fundamental del sistema de la OEA[188]. La Corte Interamericana ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del Tratado, y dispone la obligación de los Estados parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos "sin discriminación alguna".

Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que

[187] Cfr. ARÉVALO VELÁSQUEZ, Otto. (2005). *"El control de constitucionalidad en el Perú"*. En: El control de constitucionalidad en el Derecho Público y Privado. Buenos Aires: Editorial Lerner, pp. 383 y 384.
[188] CIDH, Informe anual 1999, "Cap. VI: Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación", OEA/ Ser.L/V/II.106Doc. 3, 13 abril 2000, apartado 2.

pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma y le genera responsabilidad internacional[189].

En relación con la violación al derecho a la igualdad, corresponde recordar que las restricciones que pueden imponerse al ejercicio de los derechos humanos deben respetar límites formales que se refieren a los medios a través de los cuales se establecen y a límites sustantivos relativos a la legitimidad de los fines que pretenden alcanzarse[190].

De este modo, entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación.

Sexto.- Frente a la evolución dinámica de la estructura tradicional del concepto de familia, lo cierto es que hoy en día se observa la existencia de un gran número de personas que optan por las uniones de hecho y no por el matrimonio, es por ello, que me adhiero a la parte expositiva y considerativa de la presente sentencia que valorara correctamente los hechos y efectos de la misma, dado que la presente sentencia constitucional constituye, sin lugar a dudas, un paso importante hacia la igualdad en las relaciones de pareja matrimonial y no matrimonial; y en consecuencia, el Estado tiene que proteger a la familia sin importar la forma como

[189] Corte IDH, Condición jurídica y derechos humanos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 85, y Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 214.
[190] Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 CADH), Opinión Consultiva OC5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A, N° 5, párr. 37.

ella surja, pues el hecho de que se promueva el matrimonio no debe significar que deje en desamparo a quienes han formado hogares estables de hecho cumpliendo fines similares a los de la unión matrimonial[191].

Por lo que consideramos vital este pronunciamiento que determina la necesidad de que, tanto el criterio de los que imparten justicia como aquellos encargados de emitir normas al respecto, varíen de tal forma que respondan realmente a lo que en la actualidad se considera como familia, dejando de lado concepciones restrictivas y conservadoras que cierran los ojos ante una realidad evidente, y al otorgarles mayores derechos a los concubinos, permite que el actual objetivo del Estado referido a la protección de la familia sea logrado.

[191] Cfr. STCExp. N° 06572-2006-PA/TC, f. j. 35.

VI. CONCLUSIONES

1. El nuevo paradigma del Derecho de Familia encuentra en los textos internacionales de Derechos Humanos una de las fuentes inspiradoras principales de las modificaciones por el carácter vinculante que esta posee y por su posición preferente en el sistema de fuentes.

2. El proceso de constitucionalización y/o convencionalización del ordenamiento jurídico peruano, obliga tanto a los legisladores como operadores jurídicos adecuar y flexibilizar las normas y la interpretación que de ellas se realice para dar solución a la controversia reclamada bajo los alcances del principio pro homine, con el único propósito de aplicar respuesta razonada, motivada y congruente por parte del parlamento y los órganos judiciales.

3. El principio de no discriminación es uno de los pilares de cualquier sistema democrático y una base fundamental del sistema de la OEA. La Corte Interamericana ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos "sin discriminación alguna"; su afectación o trasgresión genera responsabilidad internacional.

4. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene asentada la protección de derechos humanos clásicos, sin embargo, en las últimas décadas, en función de las demandas de las sociedades

latinoamericanas se ha ido consagrando la tutela de derechos humanos de grupos vulnerables que han sido discriminados históricamente, como es el caso de los derechos sexuales y reproductivos.

VII. RECOMENDACIONES

1. El tránsito del Estado legal al Estado Constitucional permite proponer una sistematización de las nuevas ideas que subyacen y fundamentan el actual Derecho de Familia. Se remarca como hecho ordenador de los cambios el que la lógica de la Autoridad y Subordinación, respecto de los cónyuges, ha cedido a la de la Igualdad y Cooperación.

2. El Estado peruano tiene la obligación de transformar la legislación civil, en el ámbito del derecho de familia, para hacerla acorde y cumplir con sus compromisos asumidos a nivel internacional, al haber ratificado los tratados internacionales de Derechos Humanos, en particular, los relativos a la mujer.

3. Hoy se hace necesario y urgente adecuar las antiguas legislaciones en la materia –familiar-, revisar aquellas que han acogido la ola modernizadora democrática e igualitaria, y desde la cátedra comenzar o continuar la discusión en punto a las nuevas ideas matrices que deberían sustentar el Derecho de Familia.

4. El Derecho Comparado y particularmente los Tratados de Derechos Humanos, son un sustento jurídico necesario al efecto. En nuestra opinión, en principio, algunas de las ideas nuevas (no tan nuevas para algunos países) serían: 1. Matrimonio secular y posibilidad de disolución del vínculo. 2. Reconocimiento del principio de igualdad entre los cónyuges en cuanto a sus deberes y derechos, respecto del régimen de bienes y en cuanto a los hijos. 3. Plena capacidad jurídica de ambos contrayentes, con independencia del régimen de bienes. 4. Responsabilidades familiares compartidas. Patria Potestad y Autoridad

Parental compartida. 5. Única consideración respecto de los hijos: interés superior del menor. 6. Estatuto filiativo no discriminatorio. 7. Responsabilidad social de la maternidad. 8. Reconocimiento jurídico de las familias de hecho. 9. Reconocimiento jurídico con reglamentación propia del fenómeno de la violencia al interior de la familia. 10. Mutabilidad del régimen de bienes con mayor presencia del principio de autonomía privada. 11. Protagonismo de los principios de no discriminación en razón de sexo o de nacimiento. 12. Protagonismo de los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACOSTA ALVARADO, PAOLA ANDREA (2008). "*Tribunal Europeo y Corte Interamericana de derechos humanos: ¿Escenarios idóneos para la garantía del derecho de acceso a la justicia internacional?"* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- ALEXY, ROBERT (1997). *"El concepto y la validez del derecho*", trad. José M. Seña, 2ª. ed., Barcelona: Editorial Gedisa.

- ALEXY, ROBERT (2002). *"Teoría de los derechos fundamentales"*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE (2003). *"Curso de Derecho Constitucional"*. Cuarta edición, Vol. I, Madrid: Editorial Tecnos.

- ÁNGEL BORRILLO, DANIEL Y FLORES RODRÍGUEZ, JESÚS (2014) (coords.), "*Nuevos desafíos del Derecho de Familia",* Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni.

- ARANZAMENDI NINACONDOR, LINO (2015). *"Investigation Jurídica"*. 2da edición, Lima: Editorial Grijley.

- ARANZAMENDI, LINO (2011). *"Fundamentos Epistemológicos de la Investigación básica y aplicada al Derecho"*. Lima: Editorial Jurídica Grijley.

- ARÉVALO VELÁSQUEZ, OTTO. (2005). *"El control de constitucionalidad en el Perú".* En: El control de constitucionalidad en el Derecho Público y Privado. Buenos Aires: Editorial Lerner.

- ATIENZA, MANUEL (2013). "*Curso de Argumentación Jurídica"*, Madrid: Editorial Trotta.
- AVENDAÑO VALDEZ, JORGE (2013). "*Diccionario Civil"*, Lima: Editorial Grijley.
- BERMÚDEZ VALDIVIA, VIOLETA (2008). "*Avances hacia la igualdad en materia familiar: el derecho a la pensión de viudez de las parejas de hecho*". En: Jus-Constitucional. N° 6, Junio, Lima: Editorial Grijley.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN (1998): "*El derecho de familia desde el derecho de la constitución*", En: Revista "Entre abogados", Año IV, Nº 2, San juan (Argentina): Foro de Abogados de San Juan.
- BOBBIO, NORBERTO (2016). "*Liberalismo y democracia"*. México: FCE.
- BORDA, GUILLERMO ANTONIO (1999). "*Tratado de derecho civil argentino*: *Familia"*, Tomo I, Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.
- BRIONES, GUILLERMO (1986). "*Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales"*. México: Editorial Trillas.
- BUERGENTHAL, THOMAS Y OTROS (1990). "*Manual internacional de derechos humanos"*. Caracas/San José: IIDH/Edición Jurídica Venezolana.
- CARBONELL, MIGUEL, MOGUEL, SANDRA Y PÉREZ PORTILLO, KARLA (2003) [comps.], "*Derecho Internacional de los Derechos Humanos"*. Textos básicos, T. I, México, D.F.: UNAM.

- CARNOTA, WALTER (2001). "*Curso de Derecho Constitucional"*. Buenos Aires: La Ley.
- CARRILLO SALCEDO, JUAN ANTONIO (1999). "*Dignidad frente a la barbarie: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cincuenta años después"*. Madrid: Editorial Trotta.
- CASTAÑEDA OTSU, SUSANA YNES (2003) (Coordinadora), "*Jurisdicción Supranacional, En Derecho Procesal Constitucional"*. Lima: Jurista Editores.
- CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL (1984). "*La familia en el derecho: Derecho de Familia y relaciones jurídicas familiares"*, México D.F.: Editorial Porrúa.
- CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL (1997). "*Alternativas constitucionales para la familia del siglo XXI*", En: Revista Mexicana de la Procuración de Justicia, Vol. 1, México.
- CHÁVEZ HERNÁNDEZ, EFRÉN (2006): "*La protección constitucional de la familia. una aproximación a las constituciones latinoamericanas*", En: ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María [coord.], Panorama internacional de Derecho de Familia. Culturas y sistemas jurídicos comparados, T. I, México, D.F.: UNAM.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL (2001). "*Filosofía del derecho de Familia*", En: Investigación y Docencia, Vol. 34, Rosario (Argentina).

- CRUZ, LUIS M. (2009). "*La constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al Neoconstitucionalismo*". En: Revista de Fundamentación Jurídica DÍKAION. Año 23, N° 18, Diciembre. Bogotá-Chía: Universidad de La Sabana.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS Y GULLÓN, ANTONIO, (1994). "*Sistema de Derecho Civil"*, Volumen IV, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones, sexta edición, Madrid: Editorial Tecnos.
- ETO CRUZ, GERADO (2000). "*Introducción al Derecho Civil Constitucional"*. Trujillo: Editora Normas Legales.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, CARLOS (2000). "*El derecho internacional de los derechos humanos*." En Carlos Fernández de Casadevante Romani (coord.). Derecho internacional de los derechos humanos. Madrid: Editorial Dilex.
- FERRAJOLI, LUIGI (1999). "*Derechos y garantías. La ley del más débil"*. Barcelona: Editorial Trotta.
- FERRAJOLI, LUIGI (2006). "*Sobre los derechos fundamentales y sus garantías"*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO (2004). "*El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional*". En: Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado. N° 110, mayo-agosto, México: Biblioteca Jurídico Virtual, Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 176. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>.

- FLAH, LILY (2011). "*Los Desafíos del Derecho de Familia en el Siglo XXI. Derechos Humanos"*. Bioética. Relaciones Familiares. Problemáticas infantojuveniles. Homenaje a la Dra. Nelly Minyersky", Buenos Aires: Editorial Errepar.

- GALLEGOS CANALES, YOLANDA Y JARA QUISPE, REBECA (2009). "*Manual de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia y práctica"*. Lima: Jurista Editores.

- GASCON ABELLAN, MARINA Y GARCIA FIGUEROA, ALFONSO (2005). "*La argumentación en el Derecho"*. Lima: Palestra Editores.

- GOLDSCHMIDT, WERNER (1987). "*Introducción filosófica al Derecho"*, 6ª ed., 5ª. reimp., Bs. As.: Editorial Depalma.

- GOMES, ROMEU (2003). "*Análisis de datos en la investigación*". En: Investigación social. Buenos Aires: Editorial Castro Barros.

- GONZÁLEZ MARTÍN, NURIA (2012). "*Modelos familiares ante el nuevo orden jurídico: una aproximación casuística*", En: CARBONELL, Miguel, CARBONELL, José y GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (2012) (coords.), Las familias en el siglo XXI: Una mirada desde el derecho, México: IIJ - UNAM.

- GROSMAN, CECILIA (2008). "*Familia Monoparental"*, Buenos Aires: Universidad de BB.AA.

- HABERLE, PETER (2003). "*El Estado Constitucional"*, Lima-México: PUCP -UNAM.

- HABERMAS, JÜRGEN (1998). "*Facticidad y validez"*, trad. Manuel Jiménez, Madrid, Redondo, Madrid: Editorial Trotta.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, ROBERTO Y OTROS (2014). "*Metodología de la investigación"*. 6ta edición, México: Editorial McGraw-Hill.
- HIERRO, LIBORIO (2000). "*Conceptos jurídicos fundamentales (I) De las modalidades deónticas a los conceptos de derecho y deber*". En: Revista Jurídica, núm. 3, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.
- JARAMILLO SIERRA ISABEL (2015). "*Del liberalismo a la paridad: tres modelos para pensar el matrimonio, el divorcio y la paternidad*". En: Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas -UNAM.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA (2009). "*La familia en el nuevo derecho"*. Libro homenaje a la Profesora Dra. Cecilia P. Grosman", Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ L. (1979). "*Manual de Derecho Civil"*, Barcelona: Editorial Bosch.
- LANDA ARROYO, CÉSAR (2002). "*Dignidad de la persona humana*". En: Ius et Veritas. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- LANDA ARROYO, CESAR (2018). *La constitución del Derecho*. El caso del Perú. Lima: Editorial Palestra.
- LAPORTA, FRANCISCO (1987). "*Sobre el concepto de derechos humanos*". En Doxa, núm. 4, España: Universidad de Alicante.

- LLAJA VILLENA JEANNETTE y RAMÍREZ HUAROTO, BEATRIZ (2012). "*Profundizando la igualdad desde la orientación sexual. a propósito de la sentencia de la corte interamericana de derechos humanos del caso Karen Atala e hijas contra Chile*", En: Gaceta Constitucional, Nº 54, Lima: Gaceta Jurídica Editores.

- LLOVERAS, NORA Y SALOMÓN, MARCELO (2009). "*El derecho de familia desde la Constitución Nacional"*, Buenos Aires: Editorial. Universidad.

- LORENZETTI, RICARDO (1995). "*Las normas fundamentales de Derecho privado"*, Buenos Aires-Santa Fe: Editorial Rubinzal y Culzoni.

- MAC CORMIK, NEIL (1990). "*Derecho legal y socialdemocracia*". Madrid: Editorial Tecnos.

- MARCO NAVARRO, FLAVIA (2009). "*Legislación comparada en materia de familias. Los casos de cinco países de América Latina, Nº 149 Santiago de Chile*": CEPAL - Serie Políticas Sociales.

- MEDINA GUERRERO, MANUEL (1996). "*La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales"*. Madrid: Ciencias Jurídicas-McGraw-Hill.

- NIKKEN, PEDRO, (1989). "*El Derecho Internacional de los Derechos Humanos*". En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas: Universidad Central de Venezuela.

- O´DONNELL, GUILLERMO (2004). "*La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos. El debate conceptual sobre la democracia*", Argentina: PNUD.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, ALEX (2003). "*Filiación y patria potestad en la doctrina y jurisprudencia*". Lima: Gaceta Jurídica.
- PLACIDO VILCACHAGUA, Alex (2008). "*Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la Jurisprudencia civil*", Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- PLÁCIDO, ALEX (2002). "*Manual de Derecho de Familia*". Lima: Gaceta Jurídica.
- RAMOS NÚÑEZ, CARLOS (2000). "*Cómo hacer una tesis de derecho*", Lima: Gaceta Jurídica.
- RAVIOLI, ANA (2014) "*La familia monoparental como manifestación de la posmodernidad", en "Investigación …*", Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/iyd38_8.pdf, 9-12014).
- ROBLES TREJO, LUIS (2014). "*Guía Metodológica para la elaboración del Proyecto de Investigación Jurídica*". Lima: Editorial FFECAAT.
- ROBLES TREJO, LUIS Y OTROS (2012). "*Fundamentos de la investigación científica y jurídica*". Lima: Editorial Fecatt.
- ROBLES, LUIS, ROBLES, ELMER, FLORES, VÍCTOR (2016). "*El paradigma neoconstitucionalista en la configuración del Estado*

Constitucional: El caso peruano según la Constitución de 1993". Lima: Editorial Ffecaat.

- RUIZ MIGUEL, ALFONSO (1990). "*Los derechos humanos como derechos morales*". En Anuario de derechos humanos, núm. 6, Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- SANTIAGO NINO, CARLOS (1989). "*Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*". Barcelona: Editorial Ariel.
- SOLÍS ESPINOZA, ALEJANDRO (2001). "*Metodología de la Investigación Jurídico Social*". Lima.
- TORRES CARRASCO, MANUEL (Director) (2013). "*Diccionario Civil*", Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- VARSI ROSPIGLIOSI, ENRIQUE (2011). "*Tratado de Derecho de Familia, la nueva teoría institucional y jurídica de la familia*", Tomo I, Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- VELOSO VALENZUELA, PAULINA (1998). "*Nuevos principios del derecho de familia en función, principalmente, de la normativa internacional que emana de los tratados de Derechos Humanos*" En: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XIX, Valparaíso, Chile.
- VILCAPOMA, JOSÉ CARLOS (2013). "*Aprender e investigar / Arte y método del trabajo universitario*", Lima: Editorial Argos.

- WESLEY N. HOHFELD (2001), "*Conceptos jurídicos fundamentales*". México: Fontamara (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política).
- WITKER VELÁSQUEZ, JORGE (1986). "*Como elaborar una tesis en derecho. Pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho*". Madrid: Editorial Civitas.
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO (2003). "*El derecho dúctil*". Trad. de Mariana Gascón, Madrid: Editorial Trotta.
- ZANNONI, EDUARDO ANTONIO (2006). "*Derecho Civil, Derecho de Familia*", Tomo I, 5ta. Edición, Buenos Aires: Editorial Astrea.
- ZAVALA, GUILLERMINA (2011). "*Exigencias de una derecho de Familia que brinde nuevas respuestas jurídicas*", En: Trabajos del Centro, Segunda Serie, N° 9/10, Rosario (Argentina): Centro de Investigaciones de Derecho Civil.
- ZELAYARAN DURAND, MAURO (2007). "*Metodología de la Investigación Jurídica*", Lima: Ediciones Jurídicas.
- ZÚÑIGA, YANIRA y TURNER, SUSAN (2013): "*Sistematización comparativa de la regulación de la familia en las constituciones latinoamericanas*", En: Revista de Derecho, Año 20, N.º 2, Coquimbo: Universidad Católica del Norte.

ANEXO

MATRIZ DE CONSISTENCIA LÓGICA

TITULO: INCIDENCIAS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA NUEVA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN EL PERÚ

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	CATEGORÍAS	ASPECTOS METODOLÓGICO
GENERAL: ¿Cómo viene incidiendo el derecho internacional de los derechos humanos en la nueva configuración del derecho de familia en el Perú? ESPECÍFICOS: a)¿Qué cambios se han producido en el Derecho de Familia a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos? b)¿Cómo el derecho a la igualdad, la libertad, y el libre desarrollo de la personalidad, están incidiendo en la transformación del Derecho de familia? c)¿Cuál es el impacto que viene teniendo el desarrollo jurisprudencial de los organismos jurisdiccionales supranacionales de protección de los Derechos Humanos en el derecho interno en relación al derecho de familia?	GENERAL: Determinar cómo viene incidiendo el derecho internacional de los derechos humanos en la nueva configuración del derecho de familia en el Perú. ESPECÍFICOS: a) Describir los cambios que se han producido en el Derecho de Familia a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. b)Explicar cómo el derecho a la igualdad, la libertad, y el libre desarrollo de la personalidad, están incidiendo en la transformación del Derecho de familia. c) Analizar el impacto que viene teniendo el desarrollo jurisprudencial de los organismos jurisdiccionales supranacionales de protección de los Derechos Humanos en el derecho interno en relación al derecho de familia.	El derecho internacional de los Derechos Humanos viene incidiendo positiva y directamente en la nueva configuración del derecho de familia en el Perú, como consecuencia del desarrollo jurisprudencia del derecho a la igualdad, libertad y libre desarrollo de la personalidad, lo cual esta generando cambios en las instituciones del derecho de familia las misma que están siendo recepcionadas parcialmente cristalizando el nuevo hecho social, a través de las “rutinas” y “rituales” de sus operadores jurídicos, tal como se observa en la administración de justicia.	Categoría 1 El derecho internacional de los Derechos Humanos Sub- categorías: Fundamentos, Principios, Reglas, Constitucionalizaciòn, Internacionalización, Derechos Fundamentales Interpretación constitucional. Categoría 2: La nueva configuración del derecho de familia. Sub-categorías: Concepto de Familia, Modelo de familia, Relaciones Familiares, Tutela familiar, Interés familiar, Adopción.	TIPO DE INVESTIGACIÓN: Dogmática TIPO DE DISEÑO: No Experimental DISEÑO GENERAL: Transversal DISEÑO ESPECÍFICO: Explicativa MÉTODOS ESPECÍFICOS**:** Exegético, Hermenéutico, Dogmático, Argumentación jurídica. UNIDAD DE ANÁLISIS: Estará será DOCUMENTAL conformada por la Doctrina, Normatividad y jurisprudencia. PLAN DE RECOLECCIÓN, PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS ▪ Identificación del lugar donde se buscara la información. ▪ Identificación y registro de las fuentes de información. ▪ Recojo de información en función a los objetivos y categorías. ▪ Análisis y evaluación de la información. ▪ Sistematización de la información Para el análisis de la información se empleará la técnica de análisis cualitativo: Triangulación de teorías. INSTRUMENTO(S) DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN Recojo de información: Técnica documental Instrumentos: Fichas yla técnica de análisis de contenido cuyo instrumento es la ficha de análisis de contenido. VALIDACIÓN DE LA HIPÓTESIS: Método de la argumentación jurídica.