

**UNIVERSIDAD NACIONAL**  
**“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES RELATIVOS AL**  
**DERECHO DE FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA**

RESPONSABLE DE LA INVESTIGACIÓN:

**Bach. REYES GARCÍA VITELIA ISABEL**

ASESOR:

**Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO**

Huaraz – Perú

2022



## **AGRADECIMIENTOS**

*Mi más sincero agradecimiento, a mi familia por haber sido el soporte durante todo el trayecto de mi vida personal y académica, a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNASAM, por permitirme conocer grandes maestros que han sido parte fundamental en el trayecto de mis estudios en la carrera de derecho, asimismo amigos que han hecho más llevadera la vida universitaria.*



## ***DEDICATORIA***

*Dedico mi tesis a mi madre, pues sin el esfuerzo de ella no habría logrado cumplir con mis metas, ya que con su ejemplo me ha inculcado valores y me acompañó con mucha paciencia a lo largo de mi vida personal y estudiantil.*



## ÍNDICE

	<b>Pág.</b>
<b>RESUMEN</b> .....	- 7 -
<b>ABSTRACT</b> .....	- 8 -
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	- 9 -

## CAPÍTULO I

### EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema.....	- 12 -
1.2. Formulación del problema.....	- 14 -
1.2.1. Problema general .....	- 14 -
1.2.2. Problemas específicos.....	- 14 -
1.3. Importancia del problema.....	- 14 -
1.4. Justificación y viabilidad.....	- 16 -
1.5. Formulación de objetivos .....	- 20 -
1.5.1. Objetivo general.....	- 20 -
1.5.2. Objetivos específicos .....	- 20 -
1.6. Formulación de hipótesis.....	- 21 -
1.7. Variables.....	- 21 -
1.8. Metodología.....	- 21 -

1.8.1. Tipo y diseño de investigación .....	21 -
1.8.2. Plan de recolección de la información.....	22 -
1.8.3. Instrumento(s) de recolección de la información .....	23 -
1.8.4. Plan de procesamiento y análisis de la información.....	23 -
1.8.5. Técnica de análisis de datos y/o información .....	25 -
1.8.6. Validación de la hipótesis .....	25 -

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

2.1. Antecedentes.....	27 -
2.2. Bases teóricas .....	29 -
2.2.1. Los principios constitucionales.....	29 -
2.2.2. El derecho de familia .....	32 -
2.2.3. El proceso de constitucionalización del derecho .....	37 -
2.3. Definición de términos .....	40 -

## **CAPÍTULO III**

### **RESULTADO Y ANÁLISIS DE INFORMACIÓN**

3.1. La familia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos .....	43 -
3.2. El Derecho constitucional familiar europeo .....	53 -
3.3. El Derecho Constitucional familiar en América Latina .....	60 -



3.4. Los derechos de familia en la legislación constitucional peruana.....	- 68 -
3.5. La Familia en la Jurisprudencia Tribunal Constitucional peruano.....	- 74 -
<b>CAPITULO IV</b>	
<b>DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS</b>	
4.1. Constitución y Derecho civil: Constitucionalización del Derecho Civil-	85 -
4.2. Constitución y Derecho de Familia: Constitucionalización del Derecho de Familia.....	- 88 -
4.3. La influencia de los instrumentos internacionales en la regulación y protección de la familia .....	- 90 -
4.4. La influencia de los principios constitucionales de la Constitución de 1993 en el derecho de familia.....	- 97 -
4.5. Validación de la hipótesis.....	- 104 -
<b>V. CONCLUSIONES.....</b>	<b>- 106 -</b>
<b>VI. RECOMENDACIONES .....</b>	<b>- 108 -</b>
<b>VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>- 110 -</b>

## RESUMEN

El propósito de la presente tesis fue analizar la influencia de la incorporación de los principios constitucionales relativos al derecho de familia en la Constitución de 1993; desarrollándose una investigación teórica, no experimental, transversal, descriptiva, donde la unidad de análisis estuvo constituida por las fuentes formales del derecho: doctrina, jurisprudencia y normatividad. Se obtuvo como resultado que las constituciones actuales comenzaron a reconocer una serie de principios, reglas y obligaciones aplicables directamente a las relaciones de familia, como consecuencia del impacto del derecho internacional de los derechos humanos y el proceso de constitucionalización del del derecho de familia. Concluyendo que el tratamiento constitucional de la familia se hace en clave de protección, una protección que hay que entenderla en una doble vertiente: al interior de la misma, regulando los derechos y obligaciones de sus miembros, su nacimiento, crisis y extinción, y al exterior, estableciendo mecanismos e instrumentos que tienden a satisfacer sus necesidades, y que se insertan en las políticas públicas del Estado social, basados en la influencia de los principios constitucionales reconocidos en la constitución de 1993: a) El principio de protección de la familia (artículo 4); b) El principio de promoción del matrimonio (Artículo 4), c) Principio de igualdad y no discriminación en las relaciones familiares (artículo 2.2.); d) El derecho a fundar una familia (artículo 3°); e) Derechos sexuales y reproductivos (artículo 6°); f) El principio de autonomía de la voluntad (artículo 2.24); g) El libre desarrollo de la personalidad (artículo 2.1).

**Palabras claves:** Constitución, Tratados, Principios constitucionales, Derecho de familia.

## ABSTRACT

The purpose of this thesis was to analyze the influence of the incorporation of constitutional principles related to family law in the 1993 Constitution; developing a theoretical, non-experimental, transversal, descriptive investigation, where the unit of analysis was constituted by the formal sources of law: doctrine, jurisprudence and regulations. As a result, the current constitutions began to recognize a series of principles, rules and obligations directly applicable to family relationships, as a consequence of the impact of international human rights law and the process of constitutionalizing family law. Concluding that the constitutional treatment of the family is done in terms of protection, a protection that must be understood in two ways: within it, regulating the rights and obligations of its members, its birth, crisis and extinction, and at the abroad, establishing mechanisms and instruments that tend to satisfy their needs, and that are inserted in the public policies of the social State, based on the influence of the constitutional principles recognized in the 1993 constitution: a) The principle of protection of the family ( article 4); b) The principle of promotion of marriage (Article 4), c) Principle of equality and non-discrimination in family relationships (Article 2.2.); d) The right to found a family (article 3); e) Sexual and reproductive rights (article 6); f) The principle of autonomy of the will (article 2.24); g) The free development of the personality (article 2.1).

**Keywords:** Constitution, Treaties, Constitutional principles, Family law.

## INTRODUCCIÓN

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. 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.

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 y a una mayor tolerancia social hacia los mismos. Con independencia de que las Constituciones contuvieran disposiciones referidas a la familia, ha dado un giro copernicano en la concepción que se tenía de la familia, que de ser una “entidad”, cuerpo moral o realidad natural de la que se predicaba unos fines e intereses propios que se

imponían a los de sus miembros, pasó a ser un ámbito de relación presidido por el respeto de los derechos fundamentales de las personas que la integran.

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. En ese sentido, la constitución peruana de 1979 y 1993, comenzaron a reconocer una serie de principios, reglas y obligaciones aplicables directamente a las relaciones de familia, tales como: reconocieron principios como la protección integral de la familia, los derechos y deberes de los padres para con los niños, y la igualdad entre hijos nacidos tanto dentro como fuera del matrimonio.

Finalmente, respecto a la estructura del trabajo de investigación, se debe indicar que este ha sido estructurado en cuatro capítulos: el Capítulo I, está referido al problema y la metodología de la investigación, en la cual siguiendo el diseño de la investigación científica se elaboró el planteamiento del problema, la formulación del problema, los objetivos, hipótesis y la metodología empleada. En el Capítulo II, referido al marco teórico donde se han planteado los antecedentes de investigación, las bases teóricas y definición de términos de la investigación, los cual en base a la técnica del fichaje se elaboraron su sustento teórico-doctrinario. El Capítulo III, está referido a los resultados y análisis de la información, en la cual se procedió al recojo de información en base a las variables de investigación, los mismos que fueron luego analizados en base a la técnica del análisis cualitativo. El capítulo IV, referido a la discusión y validación

de la hipótesis, en la cual justifica la hipótesis planteada en base a los resultados obtenidos y los fundamentos que justifican la validez de la misma, de forma coherente y argumentativa.

El titulando.

## CAPÍTULO I

### EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

#### 1.1. Descripción del problema

El cambio del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derecho, con la consiguiente transformación de la relación entre el derecho privado y el derecho constitucional, ha tenido profundas repercusiones y cambios radicales en el derecho de familia.

Así, el derecho de familia en el siglo XXI presenta cambios radicales producidos por la necesidad de atender nuevas situaciones sociales como consecuencia de un mundo globalizado, donde el derecho en general y de forma especial el derecho civil, y como parte de ella el Derecho de Familia, se han producido esos cambios a consecuencia del surgimiento del fenómeno de la constitucionalización y de la internacionalización de los derechos humanos.

Como ejemplo de dichos cambios podemos mencionar que la familia, célula básica de nuestra sociedad, se ha visto obligada, a adaptarse a una época de grandes contrastes, grandes cambios. Así, por ejemplo, se ha pasado de un modelo familiar y laboral en el que la división de roles de género era dominante a un nuevo modelo en que tanto mujeres como hombres participan directamente en el mundo del trabajo remunerado, donde la dinámica de funcionamiento familiar conduce a poner de manifiesto la existencia de desajustes y la permanencia de desigualdades.

También, nos podemos referir a las familias ensambladas, es decir, la nueva familia constituida cuando se dan segunda o sucesivas nupcias y la relación con la nueva pareja y los hijos anteriores, la relación de los “hermanos” en dichas familias, el problema de los alimentos, patria potestad, etcétera que invitan, asimismo, a nuevas reflexiones siempre en clave de protección de la minoridad.

Así mismo, referida a las nuevas estructuras familiares también debemos atender a las uniones de hecho, que aunque no son de nueva generación sí han proliferado denominándose “unión de hecho”, “pareja de hecho”, “unión libre”, “pareja no casada”, “uniones extramatrimoniales”, “familia de hecho”, etcétera en el que se dan una serie de situaciones como las que venimos proyectando, en las que se reivindican efectos patrimoniales, prestaciones económicas, laborales, de seguridad social, adopción, etcétera.

También queremos hacer referencia a la proliferación de las familias monoparentales, las cuales han tenido un incremento y cuyas causas fundamentales son el cada vez mayor número de hogares en el que las mujeres quedan a cargo de los hijos, sea por el divorcio, las separaciones o la decisión de ser madres solteras dada su actual aceptación social.

Asimismo, en esta línea de ideas, incluimos a las familias homoparentales y más concretamente los “matrimonios” entre personas del mismo sexo, en donde la adopción es parte toral de la discusión actual sobre la idoneidad o no de la misma por parte de las familias homoparentales.

## **1.2. Formulación del problema**

### **1.2.1. Problema general**

¿Cuál es la influencia de la incorporación de los principios constitucionales relativos al derecho de familia en la Constitución de 1993?

### **1.2.2. Problemas específicos**

- a. ¿Cuáles son los principios constitucionales incorporados a la nueva doctrina del derecho de familia según la Constitución de 1993?
- b. ¿Cuáles son las implicancias de la constitucionalización e internacionalización del derecho de familia en la legislación peruana?
- c. ¿Cómo se vienen configurando el derecho de familia a la luz de los principios constitucionales incorporados en la Constitución de 1993?

## **1.3. Importancia del problema**

En materia familiar el siglo XXI trae grandes cambios en el Derecho y de manera especial en el Derecho de Familia con grandes cambios producidos por la necesidad de atender nuevas situaciones sociales. Cambios que van en la dirección de la adaptación de una familia más democrática, multicultural y en definitiva mucho más diversificada e inclusiva.

La familia se presenta, prácticamente en todos los foros, como base primordial para el desarrollo del ser humano y de manera paralela se plantea la evidente crisis de la institución familiar que cae irremediabilmente en la figura

del matrimonio en el que concurren, en la actualidad, muchas y diversas situaciones como son los matrimonios tardíos, matrimonios de muy poca duración, proliferación de hijos extramatrimoniales, matrimonios homosexuales, etcétera.

En consecuencia, son focos que marcan una llamada de atención en donde la política familiar pasa a ser una prioridad social y pública que debe apoyar la unidad y/o estabilidad familiar para un buen desarrollo del ser humano y todo lo que de ello deriva, todo ellos como consecuencia del fenómeno de constitucionalización del derecho presenta una incidencia muy fuerte en relación con la aplicación de las normas nacionales.

Esto tiene como correlato la redefinición del «concepto constitucional de familia». En el derecho privado tradicional se definió esta como la vinculación entre personas por el parentesco o el matrimonio. No obstante, a la luz de las disposiciones constitucionales e internacionales se requiere una redefinición desde el pluralismo (Gil, Fama y Herrera, 2006, pp. 70-71, 73). Así, el concepto constitucional de familia estaría dado actualmente por «la existencia de un vínculo afectivo perdurable que diseña un proyecto biográfico conjunto en los aspectos materiales y afectivos» (Gil, Fama y Herrera, 2006, p. 76).

Este fundamento nos permite concluir que la familia en su percepción jurídica requiere de una necesaria evaluación histórica antropológica (D'agostino, 1991, pp. 135-136), porque el sistema judicial continúa teniendo el concepto restringido de “familia” (Artículo 53, del Decreto Ley 19990, cuestionado en el Fundamento 27, de la STC, Expediente N° 06572-2006-PA/TC. 4), al ser una

estructura socio jurídica nuestra y por lo tanto, bien puede tener una referencia unívoca y distorsionada frente a otras realidades sociales.

## **1.4. Justificación y viabilidad**

### **1.4.1. Justificación teórica**

La investigación desarrollada encontró su justificación en el paradigma jurídico del Neoconstitucionalismo, (Prieto, 2001, Comanducci, 2002, Carbonell, 2007), la misma que permitió determinar las implicancias jurídicas de la incorporación de principios constitucionales relativos al derecho de familia en la Constitución de 1993.

El neoconstitucionalismo puede ser entendido como aquel esquema teórico que explica el proceso de transformación de la tradición formalista del derecho, derivado de la aceptación y comprensión de la norma fundamental como norma jurídica que integra un sistema de principios y valores que respaldan todo el derecho y, por consiguiente, al Estado y sus actividades (Romero, 2017, p. 18).

De ahí que, por ejemplo, las actuales investigaciones en derecho, se hayan sumergido en el estudio de los principios jurídicos catalogados como derechos fundamentales y su proyección en todo el sistema jurídico, investigaciones que de alguna forma ponen en tensión a las concepciones formalistas del derecho, que en este país están muy bien arraigadas.

De acuerdo a Comanducci (2002), propone analizar el neoconstitucionalismo desde tres perspectivas:

Desde este punto de vista, el neoconstitucionalismo —distanciándose así del constitucionalismo tradicional— se presenta como una concepción del Derecho, contrapuesta al positivismo jurídico, una especie de iusnaturalismo. El neoconstitucionalismo es a la vez, una teoría del derecho que, atenta a los cambios normativos que han tenido lugar en nuestros ordenamientos jurídicos, trata de dar cuenta de ellos adecuadamente y postula la necesidad de una ciencia jurídica normativa, una ciencia jurídica que no sólo describe los derechos y deberes de los ciudadanos de acuerdo con lo que establece determinado ordenamiento jurídico, sino que tiene como cometido valorar dichos contenidos desde el entramado axiológico de la Constitución; es también una ideología que 'se muestra proclive a entender que puede subsistir hoy una obligación moral de obedecer a la Constitución y a las leyes que son conformes a la Constitución' (p. 100); y es también y por último una metodología: 'el neoconstitucionalismo metodológico sostiene por el contrario —al menos respecto a situaciones de derecho constitucionalizado, donde los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirían un puente entre derecho y moral— la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre derecho y moral' (p. 101).

Con lo dicho hasta este momento se puede vislumbrar que el neoconstitucionalismo “se convierte en una plataforma de conocimiento para describir diversos fenómenos, como son las Constituciones con contenidos, el

control de constitucionalidad, la relación entre el derecho y la moral, la eficacia jurídica de las Constituciones, por mencionar los más relevantes” (Atria, 2004, p. 119). De esta manera, bien se pudiera ubicar la concepción presentada sobre esa corriente filosófica en un solo tipo de neoconstitucionalismo (como se verá en puntos posteriores existen diversos tipos); esto es, el teórico

#### **1.4.2. Justificación práctica**

La finalidad práctica de la presente investigación consistirá en evaluar implicancias jurídicas de la incorporación de principios constitucionales relativos al derecho de familia en la Constitución de 1993, para lo cual se abordará el desarrollo dogmático y jurisprudencial, delimitar sus alcances, sus consecuencias, su relación con otros principios y con el derecho internacional de los derechos humanos.

Sin embargo, de acuerdo a Mendoza (2019) la realidad de las familias sigue en constante transformación y en la actualidad en armonía con documentos internacionales, nuestro Estado mediante la Constitución de 1993, se diferenció de su antecesora en que privilegio el principio constitucional de protección de la familia, desmarcándose de la protección del matrimonio hacia su promoción, en concordancia con el reconocimiento, defensa y protección del pluralismo familiar, marcando la incidencia del Derecho de Familia hacia un enfoque constitucional.

Por su parte, Herrera (2018) considera que esta orientación constitucional impone una constante retroalimentación y oxigenación de las disposiciones legales acorde con las nuevas perspectivas del Derecho de Familia, ya no vistas

en la singularidad de un solo modelo familiar, sino en la pluralidad familiar que ha conllevado se proponga doctrinariamente a que se le llame Derecho de las Familias

#### **1.4.3. Justificación legal**

- Constitución Política del Perú
- Ley Universitaria N° 30220
- Estatuto de la UNASAM
- Reglamento de Grados y título de la FDCCPP- UNASAM

#### **1.4.4. Justificación metodológica**

El enfoque metodológico que se empleó en la presente investigación fue el del Enfoque Cualitativo, toda vez que se recogerán datos sin medición numérica ni estadística, sino sólo valoraciones y apreciaciones jurídicas (Lino, 2008) cuyo propósito fue la descripción de los objetos que estudia (problemas), la interpretación y la comprensión, desde una perspectiva teórica sobre la incorporación de los principios constitucionales relativos al derecho de familia en la Constitución de 1993.

#### **1.4.5. Justificación técnica**

Se empleó en el desarrollo de la investigación el soporte técnico e informático necesario, para el registro y sistematización de la información recogida y analizada, habiendo previsto para ello una computadora personal, impresora, scanner, y el software respectivo Office 2020.

#### 1.4.6. Viabilidad

**a. Bibliográfica:** Se contó con acceso a fuentes de información tanto bibliográficas, hemerográficas y virtuales, los que permitieron recoger información para el marco teórico y para la validación de la hipótesis; de acuerdo a la naturaleza de la investigación desarrollada.

**b. Económica:** Se contó con los recursos económicos necesarios que permitieron afrontar los gastos de la investigación en su etapa de ejecución y redacción del informe final, los mismos que fueron asumidos por el responsable de la investigación de acuerdo al presupuesto previsto.

**c. Temporal:** El periodo de investigación donde se desarrolló la ejecución y el informe final de la tesis se ejecutó durante los años del 2021 y 2022.

#### 1.5. Formulación de objetivos

##### 1.5.1. Objetivo general

Analizar la influencia de la incorporación de los principios constitucionales relativos al derecho de familia en la Constitución de 1993.

##### 1.5.2. Objetivos específicos

- a. Describir los alcances de los principios constitucionales incorporados a la nueva doctrina del derecho de familia según la Constitución de 1993.
- b. Explicar las implicancias de la constitucionalización e internacionalización del derecho de familia en la legislación peruana.

- c. Determinar cómo se viene configurando el derecho de familia a la luz de los principios constitucionales incorporados en la Constitución de 1993.

## 1.6. Formulación de hipótesis

Existe una influencia directa y significativa de la incorporación de los principios constitucionales relativos al derecho de familia, en la delimitación de los contenidos de la instituciones del derecho de familia; por lo que en el marco del proceso de constitucionalización del derecho de familia se ha puesto en evidencia la necesidad de protección de derechos fundamentales en las relaciones familiares.

## 1.7. Variables

- **V. Independiente:** Principios constitucionales
- **V. Dependiente:** Derecho de familia en la Constitución de 1993.

## 1.8. Metodología

### 1.8.1. Tipo y diseño de investigación

a. **Tipo de investigación:** Corresponde a una investigación jurídica dogmática: teórica y normativa, cuya finalidad fue analizar la influencia de la incorporación de los principios constitucionales relativos al derecho de familia en la Constitución de 1993, tomando como base las fuentes formales del derecho como la normatividad, jurisprudencia y dogmática penal, donde se analizará la estructura del derecho desde el plano formal (Robles, 2014).

**b. Tipo de diseño:** Corresponde a la denominada **No Experimental**. debido a que careció de manipulación la variable independiente, además no poseerá grupo de control, ni tampoco experimental (Hernández et al, 2014); su finalidad fue recoger datos del fenómeno jurídico después de su ocurrencia (Romero et al, 2018), sobre la influencia de la incorporación de los principios constitucionales relativos al derecho de familia en la Constitución de 1993.

**c. Diseño General:** el diseño fue **transversal**. Este diseño recolecta datos en un solo momento, en un tiempo único (2021), no se hará un seguimiento de la evolución de los datos, su propósito fue recoger datos sobre la influencia de la incorporación de los principios constitucionales relativos al derecho de familia en la Constitución de 1993.

**d. Diseño específico:** Se empleó el diseño descriptivo, con la finalidad de identificar sus características, particularidades, sobre la influencia de la incorporación de los principios constitucionales relativos al derecho de familia en la Constitución de 1993. Empleándose el diseño descriptivo simple, cuyo esquema lógico es: **M O**; dónde: **M** = Objeto de estudio y **O** = Resultados

## 1.8.2. Plan de recolección de la información

### 1.8.2.1. Población

**a. Universo Espacial:** Ámbito nacional, de alcances general.

**b. Universo Social:** La población materia de estudio se circunscribió al aporte de los juristas a nivel dogmático y los magistrados a nivel jurisprudencial.

**c. Universo temporal:** Corresponde al periodo del 2021-2022.

### 1.8.2.2. Muestra

- a. **Tipo:** No Probabilística
- b. **Técnica muestral:** Intencional
- c. **Marco muestral:** Doctrina, jurisprudencia y norma.
- d. **Unidad de análisis:** Documental.

### 1.8.3. Instrumento(s) de recolección de la información

a. **Fichaje.** Ello referido a las fuentes o textos bibliográficos y hemerográficos para recopilar información sobre la doctrina sobre el problema de investigación, empleándose la Fichas textuales, Resumen y comentario.

b. **Ficha de análisis de contenido.** Para el análisis de la jurisprudencia y determinar sus fundamentos y posiciones dogmáticas, se empelaron la ficha de análisis.

c. **Electrónicos.** La información que se recabó de las distintas páginas web, que se ofertan en el ciberespacio, sobre nuestro problema de investigación, empelándose las fichas de registro de información.

d. **Fichas de Información Jurídica.** Es un criterio de recolectar la información, a fin de almacenarla y procesarla adecuadamente, de forma coherente y sistemática, para lo cual se empelo un programa informático como soporte técnico.

### 1.8.4. Plan de procesamiento y análisis de la información

Para el registro de los datos se deberán tener los siguientes criterios:

- Identificación del lugar donde se buscará la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información en función a los objetivos y las categorías.
- Análisis y evaluación de la información.
- Sistematización de la información

Para el procesamiento y análisis de la información se empleará la técnica del análisis cualitativo (Álvarez-Gayou, 2003), cuyos aspectos a considerar fueron:

- No admisión de valoraciones cuantitativas
- La descomposición de la información en sus partes o elementos,
- Describir y explicar las características esenciales del hecho o fenómeno.
- Uso de la hermenéutica para la justificación del proceso interpretativo.

El plan de recojo de la información por la naturaleza de la investigación que es teórica; comprendió en primer lugar la selección de las fuentes de información y los instrumentos de recolección de datos, en ese sentido se emplearon las siguientes:

Para las fuentes bibliográficas, hemerográficas y virtuales se realizó a través de las fichas bibliografías, literales, resumen y comentario. Para la jurisprudencia se empleó la ficha de análisis de contenido, los que nos permitirán recoger datos para la construcción del marco teórico y la discusión, y de esa forma validar la hipótesis planteada.

Para el estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico, para tener una visión sistemática nuestro problema de estudio.

Para la sistematización de la información de la investigación se empleó la técnica de la argumentación jurídica, a fin de justificar las proposiciones y enunciados jurídicos de forma clara, coherente y racional.

#### **1.8.5. Técnica de análisis de datos y/o información**

Se empleó la técnica del análisis cualitativo, toda vez que en la investigación jurídica dogmática no admiten las valoraciones cuantitativas, sino la comprensión a través de valoraciones interpretativas, (Aranzamendi, 2010, 2008, p. 154). Este enfoque recoge recopila, analiza y comprende información explicativa, causal, argumentativa. Se eligió este enfoque toda vez que nos interesa hacer esas valoraciones jurídicas sobre la influencia de la incorporación de los principios constitucionales relativos al derecho de familia en la Constitución de 1993.

#### **1.8.6. Validación de la hipótesis**

Por la naturaleza de la investigación que es teórica se hará la validación de la hipótesis mediante el método de la argumentación jurídica (Atienza, 2006) el mismo que consistirá en el uso de la concepción argumentativa a del derecho, basada en la fundamentación racional de los enunciados jurídicos, para la construcción de premisas y razonamientos jurídicos.

En consecuencia, “La argumentación sirve como medio de investigación o descubrimiento de razones para la toma de la mejor decisión” (Santiago, 2003, pp. 168 – 174). Así pues, argumentar, es apoyarse en buenas razones, toda vez que existen razones que tienen un sustento mucho más débil que otras; pero a menudo, desconocemos cuál es cuál. En este sentido, un argumento es un medio para indagar.



## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1. Antecedentes

Revisado las tesis sustentadas en la FDCCPP de la UNASAM, así como de otras universidades de nuestra localidad y a nivel nacional se ha podido encontrar trabajos de investigación relacionados con la presente investigación, siendo los siguientes:

Elsa Angélica Velásquez Bambaren (2018). “El modelo constitucional de familia y la unión civil no matrimonial para personas del mismo sexo como desafío de la democracia constitucional”. Tesis para optar el Título Profesional de Abogada. Universidad Nacional de Ancash “Santiago Antúnez de Mayolo”. Huaraz. El propósito fundamental de la investigación fue determinar por qué el modelo constitucional de familia de la Constitución de 1993 legitima la unión civil no matrimonial para personas del mismo sexo en el marco de la democracia constitucional. La investigación ha demostrado que existen argumentos jurídicos que explican que legalización de la unión civil no matrimonial de personas del mismo sexo encuentra su justificación en los principios y valores de la democracia constitucional, sustentado en que el Estado no debe intervenir en lo moralmente aceptable para una persona y donde la regla de la mayoría es, por sí misma, insuficiente, por lo que la unión civil de personas del mismo sexo no solo resulta jurídicamente viable, sino que es representativo de una concreción esencial de los

derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y no discriminación, y del modelo constitucional de familia.

Tarazona León, Rocio Victoria (2019). “El paradigma del neoconstitucionalismo y su influencia en la protección constitucional de la familia en el Perú”. Tesis de Maestría en Derecho Civil y Comercial. Universidad Nacional de Ancash “Santiago Antúnez de Mayolo”. Huaraz. La presente investigación tuvo por finalidad determinar cómo el paradigma del neoconstitucionalismo viene influyendo en la configuración de la protección constitucional de la familia en el Perú; para lo cual se realizó una investigación jurídica de tipo dogmático y por su naturaleza fue cualitativa; empleándose la técnica documental, análisis de contenido, teoría de triangulación de teorías y la argumentación jurídica. Se tuvo como resultado que la protección de la familia a nivel nacional e internacional no sólo está destinada para el tipo de familia que tiene como fuente de constitución el matrimonio, sino para todo tipo de familias, sin importar el origen de éstas, su condición, ni calidad de sus integrantes; concluyendo que la dinámica de “constitucionalización” e “internacionalización” de los ordenamientos jurídicos ha incidido directa y profundamente en la configuración del derecho de familia, al imponer una relectura del concepto de familia, de las relaciones familiares a la luz de los derechos fundamentales, donde los ordenamientos jurídicos -aunque con diferentes matices- han pasado: I) de un modelo de familia “totalizante” a otro más “democrático”, donde se trata de conciliar el interés familiar con el interés personal de sus integrantes, y II) de un modelo “único” de familia al reconocimiento de una “pluralidad” de modelos familiares, todos ellos dignos de igual tutela.

Carrillo Seclén, Ibérica Estrella (2014). “Fundamentos para la protección jurídica del matrimonio frente a las uniones de hecho entre personas del mismo sexo en el Perú”. Tesis de maestría, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo. La presente tesis es un análisis del actual contexto social y jurídico de la institución del matrimonio en nuestro país con respecto a una posible redefinición que permita uniones entre personas del mismo sexo. Considerando las diversas tendencias que han llevado a un inminente cambio en la percepción del matrimonio, al punto que en algunas sociedades la heterosexualidad ha dejado de ser uno de sus requisitos indispensables, resulta importante preguntarnos si dicha corriente podría llegar a inmiscuirse en nuestra legislación (como ya ha sucedido en el derecho comparado). Siendo así, esta investigación busca hallar, desde una perspectiva netamente jurídico objetiva, los fundamentos que sustentan la protección del matrimonio frente a una posible (o no) regulación legal especial de las uniones entre personas del mismo sexo.

## **2.2. Bases teóricas**

### **2.2.1. Los principios constitucionales**

El debate sobre los principios jurídicos ha sido seguramente el debate más prolífico de los últimos tiempos. Así de acuerdo Grández (2016, p. 22) considera que:

En un primer momento, la cuestión central del debate se orienta a poner de manifiesto la naturaleza normativa de los principios. Tras la intervención de Dworkin en el debate con Hart, el siguiente punto del

debate se centró en establecer la identidad propia de los principios. Se trataba de establecer en qué sentido debía entenderse el carácter normativo de éstos. Lo que suponía, desde luego, poder establecer una distinción (fuerte o débil, pero distinción al fin) respecto del modelo tradicional de normas: las reglas. Finalmente, hay espacio para un tercer momento: se trata del triunfo de los principios como normas fundamentales.

Esta perspectiva muestra, según punto de vista de Grández (2016, p. 22) un progresivo ascenso de los principios, que de haber sido considerados como pautas auxiliares para la interpretación de las verdaderas normas del sistema —con discutible status respecto de su normatividad—, pasan a convertirse en lo que son hoy en día: las normas más importantes del sistema jurídico, esto es, indiscutibles normas fundamentales.

Por otro lado, de acuerdo a García (1989, pp. 149-150), considere que

Desde un punto de vista muy general, puede decirse que los principios inducidos de la Constitución pueden ser considerados como una especie dentro del genus de los principios generales. A este apartado y al último corresponde detallar los elementos diferenciadores. Comencemos por advertir que, aun dentro de su variedad, los principios constitucionales forman un conjunto homogeneizado por el dato capital de su supremo valor normativo dentro del ordenamiento jurídico. Sean principios constitucionalizados, sean principios inducidos del articulado constitucional, los principios constitucionales

participan de la fuerza normativa de la Constitución en relación con las restantes normas del ordenamiento. Como en el caso de los principios generales, los constitucionales inducidos parecen quedar aminorados con la simple calificación de fuente subsidiaria. Es oportuno recordar que gozan de una funcionalidad amplia, como elemento informador, aunque, como es natural, no pueden en ningún caso oponerse a la Ley Constitucional. El texto de la norma normarum puede contener principios que sintetizen o sumen reglas complementarias, aclaratorias, interpretativas, etc., pero no alumbrar un sentido con el que se opongan a lo expresado en el texto ni a lo que ha aflorado como norma consuetudinaria debidamente asentada.

Por su parte, Peces-Barba ha escrito que «tanto los valores superiores como las diferentes referencias a principios que hace la Constitución, se sitúan en el ámbito de las normas». Dichos valores «tienen un contenido conceptual que no se agota en su perspectiva normativa, sino que excede de la misma y hunde sus raíces en el campo de la moralidad» (1984, p. 36).

Tal tendencia homogeneizadora no debe llevarnos a ignorar la entidad de los «valores superiores» del ordenamiento jurídico; tarea en la que han puesto esfuerzo distintos autores, entre los que cuenta el trabajo de Peces Barba, quien refiere que:

Los «valores superiores» constituyen idealidades que han venido siendo reclamadas a lo largo de la historia del pensamiento ético y político de la cultura occidental. Se trata de opciones materiales que

son tenidas como metajurídicas y como matrices de valor que, al propio tiempo, han sido hoy positivizadas expresamente en el artículo 1.º de la Constitución, donde hallan también ubicación otras afirmaciones asimismo básicas y estructuralmente primarias del orden jurídico-político. En base a esta realidad se ha podido decir que estamos en una etapa histórica en la que se ha producido la superación definitiva de la antítesis positivismo-iusnaturalismo, siempre presente en nuestra cultura jurídica. La Constitución expresa los valores que antaño se discutían como un estadio anterior a la positividad y, por tanto, como no jurídicos en sentido estricto (1984, p. 36).

La recepción de tales valores en las Constituciones puede ser vista con, al menos, extrañeza por las mentes positivistas, pero resulta explicable en el contexto histórico en que se ha producido. Lo que ayer fueron aspiraciones éticas o políticas, son hoy realidades constitucionalizadas. Desde el punto de vista práctico, es de menos interés el esfuerzo puesto en dilucidar su naturaleza que el empeño en descubrir el valor normativo con que los aplicadores de la Constitución los han dotado (García, 1989, p. 152).

### **2.2.2. El derecho de familia**

Delimitar la idea de familia en nuestro Código Civil es una tarea que presenta numerosas dificultades, pues supone enfrentarse a un concepto problemático y esquivo, requiriendo un estudio multidisciplinario para su mejor comprensión.

Por ello, según Ramos (1994, p. 97) una de las preocupaciones fundamentales del Derecho es la delimitación de la familia. Elaborar un concepto resulta decisivo y ello es posible cuando la realidad social es uniforme, pero difícil y arbitrario cuando es múltiple y compleja. Las formas de constitución serán distintas como diferentes los regímenes de bienes y sucesión. Donde las normas que regulan la vida familiar han sido pensadas desde una perspectiva occidental y moderna, ignorando -en el mejor de los casos- o proscribiendo los usos y las costumbres de los pueblos.

Según Benjamín Aguilar, tratando sobre temas familiares, señala que:

[...] conocido es que las familias peruanas no tienen como único origen el matrimonio, en tanto que familia se origina igualmente en las uniones de hecho, que sin haber pasado por el registro civil constituyen familias cumpliendo con todas responsabilidades que se dan en las familias matrimoniales. Asimismo, es de conocimiento público que la Constitución establece el deber del Estado de proteger a las familias (Aguilar, 2017, pp. 92-93).

Por otro lado, Alejandro Cussiaovich, al respecto de la familia precisa que:

[...] la familia es el lugar natural de acogimiento de un ser humano, cualquier sea la estructura de la familia que imaginemos o que se tenga en una sociedad y por tanto, es el lugar llamado a garantizar la sobrevivencia inicial del ser humano nacido vivo, de brindarle no solo sobrevivencia física, sino emocional, afectiva, lecho de atención, de

protección, de provisión, de estímulo [...]. (Cussianovich, 2007, pp. 50-51)

Así Del Aguila (2020) refiere que en las posiciones de los autores señalados se observa que el aspecto en que coinciden es en resaltar que las familias tienen como base esencial la unión afectiva que debe unir a sus miembros y de allí que, sin importar la fuente que las genera, deberá comprender como miembros de una familia a todos aquellos que socio-afectivamente desean comportarse como tal. Puede sonar un tanto gaseoso estas posiciones; sin embargo, los autores precisados reconocen el alto valor emocional que se encuentra albergado en la idea de «familia».

La familia como célula básica de la sociedad, ha existido siempre y se ha venido mostrando mediante diversos tipos o modalidades, como también se ha venido moldeando bajo la influencia de concepciones religiosas, políticas, sociales y morales de acuerdo a cada periodo histórico. No la crea el hombre ni por decisión ni por interés, sino que brota espontáneamente de los hábitos humanos. Es tan connatural al hombre que es imposible que se desvincule de ella (Varsi, 2011, pp.12-13, citado por Mendoza, 2019).

No hay un concepto unívoco de familia. De tal forma que, si acudimos al Diccionario de la Real Academia Española, veremos que se le identifica como grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas. Si lo visualizamos etimológicamente proviene del latín *familus-famulus*, que referían conjunto de

criados que vivían bajo un mismo techo, sirviente, visión orientada a su calidad de unidad económica, utilitaria del grupo.

Fernando de Trazegnies (1990, pp. 29-26) señala que:

(...) cuando revisamos la legislación peruana nos encontramos que existe no una, sino muchas nociones de familia...que tiene tantos significados jurídicos como valores y circunstancias sociales. Nos explica que «a comienzos de la República, se dividía a los hijos en ilegítimos, denominados también ‘bordes’, en naturales y espurios, incestuosos, sacrílegos y mancillados o mánceres... A partir de 1852, el Código Civil ya no distingue sino entre cuatro clases: los legítimos, los naturales, los adulterinos y los demás ilegítimos... puede señalarse como ejemplo el hecho de que la obligación de alimentar al hijo adulterino se limita a la madre: esto significaba que el padre biológico no forma parte de la familia básica de ese hijo para estos efectos... En 1936, el nuevo Código Civil eliminó gran parte de estas distinciones, conservando únicamente la existente entre los hijos legítimos e ilegítimos, ya que se consideraba que sin ella sucumbiría la institución del matrimonio... Sin embargo, la Constitución de 1979 hizo que estas diferencias desaparezcan totalmente y que los hijos -legítimos o ilegítimos- sean considerados todos iguales entre sí. Acorde con este principio constitucional, el Código Civil de 1984 no reconoce sino un solo tipo de hijos, sin importar que se trate de habidos en el matrimonio o fuera de el: todos los hijos son iguales entre sí».

En tal sentido, refiere Mendoza (2020) que hoy, como parte de nuestra realidad sociológica en cuanto a la familia son legalmente visibles la existencia de la unión matrimonial, pero a la par las uniones de hecho, éstas últimas, que, si bien inicialmente se legisló para que desaparezca, ahora por el contrario ha venido cobrando más fuerza y el derecho ha debido ponerse a tono para proteger a sus conformantes.

Sin embargo, la realidad de las familias sigue en constante transformación y en la actualidad en armonía con documentos internacionales, nuestro Estado mediante la Constitución de 1993, se diferenció de su antecesora en que privilegio el principio constitucional de protección de la familia, desmarcándose de la protección del matrimonio hacia su promoción, en concordancia con el reconocimiento, defensa y protección del pluralismo familiar, marcando la incidencia del Derecho de Familia hacia un enfoque constitucional.

Esta orientación constitucional según Herrera (2018) impone una constante retroalimentación y oxigenación de las disposiciones legales acorde con las nuevas perspectivas del Derecho de Familia, ya no vistas en la singularidad de un solo modelo familiar, sino en la pluralidad familiar que ha conllevado se proponga doctrinariamente a que se le llame Derecho de las Familias.

Esto, según Mendoza (2020) es producto de nuevos requerimientos ciudadanos realizados hacia el Estado, en calidad de garante y protector de derechos, donde no todo se agota en la solución de casos en concreto que se vinculan a la justicia remedio, sino políticas públicas que permitan entender a la familia no solo como grupo familiar, sino también comprendidos a sus

conformantes en su individualidad, en relación al respeto que debe haber a su dignidad.

Para ello, agrega Mendoza (2020) que es preciso realizar acciones positivas, de afirmación y fortalecimiento, entre ellas las de ejercicio de participación ciudadana que consolide su importancia, siendo una de ellas, el reconocimiento del “Día Internacional de la Familia” que se conmemora cada 15 de mayo desde el año 1994 y según CINU (Centro de Información de Naciones Unidas) fue proclamada en 1993, haciendo eco de la importancia que le otorga la comunidad internacional a la Familia y cuyo propósito es promover la concientización, sensibilización y un mejor conocimiento de los procesos sociales, económicos y demográficos que afectan a este importante núcleo de la sociedad.

### **2.2.3. El proceso de constitucionalización del derecho**

El proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico hunde sus raíces en el pase del Estado Legislativo de Derecho al Estado Constitucional del Derecho (Zagrebelsky, 2011, pp. 33-41). El punto de quiebre fue la Segunda Guerra Mundial que marcó el pase en el derecho europeo —y posteriormente latinoamericano— de constituciones entendidas solamente como normas políticas a constituciones normativas acompañadas del control constitucional de las leyes (Ferrajoli, 2001, p. 31).

Se trata de un proceso que ha producido importantes cambios en la cultura jurídica (Pietro, 2004, p. 47). Implica la conjugación de rasgos centrales de las tradiciones jurídicas europea, continental y anglosajona: de la primera se ha

seguido la apuesta por textos constitucionales, con un amplio catálogo de normas sustantivas con vocación de condicionar el gobierno y el ejercicio parlamentario; de la segunda se retoma la idea de supremacía constitucional frente a otras normas y su garantía jurisdiccional (Pietro, 2004, pp. 48-49; 2007, pp. 111-113).

El estado legislativo de derecho se afianzó de la mano del principio de legalidad como principio de validez jurídica, independientemente de su contenido material, lo que suponía que las normas fueran emitidas por una autoridad dotada, debidamente, con la competencia para ello (Favoreu, 2001, p. 43).

La autoridad de la fuente de producción era el centro de la validez; remontando a la Teoría Pura del Derecho de Kelsen, la forma de los actos normativos era el centro del paradigma jurídico del estado legal de derecho (Zagrebelsky, 2011, pp. 22-27). Por el contrario, en el Estado Constitucional de Derecho, el cambio de paradigma se da por medio de la subordinación del principio de legalidad a constituciones “jerárquicamente supraordenadas a las leyes, como normas de reconocimiento de su validez” (Ferrajoli, 2001, p. 34).

Como norma de reconocimiento se entiende a las pautas que regulan la creación, reconocimiento, cambio y adjudicación del derecho, las que establecen los criterios por los cuales una comunidad puede calificar una regla social como una jurídicamente vinculante y exigible ante los tribunales si es incumplida por la ciudadanía (Hart, 1980, p. 8). Con ello cambian las condiciones de validez de las normas, la que no es solo dependiente de su forma de producción, sino de su coherencia con los principios de la Constitución (Ferrajoli, 2001, p. 34).

La Constitución impone a la producción legislativa prohibiciones y obligaciones de contenido correlativas a los derechos, las mismas que deben ser observadas bajo mandato de ser corregidas en caso contrario (Ferrajoli, 2001, p. 34). Esto supone un avance respecto del positivismo jurídico porque “el derecho no es ya solo el derecho puesto por la autoridad, sino una creación humana cuyo sentido es el de satisfacer ciertos valores que se plasman en los derechos fundamentales” (Atienza, 2014, p. 14).

Aunque en el Estado Legislativo de Derecho haya tenido presencia una Constitución, en el sentido positivista del término, en el Estado Constitucional de Derecho hay una Constitución que “pretende cumplir funciones normativas ex ante, pretende fundar o refundar la identificación, unidad y permanencia de un sistema jurídico-político y lo hace determinando qué va a contar (hacia el futuro) como fundamental en ese sistema” (Aguiló, 2001, p. 442).

El Estado Constitucional tiene una Constitución que “además de una dimensión constitutiva tiene una dimensión valorativa” pues reconoce estados de cosas como valiosos, merecedores de protección y promoción (Aguiló, 2001, pp. 445-446). Los Estados Constitucionales tienen una Constitución que responde a la “limitación del poder político y la garantía de los derechos”, y que es practicada (Aguiló, 2001, pp. 450-452).

Por tanto, con el paso del Estado Legislativo al Estado Constitucional se afirma una concepción de Constitución que incorpora elementos formales y materiales. Eso implica que tiene como rasgos esenciales que se trata de una

“norma jurídica suprema de Estado, que garantiza la separación de poderes, el principio democrático y los derechos fundamentales” (Díaz, 2017, p. 83).

Y es ese texto el que vincula a los poderes públicos con carácter general en un doble sentido: “de manera negativa, en tanto que no pueden transgredir sus preceptos, pero también de forma positiva, ya que los textos contienen una serie de mandatos de actuación, e incluso más allá de los mandatos concretos, los poderes públicos deben hacer realidad los valores y principios constitucionales” (Díaz, 2017, p. 85).

En cuanto a las personas individualmente consideradas, aunque parte de los preceptos constitucionales no les aplican porque “van dirigidos expresamente a los poderes públicos [...] considerada globalmente la Constitución actúa como límite negativo” para la ciudadanía (Díaz, 2017, p. 86).

Así, las Constituciones, en un Estado Constitucional de Derecho, tienen un fuerte contenido normativo, es decir que, además de regular las fuentes del Derecho y la organización del poder, generan derechos exigibles directamente; además, tienen garantía jurisdiccional, lo que implica que existen mecanismos procesales para controlar la efectividad de las disposiciones constitucionales (Pietro, 2007, pp. 114-117).

### **2.3. Definición de términos**

**a. Constitución.-** La Constitución es, pues, norma jurídica y, como tal, vincula. De ahí que, con acierto, pueda hacerse referencia a ella aludiendo al "Derecho de la Constitución", esto es, al conjunto de valores, derechos y principios que,

por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos (STC EXP. N°05854-2005-PA/TC, F.J. 5).

- b. Principios constitucionales.-** Son las normas fundamentales del ordenamiento jurídico. Esta perspectiva muestra, según punto de vista de un progresivo ascenso de los principios, que de haber sido considerados como pautas auxiliares para la interpretación de las verdaderas normas del sistema —con discutible status respecto de su normatividad—, pasan a convertirse en lo que son hoy en día: las normas más importantes del sistema jurídico, esto es, indiscutibles normas fundamentales (Grández, 2016, p. 22).
- c. Familia.-** Es el lugar natural de acogimiento de un ser humano, cualquier sea la estructura de la familia que imaginemos o que se tenga en una sociedad y por tanto, es el lugar llamado a garantizar la sobrevivencia inicial del ser humano nacido vivo, de brindarle no solo sobrevivencia física, sino emocional, afectiva, lecho de atención, de protección, de provisión, [...]. (Cussianovich, 2007).
- d. 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 (Del Picó, 2010, pp. 119-120).

**e. Constitucionalización del derecho.-** Se trata de un proceso que ha producido importantes cambios en la cultura jurídica. Implica la conjugación de rasgos centrales de las tradiciones jurídicas europea, continental y anglosajona: de la primera se ha seguido la apuesta por textos constitucionales, con un amplio catálogo de normas sustantivas con vocación de condicionar el gobierno y el ejercicio parlamentario; de la segunda se retoma la idea de supremacía constitucional frente a otras normas y su garantía jurisdiccional (Pietro, 2004).

## CAPÍTULO III

### RESULTADOS Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

#### 3.1. La familia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La protección internacional de la familia se enmarca dentro de la protección internacional de los derechos humanos. Al referimos a “derechos humanos” queremos afirmar la existencia de derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados (Truyol, 1984, p. 11).

En tal sentido, sería coartar el sentido que tienen los derechos fundamentales de la persona humana el limitarlos a la persona en su calidad de individuo, sin considerar como de igual relevancia sus derechos apreciados en su aspecto social. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, así ha sido reiteradamente estimada en gran número de declaraciones, convenciones y resoluciones internacionales, los mismos que han sido ratificados por los diversos Estados miembros del sistema universal y regional de protección de los Derechos Humanos.

Por ello, es una preocupación constante de la comunidad internacional el que la familia reciba la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad, en merito haber suscrito voluntariamente dichos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

### 3.1.1. La Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)<sup>1</sup>, junto con los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (1966)<sup>2</sup>, son considerados la “Carta Magna” en materia de derechos fundamentales de la persona humana. En conjunto, proporcionan un listado de derechos fundamentales pertenecientes no sólo al individuo sino también a la familia. Su solo texto sirve para redactar un discurso sobre la protección que tiene derecho a recibir la familia en el ámbito internacional. Los derechos enumerados son inherentes a la familia en cuanto tal, son referentes a su dignidad intrínseca, sin su protección la familia sufre el peligro de ser destruida.

En el preámbulo de estos documentos queda de inmediato patente la importancia fundamental de la familia humana. La primera frase del preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala:

...[l]a libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...

El artículo 16 define a la familia como la unidad natural y fundamental de la sociedad. Establece el derecho del hombre y de la mujer para casarse y fundar una

---

<sup>1</sup> Aprobada mediante Resolución 217(III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948.

<sup>2</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Aprobados mediante Resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas. de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49. Lista de los Estados que han ratificado el pacto.

familia, el derecho a la igualdad en el matrimonio y el libre consentimiento en este.

#### Artículo 16.

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.
2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.
3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Los preámbulos de los Pactos comienzan de modo muy similar, demostrando así que el objeto claro y preciso de protección de estos instrumentos es justamente la persona humana, pero no solo individualmente, sino que dentro de un contexto, dentro de una familia.

Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e

inalienables. Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana...

Por ello, el examen de estos instrumentos demuestra que ellos reconocen lo que cada uno tiene claro en su fuero interno, el que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 23°, vuelve a repetir los mismos principios al reconocer:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.
3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. El artículo 10 reconoce derechos humanos básicos en lo que concierne a la vida familiar y profundiza en los derechos de las madres embarazadas, las licencias por maternidad y la seguridad social.

Artículo 10. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.
2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.
3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su

desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer<sup>3</sup>. Esta contiene un dispositivo normativo de derecho antidiscriminatorio que protege a la mujer, incluida su posición social en la familia. Incluye previsiones sobre el matrimonio y la nacionalidad (artículo 9); igualdad y libre consentimiento; derechos y responsabilidades dentro del matrimonio, planificación familiar; maternidad y adopción; el derecho de la mujer a escoger el nombre de familia, profesión y trabajo; propiedad; edad mínima para casarse y el estricto registro del matrimonio (artículo 16).

#### Artículo 16

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:
  - a) El mismo derecho para contraer matrimonio;
  - b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;

---

<sup>3</sup> Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979

- c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;
- d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;
- e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;
- f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;
- g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación;
- h) Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.

2. No tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial.

Convención sobre los Derechos del Niño<sup>4</sup>. La Convención sobre los Derechos de los Niños se refiere a la separación del niño de sus padres (artículo 9), la reunificación familiar (artículo 10 y 22) y las medidas para los niños que carecen cuidado de sus padres (artículos 20 y 21).

### **3.1.2. Convención americana de Derechos Humanos**

A nivel regional también se cuenta con innumerables normas que buscan proteger a la familia. En lo que se refiere a América Latina, existe la Declaración<sup>5</sup> y Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, también conocida como el Pacto de San José de Costa Rica<sup>6</sup>, cabe señalar brevemente la norma que se refieren a una protección especial de la familia.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (arts. 6, 7)

Artículo VI. Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.

---

<sup>4</sup> Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990

<sup>5</sup> Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948

<sup>6</sup> Fue suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica y entró en vigor el 18 de julio de 1978.

Artículo VII. Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.

Por su parte la Convención Americana de Derechos Humanos, lo regula en los siguientes términos:

### **Artículo 17: Protección a la Familia**

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidad de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

En tal sentido, el artículo 17 de la Convención Americana se refiere expresamente a la protección de la familia. Señala, tal como lo hacen los instrumentos universales sobre derechos humanos, el hecho de que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Se le reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia, como también que el matrimonio requiere del libre y pleno consentimiento de los contrayentes (artículo 17). Se reafirma el principio de que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada o en la de su familia (artículo 11).

Así mismo, la Convención Interamericana para prevenir y erradicar la violencia de género o Convención de Belém do Pará<sup>7</sup>. Contiene normas sobre erradicación de la violencia de género, tanto en la esfera privada-familiar como en la esfera pública. Además, los Estados Parte acordaron que la violencia contra las mujeres constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades.

De esta forma según Errázuriz, al referirse a la protección de la Familia por parte de la Convención Interamericana de Derechos Humanos refiere que:

---

<sup>7</sup> Suscrita en el XXIV Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, Belém do Pará, Brasil, Junio 6-10 1994

De esta manera queda consagrado también a nivel regional el derecho que todo ser humano tiene de fundar una familia sin que el Estado ni entidad alguna puedan intervenir arbitrariamente en esa decisión. Esto tiene implicancias considerables: se asegura el derecho de los padres a tener una familia numerosa y a ser ellos los primeros en educar a sus hijos.

Queda también establecido en la Convención Americana el derecho de todo niño a recibir las medidas de protección que por su condición requiera por parte de su familia, de la sociedad y del Estado (artículo 19). Por lo tanto, no son solo los padres quienes gozan de derechos dentro de la familia, al momento de decidir contraer matrimonio y al momento de tener hijos. Los hijos también tienen derecho a ser protegidos debidamente por su familia, a recibir una educación adecuada y a crecer junto a sus padres. Todo niño, sin importar su edad, tiene derecho a la vida, y a formar parte de una familia (Errázuriz, 1994, p. 369).

### **3.2. El Derecho constitucional familiar europeo**

Como primer referente puede señalarse a la **Constitución de Weimar** de 1919, que estipuló por primera vez la importancia de la familia para la sociedad, estableció la noción de familia conyugal, la igualdad de los cónyuges y la protección que el Estado debía proveer a la maternidad y a la familia:

El matrimonio, en tanto que fundamento de la vida familiar y del mantenimiento y crecimiento de la nación, está bajo la protección especial de la Constitución. Se basa en la igualdad jurídica de ambos sexos. Incumbe al Estado y a los municipios velar por la pureza, salud y mejora de la familia. Las familias numerosas tienen derecho a asistencia social compensatoria. La maternidad tiene derecho a la protección y asistencia del Estado (Constitución de Weimar, artículo 119).

**La Constitución italiana de 1947**, precursora del Derecho Constitucional de posguerra, retomó las pautas delineadas por los documentos citados y perfiló un prototipo de la regulación constitucional de la institución siguiente:

Artículo 29: La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural basada en el matrimonio. El matrimonio se regirá sobre la base de la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad de la familia.

Artículo 30: Es deber y derecho de los padres mantener, instruir y educar a los hijos, incluso a los habidos fuera del matrimonio.

En los casos de incapacidad de los padres, la ley dispondrá lo necesario para que sea cumplida la misión de los mismos.

La ley garantizará a los hijos nacidos fuera de matrimonio plena protección jurídica y social, en la medida compatible con los derechos de los miembros de la familia legítima.

La ley dictará las normas y los límites de investigación de la paternidad.

Artículo 31: La República estimulará a través de medidas económicas y otras providencias la constitución de la familia y el cumplimiento de las tareas inherentes a ella, dedicando atención especial a las familias numerosas. Protegerá la maternidad, la infancia y la juventud, favoreciendo a las instituciones necesarias para esta finalidad.

**La Constitución portuguesa de 1976** caracterizado por su extensión y pormenorización. En un precepto reguló aspectos generales del matrimonio, la familia y la filiación, y en artículos específicos refrendó la maternidad, la infancia y la ancianidad. Estableció además definiciones, principios y políticas de protección, y estipuló derechos básicos de la familia (intimidad, vivienda digna).

Artículo 36. De la familia, del matrimonio y de la filiación

1. Todos tendrán derecho a constituir una familia y a contraer matrimonio en condiciones de igualdad plena.
2. La ley regulará los requisitos y los efectos del matrimonio y de su disolución, por muerte o divorcio, independientemente de la forma de celebración.
3. Los cónyuges tendrán los mismos derechos y deberes en cuanto a capacidad civil y política y al mantenimiento y educación de los hijos.

4. Los hijos nacidos fuera de matrimonio no podrán por este hecho ser objeto de discriminación alguna y no podrá la ley ni las dependencias oficiales usar designaciones discriminatorias en materia de filiación.
5. Los padres tienen el derecho y el deber de educar a sus hijos.
6. Los hijos no podrán ser separados de los padres, salvo cuando estos no cumplan sus deberes fundamentales con ellos y siempre en virtud de auto judicial.

#### Artículo 67. De la familia

El Estado reconoce la constitución de la familia y asegura su protección. Le compete, en particular:

- a) promover la independencia social y económica de la unidad familiar;
- b) desarrollar una red nacional de asistencia materno-infantil y realizar una política de ancianidad;
- c) cooperar con los padres en la educación de los hijos;
- d) promover, por los medios necesarios, la divulgación de los métodos de planificación familiar y organizar las estructuras jurídicas y técnicas que permitan el ejercicio de una paternidad consciente;

- e) regular los impuestos y los beneficios sociales en armonía con las cargas familiares.

#### Artículo 68. De la maternidad

1. El Estado reconoce la maternidad como valor social eminente, protegiendo a la madre en los imperativos específicos de su acción insustituible en orden a la educación de los hijos y garantizando su realización profesional y su participación en la vida cívica del país.
2. Las mujeres trabajadoras tendrán derecho a un periodo de dispensa del trabajo, antes y después del parto, sin pérdida de la retribución ni de otras ventajas.

#### Artículo 69. De la infancia

1. Los niños tendrán derecho a la protección de la sociedad y del Estado, con vistas a su desarrollo integral.
2. Los niños, en especial los huérfanos y los abandonados, tendrán derecho a protección especial de la sociedad y del Estado contra cualesquiera formas de discriminación y de opresión, y contra el ejercicio abusivo de autoridad en la familia y en las demás instituciones.

#### Artículo 72. De la ancianidad

1. El Estado promoverá una política de la ancianidad (tercera edad) que garantice la seguridad económica de las personas de edad.
2. La política de ancianidad deberá, además, proporcionar condiciones de vivienda y convivencia familiar, y comunitaria que eviten y superen el aislamiento o marginación social de las personas de edad y les ofrezcan oportunidad de crear y desarrollar formas de realización personal a través de una participación activa en la vida de la comunidad.

**La Constitución Española de 1978**, La simple lectura del artículo 39 de la Constitución permite deducir que la familia está intrínseca y esencialmente determinada por el hecho de la generación humana y las consiguientes relaciones de paternidad, maternidad y filiación, a las que expresamente se refiere dicho precepto, que manifiesta además, bien significativamente, una especial preocupación por los niños, es decir por las personas menores, dando a entender que la familia se ocupa o ha de ocuparse muy particularmente de ellos.

Es muy importante notar que el artículo 39 de la Constitución diferencia ostensiblemente entre lo que debe ser la protección de la familia (apartado 1) y la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil, que los Poderes públicos deberán asimismo asegurar (apartado 2). Hay una filiación y una maternidad que para la Constitución son, por decirlo así, familiares, producidas en el seno de la institución familiar que debe ser protegida, y hay o puede haber

filiaciones o maternidades extrafamiliares, no integradas en la realidad de la familia.

#### Artículo 39. Protección a la familia y a la infancia

1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.
3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.
4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

En ese sentido, Villabella-Armengol, sobre la regulación constitucional de la Familia en Europa, considera que:

(...) la postura predominante del constitucionalismo europeo respecto a la familia es su normativización escueta... En esa tesitura, resumimos que el modelo de familia que se constitucionalizó en Europa en el siglo XX es minimalista y posee los siguientes rasgos esenciales: matrimonio como acto constitutivo de la familia; destaque

de la importancia social de la familia; noción de familia nuclear; protección del Estado a la familia, el matrimonio la maternidad y la infancia; igualdad de filiación; obligación de los padres en la manutención y educación de los hijos; reconocimiento de derechos a la familia como grupo (igualdad de los cónyuges, contraer matrimonio, fundar familia, igualdad de sus miembros, intimidad, inviolabilidad del domicilio, vivienda, honor) (Villabella-Armengol, 2016, p. 113).

### **3.3. El Derecho Constitucional familiar en América Latina**

La particular consideración de que es objeto la familia en la mayor parte de los textos constitucionales latinoamericanos vigentes no constituye en realidad un fenómeno nuevo, en atención a que el mismo se encontraba ya presente en las Leyes fundamentales de América Latina dictadas desde los albores del denominado “Constitucionalismo social de derecho” puesto en marcha por la Constitución Mexicana de Querétaro (1917) –el que vino a sustituir el “Constitucionalismo fundacional” de carácter “liberal” imperante en la Región desde mediados del siglo XIX– mediante la incorporación de una regulación especial sobre la institución familiar, y a la que incluso algunas Constituciones llegaron a calificar expresamente como “sociedad natural” y/o “fundamento”, “célula”, “base”, “elemento” o “núcleo primario” fundamental de la “sociedad” o de la “Nación”.

Al respecto Esborraz (2015, p. 27) expresa que:

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” (Por ejemplo CCR/1949, art. 5I; C México/1917-1980, art. 4; C Nicaragua/1986, art. 70; C Perú/1993, art. 4), ya sea que luego hayan optado para su regulación por una metodología más sistemática y/o “maximalista” (Por ejemplo: C Honduras/1982, arts. III-116; C Salvador/1983, art. 32-36; C Nicaragua/1986, arts. 70-79; C Brasil/1988, arts. 226-230; C Colombia/1991, arts. 42-46; C Panamá/1992, arts. 56-62; C Paraguay/1992, arts. 49-6I; C Guatemala/1993, arts. 47-54; C Perú/1993, arts. 4-6; C Venezuela/1999, arts. 75-81; C Ecuador /2008, arts. 67-69; la C Bolivia /2009, arts. 62-66); o bien por una menos sistemática y/o “minimalista”, y que a más de ello sus disposiciones se complementan con el reenvío que las mismas hacen a los instrumentos internacionales que integran el “bloque de constitucionalidad. (Por ejemplo CR/1949-1989, arts. 18 y 51-53; C Argentina/1994, arts. 14bis, 20, 75.19 y 75.22; C Uruguay /1967, arts. 40-49; C México/1917, 2000-2011, arts. 1, 2, 4 y I2 3.XXVIII; C Chile/1981-1989, arts. 1[2y5], 4 y 5).

Por su parte, De la Fuente (2012) considera que de la revisión algunas de las Constituciones latinoamericanas que regulan a la familia, nos podemos encontrar dos formas de regulación; una donde lo más importante es la familia, y en donde pudiéramos decir que existe unidad normativa, sistematización legislativa, esto es, un capítulo especial que habla acerca de ella en su ley fundamental, hablamos en el caso específico de países como Bolivia, Brasil, Cuba, El Salvador, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Venezuela, y otro grupo en donde existe una

dispersión normativa en la ley fundamental, ya que existe una gran cantidad de disposiciones dedicadas a la familia, pero sin que establezcan una unidad normativa, una sistematización legislativa, tal es el caso de algunos países como México, Argentina, Chile, Honduras, Perú y Uruguay.

A continuación presentamos su regulación constitucional sobre la familia en algunos textos latinoamericanos:

### **A) Bolivia**

En su Constitución Política, en su parte primera denominada "Bases fundamentales del Estado, derechos, deberes y garantías", título dos de "Derechos fundamentales y garantías", capítulo quinto "Derechos sociales y económicos", sección VI "Derechos de las familias", artículos 66 a 72, establece que:

[...] el Estado reconoce y protege a la familia, a sus integrantes, que existe igualdad de derechos, obligaciones y oportunidades entre todos sus integrantes así como a las uniones de hecho que sean mantenidas por personas con capacidad legal, existe igualdad entre los hijos que la ley protegerá el patrimonio de familia, el régimen de seguridad social, la educación, la violencia intrafamiliar, lo mismo de los niños, niñas y adolescentes, y buscará la protección del interés supremo del menor, debo hacer notar que anterior a esta reforma en el año de 1995 se establecía la creación de un código especial para regular las relaciones familiares.

## **B) Brasil**

Cuenta con un apartado especial, título VIII "Del orden social", capítulo VII "De la familia, del niño, del adolescente y del anciano", artículos 226 al 230, reconoce:

[...] al matrimonio civil y otorga al matrimonio religioso efectos civiles, reconoce la entidad familiar como unión estable entre el hombre y la mujer, establece los derechos y deberes entre los cónyuge así como la igualdad entre los mismos, el estado brindará asistencia para cohibir la violencia intrafamiliar, señala el deber de la familia, sociedad y estado para que los niños y adolescentes tengan derecho a la vida, salud, alimentación, educación, respeto, convivencia familiar y comunitaria así como su protección contra toda discriminación, explotación y violencia, regula el respeto de los mayores así como su derecho a la vida, su dignidad y a su participación en la comunidad en general, teniendo una alta protección a la sociedad.

## **C) El Salvador**

La Constitución de El Salvador también dedica una sección especial para la familia, en su capítulo II "Derechos sociales", sección I "De la familia", en sus artículos 32 al 36, reconoce

[...] a la familia como base fundamental de la sociedad y ésta tendrá la protección del estado la que creará la legislación necesaria y los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y

desarrollo social, cultural y económico, estableciendo que el fundamento legal de la familia es el matrimonio pero su falta no afectará el goce de los derechos que se establezcan en su favor.<sup>7</sup>

#### **D) Ecuador**

En su capítulo 4, "De los derechos económicos, sociales y culturales", sección tercera "De la familia", señala que:

[...] el Estado reconoce y protegerá a la familia como célula fundamental de la sociedad, basada en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes, protegiendo al matrimonio, la maternidad y el haber familiar, brindando el apoyo a las mujeres, padres o quienes sean jefes de familia, regula también la unión estable monogámica, promueve la maternidad y paternidad responsable, cuidando el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos, se reconoce el patrimonio familiar inembargable así la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

#### **E) Nicaragua**

La Constitución Política de la República de Nicaragua, con sus últimas reformas realizadas en 1995 y 2000, establece en el título IV "De los derechos, deberes y garantías del pueblo nicaragüense", capítulo IV denominado "Derechos de la familia", de sus artículos 70 al 79:

[...] la obligatoriedad del estado para su protección tomando como base que es el núcleo fundamental de la sociedad, estableciendo primordialmente que las relaciones familiares descansan en el respeto, solidaridad e igualdad absoluta de derechos entre el hombre y la mujer, protegiendo el proceso de reproducción humana, igualdad de derechos entre los hijos, la investigación de la paternidad y maternidad, entre algunos otros derechos.

#### **F) Guatemala**

En su título segundo, capítulo II "De los derechos sociales", en su sección primera, la Constitución habla de la familia y se refiere a:

[...] la protección de la familia, al reconocimiento del matrimonio como base legal y al reconocimiento de las uniones de hechos, a la igualdad de los hijos, protección de los menores, ancianos, y personas con capacidad diferente, de la maternidad e igualdad de los hijos, de la obligación de proporcionar alimentos y de las acciones contra causas de desintegración familiar.

#### **G) Paraguay**

Contiene un capítulo IV de "Derechos de la familia", incorporado en su título II "De los deberes y garantías", artículos 49 al 61, en el que:

[...] se establece la protección del estado a la familia, el derecho a constituir la, el reconocimiento del matrimonio y del concubinato, el

deber correlativo de asistencia a la salud, educación, alimentación, a los derechos de la mujer como cabeza de familia, la obligación del estado de garantizar y proteger a los miembros de la familia y en especial de los niños en su abandono, abuso, tráfico y violencia así como los derechos de las personas excepcionales, y del patrimonio familiar.

## **H) Venezuela**

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela vigente establece, en su título III "De los derechos humanos y garantías, y de los deberes", capítulo V "Los derechos sociales y de las familias", artículos 75 al 97, que:

[...] la protección del Estado en proteger a la familia, como asociación natural de la sociedad y espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas, así como la garantía de protección a la madre, padre o quienes ejercen la jefatura de la familia, de los niños, niñas y adolescentes, establece la posibilidad de la familia sustituta cuando la familia de origen no respete el interés superior del menor, protege al matrimonio entre un hombre y una mujer, su igualdad de derechos lo mismo que de las uniones estables, algo importante es que las niñas, niños y adolescentes que están protegidos y garantizados por los contenidos de su constitución y demás tratados internacionales que se hayan suscrito y ratificado por la República respetándose en todo momento el interés supremo del menor, protege la maternidad desde el momento de la concepción a la decisión libre y responsable del

número de hijos, los servicios de planificación basados en valores éticos y científicos, derecho a la vivienda, seguridad social y al trabajo de cada uno sus integrantes.

A continuación se presenta la regulación de algunos de los países que tienen su legislación dispersa.

### **I) Argentina**

La Constitución, en el artículo 14 bis, establece la protección integral de la familia, artículo 75 de las facultades del Congreso, numerales 19, 22 y 23, que se refieren a:

[...] la participación de la familia y la sociedad en la educación, así como de la jerarquía de los tratados celebrados con naciones y organizaciones internacionales con jerarquía superior a las leyes, en especial de todas ellas que se refieren al respeto de los derechos humanos y a la protección de la mujer y de los derechos de los niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad.

### **J) Chile**

En su Constitución, con sus últimas reformas realizadas en 2005, capítulo I, artículo 1, establece que "la familia es el núcleo de la sociedad y el deber del Estado es resguardar su seguridad y protección, fortaleciéndola y promoviendo su integración"; en el capítulo III, el artículo 19, numeral 4, se refiere al respeto a la personalidad y a la familia.<sup>15</sup>

## **K) Colombia**

Señala en su artículo 5 que el Estado:

"[...] reconoce a la familia como institución básica de la sociedad", y en su artículo 42 dice que "es el núcleo de la sociedad y que su fuente es el matrimonio y el concubinato, manifestando que el matrimonio religioso surte efectos como matrimonio civil y que tanto el estado como los integrantes de la familia deben velar por su bienestar".<sup>16</sup>

## **L) Uruguay**

La Constitución, en su artículo 40, del capítulo II, señala que:

La familia es la base de la sociedad, el Estado velará por su estabilidad moral y material para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad"; el artículo 49 señala que "el bien de familia, su constitución, su conservación, goce y transmisión serán objeto de una legislación protectora especial"; el artículo 67 regula "la protección del trabajador en bienestar de su familia"; los artículos 75 y 78 brindan el "derecho al sufragio a los ciudadanos de los hombres y mujeres extranjeros con familia constituida en la república así como a la ciudadanía legal".

### **3.4. Los derechos de familia en la legislación constitucional peruana**

La Constitución peruana de 1993, en su artículo 4°, establece que la comunidad y el estado protegen al niño, al adolescente, madre, anciano en

situaciones de abandono, a la familia y promueve el matrimonio como institutos naturales y fundamentales de la sociedad"; el artículo 13° regula la "obligatoriedad de los padres de educar y participar en el proceso educativo de sus hijos", y el artículo 24° habla sobre "el derecho del trabajador para una remuneración para él y su familia.

Artículo 4.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

Artículo 13.- Educación y libertad de enseñanza, la educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza. Los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo.

Artículo 24.- Derechos del trabajador. El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador. Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las

organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores.

Los principios constitucionales relativos a la familia contenidos en la Constitución de 1993, son los siguientes:

**a) El principio de protección de la familia (Artículo 4 de la Constitución)**

La comunidad y el Estado protegen... **protegen a la familia** (...)  
Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad (...)

**b) El principio de promoción del matrimonio (Artículo 4 de la Constitución)**

(...) La comunidad y el Estado... **promueven el matrimonio**.  
Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad (...) La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley

**c) El principio de protección especial de la niñez, adolescencia, maternidad y ancianidad (Artículo 4° de la Constitución)**

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono (...)

**d) El principio de igualdad de los hijos frente a sus padres.**

Artículo 6.-... Igualdad de los hijos

(...) Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.

**e) El derecho a fundar una familia (artículo 3° de la Constitución)**

Este derecho se encuentra enunciado en los artículos 16° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 23° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Nuestra Constitución, si bien no lo enuncia en el listado de derechos de la persona, le reconoce tal condición en virtud de lo dispuesto en el artículo 3°, que constituye una puerta abierta a la constitucionalización de derechos no mencionados expresamente en el artículo 2°, pero de naturaleza análoga a los enunciados o que se funden en la dignidad de la persona.

Artículo 3.- Derechos Constitucionales. Numerus Apertus

La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

**f) Derechos sexuales y reproductivos (artículo 6° de la Constitución)**

Artículo 6.- Política Nacional de población. Paternidad y maternidad responsables. Igualdad de los hijos

La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres (...)

**g) Igualdad y no discriminación en las relaciones familiares (artículo 2.2° de la Constitución)**

El principio de igualdad y el mandato de no discriminación, enunciados en el artículo 2° inciso 2 de nuestra Constitución, atraviesan a todas las instituciones del Derecho Familiar. Asimismo, el artículo 6 de la Carta declara que todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. En los instrumentos internacionales también encontramos una expresa mención a tales principios.

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho (...):

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Artículo 6.- Política Nacional de población. Paternidad y maternidad responsables. Igualdad de los hijos

(...) Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud (...)

Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.

**h) El principio de autonomía de la voluntad (artículo 2.24° de la Constitución)**

Artículo 2.24: Que toda persona tiene derecho: A la libertad y a la seguridad personales (...)

**i) El libre desarrollo de la personalidad (artículo 2.1. de la Constitución)**

**Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona**

Toda persona tiene derecho:

1. (...) a su libre desarrollo y bienestar.

**j) Derecho a la identidad, la filiación y verdad biológica. (artículo 2.1 de la Constitución)**

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho: 1. (...) a su identidad (...)

### **3.5. La Familia en la Jurisprudencia Tribunal Constitucional peruano**

#### **3.5.1. Sobre la protección de la familia**

**a) Principio de protección de la familia (EXP. N° 09332-2006-PA/TC, f.j. 7)**

El artículo 4° de la Constitución reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad. Es por ello que obliga al Estado y a la comunidad a prestarle protección.

Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las

uniones de hecho las monopaterales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas.

**b) La familia como garantía institucional de la sociedad (Exp. 01060-2012-HC, f.j. 5,6)**

La protección de la esfera subjetiva de libertad de la persona humana, corresponde no sólo al equilibrio de su núcleo psicosomático, sino también a todos aquellos ámbitos del libre desarrollo de su personalidad que se encuentren en relación directa con la salvaguarda del referido equilibrio.

Por tanto, las restricciones al establecimiento armónico, continuo y solidario de las relaciones familiares, que impide el vínculo afectivo que todo estrecho nexo consanguíneo reclama, no sólo inciden sobre el contenido constitucionalmente protegido de la integridad física, psíquica y moral de la persona, protegida por el artículo 2°.1 de la Constitución y el artículo 25°.1 del Código Procesal Constitucional, sino que se oponen también a la protección de la familia como garantía institucional de la sociedad, a tenor del artículo 4° de la Constitución. En consecuencia, bien podría ser amparada por el juez constitucional".

**c) Principio de protección de la familia para promover su bienestar (Exp. N° 0050-2004-AI)**

Bajo la misma línea que se expone, nuestro Tribunal Constitucional ha recurrido al principio de protección de la familia para promover su bienestar. Así, por ejemplo, en la STC 0050-2004-AI ha señalado que “dado que en el común de los casos, la viuda es, a su vez, madre de los hijos sobrevivientes, tiene el deber de

destinar parte de su pensión a velar por el sustento de sus hijos (artículo 6 de la Constitución).

Por este motivo, la interpretación que optimiza en mayor grado el reconocimiento de la familia como institución fundamental de la sociedad (artículo 4 de la Constitución), es aquella conforme a la cual en los supuestos en que concurra una pensión de viudez con pensiones de orfandad, son éstas y no aquella, las que... deben reducirse proporcionalmente hasta que la suma de los porcentajes no supere el 100% de la pensión del causante”.

**d) Forma de proteger la familia (Exp. N° 4635-2004-PA)**

Igualmente, en la STC 4635-2004-PA cuando se refiere a la limitación de la jornada máxima de trabajo minero como forma de protección de la familia. “De este modo, satisfechas las condiciones que tienen como razón de ser la inexcusable protección del trabajador, se permitirá que los trabajadores que tienen a sus familias alejadas de los centros mineros retornen en mejores condiciones a sus hogares, con lo cual también se disminuirán los problemas del trabajo en soledad”. Por ello, el Tribunal Constitucional concluyó que la jornada laboral cuestionada es incompatible con el principio de protección de la familia.

**e) El principio de protección de la familia no distingue la forma en que esta se constituye (Exp. N°2868-2004-AA/TC, f.j. 14)**

Uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal,... es el ius connubii. Con su ejercicio, se realiza el matrimonio como institución

constitucionalmente garantizada y, con él [aunque no únicamente], a su vez, también uno de los institutos naturales y fundamentales de la sociedad, como lo es la familia.

**3.5.2. Derecho del niño a tener una familia (Cfr. STC 1817-2009-HC/TC, fundamentos 14-15). (Exp. 04227-2010-HC FJ 5,6)**

"Este Tribunal Constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el derecho del niño a tener una familia, como un derecho constitucional implícito que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar reconocidos en los artículos 1º y 2º, inciso 1) de la Constitución.

Se trata de un derecho reconocido implícitamente en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce que “el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”, así como en su artículo 9.1, que establece que “los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos”, y a su vez, reconocido de manera expresa en el artículo 8º del Código de los Niños y Adolescentes, al señalar que “el niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia”.

Asimismo este Tribunal reconoció que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye una manifestación del derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de ella, que aun cuando los padres estén separados de sus hijos impone que la convivencia familiar deba estar garantizada, salvo que no

exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y que la autoridad que se le reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera generar un daño para su bienestar, desarrollo, estabilidad, integridad y salud. En este sentido el niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que impedirsele o negárselo sin que existan razones determinantes en función del interés superior de aquél, entorpece su crecimiento y puede suprimirle los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como generar la violación de su derecho a tener una familia.

**3.5.3. Las restricciones al establecimiento armónico, continuo y solidario de las relaciones familiares vulnera el derecho a la familia (Exp. 04413-2008-HC FJ 2)**

"... este Tribunal considera que las restricciones al establecimiento armónico, continuo y solidario de las relaciones familiares, neutralizando el vínculo afectivo que todo estrecho nexo consanguíneo o de afinidad reclama, inciden sobre el contenido constitucionalmente protegido de la integridad psíquica y moral de la persona, protegida por el artículo 2.1 de la Constitución, pero también se oponen a la protección de la familia como instituto natural y fundamental de la sociedad, a tenor del artículo 4.º de la Constitución".

#### **3.5.4. La discriminación a la mujer embarazada vulnera el derecho a la familia (Exp. 05527- 2008-HC FJ 13)**

"... este Tribunal considera que el presente proceso de hábeas corpus debe ser convertido en un proceso de amparo, debido a que la discriminación contra la mujer es un problema social que aún pervive en nuestra sociedad, que vulnera no sólo el derecho a la igualdad real y efectiva entre los sexos, sino que también vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad de las mujeres y constituye una amenaza contra los derechos a la salud y a la vida de las mujeres embarazadas. A ello debe sumarse que la discriminación a las mujeres embarazadas también vulnera el derecho a la familia, que según el artículo 4° de la Constitución debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

Asimismo, en el presente caso se aduce la vulneración del derecho a la educación que tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona, pues se señala que como consecuencia del embarazo de la favorecida se le impidió su ingreso a las aulas de la Escuela Superior Técnica de la Policía de Chiclayo para que reciba sus clases. En este orden de ideas, puede concluirse que por los hechos y derechos alegados el hábeas corpus como proceso no constituye el mecanismo procesal adecuado para dilucidar plenamente la presente controversia, ya que algunos de los derechos implicados son objeto de protección del proceso de amparo y no del hábeas corpus; resulta, entonces, válido; y necesario, convertir el presente proceso de hábeas corpus en un proceso de amparo, toda vez que se pretende tutelar el respeto de la dignidad de la favorecida, así como sus derechos a la igualdad y no discriminación por razón de sexo y a la educación. Además, las partes emplazadas en el proceso han expuesto sus fundamentos sobre la pretensión

demandada, lo que implica que su derecho de defensa está absolutamente garantizado".

### **3.5.5. La familia como elemento natural y fundamental de la sociedad y su especial protección (Exp. 09332-2006-AA FJ de 4 a 7)**

"El artículo 4° de la Constitución reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad. Es por ello que obliga al Estado y a la comunidad a prestarle protección. Por su parte, el artículo 16° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil tienen derecho –sin restricción motivada en la raza, nacionalidad o religión– a casarse y a fundar una familia, agregando que esta es un elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que “tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

El Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 23° que la “familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad”, debiendo ser protegida de las posibles injerencias lesivas del Estado y la sociedad. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) dispone en su artículo 17° que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”, e indica que el derecho a fundar familia se ejercerá siempre que se cumplan con las condiciones requeridas para ello, de acuerdo con las leyes internas que regulan la materia.

La acepción común del término familia lleva a que se le reconozca como aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el

mismo techo. Tradicionalmente, con ello se pretendía englobar a la familia nuclear, conformada por los padres y los hijos, que se encontraban bajo la autoridad de aquellos. Así, desde una perspectiva jurídica tradicional la familia “está formada por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco”. Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales.

Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas".

### **3.5.6. Limitaciones a derechos en el ámbito familiar (Exp. 00774-2005-HC FJ 17)**

"... el ser humano, al ser un ente eminentemente social, necesita de vínculos familiares o amicales para su tranquilidad espiritual y psíquica. De ahí la protección que la Norma Fundamental, eminentemente pro hómine, otorga en su artículo 4° a la familia, para reconocerla luego como la institución natural y fundamental de la sociedad. Pero toda institución, al igual que los derechos fundamentales de la persona, merece una limitación en el marco de la Norma

Fundamental, siempre con el fin de respetar los principios generales que la guían y los valores que la orientan. Así, el impedir el contacto físico con los familiares directos (padres e hijos) o con los amigos cercanos, podría significar una afectación al vínculo social al restringirse sus materializaciones afectivas; pero ello se ve justificado por la necesidad del Estado de concretar su *ius imperium*, a la luz de lo desarrollado en el artículo 44° de la Constitución. Cualquier interpretación constitucional que se intente realizar no puede estar lejana de los condicionamientos fácticos necesarios para su validez. En el caso concreto del régimen penitenciario, se ha visto que en muchas oportunidades han sido los familiares y las amistades de las personas privadas de libertad las que han colaborado con éstas para la consecución de acciones delictivas estando en las cárceles o para una posible fuga. Con relación de la CEREC, la peligrosidad de los internos amerita una intervención de mayor cuidado que con otras personas que se hallan en la misma situación, dada su actuación como líderes de organizaciones terroristas como Sendero Luminoso o el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru, entre otras".

### **3.5.7. Fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente (Exp. 03330-2004-AA FJ 35)**

Se señala en la Constitución, artículo 4, que ‘la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente’. El fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente que la Constitución les otorga radica en la especial situación en que ellos se encuentran; es decir, en plena etapa de formación integral en tanto personas. En tal sentido, el Estado, además de proveer

las condiciones necesarias para su libre desarrollo, debe también velar por su seguridad y bienestar”.

**3.5.8. El modelo constitucional de protección de la familia es amplio pues no reconoce un modelo específico (Exp. 06572-2006-AA/TC, F.J. 8)**

A pesar de esta gama de principios tendentes a la tutela integral de la familia, el texto constitucional no abona en definir el concepto de familia. Es claro entonces, que el texto constitucional no pretendió reconocer un modelo específico de familia. Por consiguiente el instituto de la familia no debe relacionarse necesariamente con la familia, como ocurría con el Código Civil de 1936, que manifestaba tal tendencia con la inconstitucionalidad diferenciación de los hijos “legítimos” y los “no legítimos”.

**3.5.9. El reconocimiento de la importancia de la familia se consagra a nivel nacional, comparado e internacional (Exp. N° 01643-2014-AA/TC, f.j. 5)**

El artículo 4 de la Constitución reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad. Es por ello que obliga al Estado y a la comunidad a prestarle especial protección. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 23 que la "familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad" y que debe ser protegida de las posibles injerencias lesivas del Estado y la sociedad. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) dispone en su artículo 17 que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y que debe ser protegida por la sociedad y el Estado". Indica también que el derecho a fundar

familia se ejercerá siempre que se cumplan las condiciones requeridas, de acuerdo con las leyes internas que regulan la materia.



## CAPITULO IV

### DISCUSION Y VALIDACIÓN DE LA HIPÓTESIS

#### 4.1. Constitución y Derecho civil: Constitucionalización del Derecho Civil

Desde el derecho constitucional – no positivista- sino institucional (Landa, 2007, pp. 522-581), es posible afirmar que el Derecho Civil no puede desarrollarse al margen de la Constitución y del respeto de la plena vigencia de los derechos fundamentales, so pena de infringir o vaciar de contenido a la Constitución, lo cual es de suma importancia en el marco de un Estado constitucional y democrático de derecho, en el que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1 de la Constitución).

Así, Canales al referirse a la relación entre Constitución y Derecho Civil Canales manifiesta que:

(...) el Derecho constitucional no se encuentra exento de esta evolución, por el contrario, despliega todos sus efectos en el ordenamiento jurídico. A este proceso llamaremos constitucionalización del Derecho, toda vez que los efectos de nuestra Carta constitucional, se irradian en todas las ramas del Derecho (Canales, 2016, p. 99).

Por ello, el Derecho civil está inmerso en el marco de los contenidos constitucionales y su actuación se rige bajo principios de constitucionalidad

recogidos en la Carta fundamental. Empero, según Castro (2014) no solo se encuentra únicamente subordinado a estos mandatos supremos, sino que también está permanentemente dotado con el contenido constitucional que la jurisprudencia, por intermedio del Tribunal Constitucional, desarrolla y que permite que el Derecho Civil pueda ir transformándose acorde al dinamismo por el que atraviesa nuestra sociedad.

Con este cambio de paradigma se busca garantizar la aplicación efectiva de los derechos fundamentales reconocidos por las Cartas constitucionales estatales y por los tratados internacionales en una triple dirección: i) abarcando todo tipo de derechos (es decir, tanto los derechos de libertad como los derechos económicos, sociales y culturales, e incluso los nuevos derechos al ambiente, a la información, a la defensa de los consumidores, de las minorías, etc., recientemente constitucionalizados); ii) frente a todos los poderes (o sea, no solo con relación a los poderes públicos sino también respecto de los privados), y iii) a todos los niveles (esto es, tanto en el derecho estatal como en el internacional) (Ferrajoli, 2007, pp. 72 y ss.).

En ese sentido, siendo la Constitución norma suprema, fuente del ordenamiento jurídico, y vincula a todas las ramas del derecho, no se debe perder de vista que también el derecho constitucional se nutre de las instituciones que son propias de distintos ámbitos del derecho como el derecho civil; pero no las traslada mecánicamente, sino que las interpreta a la luz de las normas, principios y valores constitucionales.

Así se refiere al Tribunal Constitucional al respecto:

3. El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto”.
  
5. La Constitución es, pues, norma jurídica y, como tal, vincula. De ahí que, con acierto, pueda hacerse referencia a ella aludiendo al “Derecho de la Constitución”, esto es, al conjunto de valores, derechos y principios que, por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos. (STC Exp. 5854-2005-PA/TC, ff.jj. 3 y 5).

Así mismo, la constitucionalización del ordenamiento no es una cualidad —todo o nada-, algo que se tiene o no se tiene en absoluto, sino que se configura como un proceso que admite grados o intensidades (Guastini, 2001, p.153). Al respecto, es importante destacar los atributos y las facultades que acompañan al fenómeno de la constitucionalización del Derecho. En tal sentido, encontramos la Justicia constitucional, la Constitución sustantiva, la Constitución que está impregnada en todo el ordenamiento jurídico y la rigidez constitucional del caso.

En consecuencia, debemos señalar que la constitucionalización del Derecho Civil no es otra cosa que la aplicación de las normas constitucionales, cuyos efectos recaen en la relación con los particulares; donde la mejor garantía del goce y ejercicio de los derechos y libertades civiles se encuentra en su reafirmación en los principios y valores constitucionales.

#### **4.2. Constitución y Derecho de Familia: Constitucionalización del Derecho de Familia**

El surgimiento del paradigma neoconstitucionalismo trajo como consecuencia la constitucionalización del derecho (Robles, 2016), en tal sentido, este modelo teórico ha ingresado o influenciado en el derecho de familia, dando lugar a la llamada “constitucionalización del derecho de familia”, desatando un proceso de revisión o “resignificación” de conceptos, relaciones y modelos tradicionales construidos a la luz de viejos paradigmas”.

En ese sentido, como consecuencia del surgimiento del paradigma neoconstitucionalista y la constitucionalización del derecho, las constituciones contemporáneas (europeas como latinoamericanas) comenzaron a reconocer una serie de principios, reglas y obligaciones aplicables directamente a las relaciones de familia.

En nuestro caso, la Constitución de 1993, reconoció principios como a) El principio de protección de la familia (artículo 4 de la Constitución); b. El principio de promoción del matrimonio (artículo 4 de la Constitución); c) El principio de protección especial de la niñez, adolescencia, maternidad y ancianidad (Artículo

4° de la Constitución); d) El principio de igualdad de los hijos frente a sus padres; e) El derecho a fundar una familia (artículo 3° de la Constitución); f) Derechos sexuales y reproductivos (artículo 6° de la Constitución); g) Igualdad y no discriminación en las relaciones familiares (artículo 2.2° de la Constitución); h) El principio de autonomía de la voluntad (artículo 2.24° de la Constitución); i) El libre desarrollo de la personalidad (artículo 2.1. de la Constitución).

Así mismo, la constitución peruana al igual que otras constituciones reconocieron, además, los derechos de los padres a elegir la educación de sus hijos, así como la inviolabilidad del hogar y la intimidad de la vida familiar. Otros textos omitieron estos derechos específicos para los padres y consagraron, en cambio, el derecho de los niños a vivir libres de abuso y violencia.

Como consecuencia de lo señalado, una parte creciente de la doctrina ha comenzado a prestar atención al análisis de las formas en que tales constituciones definen y regulan la vida familiar, así como de las implicaciones de ellas en los derechos constitucionales de los miembros de la familia (Bidart, 1998; Chávez, 1998 y Gil, 2006). Inspirados en la "constitucionalización del derecho" (Guastini, 2001, Favoreau, 2000; Barroso, 2008, Ferrajoli, 2009, Landa, 2018, Canales, 2016).

En base a ellos, los especialistas del derecho de familia han comenzado a incorporar un análisis dogmático que se relaciona directamente con principios, valores constitucionales, y precedentes (Eto, 2000, Landa, 2016, Canales, 2016, Benavides y Picado, 2010).

La constitucionalización de las relaciones de familia o del Derecho de familia es, en cierto modo, una extensión de una forma específica de interpretación constitucional como la desarrollada por Dworkin (con el argumento de que ello garantiza los derechos comprendidos por la mejor concepción de los ideales políticos establecidos en la Constitución, incluso si esos derechos no están formal o expresamente reconocidos por ella) (Dworkin, 2019).

En consecuencia, 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”, 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 complementan con el reenvío que las mismas hacen a los instrumentos internacionales que integran el “bloque de constitucionalidad” (Zúñiga y Turner, 2013).

#### **4.3. La influencia de los instrumentos internacionales en la regulación y protección de la familia**

Según Esborraz (2015) expresa que son varios 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).

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;

ii) el derecho de constituir una familia, sin otra restricción que la edad mínima y demás condiciones requeridas por la ley, siempre que estas 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; y

ii) la referencia al “interés superior del niño”, 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. Por ejemplo: Constitución de Venezuela de 1999, arts. 75[2] y 78; Constitución de Ecuador del 2008, art. 44; Constitución de Bolivia del 2009, arts. 59. ii, 60, 65; Constitución de México de 1917-2011, arts. 4[8], 18[5] y 73.xxix.P).

Agrega, Esborraz (2015), que a estos instrumentos internacionales que regulan algunos aspectos particulares de las relaciones de familia, debe añadirse también el Convenio N° 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”.

En dicho contexto, se puede observar que la familia tiene su origen en la institución del matrimonio, de tal manera estaría incompleto un listado de derechos de la familia que no incluyera la protección del matrimonio. Es así como la Declaración Universal señala que los hombres y las mujeres tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutaran de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

Se pretende asegurar el derecho de fundar una familia como un derecho inalienable que no puede ser objeto de restricciones o limitaciones arbitrarias. La protección de la familia debe ir aparejada de la protección a la institución del matrimonio. Si no se otorga protección al matrimonio, difícilmente puede considerarse protegida la familia.

En tal sentido, el querer elevar relaciones de hecho, por su propia naturaleza, inestables a la calidad del matrimonio, otorgándole sus mismos derechos, atenta directamente contra la institución familiar. La indisolubilidad del matrimonio debe protegerse a nivel internacional del mismo modo como se protege la unidad de la familia.

Se le debe asegurar a la familia la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo (Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966, art. 10.1). Debe, además, asegurársele una protección especial y necesaria para los niños en todo momento, como también a la mujer durante todo el periodo de maternidad (Declaración Universal de Derechos

Humanos, art. 25.2); (Pacto de Derechos Civiles y Políticos arts. 23.4 y 24.1); (Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10.3).

Estas disposiciones son claras, no dan pie para que se dude de su significado. Proteger el matrimonio, que es el acto jurídico que marca el momento en que se constituye la familia, significa asegurar que el matrimonio gozara de la más amplia protección en la ley y no que ella encuentre la forma de destruirlo, como ocurre en aquellas legislaciones que admiten el divorcio vincular, o que pretenden elevar relaciones de hecho a la categoría de matrimonio (Errázuriz, 1994, p. 368).

Por otro lado, proteger la maternidad y la infancia significa asegurar el derecho del niño que está en el vientre materno a desarrollarse y crecer hasta poder valerse por sí mismo. Significa también proteger la función procreadora del matrimonio, asegurando así que este esté abierto a la vida. Leyes que atenten contra estos derechos son leyes atentatorias contra la familia misma, contra los derechos fundamentales del hombre, contra el orden social y también internacional. Esta protección está expresamente asegurada en estos instrumentos, de tal manera se asegura que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada y en su familia, debiendo ser la ley quien otorgue esta protección (Declaración Universal de Derechos Humanos, art 12: Pacto de Derechos Civiles y Políticos. art. 17).

En materia de educación de los hijos queda claramente establecido que es tanto un derecho como un deber primordial de los padres. Este derecho asegura la

cohesión de la familia, asegura que los padres puedan transmitirles a sus hijos valores y tradiciones que son parte esencial de su familia (Declaración Universal de Derechos Humanos, art 26.3; Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 13.3).

Estos instrumentos aseguran a todas las personas el derecho a condiciones de trabajo que le permitan recibir una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, así como a su familia, un nivel de vida conforme a la dignidad humana. Se asegura la salud y el bienestar de la familia, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (Declaración Universal de Derechos Humanos. art. 23(3); Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. art. 7; Pacto de Derechos Civiles y Políticos, art. 11.1).

En tal sentido, cualquiera que efectuara un análisis de la tendencia que se percibe a nivel mundial con respecto a lo que se refiere a la protección de la familia quedaría indudablemente alarmado.

El prisma por el cual se está enfocando el tema no parece estar en consonancia con los principios establecidos en los instrumentos más importantes de derechos humanos. Nadie puede quedar ajeno a esta discusión, ya que de implementarse ciertas medidas propuestas por sectores de la comunidad internacional y también nacional, se estarían lesionando derechos esenciales de la persona humana, posibilidad que no puede ser aceptada, especialmente considerando el artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que señala que “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e

internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”.

En vista de todas las declaraciones que se han formulado relativas a la familia, busca garantizar los instrumentos en materia de derechos humanos. Así, Errázuriz (1994, pp. 369-370) se refiere al respecto, que:

Estos instrumentos constituyen la base fundamental de toda protección a la familia y no pueden, por lo tanto, caer en el olvido. El establecimiento de políticas tendientes a reducir la natalidad en el mundo claramente afecta a la familia y a su derecho fundamental de constituirse libremente. La familia es fuente de vida, quien niega esto la ataca en su esencia y pretende mantener como derecho único y exclusivo el de quienes prefieren frenar artificialmente la vida a verla crecer en libertad.

No es posible negar el reconocimiento universal con que cuentan los derechos fundamentales de la familia pero estos derechos que emanan de lo más íntimo del ser humano, no solo deben reconocerse, sino que requieren de una efectiva protección.

En consecuencia, queda patente la responsabilidad que tiene la comunidad internacional en cuanto a otorgarle esa protección. Es necesario asegurar que los ideales consagrados en los instrumentos internacionales logren ser salvaguardados en la práctica. Este es un propósito que cada Estado debe empeñarse en aprender a cumplir, ya que es un requisito que no solo emana de la normativa internacional

sino que también de aquellos principios y valores que nacen del interior de todo hombre, independientemente de cuál sea su raza, cultura o religión.

#### **4.4. La influencia de los principios constitucionales de la Constitución de 1993 en el derecho de familia**

Como punto de partida, primero, importa determinar qué entendemos por principio. De esta manera, 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” (Dworkin, 1989, p. 72).

Para Miguel Cillero, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que los “principios son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos” (Cillero, 2007, p. 133).

Mientras que 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" (Alexy, 2008, p. 67).

En ese sentido, son mandatos que orientan la función y labor de todo a aquel que detenta poder, así por ejemplo se trata de un mandato dirigido al juez para darle contenido a la ley en el caso concreto, es decir, para que sobre la base de una determinada orientación resuelva el caso, y adopte la decisión más justa y conveniente.

A continuación, se realizará un análisis de los nuevos principios del Derecho de Familia y se propone la siguiente sistematización a partir del trabajo realizado por Fernández (2003, pp. 118-112), quien considera los siguientes fundamentos:

**a) Principio de protección de la familia y el matrimonio**

La importancia de la familia queda consagrada en la mayoría de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Así, mismo por el artículo 4 de la constitución de 1993.

Por su parte, nuestra Constitución Política, los reconoce como institutos naturales y fundamentales de la sociedad, agrega que es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

De esta forma, la familia es la institución que mejor cumple con las funciones esenciales para el desarrollo de todo ser humano, a saber: la función biológica (sexual y reproductiva), educativa (socializa a los niños en cuanto a conductas, hábitos y valores), económicas (alimentación, salud, habitación, vestuario y recreación) y la función protectora (seguridad y cuidados de sus integrantes, principalmente de los más débiles, niños, ancianos e incapaces).

En consecuencia, 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.

### **b) El derecho a fundar una familia**

Este derecho se encuentra enunciado en los artículos 16° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 23° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Nuestra Constitución, si bien no lo enuncia en el listado de derechos de la persona, le reconoce tal condición en virtud de lo dispuesto en el artículo 3°, que constituye una puerta abierta a la constitucionalización de derechos no mencionados expresamente en el artículo 2°, pero de naturaleza análoga a los enunciados o que se funden en la dignidad de la persona.

Por otro lado, no existe una forma única de familia, es decir la Constitución del 1993 no ha adoptado un único modelo de familia, pues ésta puede adoptar diversas maneras de constituirse y estructurarse, dependiendo ello en gran medida de factores socioeconómicos y culturales. Así, si bien se suele propiciar, a través de la legislación, que las familias se funden en uniones matrimoniales, familia y matrimonio no son lo mismo. La realidad, además, nos dice que cada vez con mayor frecuencia existen las no matrimoniales y monoparentales".

El derecho constitucional a fundar una familia y el reconocimiento de esta como elemento natural y fundamental de la sociedad, exige a nuestro juicio que el Estado tenga una política de protección a las uniones de hecho, las familias monoparentales y otras posibles, garantizando el ejercicio pleno de los derechos

de sus miembros, de tal modo que la promoción de la familia matrimonial no debe significar en modo alguno la desprotección de otras formas de fundar una familia.

De esta manera se puede concluir que la protección a la familia, que se consagra en el artículo 4° de la Constitución no excluye a las familias no matrimoniales, de tal modo que es tarea del legislador el crear una normatividad que garantice el derecho de todas aquellas a recibir una adecuada protección por parte del Estado.

### **c) El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones familiares**

El principio de igualdad y el mandato de no discriminación, enunciados en el artículo 2° inciso 2 de nuestra Constitución, atraviesan a todas las instituciones del Derecho Familiar. Asimismo, el artículo 6 de la Carta declara que todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. En los instrumentos internacionales también encontramos una expresa mención a tales principios.

La igualdad, aplicada a la esfera de la familia, cobra especial relevancia si se tiene en cuenta que históricamente las mujeres han sido discriminadas por razón de su sexo y que los niños y niñas han sufrido también un trato desigual, en razón de su edad y filiación.

Fue recién con la Carta de 1979 que en el Perú se constitucionalizó el derecho a la igualdad y a la no discriminación. Este hecho obligó a cambios normativos en materia familiar, pues hasta ese momento las relaciones familiares habían estado basadas en un modelo de potestad marital que implicaba que el

varón era la autoridad y el jefe de la familia, encargado de mantenerla y dirigirla, quedando las mujeres y los/las niños y niñas en un status de inferioridad.

Es así pues que el derecho familiar contenido en el Código Civil de 1936 fue revisado a la luz de los mencionados principios, con el objeto de dejar atrás todas las diferencias de trato injustificadas.

La aplicación del principio de igualdad y no discriminación en materia familiar, implica fundamentalmente que:

- No son admisibles diferencias de trato principalmente por razón de sexo, filiación y edad que no estén basadas en una causa justa y razonable.

- Normas neutras podrían generar en su aplicación una discriminación por razón de sexo (El artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, contempla bajo el concepto de discriminación, aquella que se produzca "por resultado". Esta forma de discriminación es conocida también como indirecta o impacto adverso). Ello se encuentra vedado por el mandato de no discriminación.

- Los poderes públicos deben generar políticas tendientes a eliminar la discriminación contra mujeres y niños y niñas, en el ámbito de la Familia.

- Son posibles la adopción de medidas especiales, de carácter temporal, con el propósito de eliminar la discriminación contra la mujer en el ámbito de la familia (medidas de acción afirmativa).

#### **d) El derecho al matrimonio, las uniones de hecho y el divorcio**

El derecho a contraer matrimonio es otro de rango constitucional y se encuentra contemplado en diversos instrumentos internacionales. Su ejercicio supone esencialmente:

- El libre consentimiento para contraer matrimonio por parte de los futuros esposos, y

- La libre elección de el/la cónyuge;

Ejercer o no el derecho a contraer matrimonio constituye una manifestación de la libertad individual. En consecuencia, al regular los requisitos y condiciones necesarias para contraerlo, no se puede incurrir en una limitación irrazonable para casarse, de lo contrario, tales requisitos y condiciones serían inconstitucionales.

#### **e) Los derechos sexuales y reproductivos**

No vamos a encontrar en los instrumentos internacionales de carácter vinculante una mención expresa de los derechos sexuales y reproductivos, pues la adopción de esta terminología ha causado una serie de resistencias en sectores conservadores. Sin embargo, sí podemos hallar su expresa mención en otros documentos internacionales como la Declaración sobre Población y Desarrollo de 1994 y la Declaración y Programa de Acción de Beijing de 1995.

En relación a los derechos sexuales, se entiende que estos "incluyen el derecho humano de mujeres y varones a gozar de una vida sexual libre de violencia y gratifican te así como a tener control de su sexualidad, incluida su

salud sexual y Bajo el rótulo de derechos sexuales y reproductivos, encontramos un elenco de derechos. Así lo demuestran las definiciones adoptadas tanto en la Declaración sobre Población y Desarrollo como la Declaración y Programa de Acción de Beijing.

Nuestra Constitución tampoco hace expresa mención de los derechos sexuales y reproductivos, sin embargo, el contenido de estos se encuentra en los artículos 6° y 7° de la Carta. Así, se obliga a los poderes públicos a que las políticas de población tengan como objetivo la difusión y promoción de la maternidad y paternidad responsables. Igualmente, se reconoce a las familias y a las personas el derecho a decidir sobre los hijos a tener, quedando obligadas las autoridades a garantizar los medios para ello. Por último, se reconoce el derecho a la salud y a su protección, lo que incluye la salud sexual y reproductiva.

Si reconocemos que estos derechos tienen rango constitucional, debemos aceptar los efectos directos que ello tiene sobre la familia. En primer lugar, redimensiona la igualdad entre varón y mujer en las decisiones sobre los hijos a tener, pero en especial incide sobre patrones culturales que conciben a la mujer como simples sujetos reproductores. Las mujeres así, en ejercicio de estos derechos, tienen el control de su propio cuerpo y sexualidad.

En segundo lugar nos plantea un problema que tiene que ver con el matrimonio entre personas del mismo sexo, situación que está negada por nuestro ordenamiento ya que como hemos mencionado anteriormente, una de las condiciones para contraer matrimonio o para formar un hogar de hecho es el que la unión sea heterosexual.

El ejercicio de una vida sexual satisfactoria incluye, por ejemplo, el derecho a optar por una pareja del mismo sexo. Sin embargo, mujeres y varones son discriminados en los diferentes ámbitos por su opción u orientación sexual.

#### **4.5. Validación de la hipótesis**

La hipótesis formulada en la investigación fue que: “Existe una influencia directa y significativa de la incorporación de los principios constitucionales relativos al derecho de familia, en la delimitación de los contenidos de la instituciones del derecho de familia; por lo que en el marco del proceso de constitucionalización del derecho de familia se ha puesto en evidencia la necesidad de protección de derechos fundamentales en las relaciones familiares” la misma que ha quedado validada en merito a los siguientes fundamentos:

Primero: Que la incorporación de los principios que regulan y configuran el actual derecho de familia, son producto de la extensión del derecho internacional de los derechos humanos y del proceso de constitucionalización del derecho.

Segundo: Los principios se han encargado de dar contenido e interpretar las instituciones relativas al derecho de familia basados en el respeto de la persona humana. Por ello, la doctrina latinoamericana ha comenzado a prestar atención a las formas en que los sistemas jurídicos definen y regulan la vida familiar y su relación con el derecho constitucional. Inspirados en la Constitucionalización del Derecho, se ha comenzado a incorporar un análisis dogmático que se relaciona directamente con principios, reglas y precedentes.

Tercero: La doctrina ha contribuido a comprender, de mejor manera, las transformaciones dogmáticas desarrolladas a propósito del impacto de los principios constitucionales en la configuración de las relaciones familiares, tales como protección de la familia, igualdad en las relaciones familiares, el derecho a fundar una familia, los derechos sexuales y reproductivos, el principio de autonomía de la voluntad la autonomía.

Cuarto: El desarrollo de esta creciente doctrinaria relacionada con las interacciones entre las normas constitucionales, particularmente los derechos fundamentales y el derecho internacional de los derechos humanos, ha ido acompañado de una serie de desarrollos específicos en el ámbito de la dogmática y la interpretación constitucional en las relaciones familiares, así como en las reformas legales que dan forma a aquello que puede ser definido como la constitucionalización del derecho de familia.

## V. CONCLUSIONES

1. Los actuales principios del Derecho de Familia son fruto de la incorporación progresiva de los tratados internacionales de los derechos humanos los cuales forman parte de nuestro derecho interno y en virtud del de los nuevos criterios interpretativos desarrollados por la jurisprudencia fundados en promover y respetar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.
2. La influencia de los derechos humanos y del proceso de constitucionalización del derecho en las grandes transformaciones del Derecho de Familia y en especial en la configuración de los nuevos principios que lo informan, sistematizando dichos principios y se propone avanzar en su contenido e identificar sus principales manifestaciones en la legislación positiva.
3. El proceso de constitucionalización del derecho de familia tiene su fundamento en el surgimiento del paradigma constitucionalista que impone una 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.
4. La constitución y tratados, son el punto de partida para la regulación en materia de Derecho Familiar pues enuncian un conjunto de derechos y principios que constituyen un mandato a los poderes públicos y a los particulares, esto significa que el desarrollo legislativo, así como, las decisiones judiciales que involucran a las familias y las políticas públicas destinadas a estas, deben fundarse en tales mandatos y principios.

5. El tratamiento constitucional de la familia se hace en clave de protección, una protección que hay que entenderla en una doble vertiente: al interior de la misma, regulando los derechos y obligaciones de sus miembros, su nacimiento, crisis y extinción, y al exterior, estableciendo mecanismos e instrumentos que tienden a satisfacer sus necesidades, y que se insertan en las políticas públicas del Estado Social, basados en la influencia de los principios constitucionales reconocidos en la constitución de 1993: a) El principio de protección de la familia (artículo 4); b) El principio de promoción del matrimonio (artículo 4), c) Principio de igualdad y no discriminación en las relaciones familiares (artículo 2.2.); d) El derecho a fundar una familia (artículo 3°); e) Derechos sexuales y reproductivos (artículo 6°); f) El principio de autonomía de la voluntad (artículo 2.24); g) El libre desarrollo de la personalidad (artículo 2.1).

## VI. RECOMENDACIONES

1. Una sociedad democrática caracterizada por el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, supone el reconocimiento de una familia democrática y pluralista, y en consecuencia una reconsideración y lectura de la institución familiar desde esta nueva perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos y constitucionalización del derecho de familia.
2. La protección de la familia requiere en primer lugar su reconocimiento como realidad social con trascendencia jurídica, es decir, que se regule su constitución, sus efectos jurídicos, las causas de disolución o extinción, pues así se expresa el artículo 4° de la Constitución cuando impone a los poderes públicos su protección jurídica.
3. La asunción y reconocimiento constitucional de la familia supone, sin duda, una manifestación que la misma tiene para el modelo de sociedad que se quiere, y responde a la necesidad de imponer los criterios que deben regir las relaciones entre sus miembros; por ello, se requiere reconocer una realidad preexistente como es la familia, y modelarla jurídicamente de acuerdo a los principios que informan la organización política y social en el plano constitucional.
4. La normativización constitucional de la familia hay que analizarla en paralelo a la multiplicación y especificación acontecida en el derecho internacional de los derechos humanos, y la progresividad de la jurisprudencia originada por los órganos de justicia supranacionales y del Tribunal Constitucional, quienes

con sus criterios interpretativos vienen configurando el nuevo derecho de familia.



## VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar, B. (2017). Matrimonio y filiación. Aspectos Patrimoniales. Gaceta Jurídica.
- Aguiló, J. (2001). Sobre la constitución del Estado constitucional. En Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (24), 429-457. Universidad de Alicante.
- Alexy, R. (2008). Teoría de los derechos fundamentales. 2a ed. (trad.) Ernesto Garzón. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Álvarez, A. (2011). “Constitucionalización del derecho de familia”, Revista Jurídicas CUC, Vol 1, N.º 7, (27-51).  
<https://revistascientificas.cuc.edu.co/juridicascuc/issue/view/43>
- Atienza, M. (2006). El derecho como argumentación. Barcelona: Ariel.
- Atienza, M. (2014). “Ni positivismo jurídico, ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”. Observatorio da Jurisdição Constitucional, Año 7(2), 1-24.  
<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio>
- Atria, F. (2004). “La ironía del positivismo jurídico”, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Núm. 27, Universidad de Alicante.  
[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/09259512077961540032268/028045.pdf#search="neoconstitucionalismo"&page=39](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/09259512077961540032268/028045.pdf#search=).

- Barroso, L. (2008). “El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho. El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil”, Revista de Derecho, Universidad de Montevideo.
- Bidart, G. (1998). “El derecho de familia y los nuevos paradigmas”, X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, 20 al 24 de septiembre de 1998, vol. 5, (Ponencias profesores invitados),16-22;
- Briones, G. (1986). Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales. Trillas.
- Carbonell, M. (2007). Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Trotta-UNAM.
- Castro, O. (2014). “La constitucionalización del derecho de la familia” . Jornadas por los 30 años del Código Civil: Persona y Familia. Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFÉ)[http://www.unife.edu.pe/facultad/derecho/cursos/1/1\\_perez.pdf](http://www.unife.edu.pe/facultad/derecho/cursos/1/1_perez.pdf)
- Cillero, M. (2007). "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño". Revista Justicia y Derechos del Niño (UNICEF), N° 9. Santiago. [https://www.unicef.cl/archivos\\_documento/236/justicia%\\_y\\_derechos\\_9.pdf](https://www.unicef.cl/archivos_documento/236/justicia%_y_derechos_9.pdf)
- Comanducci, P. (2002). “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico” En: Isonomía N° 16: Abril. México: UNAM. <http://www.cervantesvirtual.com/obra/formas-de-neoconstitucionalismo--un-analisis-metaterico-0/>

Cussianovich, A. (2007). “Violencia social, violencia intrafamiliar y sus implicancias para la salud mental y la administración de justicia desde el enfoque de los derechos humanos”. Políticas sociales y violencia intrafamiliar. Poder Judicial.

Chávez, M. (1988). Derecho de familia y relaciones jurídicas familiares. Porrúa.

D’agostino, F. (1991). Elementos para una filosofía de la familia. Rialp.

De la Fuente, J. (2012) “La protección constitucional de la familia en América Latina”. IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Año VI, N° 29, Enero-Junio (60-76).  
<https://revistaius.com/index.php/ius/article/view/55/458>

Del Águila, J. (2020). “¿Existe una definición de familia?”. Legis. Pasión por el Derecho. <https://lpderecho.pe/existe-una-definicion-de-familia-por-juan-carlos-del-aguila/>

Díaz, F. J. (2017). Estado, Constitución, democracia. Tres conceptos que hay que actualizar. Palestra.

Dworkin, R. (1989). Los derechos en serio. (trad.) Marta Guastavino. Ariel.

Dworkin, R. (2019). La Ley de la Libertad: La Lectura Moral de la Constitución Americana. Palestra

Errázuriz, C. (1994). “Sobre la protección internacional de la familia”. Revista Chilena de Derecho, Val. 21 N° 2 (365.370).  
<https://repositorio.uc.cl/xmlui/bitstream/handle/11534/14628/00122908.pdf>

- Esborraz, D. F. (2015). “El concepto constitucional de familia en América Latina. Tendencias y proyecciones”, Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, N° 29, julio-diciembre (15-55). DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n29.02>
- Espejo, N. y Lathrop, F. (2020), “Hacia la constitucionalización del derecho de familia en Latinoamérica”, Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, n.º 38, enero-junio 2020, 89-116, doi: 10.18601/01234366.n38.04.
- Favoreau, L. (2000). Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho, Correa; M. (trad.). Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta.
- Favoreu, L. J. (2001). “La constitucionalización del derecho”. Revista de Derecho, 12(1), 31-43. <http://revistas.uach.cl/pdf/revider/v12n1/art03.pdf>
- Fernández, C. (1992) Derecho a la identidad personal. Astrea.
- Fernández, M. (2003). “La familia vista a la luz de la constitución y los derechos fundamentales: aproximación a un análisis crítico de las instituciones familiares”. Revista Foro Jurídico N° 2 (118-122). PUCP. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/issue/view/1390>
- Ferrajoli, L. (2009). “El paradigma normativo de la democracia constitucional”. Marcilla, G. (Director). Constitucionalismo y garantismo, Universidad Externado de Colombia.

- Ferrajoli, L. (2001). "Pasado y futuro del Estado de derecho". Revista Internacional de Filosofía Política, (17), 31-45. <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2001-10011&dsID=pdf>
- Ferrajoli, L. (2007). "Sobre los derechos fundamentales", en Carbonell, Miguel (ed.), Teoría del neoconstitucionalismo, Trotta.
- García, M. (1989). "Principios generales y principios constitucionales". Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), Núm. 64. Abril-Junio. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/3275>
- Gascón, M. y García, A. (2005). La argumentación en el derecho. Palestra
- Gil, A.; Famá, M. y Herrera, M. (2006). Derecho constitucional de familia, T.1.Ediar.
- Grandez, P. (2016). El ascenso de los principios en la práctica constitucional. Palestra.
- Guastini, R. (2001). "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano". Presentación de Carbonell. Instituto de Investigaciones Jurídica – UNAM.
- Herrera, M. y Salituri, M. (2018) "El Derecho de las Familias desde y en la perspectiva de género". Revista de Derecho, Universidad del Norte, N° 49, pp. 42-75. Barranquilla. [http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121-86972018000100042&script=sci\\_abstract&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121-86972018000100042&script=sci_abstract&tlng=es)
- Landa, C. (2007). Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Palestra.
- Lepin, C. (2013). "El principio de protección del cónyuge más débil en el moderno Derecho de Familia". Revista Chilena de Derecho, vol. 40, N° 2.

Santiago. [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_issuetoc&pid=0718-343720130002](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_issuetoc&pid=0718-343720130002)

Lino, A. (2008). Epistemología y la investigación cualitativa y cuantitativa en Derecho. Adrus.

Lloveras, N. y Salomón, M. (2010). “Los derechos humanos en las relaciones familiares”. Lloveras, N. y Herrera, M. (Directores), Benavides, D. y Picado, A. (Coords.), El derecho de familia en Latinoamérica. Nuevo Enfoque Jurídico. Astrea.

Mendoza, S. (2019). “De la institución jurídica de la familia en el Perú, con motivo de conmemoración del 15 de mayo del «Día Internacional de la Familia»”. IUS 360°. <https://ius360.com/de-la-institucion-juridica-de-la-familia-en-el-peru-con-motivo-de-conmemoracion-del-15-de-mayo-del-dia-internacional-de-la-familia/>

Miranda, M. J. (2016). Constitucionalización del Derecho Civil a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Revista Oficial Del Poder Judicial, 8(10), 99-111. <https://doi.org/10.35292/ropj.v8i10.231>

Peces-Barba, G. (1984). Los valores superiores. Tecnos.

Pietro, L. (2004). El constitucionalismo de los derechos. Revista Española de Derecho Constitucional, Año 24, (71), 47-72. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/97865>

- Ramos, C. (1994). La idea de familia en el Código Civil Peruano. THEMIS Revista De Derecho, (30), 97-107.  
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11404>
- Robles, L. (2014). Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica. Fecaat,
- Robles, L et al (2016). El paradigma neoconstitucionalista en la configuración del estado constitucional. El caso peruano según la constitución de 1993. Ffecaat.
- Romero, J. (2017). Estudios sobre la argumentación jurídica principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM.
- Soto, E. (1994). “La familia en la Constitución Política”, Revista Chilena de Derecho, N° 21 (217-225).
- Trazegnies, F. (1990). “La Familia en el Derecho Peruano”. La Familia, ¿Un espejismo Jurídico? Reflexiones sobre la función comprobativo – constitutiva del Derecho (pp.29-36). Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Truyoli, A. (1984). Los Derechos Humanos. Tecnos.
- Varsi, E. (2011). Tratado de Derecho de Familia La nueva Teoría Institucional y jurídica de la Familia. Tomo I. Capítulo I. Las familias – Conceptos Preliminares (pp.12-13). Gaceta Jurídica.

- Villabella-Armengol, C. (2016). “Constitución y familia. Un estudio comparado”.  
Revista Díkaion, Año 30 - Vol. 25 Núm. 1 – Junio (100-131).  
<http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v25n1/0120-8942-dika-25-01-00100.pdf>
- Zagrebelsky, G. (2011). El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Décima edición. Trotta.
- Zelayaran, M. (2000). Metodología de la investigación jurídica. Ediciones Jurídicas.
- Zúñiga, Y. y Turner, S. (2013) “Sistematización comparativa de la regulación de la familia en las constituciones latinoamericanas”, Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Año 20, N° 2, Coquimbo.  
<https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/issue/view/195>