



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO DE PUNO
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL AL DERECHO
FAMILIAR PERUANO”**

TESIS

PRESENTADA POR:

Bach. MARION MARICRUZ ZUBIETA SANTOS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

PUNO - PERÚ

2020



DEDICATORIA

*Al creador Jehová Dios es mi
Fortaleza él me acompaña a seguir en el
camino de la vida siempre me levanta
de mis caídas para continuar
esforzándome, a mi Familia y a todos las
personas que Amo con mi más noble
sentimiento.*

Maricruz



AGRADECIMIENTO

A la primera Casa superior de estudio UNA PUNO quien me forjo y formo, A través de sus actividades académicas en mejora de mi aprendizaje y formación para poder lograr ser una excelente profesional.

A la Escuela Profesional de Derecho que considero mi familia, a las buenas enseñanzas, con mucho respeto y admiración de mis Docentes quienes me formaron con valores y principios en favor de la justicia aprendiendo de ello el Estudio del Derecho y a la Biblioteca quien fue el apoyo de este estudio de investigación.

A la Decana de América Universidad Mayor de San Marcos, quien fue el centro de investigación por el apoyo que encontré en la sala de su biblioteca.

A mis amigos (as) y compañeras (os) por su apoyo incondicional les estaré siempre agradecida.

Maricruz



INDICE GENERAL

AGRADECIMIENTO

INDICE GENERAL

ÍNDICE DE ACRÓNIMOS

RESUMEN.....9

ABSTRACT.....10

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACION14

1.1.1. Enunciado..... 14

1.1.1.1. Descripción 14

1.2. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO17

1.3. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....21

1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....23

1.4.1. Objetivo General 23

1.4.2. Objetivos Específicos..... 23

CAPÍTULO II

REVISION DE LITERATURA

2.1. HISTORIA DE LA FAMILIA.....25

2.1.1. Teorías Sobre el Origen de la Familia..... 39

2.1.1.1. La Familia 44

2.1.1.2. Importancia de la Familia..... 44

2.1.1.3. Funciones de la Familia 45

2.1.1.4. Tipos de Familia..... 45

2.1.1.5. Deberes de la Familia..... 46

2.1.1.6. Derechos de la familia..... 46

2.1.1.7. Valores de la Familia 47

2.1.1.8. Finalidad de Regular a la Familia 47

2.1.2.1. Posición Peruana 51

2.1.2.2. Naturaleza Jurídica de la Familia 51

2.1.3. Ubicación del Derecho de Familia 52

2.1.3.1. Caracteres del Derecho de Familia 53

2.1.3.2. Desarrollo Constitucional de la Familia en el Derecho Republicano 54

2.1.3.3. Normas Constitucionales de la Familia..... 57



2.1.3.4. Cartas Constitucionales de América Latina	61
2.1.3.5. La Familia en el Derecho Constitucional Comparado	61
2.2. MARCO TEÓRICO DOCTRINARIO	62
2.2.1. Principios Constitucionales de la Regulación Jurídica de la Familia.....	62
2.2.2. El Estado de Familia	66
2.2.2.1. Características del Estado de Familia.....	66
2.2.2.2. La Familia en el Derecho Europeo.....	67
2.3. LINEAMIENTO CONSTITUCIONAL DE FAMILIA Y DERECHO	70
2.3.1. Familia y Derecho	70
2.3.2. Relación de Familia y Derecho	72
2.3.3. La Familia y su Realidad Social.....	75
2.3.4. El Derecho y los Hechos	76
2.3.5. Derecho De Familia	77
2.3.6. Criterios Normativos.....	82
2.3.7. Derecho y Familia.....	84
2.3.8. Natura y Cultura.....	85
2.3.8.1. La Familia sin Identificación dentro del Código Civil.....	86
2.3.8.2. Familia en el Derecho Peruano	88
2.3.8.3. Familia y el Estado.....	95
2.3.8.4. El Derecho y los Hechos	96
2.3.8.5. El Derecho como Instrumento de Regulación Interna de la Familia	96
CAPÍTULO III	
MATERIALES Y MÉTODOS	
3.1. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN	100
3.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	101
3.3. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN	102
3.3.1 Método Descriptiva- Explicativa	102
3.4. ÁMBITO O UNIVERSO DE ESTUDIO	104
3.4.1. Fuentes Nacionales	104
3.4.2. Fuentes Internacionales.....	104
3.5 DISEÑO DE TÉCNICA DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN	105
3.5.1. Diseño de Investigación	105
3.5.2 Objeto de Estudio.....	106
3.6. TÉCNICA	106



3.7. INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	107
3.7.1. Procedimiento de Investigación	107
CAPÍTULO IV	
RESULTADOS Y DISCUSIÓN	
4.1. UNIDAD DE ESTUDIO REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LA FAMILIA EN LA NORMATIVIDAD CONSTITUCIONAL Y EL CÓDIGO CIVIL EN EL DERECHO DE FAMILIA	108
4.1.1. Evolución de la Familia	108
4.1.2. Unidad de Estudio Familia según el Tribunal Constitucional.....	112
4.1.2.1. Objetivo General	112
4.1.2.2. Objetivos Específicos:.....	112
4.2. PARA EL PRIMER OBJETIVO	113
4.3. PARA EL SEGUNDO OBJETIVO	116
4.3.1 Núcleo Fundamental de la Sociedad	116
4.3.2. Elemento Natural	118
4.3.2.1. La Familia es el Elemento Natural y Fundamental de la Sociedad.....	118
4.3.3 Fundamento de la Sociedad	120
4.3.4. Asociación Natural de la Sociedad	121
4.4. PARA EL TERCER OBJETIVO	122
4.4.1. Constitucionalización del Derecho de Familia.....	123
4.4.1.1. Desarrollo Constitucional de Familia y el Código Civil de 1984	134
4.4.1.2. Los Postulados Jurídicos de Familia del Código Civil de 1993.....	134
4.4.1.3. El Modelo de Familia Garantizado por la Constitución de 1993	134
4.4.1.4. La Familia en el Sistema Jurídico	135
4.5. ESPACIO FUNDAMENTAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LAS PERSONAS QUE INTEGRAN LA FAMILIA	135
4.6. BASE DE LA SOCIEDAD	136
4.7. LA FAMILIA COMO INSTITUCIÓN NATURAL Y FUNDAMENTAL DE LA SOCIEDAD	138
4.8. TENDENCIAS Y CRITERIOS	153
4.8.1. Sistematización de las Constituciones en América Latina Plano Formal	155
4.8.2. Constituciones Con Pronunciamiento Expreso Acerca del Rol o Posición de La Familia en la Sociedad.....	160



4.8.3. Sistematización de las Constituciones en América Latina Tendencias En El Plano Material	161
4.8.4. Constituciones en que los Conceptos de Familia y Matrimonio están Desvinculados y Constituciones en que la Familia se Confunde con el Matrimonio	161
V. CONCLUSIONES.....	164
VI. RECOMENDACIONES	165
VII. REFERENCIAS	167
ANEXOS.....	172

Área : Derecho Constitucional
Línea : Derecho Civil
Sub Línea : Derecho de Familia
Tema : Derecho Constitucional Peruano

FECHA DE SUSTENTACION: 16 de enero de 2020



ÍNDICE DE ACRÓNIMOS

Const	:	Constitución
CC	:	Código Civil
CIDH	:	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CADH	:	Convención Americana de los Derechos Humanos
CEPAL	:	Comisión Económica Para América Latina Y El Caribe
DUDH	:	Declaración Universal de Derechos Humanos
PIDCP	:	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
OMS	:	Organización Mundial Salud
ONU	:	Organización de las Naciones Unidas
UNESCO	:	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la ciencia y la cultura
UNICEF	:	Fondo de las naciones unidas para la infancia
TC	:	Tribunal constitucional
Ibídem	:	Ahí mismo
Art	:	Articulo
Ob	:	Cit: Obra Citada
Cfr	:	Confróntese
Pp	:	Paginas
Pág	:	pagina
Sic	:	así esta



RESUMEN

Este estudio de Investigación tiene como objetivo General; Analizar la identificación de la definición de familia en la Constitución de 1993 en el marco del Artículo 4 segundo párrafo, desarrollando el Lineamiento Jurídico doctrinal, y los aspectos relevantes como el fortalecimiento y la consolidación de la familia prescrito en el artículo 233 del Código Civil en el Derecho Peruano; el método que se utilizó; para el primer objetivo fue Descriptivo (Ficha de Observación), para el segundo Objetivo Explicativa (Teórico) y para el tercer objetivo Explicativa (Análisis Síntesis). Se hará uso del enfoque Cualitativo y la Técnica de Análisis de Contenido, alcanzando así a la conclusión de que no existe una identificación de la definición de la familia en la Constitución de 1993 y tampoco se logra desarrollar el Lineamiento jurídico Doctrinal en relación a los aspectos relevantes como el fortalecimiento y la consolidación, de la familia prescrito en el Artículo 233 del Código Civil en el Derecho Peruano. Existiendo así una falta de enunciado Constitucional de lo que es “familia”. Esto origina implicación jurídico normativo la falta de enunciado siendo la familia la célula y la base fundamental de la sociedad sobre la cual se construyen los Estados, la familia es el elemento natural y fundamental y debe ser protegida por la sociedad debe tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad jurídica dentro de la Constitución otorgándole un mejor enunciado jurídico normativo.

Palabras Claves: Derecho, Familia, Norma, Protección Constitucional, Sociedad.



ABSTRACT

This Research study has the General objective; Analyze the identification of the definition of family in the 1993 Constitution within the framework of Article 4 second paragraph, developing the doctrinal Legal Guideline, and relevant aspects such as strengthening and consolidating the family prescribed in article 233 of the Civil Code in Peruvian Law; the method that was used; for the first objective it was Descriptive (Observation Card), for the second Explanatory Objective (Theoretical) and for the third Explanatory objective (Synthesis Analysis). The Qualitative approach and the Content Analysis Technique will be used, thus reaching the conclusion that there is no identification of the definition of the family in the 1993 Constitution and it is not possible to develop in particular the Doctrinal Legal Guidelines in relation to the relevant aspects such as the strengthening and consolidation of the family prescribed in Article 233 of the Civil Code in Peruvian Law. There is thus a lack of Constitutional statement of what is "family." This causes normative legal implication the lack of statement being the family the cell and the fundamental basis of the society on which the States are built, the family is the natural and fundamental element and must be protected by society must take appropriate measures to ensure legal equality within the Constitution giving it a better normative legal statement within this.

Key Words: Law, Family, Norm, Constitutional Protection, Society.



CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

Esta investigación tiene la importancia, de considerar una definición de que es familia dentro de la Constitución, introduciendo con propia definición genuina, por su relevancia jurídica social en protección de la familia considerándolo como eje central de la sociedad pues Constitucionalmente no ha tenido cambios en beneficio de la familia se evidencia la inestabilidad jurídica que tiene el término “familia” y así otorgar y priorizar su enunciado.

Según lo refiere Cornejo (1991) define a la familia como la célula primera y vital, de la sociedad civil con origen y fundamento de ella, afirmando que la familia es efectivamente, por naturaleza y antes de todo ordenamiento legal, el primer medio social al que surge el hombre. Donde el fenómeno familiar acusa la presencia decisiva de un legítimo interés social por la trascendencia que aquel tiene para la sociedad.

Se tiene como eje, quien es primero la familia o el derecho y como se manifiesta el Estado y quien tiene primera existencia es la familia dentro de la realidad social jurídica normativa, en nuestra legislación no existe definición de familia. Pues no se ha logrado establecer que viene a ser familia para nuestro ordenamiento, y así tener cambios jurídicos en beneficio de la familia.

No existe un enunciado Constitucional, de que es familia por lo que; es importante identificar y definir la evidente necesidad jurídica social en el trato que se da a la familia entre la importancia y protección Constitucional del término familia, dentro de los parámetros normativos para su incorporación dentro de la Constitución. Y así otorgar dentro de los Lineamientos Jurídicos Doctrinal y sociales una definición Constitucional.



La familia como expresión primigenia, y esencia de vida, preexiste al Estado y es el núcleo de la sociedad, Lleva al Estado a Regular dentro de la Constitución que es familia en términos simples es así donde la Protección Constitucional a la familia como núcleo fundamental de la sociedad esté incluido dentro de nuestra Constitución para mejor desarrollo jurídico normativo de que es en sí familia, para el constituyente y que modelo familiar está fundamentado.

Para el Derecho, es importante incluir a la familia dentro de la Constitución para su desarrollo científico normativo, puesto que preexiste la familia antes que el derecho en beneficio de la institución familiar y para que esta institución puede desarrollarse en una teoría individual dentro de nuestra Legislación Nacional, no se trata de una comprobación de realidad sino de una construcción científica.

La familia es un elemento activo y dinámico, que fabrica la realidad en el derecho sino una realidad en favor de quien es primero el derecho o la familia y quien actúa a favor de quien, entonces que es familia para el derecho y como lo define la Constitución Peruana hasta la actualidad no ha tenido cambios.

El artículo 4 segundo párrafo de la constitución no define que es familia solo le otorga términos simples como instituto natural y fundamental *pues como nuestro ordenamiento da un trato especial a este instituto fundamental quedando como solo en enunciado constitucional simple mas no priorizando a la familia dándole un enunciado no nutrido*". El art 233 del C.C tampoco define que es en "sí" familia.

Quedando solo como definición simple tanto en la Constitución como en el Código civil "pues nuestro Código Civil nos da dos palabras claves que son consolidación y fortalecimiento, pero como se llega a definir esa dichosa consolidación y



fortalecimiento dentro de la Constitución no existiendo un enunciado Constitucional en favor de que es familia.

El ejercicio público y privado, de este Derecho que es otorgado en enunciados básicos que no son de esencial desarrollo pues se evidencia un quiebre total de la definición de la familia dentro de la normativa constitucional, demás políticas públicas y privadas que no le otorgan valores y principios en favor de su trascendencia en beneficio del termino familia.

Teniendo como objetivo general, Analizar la identificación de la definición de familia en la Constitución de 1993 en el marco del Artículo 4 segundo párrafo, desarrollando el Lineamiento Jurídico doctrinal, y los aspectos relevantes como el fortalecimiento y la consolidación de la familia prescrito en el artículo 233 del Código Civil en el Derecho Peruano. **y Objetivos Específicos:** 1. Establecer la identificación de la familia en la Constitución de 1993 en marco del Artículo 4 segundo Párrafo, pues no tiene una regulación de enunciado Jurídico Constitucional. 2. Sistematizar como se concretiza en desarrollar los Lineamientos Jurídico Doctrinal de familia en la Constitución siendo este eje central de la sociedad. 3. Especificar los aspectos relevantes como el fortalecimiento y consolidación de la familia prescrito en el Artículo 233 del Código Civil en el Derecho Peruano. Dado que no da un trato especial a la familia siendo esta una institución primigenia, fundamental y natural base la sociedad.

Con esta investigación mediante las conclusiones y recomendaciones, se va lograr definir e identificar que es la familia para el Derecho Peruano dentro de la Constitución originando mayor desarrollo normativo doctrinal dentro del contexto Jurídico Doctrinario.



1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACION

1.1.1. Enunciado

¿Cuál es la definición de la familia en la Constitución de 1993 en el marco del Artículo 4 segundo párrafo, desarrollando aspectos relevantes como el fortalecimiento y la consolidación de la familia prescrita en el artículo 233 del Código Civil en el Derecho Peruano?

1.1.1.1. Descripción

Esta investigación, desarrolla aspectos Jurídicos Doctrinarios y sociales del tema de familia dentro del área de Derecho Constitucional.

La significación etimológica según Taparelli “de la palabra familia deriva de la latina famēs, hambre, y alude al hecho de que es en el seno del grupo doméstico donde el hombre satisface sus necesidades primarias. También deriva de la voz famulus, siervo hace referencia al hecho de que la familia romana incluía a gente de condición servil esclavos, clientes o a que los miembros de ella estaban servilmente sometidos a la autoridad del pater”. (Taparelli, 1862, citado por Cornejo, 1991).

Los orígenes de la especie humana, y consiguientemente su organización primitiva, se mantienen en una nebulosa que no ha podido develarse, es indudable que en todo tiempo la familia ha sido el núcleo social primario. El amor y la procreación, la vida vinculan a las personas con lazos fuertes según las circunstancias económicas o sociales y las creencias religiosas. (Borda, 1955. p.14).

Por su parte Ramos (1994) indica que “en el Perú no se logra comprender la expresión familia porque adquiere diversidad semántica portentosa, no solo en los Códigos sino especialmente fuera de estos. La plurificación del término deriva de



patrones culturales oponibles temporalmente y espacialmente cuando la norma positiva no reproduce las prácticas de ciertos grupos sociales”.

Refiere Bermúdez (2014) que en nuestra legislación actual no existe una definición Constitucional de que es familia, siendo este el eje principal donde se desarrolla la sociedad. La Constitución Peruana, y las leyes no contienen una definición taxativa de lo que es familia, dado que existen diversas formas de organización familiar. Estando ante un concepto amplio de que trasciende las fronteras del Derecho, pues responde a la forma de organización de los seres humanos vinculados por relaciones de parentesco, matrimonio y convivencia.

Según refiere Trazegnies (1990) sobre la realidad y sus perspectivas, el interrogante es: ¿qué significado tiene la familia o como se define jurídicamente a la familia? El Código Civil peruano no contiene una definición expresa de familia aun cuando tiene todo un libro dedicado a ella al que denomina expresamente “Derecho de Familia”, a falta de enunciado explícito en la ley sobre la familia, la definición debe ser inferida de las normas que tratan sobre ella. La opción naturalista y sostener que la definición de familia es obvia: la familia en el ámbito del matrimonio y de las relaciones de parentesco (...).

Como indica el maestro Plácido (2013) no significa que exista una plena identificación entre el concepto de familia y el de familia matrimonial. En el año 1978 en que se elaboró la Constitución de 1979, en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos del sistema universal ratificados por el Perú existe una esencial vinculación entre familia y matrimonio, el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 configura como objeto del mismo derecho fundamental el casarse y fundar una familia, y este derecho es



el único que en el conjunto de la Declaración se atribuye a los hombres y las mujeres y con la precisión de que solo a partir de la edad núbil, lo que constituye una evidente condición de capacidad física bien precisa que solo se justifica en razón de la unión sexual, con la consiguiente función esencial generativa reconocida al ejercicio de ese derecho en su doble dimensión.

Por su parte afirma Varsi (2011) el Código Civil peruano y ninguna otra de nuestras normas ofrecen una definición de Familia. Al contrario sensu, el Estatuto das Familias, preparado por el Instituto Brasileiro de Direito de Familia (IBDFAM), nos ofrece un aporte cuando considera que es protegida como Familia toda comunidad de vida instituida con la finalidad de convivencia familiar, en cualquiera de sus modalidades. Permite una apropiada regulación legal de la familia en razón de ciertas características identificadas y predefinidas como son: comunidad, conjunto de personas y convivencia. (...).

Se tiene la Ley N°28542, Ley de Fortalecimiento de la Familia que prescribe:

Artículo 1 Objeto de la Ley: La presente Ley tiene como objeto promover y fortalecer el desarrollo de la familia como fundamento de la sociedad y espacio fundamental para el desarrollo integral del ser humano (...).

No pudiendo contar con una definición específica que es familia, para el Derecho peruano dentro del marco Constitucional. Conforme se tiene el código civil peruano en su Libro III Derecho de Familia; en su Art 233° al Art 417° no existiendo una definición de que es familia para el Código Civil, solo haciendo una referencia general en el art. 233: La regulación Jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y las normas proclamadas en la Constitución Política del Perú.



Según refiere Cardenas (1990) dentro del marco de estas consideraciones ¿cómo se define jurídicamente la familia? El Código civil peruano no contiene una definición expresa de familia, aun cuando tiene todo un libro dedicado a ella al que denomina expresamente Derecho de Familia. A falta de un enunciado explícito en la Ley sobre la Familia, la definición debe de ser inferida de las normas que tratan sobre ella se podría regresar aquí a la opción naturalista y sostener que la definición de familia es obvia: la familia es el ámbito del matrimonio y de las relaciones de parentesco. (...).

Esta investigación, tiene importancia fundamental sobre la falta de enunciado explícito en la Constitución sobre el enunciado de familia o que viene a ser familia para la Constitución y como se manifiesta el derecho a través de; y mediante una definición Constitucional que tiene que identificarse, para así el derecho pueda otorgarle relevancia jurídica normativa dentro de nuestra Constitución e impartir esto con el Código Civil; y que viene a ser una consolidación y fortalecimiento para la normativa como desarrolla y como funciona en favor de la familia y como se identifica a la familia, esto origina implicancia jurídica normativa la falta de enunciado constitucional, pues en esta se construyen los Estados. Se debe asegurar la igualdad jurídica dentro de la Constitución y el Código Civil.

1.2. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO

La realización de este trabajo, de investigación Jurídico Doctrinario es el estudio de la familia siendo la célula básica de la sociedad, por lo que; esta investigación se justifica por su relevancia jurídica social en protección de la familia siendo eje central de la sociedad pues jurídicamente no ha tenido cambios en beneficio de la familia se evidencia



la inestabilidad normativa que atraviesa la Constitución y el Código Civil al no contar con una definición expresa de que es familia dentro del Derecho Peruano.

El interés principal de este estudio es pues otorgar y priorizar mejor tratamiento jurídico y dar mejor protección Constitucional dentro del Derecho Constitucional a la familia teniendo como enunciado general: ¿En qué consiste la definición de la familia en la Constitución de 1993 en el marco del Artículo 4 segundo párrafo, desarrollando aspectos relevantes como el fortalecimiento y la consolidación de la familia prescrita en el artículo 233 del Código Civil en el Derecho Peruano?

Para así identificar ¿qué es familia? y la justificación del trato jurídico que se le da a la familia dentro de nuestro ordenamiento; en lo cual sustentare a la familia como se manifiesta el Derecho.

En cuanto a la relación de ambos, se viene Analizando porque la familia, siendo más antigua que el derecho no cuenta con una definición Constitucional con relación al Código Civil, no se ha tenido identificación de que es familia para nuestra normatividad, no existiendo en la actualidad una definición Constitucional de que es familia, teniendo como sub ejes: 1. Art 4 segundo párrafo de la Constitución de 1993, 2. Art 233 del C.C, y 3. Lineamiento jurídico doctrinal en el Derecho Peruano; es el mejor predictor de la justificación de que no existe en la actualidad un enunciado normativo priorizando un enunciado Constitucional al Derecho de Familia otorgándole un enunciado de que es Familia para la Constitución y el Código Civil Peruano. Desde la Constitución del 1979 a la actualidad no ha existido cambios normativos en favor de la familia, en la constitución actual art 4.- segundo párrafo: Que prescribe (...). 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. *“teniendo como base la constitución que prescribe a la familia como instituto fundamental pues como nuestro ordenamiento da un trato especial a este instituto fundamental quedando como solo en enunciado constitucional simple mas no priorizando a la familia dándole un enunciado consolidado”*.

*El art 233 del C.C Que especifica:
Regulación jurídica de la familia.- La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento en armonía con los principios y normas proclamados en la constitución Política del Perú.*

Nuestro Código Civil; nos da dos palabras claves que son consolidación y fortalecimiento pero como se llega a que la familia logre esa dichosa consolidación y fortalecimiento al no tener dentro de la Constitución una definición Constitucional meramente propia de que es familia para el Constitución Nacional. Desde la perspectiva jurídica social no ha existido cambio normativo en beneficio de la familia o en definir con enunciado de lo que es en sí familia, las valoraciones sociales las establecen como un marcador fundamental de la sociedad donde se fundamenta y reproduce justificaciones del mejor trato que tiene que tener la familia dentro de nuestro ordenamiento jurídico y teniendo en cuenta los valores socio culturales. Es importante identificar la evidente necesidad jurídica social en el trato que se da a la familia entre la importancia otorgada a unos valores y principios que le persigue. No hay cambios jurídicos sociales dentro de nuestro ordenamiento.

El foco central de estudio dentro de la sociología jurídica, ya que dentro del estudio de cualquier sociedad se encontrará a la familia por ser un instituto fundamental y natural. En nuestra Constitución se regula por primera vez en 1979 a la familia ello se debe al proceso histórico de integración mutua entre el dominio privado y el dominio público, en el cual los espacios propios de la sociedad civil y del Estado van



superponiendo respectivamente sus fronteras competenciales asegurando de esta manera la incorporación de las principales normas y reglas del mundo civil a la Constitución Política.

La familia, es la sociedad más natural y antigua e importante de la sociedad y en ella se origina la base imprescindible de las relaciones humanas que se presenta de persona a persona, el origen de esta sociabilidad no se encuentra exclusivamente en la existencia de satisfacer ciertas necesidades vitales o implementar políticas públicas o crear instituciones, sino que a partir del ejercicio de la sociabilidad humana básica la familia y sus miembros se apertura hacia las demás personas y la sociedad sentando así los principios de un proceso simultaneo de realización personal y colectiva donde no se puede observar que el Derecho Constitucional defina que es “Familia”.

En este proceso de familiarización, confluyen factores familiares de protección como son presencia de valores, buenas relaciones paterno filiales, implicación en la familia, hábitos de vida saludable, dinámica familiar positiva entre otros, específicamente la normatividad jurídico legal pueden en alguna medida fundar, Establecer, sistematizar y Especificar ciertos patrones de conducta sea por la vía directa de las permisiones y prohibiciones, sea por la más sutil de cierta función formativa de la conciencia individual y social; modelo de familia en el cual se inserta la problemática de la Constitución de 1979, acerca de la protección de la familia y de la eficacia jurídica de los Derechos sociales Constitucionales de la familia como expresión y esencia de la comunidad social, que demanda su modernización a fin de adaptarse a los cambios del proceso democrático y social del Estado de derecho con propio enunciado e identificación Constitucional en su definición.



Como la familia preexiste al Estado y es el núcleo de la organización social, lleva a Regular las relaciones familiares respetando los fines propios las propias leyes, se adapta por su propia evolución interna y por los factores que sobre ella inciden a las circunstancias socio históricas de cada momento la importancia de la familia. Para el hombre en su dimensión social y quizá la única inevitable a que surge todo ser, es la escuela primaria de sociabilidad, en donde la familia es la más antigua de las instituciones sociales. De los cuales no ha tenido una Definición Constitucional dentro del Derecho Peruano.

1.3. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

De la investigación realizada se ha encontrado antecedentes que se asemejan a esta investigación Científica y son:

- a. De la Investigación realizada se tiene la relación Doctrinal con el estudio de: Oliva Gómez, E. (2013). *Hacia un Concepto Interdisciplinario de la familia en la globalización*. Se desarrolló el Concepto Sociológico donde la familia constituye por una comunidad social configurada al menos por tres miembros donde lo denomina que es un conjunto de personas unidas por lazos parentales estos lazos pueden ser de dos tipos vínculos por afinidad: matrimonio y consanguinidad como ser la filiación entre padres e hijos. (Tesis Doctoral), Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México. Recuperado de <http://repositorio.uac.edu.com>
- b. Teniéndose, en relación al Problema de Investigación en el Campo Doctrinario se encontró la Investigación de: Torre Rosales, R. (2017). *Reconocimiento y Protección de las Familias Ensambladas en nuestro Sistema Jurídico. En el que la autora desarrolla los tipos de familia Que estaría conformado por todas*



- aquellas entidades familiares, que han sido reguladas expresamente por el derecho de familia. (Tesis de Pregrado). Universidad Nacional de Ancash. <http://cybertesis.edu.pe>.*
- c. *En concordancia, con el Estudio de Investigación se halló la tesis de: García Acuña, N. (2009). El Concepto de Familia. Que se desarrolló las definiciones de la familia como base de la sociedad entre el derecho y los patrones de conducta que afecta a la familia en una sociedad específica teniendo el carácter de grupo fundamental como base de la sociedad y protección a la familia, pero solo como grupo adyacente a sus integrantes tomando a la familia como grupo social con identificación esencial a la vida humana. (Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales) Santiago Chile 2009 www.cybertesis.uchile.cl/tesis/uchile/2009/degarcia_n/pdfAmont/degarcia_n.pdf*
- d. *De acuerdo, con el Estudio presente; en coherencia con los principios de Investigación se encontró la tesis doctoral de: Alvares Escudero, R. (2018). Daños en las Relaciones Familiares y el Derecho a la Identidad en la Filiación. Se desarrolló la noción de la familia que lo define como tradicional que proviene del Derecho Romano estructurada sobre sobre la base de la familia extensa basada o fundada en el matrimonio estableciendo un sistema jerárquico reconociendo derechos y libertades de sus miembros, la familia como institución natural organización básica grupo social intermedio entre la persona y el Estado. (Tesis Doctoral), Universidad de Barcelona. Recuperado de <http://www.tesisenred.net>*
- e. *Teniéndose, en relación a la presente Investigación se encontró la tesis de: Fresno García, M. (2008). Familia y Cambio Social entre la Adaptación y la Transformación de la Institución Familiar. El autor desarrolla a la Familia como el principal valor para las familias debido a las irremplazables funciones que*



cumple para sus miembros donde se presentan diferentes cambios tienen la habilidad de adaptarse. (Tesis en Licenciatura en Educación) UNED, España. Recuperado [http:// de dialnet.unirioja.es](http://de.dialnet.unirioja.es)

- f. Conforme, se tiene el estudio de investigación se tiene como base la conceptualización de la presente tesis de: Mínguez Vallejos, R. (2005). Pautas de Transmisión de Valores en el Ámbito Familiar. Se tomó los puntos referentes a la a la realidad familiar a ese conjunto de cambios que toda la sociedad se ha visto implicada en la dinámica de transformación se ha presentado manifestaciones en este cambio personal y social se presenta en la Familia. (Tesis de Maestría) Universidad de Murcia. Recuperada de <http://es.eslideshare.net>
- g. En relación al tema de investigación se tiene: Cuadros Hernández, C. (2014). La Familia y sus Principios Fundamentales para la Educación. Se tomó en consideración los conceptos relacionados con principios y los diferentes modelos de familia que se presenta en la actualidad fortaleciendo los diferentes procesos formativos que atraviesa la Familia. (Tesis Doctoral). <http://www.academia.ed>

1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. Objetivo General

Analizar la identificación de la definición de familia en la Constitución de 1993 en el marco del Artículo 4 segundo párrafo, desarrollando los aspectos relevantes como el fortalecimiento y la consolidación de la familia prescrito en el artículo 233 del Código Civil en el Derecho Peruano

1.4.2. Objetivos Específicos

1. Establecer por qué se debe definir a la familia en la Constitución de 1993 en marco del Artículo 4 segundo Párrafo en el Derecho Peruano.



2. Sistematizar cuales son las doctrinas que desarrollan a la familia dentro del Derecho Peruano.
3. Especificar cuáles son los lineamientos normativos jurídicos sobre los aspectos relevantes como el fortalecimiento y consolidación de la familia prescrito en el Artículo 233 del Código Civil en el Derecho Peruano.



CAPÍTULO II

REVISION DE LITERATURA

Para desplegar esta investigación se tiene inicialmente que extender definiciones teóricas elementales que nos apoyaran a desarrollar conceptualmente la investigación

2.1. HISTORIA DE LA FAMILIA

a. Derecho Antiguo

El pueblo hebreo, mentor del cristianismo se basa inicialmente en la poligamia, estableciendo con posteridad la familia monogamia y el derecho de repudio previsto en la Ley mosaica. Los griegos adoptaron también poligamia y el repudio considerando a la mujer como un ser inferior al varón. El matrimonio fue utilizado como un medio para hacer arreglos políticos y en la mayoría de los casos con sentido de comercio, al extremo de vender a la mujer desde temprana edad. Los hijos no tenían derechos a formar patrimonio propio, pero competían entre legítimos e ilegítimos.

En el Derecho Romano, la familia o domus era la célula social o la base del Estado, la que estuvo organizada en dos sentidos: la cognada, integrada por personas unidas por vínculos consanguíneos o de parentesco y la agnada, por personas ligadas entre sí por el parentesco civil. El matrimonio tuvo carácter monogamia y admitió varias formas como la confarreatio tuvo carácter monogamia y admitió varias formas como la confarreatio, la coemptio, el usus y el matrimonio sine manus.

La familia en el Derecho Germano se fundó en la poligamia, pero con el correr de los tiempos se instalan las formas monogamias y la organización patriarcal de la misma. El matrimonio se realizó por medio de la compra que daba derecho al repudio, de lo contrario la mujer quedaba bajo la dependencia del mundium o marido.



b. Derecho Familiar Pre colonial

Desarrolla Corvetto (1954) las civilizaciones avanzadas como las de Chavín, Tiahuanaco, Mochica, Chimú, Nazca, Paracas, etc. Dieron origen a su vez al gran Imperio de los Incas, que hoy se considera como la gran síntesis de las culturas ya mencionadas, el Derecho familiar pre colonial está formado tanto por el Derecho familiar pre inca como por el Derecho familiar inca, cuyas relaciones familiares estuvieron regidas por normas consuetudinarias:

Derecho familiar Pre inca.- Los orígenes de la familia, en las diferentes culturas pre inca son poco conocidas pero se advierte factores como: la necesidad de una unión marital, la tendencia hacia la formación de uniones por grupos de familias y la existencia de variadas formas de parentesco que cambian según las costumbres de cada grupo.

El ayllu fue la organización familiar característica de todas las culturas pre incas, era un conjunto de familias que estaban unidos por vínculos de sangre, de territorio, de legua, de religión, de intereses económicos, de totemismo. Porque descendían de antepasados comunes, porque vivían y poseían un territorio llamado “marka” por que hablaban el mismo dialecto por adorar a los mismos dioses por estar atados a la tierra y al trabajo colectivo y porque suponían descender de un mismo tronco: el tótem.

El Derecho familiar pre inca solo se basa en el ayllu sino también en el patriarcado con rezagos de matriarcado, con formas matrimoniales exogámicas y endogámicas, el Derecho inca tuvo mucha importancia y que en el Derecho colonial asumirá el nombre de servinacuy.



Derecho familiar Inca.- El Imperio incaico elaboro un sistema organizativo notable con rezagos de matriarcado, pero es patriarcal por la supremacía del varón que tiene potestad sobre los bienes, los hijos, y sobre la misma mujer, se tiene en consideración que esta potestad no era absoluta, ni parecida a la romana ya que estaba limitada por el poder del Estado que se inmiscuía dentro de las relaciones familiares.

c. Derecho Familiar Colonial

En la opinión del maestro Cornejo Chávez (1980, citado por Lanatta , 1986) la irrupción conquistadora de España habría de producir una profunda y estremecedora conmoción en el imperio. Abrumado por la sorpresiva invasión de una raza desconocida, dueña de una tecnología militar incontrastable consternado por el apresamiento y la ejecución del propio inca el imperio se derrumbó. Desmoronada la organización política, jurídica y social, el indio así llamado por un error geográfico de los invasores que integraba un sistema de apropiación colectivo de la tierra paso a ser objeto de una dominación feudal, humillado y de algún modo forzado a abandonar su vieja escala de valores y asumir otra perteneciente a una cultura completamente distinta que llegaba a discutir acerca de que el indígena era en verdad un ser racional y vasallo de la corona, debía ser considerado por su falta de preparación intelectual como un ser miserable sujeto a tutela:

Derecho Castellano.- El Derecho de Castilla no pudieron desplazar a las normas consuetudinarias incaicas, en la práctica coexistieron al extremo de dictarse las ordenanzas de Valladolid en 1555. Reconocían la vigencia de las costumbres de los naturales en lo que se refiere al ordenamiento familiar.



Derecho Familiar Indiano.- Este Derecho se dio especialmente para que rija en América conquistada y colonizada constituido por una diversidad de normas y disposiciones dictados por altos organismos, el Rey el real supremo consejo de Indias la casa de contrataciones de Sevilla también por autoridades españolas radicados en territorios conquistados virreyes, oidores. Esta legislación traduce la concepción hispana de la familia.

El Derecho Familiar Indiano.- Se caracterizó porque fue esencialmente casuista dictado solo para casos particulares, frondosa, contradictoria y confusa en muchas ocasiones se intentó hacer una recopilación a efecto de lograr una sistematización adecuada lo que se consiguió el año de 1980, fecha en que aparece la recopilación de las leyes de los reinos de las Indias y las leyes Despachas para América.

d. Derecho Medieval

La familia en esta etapa se fundó, en la más completa desigualdad y el predominio del sexo masculino derivado de la propiedad privada, que ni los esclavistas ni la nobleza feudal conocieron apenas conocían el matrimonio basado en el amor recíproco, porque entre ellos el matrimonio solía ser un acto político, un procedimiento para extender sus dominios mediante la alianza matrimonial lo decisivo era los intereses de la casa señorial.

La filiación se establece con criterios de legitimidad e ilegitimidad, la herencia pertenecía íntegramente a los hijos particularmente al hijo mayor primogénito y excepcionalmente a los segundones e hijas mujeres; para las familias de las clases oprimidas, no tenían ninguna significación.

La iglesia introduce el carácter sacramental del matrimonio y la concepción de su indisolubilidad fortalece el parentesco espiritual con la administración del bautismo y la confirmación. Su influencia sirvió para moderar la autoridad despótica del padre. El



cristianismo transformo profundamente con su doctrina el concepto de familia que legara el Derecho romano, dotándole de contenido ético y humanizando las relaciones entre los miembros que la integran.

e. Derecho Contemporáneo.

Según Ennecerus (1941) sostienen que la historia de la familia no era más que la historia de su descomposición en grupos cada vez más reducidos. En efecto de la gran familia comunal hordas, se pasa a la familia nuclear solo padres e hijos. Inclusive, hoy ya es posible constatar la forma más elemental de organización humana, expresada en el binomio madre hijo cuyo número es cada vez más creciente.

Por su parte Rossental (1984) señala no se puede negar es la profunda crisis en que se encuentra sumida la familia del mundo entero, particularmente en el Perú en los nuevos fenómenos que van modificando la estructura familiar, llegando a amenazar su propia existencia como el aumento de las uniones de hecho y la disminución de las uniones matrimoniales, el incremento de la natalidad y las prácticas abortivas, el desarrollo de las ciencias biogenéticas como la inseminación artificial, la fecundación extrauterina, la manipulación genética, la clonación y la partenogénesis que exigen una posición más decidida en lo que corresponde al derecho. La familia se conceptualiza de acuerdo el transcurso del tiempo, su evolución y también un momento determinado de su desarrollo, su estado actual, la familia es una categoría histórica un fenómeno social, mutable basado en el patrimonio y en el parentesco cuya composición, formas, funciones y tipo de relaciones varían en cada una de las etapas del desarrollo social y dependen de una serie de factores, principalmente de las condiciones económico sociales en que viven y se desarrollan.



La familia es una comunidad, de unión basada en el matrimonio libre e igual en derechos o en el parentesco cercano de personas ligadas mutuamente por relaciones personales y de propiedad, unidas por el apoyo moral y material por la afinidad espiritual y la solicitud por la educación de los hijos. La noción resulta actualizada, ya que supera ampliamente las concepciones tradicionales en las que predominaban los criterios de techo, autoridad, legitimidad y aun el económico. Destaca el carácter ético de la familia y la función por la educación de los hijos, no establece los límites del parentesco. (Seduguin, 1974).

Se tiene a Corral, (2005) afirma que la familia es un grupo social basado en la voluntaria unión sexual entre individuos de sexo diverso y con un fin de humana solidaria.

El autor Argentino Yungayo, (1989) define como una asociación de personas integrada por dos individuos de distinto sexo y sus hijos, que viven en una morada común bajo la autoridad de ambos padres, que están en relación con los ascendientes, descendientes y colaterales por vínculos de sangre y lazos de parentesco y que constituye el grupo humano fisiogénico y primario por excelencia. Es importante porque determina principalmente quienes son las personas que las integran y con qué otras están relacionadas en cuanto dominan los criterios tradicionales de techo y autoridad.

Para el Derecho canónico y sus seguidores, la familia es institución agrupación fenómeno sociedad natural previa a la existencia del Estado fundamentada en el matrimonio, con propósito de propagar y elevar la especie humana. (Hamilton, 1949)

Para los Autores que insisten en lo jurídico Lehmann (1953) define a la familia es el conjunto de personas vinculadas por el matrimonio o el parentesco vinculadas por el matrimonio o el parentesco.



Afirma el autor que en Venezuela, la familia acontece algo similar que con el Derecho de familia no conocen un concepto o definición legal solo se sabe de esos enseñados por la doctrina ni en su constitución en el Ley ni en ningún reglamento, ni ningún dispositivo alguno se conceptúa la familia la normativa jurídica lo que hace es mencionarla pero no definirla toda vez que no precisa que se entiende por familia al referirse emplea diferentes palabras muchas de ellas sinónimas por lo que legalmente no puede afirmarse la consagración de un vocablo univoco relativo a la familia. La Constitución Venezolana en su artículo 73 el estado protegerá la familia como célula fundamental de la sociedad, preponderadamente el aspecto social lo cual explica no solo por la terminología empleada sino por la colocación de esa norma entre los derechos sociales. (Torres, 1967)

El estudio del Artículo 233 del Código Civil establece: que el objeto de regular a la familia es contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú. El enfoque de la familia no definido por ningún instrumento legal no solo debe darse en el plano legal sino también en el plano social económico, político, filosófico el concepto de familia no es univoco. La familia en el Perú como ocurre en otros países no solo tiene como fuente el matrimonio sino hay gran número cuyo nacimiento organización y existencia descansan en relaciones o uniones de hecho a quienes se les llama concubinato esta convivencia entre personas no casadas ya tienen reconocimiento legal y son fuentes de derecho. Cuando se trabaja la reforma del Código Civil de 1936 y la elaboración del código civil de 1984 se discutió si era necesario independizar el libro de familia del Código civil y tratarlo como un código de familia como es el caso de Cuba Bolivia Costa Rica Panamá el Salvador o si esto no era necesario y más bien debía seguir siendo parte del código civil, esta última que primo y por ello el Código Civil de 1984 la recoge en el libro III el Derecho de Familia, el



problema se planteaba en considerar si el Derecho de familia debía seguir siendo considerado en el ámbito privado y permanecer en el Código Civil o si más bien su interés respondía a un interés social.

f. Derecho Moderno

La familia se cimienta sobre la unión monogamia con posibilidad de elegir al cónyuge partiendo de la inclinación mutua, porque como en épocas pasadas lo más importante para para los pretendientes es el origen, la fortuna, la herencia, la religión y excepcionalmente, el amor pero cuando el matrimonio y la familia no se basan en él, solo existe una vida familiar cruel, una ilusión de vida familiar, al que suele reducirse frecuentemente el matrimonio de familias acomodadas en las que el tedio y el dinero actúan de nexo entre los conyugues.

La influencia del capitalismo y del industrialismo en la vida familiar, frecuentemente condena al obrero a no poder formar una familia o a formarla y a vivir en la estrechez, los hijos se venden a las fábricas y a las mujeres al incorporarse a la producción se ven imposibilitadas de cumplir con sus obligaciones familiares.

Engels, “afirma que la familia era una institución regida por leyes naturales y que las humanas no tenían por qué interferir en ese desarrollo, que el matrimonio no era necesario y si existía, debía considerarse como un Contrato Civil.”

La etimología de la familia se concibe en el derecho Romano como un organismo como un corpus en un texto de Ulpiano transcrito de D. 50,16 195,2: Ulpiano. Libro XVI ad edictum: “familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem quod aut iure proprio ipsorum auy communi universae cognationis continetur. La familia Romana, en sentido estricto tenía una cabeza un poder, el conjunto de personas tenía una autoridad manus, potestad, mancipium la cabeza



de familia era el pater familias, que ejercía la autoridad con fines que trascienden el orden doméstico.

Los autores modernos, siguen distintas definiciones aun cuando universalmente se reconoce que el Derecho Romano es una de las principales fuentes para estudiar a la familia de todos los tiempos. En la antigüedad más remota se tiene los Códigos de Manu y de Hammurabi. Como se sabe el rey Hammurabi dio su famoso Código, cuyos vestigios, muestran la escritura cuneiforme en piezas guardadas en las bibliotecas turcas y francesas. Se refirió más a actividades y negocios en los que participaban las familias de su época. Por ello se recurre al derecho romano, que gracias al emperador Constantino auspicio a los codificadores clásicos.

En las lenguas modernas hay dos vocablos importantes que dan origen a doble interpretación: algunos autores afirman que familia viene de fames, que quiere decir hambre. Según ellos en la familia, los miembros de ella obtienen lo necesario para subsistir. Otros se refieren a la palabra famulus, que significa siervo y se refiere a la gran familia, no solo constituida por los padres, hijos y familiares, sino también por los allegados y los esclavos de otras épocas. (Ulpiano citado por López, 2009)

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS DE SAN JOSE DE COSTARICA el 22 de noviembre de 1969 se establece; la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

(CEPAL) Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2006) la familia ha sufrido profundas transformaciones en las últimas décadas, se han diversificado las formas familiares, se ha transformado el modelo de hombre proveedor mujer cuidadora,



se ha desarrollado una tendencia creciente a las familias con jefatura femenina y se ha reducido el tamaño promedio de las familias. Sin embargo la familia se mantiene como un pilar clave en el régimen de bienestar. El régimen tiene una orientación “familista” que no libera a la mujer de las responsabilidades familiares y en el sistema de protección social persiste el modelo tradicional de hombre proveedor mujer cuidadora. Ante las insuficiencias del sistema de protección social las familias juegan roles claves en la producción y reproducción del bienestar. En respuesta a situaciones adversas las familias movilizan sus activos. Las familias han tenido impacto sobre las estructuras familiares, generando nuevas responsabilidades en la protección de los miembros, todo lo cual muestra la sobrecarga de funciones que la familia se ha visto llamada a asumir producto, en medida de las insuficiencias del sistema de protección social. Tradicionalmente en América Latina, se adecuen a las nuevas estructuras y dinámicas familiares.

DECLARACION DE LOS DERECHO Y LOS DEBERES DEL HOMBRE AMERICANO en su IX conferencia llevado a cabo ese mismo año, establece que toda persona tiene derechoa: 1) La protección de la ley contra los ataques abusivos a su familia, y.2) Constituir familia, que es considerado como elemento esencial de la sociedad y a recibir protección para ella Artículo VI.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES en 1966 proclama que se debe: 1) Conceder a la familia, que es 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 Artículo 7.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS en 1966 se



Proclama que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene Derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

(OMS) organización mundial de la salud define a la familia como los miembros del hogar emparentados entre sí, hasta un grado determinado por sangre adopción y matrimonio, el grado de parentesco utilizado para determinar los límites de la familia dependerá de los usos, a los que se destinen los datos, no pueden definirse con precisión en escala mundial, así mismo la Organización Mundial de la salud define a la familia como conjunto de personas que conviven bajo el mismo techo organizadas en roles fijos, con vínculos consanguíneos afectivos que los unen.

(ONU) la familia sigue siendo considerada universalmente como la unidad básica de la sociedad, la Organización de las Naciones Unidas reconoce y afirma la importancia de la familia como un lugar privilegiado para la educación, y con el objetivo de aumentar el grado de concienciación acerca de los temas relacionados con la familia, el 15 de mayo de 1993 fue declarado por la ONU como el Día Internacional de las Familias. Esta celebración ha de servir para recordarnos que la sociedad experimenta constantes cambios culturales, políticos y sociales por ello las familias se han vuelto cada vez más diversas. La obligación de proteger a la familia requiere que los Estados apoyen y reconozcan esta diversidad.

La declaración universal de los Derechos Humanos, ha Considerado que la libertad la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana Art. 16 inc. 3 preámbulos de la declaración universal de los derechos humanos específica: la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.



(UNESCO) organización de las naciones unidas para la Educación , la ciencia la cultura, la familia es reconocida universalmente como una unidad básica de la sociedad a pesar de los muchos cambios en la sociedad que han alterado sus roles y funciones, la familia continua dando la estructura natural para el apoyo esencial emocional y material para el crecimiento y bienestar de sus miembros además la familia es una unidad social básica de producción y consumo como tal está en el núcleo del proceso económico. Sus necesidades deben está estrechamente conectadas con los objetivos de desarrollo económico y social como un estándar mínimo de progreso.

(UNICEF) la familia es el primer círculo, protector con el que cuentan los niños, y si no tienen el apoyo de los padres para crecer y desarrollarse, las consecuencias pueden ser devastadoras. Sin esta protección básica, son más sensibles a situaciones en las que sus derechos más básicos pueden ser vulnerados. La familia seguirá siendo la red básica de las relaciones sociales y elementos fundamental de la cohesión social; es irremplazable en las funciones de socialización temprana, de desarrollo de la afectividad de transmisión de valores, de fijación de pautas de comportamiento, y de satisfacción de las necesidades básicas de los seres humanos.

Junto a sus históricas y decisivas funciones efectivas y morales la familia cumple funciones esenciales para el bienestar colectivo, es una fuente importante de creación del capital humano, espacio donde se siembran las semillas de la ciudadanía democrática y de las relaciones de equidad de género, para el desarrollo de una cultura de participación, de paz y de ciudadanía (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF).

En el siglo XX la idea de familia se ha relacionado generalmente a la del matrimonio la realidad demuestra que son numerosas las familias que no tienen como base el matrimonio el art 4 de la constitución política del Perú establece que la comunidad y el estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en



situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio; reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad es por ello que obliga al Estado y a la comunidad prestarle protección. (García, 2011).

El Tribunal Constitucional en el fundamento 7 de la Sentencia recaída en el expediente N° 09332-2006-PA/TC; dice: desde una perspectiva Constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Donde el Tribunal Constitucional da a conocer en la sentencia los contextos sociales que desarrolle o defina en concreto que es familia para el Tribunal Constitucional.

La Carta de los Derechos de la Familia, de fecha 22 de octubre de 1983 formulada por la Santa Sede, subraya que la familia constituye, más que una unidad jurídica, social y económica, una comunidad de amor y solidaridad insustituible para la enseñanza y retransmisión de los valores culturales, sociales, espirituales y religiosos, esenciales para el desarrollo y bienestar de sus propios miembros y de la sociedad; que es el lugar en donde se encuentran diferentes generaciones y donde se ayudan mutuamente a crecer en sabiduría humana y a armonizar los derechos individuales con las demás exigencias de la vida social.

Determinadas connotaciones, que nos comparte el autor de esta obra el informe de recomendaciones de la Conferencia Internacional de la Población realizada en México en 1984, al cumplirse diez años de la efectuada en Bucarest contiene El Plan de la Acción Mundial de Bucarest donde reconoce a la familia como la unidad básica de la sociedad y recomienda a los gobiernos que se le de protección jurídica adoptando medidas para proteger los derechos de los cónyuges y de los hijos en casos de disolución del matrimonio, la familia está experimentando cambios fundamentales en su estructura y función.



Se tiene según Cornejo (1991) afirma que; para el hombre en su dimensión social la familia es la primera sociedad y quizá la única inevitable a que surge todo ser escuela primaria de sociabilidad y célula de la comunidad civil, reflejo y depositaria de su cultura .la vida moderna ha afectado algunas de estas connotaciones: la escuela la calle, los medios de comunicación masiva la escuela como la llaman algunos y no siempre funciona positivamente, el tipo de estructura económica destruye a la familia como unidad de producción y reduce las características de unidad de consumo. La familia es la más antigua de las instituciones sociales; sigue siendo un complejo vivo, actuante y fundamental.

El termino familia Ulpiano citado en el Digesto menciona: se aplica a las cosas y a las personas la denominación se refiere también a la significación de alguna corporación, en el derecho de cada individuo o en el común de toda cognación. Por derecho propio llamamos familia a muchas personas, que por naturaleza o por derecho, están sujetas a la potestad de uno, por ejemplo el padre de familia, la hija de familia, la madre de familia, el hijo de familia los demás que siguen en lugar de estos, como los nietos y las nietas y los otros descendientes. Pero se llama padre al que tiene el dominio de la casa, aunque no tenga hijo, porque no designamos a su sola persona, son a sus derechos. Por Derecho común decimos familia a la de todos los agnados: pues aunque muerto el padre de familia cada uno tiene familia propia, todos los que estuvieron bajo la potestad de uno solo serán con razón llamados de la misma familia, los cuales fueron dados a luz de la misma casa de progenie la denominación de la familia comprende a todos los esclavos asimismo se llama familia la proviene de sangre de un mismo ultimo progenitor como decimos “familia julia”. (Ulpiano, 1997).



2.1.1. Teorías Sobre el Origen de la Familia.

a. La Teoría Providencialista

Conforme se tiene al autor Coulanges (1982) desarrolla la idea de que Dios creó los cielos y la tierra, y no había nada sobre la tierra y dijo hagamos al hombre a nuestra imagen y semejanza, entonces formó al hombre con el polvo de la tierra y luego la primera pareja en el paraíso terrenal. Las sagradas escrituras, de la familia patriarcal y algunos autores fundamentan ese concepto como resultado de la tendencia natural del ser humano de vivir agrupado para contrarrestar los peligros y las necesidades comunes. La familia natural surge del Estado y por ello los antiguos juristas como Modestino; definieron a la familia como una relación para toda la vida. Y Cicerón como principio de la sociedad y semillero de la república. Su principal expositor fue Fustel de Coulanges. En su obra “La Ciudad Antigua” expuso como fundamento de la familia el vínculo religioso, más cohesionante entre los antiguos que el parentesco, basado en los ritos y creencias sobre el alma y la muerte.

b. La Teoría Evolucionista

Conforme a sus estudios en las investigaciones realizadas por Morgan (1818) aportando pruebas científicas demuestran el origen y la evolución no solo del hombre, la familia sino también de la sociedad para lo que plantean diferentes puntos de vista que a continuación se detalla las recientes investigaciones sociales consideran que en el periodo más temprano de la historia, cuando las personas acababan de separarse del reino animal y vivían en las condiciones propias de la manada primitiva, las relaciones entre los sexos tenían un carácter absolutamente desordenado y la familia no existía aun lo que pudo durar muchos siglos.



Los evolucionistas clásicos, sostienen que la primera etapa de interrelación privada del hombre fue la promiscuidad sexual o del *vagus concubitus*, que estuvo caracterizada por un *hetairismo* tal que, varón y mujer, satisfacían apetencias sexuales con la misma naturalidad con que ahora se satisface el hombre. El hombre primitivo ni siquiera tuvo conciencia del nexo causal entre la copula sexual y el parto.

Luego sobrevino la etapa de emparejamiento transitorio, surgió la forma más elemental de organización humana caracterizada por la unión de la madre e hijo. El padre estuvo excluido de la relación paterno filial, la relación madre e hijo solo duro hasta el destete.

El matriarcado viene a ser, la tercera etapa que se peculiariza no solo porque la mujer jugo un papel importante en la economía social, sino también por el surgimiento de la ginecocracia, el establecimiento de la poliandria y la determinación del parentesco uterino. Aquí se desarrolló la gran familia matriarcal, la comunidad y el matrimonio por grupos, convertido luego en matrimonio por parejas.

Después, aparece la etapa del patriarcado con tendencia hacia la monogamia, donde la gran familia patriarcal se caracterizó por la supremacía del varón sobre la mujer, el establecimiento de la potestad marital y de la patria potestad, así como por la imputación del hijo por el lado paterno. En este periodo la mujer se convierte en propiedad del marido, en su esclava.

Los evolucionistas modernos, se encargan de presentar otro proceso distinto. Comienza aceptando las etapas de la promiscuidad sexual y la del emparejamiento transitorio, para luego dar cabida a otros tipos familiares como la consanguínea. La punalua, la sindiasmica y la monogamia.



En la familia consanguínea, los grupos conyugales se clasificaron por generaciones: abuelos y abuelas, padres y madres, hijos e hijas, nietos y nietas, donde todos eran maridos y mujeres a la vez, excepto los padres e hijos que estaban excluidos de las relaciones sexuales. Los hermanos y hermanas, primos y primas de primer, segundo y tercer orden eran hermanos y hermanas a la vez, maridos y mujeres. No existe actualmente vestigio alguno de este tipo de familia.

Según el Criterio de Peralta (2008) señala a la familia punalua que es solo una derivación de la familia consanguínea con la diferencia de que los hombres de una agrupación de punaluas se unían con mujeres de otro grupo el rasgo característico era la comunidad recíproca de maridos y mujeres en un determinado círculo familiar. Excluyeron relaciones sexuales entre hermanos y hermanas. Con el tiempo aparece la familia sindiasmica, caracterizada por la existencia de un círculo más restringido en las relaciones sexuales, excluyendo a los parientes lejanos. En este tipo familiar el varón asumió la función gobernante sobre la mujer, los hijos y su patrimonio, se practicó la poligamia o poliginia donde el varón opta por una favorita sin perjuicio de tener varias mujeres.

c. Teoría del Mínimum Ético

El derecho de familia, sería según esto aquel *mínimum ético* necesario para el desarrollo de la convivencia familiar. El derecho no pretende soluciones maximalistas y se conforma con los mínimos. Parte de la premisa de que todo el derecho familiar es ética o moral, que hay una parte de la ética familiar que se jurídica y otra que se resta pura moral, de este modo se vuelve a la vieja y tormentosa y nunca resuelta cuestión de las relaciones entre moral y derecho. Para los que piensan que el derecho es una parte de la moral, es claro que la llamada teoría del *mínimum ético* será aceptable. El derecho recibe y jurídica algunas



reglas que previamente han sido éticas, pero que hay otras reglas de derecho cuyo origen no puede encontrarse en la ética. Su origen se relaciona más con intereses sociales con realidades económicas o con modos de producción.

El derecho de familia, no es por consiguiente un *mínimum* ético sino un *mínimum* estrictamente jurídico. El derecho trata de resolver aquellas cuestiones o aquellos conflictos que son reconocidos en cada momento histórico como justiciables. Las líneas de separación entre el Derecho familiar y el no Derecho familiar tienen que considerarse como históricamente cambiantes. Una más concreta aproximación al tema exige dilucidar una cuestión previa como es la relativa a las posibles funciones que el derecho puede cumplir frente a las instituciones familiares.

El Derecho de familia, pertenece al terreno de las normas que podemos llamar organizativas. Porque delimitan o establecen las condiciones *sine quibus nom* para hablar de familia y de relaciones familiares. El derecho esta ineludiblemente presente en el momento constitutivo de las relaciones jurídico familiares y está también presente en el momento de la disolución o de la extinción. Solo el derecho puede poner fin a la relación familiar, otra cosa distinta es la función del derecho como instrumento de justa paz familiar y de justa satisfacción de las pretensiones que entre los miembros de la familia se pueden suscitar a partir de su inevitable coexistencia.

Las leyes podrá cambiar la configuración que en un determinado momento adoptan las relaciones familiares: esta idea de la omnipotencia del legislador se demuestra en seguida como errónea. Las leyes por si solas son instrumentos escasamente idóneos para el cambio social y en la vida social se dan ya las



condiciones precisas para que los cambios legislativos sean asumidos y consuetudinarios.

Los factores genéticos del cambio social son extrajurídicos y el derecho se ajusta a posteriori a cambios ya producidos, el cambio jurídico es necesario por lo menos en la misma medida se ha reconocido antes lo que llamaba funciones organizativas. La subsistencia de la ley antigua obsoleta establece unas barreras o unos frenos que la vida social ya cambiada y la conciencia social no admiten y que tienen que levantarse para que el desarrollo social se produzca plenamente. El derecho va siempre a la rastra del cambio social y la reforma jurídica o bien se produce algunas veces sola, por espontaneo reajuste de los mecanismos normativos o viene irremediamente impuesta en virtud de demandas o de exigencias sociales. En este sentido es significativo que el preámbulo de esta ley se hable de corrientes de opinión fuertemente sentidas y de auténticas necesidades de carácter apremiante esas exigencias esas demandadas fundadas en nuevos criterios o juicios de valor sobre lo que justo implantados ya que con previa vigencia social hace que el derecho cambie.

La segunda forma de , el cambio es pensar que nada cambia mientras el derecho no cambie. La receptividad social para crear nuevos hábitos y nuevas costumbres. Las leyes tienen una evidente posibilidad de dinamización de la vida jurídica, la posibilidad de dinamización de la vida social existe. El principio fundamental es que la familia por ser la más íntima y esencial de las comunidades no puede originar desigualdades de las estructuras jerárquicas y la familia tiende a constituirse sobre unas bases asociativas e igualitarias, la conservación de un rango social lo que quizá se pueda hoy señalar es la falta de uniformidad de los tipos de familia, esta regla se funda en el principio de la unidad jurídica de la



familia, la unidad jurídica de la familia del derecho interno de la familia puede ser considerada como un principio tendencial pero no tiene carácter absoluto. (Diez, 1984)

2.1.1.1. La Familia

Según refiere Borda (1955) “la familia es la célula básica y eje central de la sociedad, siendo el conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio; con preexistencia antes del Derecho conforme se manifiesta a través de la realidad social, entonces el derecho de familia vendría a ser conjunto de normas que regulan protegen y organizan a la familia, también se le denomina como elemento natural y fundamental y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. (p.14).

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. La familia es una profunda unidad interna de dos grupos humanos: padres e hijos que se constituyen en comunidad a partir de la unidad hombre y mujer. La plenitud de la Familia no puede realizarse con personas separadas o del mismo sexo. Toda la Familia autentica tiene un ámbito espiritual y social que condiciona las relaciones familiares: casa común, lazos de sangre, afecto reciproco, vínculos morales que la configuran como unidad de equilibrio humano y social. La familia es el lugar insustituible para formar al hombre y mujer completo para configurar y desarrollar la individualidad y originalidad del ser humano. (Rojas, 2010)

2.1.1.2. Importancia de la Familia

La familia siempre ha sido y es el principal pilar de la sociedad, es el lugar donde los miembros nacen aprenden se educan y desarrollan. Debe ser refugio, orgullo y alegría de todos sus miembros cuando la familia tiene problemas preocupaciones o tristezas



internas, repercuten en todos los familiares sufriendolo o disfrutándolos debido a su total interrelación.

2.1.1.3. Funciones de la Familia

- a. Procreación de los futuros ciudadanos
- b. Crianza, educación e integración social de las próximas generaciones
- c. Permite un equilibrio entre las generaciones
- d. Prevención de salud personal y social
- e. Permite que se cuiden la primera y tercera generación. Estas funciones sociales nos las puede cumplir otra institución que no sea la Familia de ahí la importancia de conocer a fondo como hacerlo.

2.1.1.4. Tipos de Familia

Entorno a la doctrina podemos señalar la clasificación realizada según Calderón (2014) Entidades Familiares Explicitas o Expresas que estaría conformado por todas aquellas entidades familiares, que han sido reguladas expresamente por el derecho de familia, dentro de las cuales encontramos:

- a. La Familia Nuclear: También conocida como familia en sentido restringido o familia estricta, que viene a ser la familia conformada por el padre, la madre y los hijos que están bajo su patria potestad, en este tipo de familia se identifica principalmente a la familia matrimonial.
- b. La Familia Extendida: También conocida como familia en sentido amplio o familia estirpe, que viene a ser aquel conjunto de personas unidas por los vínculos jurídicos del matrimonio o del parentesco.
- c. La Familia Compuesta: No viene a ser otra cosa, que la familia nuclear o extendida unida a una o más personas, que no tiene parentesco con el jefe de familia,



simplemente sería el grupo social que convive en una casa bajo la autoridad del tradicionalmente llamado pater familia.

- d. Uniones de Hecho: Es considerada como la unión monogámica heterosexual, sostenida por quienes no ostentan impedimento alguno para casarse, unión sostenida con vocación de habitualidad y permanencia, en forma similar a la unión matrimonial.
- e. La Familia Monoparental: Es aquella familia conformada sólo por uno de los padres y sus hijos.
- f. La Familia Ensamblada: Es la estructura familiar autónoma originada por la unión en matrimonio o en convivencia de una parejas de viudos, divorciados, o padres solteros, en la cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de una relación previa y que conviven bajo caracteres de estabilidad, publicidad y reconocimiento”.

2.1.1.5. Deberes de la Familia

- a. Cultivar los valores universales
- b. Colaborar distribuir y cumplir tareas de casa
- c. Respetar las normas familiares
- d. Fortalecer las relaciones interpersonales

2.1.1.6. Derechos de la familia

- a. Tener una vivienda digna
- b. Tener el respeto de todos los miembros
- c. Divertirse decorosamente en grupo
- d. Gozar de los servicios urbanos en casa
- e. Trabajo y educación



Todas las legislaciones del mundo tienen que tener leyes que protejan el concepto de familia y facilitar lo más posible su unión y continuidad. La familia se convierte en un castillo que además de servir de refugio de sus componentes estos tienen que defenderla a ultranza de todos los ataques que le hagan.

2.1.1.7. Valores de la Familia

Amor, tolerancia, convivencia, paciencia, respeto y honradez.

2.1.1.8. Finalidad de Regular a la Familia

A la pregunta de por qué se regula jurídicamente a la familia se responde art 233 de código civil de 1984 que la finalidad es contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios de la Constitución Política, la constitución de 1993 a diferencia de la constitución de 1979 no le dedica una sección a la familia en normas dispersas ubicadas en el capítulo relativo a los derechos sociales y económicos se ocupa de la familia en nuestra Constitución art 4 referido a la comunidad y al estado que protegen a la Familia.

Del acuerdo Nacional del 5 de marzo del 2002 mediante el cual se establece políticas de Estado que otorguen la estabilidad que el país requiere para alcanzar un desarrollo social y económico sostenido. Este Acuerdo Nacional consigna dentro de estas políticas la decimosexta denominada fortalecimiento de la familia, protección de la niñez, la adolescencia y la juventud, cuyo compromiso es fortalecer a la familia como espacio fundamental del desarrollo integral de las personas, promoviendo el matrimonio y una comunidad familiar respetuosa de la dignidad y de los derechos de todos sus integrantes.

Código Civil 1984 refiere que el fin de regular a la familia es propender a su fortalecimiento las normas deben perseguir que la familia como espacio fundamental del



desarrollo integral de las personas, se mantenga unida, estable firme y que los principios de amor, solidaridad, respeto deben ser el norte del tratamiento legal.

La más importante y trascendente fuente de la familia es el matrimonio, porque el fin del matrimonio es la plena comunidad de vida en la que se da remedio a la concupiscencia que nos hablaba Santo Tomas, la procreación, la educación de los hijos, entre otros. (Aguilar, 2009).

Según el autor Peralta (2008) afirmando que la Constitución Política del Estado y el Código Civil Peruano no contienen una definición expresa sobre la familia, a pesar de que le dedican algunos artículos y todo un libro respectivamente, no obstante lo expuesto se deja a los estudiosos para las especulaciones doctrinarias.

Se tiene a Corral (2005) define a la familia persigue tres finalidades: una natural la de vincular al hombre y la mujer conservar el género humano otra económica consistente en la obtención de alimentos para todos los familiares y techo para los que convivan; una tercera moral y espiritual el mutuo socorro de los familiares la comunidad de vida el cuidado y la educación de la prole.

Desarrolla la importancia de la familia como la célula de la sociedad base y piedra angular del ordenamiento social, no solo porque constituye el grupo natural e irreductible que tiene por especial misión la de asegurar la reproducción e integración de la humanidad. (Castán, 1976).

El maestro Cornejo Chávez, totaliza la importancia que tiene la familia tanto para el ser humano individual, como para el hombre en su dimensión social. La familia es la célula social por excelencia porque sin ella no se concibe la posibilidad de una vida en sociedad. Con acierto decía Josserand que es una institución necesaria y sagrada, porque la familia realiza una primera síntesis natural que prepara la síntesis más vasta que integra



el concepto de nación. Subraya que la historia enseña que los pueblos más fuertes han sido siempre aquellos donde la familia estaba más sólidamente constituida.

La familia es el organismo social, más importante porque constituye el fundamento de las naciones y de los grupos humanos en general, dependen más de la institución familiar que de la prosperidad de las empresas particulares o del Estado mismo. (Valencia, 1962)

Teniendo como base Plácido (2005) los preceptos constitucionales y del Código Civil, conceptualiza a la familia como aquella comunidad iniciada o basada en la asociación permanente de un hombre y una mujer de origen matrimonial o extramatrimonial, destinada a la realización de actos humanos propios de la generación que está integrada por personas que se hallan unidas por un efecto natural, derivado de la relación de pareja, de filiación y en última instancia del parentesco consanguíneo y de afinidad, que las induce a ayudarse y auxiliarse mutuamente y que bajo la autoridad directiva o las atribuciones de poder concedidas a una o más de ellas, adjunta sus esfuerzos para lograr el sustento propio y el desarrollo económico del grupo.(p. 284) .

La familia la compuso, la casa después la mujer el buey arador porque el pobre no tiene otro esclavo que el buey. La asociación natural y permanente es la familia de la vida cotidiana o bien la comunidad constituida naturalmente para la satisfacción de las necesidades cotidiana. (Aristóteles, 1990).

En un viejo texto de Paulo, recogido en el Digesto de Justiniano. La familia se define como un conjunto de personas sometidas al poder de otro. Caracterizado por los vínculos de sumisión, es algo más reducido que el clan o la gens pero es un grupo de gran extensión.



De la definición de Varsi (2011) señala que la familia encuentra su esencia en la propia naturaleza. De todos los grupos humanos es el más natural la más antigua e importante. No la crea el hombre ni por decisión ni interés. La familia brota espontáneamente de los hábitos humanos. Las personas precisan vincularse entre sí, compartirse a fin de conjugar intereses y lograr objetivos comunes. El primer indicio de la familia surge cuando el hombre demanda de otros para satisfacer sus requerimientos básicos, domésticos, aquellos que requiere día a día. Y es a través de la familia que encuentra ayuda, compañía, aliento e integración. Ella le permite descubrirse a sí y a los otros, con ello la conjunción de fuerzas está más garantizada. La sociedad integrada por familias y estas por hombre.

Según el autor Groeninga (2003) define a la familia como un sistema y como un conjunto de elementos interactuantes que evoluciona con el tiempo y se organiza de acuerdo con sus propósitos y el ambiente. Como hecho social total, es tanto una relación privada como una institución donde se establecen vínculos privados, afectivos y económicos. Contiene una división de tareas, responsabilidades y competencias entre sus miembros. Cada familia está estructurada de una manera original. Implica relaciones asimétricas entre sus integrantes y como institución social requiere de normas jurídicas que definan los derechos y deberes de cada uno que la sociedad debe garantizar, sea cual sea su configuración que sostiene que la familia es una institución social que cuando es regulada por el Derecho, se transforma en una institución jurídica.

Valverde (1942) por su parte señala que la familia, asociación espontánea y natural de los que dentro de la misma convivencia cumplen los fines de la vida material y espiritual constituye la célula primigenia irreductible y fecunda expresión de la sociabilidad humana. De existencia universal se ofrece con las



infinitas variantes que presenta su organización a través del espacio y del tiempo como fuente originaria de los distintos agrupamientos sociales. Es sobre ella que se elabora y afirma el último término la vida y el desenvolviendo de la nación y del Estado, cuya conservación y prosperidad están vinculadas a la sana y vigorosa constitución de esa primera unidad. Esta fundamental agrupación humana es como el último producto de formación de la vida orgánica y naturalmente, el primer principio de la vida social; siendo primera unidad de un todo personal y patrimonial, el primer cuerpo social influye sobre la vida entera de la sociedad.

No hay un concepto intemporal de Familia más exacto que hablar de familia en singular, como institución universal y única, sería hablar de familias en plural para designar modelos con arreglo a los cuales los grupos humanos se han organizado históricamente. (Díez, 1986).

2.1.2.1. Posición Peruana

La Legislación Nacional ha seguido sin duda ambos criterios: Los Códigos Civiles de 1852, 1936 y 1984, han tenido una orientación privatista. Esta es la razón por la que el Derecho de Familia se encuentra regulado actualmente dentro del Código Civil.

2.1.2.2. Naturaleza Jurídica de la Familia

Según el maestro Placido (2005) la familia es una institución social las relaciones determinadas por la unión intersexual la procreación y el parentesco constituye un sistema integrado en la estructura social con base en pautas estables de la sociedad. Donde la función del derecho es garantizar adecuados mecanismos de control social de la institución familiar, imponiendo a sus miembros cónyuges, convivientes hijos parientes deberes y derechos que la estructura requiere para el adecuado cauce de las pautas socialmente institucionalizadas. Esto no significa



que el derecho debe regular la totalidad de los aspectos de la institución familiar suele haber comportamientos basados en las costumbres, las tradiciones que la ley no recoge y otros que deliberadamente quedan librados a la espontaneidad o a la conciencia y que obedecen a concepciones éticas o morales. (p. 19)

2.1.3. Ubicación del Derecho de Familia

Del Manual de Derecho de Familia del maestro Placido (2001) se desprende que existe un debate de la doctrina ya décadas sobre la ubicación legislativa del Derecho de familia:

- a. Es parte del Derecho público.- es sostenido por Jellinek haciendo referencia en el interés estatal en el cumplimiento por los particulares de sus derechos y deberes en las relaciones jurídicas del Derecho de familia.
- b. Una tercera rama del derecho.-sostenida por Cicu afirma que el derecho de familia sería un tercer genero distinto del Derecho privado y del Derecho público, donde en el derecho público se halla en una relación de subordinación con respecto al fin del derecho existiendo solo el interés del estado no es admisible un interés del individuo contrapuesto al del estado a diferencia del derecho privado con posición de libertad por lo que los intereses son distintos y tutelados; con relación al derecho de familia tampoco tutela intereses individuales como autónomos , independientes opuestos sino que están subordinados a un interés superior a los intereses individuales el interés familiar lo que se ve el derecho de familia relaciones jurídicas similares a las del derecho público diferenciadas al interés superior que se tiende a salvaguardar es el del Estado en aquel es el interés familiar.



- c. según la cual forma parte del derecho social.- En el Derecho social el sujeto es la sociedad representada por los distintos entes colectivos con los cuales opera por la naturaleza de la relación se está frente a una reciprocidad y cuando se ejerce un derecho se cumple con un deber y es reciproca la exigibilidad por lo que coloca al derecho de familia como rama del derecho social, junto con el derecho de trabajo y el de la seguridad social.
- d. Teoría que atiende a la ubicación legislativa.- en esta teoría considera que el problema no tiene solución unitaria ya que varía dentro de cada legislación y realidad nacionales por lo que se hizo rama autónoma en los países comunistas pero que en otros continua formando parte del Derecho civil su desvinculación de este solo se daría si se contase con un código, procedimientos, tribunales y enseñanza especializada. Haciendo un análisis a las teorías descritas se puede afirmar que no existe una ubicación que defina que es familia para el derecho Peruano, entonces la incógnita en pleno siglo XXI es ¿Qué es familia o como se define a la familia dentro de nuestro ordenamiento. (p.18)

2.1.3.1. Caracteres del Derecho de Familia

Los caracteres del derecho de familia se diferencian de otras ramas del Derecho Civil:

- a. La influencia de las ideas morales y religiosas en adopción de las soluciones legislativas referentes a los problemas que presenta y la necesidad de que sus normas guarden correlación con la realidad social, lo que hace que su regulación sea un problema de política legislativa.
- b. La circunstancia de que los derechos subjetivos emergentes de sus normas implican deberes correlativos lo que ha hecho que se los califique de derechos deberes o bien de poderes y funciones.



- c. El rango superior de las relaciones familiares puras u organizadoras de la familia por sobre las relaciones jurídicas reguladoras de los efectos patrimoniales de dicha organización.
- d. Mayor restricción de la autonomía privada que en otras ramas del Derecho Civil, porque sus normas son imperativas. Participación de órganos estatales en los actos de emplazamiento en el estado de familia o en determinadas autorizaciones vinculadas a la familia o a su patrimonio.

2.1.3.2. Desarrollo Constitucional de la Familia en el Derecho Republicano

El Derecho republicano, se inicia con un periodo de gran dispersión legislativa, producida por la existencia de numerosos fueros, ordenanzas, recopilaciones durante mucho tiempo se ha venido nutriendo de otros sistemas legislativos como el romano, germano, canónico, francés.

La Constitución política del Perú menciona a la familia en los siguientes: “Artículos 4°.5°.6°.7°.13°” donde define en términos generales como dándole una simplicidad jurídica de poca importancia al término familia, al decir; en su Art 4 segundo párrafo que prescribe: también protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. Define en su art 5°.- la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable. De la misma se tiene el Art 6°. Que hace referencia.- la política nacional de población tiene objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsable. 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 adecuada 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. *No haciendo referencia al instituto natural y fundamental en lo que consiste el termino familia, y a si dando campo a su formación, estructuración desarrollo y protección y desenvolvimiento y otorgándole derechos y deberes pero sin definir que es familia, entonces para nuestra Constitución no es importante la definición de familia siendo esta que gira al rededor del Estado de la sociedad dentro del medio vivencial que desarrollan los integrantes en todas las instituciones públicas y privadas lo que se quiere*

1. Proyecto del Código Civil de Lorenzo Vidaurre de 1834.

El movimiento nacional, de codificación se inicia con la aparición del Proyecto mencionado en el año de 1834 consta de tres partes de las personas de los dominios y los contratos y de las últimas voluntades. El Derecho de Familia se regula en el libro relativo de personas.

2. Código Civil de Santa Cruz de 1836

Este Código, no era otro que el Código Civil Boliviano de 1830, inspirado en el Código de Napoleón. Este cuerpo jurídico está formado por un título preliminar y tres libros: de las personas, de los bienes y de las diferentes maneras de adquirir la propiedad. El Derecho de familia se gobierna en el libro de personas, el cual tuvo vigencia de solo un año y medio tiempo en el que fue disuelta la Confederación 1839, este ordenamiento jurídico, en su conjunto no es más que una transcripción del Código Civil francés pero con una serie de deficiencias en su traducción.



3. Código Civil de 1852

Constituye el primer cuerpo jurídico, legal que tuvo el Perú republicano promulgado durante el Gobierno de Echenique. Consta de un título preliminar y de tres libros: de las personas y sus derechos; de las cosas, del modo de adquirirlas y de los derechos que tienen las personas sobre ellas; y de las obligaciones y contratos. El Derecho de familia se halla regulado en el primer libro.

4. Código Civil de 1936

Está constituido, por un título preliminar y cinco libros: del derecho de las personas, del derecho de familia, del derecho de sucesiones, de los derechos reales y de las obligaciones y contrato. El Derecho familiar se halla regulado en el libro segundo.

5. Código Civil de 1984

El vigente Código, tiene su origen en el Anteproyecto elaborado por la comisión designada, en 1965 en lo que concierne a la preparación del anteproyecto del libro de familia se encargó exclusivamente al maestro Héctor Cornejo Chávez, el más destacado especialista sobre la materia.

Del la opinion del maestro Cornejo (1991) expresa que la antigua Constitución le dedicaba dos artículos, la actual le dedica siete; pero eso no quiere decir que esta sea tres veces mejor. Inclusive el que haya dedicado un capítulo aparte y autónoma puede significar un acierto sistemático, pero tampoco significa que este mejor o peor que la anterior, la nueva Constitución consigna sobre la familia depende no tanto de donde están los artículos ni cuántos son sino lo que dice de cuál es el contenido de la normación constitucional de la familia y ese sentido se podría decir que ninguno de los siete artículos es insignificante, igual comentario se puede hacer con respecto a la Constitución vigente.



El profesor Cornejo (1980) “desarrolla sobre el grado de eficacia jurídica que tienen las normas constitucionales relativas a la familia, algunas normas tienen mayor fuerza y eficacia que otras. Ellos suponen desarrollar sobre la naturaleza de las normas y su clasificación, lo que permitirá comprender a su vez cual es el verdadero contenido de la normativa constitucional con relación a la familia.”

2.1.3.3. Normas Constitucionales de la Familia

Las normas constitucionales son e tres clases; las normas declarativas, normas operativas y normas pragmáticas.

a.1 Normas Declarativas

Son formulaciones solemnes que proclaman los principios fundamentales en que se asienta el orden estatal. Están por lo general concebidas como pautas rectoras, como programas de acción de todo régimen político, como arquetipos ejemplares de buen gobierno, estas normas declarativas en cuanto conciernen al Derecho Familiar según la constitución del Estado de 1993:

1. El derecho del concebido a ser considerado como sujeto de Derecho en todo cuanto le favorece Art 2 Inc1
2. El derecho a la intimidad familiar y personal Art. 2 In7.
3. El derecho de la madre a la protección de la comunidad y del Estado en caso de desamparo Art 4.
4. El derecho de protección de la niñez, la adolescencia y del anciano en situación de desamparo art 4.
5. La difusión y promoción de la paternidad y maternidad responsable, así como el derecho de las familias y de las personas a decidir el tamaño de su familia Art 6.



El derecho de toda persona a alcanzar un nivel de vida que le permita asegurar su bienestar y el de su familia, el derecho de la familia a contar con una vivienda decorosa y el derecho de los indigentes a sepultar gratuitamente a sus muertos, previstos en los Art 2,10 y 11 de la Constitución del Estado de 1979 no han sido incorporados a la Constitución Política del Estado de 1993, lo cual constituye un recorte notorio a los derechos familiares que no podrán efectivizarse o ejecutarse.

a.2 Normas Operativas

No precisan ser reglamentadas ni condicionadas por ningún acto normativo para que se cumplan, son conocidas como normas auto aplicable o aplicativo, cuentan con posibilidad real y jurídica de ser aplicadas inmediatamente conforme a la Constitución vigente las normas operativas vinculadas con el Derecho de familia son:

1. El derecho a la igualdad jurídica de los cónyuges art 2.2.
2. La protección de la familia y la promoción del matrimonio reconociéndolos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad art 4
3. El deber y derecho de los padres a alimentar, educar y dar seguridad a los hijos Art6 segundo párrafo.
4. El derecho de los padres a ser respetado y asistido por los hijos art 6
5. La igualdad de derechos y deberes de los hijos art 6
6. La prohibición de toda mención sobre el estado civil de los padres art 6
7. La prohibición de toda mención sobre la naturaleza de la filiación en los Registros Civiles y en cualquier otro documento de identidad Art6
8. La atención prioritaria del trabajo y protección de la madre y del menor de edad. Art 23.



a.3 Normas Programáticas

Conocidas también como normas no operativas o normas de aplicación deferida a los órganos legislativos, están supeditadas a la legislación ordinaria y su vigencia condicionada a una reglamentación de acuerdo a las bases pragmáticas del legislador constituyente. No podrán ser exigidas mientras los órganos legislativos no las reglamenten, dichas normas son susceptibles de ser defendidas si es que el Estado o particulares las pretendiesen desconocer.

Estas normas pragmáticas, en la Constitución Política del Perú, con relación al Derecho familiar, son:

1. La prisión por incumplimiento de los deberes alimentarios arts. 2 inc 24. Pf, c. y 149 del C.P.
2. La forma del matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley art 4 Const. 333 y 349 C.C.
3. La unión estable de un varón y una mujer que forman un hogar de hecho origina una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales arts. 5 Const. 326 y 402.3° CC
4. La promoción y defensa del medio familiar art 7
5. El deber de los padres a educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo art 13.
6. El derecho a una remuneración equitativa y suficiente que procure para él y su familia el bienestar material y espiritual art. 24.

a.4 Efectos Jurídicos

La normatividad social configura intereses legítimos mas no auténticos derechos subjetivos al no constituir un concepto jurídico no se puede derivar derechos ni deberes



los derechos familiares están concebidos como pautas de conducta como metas de todo régimen político como postulados de un buen gobierno pero en rigor no cabría plantear una exigencia jurisdiccional obligando a una efectiva.

Los derechos sociales lejos de constituir normas programáticas amparan intereses legítimos. Y jurídicamente relevantes que requieren la tutela por parte del Estado, los derechos sociales particularmente los familiares no son pautas constitucionales llamadas a ser concretizadas por el legislador o la jurisprudencia también constituyen derechos subjetivos para el ciudadano y obligaciones objetivas que vinculan la formulación de políticas públicas.

Las normas jurídicas constitucionales sobre derechos sociales cumplen una función garantizadora para los ciudadanos transformando las obligaciones sociales del Estado contemporáneo en obligaciones jurídicas convirtiéndolas en derechos públicos subjetivos accionables por los sujetos lo que para el Estado es una norma, para los ciudadanos se convierte en una garantía.

Los efectos jurídicos constitucionales de los derechos sociales no solo serán obligatorios cuando una norma viole sus preceptos garantizadores sino que puede interpretarse su falta de aplicación o no desarrollo como una omisión constitucional accionable derechos constitucionales serian normas que ordenan la actuación jurídica política de los poderes públicos y de las resoluciones judiciales.

Los derechos sociales de la familia pueden peticionarse a las altas autoridades competentes la satisfacción de los derechos consagrados respectivamente. El derecho de petición está consagrado en el artículo 2 inciso 20 de la constitución vigente que especifica: toda persona tiene derecho a formular peticiones individual o colectivamente,



por escrito ante la autoridad competente la que también está obligado a dar una respuesta al interesado por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad.

El derecho de las familias para iniciar una acción contenciosa administrativa cuando los actos y decisiones de la administración causen estado.

2.1.3.4. Cartas Constitucionales de América Latina

La Constitución de Chile de 1980, reconoce a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad y establece dos deberes del Estado en relación con la familia: dar protección y propender al fortalecimiento de esta. Si entendemos que también la familia es un grupo intermedio a través del cual se organiza y estructura la sociedad, cabe al Estado la responsabilidad de garantizar a la familia la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos(Artículos 1.2°,1.3°,1,5°).

Constitución de Haití de 1987, afirma que el Estado debe igual protección a todas las familias sea que se hayan constituido o no por vínculos del matrimonio (Artículo 260).

La Constitución de Colombia de 1991, determina que la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla (Artículo 42).

2.1.3.5. La Familia en el Derecho Constitucional Comparado

1. La protección general de la familia.- Es frecuente en las Constituciones actuales expresar la obligación del Estado o de la sociedad de proteger a la familia, incluyendo la protección de la maternidad, de los hijos y de los ancianos, como ocurre en las constituciones de Portugal, Irlanda, Luxemburgo, Albania, Perú.
2. Protección especial del tamaño de la familia.- En algunos textos constitucionales se consagra el principio de la paternidad responsable con el objeto de limitar el



- tamaño de la familia; se tiene la Constitución Peruana y la segunda en Italia, Grecia, Polonia.
3. Protección material de la Familia.-En cuanto al patrimonio familiar, la vivienda, el salario familiar, los subsidios familiares y los impuestos tal como acontecen en Ecuador, Venezuela, Paraguay, Perú.
 4. Protección al honor y a la intimidad familiar.- Resultan inviolables la honra y la dignidad de la familia, así como el derecho a la intimidad familiar junto al derecho a la intimidad personal, como ocurre en España, Colombia, Suecia, Mónaco donde se alude también el derecho a la vida privada y familiar.

2.2. MARCO TEÓRICO DOCTRINARIO

2.2.1. Principios Constitucionales de la Regulación Jurídica de la Familia

La Constitución Política del Perú, se contempla los principios que inspiran el sistema familiar y que son aludidos en el artículo 233 del Código Civil; la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamadas en la constitución política del Perú.

Los especialistas reducen a dos categorías las normas constitucionales: normas programáticas y normas autónomas. Las primeras son aquellas que proponen un postulado requiriendo de una ley que lo desarrolle referida a las causas de separación y la disolución del matrimonio contenida en el último párrafo del artículo 4 de la constitución, que remite expresamente a una ley el código civil la regulación de la mismas. La segunda son aquellas que pueden ser aplicadas inmediatamente por no requerir un desarrollo legislativo en el caso del principio de igualdad de categorías de filiación (todos los hijos tienen iguales derechos y deberes junto a sus padres, establecido en el tercer párrafo del artículo 6 de la constitución política.



a. Principio de Protección de la Familia

Sin contener una definición de la familia señalando su concepción esencial y la base en que se apoya, en el art 4 se precisa que la comunidad y el Estado protegen a la familia reconociéndola como un instituto natural y fundamental de la sociedad se afirma que protege a un solo tipo de familia sin importar que sea de origen matrimonial o extramatrimonial.

b. Principio de Promoción del Matrimonio

La constitución de 1979 establece: El estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la nación, las formas del matrimonio y las causas de separación disolución son reguladas por la ley. La constitución de 1993 establece art 4 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.

c. Principio de Amparo de las Uniones de Hecho

Sustenta que, la unión voluntaria realizada y mantenida por un varón y una mujer sin impedimento matrimonial produce determinados efectos personales y matrimoniales reconocidos por ley son similares a los del matrimonio establecido en el art 326 del Código Civil

d. Principio de Igualdad de Categorías de Filiación

Este principio significa, que todos los hijos tienen iguales derechos y deberes frente a sus padres los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos se encuentran en un mismo trato paritario ante la Ley. La constitución de 1979 art 6 establece: el Estado



ampara la paternidad responsable. Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos así como los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres, la constitución de 1993 artículo 6: la política nacional de la población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir por lo que el Estado asegura los programas de educación y la información adecuada y el acceso a los medios que no afecten la vida o la salud.

El 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. Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes

e. Vínculo Jurídico Familiar y los Derechos Subjetivos Familiares

El vínculo jurídico familiar, es la relación que existe entre dos personas, derivada de la unión matrimonial, de la unión de hecho, de la filiación o del parentesco y en virtud del cual existen de manera independiente y habitualmente recíproca, determinados derechos subjetivos familiares que asumen la característica de derechos deberes indispensables a la autonomía privada de las personas comprendidas en esas relaciones.

Los derechos subjetivos familiares constituyen el contenido de cada vínculo jurídico familiar y de acuerdo a las fuentes que originan las relaciones familiares el contenido de cada una será distinto entre los cónyuges existe el deber de sostener relaciones sexuales entre si deber que es contrario a la naturaleza de las relaciones paterno filial no está contemplado como parte del contenido de esta. El contenido de cada vínculo jurídico familiar es indispensable aunque corresponde a la autonomía privada regular ese contenido determinar cómo se van a cumplir los derechos subjetivos familiares que se derivan de cada vínculo jurídico familiar.



f. Rol de Autonomía Privada en el Derecho de Familia

Establecido un vínculo jurídico familiar inmediatamente surgen los derechos subjetivos familiares contenido personal y patrimonial al estar contemplados en la ley son de naturaleza indisponible a la autonomía privada. El contenido del vínculo jurídico familiar es indisponible a la autonomía privada significa que estando previstos en la ley todos los efectos que se derivan de cada estado de familia la autonomía privada no puede modificar ni sustraer los efectos establecidos en el ordenamiento positivo. Una revisión del sistema familiar peruano nos demuestra que la autonomía privada cumple un doble rol en el derecho de familia: primero a nivel de la creación del vínculo jurídico familiar; segundo a nivel contenido de esa relación jurídico familiar a través de la regulación de los derechos y deberes de cada estado de familia teniendo como límite para su actuación el orden público familiar.

La familia tenía que haber sido considerada una institución de derecho público, nunca lo fue seguramente porque no hubo una autentica fe en la ortodoxia oficial. Al estudiar una materia que parecía políticamente aséptica, como el derecho civil, todos pensábamos sin excepción en el Derecho de familia como una parte integrante del derecho civil

g. La Autonomía Privada y los Derechos Indisponibles Familiares

La autonomía privada, en el Derecho de familia puede regular los derechos emergentes del Estado de familia, dentro de los límites establecidos por las normas legales de carácter imperativo y promover el reconocimiento voluntario de la filiación, no pueden disponer del estado de familia en sí mismo ni la capacidad civil de las personas así como tampoco puede realizar actos respecto de bienes o derechos de incapaces que requieran de autorización judicial.



h. Los Deberes de Actuar en Interés de La Familia y de Considerar el Interés Superior del Niño y Adolescente

De las disposiciones legales, en las que se emplea la expresión “interés de la familia” es indudable que esa frase no se mueve dentro de los grandes principios o si se prefiere no hace alusión a ideales jurídicos, sino que hace referencia al interés de una familia concreta la de aquel que actúa. El deber de actuar en interés de la familia es el límite de todos los derechos subjetivos familiares regulados en la Ley que no pueden ejercerse contra el interés del grupo cualquiera que sea su amplitud. Estableciéndose las instituciones protectoras de menores en función y en razón de ellos mismos, el deber de considerar su interés superior se impone como el criterio que deben seguir sus padres o responsables en el cuidado de su persona y bienes y que ha de tener en cuenta el juez de familia para salvaguardar su integridad y tutelar in extenso sus derechos específicos.

2.2.2. El Estado de Familia

De acuerdo, a cada vínculo jurídico familiar se derivan los estados de familia; con relación al matrimonio se tiene el estado de familia de casados respecto de la unión de hecho se está ante el Estado de familia de convivientes. A toda persona le corresponde un Estado de familia determinado por los vínculos jurídicos familiares que lo unen con otras personas y por qué se le atribuye los derechos subjetivos familiares que cada uno de ellos originan.

El estado de familia es un atributo de la persona que resulta inescindible de ella misma por lo que es inalienable imprescriptible e irrenunciable

2.2.2.1. Características del Estado de Familia

Universalidad.- El estado de familia es universal en el sentido de que comprende todos los vínculos jurídicos familiares.



Unidad.- La unidad del estado de familia implica que cada persona es eje de una serie de vínculos jurídicos familiares que lo ligan con otras personas

Indivisibilidad.- El estado de familia es indivisible de manera que no es posible ostentar erga omnes, es decir frente a todos, un estado de familia y respecto de otros otro diferente a todo un estado de familia y respecto de otros diferentes.

Oponibilidad.- El estado de Familia es oponible por la persona a quien corresponda contra todos sea mediante el ejercicio de facultades inherentes a ese Estado, sea mediante su invocación ante quienes pretendan desconocerlo o vulnerarlo.

Reciprocidad.- El Estado de familia está integrado por vínculos entre personas que son correlativos o recíprocos al estado de esposo corresponde el de esposa, al de padre el de hijo, etc.

Permanencia.- El estado de familia es una situación estable o permanente su regulación por normas de orden público importa la imposibilidad de modificarlo por la libre voluntad de los interesados

Mutabilidad.- El estado de familia es inmutable puede ser modificado en determinados casos sea por el acaecimiento de ciertos hechos jurídicos por el otorgamiento de ciertos actos jurídicos familiares o por el ejercicio de ciertas pretensiones acogidas por los órganos jurisdiccionales tiene tal efecto.

Inalienabilidad.- El estado de familia no es objeto de negocio alguno no puede ser transmitido por voluntad de su titular es irrenunciable

Imprescriptibilidad.- El estado de familia es imprescriptible, no puede ser adquirido mediante la prescripción adquisitiva o usucapión ni se pierde por prescripción extintiva.

2.2.2.2. La Familia en el Derecho Europeo



a. Constitución de la Republica popular socialista de Albania 1976 enmendada el 5 de setiembre de 1991.

Artículo 49.-El matrimonio y la familia están bajo el cuidado y protección del Estado y la sociedad. El matrimonio es contraído ante los órganos competentes del Estado.

b. Ley Fundamental de la República Federal de Alemania 28 de marzo de 2019

Artículo 6.- 1. El matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del orden estatal. 2. El cuidado y la educación de los hijos son el derecho natural de los padres y el deber que les incumbe prioritariamente a ellos. La comunidad estatal velara por su cumplimiento.

c. Constitución Española 1978

Articulo 39.- Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

d. La Constitución de Eslovenia se aprobó en 1991 y fue reformada en 2006

Artículo 53.- El matrimonio se basa en la igualdad de los esposos. El matrimonio será solemnizado ante una autoridad estatal con poder para su celebración. El matrimonio y las relaciones dentro de él y con la familia, así como la unión extramarital se regularán por ley. El Estado protegerá la familia, la maternidad, la paternidad, los niños y a los jóvenes y creará las condiciones necesarias para dicha protección

e. Constitución de la República de Grecia 2008

Artículo 21. 1.-La familia en tanto que fundamento del mantenimiento y del progreso de la nación, así como el matrimonio, la maternidad y la infancia estará bajo la protección del Estado. 2.- Las familias numerosas, los inválidos de guerra o del tiempo de paz, las víctimas de guerra, las viudas y los huérfanos de guerra, así como las personas que sufran



de una enfermedad incurable corporal o mental, tendrán derecho a una atención especial por parte del Estado.

f. Constitución Italiana 2018

Art. 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 entre ambos cónyuges, con las limitaciones establecidas por la ley como garantía de la unidad familiar.

g. Constitución de Irlanda, 1937

Artículo 41.- 1.1° el estado reconoce a la familia como el grupo constitutivo natural, primario y fundamental de la sociedad y como una institución moral poseedora de derechos inalienables e imprescriptibles, anteriores y superiores a toda ley positiva.

2° en consecuencia, el estado garantiza la protección de la familia en su formación y autoridad como base necesaria del orden social y como indispensable para el bienestar de la nación y del Estado.

2. 1° en Particular, el estado reconoce que, con su vida en el hogar, la mujer otorga al estado un apoyo sin el cual no puede alcanzarse el bien común.

2°por consiguiente, el estado tendera a garantizar que las madres no estén obligadas, por necesidades económicas, a dedicarse a un trabajo con descuido de sus obligaciones en el hogar.

3.1°.- El estado se compromete a proteger con especial cuidado a la institución del matrimonio, en el que se funda la familia, y protegerlo contra todo ataque.



h. Constitución de Polonia fue aprobada en 1997 y en 2009 reformada por última vez

Artículo 18.- El matrimonio, unión de hombre y mujer, así como la familia, la maternidad y la paternidad, estarán bajo la protección y el cuidado de la República de Polonia.

i. Constitución de Portugal, 1976 con enmiendas hasta 2005

Artículo 36: De la Familia, del matrimonio y de la filiación: Todos tendrán derecho a constituir una familia y a contraer matrimonio en condiciones de igualdad plena. La ley regulará los requisitos y los efectos del matrimonio y de su disolución por muerte o divorcio, independientemente de la forma de celebración

Los cónyuges tendrán los mismos derechos y deberes en cuanto a capacidad civil y política y al mantenimiento y educación de los hijos.

j. Constitución de la federación de Rusa, 1993, con enmiendas hasta 2014

Artículo 7. 1.-La federación Rusa es un estado social, cuya política está dirigida a crear condiciones que garanticen una vida digna y el libre desarrollo del individuo. 2.- En la federación Rusa se protegen el trabajo y la salud de las personas se establece un salario mínimo garantizado, se garantiza el apoyo estatal a la familia, a la maternidad, la paternidad y la infancia, a inválidos y ancianos se desarrolla un sistema de servicios sociales y estableen jubilaciones estatales subsidios y otras garantías de protección social.

k. Constitución Federal de la confederación Suiza del 18 de abril de 1999

Art 14.- El derecho al matrimonio y a la familia está garantizados.

2.3. LINEAMIENTO CONSTITUCIONAL DE FAMILIA Y DERECHO

2.3.1. Familia y Derecho

De lo referente, al Lineamiento Doctrinario realizado por el autor Placido (2013) En el ámbito del derecho de familia que implica el modelo de familia y la



protección constitucional de la que goza se ve la incidencia de este dialogo permanente entre las tres áreas, que llega a constituirse en el principal motor de la evolución del derecho de familia. El autor concluye mencionando que lo que conocemos como familia ha experimentado una transformación profunda a través de la historia y que el cambio en su contenido seguirá variando. Esto no significa que todas las formas de vivir en familia vayan a gozar del mismo grado de cobertura legal, pero sí que debe traducirse en la existencia de un piso mínimo de protección signado por el reconocimiento de los derechos humanos.

Según refiere Gutiérrez (1971) de las relaciones entre los términos o conceptos de familia y derechos no se presenta como un quehacer fácil una tarea no realizada con la necesaria atención ni por los juristas ni por los sociólogos. Los juristas tienen el hábito de contemplar la familia como institución jurídica, formada por un complejo o entramado de relaciones que están regidas por normas jurídicas. La familia es una realidad jurídica la familia es aquello que el Derecho acota como familia y aquello que el derecho regula, los sociólogos suelen concebir a la familia como una realidad social para una institución natural. Si se quiere considerar como institución sería una institución pre jurídica de la que solo a posteriori el Derecho se ocupa. Desde el punto de vista sociológico la regulación jurídica de la familia no es tomada en cuenta para su configuración y no ejerce influjo en su modo de ser o en sus posibles líneas evolutivas. Primero es el modo de ser social el cambio social y el derecho se limita. Se ha dicho que el derecho no regula en ningún caso la totalidad de los aspectos de la institución familiar. Las relaciones entre familia y derecho son dos círculos secantes entre los cuales hay solo una zona común. Un campo de vida familiar regulado por el derecho y otro amplio campo de la vida



familiar extraño o ajeno al Derecho que formaría parte de lo que ha llamado el no derecho, la tercera zona la constituye el derecho no familiar.

2.3.2. Relación de Familia y Derecho

De acuerdo a Diez (1984) se ha dicho que pueden existir felices familias que no tengan que recurrir nunca al derecho como instrumento para instaurar o restablecer en ellas la paz y la justicia. Entonces para el autor es desgracia es la familia que tiene que vivir regulada por el derecho. La idea de una total separación entre familia y derecho puede presentar dos variantes la familia la primera es que la familia es una institución natural que nace espontáneamente ajeno creo que este modo de pensar es erróneo y lo que es en un doble sentido. En primer lugar porque la familia no es una institución natural sino es un producto cultural. No cabe hablar de una abstracta categoría de la familia en singular como una abstracta entidad intemporal.

A lo largo de la historia y antes de ella según los datos obtenidos por los prehistoriadores y por los antropólogos lo que lo que han existido han sido diferentes modelos familiares. Se puede discutir el orden evolutivo y las líneas de paso de uno a otro. La total separación entre familia y derecho no parece viable como alienidad de la familia respecto del derecho. Aun cuando se piense en esa arquetípica familia dichosa como antes la llamábamos, que nunca ha tenido que recurrir al amparo del sistema jurídico organizado al juicio del autor simple hecho de que el sistema jurídico exterior al que no se recurre sea uno u otro influye por si solo en los modos y en las actitudes de la familia, ejemplo que la actitud de los hijos en relación con los padres puede variar una vez que aquellos han alcanzado la mayoría de edad o legal o que están ya próximos a alcanzarla aunque ello no suponga en modo alguno una aplicación directa de las normas del ordenamiento



jurídico y también puede ocurrir cabalmente lo contrario esto es que a pesar de haber sido declarados independiente y absolutamente capaces por ley, continúen viviendo al lado de sus progenitores, la actitud en la vida social de la femme dotale y la de la femme commnune.

La separación total entre familia y derecho hay que situar la pretensión de los radicales en favor en favor una completa deslegalización del derecho de familia que supondría la pura simple desaparición de este derecho. Dejar a la familia fuera del derecho con el fin de que se rija a merced a sus impulsos espontáneos. Algunos calificaran este modo de pensar como ácrata podría encontrar su fundamento en la idea de que la familia es una institución represiva y fuente de frustraciones. Aquellos que buscaron un sistema de vida familiar libre de ataduras jurídicas terminan recurriendo al Derecho para sostener unas pretensiones jurídicas que probablemente son muchas veces justas quiere decir que la total deslegalización o desjuridificación del sistema de vida familiar.

El derecho de familia se encuentra desde hace años en trance de reforma. Este es fenómeno constante y repetido en todo ámbito del Derecho comparado. Una gran parte de los llamados países occidentales como Alemania, Francia, Italia y Portugal han forjado en estos últimos años importantes reformas del derecho de sus instituciones han aparecido también nuevos Códigos de la Familia, el fenómeno no es peculiar de los países capitalistas.

Según el autor Valverde (1942) indica que la orgánica conjunción el estatuto jurídico llamado derecho de familia el sujeto de la relación jurídica es la persona considerada, no independientemente sino como parte integrante de la organización familiar de lo cual se distingue según que intervenga o no la acción



previsora y coactiva del Estado, un derecho interno y un derecho externo, concierne a la familia sobre todo el legislador no crea el derecho sino que lo reconoce y lo reglamenta para el funcionamiento regular de la sociedad civil, Al lado de este carácter natural y social del derecho de familia. El derecho de familia debe substraer se va la esfera de la voluntad individual para hacerse dependencia inmediata del Estado y proveerse las garantías que poseen las demás ramas del derecho público, como en el derecho de familia late un interés colectivo al cual no puede darle la es el estado. Nuestro código como los de Alemania, Suiza, Brasil y el nuevo de Italia mantiene la tradicional concepción que considera que la relación jurídica de que se trata es asunto propio del Derecho privado reconociendo su otra parte su alto contenido social y su especialidad la regula independientemente en un libro denominado Derecho de Familia. Donde la familia es un círculo dentro del cual se agitan y se mueven acciones y reacciones estimuladas por sentimientos e intereses especiales. Unificación orgánica que se da al derecho de familia. De los cuales el Estado confiara a organismos técnicos adecuados el cumplimiento de estos deberes.

Derecho de familia, la tesis más sencilla también la más superficial es la que pretende que las leyes de reforma han sido leyes de desarrollo constitucional, el derecho de familia no es per se, un tema de desarrollo constitucional. Aunque no hubiera existido Constitución cualquiera que hubiera sido la Ley fundamental del Estado. La reforma del derecho de familia ha venido ocupando a la mayor parte de los ordenamientos europeos con desigual intensidad desde que comenzó el segundo tercio del siglo y en especial en su segunda mitad. Son notables la ley alemana de equiparación que es de 1957 y la extensa reforma del código civil italiano que se produce en el año 1975. Francia se engloba en este movimiento con toda una serie de reformas parciales que jalonan los años 50 y 60.



España se suma también a este movimiento como en otras cosas, tardíamente. La ley de 2 de mayo de 1975 que reformo una serie de puntos el texto casi centenario del código civil, preludiaba y anunciaba una reforma más amplia. Expresamente lo decía la exposición de motivos de la ley de 1975. La tesis es entonces la del cambio del modelo familiar realmente vivido y la necesidad de ajustar a este acuerdo las normas jurídicas. Se puede hablar de una crisis del Derecho. Los jacobinos en la época de la revolución francesa, habían hecho algunos intentos que resultaron en seguida fallidos. En materia familiar el código de Napoleón fue decididamente conservador.

2.3.3. La Familia y su Realidad Social

Del planteamiento de Bacherlad (1978) se tiene en nuestra realidad muchas veces se confunde como principio que la familia viene primero y el Derecho después entonces la familia es la realidad y el derecho de familia es una mera reglamentación de la realidad se razona pues que la familia es una institución anterior al derecho y que el Derecho debe limitarse a comprobarla las normas jurídicas no sería otra cosa que la transposición imperativa de una realidad natural, espontánea y universal, pero cuando se le da un sentido sociológico al termino realidad hace que la propuesta epistemológica parezca irrefutable. La familia sería aquello que la sociología comprueba como tal en la realidad social el papel del derecho no sería nada más que facilitar mediante reglas imperativas que esa convicción social se afirme. Si la realidad del Derecho de familia residiera en la familia y no en el Derecho la reflexión jurídica sobre este tema tendría un interés reducido y exclusivamente técnico. Se limitaría a la manera de aplicar las normas, sin que el Derecho pueda atreverse a discutir el contenido de ellas. Este contenido le vendría impuesto desde fuera para algunos el contenido le sería dado en última instancia por la naturaleza misma y más directamente por las disciplinas



presuntamente encargadas de desentrañar la naturaleza para otros el contenido de las normas sería la simple expresión de las convicciones del grupo social.

Un planteamiento de este tipo, suena absolutamente natural y evidente, estas ideas espontaneas y aparentemente obvias que surgen de la experiencia básica; como decía Gastón Bachelard, el espíritu científico se forma en contra del entusiasmo natural, en contra del hecho coloreado y vario. Estas convicciones inconscientes e incuestionadas, estas comprobaciones fáciles, deben ser tratadas duramente con la prueba del ácido crítico, si no se quiere que se transformen de dudosas instituciones en dogmáticos prejuicios. La realidad no es una mera comprobación de un objeto externo a la consciencia que se encuentra puro e inmaculado frente a ella, sino que de alguna manera es también creada por el ojo humano que la percibe: el conocimiento es siempre pues un proceso comprobativo constitutivo.

No hay una única realidad, sino múltiples realidades que se superponen y se entrelazan de acuerdo a los conceptos y a los proyectos a partir de los cuales es comprendido el mundo externo. Aquello que llamamos lo real no es sino un nivel de comprensión, que resulta de la aplicación de nuestro bagaje de sensaciones, de sentimientos y conceptos y de la perspectiva en la que estamos situados que constituye el punto de observación.

2.3.4. El Derecho y los Hechos

Según el autor Rodríguez (1990) señala que sin perjuicio de huir de un formalismo abstracto y estéril, consideraciones como las que anteceden son las que llevan a desconfiar de tendencias aparentemente tan sanas como el afán de profundizar del conocimiento jurídico a través de un análisis de la realidad (entendida como la versión que nos proporciona la sociología de los fenómenos



regulados por el Derecho) o el llamado retorno del Derecho a los hechos porque a menudo encubren un reduccionismo que privilegia algunos de los niveles; lo que conlleva que el Derecho se haga o se deba hacer transparente hasta desaparecer, a fin de que se patentice la verdad del otro nivel privilegiado. Este reduccionismo olvida que la verdad no es nada más que el conjunto o la serie de sus diversas manifestaciones; y que ninguna de esas manifestaciones es el criterio de la verdad de la otra.

Las relaciones entre el derecho y la llamada realidad, cuando se lo usa enfrentado al Derecho, no quiere decir otra cosa que todo aquello de la realidad que no es derecho nunca han sido fáciles, el Derecho establece vínculos con casi todos los aspectos externos de la realidad, en todo lo que no se agota en lo íntimo de las consciencias sino que tiene una expresión exterior, social, el derecho se relaciona con los procesos económicos que se desarrollan en una sociedad con la regulación del orden político y con actividades de la vida humana aunque se refieran a aspectos íntimos y personales de una manera u otra existe una repercusión en la vida social o interindividual. Es así como el derecho ingresa al mundo de la pareja a las relaciones entre padres e hijos y a la esfera del parentesco

2.3.5. Derecho De Familia

Según el profesor Plácido (2001).afirma que el derecho de familia está integrado por el conjunto de normas jurídicas que regulan los vínculos jurídicos familiares de las situaciones generales de las personas en sociedad que actualmente integran el Derecho Civil, en el Perú el Derecho de Familia está contenido en el Código Civil, existen numerosas leyes complementarias que también lo integran,



asegurado el autor que no puede pertenecer al Derecho Público, ya que las relaciones familiares no vinculan a los sujetos con el Estado como sujeto de Derecho Público pues se trata de relaciones entre las personas derivadas de la unión intersexual de la procreación y del parentesco.

El Derecho de Familia, tiene una doble acepción en su sentido subjetivo; significa una serie de facultades jurídicas que pertenecen a la familia como tal, en sentido objetivo, comprende aquel conjunto de normas jurídicas que regulan la institución familiar. El derecho de familia es un conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares. (Belluscio, 1975).

De acuerdo Baqueiro (1994) el Derecho de Familia es la disciplina que estudia la evolución y problemática de la familia, así como el conjunto de normas de orden público e interés social, que regulan tanto en sus aspectos personales como patrimoniales, la organización y funcionamiento y la disolución, el derecho de familia indaga y analiza el origen y evolución de la familia a fin de comprender cabalmente la problemática que la afecta y está en condiciones de plantear las mejores soluciones a sus conflictos y ofrecer las orientaciones más adecuadas para su futuro desarrollo.

El Derecho de Familia estudia es el conjunto de normas reguladoras del cuerpo familiar, estas normas tienen como específica característica por mandato legal de orden público e interés social, lo cual significa que tienen carácter imperativo en su cumplimiento. El derecho de Familia se ocupa tanto de los aspectos personales como de los patrimoniales que atañen a la familia. La normatividad contenida en el Derecho Familiar está referida a tres grandes campos:



- a) el de la organización de la familia: que se relaciona con el estudio del matrimonio, el concubinato y los vínculos parentales en sus diferentes especies (la consanguinidad, afinidad y adopción).
- b) El Funcionamiento de la familia: que analiza de que, manera el matrimonio y los vínculos parentales se concretan como derechos y obligaciones de y entre los miembros de la familia que estos pueden ejercitar o bien deben dar cumplimiento, según se trate de los primeros o de las segundas.
- c) Dentro del Espacio dedicado al funcionamiento de la familia: tiene cabida el análisis de los efectos de los vínculos familiares, así como también el de sus sustitutivos, como es el caso de la tutela y la curatela.
- d) Finalmente, el concerniente a la disolución de la familia: que posee como aspecto medular lo relativo a la disolución del matrimonio, concubinato e incluso la sociedad de convivencia incluido también aquí la nulidad del matrimonio porque igualmente extingue a la familia aunque no es una forma de disolución del mismo sino el reconocimiento que desde un inicio a su celebración no fue válido.

Según el autor Guijarro (1953) define al derecho de familia forma parte del derecho privado, hace a la esencia de la familia en una relación con el individuo y el Estado, la familia es un organismo con fines propios, distintos y superiores a los de sus integrantes. Una voluntad vinculada al fin de la satisfacción del interés familiar, tampoco puede aceptarse la existencia de una voluntad familiar distinta de la de quien la expresa y ejerce su derecho pero irrelevantes para fundamentar la autonomía del derecho de familia en la que el derecho de familia se ha mantenido como parte integrante del civil.

El Derecho de Familia es el conjunto de normas o preceptos que regulan esas mismas relaciones que mantienen entre si los miembros de la familia. (Castán, 1976).



Como refiere Latorre (1983) el Derecho de Familia forma parte del Derecho Civil que se acentúa de manera innegable su aspecto de Derecho Público. Para el autor se estaría viviendo el tránsito del Derecho de familia, Derecho privado al Público.

Debe entenderse por derecho de familia cual es el concepto su alcance en realidad ni en la constitución ni en la Ley ni en ningún reglamento ni en dispositivo alguno existe una definición del derecho de familia al igual que en la mayoría de las legislaciones en Venezuela dentro de los diversos cuerpos legales no encontramos algún código o Ley libro título capítulo sección o párrafo con la denominación Derecho de Familia no es una cuestión legal sino de origen doctrinal. (Calvani, 1064).

Se tiene al autor Bonaccase (1945) de los conceptos y denominación son resultado del análisis de todas las normas, reglas y preceptos jurídicos que se refieren a la familia, por lo que es difícil deslindar donde comienza y donde termina el derecho de familia pues todas sus disposiciones tiene una repercusión directa e indirecta principal e incidental sobre el grupo familiar. El derecho de familia en strictu sensu es el cuerpo de reglas jurídicas personales y patrimoniales atinentes a las personas como miembros del grupo familiar entonces el derecho de familia el conjunto de reglas de derecho de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo principal accesorio o indirecto es presidir la organización vida y disolución de la familia.

(Lehmann, 1953). El derecho de familia debe reglamentarse las relaciones familiares, las relaciones vitales que derivan del matrimonio y del parentesco.

El derecho de familia como normativa de las situaciones personales y patrimoniales se manifiesta mediante los vínculos familiares las potestades familiares y los derechos subjetivos familiares. (Torres, 1967)



El Derecho de Familia, pertenecen al Derecho privado pero están íntimamente vinculados al derecho social, el Estado no puede conformarse con la ordenación natural de la familia en vista de la importancia que reviste para los individuos y para la comunidad. El autor afirma que los juristas modernos han tratado de sustituir esta concepción individualista por una que podría llamarse concepción socialista de la familia y para ello agregan que así como la nación no puede concebirse como un simple agregado material de personas, sino como una suprema organización política y económica, la familia no puede considerarse como una suma mecánica de personas, sino como un grupo social o célula con entidad y personalidad propia de orden social y moral. (Amézquita, 1980).

De todo lo expuesto anteriormente, se desprende que; la familia es la célula básica y eje central de la sociedad, siendo el conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio; con preexistencia antes del Derecho conforme se manifiesta a través de la realidad social, entonces el derecho de familia vendría a ser conjunto de normas que regulan protegen y organizan a la familia, también se le denomina como elemento natural y fundamental y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Una de las principales características de los enunciados normativos que reconocen los derechos fundamentales en su indeterminación lingüística, fórmula como derecho a tener una familia implican que en algún momento debe establecerse o determinarse en que consiste “ la familia” la configuración que debe recibir el derecho de familia tiene que partir de una concepción de lo que es familia. Para así determinar el concepto constitucional de familia, se debe admitir que está en el fruto de la interacción de diversos factores que repercuten en su estructura y composición que ha sufrido notables transformaciones a lo largo del tiempo que han influenciado en la evolución del derecho de familia.



Que es lo que hay en la familia para que la reconozca como algo natural exigido por la naturaleza misma del ser humano tan fundamental para la sociedad todo un interrogante que se debe identificar sus funciones específicas y a intuir que será en ellas donde radique su especial relevancia social y publica. La noción constitucional de familia no alude una simple unidad de convivencia más o menos estable no se refiere a simples relaciones de afecto o amistad y apoyo mutuo, aunque las implique como consecuencia natural de los vínculos de parentesco que le son propios, la redacción del artículo 4 segundo párrafo de la Constitución solo se justifica sobre la base de entender para la conformación de la familia guarda inmediata relación con el matrimonio,

2.3.6. Criterios Normativos

a. Criterio Tradicional.

Tiene orientación privatista y sostiene que el Derecho de Familia es materia de regulación del Código Civil porque desde los inicios de la obra codificadora en Europa la Normación del fenómeno familiar fue objeto del Código. Responden a este criterio el Plan Savigniano del Derecho Civil, el Código Civil francés de 1804, el B.G.B. de 1874, el Código Civil Alemán de 1900 y el Código Civil Italiano de 1942.

El código civil Chileno de 1855 consta de un título preliminar y cuatro libros: de las personas, de los bienes, su dominio, posesión, uso y goce y de las obligaciones en general y contratos. El Derecho de Familia se encuentra regulado en el libro de personas.

Código Civil Argentino de 1869, formado por dos títulos preliminares y cuatro libros: de las personas; los derechos personales en los derechos civiles.

Código Civil Colombiano de 1873, la familia aparece estipuladas en el libro de las personas y en el de las obligaciones y contratos.



Código Civil Brasileño de 1916 Formado por una parte general personas, cosas y actos jurídicos y una parte especial derecho de familia, de las cosas, de las cosas, de las obligaciones y de las sucesiones.

b. Criterio Moderno

Su orientación es publicista y social considera que deben hacerse del Derecho familiar un Código independiente por razón de sus peculiaridades, complejidad e importancia, fundamentalmente por razones prácticas y sin cuestionar su naturaleza.

Al independizarse la normación familiar del código Civil, recomiendan que debe incluirse todas las normas sustantivas, adjetivas y de otra índole como las que corresponden a la organización de un fuero independiente. Siguen esta orientación las legislaciones de los países más avanzados como:

El primer Código de Actas de Estado Civil y de Derecho Matrimonial, familiar y de tutela de 1918 de la URSS, no obstante el cual en 1968 el Soviet Supremo aprobó los fundamentos de la legislación de la URSS y de las Repúblicas Federadas sobre el matrimonio y la Familia.

El Código de Familia Boliviano de 1972 formado por un título preliminar y cuatro libros: del matrimonio, de la filiación, de la autoridad de los padres y de la tutela, de la jurisdicción y los procedimientos familiares.

El Código Familiar Costarricense de 1973, vigente después de dos años que comprende la Constitución del vínculo matrimonial, los efectos personales del vínculo conyugal, el patrimonio familiar, la desarmonía conyugal y las incapacidades.

El código de Familia Cubano de 1975, constituido por un título preliminar y los títulos siguientes: del matrimonio, de las relaciones paternas filiales del parentesco y del parentesco y de la obligación de dar alimentos de la tutela.



Existen códigos independientes en Checoslovaquia, Rumania, Polonia, Hungría, Alemania del Este, la República Popular de China. Esta última en la Ley del Matrimonio se consigna cinco capítulos: principios generales, contratos de matrimonio, relaciones familiares, divorcio y anexos.

2.3.7. Derecho y Familia

Para Garibaldi (1990) comprende la esencia del Derecho de familia es muy importante tener presente este hecho de que la familia jurídica no es la familia biológica ni la familia psicológica: unas y otras son formas como la realidad se manifiesta y se construye pero ninguna puede ser considerada por si sola como la realidad a la cual todas las demás formas deban someterse. Cuando hablamos de la realidad como entidad distinta y a veces enfrentada al Derecho se está planteando un contrasentido; porque el Derecho es también una forma de la realidad, ya que si no fuera así no sería nada, quizá lo que se quiere decir en esos casos es simplemente que la realidad biológica puede estar en desacuerdo con la realidad jurídica sin que ello afecte ontológicamente el Derecho: ambas son realidades y cada una de ellas se legitima de manera diferente, sin que una encuentre su verdad en la otra. Cuando hay discrepancia entre la familia biológica y la familia jurídica, estamos ante un conflicto de legitimación antes que ante un conflicto entre la realidad y la irrealidad.

Frente a instituciones como la familia existe una permanente tentación de privilegiar sus aspectos biológicos o sociológicos: se ha pretendido deducir las normas del Derecho de Familia de la necesidad sexual de la pareja para la procreación o de la configuración de los efectos y complejos que en entrujen las relaciones familiares o de la organización de intereses económicos en la sociedad.



Parecería que frente a la familia, el derecho tiene pocas cosas propias que decir: se le considera como un simple escribiente que redacta en forma de Ley lo que la Biología, la Psicología o la sociología le dicen que debe ser la familia.

2.3.8. Natura y Cultura

Según el autor Garibaldi (1990) afirma Si queremos encontrar la esencia de la familia en el plano biológico o en plano psicológico o en el plano socioeconómico habremos perdido de vista a la familia jurídica. Esto no significa de manera alguna como lo pretendieron los juristas formalistas, que el Derecho pueda aislarse de las demás perspectivas de acceso a la vida social y entretenerse en el interior de un paraíso conceptual perfectamente hermético.

La posición del autor se encuentra tan lejos del formalismo abstracto como del reduccionismo naturalista. El derecho es ante todo el campo de acción de la libertad social el instrumento mediante el cual una sociedad se inventa a sí misma y graba con incisiones que pretende indelebles los trazos fundamentales del diseño social.

El derecho, toma en cuenta los conocimientos que esas otras ciencias le ofrecen pero los integra dentro de un proyecto social: los utiliza como material inevitable pero no exclusivo ni inalterable; los datos biológicos o psicológicos son solo uno de los elementos para la realización de una obra jurídica que excede a sus componentes. Esa obra es el resultado de la asimilación de una natura por una cultura; cultura entendida como una libertad actuante y vital que pretende empujarse sobre sus circunstancias, pero al mismo tiempo como las huellas del ejercicio de libertades anteriores que se manifiestan en ideologías, valores sociales, normas vigentes, costumbres inveteradas.(...). (p.25)



2.3.8.1. La Familia sin Identificación dentro del Código Civil

Según el autor Cardenas (1990) sobre la realidad: como anteriormente mencionaba el autor: sobre la realidad y sus perspectivas, preguntándose lo que es la familia para el derecho como se define jurídicamente la familia. El código civil peruano no contiene una definición expresa de familia; aun cuando tiene todo un libro dedicado a ella al que denomina expresamente Derecho de familia, por lo que a falta de un enunciado explícito en la Ley sobre la familia la definición debe ser inferida de las normas que tratan sobre ella.

La familia resulta ser demasiado amplia o demasiado estrecha para los fines que la sociedad quiere realizar a través de esta institución. Por eso el jurista evitara la definición natural y nos dirá que la familia es una institución jurídico social que agrupa a las personas a quienes el Propio derecho reconoce parentesco entre sí.

La afirmación naturalista la familia es la reunión de los parientes y estos son todas las personas vinculadas con lazos de consanguinidad es demasiado amplia para que pueda ser utilizada en el Derecho moderno. El artículo 236 del Código Civil de 1984 define el parentesco consanguíneo como la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o ambas de un mismo tronco. Dentro de esta línea naturalista son parientes los padres y los hijos, los abuelos y los nietos, los bisabuelos y los bisnietos, los tatarabuelos y los tataranietos y los choznos y en general todos los ascendientes y todos los descendientes en cualquier grado de lejanía pero también son parientes colateralmente todos los que tienen igual tronco: los hermanos que están enlazados por un padre común los primos hermanos porque tienen todos un abuelo



común y así sucesivamente, los primos segundos, los primos terceros y los primos a la enésima potencia porque siempre existe un tronco común.

Esta forma se constituye el parentesco llamado de sangre dado el tiempo de existencia de la humanidad es posible que en términos biológicos o de sangre nos encontremos que somos parientes de mucha gente: menos de lo que algunos quisieran pero de todas maneras demasiados para ser manejables jurídicamente. Algunas cifras pueden ilustrar el problema en 10 generaciones de personas que sería descendientes de esos abuelos decimos nuestros y que serían nuestros primos remontando el tronco común a 300 años tenemos 60 millones de parientes en nuestra generación jurídicamente no sabríamos hacer con esa cifra es inmanejable para los fines del Derecho de Familia o para cualquier fin jurídico actual.

Pero el artículo 237 del Código Civil, amplía aún más la noción de familia introduciendo el criterio de afinidad. De acuerdo a dicha norma, el matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro y cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad, literalmente duplicado las cifras antes mencionadas si una persona se casa no solamente tiene todos los parientes a que se hizo alusión sino que también son sus parientes aquellos que son parientes de su mujer. En el caso de tomar 10 generaciones ese hombre o mujer casados tendría no ya 60 millones sino 120 millones de primos en nuestra propia generación.

Esta objeción del Derecho moderno, a tan extendida noción de familia se basa exclusivamente en elementos culturales y más propiamente jurídicos. Otras



sociedades inspiradas en otros valores y objetivos pueden reivindicar una idea bastante más amplia de familia. El hecho de tener un antepasado común aunque sea remoto o mítico, hace que en ciertas culturas todos los miembros de una casta o de una tribu sean consideradas parientes y la casta o la tribu es una expresión de la familia extendida, estos grupos humanos otorgan tan importancia al parentesco como argamasa de la sociedad que ante la dificultad de determinar un antepasado biológicamente común simplemente inventan uno que puede ser el sol o un cerro en particular o el trueno o un animal.

Este mismo hecho nos revela que sea en las civilizaciones totémicas sea en la civilización moderna constituida sobre la base de la familia nuclear no es la Biología lo que cuenta sino el Derecho: el sistema jurídico asume los elementos biológicos y los elementos culturales de manera diferente en cada caso. (p.27-29)

2.3.8.2. Familia en el Derecho Peruano

De las afirmaciones del autor Cárdenas (1990) se tiene este hecho puede ser mejor comprendido con algunos ejemplos de las diferentes familias reconocidas por la Ley. Debemos ir a buscar la familia legal ahí donde tiene un efecto jurídico: es preciso ir a buscarla ahí donde el Derecho la saca a flote para otorgarle un rol especial.

Del inciso 1° del Artículo 242 del Código Civil. Uno de los casos en que esto sucede es el relativo a los impedimentos del matrimonio: la familia es aquí del ámbito del tabú del incesto y desempeña el papel jurídico de limitar el radio de parentesco dentro del cual las uniones no son posibles.

Del Inciso 3° del Artículo 242 del Código civil se desprende.- El código civil Peruano establece que la prohibición de casarse con un miembro de la familia se extiende obviamente a los ascendientes y descendientes llamados también



parientes consanguíneos en línea recta: padres, hijos, abuelos, nietos. Pero la noción de familia se hace extensiva para este efecto a los fines en línea recta. Esto significa que los parientes políticos son verdaderos parientes en las relaciones de carácter vertical: el padre político o suegro no se puede casar con su nuera, ni el hijo político con su suegra.

Del Inciso 4 del artículo 242 del Código Civil.- A nivel de las relaciones horizontales o laterales, el parentesco por afinidad está excluido de los impedimentos para contraer matrimonio: los cuñados pueden casarse entre sí. Lo que equivale a decir que no son considerados parientes para este efecto legal o si se prefiere decirlo de otra manera que sus lazos sociales de parentesco no tienen consecuencia jurídica alguna. Cuando la relación por afinidad se hace más lejana, el principio de que no son parientes desde este punto de vista es aún más definitivo, porque no existe excepción alguna: los primos políticos no son parientes en ningún caso para los efectos de establecer si se pueden casar entre sí, aunque sean familia socialmente hablando no lo son para el derecho.

Inciso 2° del Artículo 242 del Código Civil.- Las relaciones colaterales de consanguinidad encontraremos un panorama diferente de la familia jurídica: la consanguinidad sigue vinculando colateralmente a la familia hasta alcanzar a los hermanos a los tíos y a los sobrinos según prescribe en el Inciso 5° del Artículo 242 del Código Civil. Desde la perspectiva de los impedimentos para el matrimonio, la familia consanguínea es más amplia que la familia afín. No se crea tampoco que esta familia consanguínea coincide con la biológica: los primos hermanos biológicos siguen siendo personas que descienden ambas de un mismo tronco, relativamente cercano: tienen un abuelo común; pero el Derecho ya no los considera parientes para este efecto y permite el matrimonio entre sí.



Del Inciso 5° del Artículo 242 del Código Civil se desprende. La familia se extiende a las relaciones de adopción creándose una suerte de parentesco que ya no es de consanguinidad ni de afinidad sino de un tercer tipo basado exclusivamente en la Ley. No puede casarse el adoptante con el adoptado ni con los familiares de uno y otro por consanguinidad o por afinidad en los grados y líneas mencionados en los párrafos anteriores.

El autor ha definido, un mundo familiar donde todos sus miembros están vinculados solamente por un impedimento: no hay vínculo natural o de sangre necesariamente entre ellos puede no haber un vínculo psicológico o afectivo y hasta quizá no se conozcan entre sí, el derecho crea su mundo propio para sus propios fines en cuyo interior las cosas tienen lógica distinta de la natural, no porque se trata de una lógica diferente tiene que ser menos rigurosa o menos válida.

Esta familia, que se encontró sobre el matrimonio no es la única que consagra el Derecho. Si pasamos algunas páginas del Código y nos preguntamos quienes son los parientes para los efectos de velar unos por los otros encontraremos un mundo familiar diferente. Esta vez no se trata de una relación negativa de impedimentos para algo, sino de un vínculo positivo: la obligación económica mutuamente. La familia peruana moderna es aún mucho más restringida: solo se deben alimentos entre sí los cónyuges, los ascendientes y descendientes y los hermanos, primos hermanos, tíos y sobrinos quedan excluidos aunque sean consanguíneos; y se excluye también de la intimidad del círculo familiar a los fines quienes no están obligados en ningún caso a prestar alimentos. La familia ha quedado considerablemente reducida.



Se tiene el Artículo 724 del Código Civil. Otras variaciones de la familia puede descubrirse con relación a la herencia. Como es perfectamente conocido, los parientes del fallecido pueden ser llamados a participar en la herencia bajo dos calidades: sea como herederos forzosos (aquellos que necesariamente heredan una parte importante de la herencia y que ni aun el causante puede privarles de ella, porque no puede testar contra ellos) sea como herederos legales (aquellos que reciben la herencia a falta de testamento que indique otra cosa. Como herederos forzosos encontramos a un grupo familiar aún más restringido para esos efectos solo son familia los ascendientes, los descendientes y el cónyuge.

Del Artículo 816 del Código Civil. Los hermanos quedan excluidos los herederos legales forman un grupo de familia bastante más amplio, que alcanza hasta los parientes colaterales del cuarto grupo de consanguinidad hasta los primos hermanos y los sobrinos nietos.

El primer círculo familiar está constituido por el cónyuge, los descendientes, los hijos adoptivos y sus descendientes. Los padres no son considerados dentro del primer círculo familiar.

Si no existe descendientes la noción de familia se amplía para comprender a los padres. Juntamente con el cónyuge. A falta de descendientes y de padres, la familia está constituida por los abuelos y demás ascendientes.

Cuando la Ley se refiere a la familia legal peruana está adoptando como criterio de legalidad por razones exclusivamente metodológicas solo las normas del Derecho oficial. El panorama se complica aún más si hacemos intervenir el Derecho consuetudinario a fin de tomar como referencia también a la familia



andina o a la familia amazónica: encontramos ahí varias otras concepciones de familia.

De alguna manera quizá podríamos decir, si bien la noción específica de familia es variada, cuando menos se manifiesta, en formas diferentes según se ha visto en el interior de un campo común. Tal campo estaría conformado por núcleo y una delimitación periférica. El núcleo estaría constituido por la relación conyugal. La periferia estaría enmarcada por el círculo máximo que reconoce nuestro orden legal y que alcanza solamente hasta el cuarto grado. La familia se expande o se reduce dentro de estos límites según las circunstancias: nunca más del cuarto grado nunca menos del primer grado. Pero esta noción de campo no debe llevarnos a la esencia de la familia porque es útil la comparación cuando menos otras realidades que tenemos cerca la familia tanto prehispánica como actual.. El matrimonio no es una relación entre las dos personas sino que es la unión de dos familias, con todo lo que implica. (p.29-34)

Como afirma Ossio (1980) la familia nuclear o conyugal es difícil de aislar en la sierra Peruana. Ni siquiera existe en quechua una palabra para designarla. En todo caso categorizamos como una familia nuclear no tiene en el mundo andino la exclusividad de las funciones económicas sociales y ni siquiera sexuales del grupo. Los hijos no se crían siempre con sus padres. No hay coincidencia clara entre la llamada familia nuclear y la unidad doméstica.

El tabú del incesto que es un elemento esencial de la estructuración de la familia nuclear aunque no exclusivo tiene una connotación totalmente distinta en el mundo andino. Actualmente este tabú es sumamente rígido en los Andes pero de naturaleza distinta al que organiza la familia occidental. Y en la época pre



hispanica los matrimonios entre parientes cada vez más cercanos en la medida que se ascendía en la escala social; hasta llegar al Inca que podía casarse con su hermana o con su madre.

A fin de evitar toda tentación esencialista debemos recordar también que dentro de ese campo en el que se escribe la familia moderna es posible organizar familias muy distintas. Además de la variación cuantitativa respecto del alcance del parentesco a la que antes nos hemos referido, caben también variaciones cualitativas muy graves en la categorización y vinculación orgánica de los miembros que conforman el núcleo familiar el modulo central puede ser considerado como una esencia universal.

Según el autor Pacheco (1872) que nos describe el estado de las cosas durante el S. XIX. Nos explica que a comienzos de la república, se dividía a los hijos ilegítimos denominados también bordes en naturales y espurios incestuosos, sacrílegos y mancillados o mánceres. Natural era el nacido de padres que al tiempo de la concepción no tenían impedimento para casarse. Espurio el nacido de personas entre quienes existía impedimento para contraer matrimonio.

Esta categoría se subdividía a su vez en adulterios que eran los nacidos de hombre casado y mujer soltera o de hombre soltero y mujer casada , o de hombre y mujer casados con otros, incestuosos los habidos entre ascendientes y descendientes(en cuyo caso se llamaban también nefarios), o entre colaterales en los grados prohibidos, sacrílegos, los nacidos de clérigo fraile o monja, ya por acceso entre sí, ya por acceso con persona será una categoría especial correspondía al máncer, el nacido de manera pública y este era de peor condición que los demás porque no se podía saber quien fuese el padre.



A partir de 1852 el Código Civil ya no distingue sino entre cuatro clases: los legítimos, los naturales, los adulterinos y demás ilegítimos. Pero a su vez los adulterinos fueron limitados solo a los hijos de mujer casada, sin que quedaran comprendidos dentro de esta categoría a los hijos de hombres casados; los comentarios de carácter ideológico cultural huelga.

Para tener una idea de la importancia de estas categorías en la configuración de la familia, puede señalarse como ejemplo el hecho de que la obligación de alimentar al hijo adulterino se limita a la madre; esto significa que el padre biológico no forma parte de la familia básica de ese hijo para estos efectos la obligación alimentaria de la madre de un hijo adulterino, no pasa a los ascendientes maternos: el jurista Pacheco comenta que no sería justo obligarlos a reconocer y alimentar un fruto de vergüenza producido por la infracción de los deberes morales y civiles y religiosos. Esto equivale a decir que no se puede obligar a los abuelos a que consideren como miembros de su familia a niños, biológicamente son parientes consanguíneos en línea recta, constituyen un oprobio desde el punto de vista cultural.

En 1936 el nuevo Código Civil elimino gran parte de estas distinciones conservando únicamente la existente entre los hijos legítimos e ilegítimos ya que se consideraba que sin ella sucumbirá la institución del madriño como consecuencia se estableció que los hijos ilegítimos heredaban la mitad de lo que un hijo legítimo. La constitución de 1979 hizo que estas diferencias desaparecen totalmente y que los hijos legítimos e 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 hábitos en el matrimonio o fuera de todos los hijos son iguales entre sí. Los únicos que quedan fuera del núcleo familiar (cuando menos desde la perspectiva del



padre), son los hijos ilegítimos no reconocidos la distinción obedece a una razón ideológica sino a exigencias de técnica jurídica.

2.3.8.3. Familia y el Estado

A criterio del autor Borda (1962) se tiene la sutileza del Estado en la familia hay un fundamento ético, no es tolerable ya el ejercicio arbitrario y abusivo de las potestades familiares; las responsabilidades y deberes que estas implican asumen un carácter preeminente y la sociedad debe velar por su cumplimiento, el Estado intervenga allí donde es necesario corregir una deficiencia suplir una omisión salvar a los débiles de la irresponsabilidad de sus padres, de la ignorancia de las enfermedades.

El Estado de hoy cada día más absorbente y poderoso provisto de todos los recursos que la economía y la técnica han puesto en sus manos tiende a invadir la esfera de la más reservada y respetable privacidad. La intromisión del Estado en la familia se ha hecho sentir naturalmente, con más intensidad en los regímenes totalitarios. El poder público se inmiscuye en su vida íntima, debilita los vínculos pretende sustituir a los padres en la educación y formación moral de los hijos. Todo ello es contrario al derecho natural y debe ser enérgicamente repudiado.

Para Lehmann (1953) que ha vivido la introducción del Estado nacional socialista en la familia dice: del individuo y de su fuerza moral cabe esperar lo mejor para la feliz estructuración de la vida familiar, se tiene en cuenta que las obligaciones para con la sociedad familiar no se agotan en una prestación única sino que exigen entrega continuada y viva de sus miembros, corresponde al legislador adoptar cierto ponderado retraimiento al reglamentar el derecho de familia. No puede garantizar a través de preceptos legales el cumplimiento de los fines de la sociedad.



2.3.8.4. El Derecho y los Hechos

Como afirma Cornejo (1990) en las tendencias aparentemente tan sanas como el afán de profundización del conocimiento jurídico a través de un análisis de la realidad entendida como la versión que nos proporciona la Sociología de los fenómenos regulados por el Derecho o el llamado retorno del Derecho a los hechos porque a menudo encubren un reduccionismo que privilegia algunos de los otros niveles, lo que conlleva que el Derecho se haga transparente hasta desaparecer, afín de que se patentice la verdad del otro nivel privilegiado. Este reduccionismo olvida que la verdad no es nada más que el conjunto o la serie de sus diversas manifestaciones es el criterio de verdad de la otra.

Las relaciones entre el Derecho y la llamada realidad, cuando se lo usa enfrentando al Derecho, todo aquello de la realidad que no es Derecho, el Derecho establece vínculos pues con casi todos los aspectos externos de la realidad, en todo lo que no se agota en lo íntimo de las conciencias sino que tiene una expresión exterior social, el Derecho se relaciona con los procesos económicos que la organización social con la regulación del orden político y con la organización social de la religión hay un Derecho canónico e incluso en otras actividades de la vida humana aunque se refieren aspectos íntimos y personales de una manera u otra existe una repercusión en la vida social o interindividual.

2.3.8.5. El Derecho como Instrumento de Regulación Interna de la Familia

Del artículo 288 del Código Civil y siguientes se tiene la regulación de la familia no se limita a establecer quienes parientes ni que es una familia. El sistema jurídico pretende determinar los derechos y obligaciones de cada uno de los miembros del grupo familiar, establecer el funcionamiento interno de la familia, normar el régimen de bienes y su administración prever las formas concretas de la asistencia recíproca entre los



miembros de la familia, suplir las funciones que corresponden a los padres cuando están faltan, determinar las condiciones de separación y ruptura del vínculo matrimonial, así como las consecuencias de ello.

En estas breves páginas de los múltiples problemas y de las difíciles decisiones que implica el diseño de esta regulación. Y a las innumerables e intrincadas cuestiones tecno jurídicas que se generan en este intento. Nos limitaremos solamente a observaciones de carácter muy superficial.

El Derecho tiene que atender fundamentalmente a dos aspectos en el interior de la familia las relaciones extra patrimoniales y las relaciones patrimoniales de sus miembros. Las primeras se refieren a todas aquellas situaciones en las que no está directamente involucrada la administración de un patrimonio. Por ejemplo pertenecen a este género de relaciones la obligación recíproca de fidelidad y asistencia entre los cónyuges.

Del 3° del Artículo 288 del Código Civil la obligación de hacer vida en común. La obligación de los padres de educar a los hijos. La obligación de los hijos de honrar y respetar a sus padres, el derecho de los padres de corregir a sus hijos. Se tiene el Inciso 5° del Artículo 423 del Código Civil Tenerlos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuvieren sin su permiso. Del Artículo 287 y 291 e inciso 1° del Artículo 423 del Código Civil En estas relaciones extra patrimoniales la obligación de cada cónyuge de alimentar a sus hijos y de sostener al otro cónyuge en caso de que se dedique exclusivamente al trabajo del hogar y al cuidado de la prole esto involucra sumas de dinero, no se limita a un aspecto meramente pecuniario sino que implica una obligación general recíproca de ayuda y colaboración que los cónyuges se deben en todo tiempo.



Del Inciso 3° Artículo 423 del Código Civil.- La simple enumeración de tales obligaciones extramatrimoniales nos suscita numerosas dudas sobre la eficacia del Derecho. ¿Puede efectivamente el derecho obtener con los medios que tiene a su alcance que está basados en la coerción judicial que este tipo de obligaciones se cumplan? Es verdad que el Derecho ha intentado implementar mecanismos jurídicos para hacerlas cumplir, cuando menos respecto de alguna de ellas. Ejemplo la obligación de fidelidad se encuentra respaldada con una serie de sanciones contra el adulterio. La obligación de asistir a las necesidades materiales del hogar tiene su correlato coercitivo en los procedimientos para exigir el pago de alimentos.

El Código indica también que la corrección de los padres a sus hijos debe ser moderada que cuando necesiten reprimir más severamente pueden acudir al Poder Judicial. Salvo en instituciones excepcionales que exceden los límites de la tolerabilidad y que llevan a la desarticulación de la familia ¿Se puede imaginar a un padre renunciando a su derecho de sancionar para pedirle al Juez que interne a su hijo en un establecimiento de reeducación donde el aparato judicial es adecuado para contemplar reclamos de hijos castigados en forma injusta? Es evidente que los mecanismos jurídicos resultan demasiado toscos, gruesos para introducirse en las sutilezas de las relaciones intrafamiliares.

Estos mecanismos jurídicos no solo son ineficientes sino incluso impracticables en algunos casos. Los conflictos relativos a la obligación de prestación sexual recíproca parecen imposibles de dirimir mediante un juicio. En Estados Unidos se han producido algunos juicios entre cónyuges con motivo de sus relaciones sexuales, en lo que los jueces han insistido en su razonamiento sobre la inconveniencia de que el Derecho ingrese a este campo de las relaciones humanas y sobre las arbitrariedades que puede existir, en lugar



de exigirse el cumplimiento de las obligaciones sexuales se planteaba más bien el derecho de cada cónyuge de negarse a realizar el acto sexual en ciertas ocasiones.

Es así como algunas esposas norteamericanas denunciaron a sus maridos por violación, debido a que habían sido forzadas a tener relaciones sexuales intra maritales contra su voluntad. Sin embargo los jueces han sido muy cautos y normalmente no han aceptado este tipo de cargos salvo cuando la relación había sido tan brutal que la esposa denunciante presentaba daños corporales, la situación jurídica resultaba radicalmente transformada pues lo que se sancionaba no era discutible delito de violación sino relativamente simple delitos de lesiones.



CAPÍTULO III

MATERIALES Y MÉTODOS

3.1. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

Según el maestro Pineda (2017) desarrolla el diseño de la investigación se ocupa de proporcionar un modelo de verificación que permita contrastar hechos con teorías, y su forma es la de una estrategia o plan general que determina las operaciones necesarias para hacerlo.

El diseño es una estrategia general, de trabajo que el investigador determina una vez ya ha alcanzado suficiente claridad respecto a su problema y que orienta y esclarece las etapas que habrán de acometerse posteriormente.

El diseño de investigación constituye los distintos pasos que se siguen en un proceso de investigación.

Se desarrolló dentro de esta investigación, el diseño cualitativo, porque se utiliza la recolección de datos sin medición numérica para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación.

Se le atribuyo el enfoque cualitativo, por la forma característica de investigar determinada por la intensión sustantiva y el enfoque que orienta al estudio TEORICO por el desarrollo conceptual del marco teórico, marco normativo para establecer los conceptos, doctrinas, lineamientos normativos jurídicos, sociales que definan que es familia para la Constitución o como es el enunciado idóneo que le corresponde.

Entonces Su enfoque es cualitativo, porque desarrolla paradigmas naturalistas, constructivos e interpretativos lo cual aborda la problemática de que la familia, no está



definido en la Constitución y que es, en si el término ¿familia que es para el derecho peruano?

Según el autor Garcia (1996) indica que la teoría en la Investigación Cualitativa; el fin de la teoría es hacer coherente lo que de otra forma aparece como un conjunto de hechos desconectados; a través de la teoría aprendemos una serie de lecciones que pueden aplicarse a situaciones con la que aún no nos hemos enfrentado. Cuando nos referimos a la teoría podemos hacerlo desde la idea de regulación de los fenómenos.

Entonces la teoría de Investigación Cualitativa; es un conjunto coherente de expresiones formales que aportan una caracterización completa y consistente de un dominio de investigación bien articulado con explicaciones para todos los hechos concomitantes y datos teóricos.

También se entiende, a la teoría como un conjunto general de ideas que orientan la acción, el grado que representa al elementalísimo o los intentos por reducir a unidades lo más elementales posibles, los ejes y sus relaciones. Es un prerrequisito para generar taxonomías y teorías descriptivas. Modelos teóricos entendidos como conjuntos de supuestos, conceptos y proposiciones interrelacionados de forma laxa que configura una visión del mundo.,

3.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN

Por su parte Cazau (2006) señala que: una de las actividades en el ámbito de la investigación científica: es la investigación teórica, que compara ideas entre sí, es el escenario clásico es la biblioteca orientadas a la teoría. Qué consiste exclusivamente en armar una teoría mediante la comparación de conceptos, de las investigaciones teóricas aparecen cuando el investigador se propone comparar



teorías entre sí en términos de nivel de verificación, simplicidad, coherencia lógica.

Para esta actividad al investigador le basta con la consulta de libros y revistas especializadas de allí que su tarea sea eminentemente una investigación bibliográfica la importancia es que pone al descubierto sus fortalezas. Porque en esta investigación hay comparaciones sobre ¿Qué es familia, como está definido la familia y que es familia para nuestra legislación? El tipo de investigación es teórica; porque busca el reconocimiento Constitucional mediante una definición Constitucional acerca de que es familia, cuya materia prima son teorías, doctrinas; con un propósito de dar mayor importancia dentro de la Constitución a la familia y reconstruir un núcleo teórico de la ciencia jurídica mediante el panorama conceptual.

3.3. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

La metodología desarrollada dentro de este estudio de investigación es: el método científico de investigación específica:

3.3.1 Método Descriptiva- Explicativa

Primer Objetivo Se Utilizó:

Método Descriptivo.- Para Sampieri (2018) el propósito es describir situaciones eventos como se manifiesta determinados fenómenos. Los estudios descriptivos buscan especificar las propiedades importantes de personas grupos comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido a análisis miden o evalúan diversos aspectos, dimensiones o componentes a investigar describe lo que se investiga.



Lo que se estudia dentro de esta investigación es teorías definiciones, conceptos doctrinas que desarrollan que es familia para la Constitución y el Código civil y como lo reconoce el derecho peruano, ¿qué es familia? No contando con enunciado constitucional. Teniendo ya denominación dentro de la constitución y el código civil si contar con un enunciado como eje central.

SEGUNDO OBJETIVO SE UTILIZO EL:

METODO EXPLICATIVO.- Por que la teoría, es la que constituye el conjunto organizado de principios, inferencias, descubrimientos y afirmaciones por medio del cual se interpreta una realidad. Una teoría o explicación, contiene un conjunto de definiciones y de suposiciones relacionados entre sí de manera organizada sistemática; estos supuestos deben ser coherentes a los hechos relacionados con el tema de estudio. Entonces lo que abarca es el estudio de teorías conjunto de conceptos que desarrollan que es familia para la constitución y explica detalladamente como lo desarrolla y su falta de enunciado constitucional que la constitución debe especificar en concordancia con el Código Civil explicando en sí que es familia¿ cómo se define para el derecho constitucional por medio de una afirmación que no está siendo definida con enunciado como eje central para el derecho Peruano por medio de la constitución Política del Perú.

TERCER OBJETIVO SE UTILIZO EL:

METODO EXPLICATIVO.- Los estudios de este tipo implican esfuerzos del investigador y una gran capacidad de análisis, síntesis e interpretación es porque Es porque posibilita descomponer el objeto que se estudia que vendría a ser la familia como definición dentro de la constitución para luego recomponer el Derecho a partir de su integración dentro de la realidad social de lo que es familia; él *análisis* permite dividir o separar el objeto en las cualidades que lo componen dentro de nuestro ordenamiento, que



mediante la *síntesis* se integra el objeto de estudio y se obtiene una comprensión general para su mejor entendimiento Constitucional de lo que es familia para la Constitución.

El método que corresponde está presente investigación es descriptiva-explicativa

3.4. ÁMBITO O UNIVERSO DE ESTUDIO

El universo de Estudio de esta investigación es:

3.4.1. Fuentes Nacionales

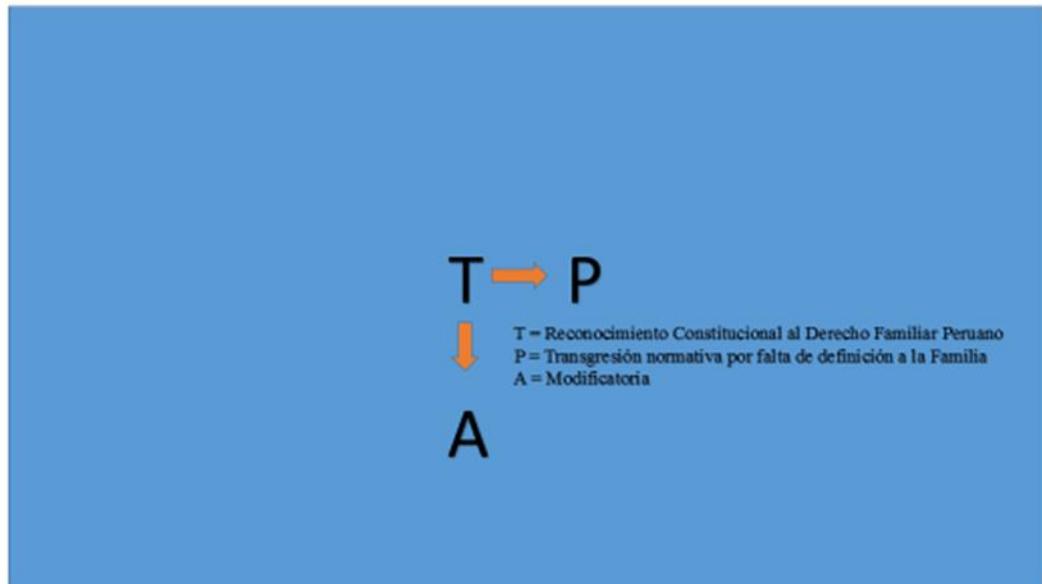
Art 4 segundo párrafo de la Constitución Política, Artículo 233 del C.C, Doctrina Nacional (teóricas y bibliográficas).

3.4.2. Fuentes Internacionales

Fuentes Internacionales, Doctrina Comparada, Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre-Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana sobre derechos humanos(teóricas y bibliográficas) entre otros.

3.5 DISEÑO DE TÉCNICA DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

3.5.1 Diseño de Investigación



Para Huberman (1994) la recolección de información es en rigor de la investigación. Para ello debemos tener en cuenta los criterios de suficiencia y adecuación de los datos (bibliográficos). La suficiencia se refiere a la cantidad de datos recogidos, la suficiente consigue cuando se llega a un estado de saturación informativa, la adecuación se refiere a la selección de información de acuerdo con las necesidades teóricas del estudio y del modelo emergente.

Porque Según el autor Bunge (2000) constituye el camino para encontrar la información requerida que dará respuesta al problema planteado. Las técnicas básicas para la recolección de información se puede definir como; el medio a través del cual el investigador se relaciona para obtener la información necesaria que le permita alcanzar los objetivos planteados en la investigación con orientación cualitativa. Por la



característica ilustrada que está dentro de un cuerpo de conocimientos desde una perspectiva teórica

Según Hurtado (2000) las técnicas de recolección de información, son los procedimientos y actividades que le permiten al investigador obtener la información necesaria para dar cumplimiento a su objetivo de investigación.

Para la obtención de cada uno de los objetivos específicos de la presente investigación se desarrolló el método descriptivo- explicativo y la técnica que se empleó es la de *Análisis de Contenido* (recopilación bibliográfica mediante la recolección de información).

3.5.2 Objeto de Estudio

Este estudio de investigación tiene como objeto que se norme y defina a la familia, dentro de la constitución y el Código Civil.

3.6. TÉCNICA

Para lograr los objetivos propuestos se utilizó Las técnicas que se desarrolló en la presente investigación para el primer, segundo y tercer objetivo son: según Sampieri

Para el Primer Objetivo

a. Análisis Documental.-recolectan datos de fuentes secundarias libros, boletines, revistas, folletos, periódicos se utilizan como fuentes para recolectar datos sobre las variables de interés mediante la Revisión Bibliográfica que define operativa y teóricamente

PARA EL SEGUNDO OBJETIVO



b. Análisis de contenido.-Es la valides con la que puede definirse como que el instrumento mida todos los factores de la variable que está estudiando, para establecer parámetros de validez de contenido

PARA EL TERCER OBJETIVO

c. Explicación.- Para explicar cómo se desarrollan los conceptos detalladamente sobre ¿Qué es familia para la legislación nacional?

3.7. INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

Para Sampieri (2010) son los que sirven para recoger los datos de la investigación, lo que permite operativizar a la técnica es el instrumento de investigación. El instrumento sintetiza en si toda la labor previa de investigación: resumen los aportes del marco teórico al seleccionar datos que corresponden a los indicadores y por tanto a las variables y conceptos utilizados pero también sintetiza el diseño concreto elegido para el trabajo.

- a. Fichas de Observación Documental
- b. Guías de análisis de documentos
- c. Fichas de citas textuales. (Recopilación bibliográfica)

3.7.1. Procedimiento de Investigación

Está presente investigación es de carácter cualitativo por la técnica de Análisis de contenido (recolecciones información) y el método descriptivo explicativo que constituyen en análisis teórico porque tiene como objetivo central de esta presente investigación consiste en proveer modelos teóricos (explicativos, universales generales que nos permitan elaborar definiciones conceptuales dentro del área teórica a la cual se refiere el modelo. Se estructuran a base de preguntas forma lógica es interpretar por medio de conceptos y construcciones de sistemas interpretativos dentro de la línea de construcciones y enfoques de sistema de razonamientos conceptuales. (Hernandez, 1996)



CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. UNIDAD DE ESTUDIO REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LA FAMILIA EN LA NORMATIVIDAD CONSTITUCIONAL Y EL CÓDIGO CIVIL EN EL DERECHO DE FAMILIA.

4.1.1. Evolución de la Familia

La familia, es el conjunto de personas en un sentido amplio (parientes) que proceden de un progenitor o tronco común, sus fuentes son el matrimonio, la filiación (legítima o natural) y en casos excepcionales la adopción (filiación civil). Esta relación conyugal, paterno filial y de parentesco colateral de origen sanguíneo o simplemente de naturaleza legal, establece vínculos entre los componentes de ese grupo familiar de diverso orden o intensidad (sentimentales, morales, jurídicos, económico y de auxilio o ayuda recíproca) que no permanecen ajenos al derecho objetivo, sino por el contrario este afianza reafirma y consolida atribuyendo a dichos vínculos el carácter de deberes, obligaciones, facultades y derechos que manifiestan su naturaleza especial y presentan caracteres fundamentalmente distintos en muchos aspectos de cualesquiera otras relaciones jurídicas.

En los Códigos Civiles, de diversos países entre ellos el nuestro los preceptos legales relativos a la estructura y organización de la familia no han sido agrupados orgánicamente bajo un rubro o título especial. Esto se debe a diversas causas: la fundamental consiste en el dominio de las ideas individualistas que inspiraron la redacción de Código Civil Francés de 1804. Desde principios de la segunda década del siglo actual las normas jurídicas relativas a la familia, es considerada como grupo social como célula primordial de la sociedad moderna ha merecido la atención especial de los



estudiosos del derecho al considerar necesario no solo la agrupación congruente y armónica de los preceptos legales aplicables al grupo familiar sino que ha se ido formando paulatinamente una rama muy importante dentro del Derecho Civil que se denomina Derecho de Familia y que comprende las normas relativas al matrimonio, al parentesco y a la ayuda reciproca que deben prestarse los parientes entre sí, la protección de los incapaces y a la constitución y funcionamiento del patrimonio de familia.

Del punto de vista jurídico el concepto familia ha sido recogido solo en un sentido más estrecho y comprende únicamente a los padres y ascendientes en la línea recta y en la colateral, hasta el cuarto grado (padres, abuelos, hermanos, tíos, primos, sobrinos). Las relaciones jurídicas que atañen a la estructura del grupo familiar, conviene tener una información siquiera general sobre la evolución de este grupo social que nos permita reconocerlo mejor y comprender su estructura actual.

Según Galindo (1985) para ello es preciso aludir a su desarrollo histórico sociológico:

Entre los pueblos primitivos, constituidos por tribus o clanes cazadores, la familia normalmente está constituida por un varón y una mujer e hijos y a veces por unos pocos parientes que se agregan al pequeño núcleo de personas formado por los padres y los hijos que a cambio de obtener protección y ayuda del jefe del núcleo, colaboran en las labores propias del pastoreo y de la caza.

Ya en los grupos sedentarios, constituidos por tribus o clanes que en cierta manera son independientes entre sí se dedican a las labores de pastoreo y de la caza y además al cultivo de la tierra. En ellos los lazos de cohesión o de parentesco entre los miembros del grupo, se consolidan y se expanden un poco porque a la motivación de orden consolidan



y se expanden un poco porque la motivación de orden simplemente biológico o económico se agrega un dato de orden religioso.

Los miembros de un clan pretenden descender de un antepasado común lejano, que puede ser un animal o una planta, al que prestan adoración alrededor del cual todos los miembros del clan se consideran entre si parientes. Estos grupos tribales que se han asentado en un lugar para desarrollar un cultivo agrícola, tienen un habitáculo permanente, en donde se dice que reside el espíritu del tótem, y los ancestros venerados por el jefe del clan y los ancestros, las veces representados por el fuego sagrado del hogar. En estas organizaciones rudimentarias de individuos normalmente está severamente prohibido el incesto (tabú) o sea la relación sexual y el matrimonio entre los miembros del clan que son parientes entre sí. Excepcionalmente, en las clases gobernantes del antiguo Egipto, entre los primitivos mayas y los Incas, se establecía como regla, el matrimonio gobernaba.

En Roma, la familia se organizó bajo un régimen patriarcal monógamo, en el centro de la cual se colocaba la autoridad del matrimonio, fundada en el culto a los muertos.

El pater familias, era a la vez sacerdote del culto doméstico y magistrado para resolver los conflictos entre los miembros de la familia. El jefe de la familia era el único dueño del patrimonio familiar. En virtud de la manus, ejercía potestad absoluta sobre su mujer, los hijos, los hijos adoptivos y aun sobre los servidores domésticos.

La familia Romana constituía así una unidad religiosa, política y económica que se fundaba en el parentesco civil o en la agnación. La familia romana era una verdadera sociedad domestica que no estaba propiamente dentro del Estado, la familia romana sufrió una evolución y fue absorbida por el Estado. Este interviene con el orden jurídico que regula la relación familiar, se sustituye a la estructura antigua de la familia y disgrega su



conjunto. Esta corrupción del sistema se aceleró porque el propio Estado al correr de los tiempos, concedió derechos a la familia natural, semejantes a los que solo correspondía a la relación familiar, ahora bien ya que la familia en la antigüedad se viene dando un gran avance en lo que es el núcleo familiar.

La Familia Moderna, está formada por los progenitores y su prole el padre, la madre, los hijos y los nietos que habitan con ellos. Los efectos principales derivados de la familia consisten en el derecho a alimentos entre parientes próximos, el derecho a la sucesión legítima y en la prohibición para contraer matrimonio entre ascendientes o entre colaterales dentro del tercer grado en línea recta colateral desigual (tíos, sobrinos) y sin limitación alguna en la línea recta ascendiente o descendente, ya sea por consanguinidad o por afinidad.

La familia moderna se caracteriza por ser una institución fundamental fundada en una relación sexual, suficiente precisa y duradera, que permite la procreación y garantiza la educación y protección de los hijos. Ha de consistir en una relación sexual continuada, normalmente se funda en el matrimonio y excepcionalmente en una institución equivalente al concubinato.

Da lugar a un conjunto de deberes y derechos entre los cónyuges y entre los padres y los hijos. Atribuye a los miembros de la familia el derecho a usar el nombre patronímico que corresponde a cada grupo familiar, de esta relación deriva una cierta estructura económica que regula los bienes de los consortes y que permite la manutención y educación de los hijos. Esta unión permanente entre los cónyuges, se ubica en un hogar conyugal. La familia moderna ha perdido la extensión y la estabilidad que tuvo en el derecho romano y en la edad media y si bien hay que reconocer que desde el punto de vista económico, ha dejado de ser la familia un grupo productivo de bienes



inmediatamente útiles en la economía de una nación sigue siendo en nuestra legislación, el núcleo principal de formación del hombre, por lo menos en su constitución moral.

Nuestro Código de Familia en el libro III; Sección Primera se establece en el Artículo 233.- Que prescribe: “La regulación de la familia: La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú”

4.1.2. Unidad de Estudio Familia según el Tribunal Constitucional

Conforme se hizo el estudio de Investigación se llegó a los siguientes resultados de los objetivos especificados.

4.1.2.1. Objetivo General

Analizar la identificación de la definición de familia en la Constitución de 1993 en el marco del Artículo 4 segundo párrafo, desarrollando los aspectos relevantes como el fortalecimiento y la consolidación de la familia prescrito en el artículo 233 del Código Civil en el Derecho Peruano.

4.1.2.2. Objetivos Específicos:

1. Establecer por qué se debe definir a la familia en la Constitución de 1993 en marco del Artículo 4 segundo Párrafo en el Derecho Peruano.
2. Sistematizar cuales son las doctrinas que desarrollan a la familia dentro del Derecho Peruano.
3. Especificar cuáles son los lineamientos normativos jurídicos sobre los aspectos relevantes como el fortalecimiento y consolidación de la familia prescrito en el Artículo 233 del Código Civil en el Derecho Peruano.



4.2 . PARA EL PRIMER OBJETIVO

Establecer por qué se debe definir a la familia en la Constitución de 1993 en marco del Artículo 4 segundo Párrafo en el Derecho Peruano.

a. Especificación del Tribunal Constitucional

Nuestra Constitución Política del Perú específica de acuerdo a la historia republicana se tiene la Constitución de 1933 la que reconoció por primera vez de manera expresa la tutela de la familia, nuestra carta magna señalo en su momento que el matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la Ley. Teniendo la constitución de 1979, se conceptualizo a la familia como una sociedad natural y una institución fundamental de la nación. Así se llegó a la constitución de 1993 que prescribe fundamental vigente que reconoce a la familia como instituto natural y fundamental de la sociedad. No existiendo un único modelo de familia definido en la constitución vigente.

Como se tiene dentro de estas consideraciones y de la vocación tutelar puesta en manifiesto en nuestras Constituciones desde el año de 1933, quedando claro coherente, que el texto constitucional no establece o define un concepto único de familia, por lo que resulta complejo definir a una institución natural y fundamental como está sujeta a nuestro pasar histórico de los nuevos tiempos, como bien lo señalo nuestro Tribunal Constitucional, pues el instituto de la familia no debe relacionarse necesariamente con el matrimonio, como lo especificaba el Código Civil de 1936, que establecía una inconstitucional diferencia entre los hijos legítimos y no legítimos.

b. Sentencia 06572-2006-PA/TC.-

Del Expediente N° 06572-2006-PA/TC de fecha 06 de noviembre del 2007 el Tribunal Constitucional se pronuncia: en el punto 5, 6, 7, 8, 9,10 y 11



El Constitucionalismo de inicios del siglo XX el que por primera vez otorgo a la familia un lugar en las normas fundamentales de los Estados. Fue la constitución de Weimar 1919 en donde se reconoció expresamente el rol protector del Estado para con la familia en aquella época se identificaba al matrimonio como único elemento creador de familia. Se trataba de un modelo de familia matrimonial tradicional y nuclear en donde el varón era “cabeza de familia” dedicado a cubrir los gastos familiares y la mujer realizaba necesariamente las labores del hogar. De esa tendencia de reconocimiento de protección de la Familia, constituciones posteriores a la segunda guerra mundial fueron recogiendo dicha institución conceptuándola en muchos casos de manera similar.

El Tribunal Constitucional, ha referido a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, elemento natural, y fundamento de la sociedad, asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas, base de la sociedad, célula fundamental de la sociedad.

Por su parte el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) conceptúa a la familia, como elemento natural y fundamental de la sociedad sujeta a la protección del Estado y la sociedad. El artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el Artículo 23 establecen que la familia debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

Con lo establecido en el artículo 24, que establece el derecho que tiene el trabajador de contar con ingresos que le permitan garantizar el bienestar suyo y de su familia.

A pesar de esta gama de principios tendente a la tutela integral de la familia, el texto Constitucional no abona en definir el concepto de un modelo específico de familia. El instituto de la familia no debe relacionarse necesariamente con el matrimonio, como



ocurrida con el código civil de 1936 que manifestaba tal tendencia con la inconstitucional diferenciación de hijos legítimos y no legítimos.

La comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha reconocido la amplitud del concepto de familia, además de sus diversos tipos. Ello es de suma importancia por cuanto la realidad ha venido imponiendo distintas perspectivas sobre el concepto de familia. Los cambios sociales generados a lo largo del siglo XX han puesto el concepto tradicional de familia en una situación de detención. Y es que al ser este un instituto ético social se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Hechos como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia las migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional como son las surgidas de las uniones de hecho las monoparentales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas. (ECOSOC, 1947).

Bajo esta perspectiva la familia, no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se materialice la dimensión generativa o de procreación únicamente. La familia también es la encargada de transmitir valores éticos, cívicos y culturales, su unidad hace de ella un espacio fundamental para el desarrollo integral de cada uno de sus miembros intra e intergeneracional agente primordial del desarrollo social.

De lo expuesto, sin importar el tipo de familia será merecedora de protección frente a las injerencias que puedan surgir del Estado y de la sociedad. No podrá argumentarse en consecuencia que el Estado solo tutela a la familia matrimonial, teniendo



en cuenta que existen una gran cantidad de familias extramatrimoniales. Se comprende que el instituto familiar trasciende al del matrimonio. Esto no significa que el Estado no cumpla con la obligación de la Constitución en cuanto promover la familia matrimonial que suponen mayor estabilidad y seguridad de los hijos.

4.3. PARA EL SEGUNDO OBJETIVO

Sistematizar cuales son las doctrinas que desarrollan a la familia dentro del Derecho Peruano.

4.3.1 Núcleo Fundamental de la Sociedad

Para Barros (2012). La familia es el núcleo fundamental de la sociedad sobre la cual se construyen los Estados y la Iglesia. Existiendo una serie de causas la familia se halla en la actualidad en crisis sufriendo constantes conflictos entre esposos que dan lugar a una cantidad alarmante y progresiva de matrimonios, rotos tolerados, separados, divorciados y anulados y a una serie de relaciones problemáticas, discusiones tratan distanciamientos odiosos y malos modos entre padres e hijos. El concepto de familia ha evolucionado históricamente, desde la familia patriarcal compuesta por tres o más generaciones que viven juntas y participan de las mismas actividades siendo más solidarias y de apoyo mutuo, a las familias actuales de diversa tipología que van desde familia matrimonial, clásica, adoptiva y rehecha, compuesta de padre y madre e hijos a las familias de hecho y monoparentales.

Las familias deben ser centros de amor paz y educación cívica de relaciones íntimas y gratificantes de fácil comunicación de apoyo practico de estabilidad emocional, seguridad y permanencia. Tienen tres funciones: primera, ofrecer un ambiente seguro y estable a sus hijos donde puedan alimentarse, vestirse y cobijarse compartiendo todos sus miembros las tareas y responsabilidades del hogar. Segunda enseñarles unas normas ético



social de conducta en relación con las demás personas. Tercera, conseguir que sus hijos se sienta queridos y libres.

El diálogo claro abierto y sereno debe ser el medio de entendimiento y comprensión familiar indispensable para la comunicación y para expresión mutua de las ideas, sentimientos y opiniones de cada uno de los miembros buscando siempre la ocasión propicia para hablar y escuchar y mirándose atentamente con respeto porque ante todo las familias deben ser escuelas de amor y sacrificio.

Lacodaire, (1966) escribe: “El amor es principio de todo la razón de todo y el fin de todo. Francisco de Quevedo dice: el amor es la última filosofía de la tierra y del cielo”. San Pablo enseña: “el amor es paciente, servicial, todo lo cree, espera, tolera y soporta”, mientras el egoísmo desune, separa, distancia y odia.” (p. 24)

La familia es el núcleo de la sociedad, misma que sintetiza la gran responsabilidad que tiene el hogar sobre lo que proyecta la sociedad, la familia la responsable primaria de la educación del individuo, cuya formación integral incluye la escuela. Todo lo bueno y malo que tenemos en la sociedad se genera principalmente en los valores éticos y morales que dependen del ejemplo recibido en el seno familiar como de cada persona el buen ejemplo es vital, también lo es la propia condición humana de cada hombre y mujer. De poco sirve el buen ejemplo si la persona no tiene en si una fuerte convicción por el actuar correcto, sea cual sea el reto que le presenten la vida y todas sus circunstancias, la crisis institucional que sufre la familia hoy, es quizá uno de los mayores problemas que enfrentamos en esa lucha contra los males sociales que aspiramos. (laestrella.com.pa, 20116)



4.3.2. Elemento Natural

4.3.2.1. La Familia es el Elemento Natural y Fundamental de la Sociedad

Según la Declaración Universal de los Derechos Humanos ONU (1948). En su Artículo 16.3 señala: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado”.

La Convención sobre los Derechos del Niño (ONU, 1989-Preambulo) “reconoce que la Familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro la comunidad”.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos asimismo reconoce la esencia de lo que constituye una familia cuando afirma: “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” (Artículo 16.1).

Del primer párrafo se extrae La familia es el elemento “natural”, y del segundo párrafo, la forman los “hombres y mujeres” que desean “casarse y fundar una familia”. El fundamento de la familia natural es la unión complementaria entre un hombre y una mujer constituidos por un vínculo formal y estable libremente contraído y públicamente afirmado que es el matrimonio.

Constatan un número de estudios académicos en el ámbito de las ciencias sociales que ponen una y otra vez de manifiesto que la familia estable (padre, madre, hijos) arroja los menores resultados en lo más diversos indicadores relacionados con la educación, el bienestar físico y psíquico la salud, las adicciones, la economía, la seguridad física, las relaciones padres, hijos.



Según la ecología humana, “el hábitat idóneo en el cual el ser humano puede nacer y desarrollar sus potencialidades de forma óptima es la familia estable y o ello fundada en un compromiso permanente (matrimonio) en la que el amor del hombre y de la mujer (padre y madre) crean el ambiente de vida propicio: 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” (CDN,1989-Preambulo).

La familia es efectivamente, una sociedad natural que existe antes que el Estado o cualquier otra comunidad y que posee derechos propios e inalienables. La familia como síntesis de los impulsos humanos más profundos de sociabilidad, afectividad y amor no es creación de ninguna época Humana, sino patrimonio de todas las edades y civilizaciones. La familia es mucho más que una unidad jurídica, social y económica ya que hablar de familia es hablar de vida, de transmisión de valores de educación, de solidaridad, de estabilidad, de futuro, en definitiva de amor y vida.

La familia, es la primera célula educadora sin las familias todo el sistema educativo carecería de cimientos. La familia es vital para los niños porque en la familia se aprenden los criterios, los valores y las normas de convivencia esenciales para el desarrollo y bienestar de sus propios miembros y para la construcción de la sociedad: la libertad, respeto, sacrificio, generosidad, solidaridad.

La familia, es el lugar donde se encuentran diferentes generaciones, donde se ayudan a crecer en la solidaridad y el compromiso donde se aprende a armonizar los derechos individuales con las demás exigencias de la vida social. Es el ámbito humano donde se vive con mayor intensidad la entrega desinteresada de uno mismo a aquellos de quienes por su condición menos cabe esperar una compensación: los niños y los ancianos.



Esta entrega al más débil es un factor de humanización y solidaridad imprescindible para la propia vida social.

En la actualidad, la familia se ha convertido en el núcleo de estabilidad para sus miembros con problemas enfermedad, marginalidad o dependencia, amortiguando los efectos dramáticos que dichos problemas ocasionan. La familia es hoy un primer núcleo de solidaridad dentro de la sociedad.

4.3.3 Fundamento de la Sociedad

La familia es la forma más estable de convivencia en la sociedad. En la familia el ser humano encuentra protección y cariño y experimenta la solidaridad entre las generaciones las características y capacidades individuales que son condicionantes y fundamento de una sociedad libre y responsable se pueden desarrollarse mejor en el seno familiar. Estas incluyen el amor y la confianza la tolerancia y la consideración el respeto y la seguridad la disposición al sacrificio y a la responsabilidad compartida, la independencia.

La familia es el fundamento de la sociedad por ello se defiende el apoyo financiero de las tareas del hogar y su reconocimiento por parte de la sociedad, así como la protección de niños y ancianos. La unión en el seno de nuestras familias es el requisito para la existencia de nuestra sociedad.

La justicia promueve la maternidad y paternidad responsables. Propiciando entre la defensa de la vida del niño antes de nacer queriendo mejorar las bases para que cada niño en el seno de su madre sea aceptado aún bajo circunstancias económicas o sociales difíciles por lo cual es considerado que el estado debe proteger a las madres adolescentes y otras madres de condiciones de riesgo. www.ipfe.org



4.3.4. Asociación Natural de la Sociedad

Según al preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño ONU (1989) indica que: “ La familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesaria para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”. Esta protección es responsabilidad de toda la sociedad y de las autoridades políticas, cuya finalidad es servir al bien común. Desde la asunción del principio de subsidiariedad, los gobiernos deben ayudar a las familias a que puedan asumir plenamente sus responsabilidades.

La Protección de la Familia, reconoce los efectos positivos que las políticas y medidas de protección de la familia pueden tener sobre la protección y la promoción de los derechos humanos de sus miembros. Una política de familia limitada exclusivamente a las políticas sectoriales o a planes integral es para los miembros de la familia en cuanto individuos resulta siempre una política familiar incompleta. La familia debe ser defendida como una institución privilegiada, su vocación consiste en el cuidado de los otros, especialmente en sus etapas más débiles, al principio y al final de la vida. CDH.

Desde el instituto de Política Familiar, que es necesario avanzar hacia una política de familia que apunte expresamente a lo concerniente al grupo familiar en cuanto medio efectivo, educativo, económico y social, lo que supone que no se legisle solo en términos de individuos sino en términos y en función de personas que viven en una familia, se propone avanzar hacia una política familiar integral, que supone legislar con perspectiva de familias y promover de unas políticas públicas que deberán:



Ser de carácter universal (dirigidas a todas las familias sin exclusiones ni restricciones ya que el Estado las reconoce y propone con un bien para todos y por ello las apoya en todos sus aspectos) y no exclusivamente asistencial (destinadas a las familias con dificultades y que tienen como objetivo corregir desigualdades).

- a. Promocionar a la familia como institución.
- b. Fomentar la idea misma de la familia promoviendo una cultura y ambiente favorable.
- c. Permitir a la familia afrontar el día a día.
- d. Ayudar a los padres a tener los hijos que deseen.
- e. Integrar de manera verdaderamente humana y constructiva sus distintos ámbitos de desarrollo laboral, familiar y personal.
- f. Ayudar a superar las crisis familiares.
- g. Reconocer el derecho de los padres a educar a sus hijos.
- h. Promover la participación activa de padres y asociaciones.
- i. Tener en cuenta con medidas específicas a las familias con determinadas necesidades.

Celebramos por tanto la Resolución para la Protección de la familia como un paso positivo en esta Dirección, pero solicitamos que se inste a los Estados miembros a la implementación de una perspectiva de familia para lograr de manera efectiva el objetivo de la misma. (lolavelarde@ipfe.org, s.f.)

4.4. PARA EL TERCER OBJETIVO

Especificar cuáles son los lineamientos normativos jurídicos sobre los aspectos relevantes como el fortalecimiento y consolidación de la familia prescrito en el Artículo 233 del Código Civil en el Derecho Peruano



4.4.1. Constitucionalización del Derecho de Familia

Según Castro (2011) posteriormente la Constitución de 1979 conceptualizo a la “Familia como una sociedad natural y una institución fundamental de la nación; teniendo la constitución de 1993 norma fundamental vigente reconoce a la familia como instituto natural y fundamental de la sociedad”

El primer axioma, el de la primacía constitucional hoy no es discutido: la constitución prevalece sobre el resto del ordenamiento, incluido, obviamente el Código civil. Esta orientación ha ingresado al derecho de familia dando lugar a la llamada constitucionalización del derecho de familia, desatando un proceso de revisión o re significación de conceptos relaciones y de los tradicionales construidos a la luz de viejos paradigmas.

Según el maestro Miranda (2008) 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. 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.

a. Porque la Constitución es Norma Jurídica

STC 5854-2005-PA/TC, Fundamentos jurídicos 3 y 5 el tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, que 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 una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto.

La Constitución es una 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.

b. La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos incorpora a la nueva doctrina del Derecho de familia entre otros los siguientes principios:

Principio de razonabilidad y proporcionalidad; El operador jurídico deberá elegir la interpretación jurídica o la norma más favorable al ser humano con independencia de la jerarquía de la norma o del origen nacional o internacional. Interpretar la norma de la manera más favorable a la persona.

De las afirmaciones del Maestro Aguila (2014) se presenta por la Construcción de una Línea Jurisprudencial es donde surge la identificación de un problema Jurídico, esto se da por la existencia de una norma vigente pero que se hizo antes de la Constitución que está rigiendo, es el caso de Perú y del Código Civil de 1979 esto origina un desajuste en la construcción de la línea Jurisprudencial en el ámbito del Derecho de Familia, el Código Civil de 1984 regula en su libro tercero a la Familia pues esto fue hecho a la Luz de la Constitución de 1979 que en su Artículo 5 señalaba que el Estado Protege al matrimonio y la Familia más tarde la actual Constitución de 1993 en su Art 4 segundo párrafo regula el Estado protege la familia y regula el matrimonio existe una diferencia sustancial primero con respecto al matrimonio entre proteger y promover ha hecho que el Tribunal Constitucional a través de sus sentencias le de diferentes enunciados definiciones



o conceptos a la familia, entonces el problema Jurídico es qué definición o Concepto de familia o cual es la protección a la familia que modelo de familia persigue la Constitución de 1993. Identificado ese problema desarrollare las siguientes sentencias hito. Lo subrayado en los casos prácticos es apreciación crítica del autor.

Casos Prácticos:

Caso Rosas Domínguez (Sentencia del 14/03/08, EXP.N°06572-2006-PA)

El caso Rosas solicitan pensión de viudez (DL. 19990) alegando tener una declaración judicial de unión de hecho con quien fue su conviviente, así el problema por dilucidar es si procede reconocer la pensión de sobrevivientes a pesar de la omisión expresa de la norma.

Con respecto a lo señalado por el Tribunal Constitucional: interpreta el mandato de protección a la familia y promoción del matrimonio, señalando que la Constitución vigente presenta una serie de principios tendentes a la tutela integral de la familia pero no la define, de esta forma no reconoce un modelo específico, por lo que este instituto no debe relacionarse necesariamente con el matrimonio; así existen familias con estructuras distintas a la tradicional como las uniones de hecho. Cualquiera sea su forma será merecedora de protección, trasciende al matrimonio, pudiendo este dejar de existir pero persiste la familia.

El modelo de familia matrimonial no continua siendo el parámetro para decidir si una relación afectiva entre dos personas constituye una familia, ya que con el reconocimiento constitucional se legitiman y salvaguardan la dignidad de las personas que optan por la convivencia, se les reconoce como familia.



La importancia del mandato de igualdad radica en que dado que el sistema privado de pensiones sí reconoce la pensión de viudez al conviviente y el Decreto Ley 19990, frente a la contingencia que implica la muerte del conviviente, se puede apreciar que se está ante una vulneración de este mandato de igualdad ya que la diferenciación normativa no resulta un argumento objetivo y razonable que pueda justificar la diferencia de trato. Así el artículo 53° del DL 19990, visto a luz de la Constitución vigente, debe ser interpretado de forma tal que se considera al conviviente supérstite como beneficiario de la pensión de viudez, ello siempre y cuando se acrediten los elementos que acrediten su existencia con documentos fehacientes protege y reconoce a las uniones de hecho como fuente de constitución de la familia, además legitima y salvaguarda la dignidad de aquellas personas que optan por la convivencia y por ende merecen la misma protección por parte del Estado.

Actualmente existe una tendencia manifiesta hacia la más amplia protección de los derechos humanos. Ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo a las leyes.

Del Principio Pro Homine se tiene: Aplicado en este fallo, dispone la asignación del derecho favorable a la persona, lo que lleva a una interpretación a favor libertatis o sea a la interpretación que mejor favorezca y garantice los derechos humanos. Si hay varias normas o interpretaciones aplicables a un caso concreto, se debe elegir la que más proteja los derechos de la persona.

El Caso de Rosa Domínguez, se ha aplicado el Principio de Interpretación Dinámica de los derechos humanos, adecuando la normatividad interna a las disposiciones de la Constitución d 1993 como al protocolo de San Salvador, dejando de lado el precepto de proteger a la familia constituida en un matrimonio. Prima el respeto a



la tolerancia de otras formas familiares ya que el derecho humanitario llama al derecho reglamentario a respetar y admitir el proyecto de vida autorreferencial de cada persona y la configuración de diferentes formas familiares. Por ende, si el Tribunal hubiese declarado infundado el otorgamiento de la pensión de viudez, se estaría truncando el pleno desarrollo de su personalidad y proyecto de vida individual

Establece que las normas de derechos humanos deben interpretarse de acuerdo a los valores y avances de la humanidad en el tiempo y de no de acuerdo a los valores vigentes al momento de creación de la norma.

c. Supremacía Constitucional y Regla de Reconocimiento Constitucional de la Familia

1. Protección de la Familia
2. Promoción del matrimonio
3. Reconocimiento de la unión de hecho

d. Principio de Protección de la Familia

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.

Esta sentencia va determinar el Tribunal Constitucional la protección a la familia donde la decisión que determina que la concubina tiene Derecho a cobrar la pensión de viudez si se quiere en un lenguaje tosco la que no es viuda puede cobrar la pensión de viudez es que le da un sentido a ese ámbito de protección de la familia ya no solo a la familia matrimonial sino también a la familia concubina esa sentencia hito Constituiría la Sentencia Fundadora.

Exp N°09332-2006-Pa/TC Lima Caso: Reynaldo Armando Shols Perez



Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales 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 que ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional como son las surgidas de las uniones de hecho las monoparentales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas. 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 a su vez también uno de los institutos naturales y fundamentales de la sociedad, como lo es la familia.

Es una sentencia denominada confirmatoria la sentencia que determina las familias ensambladas no solamente reafirma como el caso anterior la existencia de una familia matrimonial y concubina como lo señala el Código Civil y le añade la protección sino que ahora establece el modelo de Familia a raíz de que la Constitución señala la protección a la Familia es decir a los dos modelos ya señalados le aumenta un tercero, la Familia monoparental formada por aquellas circunstancias en la cual una sola persona es padre y madre para sus hijos es el caso de la viuda del divorciado el caso de los separados etc, en la cual va determinar luego un cuarto tipo de Familia que resulta la unión del viudo con sus dos hijos y la divorciada con sus tres hijos determinando que la unión de ellos más allá de que sea matrimonial o concubina va determinar la formación de una nueva familia llamada Familia Reconstituida o Familiastra pero la denominación que más ha calado es la de familia ensamblada de tal manera ya vemos como el Tribunal Constitucional va delineando primero una protección familiar y ahora el modelo familiar según la Constitución de 1993.



Caso: J.A.R.R.A y V.R.R.A STC N°1817-2009-PHC/TC

Fundamentos Destacados: Se tiene que la demanda tiene por objeto que en cumplimiento del régimen de visitas establecido en la resolución de fecha 29 de diciembre de 2006 y confirmado por la resolución de fecha 6 de julio de 2007, se ordene a don Juan Manuel Fernando Roca Rey Ruiz Tapiador que permita a sus menores hijos identificados con las siglas J.A.R.R.A. y V.R.R.A. interactuar con doña Shelah Allison Hoefken. Dicho lo anterior, la demandante en su recurso de agravio constitucional ha señalado que su menor hija, identificada con las siglas V.R.R.A. ya le ha sido entregada en virtud de la medida cautelar de fecha 28 de febrero de 2008, por lo que sólo solicita que se le entregue a su menor hijo identificado con las siglas J .A.R.R.A. pues éste aún continúa bajo la custodia del emplazado teniendo presente los sucesos relatados por el Tribunal estima que, en principio la demanda tendría como único beneficiario al menor identificado con las siglas J.A.R.R.A, aparentemente en caso de la menor identificada con las siglas V.R.R.A. habría operado la sustracción de la materia, al haber sido entregada a su madre se tiene presente que la entrega de la menor se produjo luego de presentada la demanda , el Tribunal consideró pertinente precisar que en virtud del artículo 22 del Código Procesal Constitucional, los efectos de la presente sentencia alcanzarán a los dos menores beneficiarios con la demanda ,debe recordarse que en la demanda se alega que los derechos a la libertad individual, a vivir pacíficamente y a la integridad moral, psíquica y física de los dos menores habrían sido vulnerados por el emplazado, debido a que éste en su condición de padre les impide que puedan ver a su madre a pesar de que judicialmente se ha determinado un régimen de visitas a su favor y porque son objeto de reiterados maltratos psicológicos y físicos .

Sobre la base de dichos alegatos, el Tribunal estima que a pesar de que en la vía judicial ordinaria se ha determinado un régimen de visitas a favor de la demandante, por



las particulares circunstancias que rodean el presente caso por los derechos cuya protección se solicita y por los sujetos beneficiarios, el proceso de hábeas corpus resulta ser la vía idónea para resolver la controversia planteada donde tribunal señala que : “el niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que impedirselo o negárselo sin que existan razones determinantes entorpece su crecimiento y suprime los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como viola su derecho a tener una familia”.

En otra sentencia del Tribunal Constitucional hacía referencia a lo sostenido también por el Tribunal Europeo de los Derechos humanos y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde se subraya y enfatiza en destacar que: a) el proceso de habeas corpus es la vía de protección de la esfera subjetiva de la libertad e integridad personal; b) son aplicables los principios del interés superior del niño (art. 4 Const. P) y el de protección especial del niño; c) la exigencia de celeridad en los procesos judiciales que involucren a los niños; d) el derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de ella. En línea con el jurista Martínez de Aguirre, la familia es el medio ambiente adecuado para el desarrollo del niño, un entorno natural altísimamente especializado, diseñado para proporcionar al niño, desde su nacimiento, la protección que precisa, así como para satisfacer sus necesidades físicas, intelectuales, volitivas y afectivas. Si se les desarraiga de la familia. El tribunal constitucional señala en los siguientes:

Fundamento 2 señala El principio de protección especial del niño El principio de protección especial del niño se erige en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un principio fundamental. Fue inicialmente enunciado en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, que parte de la premisa de que los niños son lo mejor que tiene la humanidad, razón por la cual deben ser especialmente protegidos de una manera más amplia y precisa este principio fue reconocido en la Declaración de los



Derechos del Niño, que en su Principio 2 señala que el "niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios y condiciones de libertad y dignidad". El artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos también reconoce este principio al señalar que la infancia tiene "derecho a cuidados y asistencia especiales". El artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que los "Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar". Finalmente, el artículo 19° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que todo "niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado"(...)

En su fundamento 3 señala El principio del interés superior del niño En esta especial orientación proteccionista se encuentra también el principio del interés superior del niño que a decir de la Corte IDH, se "funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño en su fundamento 4 El derecho a tener una familia y no ser separado de ella el derecho del niño a tener una familia se encuentra implícitamente consagrado 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". En contrapartida a dicho reconocimiento implícito, tenemos que precisar que en nuestro ordenamiento jurídico este derecho se encuentra explícitamente reconocido en el artículo 8° 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".



A consideración de este Tribunal, el derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella es un derecho fundamental 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 1 ° y 2°, inciso 1) de la Constitución el niño tiene derecho a tener una familia y a vivir con ella, a fin de satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, debido a que ésta es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños. De ahí que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia y una manifestación del derecho al tener una familia y 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.

Fundamento 4 señala: El derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material el derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material se encuentra reconocido en el Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, que establece que el "niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material". Para evaluar los alegatos de la demanda.

Fundamento 5, tal como ha sido planteada la demanda, los derechos cuya vulneración aduce el demandante son los relativos a la libertad, integridad personal tener una familia y no ser separado de ella y crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material de su menores hijos ya que se le habría privado de la posibilidad de tener contacto con ella y además estaría viviendo en condiciones inadecuadas es indudable que



si amerita que el Tribunal se pronuncie sobre el fondo de la materia controvertida para lo cual deberá examinarse en qué consisten los principios de protección especial e interés superior del niño y los derechos de ella así como el derecho a crecer en un ambiente de afecto y seguridad. Fundamento 16, teniendo en consideración que no consta de autos que la demandante hubiera sido suspendido en el ejercicio de la patria potestad por mandato judicial habiendo la propia demandada reconocido que es el quien tiene bajo su cuidado a los menores y además se encuentra alejada tanto de su madre correspondería declarar fundada la demanda y ordenar la entrega de los menores a su madre.

Declarándose fundada la demanda, por haberse acreditado la vulneración de los derechos a la libertad individual, a la integridad personal, a tener una familia y no ser separado de ella a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material y a la efectividad de las resoluciones judiciales. Ordenar a don Juan Manuel Fernando Roca Rey Ruiz que entregue, de manera inmediata, al menor identificado con las siglas J.A.R.R.A. Doña Shelah Allison

Que son las iniciales por ser menores de edad de los hijos del matrimonio Roca y Rey Alison, disuelto el matrimonio los menores quedan bajo la tenencia del padre, sin embargo la madre cuando quería visitarlos siempre tenía diferentes pretextos y negativas, a lo que ella interpone una demanda de Habeas Corpus a la diferencia de los dos casos anteriores son lo natural demandas de amparo aquí se presenta una demanda habeas corpus en primera instancia fue rechazada pero en el ámbito del Tribunal Constitucional fue desarrollada lo que se llamó el derecho a pertenecer a una familia y no ser separado de ella siendo declarada fundada además existiendo lo que ya habían resuelto en las sentencia fundadora y en la sentencia confirmatoria en los dos casos anteriores ahora se consolidaba una mayor de protección a la familia.



4.4.1.1. Desarrollo Constitucional de Familia y el Código Civil de 1984

La comunidad de personas iniciada o basada en el matrimonio de un hombre y una mujer.

El Concepto Jurídico De Familia En El Código Civil De 1984, responde a los siguientes postulados de la constitución de 1979: 1. Principio de protección del matrimonio y de la familia 2. Principio de reconocimiento de las uniones de hecho more uxorio (strictu sensu). El principio de protección de la familia matrimonial importo, por un lado reconocer que solo del matrimonio surge una familia. El principio de reconocimiento de las uniones de hecho determino que de estas no surja una familia por estimarse que solo producen efectos patrimoniales

4.4.1.2. Los Postulados Jurídicos de Familia del Código Civil de 1993

Los postulados de la Constitución de 1993 son:

Principio de protección de la familia, promoción del matrimonio y Principio de reconocimiento de las uniones de hecho more uxorio

4.4.1.3. El Modelo de Familia Garantizado por la Constitución de 1993

1. Desvincula la familia del matrimonio que se adhiere a la corriente del reconocimiento de la convivencia more uxorio. Por lo que el matrimonio no es ya la única fuente de constitución de una familia, la familia que se protege es una sola sin considerar su origen matrimonial y extramatrimonial.
2. Existe una diferencia sustancial entre el modelo constitucional de familia de la constitución de 1993 y el concepto jurídico del código civil de 1984
3. En la constitución de 1993, la familia es una sola, sin importar su base u origen. ello obliga a una relectura de las disposiciones del código civil de 1984 para redelimitar el concepto jurídico de familia



4.4.1.4. La Familia en el Sistema Jurídico

Se observa que la regulación jurídica de unión de hecho influye en la desprotección legal del conviviente aplicando el principio de interpretación dinámica de los derechos humanos, se advierte la necesidad de adecuar la normatividad interna a la realidad peruana. Esto significa que se requiere la modificación del artículo 326 del Código Civil.

Cuarta disposición final y transitoria de la constitución que señala que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú.

4.5. ESPACIO FUNDAMENTAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LAS PERSONAS QUE INTEGRAN LA FAMILIA

Se ha dado nuevos cambios socioculturales, donde han sido acelerados en la segunda mitad del siglo XX inducido por la ciencia y la tecnología o bien por los constantes crisis de valoración en las poblaciones generalmente jóvenes que no encuentran modo de integración en el sistema social, que se presenta consecuencias en los diferentes ámbitos que se da en los cambios políticos, económicos, educativos y sociales ocasionando incertidumbres e inestabilidad sobre todo en la familia como estructura social, *una sociedad sin estructura social es un agregado de hombres sin coherencia y sin funcionalidad*. Y aquellos valores culturales que se creía inamovibles se han desmoronado para adquirir otro contexto o dimensión.

Para lo cual se investiga el rol que juega en todo esto la familia, la familia debería asumir el rol como unidad fundamental de la vida humana, donde giran la mayoría de los ritos de la vida: nacimiento, bautizo, evangelización (primera



comuni3n) y los ritos de la adolescencia el ingreso a la escuela, el matrimonio el divorcio la enfermedad y la muerte es precisamente en ella donde el individuo moldea toda la estructura moral que regir3 su conducta y su vida. La familia es pues es referencia de vida de cada persona en nuestra sociedad; son estructuras complejas en donde se vierten las emociones de los individuos, son filosof3as de vida en donde se mantienen los v3nculos afectivos, val3rales en donde se ponen m3s a prueba los conflictos humanos. En el seno de la familia se producen procesos b3sicos: la expresi3n de sentimientos, adecuados o inadecuados, la personalidad del individuo y patrones de conducta; todo esto se aprende en la din3mica familiar y los que as3 aprendan ense3aran a su vez sus hijos. (Otero, 1965).

La familia, es un centro de expresi3n espiritual (dentro de la s3per estructuraci3n del desarrollo), cuando su integraci3n es positiva, dentro de ellas se generan los valores m3s 3ntimos del esp3ritu: amor, bondad, toda una serie de expresiones 3ticas y de felicidad personal, pero al mismo tiempo si no sucede as3 la familia viene siendo el centro de sufrimiento y malestar m3s grande del hombre.

Los miembros de una familia, tienden a parecerse, no solo fenot3picamente sino conductualmente, con la finalidad de dar respuestas sustentadas en la bibliograf3a en lo referente a la importancia de la familia como estructura social, en la formaci3n de valores en el ni3o en los primeros a3os de su vida

4.6. BASE DE LA SOCIEDAD

“La familia es el resplandor terrenal de amor y paz donde se construyen naciones unidas por vinculo”



Dado que la familia es la génesis en donde el niño aprende la noción de ser humano, de ser persona en donde se inicia la educación, donde aprende los hábitos esenciales que se cumple el resto de la vida, ejemplo el control de esfínteres, limpieza, alimentarse etc. También aprenden nociones básicas acerca de los patrones de afectividad del ser humano, el concepto de madre y madre; sexo, mujer y hombre todo eso en un momento crucial de su crecimiento y desarrollo (los primeros años de su vida). (Alborzno, 1984).

Es en el hogar, donde aprendemos constantemente, la educación es una dinámica incalculable, se podría decir infinita, por ello debemos verlo como el sitio de multiplex influencias educativas que interactúan entre sí.

Dentro de estos elementos educativos, en la familia podemos mencionar: padre, madre, abuelos, hermanos, primos, amigos del hogar, servicio doméstico, los medios de comunicación e información, etc. Los padres deberían enseñar el hacer, y el quehacer, para completar estos cinco conceptos básicos de la educación inicial del niño: autoridad, y la afectividad están asociados a los elementos de organización, disciplina orden, innovación, descubrimiento, equilibrio, por esto los padres tiene una responsabilidad de ayudar a este nuevo ser a insertarse armoniosamente en el mundo físico y social, a que aprenda a identificar los objetos, los seres.

Así mismo, a acompañarlos a la formación y desarrollo de la conciencia, a enseñarles que somos mortales a pensar críticamente y con creatividad a enseñarles que la vida tiene un sentido histórico: nacimiento, matrimonio, divorcio, muerte; que nuestros actos son voluntarios pero responsables, entrenarlo en la toma de decisiones frente a distintas alternativas, que hay decisiones críticas y que otras pueden posponerse.



Lo esencial es que aquello que enseñan, a sus hijos en los primeros años es sumamente importante porque si bien la conducta es modificable, esos primeros años son huella indeleble. (Albornoz, 1984).

En el hogar enseñamos a nuestros hijos aun cuando no tengamos la intención de hacerlo, porque actúa de modo poderoso el factor de imitación y posteriormente modelaje.

Un niño aprende, de sus padres los dos modelos de seres humanos, el modelo hombre y el modelo mujer. El problema enorme de los padres que son solo mujer, por ejemplo deriva del hecho de que sus hijos están expuestos a un solo modelo, mientras el otro se halla ausente. Esta es la consecuencia más importante en los niños de la disolución de la pareja. El niño y el joven necesitan ser educados a partir de la existencia de unos valores claros, bien configurados, con una coherencia que les de credibilidad. En este aspecto no puede existir el doble discurso ni la doble vida porque se transmítanlas vivencias y se viven las creencias. (Ramos, 2000).

4.7. LA FAMILIA COMO INSTITUCIÓN NATURAL Y FUNDAMENTAL DE LA SOCIEDAD

Según Velasco (2005) refiere el concepto de naturaleza superficialmente puede parecer simple y evidente no lo es en absoluto y por eso lo primero que resulta necesario establecer es que se entiende por naturaleza.

Esta pregunta resulta excesivamente amplia porque la historia ha producido una infinidad de significados del termino naturaleza hasta el punto de que Ferrater Mora concluye su recorrido a través de la filosofía moderna afirmando que se han dado centenares de definiciones del termino naturaleza, en diversos terrenos; en las ciencias positivas, en la jurisprudencia, en la ética, en la teología, en la estética etc. En la modernidad no hay ningún concepto común de naturaleza, esta dificultad que se puede



antojar insuperable a primera vista, se puede reducir en gran manera porque como concepción de la familia como institución natural, se desarrolla en el marco de la filosofía Aristotélico-Tomista y del pensamiento Cristiano. se tiene tres significados básicos: (Ferrat, 2004)

1. Significado Cosmológico.- El sentido más común y básico de la palabra naturaleza, el que se usa habitualmente en el lenguaje ordinario, es el de conjunto de las cosas naturales, no humanas: el cosmos, las plantas, los animales, etc. Natural o Naturaleza desde este punto de vista se entiende como lo originario o primigenio, lo no hallado por la mano del hombre y sujeto a unos dinamismos propios fijos y autónomos (las leyes de la naturaleza) que no están a disposición del ser humano y que este debe respetar (ecología). Lo natural se opone así (desde los griegos) a lo artificial, al mundo generado por la razón humana y poblado por invenciones con una vida más débil y compleja dependiente del hombre para su funcionamiento.

2. Primer Significado Filosófico.- La naturaleza corpórea Aristotélica hay un primer significado filosófico del término naturaleza (physis) elaborado por Aristóteles, que responde en buena medida a esta concepción de lo natural. Este concepto recoge por un lado que las cosas naturales tienen un modo de ser material estable y con una estructura dada fijado: la esencia. Recoge también que este modo de ser no es estático sino dinámico: los seres naturales poseen un principio activo que les orienta y les empuja hacia su perfección que consiste en desarrollarse según los patrones correspondientes a su modo de ser. Ese principio es también naturaleza. La unión de ambos lleva a la conocida definición de naturaleza como la sustancia o la esencia corpórea en cuanto principio de operaciones o pasiones. La naturaleza corpórea así definida remarcan y sintetizan



Refiere Artigas (1989) se distingue de lo que es espiritual y de lo que son artificiales dos puntos:

a. Respecto al ser espiritual: la noción física de naturaleza incluye la materia, todo lo que de cualquier modo es supra físico o supra material no es natural. Natural es lo que es espontáneo y no procede de la razón. Los hechos naturales se repiten siempre del mismo modo excepto los sucesos casuales en cuanto siguen la necesidad materia, el conocimiento unívoco impuesto por la materia los fenómenos de la vida del espíritu por el contrario son diversísimos y libres (ejemplo, el hecho que una persona pronuncie una conferencia no se considera un fenómeno de la naturaleza).

b. Respecto a lo artificial: los objetos artificiales son los producidos por el trabajo del hombre (que los antiguos denominaban, arte). El arte es un principio racional por el que se producen cosas externas que la naturaleza no produce. Estos objetos se mueven completamente ab extrínseco como una silla, un martillo, o una calculadora, aunque evidentemente, estos

Entes poseen fuerzas naturales de las que el hombre se sirve para que produzcan los efectos no previstos por la naturaleza el concepto originario Aristotélico Tomista de naturaleza se toma del mundo físico e importa las siguientes notas: carácter no espiritual, no racional, determinado unívocamente y opuesto al arte o a lo artificial que se define por proceder de la razón o de la intervención humana. La determinativo ad unum se enmarca también en el contexto de una causalidad rígida establecida por los fines que fijan la naturaleza.

Tiene sentido en relación a fin que determina el comportamiento del ser en cuestión, sus acciones se orientan a la consecución de ese telos, pero de manera necesaria, porque la materia no deja lugar a la libertad.



3. Segundo Significado filosófico.- La noción ampliada de naturaleza, resulta patente que la noción de naturaleza corpórea no se puede aplicar directamente al hombre pues ahogaría de plano la libertad y la creatividad. Es más el concepto resulta directamente hostil pues se ha construido justamente para definir el reino de lo natural frente al reino de lo artificial propio de la razón, la filosofía aristotélica considera que es posible superar esta dificultad porque el concepto de naturaleza puede perder la propia connotación material y extenderse a cualquier ente. La naturaleza aquí es la esencia en cuanto principio de operaciones.

Al prescindir del carácter material, la naturaleza se convierte en un concepto formal que se puede aplicar al hombre sin empacho puesto que no hace referencia más que a un genérico modo de ser. Puesto que el modo de ser del hombre es libre, su principio de operaciones, es su naturaleza, incluye en este caso la libertad.

El hombre tiene una naturaleza como el resto de los seres creados en la medida en que inevitablemente una esencia y un principio de operaciones es decir una naturaleza a diferencia de los demás entes y esto es lo fundamental puede adherirse o no libremente a ella, puede obrar según lo que ella le dicta u oponerse a esas indicaciones. La diferencia esencia gracias a la cual es posible salvar la noción de naturaleza para el hombre y aplicarle una noción que inicialmente no solo no había sido forjada para el sino, más bien para distinguir a algunas realidades (las naturales) de ese mismo hombre

Primera respuestas: reflexión sobre la obra de Leclercq, (1961); una vez realizadas las definiciones pertinentes, toca comenzar a recabar respuestas a un interrogante que ahora podemos formular de una manera más precisa refiriéndonos a uno u otro de los sentidos que hemos establecido.

El sentido común quizá llevaría a descartar de modo absoluto el primer significado y entre las dos posibilidades de carácter filosófico, optar



decididamente por la segunda, aunque pueda resultar sorprendente no siempre ocurre esto. En la tradición que tiende a designar a la familia como “Institución Natural”, sucede lo siguiente. Se descarta de modo general la definición 1 aunque tomando algunas de sus características, y no se realiza ninguna opción clara entre las definiciones 2 y 3. En realidad parece más bien que se da una cierta confusión entre ambas que se emplean de forma alternativa y sin distinguirlas suficientemente.

En ocasiones se opta abiertamente por expresiones y formulaciones muy cercanas a la posición 2, lo que significa que la familia se concibe de manera muy naturalista y en otras se opta por la posición 3 mediante un recurso general y muy indefinido a la naturaleza humana. Un texto útil para observar este planteamiento es el estudio de Jean Leclercq, la familia según el derecho natural.

interés de esta obra radica en que se trata de un texto profundo relativamente moderno que incorpora ya una cierta evolución conceptual en relación a formulaciones mucho más arcaicas de esta tradición debido a la toma de conciencia por parte del autor de las necesidades de asumir algunos cambios en el modo de entender y estudiar a la familia. Afirma Leclercq, se da un acuerdo universal de género humano que se explica por el mismo carácter de la institución familiar. No hay institución más cercana a la naturaleza. Sociedad simple apoyada de manera inmediata en ciertos instintos primordiales, la familia nace espontáneamente del mero desarrollo de la vida humana.

La familia entre los pueblos más civilizados, se conserva en un estado muy cercano a la naturaleza. Compuesta de un padre, una madre y sus hijos, la Familia se apoya en sentimientos naturales sensiblemente



idénticos tanto entre los civilizados como entre los primitivos y no evoluciona, como la sociedad civil hacia un organismo complicado cada día más artificial.

Se apoya en un texto más antiguo escrito por Bonnacasse (1961) que suscribe un naturalismo extremo y aun en la época moderna, no tanto un conjunto de personas y voluntades individuales agrupadas arbitrariamente cuanto un dato de la naturaleza misma de las cosas que nos impone y que se manifiesta por un organismo especial de contornos preciso, animado de una vida colectiva propia, de la cual participan de modo absolutamente necesario lo mismo nuestra condición física y patrimonial que nuestra existencia moral, la visión naturalista de la familia sentidos 1y 2, no se trata solo de que se considere una institución adecuada a la naturaleza humana sino que se la concibe como un hecho casi natural en el sentido biológico y cosmológico de la palabra. Las expresiones no dejan lugar a dudas. La familia se conserva en un estado muy cercano a la naturaleza es una realidad simple surge espontáneamente de instintos primordiales no evoluciona hacia realidades artificiales, expresiones que el texto de Boneccasse se convierten en un dato de naturaleza misma de las cosas que se impone y que se manifiesta por un organismo especial contornos precisos animado de una vida colectiva propia.

Qué es esto más que una visión cosmológica o cuasi cosmológica si no se quieren cargar las tintas de la realidad familiar una visión en la que los elementos propiamente humanos; libertad, razonabilidad prácticamente desaparecen hasta transformar a la familia es una institución cuasi- biológica cercanísima a las estructuras de producción de los animales, un primer significado de la familia como institución natural una estructura análoga(no idéntica, evidentemente) a las unidades de reproducción animales cercana a



la naturaleza, estable evoluciona o muy poco) en la que las referencias a los rasgos específicamente humanos son escasas.

El autor usa exclusivamente las definiciones 1y2, también usa la tercera. Cuando pasa de la definición conceptual de familia a una descripción más fenomenológica, el discurso cambia de registro. Se habla del hombre y de la mujer de su igualdad diferenciación y complementariedad del compromiso y entrega que supone la creación de una nueva familiar. El contexto de las definiciones 1y2y el de la definición 3, ahora describe a la familia como una realidad adecuada al modo de ser del hombre, pero si un recurso intenso al termino naturaleza recalco esta última idea porque tiende a ocurrir lo siguiente: si se recurre con mucha frecuencia al termino naturaleza parecen primar las ideas que reflejan los conceptos 1 y 2.

Cuando esa referencia no es reiterativa el discurso se dulcifica de connotaciones naturalistas. El autor Leclercq todavía emplea el término naturaleza en una tercera modalidad consistente en usar los diversos significados de manera simultánea, confusa y con tintes contradictorios. El texto más claro es el siguiente.

El autor afirma que la familia es una institución natural, nace espontáneamente donde quiera que haya hombres, el Estado le asigne un estatuto jurídico. En la mayoría de sociedades la familia existe sin intervención del Estado y se rige por costumbres tradicionales. La unión de los sexos y la procreación pueden darse en condiciones contrarias a las exigencias de la naturaleza humana, la naturaleza de tinte biologicista de las definiciones 1 y 2 se afirma que surge de manera espontánea eso que se produce sin que intervenga la razón se rige por costumbres tradicionales significa eso que deberían ser iguales en todas partes, en versión biologicista a la unión de los sexos y a la procreación aquí donde surge la sorpresa, todo esto puede acabar realizándose de manera contraria a las exigencias de la naturaleza humana. Esta naturaleza tiene que ser



evidentemente del sentido 3, como puede surgir la familia de manera espontánea sin intervención externas de modo natura, al mismo tiempo ser contraria a la naturaleza humana.

a. Es la Familia una Institución Natural sentido 1 y 2, la familia del hombre, la familia humana no es una institución natural en el sentido de simple espontanea, cercana a la naturaleza no influenciada por el artificio, la familia es una instancia humana, voluntaria, libre, racional y cultural. Las familias no surgen como las setas o los árboles, son el producto de decisiones que se toman en contextos sociológicos determinados están mediadas por la inteligencia y la voluntad individuales y por la cultura, la respuesta teórica negativa esta corroborada o fundamentada por la antropología cultural.

Si la familia fuese un hecho espontaneo y natural tendría que ser básicamente idéntica en todas las sociedades, existen formaciones familiares difundidas y diversas entre sí como la monogamia y la poligamia lo cual plantea ya cuestiones muy sustanciosas, cualquier tipo de estructura familiar significaría que el criterio para adscribirla a esta categoría consiste simplemente de la vida de los hombres lo cual plantea dificultad con el criterio de espontaneidad que es el salvajismos de mera antigüedad histórica de presunta menor influencia de la cultura o de la civilización, algunas costumbres aberrantes serian particularmente espontaneas primitivas y naturales.

Para acabar de complicar la cuestión de los estudios etnológicos y antropológicos nos muestran una amplia variedad de estructuras familiares, el único factor presente en todas seria la capacidad de dar legitimidad a un tipo de relaciones sexuales de procreación, no se podría definir estrictamente como familiares porque también se dan en estructuras o relaciones sociales que no tienen ese carácter.

Del análisis de Zeldich (1976) se obtiene la impresión de que ha querido insistir más en la diversidad que en la comunidad del hecho familiar que hubiera resultado



más correcto remarcar el núcleo de elementos familiares comunes tiene importancia o fundamentar la familia en un concepto de tipo biologicista que debería dar lugar como sucede en los animales a unos comportamientos esencialmente idénticos en el tiempo y en el espacio. En los hombres simplemente no sucede porque se pueden encontrar excepciones para todos los comportamientos y no solo en grupos minoritarios sino en grupos relativamente extensos de población. La diferencia entre familia monógama y familia poligamia. Leclercq afirma las diferencias en las costumbres familiares no serían tan importantes como parecen demostrar la cultura o las leyes.

La vida iría, por otro lado a pesar de que las leyes de las civilizaciones han sido diversas la gente se comportaría a lo largo de la historia de un modo básicamente similar, por no decir imposible determinar el grupo específico de comportamientos que se darían en todos los hombres porque la inteligencia humana es tan natural como la biología por eso no existen estructuras matrimoniales o familiares que no se hayan formalizado socialmente sin la intervención de la concepción mental del hombre tiene del matrimonio y de la familia. Una manera de intentar atajar esa variabilidad es prescindir de la razón y de la voluntad y acercar a la familia a la naturaleza. Esa vía es doblemente errónea porque despoja al hecho familiar de su dimensión humana se estrella con la contradicción de los hechos que pone de relieve la diversidad.

b. es la familia una Institución conforme a la naturaleza humana sentido 3.- La pregunta sobre si la familia es una institución natural remite de manera casi inevitable a una concepción biologicista donde se explicó que tal concepción es profundamente errónea. De modo que queda reformulada la pregunta de acuerdo con las premisas queda del siguiente modo: es la familia una institución conforme con la naturaleza humana?,



podría dar la impresión de que ahora si se podría dar rápidamente una respuesta positiva a este interrogante pero tampoco en esta ocasión las cosas son tan sencillas. Cabría preguntarse si un entramado de relaciones como es la familia puede tener naturaleza o esencia.

La familia señala Pérez (2005) no tiene esencia sino relaciones. El comentario tiene mucho calado porque apunta al carácter social institucional de la familia. La familia se diferencia de la persona en que esta nace naturalmente hombre o mujer como un individuo subsistente con una naturaleza radicalmente no modificable la familia, la familia no nace, sino que se hace.

Es el conjunto de relaciones, que establecen el hombre y la mujer en torno al mundo de la procreación; por eso es inevitablemente una estructura relacional. Esto no quiere decir que la familia pueda ser cualquier cosa sino que no tiene una esencia de igual modo que la puede tener el hombre, esta discusión conduce hacia el terreno de la familia como institución, la definición 3 supera los límites de la visión biologicista no hay ningún problema en asumir esta posición y se puede responder que la familia es conforme a la naturaleza humana. Esto es perfectamente cierto pero cuando se da esta respuesta hay que ser consciente de que para que tenga valor para que no sea meramente formal y carente de contenido, explicar de qué familia y de que naturaleza humana estamos hablando.

La familia no es un concepto univoco, y la naturaleza humana tampoco lo es hay muchas visiones de la familia y de la naturaleza y para unificar ambas significativamente es necesario antes dotarlas de contenido, pues la familia está fundada sobre el matrimonio, unión íntima de vida complemento entre una hombre y una mujer, constituido por un vínculo formal y estable libremente contraído públicamente afirmado al que se le ha confiado la transmisión de la vida.



El matrimonio continúa, el texto responde a la estructura personal del ser humano, que se expresa en la diferencia y la complementariedad sexual entre el varón y la mujer que mediante la unión de los esposos se puede generar una nueva vida. Se dispone a una definición lo suficientemente concreta como para intentar dictaminar su adecuación a la naturaleza humana, este tipo de familia es lo más adecuado al modo de ser del hombre y de la mujer y por eso se puede afirmar que es concorde con la naturaleza humana.

A la pregunta, de si la familia es una institución natural se debe contestar que no porque supone de manera casi inevitable una visión biologicista y naturalista del hombre y de la mujer. A la pregunta sobre si la familia corresponde con la naturaleza humana hay que responder que es una pregunta formal puesto que requiere una definición de familia y de naturaleza humana pero si se da a una definición correcta se puede responder que sí.

Implicaciones socioculturales, de la posición naturalista definiciones 1-2, lo que interesa es dilucidar la mentalidad capaz de generar una concepción intelectual del tipo 1-2 la mentalidad que una generalización y difusión de la concepción tipo 1-2 puede modelar esta concepción supone una visión biologicista de la familia que con lleva al mismo tiempo los caracteres de aculturalidad y a historicidad.

La familia se concibe, como una realidad simple sencilla y espontanea que depende mínimamente de la historia y de la cultura porque tiene un modo de ser muy específico y determinada, empujada por su propio dinamismo por su fuerza interior, acaba siempre adoptando la forma que conviene a su estructura esencial sin que le alteren más que de forma muy secundaria, los cambios externos a ese impulso teleológico.

La pregunta es la siguiente ¿Cuál es la mentalidad que forja este tipo de planteamiento y a su vez cual es la mentalidad que difunde en la medida que se generaliza? Se tendría la existencia de una actitud de apoyo y defensa de la institución familiar en quienes sostienen esta visión, lo que interesa determinar no es la actitud pro o



antifamilia de este planteamiento sino las coordinadas intelectuales que conducen a su elaboración y a su difusión, asumiendo el riesgo de parecer excesivamente crítico:

- a) *superficialidad y atonía intelectual*: una notable superficialidad apostar por una presunta sencillez y espontaneidad de la familia frente a la complejidad que manifiesta está a poco que se profundice con el inconveniente de que esta actitud genera un círculo vicioso que refuerza la mentalidad pasiva y poco inquisitiva que está en su origen. Como la familia es natural y permanente no tiene mucho sentido profundizar en los porque ya que equivaldría a preguntarse por qué la naturaleza es como es.
- b) ¿Por qué las gacelas son herbívoras y los leones son carnívoros? De modo similar, la familia es como es, Dios la ha querido así. Hay teorías diversas o incluso opuestas a este modo de concebir la familia, se considera que eso se debe simplemente a las extrañas capacidades de invención, fabulación y equivocación que posee el hombre.
- c) *ignorancia sociológica*: esta postura necesita también para sustentarse una buena dosis de ignorancia sociológica. La lectura de los hallazgos de los antropólogos o simplemente, e conocimiento con un cierto grado de profundidad de las culturas de otros tiempos da fácilmente al traste con ella pues muestra de modo fehaciente la diversidad de las estructuras familiares, solo pagando el precio de la ignorancia de la historia y de la cultura.
- d) *Estas dos características traen consigo una grave consecuencia*: la vulnerabilidad resulta extremadamente vulnerable desde el punto de vista intelectual y cultural, por su debilidad intrínseca porque la atonía intelectual que genera impide de raíz la creación de instrumentos formales que permitan analizar a fondo la estructura familiar, se convierte en una presa muy fácil para



estructuras conceptuales competidoras, si estas estructuras alternativas y están al tanto de los avances sociológicos la debilidad de la postura naturalista se incrementa todavía más resulta muy difícilmente sostenible. Refleja con bastante fidelidad la actitud de una parte sustanciosa de la cultura de raigambre católica a lo largo del siglo XIX y XX.

El autor Leclercq expone con gran claridad en cuanto a los principios fundamentales de la moral familiar han sido considerados como evidentes hasta época reciente. Las teorías opuestas se refutan los argumentos del consentimiento del género humano y de las exigencias de la naturaleza son los que más se esgrimen una doctrina nueva propugna opiniones contrarias a la moral tradicional y los autores católicos siéntenla necesidad de apoyar la concepción tradicional y cristiana de la familia en una argumentación racional y más estricta. Esta actitud es reciente y no todavía general.

En el año 1959 cuando Leclercq escribía estas líneas y afirmaba que la actitud de reconocimiento afirmaba que la actitud de reconocimiento del problema era reciente y todavía no general, las potentes teorías familiares que se oponen a la concepción tradicional (evolucionistas, marxista, freudianas) estaban plenamente operativas desde hacía un siglo. En la actualidad la mentalidad de la cultura pro familia (en particular la de la cristiana) ha cambiado de forma sustancial pero se ha pagado un gran precio por tan enorme retraso: la profunda debilitación cultural y social de la familia occidental, el modelo de familia forjado en nuestro contienen bajo la influencia de la cultura occidental y del cristianismo.

Implicaciones socioculturales de la posición: Se enfrenta la posición 3 los mismos problemas de orden social y cultural que la posición 1y2 la definición de naturaleza es mucho más sólida y le permite dejar de lado los planteamientos simplistas o erróneos que surgen de aplicar una concepción biologicista a la familia. Sostener que la familia es



conforme a la naturaleza humana no conlleva en principio ningún límite para una concepción más sofisticada y profunda de la naturaleza de esta misma familia, en la práctica las actitudes de quienes sostienen esta posición no siempre son tan distintas de la anterior, y esto fundamentalmente por dos motivos.

El primero de la obra de Jean Leclercq no siempre se posee una clara conciencia de la distinción que hay que precisar que la familia es una institución natural que parece encuadrarse en el concepto naturalista el sentido se traslada en un principio claramente a la posición afirmando: que el matrimonio no es el resultado de la cultura, de la historia o de los dictados del poder sino que pertenece a la propia naturaleza humana y permite que el ser humano se realice en el amor y se realice como persona.

Que cabe deducir de estas expresiones las del desconocimiento de la sociología pues las diversas tipologías familiares se manifiestan hoy de un modo tan patente, entonces el matrimonio no es el resultado de la cultura, de la historia o de los dictados del poder el matrimonio es en parte el resultado de la cultura y de la historia y no hay que irse demasiado lejos para comprobarlo.

El matrimonio en España es hoy distinto del de hace 40 años y del de hace 80. Los españoles cambian, la sociedad cambia y por lo tanto el matrimonio y su formulación también cambia, el matrimonio en parte es el resultado de los dictados del poder, las leyes y las decisiones de las diferentes estructuras de gobierno influyen directamente o indirectamente en la constitución del matrimonio o de la familia en la edad legal válida para casarse, el matrimonio cambia totalmente si es solo un producto de la cultura de la historia o del Estado y no tiene un núcleo inalterable.

En todas las culturas existen una institución social encargada de formalizar y de regularizar las relaciones sexuales entre el hombre y la mujer y la crianza y la educación de los hijos. Lévi Strauss ha añadido el tabú del incesto como regla social presente



absolutamente en todas las culturas ideológica o de principios, sobre la familia cabe hacer además

El matrimonio y la familia pueden haberse concretado sociológicamente su hecho responde a la verdad antropológica más profunda sobre el hombre y la mujer, la familia entendida como la unión de un hombre y de una mujer con afán de perpetuidad y abierta a la vida. La posición ideológica se plantea así no como una afirmación de hecho sobre lo que le ha sucedido a la familia a lo largo de la historia sino como una afirmación de derecho sobre lo que la familia debe ser y cuáles deben ser sus características a partir de una determinada concepción del hombre y de la mujer, aunque se fundamente en unos principios inmutables se da siempre en el interior de una cultura que afecta de manera sustancial a la vida de las parejas que se casan, por muy cristiano que sea un matrimonio no es lo mismo casarse para ser ama de casa que para trabajar fuera del hogar, no es lo mismo vivir en un plano de igualdad jurídica con el marido que depender de él, no es lo mismo por el contrario que ha por el contrario que haya superar numerosas dificultades.

En definitiva los matrimonios reales tiene siempre una dimensión cultural e ignorarlo o no ser suficientemente consciente de ello, es un error por el que ya se pagó en el pasado un precio muy alto y habría que ser muy cuidadosos para tropezar, se tiene en cuenta que ahora se corre el riesgo de pagar un precio todavía más sustancioso: la crisis de la familia occidental en cuanto tal. La batalla por la familia es hoy en día sobre todo de tipo cultural.

La pluralidad de formas y modelos familiares es actualmente un hecho patente que no está en discusión lo cual responde a los deseos y necesidades del hombre contemporáneo, la familia occidental es capaz de influir en los productos culturales que están conformando las mentes de los jóvenes que el día de mañana formaran una familia. Sea a considerar a la familia en una realidad cultural se insista sobre todo en fortalecer



ánimicamente a grupos familiares que mantienen visiones de la vida y homogenices valido y útil, no se debe dejar de lado la posibilidad de que a largo plazo se convierta en una estrategia no buscada si el mensaje que se emite desde esos presupuestos se hace cada vez menos comprensible y asumible para una sociedad que se nutre intelectualmente de fuentes ideológicas muy diversas.

Según Burgos (2005) hace mención el modelo familiar que defiende a la familia es una institución natural que existe antes que el Estado o cualquier otra comunidad, constituye la célula básica de la sociedad y se conforma como elemento angular del desarrollo social. La familia está fundada sobre el matrimonio, unión íntima de vida, que son complemento entre un hombre y una mujer constituido por un vínculo formal y estable libremente contraído, públicamente afirmado y al que se le ha confiado la transmisión de la vida. El matrimonio responde a la estructura personal del ser humano que se expresa en la diferencia y la complementariedad sexual entre el varón y la mujer, que mediante la unión de los esposos se puede generar una nueva vida. El matrimonio no es el resultado de la cultura de la historia o de los dictados del poder, sino que pertenece a la propia naturaleza humana y permite que el ser humano se realice en el amor y se realice como persona.

4.8. TENDENCIAS Y CRITERIOS

Se establecieron, dos órdenes generales de criterios que corresponden con sendas tendencias: tendencia en el plano sustantivo y tendencias en el plano formal, tomando como base la caracterización hecha por el texto y la doctrina, en torno a las transformaciones fundamentales operadas en la regulación de la familia a nivel comparado; (Barrientos, 2004) las tendencias y sub criterios utilizados en los siguiente:



a. Tendencias en el Plano Sustantivo

Desvinculación entre familia y matrimonio, esta tendencia se expresa tanto en la equiparación de la filiación matrimonial tendencia se expresa tanto en la equiparación de la filiación matrimonial con la filiación extramatrimonial a través del reconocimiento de formas alternativas a la familia matrimonial.

Liberalización del divorcio. Esta tendencia no solo implica la regulación del matrimonio como vínculo esencialmente disoluble sino también la liberalización del mismo, que opera sobre la base de la voluntad unilateral de los cónyuges.

Desmantelamiento del modelo de familia patriarcal. Se consideraron reflejo de esta tendencia entre otras disposiciones aquellas que establecen relaciones de igualdad entre cónyuges y respecto de la filiación las que confieren derechos especiales para mujeres y niños las que reconocen la existencia de otros sujetos de derecho o destinatarios de protección y las que suponen el establecimiento de relaciones de igualdad entre cónyuges y respeto de la filiación.

Perdida de importancia del rol reproductivo de la familia. Esta tendencia se relaciona con el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de los individuos, particularmente los relativos a la planificación familiar.

Internacionalización, de la protección de la familia y de los derechos de sus miembros. Se expresa a través de mecanismos de reenvío y recepción de las normas internacionales que regulan la materia

b. Tendencias en Plano Formal

El desarrollo de una técnica constitucional, de tratamiento de la familia que tiende a una regulación de esta institución de una manera más o menos exhaustiva. Se agruparon



bajo esta tendencia las constituciones que contiene un desarrollo detallado del estatuto constitucional de la familia en la vía de capítulos secciones dedicadas en exclusiva a esta institución. Estas últimas el autor lo denomina maximalistas para distinguirlas de aquellas que contienen una regulación básica o medular a las que denominan minimalistas.

La regulación constitucional, de la familia en clave colectivista o en clave individualista, según si el texto constitucional regula la familia bajo epígrafes relacionados con derechos sociales, económicos, culturales, en cambio en el marco de derechos calificados como individuales. Da origen a aproximaciones mixtas.

4.8.1. Sistematización de las Constituciones en América Latina Plano Formal

La aplicación de los criterios de sistematización de los textos constitucionales latinoamericanos descritos muestra el diagnóstico en plano formal

a. Regulaciones Maximalistas y Minimalistas

De la normativa constitucional referida a la familia las constituciones pueden agruparse según si pretenden agotar todos o la gran mayoría de los aspectos de la familia a quien se denomina constituciones maximalistas por el contrario solo abordan algunos de ellos Constitución minimalista bajo la premisa de regulación global es imposible que el objeto de regulación está disponible para su tratamiento legislativo versa de dos formas consagrando especialmente un acápite cualquiera sea su nivel: título, capítulo, párrafo relativo a la familia o incluyendo a la regulación en otro apartado. La regulación en Latinoamericana presenta cuatro variantes: maximalista con y sin acápite especial por una parte minimalista con y sin acápite es especial al resultado de análisis es el siguiente:

Pues de las 19 Constituciones analizadas 14 son maximalistas de los cuales tenemos Bolivia, Brasil, Cuba, Colombia, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua,



panamá, paragua, Perú, República dominicana, salvador y Venezuela y solo 5 minimalistas Argentina, costa rica Haití, México y Uruguay.

Las Constituciones maximalistas, por regla general contienen un acápite especial para regular la familia excepcionalmente, honduras, Colombia y Perú, siendo maximalistas no tienen sus normas en acápite especial, en los casos de Guatemala y Colombia, las constituciones contienen una norma general en su título. Las constituciones minimalistas por regla general no contienen un acápite especial. Excepcionalmente, Haití, siendo minimalista tiene el título X de la familia, actualmente existe un claro predominio de la tendencia maximalista de la regulación de la familia bajo un acápite especial.

Dentro de ambos grupos, de constituciones diferentes intensidades de maximalismo y minimalismo. De las regulaciones maximalistas se destaca que Brasil y honduras. La primera de ellas se refiere a la regulación que la ley hará de los paseos públicos y de los edificios de uso público y la fabricación de vehículos de transporte colectivo, a fin de garantizar el acceso adecuado a las personas portadoras de deficiencia art.227 N° 2, la segunda explicita el deber de los medios de comunicación de cooperar en la formación y educación del niño Art.125 las regulaciones maximalistas abordan materias que en el derecho chileno son tratadas por la ley, materias tales como el desarrollo de los derechos y deberes personales entre cónyuges o entre los padres y los hijos la regulación del patrimonio familiar, de la adopción del límite de edad para la irresponsabilidad penal, son aspectos que en nuestro ordenamiento son típicamente legales y no constitucionales.

En las Constituciones maximalistas, en la concepción de la sociedad y del Estado que las inspira, en la mayoría no existe alusiones a estas concepciones y más bien se nota una clara influencia liberal materializada en derechos fundamentales reconocidos a los miembros de la familia, en las constituciones de Cuba y Venezuela se aprecian los valores



asociados al deber de los padres de contribuir activamente a su educación de los hijos y formación integral como ciudadanos útiles y preparados para la vida en la sociedad socialista, de la educación patriótica y la formación comunista de las nuevas generaciones y la preparación de los niños, jóvenes y adultos para la vida social y de la formación integral de la niñez y la juventud deben prestar especial atención a la familia, los órganos estatales y las organizaciones de masas y sociales. Art 38,39c y 40 Constitución de Cuba y la concepción que el Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas art.75 Constitución de Venezuela

Se presentan, distintos grados de minimalismo, en el sentido que algunas Constituciones son especialmente parcas en los términos de sus regulaciones en cambio otras sin perder su carácter de minimalista, abarcan mayor cantidad de aspectos relativos a la familia. Mientras Argentina solo se refiere a que la Ley establecerá la protección integral de la familia, la defensa del bien de familia, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna Art.14bis, la Constitución de Haití alude taxativamente a la protección de la familia como base fundamental de la sociedad art.259, a la familia matrimonial y no matrimonial, a la maternidad, a la infancia y ancianidad art.260 y 261 y al acceso a los tribunales y organismos de protección art.262.

b. Constituciones Individualistas y Colectivas

Si la regulación de la familia, en las Constituciones se establece a propósito de los derechos individuales o de los sociales, pueden catalogarse de individualistas y colectivas, no se consideraron aquellas Constituciones que formalmente no regulan la familia ni bajo un rotulo de derechos individuales ni bajo de los derechos sociales colectivos. Arrojo los siguientes:



Todas las Constituciones, que regulan la familia a propósito de los derechos fundamentales lo hacen en los derechos sociales y no en los individuales, la Constitución Boliviana que trata los derechos de la niñez, la adolescencia y la juventud sección V, derechos de las familias sección, derechos de las personas adultos mayor sección VII y los derechos de las personas con discapacidad sección VIII, bajo el capítulo V que regula los derechos sociales y económicos.

En casos en que la familia, está regulada en un acápite especial, que no se encuentra ni dentro de los derechos colectivos no de los individuales, el encasillamiento en cualquiera de las dos categorías se torna discutible porque requeriría de interpretación según el contenido de la regulación se encuentra en esta situación las Constituciones de Brasil, Cuba, Nicaragua, Panamá, México, Haití, República Dominicana, Argentina Uruguay.

Se nota una tendencia, que consistente en que mientras más desarrollado está el enfoque colectivista de la familia, las normas contienen más habilitación para la creación de políticas públicas de presentación de servicios por parte del Estado. En ese entender la Constitución de Perú establece que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono.

También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad art. 4 segundos párrafo, 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. 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 art.6 inciso 1º, primera parte y que 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 art.24.

la Constitución de Honduras, cuyo art.117 señala que los ancianos merecen la protección especial del Estado , que el Estado tiene la obligación de proteger a la infancia art 119 inciso 1° y que el Estado brindara especial protección a los menores cuyos padres o tutores estén imposibilitados económicamente para proveer su crianza y educación art.121 inciso 2°; y por la Constitución de Republica Dominicana que en su Art.55 N°11 Señala que el Estado reconoce el trabajo del hogar como actividad económica que crea valor agregado y produce riqueza y bienestar social, por lo que se incorporara en la formulación y ejecución de las políticas públicas y sociales.

Dentro de las Constituciones, imposibles de clasificar bajo este criterio formal, se aprecia una tendencia directamente proporcional entre un colectivismo deprimido y una menor tendencia a las alusiones a la familia como ente abstracto, el énfasis parece estar dado en las referencias a sus miembros individualmente considerados, padre madre e hijos.

Este es el caso, de la Constitución de Nicaragüense que en el capítulo especial dedicado a los derechos de la familia, y luego de declarar que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, merecedora de la protección de esta y del Estado, desarrolla su contenido con un enfoque basado en los individuos que conforman la familia. En el art.71 inciso 1 consagra el derecho de los Nicaragüense a constituir una familia en el art. 73 habla de las relaciones familiares que descansan en el respeto solidaridad e igualdad absoluta de derechos y responsabilidades entre el hombre y la mujer en el art. 74 se refiere



a que la mujer tendrá protección especial durante el embarazo y gozará de licencia con remuneración salarial y prestaciones adecuadas de seguridad social, mientras que el art 75 dice que todos los hijos tienen iguales derechos y el art.77 indica que los ancianos tienen derecho a medidas de protección por parte de la familia, la sociedad y el Estado.

4.8.2. Constituciones Con Pronunciamiento Expreso Acerca del Rol o Posición de La Familia en la Sociedad.

Este criterio distingue aquellas Constituciones que contienen una declaración explícita del rol asignados a la familia en la sociedad o a la posición que ella ocuparía en la organización social sin perjuicio de que puedan contener, una regulación de la familia a propósito de la consagración de los derechos individuales y colectivos.

Priman las constituciones, que contiene una formula general acerca del rol del posicionamiento de la familia en la sociedad estas fórmulas generales expresan la idea de la familia como institución o asociación fundante, natural, esencia o nuclear de la sociedad. Constituyen la excepción aquellas constituciones refiriéndose a la familia no le asignan una función fundamental en la organización social. Como es el caso de la Constitución de Bolivia, Guatemala, Panamá, Honduras, México y Argentina.

Rol asignado, por la Constitución al Estado respecto de la familia la gran mayoría de ellas le atribuyen un rol de garante o protector. Solo Argentina y México le confieren tal función a la ley el art14 bis inciso 3° de la Constitución Argentina señala: En especial la ley establecerá la protección integral de la familia el art 4 inciso 2° de la Constitución Mexicana establece que el varón y la mujer son iguales ante la Ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. En una situación especial se ubica la Constitución Paraguaya en su art 49 señala que se promoverá y se garantizará su protección de la familia integral.



Relacionando ambas tendencias, resulta que casi todas las Constituciones que definen el rol o posición que la familia debe cumplir, al mismo tiempo establecen el deber del Estado de proteger a la misma; salvo Guatemala, Honduras y Panamá que aun sin fijarle un rol o posición a la familia en la sociedad le confieren al Estado la posición de garante a su respecto, solo México y Argentina no le asignan rol o posición alguna a la familia y le confieren competencia a la ley para su protección.

4.8.3. Sistematización de las Constituciones en América Latina Tendencias en el Plano Material

El análisis de las Constituciones desde el punto de su contenido regulativo arroja los resultados que se detallan en el siguiente en función de cada criterio.

4.8.4. Constituciones en que los Conceptos de Familia y Matrimonio están Desvinculados y Constituciones en que la Familia se Confunde con el Matrimonio

Pues este criterio tiene por objeto agrupar las Constituciones estudiadas entre aquellas que desvinculan los conceptos de familia y matrimonio ambos conceptos aparecen esencialmente vinculados. En el primer grupo la separación entre los conceptos de familia y matrimonio permite concluir que en la voz familia quedan amparados distintos modelos o formas de la misma, en el segundo grupo, la protección constitucional se reduce únicamente a la familia matrimonial ya que se asimilan los conceptos de familia y matrimonio se precisa que una constitución desvincule ambos conceptos no implica que ella no contenga normas especiales para el matrimonio, en un tercer grupo se encuentran aquellas Constituciones que no emiten un pronunciamiento al respecto, se podría colegir que ellas acogen la desvinculación entre familia y matrimonio o que asimilan ambos conceptos. Siendo esto último una materia de interpretación, se prefirió agruparlas de forma separada.



La desvinculación entre familia y matrimonio se puede manifestar en cualquiera de las siguientes tendencias o en ambas: equiparación de todas las clases de filiación y reconocimiento de formas familiares alternativas a la matrimonial.

El examen de las constituciones, arroja que las normas sobre igualación de los hijos son mucho más fuerte e inequívocas que aquellas relativas a distintas formas de familia, algunas Constituciones llegan a igualar la filiación adoptiva Brasil, a la asistida Colombia y la aplicación igualitaria de la presunción de paternidad del marido a la filiación no matrimonial Ecuador.

La igualación de los hijos va normalmente unida a una cláusula de prohibición de discriminar y de dejar rastro del nacimiento del hijo se refuerza la equiparación.

Lo referente al matrimonio hay grados en cuanto a las referencias de algunas constituciones solo lo definen, otras establecen un mandato general a la ley para que regule sus distintos aspectos, incorporan detalles de su regulación, Guatemala a la que se refiere a los funcionarios competentes para la celebración del Matrimonio. Un Caso especial lo constituye Paraguay que incluye a los abuelos en el concepto de familia. Sería que el único caso en que expresamente se alude a la familia extendida.

Algunas Constituciones que no tienen norma de equiparación de filiaciones tienen mención expresa en cuanto a la protección de la maternidad, sin distinción entre mujer casada y soltera. Parece razonable concluir que una tal regulación desemboca en la igualdad de los hijos.

En las menciones a las uniones de hecho destaca que la mayoría se refiere expresamente a las heterosexuales, llegando incluso a prohibir las uniones homosexuales. Solo la Constitución de Honduras contempla explícitamente la unión homosexual.



La equiparación de la familia matrimonial a la no matrimonial, cuando no está expresada tiene matices, al conferir mandato a la Ley para regularlas, en definitiva, existe equiparación material o no. En el caso de Perú la equiparación expresa solo se refiere a los aspectos patrimoniales de la unión.

En el caso de Costa Rica, no aparece con claridad si la unión de hecho está incluida en la protección que se le entrega a la familia porque el art. 52 indica que el matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges pareciera concluir cualquier otro fundamento, distinto del matrimonio como presupuesto de la familia.

En Guatemala que a pesar de contener norma expresa en cuanto a la equiparación de los hijos art 50 y un reconocimiento de las uniones de hecho art 48 establece que el Estado garantiza protección social, económica y jurídica de la familia. Proveerá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos. La segunda parte disposición da pie para sostener que la protección debida a la familia matrimonial diría distinta de la debida a la no matrimonial.



V. CONCLUSIONES

Existe una falta de identificación de la definición de familia en la constitución de 1993 originando implicación jurídico normativo dentro del artículo 4 segundo párrafo, siendo la familia la célula y la base fundamental de la sociedad sobre la cual se construyen los Estados, la familia es el elemento natural y fundamental y debe ser protegida por la sociedad debe tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad jurídica dentro de la Constitución otorgándole un mejor enunciado jurídico normativo.

No se establece una definición en la constitución del 1993 de lo que viene a ser la familia presentándose así normas de diferentes rangos jerárquicos y dentro del sistema jurídico aplicándose diferenciación en la definición de la familia dentro del derecho Peruano. Por lo que es necesario definir a la familia siendo esta esencia de vida y eje central de la sociedad y del Estado.

Es importante sistematizar las doctrinas que desarrollan a la familia en el derecho peruano puesto que están prescritas en la constitución y el código civil, donde el Derecho constitucional refiere a la familia en términos generales en su definición, y como el Estado se manifiesta dentro de los lineamientos jurídico Normativo doctrinal como eje central y a través de la sociedad.

Se debe especificar el Art. 4 segundo párrafo de la Constitución Política teniendo como cohesión el 233 del C.C. desarrollando los lineamientos normativos jurídicos para reforzar los aspectos relevantes como el, fortalecimiento y consolidación de la familia en relación a la regulación constitucional otorgándole un objeto jurídico dentro del ordenamiento siendo esta una institución fundamental y natural base la sociedad creando así disposiciones jurídicas que regulan a la familia.



VI. RECOMENDACIONES

Con este estudio de investigación se recomienda que la Constitución y el Código civil tiene que tener una relación jurídico lineal dentro de la regulación que se da mediante la aplicación normativa, puesto que no existe una identificación de la definición de familia en la constitución de 1993 originando implicación jurídico normativo dentro del artículo 4 segundo párrafo, siendo la familia la célula y la base fundamental de la sociedad sobre la cual se construyen los Estados, para asegurar la igualdad jurídica dentro de la Constitución otorgándole un mejor enunciado jurídico normativo de lo que es familia, donde se desarrolla su actividad vivencial y labor que se rige tanto para el derecho y el Estado a través de sus diversas instituciones.

Se recomienda que tenga una definición Constitucional de la familia para que pueda establecer una definición en la constitución del 1993, de lo que viene a ser la familia presentándose así normas de diferentes rangos jerárquicos y dentro del sistema jurídico aplicándose diferenciación en la definición de la familia dentro del derecho Peruano, por lo que actualmente se han generado grandes obstáculos en la interpretación y aplicación del término familia dentro de la Realidad social y necesidad pluricultural. Contando con la existencia de instrumentos constitucionales de jerarquía reforzado por los tratados lo cual involucra la necesidad de la regulación nacional de la familia frente a los cambios legislativos que se viene atravesando.

Sistematizar la definición e identificación Constitucional que vendría ser un avance jurídico doctrinario para el Derecho Peruano, que desarrollan a la familia, donde el Derecho constitucional refiere a la familia en términos generales en su definición, y como el Estado se manifiesta dentro de los lineamientos jurídico Normativo doctrinal como eje central y a través de la sociedad que vendría a ser un avance jurídico doctrinario para el



Derecho Peruano, puesto que no ha traído cambios en reconocer en sí; que es familia existiendo cambios social y jurídico al no identificar que es familia y que modelo familiar persigue nuestra legislación, donde se debe considerar no solo como institutos naturales y fundamentales de la sociedad, sino como pieza clave y entorno donde gira la vida privada y pública entorno a nuestra sociedad donde se debe sumar disposiciones sustantivas en la Constitución Política del Perú y en el Código Civil, que se encarguen de regular la definición de familia especificando el modelo que la persigue dentro del hogar miembros y el vínculo que existe entre la familia,

Se recomienda especificar el Art. 4 segundo párrafo de la Constitución Política teniendo como cohesión el 233 del C.C. desarrollando los lineamientos normativos jurídicos para reforzar los aspectos relevantes como el, fortalecimiento y consolidación de la familia en relación a la regulación constitucional, para lo cual se identifique que es familia para el derecho peruano, para así tener reconocimiento pluralizado de la familia, la regulación e interpretación que le otorga el Tribunal Constitucional así ahondar lo conveniente y necesario en definir que es familia para el derecho para su mejor programación jurídica normativa. Dentro del plano material la Constitución peruana se presenta un débil contenido o denominación de lo que es familia, lo que se quiere lograr es el fortalecimiento de identificación de lo que es familia para nuestra Constitución y como el derecho hace muestra a través de normas de mejor protección para que pueda llegar a su máxima expresión jurídica normativa al grado de incorporar la identificación originaria de familia.



VII. REFERENCIAS

- Burgos Velasco, J. (2005). *La Familia Institucion Natural*. España: Asociación Española.
- Diez Picazo , L. (1984). *catedrático de Derecho Civil, Familia y Derecho*. primera Edición Civitas S.A.
- Lehmann . (1953). *Derecho de Familia Vol IV*,. Pg 11.
- Ossio, J. (1980). *La estructura social de las comunidades andinas, en historia del Perú. T. III. Juan Mejía Baca*,. Lima: editor. Lima Pág. 278.
- Aguila Grados, G. (2019). *Línea Jurisprudencial Constitucional de Familia*. Lima: Canal Trinal Constitucional. .
- Aguilar, B. (2009). *La Familia en el Código Civil Peuano*. Lima: segunda Edición.
- Alborzno, O. (1984). *La Familia y la Educación del Venezolano*. Ediciones Biblioteca, Pag 49, 89.
- Amézquita, J. (1980). *Derecho de Familia*. Bogota: Temis.
- Aristóteles. (1990). *Política*.
- Artigas, S. (1989). *Filosofía della natura*. Firenze: Le Monnier.
- Bacherlad, G. (1978). *La formación del espíritu científico. Contribucion a un psicoanálisis del conocimiento objetivo*. Buenos Aires: Siglo XXI editores Pág. 27.
- Baqueiro, E. (1994). *Derecho de Familia como la regulación jurídica de los hechos bisociales derivados de la unión de los sexos a traves del matrimonio y el concubianto y la procreación de los hijos por la institucion de la filiación*. México: Harla, Pág. 10.
- Barrientos, J. (2004). *Nuevo derecho matrimonial chileno*. Santiago: LexisNexis, 427 pp.
- Barros, J. (2012). *La Familia, célula y base fundamental de la sociedad*. Coruña: Revista ecclesia.
- Belluscio, A. (1975). *Derecho de Familia Tomo I*. Buenos Aires : Depalma, Pág. 29.
- Bermúdez Valdivia, V. (24 de Noviembre, 2014). *Alcances del concepto de Familia*. Lima: iu.
- Bermúdez, V. (24 de Noviembre de 2014). *ius360.com/jornadas/jornada-por-los-30-anos-del-codigo-civil/alcances-del-concepto-de-familia*. Obtenido de Alcances del concepto de Familia: ius360.com/jornadas/jornada-por-los-30-anos-del-codigo-civil/alcances-del-concepto-de-familia
- Bonnecase, J. (1945). *La Filosofía del Código de Napoleon aplicada al Derecho de Familia Volumen II*. Puebla-México: José Cajica; Pág 33.
- Bonnecasse. (1961). *La philosophie du Code Napoléonappliquée au droit de famille*.
- Borda, G. (1955). *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Buenos Aires: Perrot; pag 14.
- Borda, G. (1962). *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Buenos Aires: Editorial Perrot, Pág: 16-18.
- Bunge, M. (2000). *Investigación Científica*. Barcelona: Ariel.



- Calderón, J. (2014). *La Familia Ensamblada en el Perú. Superando el vacío legal*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica Editores,.
- Calvani, A. (1064). *Los Problemas de Derecho de Familia*. Caracas: El Universal, Pág 30-31.
- Cardenas , C. (1990). *La Familia en el Derecho Peruano*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú p.27-28.
- Cardenas, C. (1990). *La Familia en el Derecho Peruano*. Lima : Fondo editorial, Pag 27.
- Castan Tobeñas, J. (s.f.). *Derecho Civil. Derecho de Familia*. . T.3. Pág.25.
- Castán, T. (1976). *Derecho Civil Común y Foral. Derecho de Familia. Tomo V*. Madrid: Pág 44.
- Castro, O. (2011). *LA CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO DE FAMILIA*. Obtenido de 1-perez.pdf: www.unife.edu.pe
- Cazau, P. (2006). *Introducción a la Investigacion en Ciencias Sociales*. Buenos Aires, Argentina: Tercera Edición, Pág 34-35.
- CDHNU. (2015).
- CEPAL. (s.f.).
- Cornejo Chavez, H. (1991). *Derecho Familiar Peruano tomo I*. Lima: Studium, pag 21-22.
- Cornejo Chavéz, H. (1991). *Derecho Familiar Peruano tomo I*. Lima: Studium; pag 32.
- Cornejo, H. (1980). *CoDerecho de Familia en la Nueva Constitución. Publicado en la Nueva Constitución y su Aplicación Legal*. Lima.
- Cornejo, H. (1990). *La Familia en el Derecho Peruano*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Corral , T. (s.f.). Pág. 29.
- Corral Talciani, H. (2005). *Derecho y Derechos de la Familia*. Lima: Grijley, Pág. 28.
- Corral, H. (s.f.). Ob. Cit. Pág. 29Pág. 29.
- Corvetto, A. (1954). *Manual Elemental de Derecho Civil Peruano Tomo I*. Lima: Studium Pág 154.
- De Coulanges, F. (1982). *La Ciudad Antigua*. Madrid: Biblioteca Edaf Pág. 55.
- Díaz, E. (1953). *tratado de Derecho de Familia , Vol, IV*. Páginas 288 a 290.
- Díez Picazo, L. (1986). *Sistema de Derecho Civil.Volumen IV*,. 3ª edición,2ª, reimpresión, Tecnos, Madrid,Pág 32.
- ECOSOC. (1947).
- Ennecerus, L. (1941). *Tratado de Derecho Civil,Tomo IV Derecho de Familia*. Barcelona: Bosh.
- Ferrat, J. (2004). *Naturaleza Diccionario de Filosofía*, . Barcelona: Ariel.
- Galindo, I. (1985). *Derecho Civil*. México: Porrúa Pág., 425.
- Garcia, C. (2011). *El Principio de Protección a la familia y la ampliación de dicho concepto en el Perú*. Sitio Web <http://www.decamana.com/columnistas/el-principio-de-protección-a-la-familia-y-la-ampliación-de-dicho-concepto-en-el-Perú>. visitdonel 31 de de maro de 2011.



- Garcia, E. (1996). *Modelo de Investigación Cualitativa*. Granada España: Aljibe Pág 6-7.
- Garibaldi, J. (1990). *La Familia en el Derecho Peruano*. Lima: Fondo Editorial la Pontificia Universidad Católica del Perú, Pág 23-24.
- Groeninga, G. (2003). *Familia um caleidoscópio de relacoes. En Direito de Familia e Psicanálise*. Rio de Janeiro: Imago; Pág 136.
- Guijarro, D. d. (1953). *Tratado de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Puig Peña Pág 13.
- Gutiérrez, J. (1971). *Conceptos Fundamentales en Doctrina Social*. Centro de Estudios Sociales Valle de los Caídos .
- Hamilton, C. (1949). *Hamilton, Carlos Manual de Derecho Canónico*. Chile: Editorial Jurídica de Chile Pág. 236 a 238.
- Hernandez, A. (1996). *Produccion de tesis*. Caracas: publicaciones del decanato de postgrado, USR.
- Huberman, M. (1994). *Análisis Cualitativo. Manejo de Datos y Metodos de Análisis*. Lincon: Journals Revistas Pág 444.
- Hurtado, J. (2000). *El Proyecto de Investigación*. Caracas : Segunda Edición.
- Lacodaire, H. (1966). *La idea de la Libertad*. Atena: Tenerife.
- laestrella.com.pa. (20116). La Familia Nucleo Fundamental de la Sociedad. *La Estrella de Panama*.
- Lanatta , G. (1986). *El Servinakuy*. . Cusco: Cultural Pg 111.
- Latorre, Á. (1983). *Introducción al Derecho*. Barcelona: Ariel. Pág 210.
- Leclercq, J. (1961). *La familia según el derecho natural*. Barcelona: Herder.
- Lehmann, H. (1953). *Derecho de Familia Volumen IV*. Madrid: Revista de Derecho Privado Pág 11.
- lolavelarde@ipfe.org. (s.f.). Obtenido de Institute For Family Policy.
- López, C. (2009). *Derecho Romano al siglo XXI*". Universidad de Oviedo: Pág. 47.
- Miranda Canales, M. (2008). *Manual de Derecho Jurisdiccional Peruano*. Lima-Perú: Ediciones Juridicas .
- OMS. (s.f.).
- ONU. (2012).
- Otero, L. D. (1965). *Desintegración Familiar*. Culbimex. Pag 23.
- Pacheco, T. (1872). *Tratado de Derecho Civil*. Lima: Imprenta del Estado de Lima Pág. 254. Página. (12).
- Peralta, J. R. (2008). *Derecho de Familia en el Código Civil*. Lima Perú: cuarta edición.
- Pérez , A. (2005). *Repensar la familia*. Eunsa, Pamplona,. Vid. también Donati, P., La.
- Pineda Jose. (2017). *El proyecto de tesis en Derecho*. Puno: Altiplano E.I.R.L., Primera Edición, Pág 17-18.



- Plácido. (1997). *Exégesis del código civil peruano tomo vii*. Lima: Gaceta Jurídica, Pg 8.
- Plácido, A. (1997). *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo VII*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Plácido, A. (2001). *Derecho de Familia*. Lima: primera edición; Gaceta Jurídica; Pág 18 .
- PLACIDO, A. (2001). *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Juridica , Pág 18.
- Plácido, A. (2013). El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993Lima: Revista de la Facultad de Derecho de PUCP, Pag 3-5.
- Plácido, A. F. (2005). “*La delimitación jurídica del concepto de familia*”. Lima: suplemento mensual de Gaceta Jurídica, N° 140 p. 284.
- Ramos Núñez, C. A. (1994). *La idea de la Familia en el Código Civil Peruano*. Lima: Themis, Pág 103.
- Ramos, M. (2000). *Para Educar en Valores. Teoria y Practica*. U.C, Pag 55.
- Rodríguez, R. (1990). *La Familia en el Derecho Peruano*. Lima: Copyright, Pág 23-24.
- Rojas, G. (2010). *La Familia*. Bolivar.
- Rossental, M. (1984). *Diccionario Filosófico. Tomo I*. . Buenos Aires: Pueblos Unido.
- Sampieri, R. (2010). *Metodología de la Investigacio´n*. Chile : McGraww-Hill, Pág 613.
- Sampieri, R. (2018). *Metodología de Investigacion*. SBS.
- Seduguin, P. (1974). *Matrimonio y Familia en la URSS. La Nueva Legislación Soviética*. Moscú: Progreso Pág. 70.
- Torres, A. (1967). *Derecho de Familia*. Caracas: Fundación Escolar Pág 36.
- Torres, A. (1967). *Derecho de Familia Tomo I*. Venezuela: Editoria: Escolar Pág 26.
- Trazegnies, F. (1990). *La Familia en el Derecho Peruano*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Catolica del Perú, Pag. 27.
- Ulpiano. (1997).
- Ulpiano. (1997). *Iuris Thesaurus. Tesoro Jurídico*. Lima: Primera Edición, Grijley. Lima, Pág. 360.
- Ulpiano, D. (1997). *Iuris Thesaurus Tesoro Jurídico*.
- UNESCO. (s.f.).
- UNICEF. (2003). *Panorama Social* . America Latina.
- Valencia, A. (1962). *Derecho de Familia .Tomo IV. P.3*. Bogota.
- Valverde, E. (1942). *El Derecho de Familia en el Código Civil Peruano*. Lima: Imprenta del Ministerio de Guerra, Pág 7.8.12.
- Varsi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia Tomo I*. Lima: Gaceta Jurídica, Pag 18-19.
- Varsi, R. (2011). *Tratado de Derecho de Familia Tomo I*. Lima: Gaceta Jurídica, Pag 12.
- Velasco, J. M. (2005). *Asociación Española de Personalismo. Instituto Juan Pablo II*. Cuad. Bioét. XVI,/3ª.



Yungayo, A. (1989). *Manual Teórico Practico de Derecho Familia*. Buenos Aires:: Ediciones Jurídicas. Pág. 40.

Zeldich, M. (1976). *Familia, matrimonio y parentesco, en Tratado de sociología*.. Barcelona: Faris, R.E.L. (dir.).



ANEXOS ANEXO N° A

MATRIZ DE CONSISTENCIA

PROBLEMA	OBJETIVOS	EJES EJES TEMATICOS	CRITERIOS	PARAMETROS	TÉCNICA E INSTRUMENTOS	TIPO Y MÉTODO DE LA INVESTIGACIÓN	AMBITO UNIVERSITARIO DE ESTUDIO
PROBLEMA PRINCIPAL	OBJETIVO GENERAL:	EJE PRINCIPAL				TIPO DE INVESTIGACION	FUENTES NACIONALES
¿Cuál es la definición de la familia en la Constitución de 1993 en el marco del Artículo 4 segundo párrafo, desarrollando aspectos relevantes como el fortalecimiento y la consolidación de la familia prescrita en el artículo 233 del Código Civil en el Derecho?	- Analizar la identificación de la familia en la Constitución de 1993 en el marco del Artículo 4 segundo párrafo, desarrollando los aspectos relevantes como el fortalecimiento y la consolidación de la familia prescrito en el artículo 233 del Código Civil en el Derecho Peruano	Identificación de la definición de familia en la Constitución 1993 en el marco del Artículo 4 segundo párrafo, desarrollando el lineamiento jurídico doctrinal, con los aspectos relevantes como el fortalecimiento y la consolidación de la familia prescrita en el artículo 233 del Código Civil en el Derecho Peruano.	1. Doctrinarios, 2. Teóricos 3. Normativos.	- Regulación normativa antigua en nuestra constitución Pertinencia de la información recabada doctrinaria, normativa, jurídica social para el objeto de mejor regulación de la familia, en el Art 233 del C.C en marco de la Constitución Política del Perú	TECNICAS Análisis Documental Bibliográfico	TEORICA. - Esta investigación busca el reconocimiento Constitucional mediante una definición Constitucional acerca de que es familia, desarrollando objetos abstractos, que no se perciben sensorialmente cuya materia prima son teorías, doctrinas con un propósito de dar mayor importancia dentro de la Constitución a la familia y reconstruir un núcleo teórico de la ciencia jurídica. ENFOQUE DE INVESTIGACION CUALITATIVA. - Su enfoque es cualitativo porque desarrolla paradigmas naturalistas, constructivos e interpretativos lo cual aborda la problemática de que	-Art 4 segundo párrafo de la Constitución Política, Artículo 233 del C.C, Doctrina Nacional (teorías y bibliografías)



						la familia, no está definido en la constitución y que es en si el término familia para el derecho peruano.	
--	--	--	--	--	--	--	--

FORMULACION DE PREGUNTAS	OBJETIVOS ESPECIFICOS	SUB EJES	LINEAMIENTOS		INSTRUMENTO	METODO CIENTIFICO DE INVESTIGACION	FUENTES INTERNACIONALES
<p>1. ¿Por qué se debe definir a la familia en la Constitución Política del Perú?</p> <p>2. ¿Cuáles son las doctrinas que desarrollan a la familia?</p> <p>3. ¿Cuáles son los Lineamientos normativos Jurídicos de la familia en el Derecho</p>	<p>1. Establecer por qué se debe definir a la familia en la Constitución de 1993 en marco del Artículo 4 segundo Párrafo en el Derecho Peruano.</p> <p>2. Sistematizar cuales son las doctrinas que desarrollan a la familia dentro del Derecho Peruano.</p> <p>3. Especificar cuáles son los lineamientos normativos jurídicos sobre los aspectos relevantes 25 como el fortalecimiento y consolidación de la familia prescrito en el Artículo 233 del Código Civil en el Derecho Peruano.</p>	<p>1. art 4 segundo párrafo de la Constitución de 1993.</p> <p>2. Art 233 del C.C 3 Lineamiento jurídico doctrinal en el Derecho Peruano</p>	<p>JURIDICOS</p> <p>SOCIALES</p> <p>DOCTRINARIOS</p>	<p>.Manejo sustentado de la información recaba dentro del contexto normativo jurídico social</p> <p>2. Actualidad de la regulación de familia en nuestro país</p> <p>3. característica de la familia en nuestra regulación actual dentro del contexto jurídico</p>	<p>Bibliográfico</p> <p>Elaborar El Instrumento Bibliográfico</p>	<p>METODO DE ANALISIS-SINTESIS.-Es porque posibilita descomponer el objeto que se estudia que vendría a ser la familia como definición dentro de la constitución para luego recomponer el Derecho a partir de su integración dentro de la realidad social de lo que es familia; él <i>análisis</i> permite dividir o separar el objeto en las cualidades que lo componen dentro de nuestro ordenamiento, que mediante la <i>síntesis</i> se integra el objeto de estudio y se obtiene una comprensión general para su mejor entendimiento Constitucional de lo que es familia para la Constitución.</p> <p>METODO DE RECOLECCION DE INFORMACION OBSERVACION.- Es el modo de recolectar Información apreciando el objeto de investigación.</p>	<p>Doctrina Comparada, Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre-Declaración Universal de Derechos Humanos . Convención Americana sobre derechos humanos(teóricas y bibliográficas) entre otros</p>



ANEXO B

FICHA DE OBSERVACION DOCUMENTAL

TITULO			
AUTOR:		EDITORIAL:	
LUGAR DE EDICION:		AÑO:	
CRITERIOS DE INVESTIGACION			
FUNDAMENTO	TEORIA-ARGUMENTO	PAGINA	ANALISIS



ANEXO C

FICHA DE CITAS TEXTUALES

FICHA BIBLIOGRAFICA N°:	
AUTOR:	
TEMA:	



ANEXO N° D

PROPUESTA LEGISLATIVA QUE MODIFICA EL ARTICULO 4 ° SEGUNDO

PARRAFO DE LA CONSTITUCION POLITICA DEL PERU DE 1993.

1. EXPOSICION DE MOTIVOS

Convención Americana sobre Derechos Humanos San José de Costa Rica establece en el Artículo 17° que:

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 tiene la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de discriminación establecido en esta convención.

La regulación Constitucional de la Familia dentro del Derecho Peruano debe tener una protección de bienestar jurídico frente a la sociedad por lo que no ha sido identificado y definido que es familia, prevaleciendo su importancia necesaria para la familia a través de la sociedad y del Estado. Dándole importancia en su desarrollo social dentro de su realidad vivencial que presenta la familia conforme a sus necesidades e intereses.

En esta posición de debatir y analizar de lo que es familia para la Constitución política del 1993, abarca la importancia de lo que viene a ser la familia se debe examinar para delimitar, que modelo de familia persigue nuestra Constitución para efectuar la predominante importancia jurídica doctrinaria que es, la definición de la familia estipulado en la convención mediante; la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad (artículo 17.1 CADH), es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado (Preámbulo DUDH); la familia



es el primer círculo protector con el que cuentan los niños (UNICEF) la regulación de la familia para el Derecho es importante definir puesto que siendo el elemento natural y fundamental no cuenta con una definición e identificación para que pueda consolidarse en la realidad social debe tener conformidad y protección familiar.

De la tendencia a analizar en la regulación de lo que es; en si familia para el Derecho y contar con una definición e identificación compete construir una base de identificación jurídica normativa, observado la vida social familiar, estableciendo la definición de la familia como enunciado principal teniendo cohesión con los integrantes que conforman el grupo familiar

La regulación debe ser primando el interés familiar, por lo que es importante que se defina expresamente con enunciado propio que viene a ser la familia, que se considere la definición que especifica la Constitución de lo que vendría a ser la familia para el Derecho Peruano, no le otorga esencia jurídica para que pueda tener relación social dentro de las realidad jurídica social, teniéndose nuevos parámetros vivenciales que atraviesa la sociedad el derecho de tener un enunciado principal de la familia tiene que ser atendido.

Por lo tanto; se debe especificar presupuesto de enunciado y definición de la familia de lo que precisa, la definición por lo que se presenta con supuestos generales de lo vendría a ser la familia, solo es definido con términos generales, es necesario optar por una norma que abarque todo lo relacionado con la definición y enunciado en concreto, para que se pueda integrar una definición de familia tomando en cuenta las nuevas vivencias dentro de la realidad y necesidad social mediante qué modelo familiar persigue nuestra legislación, verificar como se desarrolla jurídicamente y vivencialmente la familia, incorporando una norma que señale que es la familia en el derecho peruano.



Otorgándole así una definición conveniente sobre que es familia, conforme a sus necesidades e importancia social que se da en la vivencia familiar, de tal manera debe regularse tomando en consideración los principios de la familia llevando a cada una propuesta coherente con los derechos establecidos en la Convención y otros sobre la familia.

2. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACION NACIONAL

A partir de la incorporación a la legislación nacional la Convención Americana sobre Derechos Humanos San José de Costa Rica, el Perú se encuentra imperiosamente obligado a replantear el contenido de las normas en materia de familia, especificando en cuanto a la definición e identificación de la familia para garantizar, proteger, respaldar a la Protección de la familia.

En efecto de la presente norma garantizara el respeto del principio de protección de la familia, cumpliendo nuestra legislación nacional en habilitar el orden normativo interno a los distintos tratados internacionales ratificados, que se tiene la Convención Americana sobre Derechos Humanos San José de Costa Rica.

3. ANALISIS COSTO BENEFICIO

La aprobación de la presente iniciativa legislativa, no genera gastos al presupuesto Público, no requiere de la implementación logística adicional a partir de aparato judicial existente.

Siendo su utilidad a presidir al respecto irrestricto del principio de protección a la familia que garantiza la Convención sobre los derechos a la familia.



4. FORMULA LEGAL

El Congreso de la Republica

Ha dado la Siguiete Ley:

LEY QUE MODIFICA EL ARTICULO 4° SEGUNDO PARRAFO DE LA CONSTITUCION POLITICA DE 1993 REFERIDOS A LA FAMILIA

ARTICULO 1.- Modifíquese el Artículo 4° segundo párrafo e incorpórese el artículo 4° segundo párrafo de la Constitución Política del Perú, promulgado 29 de Diciembre de 1993, Con el texto siguiente: Artículo 4 segundo párrafo.- La familia como expresión primigenia y esencia de vida, preexiste al Estado y es el núcleo de la sociedad fundada por el amor y la procreación, establecida por la vida que vinculan a las personas con lazos fuertes respetando las creencias Cristianas, Religiosas y preservando la Humanidad.

Artículo 2.- Deróguense el artículo 4° segundo párrafo, de la Constitución política del Perú, promulgado el 29 de Diciembre de 1993.

Artículo 3.- La presente Ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.



ANEXO E

EXPEDIENTE N° 06572-2006-PC/TC



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06572-2006-PA/TC
PIURA
JANET ROSAS DOMINGUEZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de noviembre de 2007, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los Magistrados Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Janet Rosas Domínguez contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, de fojas 95, su fecha 31 de mayo de 2006, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

La recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), solicitando el otorgamiento de una pensión de viudez. Manifiesta tener una declaración judicial de unión de hecho con don Frank Francisco Mendoza Chang y que, su menor hija, en la actualidad, viene percibiendo pensión de orfandad, en virtud de ser hija del causante.

La emplazada contesta la demanda manifestando que la declaración judicial de la unión de hecho no da derecho al otorgamiento de una pensión de viudez, ya que ésta se otorga únicamente cuando se cumplen con los requisitos expuestos en el artículo 53 del Decreto Ley 19990. Es decir, se requiere necesariamente que se acredite la celebración del matrimonio. En el presente caso, no se ha acreditado la unión conyugal, por lo tanto la demanda debe ser desestimada.

El Quinto Juzgado Especializado Civil de Piura, con fecha 30 de diciembre de 2005, declara improcedente la demanda considerando que, a través del presente proceso constitucional, no es posible otorgar derechos, sino proteger el ya reconocido.

La recurrida confirma la apelada por el mismo fundamento.

FUNDAMENTOS

1. En el fundamento 37 de la STC 1417-2005-PA, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de julio de 2005, este Tribunal ha señalado que aun cuando, *prima*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06572-2006-PA/TC
PIURA
JANET ROSAS DOMINGUEZ

facie, las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, en la medida en que el acceso a las prestaciones pensionarias sí forma parte de él, son susceptibles de protección a través del amparo los supuestos en que se deniegue una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplirse los requisitos legales.

§ **Delimitación del petitorio y de la cuestión constitucional suscitada**

2. En el presente caso, la demandante solicita que se le otorgue una pensión de viudez, conforme con el Decreto Ley N.º 19990, alegando tener una declaración judicial de unión de hecho con quien fue su conviviente don Frank Francisco Mendoza Chang, ahora fallecido.
3. El problema a dilucidar en este caso es si procede reconocer la pensión de sobrevivientes a la pareja de hecho supérstite. Ello implica determinar si es que a pesar de la omisión expresa del Decreto Ley N.º 19990, procede el reconocimiento de tal beneficio a las parejas de hecho.
4. Debe recordarse que los pronunciamientos sobre la pensión de viudez entre parejas de hecho ha merecido la atención de este Tribunal Constitucional. Si bien en un principio tal posibilidad se encontraba implícita¹, por medio de otra sentencia se rechazó tal supuesto², aceptándose luego tal hipótesis³.

Así, en la sentencia del Expediente 02719-2005-PA/TC, este Colegiado desestimó la demanda interpuesta por la conviviente supérstite, que solicitaba una pensión de viudez, argumentando que el causante no había cumplido con la edad requerida para obtener una pensión de jubilación por lo que tampoco se había generado el derecho a la pensión de viudez. Por su parte, en la sentencia del Expediente 03605-2005-PA/TC se argumentó que; i) Puesto que la Norma Fundamental quiere favorecer el matrimonio, al ser este presentado como una institución constitucional, no es posible tratar igual al matrimonio y a las uniones de hecho; ii) Si no se puede obligar a nadie a casarse, tampoco se puede obligar a los integrantes de la unión de hecho a asumir los efectos previsionales propios del matrimonio; iii) Solo podrían generarse derechos pensionarios entre las parejas de hecho si la norma específica así lo dispone; iv) La Norma constitucional reconoce la relación concubinaria para efectos sólo de naturaleza patrimonial mas no se incluye dentro de él efectos de carácter personal, como son el derecho alimentario y el de carácter pensionario.

¹ Sentencia del Expediente 02719-2005-PA/TC.

² Sentencia del Expediente 03605-2005-PA/TC.

³ Sentencia del Expediente 09708-2006-PA/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06572-2006-PA/TC
PIURA
JANET ROSAS DOMINGUEZ

Por último, en la sentencia recaída en el Expediente 09708-2006-PA/TC se esgrimió que de acuerdo al artículo 5º de la Constitución así como el artículo 326 del Código Civil (CC), la unión de hecho daba lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, pero al haberse comportado los convivientes como cónyuges, al asumir finalidades, obligaciones y deberes semejantes a los del matrimonio, la conviviente habría adquirido el derecho a la pensión de viudez. Se consideró además que las pensiones tenían la calidad de bienes que integran la sociedad de gananciales porque sirven para el sustento de la familia.

En vista de lo expuesto, a continuación se procederá a confirmar el criterio ya asumido por este Colegiado, argumentando de manera más profunda tal posición.

§ Tutela de la Familia en el Estado Democrático y Social de Derecho y pluralidad de estructuras familiares

5. Fue el constitucionalismo de inicios del siglo XX el que por primera vez otorgó a la familia un lugar en las normas fundamentales de los Estados. Precisamente fue la Constitución de Weimar (1919) en donde se reconoció expresamente el rol protector del Estado para con la Familia⁴. Sin embargo, es de precisar que en aquella época se identificaba al matrimonio como único elemento creador de familia. Se trataba pues de un modelo de familia matrimonial, tradicional y nuclear, en donde el varón era “cabeza de familia” dedicado a cubrir los gastos familiares y la mujer realizaba necesariamente las labores del hogar. Dentro de esta tendencia de reconocimiento de protección de la familia, constituciones posteriores a la segunda guerra mundial fueron recogiendo dicha institución, conceptuándola en muchos casos de manera muy similar.
6. A nivel de la región, los constituyentes se han referido a la familia como “núcleo fundamental de la sociedad”⁵, “elemento natural y fundamento de la sociedad”⁶, “fundamento de la sociedad”⁷, “asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas”⁸, “base de la sociedad”⁹,

⁴ El artículo 119 de dicha Constitución indicaba: “El matrimonio como fundamento de la vida de la familia, de la conservación y del crecimiento de la nación se pone bajo la protección especial de la Constitución.”

⁵ Artículo 42.º de la Constitución de Colombia y artículo 1 de la Constitución de Chile.

⁶ Artículo 51.º de la Constitución de Costa Rica.

⁷ Artículo 49.º de la Constitución de Paraguay; “La familia es el fundamento de la sociedad. Se promoverá y se garantizará su protección integral. Esta incluye a la unión estable del hombre y de la mujer, a los hijos y a la comunidad que se constituya con cualquiera de sus progenitores y sus descendientes.”

⁸ Artículo 75.º de la Constitución de Venezuela.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06572-2006-PA/TC
PIURA
JANET ROSAS DOMINGUEZ

“célula fundamental de la sociedad”¹⁰, por citar algunos. Por su parte, el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) conceptúa a la familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad”, sujeta a la protección del Estado y la sociedad. Conviene tener presente también, que el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el 23 del PIDCP establecen que la familia debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

7. En el caso peruano, es la Constitución de 1933 la que por primera vez dispone, de manera expresa, la tutela de la familia. En su artículo 53 indicaba que “El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley.” La Constitución de 1979, por su lado, preceptuaba la protección que el Estado le debía a la familia que era referida como una “sociedad natural y una institución fundamental de la Nación”. Mientras que la Constitución vigente, dispone la protección de la familia, reconociéndola como un instituto natural y fundamental de la sociedad. En virtud de ello, la carta fundamental consagra una serie de mandatos que buscan dotar al instituto de protección constitucional adecuada. Así se tutela la intimidad familiar (artículo 2, inciso 7) y la salud del medio familiar (artículo 7). Ello se vincula a su vez, con lo establecido en el artículo 24, que establece el derecho que tiene el trabajador de contar con ingresos que le permitan garantizar el bienestar suyo y de su familia. De igual manera tendrá que ser apreciado el artículo 13.º que impone el deber de los padres de familia de educar a sus hijos y elegir el centro de educación.
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. 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 el matrimonio, como ocurría con el Código Civil de 1936, que manifestaba tal tendencia con la inconstitucional diferenciación de hijos “legítimos” y “no legítimos”
9. La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha reconocido la amplitud del concepto de familia, además de sus diversos tipos¹¹. Ello es de suma

⁹ Artículo 45.º de la Constitución de Uruguay.

¹⁰ Artículo 39.º de la Constitución de Cuba.

¹¹ Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Protección de la familia, derecho al matrimonio e igualdad de los esposos (art. 23)*. 27/07/90, *Observación General 19*. En el documento se indica; “En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Partes deberían también indicar en qué



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06572-2006-PA/TC
PIURA
JANET ROSAS DOMINGUEZ

relevancia por cuanto la realidad ha venido imponiendo distintas perspectivas sobre el concepto de familia. Los cambios sociales generados a lo largo del siglo XX han puesto el concepto tradicional de familia en una situación de tensión. Y es que al ser éste un instituto ético-social, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Por lo tanto, hechos como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las 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 hecho¹², las monopaternales¹³ o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas¹⁴.

10. Bajo esta perspectiva la familia no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se materialice la dimensión generativa o de procreación únicamente. Por cierto, la familia también es la encargada de transmitir valores éticos, cívicos y culturales. En tal sentido, “su unidad hace de ella un espacio fundamental para el desarrollo integral de cada uno de sus miembros, la transmisión de valores, conocimientos, tradiciones culturales y lugar de encuentro intra e intergeneracional”, es pues, “agente primordial del desarrollo social”.¹⁵

11. De lo expuesto hasta el momento se deduce que, sin importar el tipo de familia ante la que se esté, ésta será merecedora de protección frente a las injerencias que puedan surgir del Estado y de la sociedad. No podrá argumentarse, en consecuencia, que el Estado solo tutela a la familia matrimonial, tomando en cuenta que existen una gran cantidad de familias extramatrimoniales. Es decir, se comprende que el instituto familia trasciende al del matrimonio, pudiendo darse la situación de que extinguido este persista aquella. Esto no significa que el Estado no cumpla con la obligación de

medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros.”

¹² Así lo ha explicitado este Tribunal en la sentencia del Expediente N.º 03605-2005-AA/TC, fundamento 3, cuanto indica: “Y pese a la promoción del instituto del matrimonio, se ha llegado a constitucionalizar una situación fáctica muy concurrente en el país pues existen familias que están organizadas de hecho, sin haberse casado civilmente.”

¹³ Reconocida por la Constitución Brasileña de 1988, art. 226, numeral 4, que explica: “Se considera, también, como entidad familiar la comunidad formada por cualquier de los padres y sus descendientes.” *Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.*

¹⁴ Ver sentencia del expediente N.º 9332-2006-AA/TC.

¹⁵ *Plan Nacional de Apoyo a la Familia 2004-2011*, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 004-2005-MIMDES. p. 16.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06572-2006-PA/TC
PIURA
JANET ROSAS DOMINGUEZ

la Constitución en cuanto promover la familia matrimonial, que suponen mayor estabilidad y seguridad de los hijos.

§ Unión *more uxorio* (Unión de hecho)

12. Como es conocido, tradicionalmente la unión de hecho -también denominada concubinato o unión extramatrimonial- concitaba una percepción negativa y de rechazo por parte de cierto sector de la sociedad, concibiéndola como una forma de vida inmoral, situación que no se condecía con la realidad, tradiciones y cultura de otro gran sector de la sociedad peruana. Reflejo de ello era la ausencia del reconocimiento de efectos legales a este tipo de uniones. No obstante, el incremento de las prácticas convivenciales y la mayor secularización de la sociedad y del Estado (y su legislación) fue imponiendo un contexto a partir del cual se comenzaron a plantear respuestas -primero jurisprudencialmente y luego a nivel Constitucional- a esta realidad social. Así, la Constitución de 1979 reconoce por primera vez a nivel constitucional la unión de hecho. En la constituyente, se argumentó que tal incorporación se debió al reconocimiento de una realidad social que involucraba a un gran número de peruanas y peruanos. De otro lado, se anotó que al momento de la separación de las uniones libres se presentaban situaciones inicuas. Y es que en muchas ocasiones una de las partes -en su mayoría el varón- terminaba por apoderarse de los bienes adquiridos por la pareja durante la convivencia¹⁶. Si bien, tal problemática ya había merecido la atención del órgano jurisdiccional, entendiendo que se estaba frente a un enriquecimiento ilícito, el constituyente de 1979 optó por reconocer ésta figura a fin de brindar una solución a tal problemática. Razones similares justificaron que el constituyente de 1993 mantuviera la unión de hecho, por lo que se recogió en la Constitución vigente sin mayores modificaciones. Con este reconocimiento constitucional se legitiman y se salvaguarda la dignidad de aquellas personas que habían optado por la convivencia. Asimismo pasan a ser considerados familia, por consiguiente merecedora de la protección del Estado.

13. Pero esta constitucionalización de la entidad, también implica el reconocer ciertos efectos jurídicos entre quienes conforman la unión de hecho. Si bien se está ante una institución que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de quienes la integran y que en puridad se caracteriza por su informalidad en cuanto a su inicio y su desarrollo, no es menos cierto que el Estado puede intervenir y regular conductas a fin de evitar situaciones no deseadas en la sociedad. Así pues, la Constitución reconoce una realidad pero al mismo tiempo, la encausa dentro de los valores constitucionales a fin de hacerla compatible con el resto del ordenamiento. En tal

¹⁶ Diario de Debates de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979, Tomo I, Publicación oficial, Lima, pp. 326-340.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06572-2006-PA/TC
PIURA
JANET ROSAS DOMINGUEZ

sentido, a fin de evitar que el aporte realizado por la pareja durante la convivencia sea apropiado por uno de ellos, en desmedro del otro, la Constitución reconoció expresamente el régimen de gananciales a estas uniones, en cuanto les sea aplicable. Con esto, fenómenos como el comentado se verían refrenados, brindando una dimensión de equidad a las uniones fácticas. Pero esta no sería la única obligación que se generaría entre los convivientes, como observaremos más adelante, la propia dinámica de la convivencia encuadrada en la disposición constitucional, implica el cumplimiento de ciertas acciones, por parte de los integrantes de la unión.

14. Dicho esto, es pertinente analizar el artículo 5.º de la Carta fundamental que recoge la unión de hecho de la siguiente manera;

“La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.”

15. Importante doctrina ha considerado que la unión de hecho puede distinguirse de la siguiente manera; concubinato en sentido estricto (propio o puro) y concubinato en sentido amplio (impropio o concubinato adulterino). El primero de ellos supone que los individuos que conforman las uniones de hecho no tienen impedimento alguno para contraer matrimonio. Es decir, se encuentran aptos para asumir el matrimonio. En cambio, el segundo caso abarca a aquellas parejas que no podrían contraer nupcias debido a que uno de ellos o los dos tiene ya un vínculo matrimonial con tercera persona, o se encuentran impedidos de casarse por cualquier otra causal. Estando a lo expuesto por la Constitución es claro que nos encontramos ante un concubinato en sentido estricto, puro o propio.

16. De igual forma se observa, que se trata de una unión monogámica heterosexual, con vocación de habitualidad y permanencia, que conforma un hogar de hecho. Efecto de esta situación jurídica es que, como ya se expuso, se reconozca una comunidad de bienes concubinarios, que deberá sujetarse a la regulación de la sociedad de gananciales.

17. Ahora bien, el formar un hogar de hecho comprende compartir habitación, lecho y techo. Esto es, que las parejas de hecho lleven su vida tal como si fuesen cónyuges, compartiendo intimidad y vida sexual en un contexto de un fuerte lazo afectivo. Las implicancias de ello se verán reflejadas en el desarrollo de la convivencia, que deberá basarse en un clima de fidelidad y exclusividad. Se excluye por lo tanto, que alguno de los convivientes estén casado o tenga otra unión de hecho.

18. La estabilidad mencionada en la Constitución debe traducirse en la permanencia,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06572-2006-PA/TC
PIURA
JANET ROSAS DOMINGUEZ

que es otro elemento esencial de la unión de hecho. Siendo ello así, la unión de hecho, debe extenderse por un período prolongado, además de ser continua e ininterrumpida. Si bien la Constitución no especifica la extensión del período, el artículo 326° del CC sí lo hace, disponiendo como tiempo mínimo 2 años de convivencia. La permanencia establece evidencia su relevancia en cuanto es solo a partir de ella que se puede brindar la seguridad necesaria para el desarrollo adecuado de la familia.

19. De otro lado, la apariencia de vida conyugal debe ser pública y notoria. No se concibe amparar la situación en donde uno o ambos integrantes de la unión de hecho pretenden materializarla soterradamente.

§ Hogar de hecho

20. Tales son las consecuencias de la formación de un hogar de hecho entre personas con capacidad nupcial. De ahí que se generen vínculos patrimoniales otorgados expresamente por el legislador constituyente. Así, el reconocimiento de la comunidad de bienes, implica que el patrimonio adquirido durante la unión de hecho pertenecen a los dos convivientes. Con ello se asegura que a la terminación de la relación, los bienes de tal comunidad pueda repartirse equitativamente, con lo que se erradicarían los abusos e impediría el enriquecimiento ilícito.
21. No obstante, es de resaltar que estos efectos patrimoniales surgen de la comunidad de vida que llevan los convivientes. Esta comunidad debe ser comprendida como la coincidencia de fines, objetivos, modos de apreciar el mundo y expectativas sobre futuro, substrato sobre el cual se erige el aprecio y afecto que se proveen las parejas, precisamente por lo cual, comparten su vida en un "aparente matrimonio." De lo que se infiere que existe también ciertas obligaciones no patrimoniales. Por ejemplo, como ya se observó, la configuración constitucional de esta unión libre genera un deber de fidelidad entre quienes la conforman.
22. De igual modo, sería una interpretación bastante constreñida de la Constitución el concebir que en una unión de hecho no exista, por ejemplo, obligaciones de cooperación o de tipo alimentaria. Contémplese sino la situación en que uno de los convivientes requiera los auxilios pertinentes del otro por caer enfermo. Más aun, no debe dejarse de observar que frente a la terminación de la unión, por decisión unilateral, la pareja abandonada puede solicitar indemnización o pensión alimenticia [art. 326 CC]. Es decir, frente a la dependencia económica generada, se deben plantear contextos jurídicos que viabilicen y materialicen el sentido material y concreto de la Constitución.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06572-2006-PA/TC
PIURA
JANET ROSAS DOMINGUEZ

23. En suma, debe enfatizarse que la unión de hecho genera una dinámica a partir de la cual se originan dependencias entre los convivientes. Por ejemplo, es muy común que se de el caso en donde uno de ellos se ocupe de las labores que exige el hogar, dejando de lado el ámbito laboral, mientras que la pareja, se desarrollará en el espacio profesional, cumpliendo la tarea de brindar los medios económicos que sustenten la vida en comunidad. Esta sinergia incluye pues un deber de asistencia mutua.

§ Seguridad Social y Pensión de sobreviviente

24. El artículo 10º de la Constitución reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la Seguridad Social, para hacer frente a las contingencias que la ley precise con la finalidad de elevar su calidad de vida. Como ya lo ha expresado este Tribunal Constitucional, la Seguridad Social;

“Se concreta en un complejo normativo estructurado -por imperio del artículo 10 de la Constitución- al amparo de la ‘doctrina de la contingencia’ y la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no sólo del mantenimiento, sino en ‘la elevación de la calidad de vida’.”

En tal sentido, debe recordarse que a diferencia de los derechos fundamentales clásicos, la Seguridad Social requiere de una configuración legal, estableciéndose ésta como la fuente normativa vital para delimitar su contenido protegido. De tal forma, por medio de las disposiciones legales se establecen las condiciones para la obtención de un derecho subjetivo a una determinada prestación. Esto es la manifestación de la “libre configuración de la ley por el legislador” conforme a la cual se comprende que;

“es el legislador el llamado a definir la política social del Estado social y democrático de derecho. En tal sentido, éste goza de una amplia reserva legal como instrumento de la formación de la voluntad política en materia social. Sin embargo, dicha capacidad configuradora se encuentra limitada por el contenido esencial de los derechos fundamentales, de manera tal que la voluntad política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de las fronteras jurídicas de los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06572-2006-PA/TC
PIURA
JANET ROSAS DOMINGUEZ

derechos, principios y valores constitucionales.”¹⁷

25. De otro lado, este Colegiado ya ha establecido que el único titular de la pensión es quien realiza los aportes, siendo las pensiones de sobrevivientes, el derecho del propio titular proyectado sobre la o las personas que cumplan con los requisitos para acceder a tales beneficios. De esta manera la pensión de sobreviviente;

“Debe ser concebida como una garantía para velar por el mantenimiento de una vida acorde con el principio de dignidad de aquellos que, en razón de un vínculo familiar directo, dependían económicamente de parte de dicha pensión, es decir, como una garantía derivada del reconocimiento de la familia como instituto fundamental de la sociedad (artículo 4 de la Constitución).

En consecuencia, *prima facie*, la posibilidad de que el monto o parte del monto de la pensión del causante se materialice en una pensión de sobrevivencia, debe encontrarse condicionada a la dependencia económica en la que se encontraba el o los sobrevivientes con relación a dicho monto”¹⁸ (subrayado agregado).

§ Decreto Ley 19990 y unión de hecho

26. El Decreto Ley 19990 regula el Sistema Nacional de Pensiones (SNP), disponiendo los requisitos para que el titular acceda a una pensión de jubilación, de invalidez, así como los requisitos que deben cumplir los sobrevivientes a fin de acceder a una pensión de viudez, orfandad o ascendentes. Debido a que el tema se plantea respecto a la pensión de viudez y su relación la convivencia se analizará el artículo 53 del aludido decreto ley, que regula lo referente a la pensión de viudez, estableciéndose lo siguiente;

“Tiene derecho a pensión de viudez la cónyuge del asegurado o pensionista fallecido, y el cónyuge inválido o mayor de sesenta años de la asegurada o pensionista fallecida que haya estado a cargo de ésta, siempre que el matrimonio se hubiera celebrado por lo menos un año antes del fallecimiento del causante y antes de que éste cumpla sesenta años de edad si fuese hombre o cincuenta años si fuese mujer, o más de dos años antes del fallecimiento del causante en caso de haberse celebrado el matrimonio a edad mayor de las indicadas.

Se exceptúan de los requisitos relativos a la fecha de celebración del matrimonio los casos siguientes:

- a) Que el fallecimiento del causante se haya producido por accidente;

¹⁷ Sentencia del Expediente 01417-2005-PA/TC, Fundamento 12.

¹⁸ Sentencia del Expediente 0050-2004-AI/TC, Fundamento 143.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06572-2006-PA/TC
PIURA
JANET ROSAS DOMINGUEZ

- b) Que tengan o hayan tenido uno o más hijos comunes; y
- c) Que la viuda se encuentre en estado grávido a la fecha de fallecimiento del asegurado.”

Como es de apreciarse, no se contempla en lo absoluto referencia alguna a la pareja conviviente. La explicación debe encontrarse en la inexistencia de la unión de hecho en la legislación nacional de aquella época. Como ya se expresó, ésta institución fue reconocida a nivel constitucional recién con la Carta Fundamental de 1979, desarrollándose legalmente en el artículo 326° del CC, casi un lustro después. Así, de una simple lectura del ordenamiento jurídico, podría concluirse que, puesto que no se contempla normativamente que las parejas de hecho sobrevivientes accedan a una pensión de viudez, la presente demanda tendría que ser desestimada. Y es que como ya se apreció, en el caso de la Seguridad Social, es el legislador ordinario quien configura legalmente los supuestos por los cuales se accedería al derecho.

27. No obstante, el defecto de tal argumentación estriba en interpretar la pretensión de la actora exclusivamente desde de la ley, cuando por el contrario, en el Estado social y democrático de Derecho, es a partir de la Constitución desde donde se interpretan las demás normas del ordenamiento jurídico. A propósito de ello, debe indicarse, como ya lo ha hecho este Tribunal en otras ocasiones, que el tránsito del Estado Legal de Derecho al de Estado Constitucional de Derecho supuso dejar de lado la tesis según la cual el texto fundamental era una norma carente de contenido jurídico vinculante, compuesta tan solo por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos.

“Es decir, significó superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso -de la mano del principio político de soberanía popular- al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder devino entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo.”¹⁹

¹⁹ Sentencia del Expediente 05854-2005-PA/TC, Fundamento 3.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06572-2006-PA/TC
PIURA
JANET ROSAS DOMINGUEZ

§ Inconstitucionalidad sobreviniente y legislación preconstitucional

28. En rigor, corresponde en este extremo apreciar que los alcances de este precepto legislativo resultan ser una inconstitucionalidad sobreviniente²⁰, fenómeno presentado cuando una norma primigeniamente constitucional, deviene en inconstitucional porque no compatibiliza con la vigente norma constitucional. En este caso, el Decreto Ley 19990, fue desarrollado bajo el marco de la Constitución de 1933. Actualmente, sin embargo, como ya se tiene explicitado, debe interpretarse bajo los alcances de la configuración constitucional que le otorga el texto fundamental de 1993.
29. En tal sentido, es de enfatizarse que el hecho de que el Decreto Ley 19990 sea una norma preconstitucional, no significa que la Constitución vigente no sea el parámetro bajo el cual se debe aplicar tal decreto ley. Todo lo contrario, tal norma, como cualquier otra, debe ser interpretada y aplicada tomando en cuenta los derechos, principios y valores recogidos en la Carta Fundamental vigente. En consecuencia, es la norma y específicamente su artículo 53, el que tendrá que interpretarse a la luz de los valores y principios materiales del texto constitucional.
30. De esta manera, al haberse consagrado la protección de la familia como mandato constitucional, y siendo que la unión de hecho es un tipo de estructura familiar, queda por precisar las concretizaciones de esta protección y si es que en el presente caso, la norma que regula el reconocimiento de la pensión de viudez se adecua a la Carta Fundamental.
31. La finalidad de la pensión de sobrevivientes es preservar y cubrir los gastos de subsistencia compensando el faltante económico generado por la muerte del causante, y puesto que la propia convivencia genera una dinámica de interacción y dependencia entre los convivientes, la muerte de uno de ellos legitima al conviviente superviviente a solicitar pensión de viudez. Más aun cuando uno de ellos ha visto sacrificada sus perspectivas profesionales, debido a que tuvo que dedicarse al cuidado de los hijos y del hogar, perjudicando su posterior inserción -o al menos haciéndola más difícil- en el mercado laboral.
32. Pero ¿implica ello que no se estaría materializando el deber del Estado de promover el matrimonio? Tal argumentación parte de la errada premisa de que el otorgar pensión de sobreviviente a las parejas de hecho superviviente supone promover el

²⁰ Como ya lo expresó este Tribunal en nuestro ordenamiento se han asumido las teorías de la continuidad y de la revisión (Sentencia del Expediente 0010-2001-AI/TC, Fundamentos 10 al 16).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06572-2006-PA/TC
PIURA
JANET ROSAS DOMINGUEZ

matrimonio. Ello equivaldría a decir que desde que el Estado está obligado a promover el matrimonio, cierto número de uniones de hecho han tomado la decisión de casarse para poder acceder a la pensión de viudez. Lo cual resulta ilógico, atendiendo a la importancia institucional que el matrimonio tiene en nuestra sociedad. En tal sentido, no es coherente alegar que las personas contraigan matrimonio debido a que los convivientes no perciben pensión de sobrevivientes. Es otra la problemática y por tanto, otras las herramientas con las que el Estado promueve el matrimonio, como las que se derivarían del artículo 2.º, inciso j) de la Ley del Fortalecimiento de la Familia (Ley N.º 28542), que impulsa la unión marital de las uniones de hecho.

§ Sistema Privado de Pensiones (SPP) y pensión de viudez

33. A mayor abundancia debe observarse la desigualdad plasmada entre una misma situación jurídica y los distintos efectos que el ordenamiento propone. Como se ha observado, el SNP no reconoce efectos jurídicos, al menos expresamente, a la situación que afrontan las parejas de hecho sobrevivientes. Por el contrario, en el SPP la parejas de hecho sobrevivientes son beneficiadas con la pensión de viudez.

34. Ello ha sido recogido por el artículo 117º del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (Decreto Supremo 004-98-EF) que establece;

“Tienen derecho a la pensión de sobrevivencia los beneficiarios del afiliado que no se hubiere jubilado, siempre que su muerte no resulte consecuencia de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, actos voluntarios o del uso de sustancias alcohólicas o estupefacientes, o de preexistencias. El orden es el siguiente: El cónyuge o concubino conforme a lo establecido en el Artículo 326 del Código Civil; Los hijos que cumplan con los requisitos previstos en el inciso e) del Artículo 113 que antecede; [...]”.

35. En consecuencia, a una misma situación se le da trato diferenciado, o puesto de otra forma, se hace una diferenciación entre iguales. La situación para este caso concreto es equivalente; la contingencia que implica la muerte del conviviente. Claramente, se está ante una vulneración del derecho-principio de igualdad. Esta diferenciación normativa no descansa sobre argumento objetivo y razonable que pueda justificar la diferencia de trato. La calidad y naturaleza, así como los mecanismos del SPP (forma y determinación de los aportes y del monto pensionario), en nada justifican que este reconocimiento sea legítimo y a nivel del SNP no lo sea.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06572-2006-PA/TC
PIURA
JANET ROSAS DOMINGUEZ

36. En definitiva, el artículo 53 del Decreto Ley 19990, visto a la luz del texto fundamental, debe ser interpretado de forma tal que se considere al conviviente supérstite como beneficiario de la pensión de viudez. Ello desde luego, siempre que se acrediten los elementos fácticos y normativos que acrediten la existencia de la unión hecho por medio de documentación idónea para ello.

§ Análisis del caso concreto

37. Una vez que se ha dilucidado el problema planteado, esto es, la procedencia de la pensión de sobreviviente al conviviente, queda analizar si es que en el caso de autos la demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión. Sobre tales requisitos debe interpretarse que estos son los mismo que los requeridos a las viudas en el artículo 53 del Decreto Ley N.º 19990.
38. En autos (fojas 5) obra copia de la sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Piura, que declara fundada la demanda que reconoce la unión de hecho entre doña Janet Rosas Domínguez y Frank Francisco Mendoza Chang.
39. Tomando en cuenta lo expuesto en los fundamentos precedentes, y al haberse acreditado la unión de hecho, en virtud del artículo 5 de la Constitución, del artículo 326 del Código Civil, así como del artículo 53 del Decreto Ley 19990, cuya interpretación es efectuada a la luz de la Constitución, le corresponde a la demandante la pensión de viudez.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda, ordenándose a la ONP que, de acuerdo a la interpretación del artículo 53 del Decreto Ley 19990 realizada por este Colegiado, se abone la pensión de viudez a doña Janet Rosas Domínguez.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneira

14



ANEXO F

EXPEDIENTE N° 09332-2006-PC/TC



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 09332-2006-PA/TC
LIMA
REYNALDO ARMANDO SHOLS PÉREZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 30 días del mes de noviembre de 2007, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Reynaldo Armando Shols Pérez contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 273, su fecha 3 de agosto de 2006, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 23 de setiembre de 2003, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Centro Naval del Perú, solicitando que se le otorgue a su hijastra, Lidia Lorena Alejandra Arana Moscoso, el carné familiar en calidad de hija y no un pase de invitada especial, por cuanto constituye una actitud discriminatoria y de vejación hacia el actor en su condición de socio, afectándose con ello su derecho a la igualdad.

Manifiesta que durante los últimos años la emplazada otorgó, sin ningún inconveniente, el carné familiar a los hijastros considerándolos como hijos, sin embargo mediante un proceso de recarnetización, que comprende a los socios y a sus familiares, se efectuó la entrega de los mismos solamente al titular, esposa e hija; denegándose la entrega de este a su hijastra, no siendo considerada como hija del socio.

La emplazada contesta la demanda argumentando que en estricto cumplimiento del Acuerdo N.º 05-02 de la sesión del Comité Directivo del Centro Naval del Perú, de fecha 13 de junio de 2002, se aprobó otorgar el pase de invitado especial válido por un año, renovable hasta los 25 años, a los hijastros de los socios, y que en consecuencia, no se puede otorgar a la hijastra del demandante un carné de hija del socio, por no tener esta calidad, de acuerdo a lo expuesto en el Código Civil y las Normas Estatutarias.

El Primer Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 20 de marzo de 2006, declara infundada la demanda, estimando que el estatuto del Centro Naval del Perú en su artículo 23 no regula la situación de los hijastros, en consecuencia, no existe discriminación alguna porque el actor no tiene derecho a que su hijastra tenga carné familiar como hija del socio.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La recurrida, revocando la apelada, declara improcedente la demanda, considerando que es la referida hijastra quien se encuentra afectada con la negativa del demandado de otorgar el carné familiar, por lo que para su representación legal se deberán considerar las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela; que siendo ello así, se aprecia que el recurrente no es padre ni representante legal de la menor, y que alegar que está a cargo de su hijastra, no implica la acreditación de su legitimidad para obrar.

FUNDAMENTOS

1. El objeto de la presente demanda es que se le otorgue carné familiar a la hijastra del actor, cesando con ello la discriminación a la cual ha sido sujeto en su calidad de socio. En efecto, en la demanda se ha argumentado que el hecho de que la Administración se niegue a entregar un carné familiar a su hijastra contraviene el derecho a la igualdad del actor puesto que, según el recurrente, existen otros miembros de la Asociación a cuyos hijastros sí se les ha hecho entrega del carné familiar, reconociéndoles en el fondo los mismos derechos que a un hijo.
2. Los hechos del caso, no obstante, plantean cuestiones de suma relevancia como son los límites de la autoorganización de las asociaciones recreativas frente a la problemática de lo que en doctrina se ha denominado *familias ensambladas*, *familias reconstituidas* o *reconstruidas*. Es por ello que a fin de dilucidar la presente acción, se tendrá que superar el vacío que se observa en la legislación nacional sobre la materia.

§ Legitimidad del demandante

3. Antes de entrar a analizar tales temas, deben subsanarse los vicios procesales en los que ha incurrido el *ad quem* respecto de la legitimidad del demandante. Es claro que el recurrente, al ser socio titular de la Asociación, goza de ciertos derechos y obligaciones. Entre los derechos se encuentra el de solicitar carnés para su cónyuge e hijos. En tal sentido, comprende el actor que al denegársele el carné solicitado para su hijastra, cuando a otros socios sí se les ha hecho entrega de carné para sus hijastros, se materializa un trato diferenciado que no es sostenible bajo ningún criterio razonable. Es aquí donde claramente se aprecia el hecho generador de la supuesta lesión del actor, verificándose con ello la legitimidad para obrar del demandante.

§ Modelo constitucional de Familia

4. El artículo 4.º 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.º 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–



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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”.

5. El Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 23.º 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.º 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.
6. 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”.¹
7. 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 hecho², las monopaternales o las que en doctrina se han denominado *familias reconstituidas*.

§ Las Familias Reconstituidas

8. En realidad no existe un acuerdo en doctrina sobre el *nomen iuris* de esta organización familiar, utilizándose diversas denominaciones tales como familias ensambladas, reconstruidas, reconstituidas, recompuestas, familias de segundas

¹ BOSSERT, Gustavo A. y Eduardo A. ZANNONI, *Manual de derecho de familia*. 4.ª, ed., Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 6.

² Así lo ha explicitado este Tribunal en la sentencia del Expediente N.º 03605-2005-AA/TC, fundamento 3, cuanto indica; “Y pese a la promoción del instituto del matrimonio, se ha llegado a constitucionalizar una situación fáctica muy concurrente en el país pues existen familias que están organizadas de hecho, sin haberse casado civilmente”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

nupcias o familiastras.³ Son familias que se conforman a partir de la viudez o el divorcio. Esta nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso. Así, la *familia ensamblada* puede definirse como “la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa”.⁴

9. Por su propia configuración estas familias tienen una dinámica diferente, presentándose una problemática que tiene diversas aristas, como son los vínculos, deberes y derechos entre los integrantes de la familia reconstituida, tema de especial relevancia en el presente caso, por lo que se procederá a revisarlo.
10. Las relaciones entre padrastros o madrastras y los hijastros/as deben ser observadas de acuerdo con los matices que el propio contexto impone. Por ejemplo, del artículo 237.º del Código Civil (CC), se infiere que entre ellos se genera un parentesco por afinidad, lo que, de por sí, conlleva un efecto tan relevante como es el impedimento matrimonial (artículo 242.º del CC). Es de indicar que la situación jurídica del hijastro no ha sido tratada por el ordenamiento jurídico nacional de forma explícita, ni tampoco ha sido recogida por la jurisprudencia nacional.
11. No obstante, sobre la base de lo expuesto queda establecido que el hijastro forma parte de esta nueva estructura familiar, con eventuales derechos y deberes especiales, no obstante la patria potestad de los padres biológicos. No reconocer ello traería aparejada una afectación a la identidad de este nuevo núcleo familiar, lo que de hecho contraría lo dispuesto en la carta fundamental respecto de la protección que merece la familia como instituto jurídico constitucionalmente garantizado.
12. Desde luego, la relación entre los padres afines y el hijastro tendrá que guardar ciertas características, tales como las de habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento. Es decir, tiene que reconocerse una identidad familiar autónoma, sobre todo si se trata de menores de edad que dependen económicamente del padre o madre afín. De otro lado, si es que el padre o la madre biológica se encuentran con vida, cumpliendo con sus deberes inherentes, ello no implicará de ninguna manera la pérdida de la patria potestad suspendida.
13. Tomando en cuenta todo ello es de interés recordar lo expuesto en el tercer párrafo del artículo 6.º de la Constitución, que establece la igualdad de deberes y derechos de todos los hijos, prohibiendo toda mención sobre el estado civil de los padres o la naturaleza de la filiación en los registros civiles o en cualquier otro documento de

³ DOMÍNGUEZ, Andrés Gil, et ál. *Derecho constitucional de familia*. 1ed. Tomo I, Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 183.

⁴ RAMOS CABANELLAS, Beatriz. “Regulación legal de la denominada familia ensamblada” *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Uruguay, 2006, p. 192.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

identidad. Surge frente a ello la interrogante de si, bajo las características previamente anotadas, es factible diferenciar entre hijastro e hijos.

14. Este Tribunal estima que en contextos en donde el hijastro o la hijastra se han asimilado debidamente al nuevo núcleo familiar, tal diferenciación deviene en arbitraria y contraria a los postulados constitucionales que obligan al Estado y a la comunidad a proteger a la familia. En efecto, tal como se ha expuesto, tanto el padrastro como el hijo afín, juntamente con los demás miembros de la nueva organización familiar, pasan a configurar una nueva identidad familiar. Cabe anotar que por las propias experiencias vividas por los integrantes de este nuevo núcleo familiar –divorcio o fallecimiento de uno de los progenitores– la nueva identidad familiar resulta ser más frágil y difícil de materializar. Es por ello que realizar una comparación entre el hijo afín y los hijos debilita la institución familiar, lo cual atenta contra lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución, según el cual la comunidad y el Estado protegen a la familia.

§ Libertad de asociación y límites a su autonomía de autorregulación

15. Frente a ello se encuentra la libertad de asociación, recogida en el artículo 2.º inciso 13, de la Constitución, que reconoce el derecho a toda persona a “asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser resueltas por resolución administrativa.”

16. Como ya lo ha anotado este Tribunal, tal libertad se erige como una manifestación de la libertad dentro de la vida coexistencial, protegiendo el que grupos de personas que comparten similares intereses para la realización de una meta común, puedan asociarse a fin de concretar estas. Tal derecho se sustenta en principios como el de autonomía de la voluntad, el de autoorganización y el de principio de fin altruista, a partir de los cuales se configura su contenido esencial, el que se encuentra constituido por: “a) el *derecho de asociarse*, entendiéndose por tal la libertad de la persona para constituir asociaciones, así como la posibilidad de pertenecer libremente a aquellas ya constituidas, desarrollando las actividades necesarias en orden al logro de los fines propios de las mismas; b) el *derecho de no asociarse*, esto es, el derecho de que nadie sea obligado a formar parte de una asociación o a dejar de pertenecer a ella, y c) la *facultad de autoorganización*, es decir, la posibilidad de que la asociación se dote de su propia organización” (Expediente 4242-2004-PA/TC, fundamento 5).

17. Evidentemente tal libertad tiene límites. El disfrute de esta libertad puede ceder frente a imperativos constitucionales, como lo son otros derechos fundamentales y otros bienes constitucionales. En el caso de autos, interesa cuestionar los límites de la facultad de autoorganizarse, la que se ve reflejada en la posibilidad de que la directiva de la Asociación regule sus propias actividades. Desde luego, aquella regulación no puede contravenir el ordenamiento jurídico, ya que esta libertad se



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ejercita dentro de un espacio constitucional en el que se conjugan otros valores y bienes fundamentales.

§ Análisis del caso en concreto

18. En los casos en donde se alega un trato desigual, este Tribunal ha establecido que es el demandante el encargado de acreditar tal desigualdad. El recurrente, sin embargo, no ha presentado medio probatorio por predio del que demuestre el referido trato desigual. Es decir, no ha acreditado fehacientemente que existan hijastras de otros socios a las que se les reconozca y trate de manera similar a una hija.
19. No obstante ello, deben tomarse en cuenta otros aspectos, como los referidos en la presente sentencia, cuales son la protección de la familia y el derecho a fundarla. Esto último no puede agotarse en el mero hecho de poder contraer matrimonio, sino en el de tutelar tal organización familiar, protegiéndola de posibles daños y amenazas, provenientes no solo del Estado sino también de la comunidad y de los particulares. Tal facultad ha sido reconocida por tratados internacionales de derechos humanos, referidos en los fundamentos precedentes (*supra* 4 y 5), los que han pasado a formar parte del derecho nacional, de conformidad con el artículo 55 de la Constitución.
20. En tal sentido, es el derecho a fundar una familia y a su protección el que se encuentra bajo discusión, por lo que de conformidad con el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que obliga al juez a aplicar el derecho que corresponda aun cuando no haya sido invocado por las partes, se emitirá pronunciamiento tomando en cuenta ello.
21. De autos se aprecia el Acta de Matrimonio de fecha 3 de setiembre de 1999, por medio del cual se acredita la unión matrimonial entre el recurrente, don Reynaldo Armando Shols Pérez, y doña María Yolanda Moscoso García. Tal es el segundo matrimonio de cada uno de los cónyuges, por lo que se ha originado una nueva organización familiar, conformada por estos, por un hijo nacido al interior del nuevo matrimonio y la hija de la cónyugem fruto del anterior compromiso matrimonial.
22. Por su parte la propia demandada afirma que la diferenciación se efectuó tomando en cuenta la calidad de hijastra de Lidia Lorena Alejandra Arana Moscoso. Es más, este tipo de distinción es luego regulada por lo decidido en el Comité Directivo del Centro Naval del Perú, mediante Acta N.º 05-02, de fecha 13 de junio de 2002, por la que se aprueba otorgar pase de "invitado especial" válido por un año hasta los 25 años de edad a los "hijos (hijastros) de los socios que proceden de un nuevo compromiso" (fojas 191). Por su parte, el Estatuto del 2007 de la Asociación establece en su artículo 47 que los asociados podrán solicitar la expedición del Carné de Familiar de Asociado a favor de su "cónyuge, hijas e hijos solteros hasta



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

veinticinco (25) años de edad, hijas e hijos discapacitados”.⁵

23. A la luz de lo expuesto sobre la tutela especial que merece la familia —más aún cuando se trata de familias reconstituidas en donde la identidad familiar es muchos más frágil debido a las propias circunstancias en la que estas aparecen—, la diferenciación de trato entre los hijastros y los hijos deviene en arbitraria. Así, de los actuados se infiere que existe una relación estable, pública y de reconocimiento, que determina el reconocimiento de este núcleo familiar, al que evidentemente pertenece la hijastra. En tal sentido, si bien la Asociación argumenta que la medida diferenciadora se sustentó en la normativa interna de la Asociación, emitida en virtud de la facultad de autoorganizarse, esta regla colisiona con el derecho a fundar una familia y a su protección.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda, debiendo reponerse las cosas al estado anterior a la afectación producida por la Asociación. Por consiguiente, ordena a la demandada que no realice distinción alguna entre el trato que reciben los hijos del demandante y su hijastra.

Publíquese y notifíquese

SS.

LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ

Lo que certifico:
Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (R)

⁵ Consultado en la página web de la Asociación. <www.centronaval.org.pe/estatus.html>

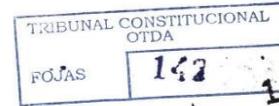


ANEXO G

EXPEDIENTE N° 0817-2009-PHC/TC



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01817-2009-PHC/TC
LIMA
J.A.R.R.A. Y V.R.R.A.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 7 días del mes de octubre de 2009, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Beaumont Callirgos, que se adjunta

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Shelah Allison Hoefken contra la sentencia de la Primera Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 821, su fecha 31 de octubre de 2008, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Mediante demanda de fecha 19 de diciembre de 2007 y escrito ampliatorio de fecha 14 de febrero de 2008, doña Shelah Allison Hoefken interpone demanda de hábeas corpus a favor de sus menores hijos identificados con las siglas J.A.R.R.A. y V.R.R.A., contra don Juan Manuel Fernando Roca Rey Ruiz Tapiador, padre de los menores, solicitando que en cumplimiento del régimen de visitas establecido por la resolución judicial de fecha 29 de diciembre de 2006 y confirmado por la resolución judicial de fecha 6 de julio de 2007, se ordene al emplazado que les permita a sus menores hijos interactuar con ella, toda vez que de manera reiterada les impide que puedan verla, lo cual afecta sus derechos a la libertad individual y a vivir pacíficamente.

Asimismo, solicita que en virtud del interés superior del niño se le ordene al emplazado que cese la violación del derecho a la integridad moral, psíquica y física de sus menores hijos, pues estos son objeto de reiterados maltratos psicológicos y físicos, conforme se prueba con la denuncia de fecha 22 de mayo de 2007 y con el examen médico legal de fecha 22 de mayo de 2007, en el que se consigna que la menor identificada con las siglas V.R.R.A. presenta huellas de lesiones traumáticas recientes.

Refiere que en el proceso de divorcio iniciado por el emplazado, el Juzgado y la Sala de Familia correspondientes fijaron a su favor un régimen de visitas progresivo, abierto y libre, que no ha venido siendo cumplido por el emplazado, pues desde el 25 de febrero de 2006, fecha en la que le entregó a sus dos menores hijos, éste no les ha permitido que puedan interactuar con ella, según se puede comprobar con las actas de verificación policial respectivas. Añade que mediante la resolución judicial de fecha 9 de mayo de 2006, se requirió al emplazado para que en el plazo perentorio de tres días naturales cumpla con el régimen de visitas ordenado, bajo apercibimiento de variarse la tenencia en caso de incumplimiento, y que, ante el incumplimiento del régimen, mediante la resolución judicial de fecha 6 de junio de 2006 se resolvió hacer efectivo el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



apercibimiento; empero, el emplazado ha seguido incumpliendo el régimen de visitas ordenado.

En sentido similar, refiere que mediante la resolución de fecha 29 de diciembre de 2006, se precisó los días y las horas del régimen de visitas en los que podría ver a sus menores hijos, lo que fue confirmado mediante la resolución de fecha 6 de julio de 2007; y que, a pesar de ello, el emplazado viene incumpliendo las resoluciones judiciales referidas afectando el derecho que tiene como madre para ver a sus menores hijos.

Con fecha 21 de febrero de 2008, el Juez del Trigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, junto con dos médicos legistas, se constituyeron en el domicilio del emplazado a fin de realizar la inspección ocular respectiva para verificar las alegaciones de la demanda.

Con fecha 25 de febrero de 2008, se tomó la declaración de doña Shelah Allison Hoefken, quien se ratificó en la demanda, añadiendo que lo que pretende es que el emplazado le permita restablecer una vida normal y de afecto con sus menores hijos, ya que desde hace dos años le está impidiendo que pueda relacionarse normalmente con ellos, por lo que solicita al Juzgado que retire a los menores del domicilio del emplazado y los entregue al Vigésimo Juzgado de Familia.

Con fecha 25 de febrero de 2008, el emplazado contesta la demanda alegando que ésta resulta improcedente debido a que los problemas relativos al régimen de visitas o la variación de la tenencia de sus menores hijos han sido resueltos en el proceso judicial respectivo, y que sus menores hijos se están desarrollando en un hogar que les brinda todas las atenciones y comodidades.

El Trigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, con fecha 5 de agosto de 2008, declaró infundada la demanda, por considerar que el proceso de hábeas corpus no es la vía idónea para resolver la pretensión planteada, toda vez que existe un proceso judicial en trámite en el que se viene dilucidando el régimen de visitas de los menores.

La Sala revisora confirmó la apelada, por estimar que los supuestos maltratos a los menores favorecidos con la demanda, la tenencia de los menores y la negativa del emplazado de permitir a estos que interactúen con su madre, son cuestiones que tienen que ser resueltas en el proceso que se viene desarrollando en la jurisdicción ordinaria.

Con fecha 6 de enero de 2009, doña Shelah Allison Hoefken interpone recurso de agravio constitucional alegando, entre otras cosas, que con fecha 28 de febrero de 2008, el Decimotavo Juzgado de Familia de Lima ha emitido una medida cautelar de variación de tenencia, en la que ha dispuesto que sus dos menores hijos pasen a su custodia; y que, sin embargo, a pesar de que existe dicha resolución judicial, ésta no ha sido ejecutada por el Juzgado referido en sus propios términos ni cumplida por el emplazado, pues en la diligencia de fecha 3 de marzo de 2008 sólo le fue entregada su



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



menor hija identificada con las siglas V.R.R.A., mientras que su menor hijo, identificado con las siglas J.A.R.R.A., aún se encuentra en custodia del emplazado.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio y de las materias constitucionalmente relevantes

1. Antes de entrar a analizar el fondo de las vulneraciones alegadas en la demanda, resulta necesario delimitar su petitorio, así como los beneficiarios con ella, pues los hechos han variado desde que la demanda fue interpuesta.

Así, se tiene que la demanda tiene por objeto que, en cumplimiento del régimen de visitas establecido en la resolución de fecha 29 de diciembre de 2006 y confirmado por la resolución de fecha 6 de julio de 2007, se ordene a don Juan Manuel Fernando Roca Rey Ruiz Tapiador que permita a sus menores hijos identificados con las siglas J.A.R.R.A. y V.R.R.A. interactuar con doña Shelah Allison Hoefken.

Dicho lo anterior, debemos subrayar que la demandante en su recurso de agravio constitucional ha señalado que su menor hija, identificada con las siglas V.R.R.A. ya le ha sido entregada en virtud de la medida cautelar de fecha 28 de febrero de 2008, por lo que sólo solicita que se le entregue a su menor hijo identificado con las siglas J.A.R.R.A., pues éste aun continúa bajo la custodia del emplazado.

Teniendo presente los sucesos relatados, este Tribunal estima que, en principio, la demanda tendría como único beneficiario al menor identificado con las siglas J.A.R.R.A., pues, aparentemente, en el caso de la menor identificada con las siglas V.R.R.A. habría operado la sustracción de la materia, al haber sido entregada a su madre. No obstante ello, y teniendo presente que la entrega de la menor se produjo luego de presentada la demanda, este Tribunal considera pertinente precisar que en virtud del segundo párrafo del artículo 1.º del Código Procesal Constitucional, los efectos de la presente sentencia alcanzarán a los dos menores beneficiarios con la demanda.

2. Habiéndose precisado los efectos de la presente sentencia, debe recordarse que en la demanda se alega que los derechos a la libertad individual, a vivir pacíficamente y a la integridad moral, psíquica y física de los dos menores habrían sido vulnerados por el emplazado, debido a que éste, en su condición de padre, les impide que puedan ver a su madre, a pesar de que judicialmente se ha determinado un régimen de visitas a su favor, y porque son objeto de reiterados maltratos psicológicos y físicos.

Sobre la base de dichos alegatos, este Tribunal estima que a pesar de que en la vía judicial ordinaria se ha determinado un régimen de visitas a favor de la demandante, por las particulares circunstancias que rodean el presente caso, por los derechos cuya protección se solicita y por los sujetos beneficiarios, el proceso de hábeas corpus resulta ser la vía idónea para resolver la controversia planteada, toda vez que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



se encuentra en riesgo la libertad personal e integridad personal de los menores; así como su desarrollo armónico e integral.

Asimismo, por los hechos alegados, este Tribunal, en virtud del principio *iura novit curia* previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del CPCConst., estima que no sólo los derechos a la libertad individual e integridad personal habrían sido supuestamente vulnerados, sino también los derechos de los menores a tener una familia y no ser separado de ella y a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, así como el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

Ello porque, de lo expuesto en la demanda y del recurso de agravio constitucional, se desprende que existe más de un acto lesivo, a saber:

- a. Por acción, el emplazado, al haber impedido a sus menores hijos que vean y mantengan contacto directo con su madre, habría vulnerado sus derechos a tener una familia y no ser separado de ella y a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material.
 - b. Por acción, el emplazado, al haber agredido a sus menores hijos, habría vulnerado su derecho a la integridad personal.
 - c. Por omisión de acto de cumplimiento obligatorio (resolución judicial), el emplazado al no haberle entregado a la demandante a su menor hijo identificado con las siglas J.A.R.R.A., ha vulnerado su derecho a la libertad individual, debido a que existe una medida cautelar que dispone ello.
3. Así las cosas, la cuestión que se plantea en el presente proceso consiste en determinar si se han vulnerado los derechos de los menores por no habersele permitido ver a su madre y por ser objeto de constantes maltratos físicos y psicológicos, por lo que este Tribunal considera necesario abordar las siguientes materias:
- a. El principio de protección especial del niño.
 - b. El principio del interés superior del niño.
 - c. El derecho a tener una familia y no ser separado de ella.
 - d. El derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material.
 - e. El derecho al desarrollo armónico e integral.

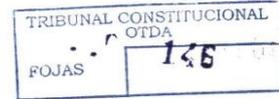
§2. El principio de protección especial del niño

4. El principio de protección especial del niño se erige en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un principio fundamental. Fue inicialmente enunciado en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, que parte de la premisa de que los niños son lo mejor que tiene la humanidad, razón por la cual deben ser especialmente protegidos.

De una manera más amplia y precisa este principio fue reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, que en su Principio 2 señala que el “niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”.

Por su parte, el artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos también reconoce este principio al señalar que la infancia tiene “derecho a cuidados y asistencia especiales”. En sentido similar, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que los “Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar”.

Finalmente, el artículo 19° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que todo “niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. En línea similar, el principio de protección especial del niño es reconocido por los artículos 23.4 y 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

5. Teniendo presente el sentido normativo de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos transcritos, este Tribunal estima que para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos el niño, entendido como todo ser humano menor de dieciocho años de edad, es un sujeto de derecho de protección especial que requiere de asistencia y cuidados adecuados, necesarios y especiales para su desarrollo y bienestar, tanto antes como después del nacimiento.

Este énfasis tuitivo se debe a su condición de debilidad manifiesta para llevar una vida totalmente independiente, de modo, que por la situación de fragilidad, inmadurez o inexperiencia en que están los menores frente a los adultos, se le impone a la familia, a la comunidad, a la sociedad y al Estado, la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar tanto su desarrollo normal y sano en los aspectos biológico, físico, psíquico, intelectual, familiar y social, como la promoción y preservación de sus derechos y el ejercicio pleno y efectivo de ellos.

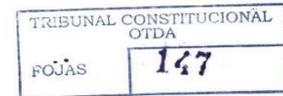
De ahí que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH), partiendo de la premisa de que el niño es un sujeto de derecho de protección especial para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, haya destacado que la “protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos”¹.

6. Sobre esta base normativa supranacional, el artículo 4° de la Constitución reconoce que la “comunidad y el Estado protegen especialmente al niño”. Así pues, teniendo presente el enunciado normativo de este artículo, este Tribunal estima que el constituyente ha reconocido el principio de especial protección del niño, que se fundamenta en la debilidad, inmadurez (física y mental) o inexperiencia en que se encuentran los niños, y que impone tanto al Estado como a la familia, a la

¹ CORTE IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, párr. 59.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



comunidad y a la sociedad, entre otras acciones y deberes, la obligación de brindarles atenciones y cuidados especiales y el deber de adoptar las medidas adecuadas de protección para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral.

7. En buena cuenta, en virtud de este principio el niño tiene derecho a disfrutar de una atención y protección especial y a gozar de las oportunidades para desarrollarse de una manera saludable, integral y normal, en condiciones de libertad y de dignidad. Por ello, ningún acto legislativo puede desconocer los derechos de los niños ni prever medidas inadecuadas para garantizar su desarrollo integral y armónico, pues en virtud del artículo 4° de la Constitución, el bienestar (físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social) del niño se erige como un objetivo constitucional que tiene que ser realizado por la sociedad, la comunidad, la familia y el Estado.

§3. El principio del interés superior del niño

8. En esta especial orientación proteccionista se encuentra también el principio del interés superior del niño, que a decir de la Corte IDH, se “funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”².

9. En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos este principio fue inicialmente reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, que en su Principio 2 establece:

“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”. (Subrayado nuestro).

10. En sentido similar, este principio se reitera y desarrolla en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niños”. (Subrayado nuestro).

11. Teniendo presente que el interés superior del niño es el principio regulador de la normativa internacional de los derechos del niño y que interactúa y respalda al principio de especial protección del niño, este Tribunal estima que este principio se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4° de la Constitución.

² *Ibidem*, párr. 56.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



De ahí que, en virtud este principio, las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social.

Ello se justifica no sólo en los instrumentos internacionales reseñados, sino también en el artículo 16° del Protocolo de San Salvador, el cual establece que todo “niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad, de la comunidad y del Estado”.

Por dicha razón, este principio también impone que la elaboración, interpretación y aplicación de las normas relacionadas con los niños, así como las políticas públicas y programas sociales, deban estar dirigidas al pleno, armonioso e integral desarrollo de su personalidad en condiciones de libertad, bienestar y dignidad.

12. En este contexto, resulta válido aseverar que los principios de protección especial del niño y del interés superior del niño, le imponen al Estado la obligación de adoptar todas las medidas positivas que aseguren de manera rápida y eficaz la protección de los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con sus familiares.

El Estado entonces, a través de sus diferentes órganos, asume el deber positivo de adoptar todas las acciones y medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas necesarias y eficaces orientadas a proteger a los niños contra cualquier clase de violencia (abuso físico o mental, descuido, trato negligente, malos tratos o explotación) de que sean víctimas, ya sea éste proveniente de autoridades públicas, de sus familiares o de terceros, tales como el maltrato de uno de los padres o el descuido de los padres para satisfacer sus necesidades sociales básicas. En estos casos, el Estado tiene el deber de intervenir para protegerlos.

13. De otra parte, conviene precisar que para determinar la prevalencia del interés superior del niño y materializar la adopción de atenciones, cuidados y medidas especiales de protección, a decir de la Corte IDH, es preciso “ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan el niño”³.

§4. El derecho a tener una familia y no ser separado de ella

4. El derecho del niño a tener una familia se encuentra implícitamente consagrado 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

³ *Ibidem*, párr. 61.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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”.

En contrapartida a dicho reconocimiento implícito, tenemos que precisar que en nuestro ordenamiento jurídico este derecho se encuentra explícitamente reconocido en el artículo 8° 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”.

A consideración de este Tribunal, el derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella es un derecho fundamental 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 1° y 2°, inciso 1) de la Constitución.

15. En buena cuenta, el niño tiene derecho a tener una familia y a vivir con ella, a fin de satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, debido a que ésta es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños.

De ahí que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia y una manifestación del derecho del niño a tener una familia y 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.

En este orden de ideas, resulta válido concluir que la familia debe ser la primera en proporcionar la mejor protección a los niños contra el abuso, el descuido y la explotación, así como en adoptar y ejecutar directamente medidas dirigidas a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y bienestar del niño. Por ello, cualquier decisión familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño. Y es 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.

16. Hechas estas precisiones sobre el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, este Tribunal estima oportuno enfatizar que si bien este derecho garantiza que los niños deban permanecer bajo la custodia de sus padres, por ser lo que más se ajusta a su interés superior, existen situaciones en las cuales la separación de los niños de sus padres se convierte en una necesaria excepción a la regla general.

Así, en el artículo 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño se dispone que el niño, con garantía del debido proceso, podrá ser separado de sus padres contra su voluntad cuando ello sea necesario para tutelar el interés superior de aquél, en los casos en que, por ejemplo, el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



padres o cuando estos vivan separados y deba adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

Por tanto, cualquier decisión relativa a la separación del niño de sus padres o de su familia debe ser excepcional y estar justificada por el interés superior del niño, y preferentemente será temporal, a fin de que el niño sea devuelto a sus padres tan pronto lo permitan las circunstancias.

17. Por tanto, este derecho se vulnera cuando por razones ajenas a la voluntad y al interés superior del niño, éste es separado de su familia, o se le impide el contacto con alguno de sus miembros, como por ejemplo con su madre. Ello porque, como es obvio, el niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que impedirselo 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.

§5. El derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material

18. El derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material se encuentra reconocido en el Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, que establece que el “niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material”.

19. De este modo, en virtud de este derecho, la familia y, en su defecto, el Estado, la sociedad y la comunidad, asumen la obligación de cuidar, asistir y proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social. La eficacia de este derecho pone de relieve la importancia de las relaciones parentales, toda vez que los padres son los primeros en dar protección y amor a sus hijos, así como en satisfacer sus derechos.

De ahí que la unidad y estabilidad familiar sean indispensables para el desarrollo armónico e integral del niño, así como la presencia activa, participativa y permanente de los padres. Por ello, el cuidado y amor que los padres le prodigan y el respeto a sus cualidades, defectos y talentos especiales, aseguran que el derecho del niño a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material sea satisfecho.

20. Sin embargo, ello no significa que el Estado tenga que imponer a los padres la obligación de convivir o de mantener relaciones conjuntas como único mecanismo de protección del niño; pero sí comporta que, ante la ruptura de la relación entre los padres y a falta de acuerdo entre ellos, resulte necesaria la intervención del Estado



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



para definir la estabilidad familiar del niño, a través de la fijación de la custodia y del régimen de visitas, conforme al proceso establecido para tal efecto.

Y es que, cuando las relaciones entre los padres generen actos de violencia familiar, la medida más adecuada e idónea a fin de tutelar el interés superior del niño es la separación de los padres, para que el niño pueda desarrollarse en un ambiente armonioso y de afecto. Sin embargo, ello no puede impedirle ni restringirle su derecho a mantener de modo regular relaciones personales y contacto directo con el padre separado.

En este sentido, el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados Partes tiene el deber de respetar “el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”. Al respecto, es necesario precisar que el deber de respeto referido no sólo debe ser cumplido por el Estado, sino también por la familia, la sociedad y la comunidad.

§6. Análisis del caso concreto

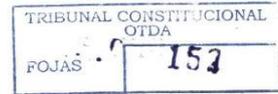
21. Para evaluar los alegatos de la demanda, es preciso determinar desde qué fecha el emplazado tiene la tenencia de sus menores hijos, y si ésta ha sido ejercida en forma arbitraria, pues se acusa que ha impedido de manera injustificada que sus menores hijos puedan ver a madre. Para determinar ello se procederá a evaluar el comportamiento del emplazado a partir del día siguiente en que asumió efectivamente la custodia de sus dos menores hijos.

22. Así se tiene que en el proceso de divorcio por causal que le inició el emplazado a la demandante, se determinó que éste se quedaba con la tenencia de sus menores hijos identificados con las siglas J.A.R.R.A. y V.R.R.A. y se le fijó a la demandante un régimen de visitas progresivo, abierto y libre. Así, en el segundo punto resolutivo de la sentencia N.º 326-2005-20 JFL, de fecha 18 de agosto de 2005, obrante de fojas 601 a 612, se resuelve:

“Declaro **FUNDADA** (...) la pretensión accesoria del demandante de TENENCIA de sus hijos (...); fijándose un Régimen de visitas progresivo, abierto y libre para la demandada Shelah Allison Hoefken; sin externamiento al principio, teniéndose en cuenta el deterioro de las relaciones personales entre ambos justiciables; y el interés superior de los niños”. (Subrayado nuestro).

Dichos mandatos (tenencia y régimen de visitas) fueron confirmados por la Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante la sentencia de fecha 19 de enero de 2006, obrante de fojas 616 a 617.

23. A la vista de las resoluciones judiciales referidas, resulta evidente que la demandante perdió la tenencia y custodia de sus menores hijos, siendo éstas asumidas por el emplazado, pues a ella se le estableció un régimen de visitas



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

progresivo, abierto y libre. Aún más, con fecha 25 de febrero de 2006, según se desprende del acta de entrega, obrante a fojas 621, en mérito de las resoluciones judiciales referidas, los menores fueron entregados en custodia a su padre.

24. Hechas estas precisiones, corresponde determinar cómo se ha venido desarrollando el comportamiento del emplazado a partir del día siguiente al 25 de febrero de 2006, es decir, si respetó el régimen de visitas progresivo, abierto y libre ordenado o lo incumplió de manera arbitraria e injustificada. Ello a fin de poder determinar si efectivamente vulneró el derecho de sus menores hijos a tener una familia y a no ser separado de ella.

25. Así, con fecha 4 de marzo de 2006, la demandante se constituyó junto con un efectivo de la Policía Nacional en el domicilio del emplazado a fin de verificar que éste no le permitía ver a sus menores hijos. En efecto, de la constancia policial de fecha 5 de marzo de 2006, obrante a fojas 637, se desprende que la demandante el día 4 de marzo de 2006 no pudo ver a sus menores hijos porque, según le indicaron, ellos no se encontraban en el domicilio.

En sentido similar, la constancia policial de fecha 10 de marzo de 2006, obrante a fojas 638, certifica que el 9 de marzo de 2006 la demandante se constituyó en el domicilio del emplazado a fin de ver a sus menores hijos, pero tampoco los pudo ver porque éste le informó que ellos no se encontraban en el domicilio.

Ante estos comportamientos obstructivos del emplazado, la demandante, con fecha 13 de marzo de 2006, presentó un escrito al Juzgado correspondiente poniéndole en conocimiento lo sucedido para que adopte las medidas correctivas correspondientes, toda vez que se estaba incumpliendo el régimen de visitas que se le había fijado para ver a sus menores hijos.

Sobre la base de las constancias policiales referidas y otras, el Vigésimo Juzgado de Familia de Lima, mediante resolución de fecha 24 de marzo de 2006, obrante de fojas 642 a 645, requirió al emplazado a fin de que dentro del término máximo de tres días cumpla con el régimen de visitas ordenado.

26. A pesar de que con fecha 24 de marzo de 2006 el Juzgado correspondiente le requirió al emplazado el cumplimiento del régimen de visitas, éste lo ha continuado incumpliendo de manera reiterada y sistemática, afectando de este modo el derecho de sus hijos a tener una familia y a no ser separado de ella, al no permitirles interactuar con su madre. En la constancia policial de fecha 28 de marzo de 2006, obrante a fojas 652, se certifica que el 26 de marzo de 2005, es decir, dos días después de emitida la resolución judicial referida, la demandante se constituyó en el domicilio del emplazado a fin de ver a sus menores hijos, pero no fue posible debido a que nadie le abrió la puerta.

Nuevamente, esta conducta obstructiva del emplazado fue puesta en conocimiento del Juzgado correspondiente para que tome las medidas correspondientes, y éste



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



mediante resolución de fecha 9 de mayo de 2006, obrante a fojas 676, requirió por segunda vez, al emplazado, a fin de que dentro del término máximo de tres días cumpla con el régimen de visitas ordenado, bajo apercibimiento de variarse la tenencia.

27. Esta conducta reacia y reiterada, a consideración de este Tribunal, pone en evidencia no sólo que el emplazado ha vulnerado el derecho de sus menores hijos a tener una familia y a no ser separado de ella, al haberles impedido sin justificación alguna que puedan ver a su madre, sino también que ha vulnerado el derecho de la demandante a la efectividad de las resoluciones judiciales, pues se ha mostrado renuente en ejecutar en sus propios términos las sentencias que fijaron un régimen de visitas progresivo, abierto y libre, toda vez que, conforme se comprueba con las constancias policiales referidas, no le ha permitido a la demandante que pueda ver a sus menores hijos.

28. No obstante haberse verificado en la ejecución del proceso de divorcio el incumplimiento del régimen de visitas fijado a favor de la demandante, la Sala Permanente de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante la resolución de fecha 6 de octubre de 2006, resolvió convocar a audiencias especiales para poder establecer sobre la base de las sentencias judiciales que fijaron el régimen de visitas, los periodos progresivos, días y horarios de aquél.

Durante el desarrollo de las audiencias especiales que se realizaron para fijar los periodos progresivos, así como los días y horarios del régimen de visitas, se presentó un hecho relevante que debe destacarse, a fin de poner de relieve que el emplazado, desde que tuvo la custodia efectiva de sus menores hijos, ha adoptado un comportamiento obstructivo para que ellos no pudieran ver a su madre. Así, se advierte que:

a. Durante la audiencia especial realizada el 26 de diciembre de 2006, obrante de fojas 708 a 710, el menor identificado con las siglas J.A.R.R.A., mientras rendía su declaración, denotó que tenía conocimiento que el día 25 de diciembre de 2006, el Vigésimo Juzgado de Familia de Lima le había otorgado a su madre una visita para verlos, pero que no se pudo concretar debido a que se quedó en el patio de la casa del emplazado porque éste no la dejó ingresar al interior.

29. Este hecho, a consideración de este Tribunal, demuestra que el emplazado ha vulnerado de manera manifiesta el derecho de los menores a tener una familia y no ser separado de ella, pues como se ha señalado, este derecho garantiza a los hijos a mantener relaciones personales y contacto directo con sus dos progenitores, aun cuando éstos estén separados.

Con la declaración del menor referido se demuestra fehacientemente que el emplazado, en vez de permitirle a la demandante que pueda ver a sus dos menores hijos y permitirles a estos que se desarrollen de manera normal, ha obstaculizado e impedido sin justificación alguna que ello se produzca, pues a pesar de que existía



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



un mandato del Juzgado correspondiente, se mostró renuente en acatarlo, ya que no dejó ingresar a la demandante a su domicilio para que pudiera interactuar con sus dos menores hijos, lo cual no sólo afecta el derecho referido, sino que también pone en evidencia que el emplazado, como padre, no realiza sus funciones de guía y educador.

Es más, este hecho también demuestra que el emplazado no respeta el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, pues en vez de ejecutar el mandato del Juzgado correspondiente y permitirle a la demandante que pudiera ver a sus menores hijos el 25 de diciembre de 2006, lo incumplió, al no haber permitido que la demandante pudiera ingresar al interior de su domicilio para ver a sus menores hijos ni permitirles a ellos que salieron al patio de su domicilio para poder verla.

30. Debe destacarse que el emplazado, durante la tramitación de la medida cautelar temporal sobre el fondo (variación de tenencia) solicitada por la demandante, en vez de asistir a las audiencias especiales convocadas para tal efecto, inasistía con sus dos menores hijos, retardando no sólo de esta manera que se resuelva la medida solicitada sino también impidiendo que sus menores hijos pudieran interactuar y relacionarse, aunque sea durante el desarrollo de las audiencias, con su madre. Así, del acta de las audiencias especiales, obrantes de fojas 117 a 123, se demuestra que el emplazado junto con sus menores hijos no asistieron a las audiencias especiales realizadas los días 17 de agosto y 6 y 15 de setiembre de 2006.

31. De otra parte, el Vigésimo Juzgado Especializado de Familia de Lima, mediante resolución de fecha 29 de diciembre de 2006, obrante a fojas 144, precisó, entre otras cosas, que el régimen de visitas progresivo de la demandante sería los días martes y jueves a partir de las 3:00 pm. hasta las 7:00 pm. en el domicilio paterno, que a partir del segundo mes sería con externamiento y que a partir del sexto mes comprendería el periodo vacacional de medio año y de fin de año, a fin de mejorar las relaciones familiares.

Dicha resolución fue apelada por el emplazado y confirmada por la Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución de fecha 6 de julio de 2007, obrante a fojas 145, por lo que debía ser acatada por el emplazado, toda vez que su incumplimiento no sólo afecta el derecho de sus menores hijos a tener una familia y no ser separado de ella, sino también el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

32. Sobre el particular, debe subrayarse que a pesar de que se precisó los días y horas del régimen de visitas de la demandante, el emplazado continuó incumpliendo con éste. Así, se tiene que el Vigésimo Juzgado Especializado de Familia de Lima, mediante resolución de fecha 18 de julio de 2007, obrante a fojas 725, nuevamente requirió al emplazado para que cumpla con el régimen de visitas.

Por dicha razón, y por las particulares circunstancias del presente caso, resulta válido concluir que el demandante, al haber impedido que sus menores hijos puedan



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



ver y relacionarse directamente con su madre, no sólo ha vulnerado su derecho a tener una familia y no ser separado de ella, sino también que ha ejercido abusivamente la tenencia y custodia de los menores, lo cual no puede ser permitido ni avalado por encontrarse proscrito por el artículo 103.º de la Constitución.

33. En este orden de sucesos, se debe señalar que el Decimooctavo Juzgado Especializado de Familia de Lima, mediante resolución de fecha 28 de febrero de 2008, obrante de fojas 33 a 36 del cuadernillo de este Tribunal, resolvió:

“Conceder la medida anticipada sobre el fondo de variación de la tenencia de los menores (...), debiendo el padre de los menores proceder a la entrega inmediata de los menores de edad referidos a su madre Shelah Allison Hoefken, a cuyo efecto se dispone autorizar el descerraje y allanamiento en caso de ser necesario, y hacer uso de la fuerza pública en caso de ser necesario”.

34. Al respecto, debe enfatizarse que dicha medida cautelar fue adoptada porque se demostró que el interés superior de los menores beneficiados con la demanda imponía que estuvieran bajo la tenencia y custodia de su madre y no de su padre, debido a que no tiene estabilidad emocional. Así, este Tribunal considera importante destacar las principales razones que llevaron al Juzgado referido a adoptar la decisión contenida en la medida cautelar mencionada, que son las siguientes:

“(...) cuando los niños pasan a vivir con el padre los mismos empiezan a mostrar problemas emocionales, y de malos tratos directos la menor hija de las partes (...)”.

“(...) el régimen amplio de visitas (...) no se cumple a cabalidad por el padre de los menores, siendo que la madre no ve a uno de sus hijos dentro de un régimen de visitas normal (...) y sale con la hija, cuando el padre quiere (...)”.

35. Sobre la base de los fundamentos transcritos, resulta válido concluir que la medida cautelar de variación de la tenencia se adoptó porque se comprobó que el emplazado no le garantiza a sus menores hijos las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos, como lo son el amor, la integridad, el cuidado y la protección que demanda el desarrollo de su personalidad. Además, debe tenerse presente que la decisión de variar la tenencia se adoptó también porque los menores en una audiencia expresaron que querían vivir con su madre.

36. Con relación a la medida cautelar, debe precisarse que con fecha 3 de marzo de 2008, se llevó a cabo la diligencia respectiva, en la que solamente fue entregada a la demandante la menor identificada con las siglas V.R.R.A., mas no el menor identificado con las siglas J.A.R.R.A., a pesar de que la medida cautelar transcrita dispuso expresamente que los dos menores sean entregados a la demandante.

Este hecho reitera, una vez más, que en autos se encuentra plenamente acreditado el comportamiento arbitrario, ilegítimo e irrazonable del emplazado, pues a pesar de que existe un mandato judicial que le ordenó la entrega de sus dos menores hijos a su madre, éste incumplió dicho mandato.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



37. Dicho comportamiento también pone en evidencia que el emplazado ha vulnerado el derecho a la libertad personal del menor identificado con las siglas J.A.R.R.A., pues en vez de cumplir la medida cautelar y entregarlo a su madre para que éste se desarrolle y se desenvuelva plenamente en un ambiente de amor y armonía, lo ha retenido injustificadamente en contra de su voluntad. Ello en razón de que, como se ha señalado en los fundamentos precedentes, el menor identificado con las siglas J.A.R.R.A. manifestó en una audiencia que deseaba vivir con su madre.

Y es que debe tenerse presente que si bien los niños son titulares del derecho a la libertad individual, su ejercicio puede ser objeto de limitación por los padres en función de su interés superior, como por ejemplo cuando los padres les prohíben a sus hijos que acudan a determinados lugares que puedan poner en riesgo su integridad personal. En dicho supuesto, resulta legítima la limitación del ejercicio del derecho a la libertad, pues lo que se busca es proteger el interés superior del menor.

En cambio, no resulta legítimo que los padres limiten el ejercicio de la libertad individual de los niños cuando no se tenga por finalidad proteger su interés superior o cuando exista un mandato judicial, como, por ejemplo, cuando los padres, en vez de enviar a sus hijos a la escuela para que se eduquen, los retienen para que trabajen con ellos o los envían a la calle a mendigar. En estos supuestos, el Estado tiene la obligación de intervenir y adoptar las medidas necesarias para proteger su interés superior, pues no solamente se restringe arbitrariamente el ejercicio del derecho a la libertad individual de los niños sino también el ejercicio de los derechos a la educación y al libre desarrollo de la personalidad; además que se incentiva de manera encubierta el trabajo forzoso.

38. Todo lo dicho, entonces, pone en evidencia que al emplazado no le interesa preservar y tutelar el interés superior de sus menores hijos, pues los comportamientos descritos en los fundamentos precedentes, en vez de generar la integración familiar generada por el divorcio con la madre de ellos, han ocasionado que éste se acreciente.

En consecuencia, resulta procedente ordenar al emplazado que le entregue a la demandante al menor identificado con las siglas J.A.R.R.A., y disponer que el Juez de ejecución adopte todas las medidas previstas en la ley para que se cumpla la entrega del menor.

39. Por otro lado, este Tribunal considera que, con los sendos protocolos de pericia psicológica que obran en autos, se encuentra demostrado que el comportamiento del emplazado también ha vulnerado el derecho de sus menores hijos a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, pues del contenido de ellos se puede concluir que la personalidad de los menores no se están desarrollando de manera plena, armoniosa e integral, pues sus actos, además de no respetar las normas básicas de convivencia, han ocasionado que tampoco estén creciendo en un



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



ambiente de afecto y comprensión, pues no les ha permitido ver e interactuar con su madre.

Para llegar a la conclusión de que los menores bajo la tenencia del emplazado no están creciendo en un ambiente de afecto y comprensión, este Tribunal ha tenido presente el comportamiento violento de éste, pues en autos se encuentra demostrado no sólo con los exámenes médicos legales respectivos sino también con declaraciones de la agraviada y los fundamentos de la medida cautelar citada, que el emplazado ha agredido físicamente a la menor identificada con las siglas V.R.R.A.

Este hecho, a consideración del Tribunal, no sólo impide y veda al emplazado que pueda ejercer la custodia y tenencia de los menores, sino también pone al descubierto que éste ha incumplido sus deberes paternos por su falta de aptitud para proveerles el cuidado, amor y atención requeridos, poniendo en grave riesgo o peligro su integridad física y psicológica.

40. Sobre la base de lo señalado en los fundamentos precedentes, puede concluirse que el emplazado también ha vulnerado el derecho a la integridad personal de los menores identificados con las siglas J.A.R.R.A. y V.R.R.A., pues además de haber agredido físicamente a la menor identificada con las siglas V.R.R.A., con su comportamiento ha dañado la integridad psíquica de sus dos menores hijos, conforme se desprende de los informes psicológicos obrantes en autos.

Teniendo presente los comportamientos descritos, este Tribunal reitera que contraviene rotundamente la Constitución y los tratados internacionales sobre derecho humanos agredir física y/o psicológicamente a los niños so pretexto de educarlos o corregirlos.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda, por haberse acreditado la vulneración de los derechos a la libertad individual, a la integridad personal, a tener una familia y no ser separado de ella a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material y a la efectividad de las resoluciones judiciales.
2. Ordenar a don Juan Manuel Fernando Roca Rey Ruiz que entregue, de manera inmediata, al menor identificado con las siglas J.A.R.R.A. a doña Shelah Allison Hoefken, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas previstas en el artículo 22.º del Código de Procesal Constitucional y de ser denunciado por el delito de resistencia a la autoridad.
3. Oficiar al Juez del Trigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima para que, conforme a lo resuelto por este Tribunal, ejecute de manera inmediata la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



presente sentencia conforme al artículo 22° del Código Procesal Constitucional y con todas las garantías que le otorga la ley; así como los apremios en caso de resistencia.

4. Ordenar al Director General de la Policía Nacional para que ésta preste de manera inmediata al Trigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima el auxilio de ley, a fin de ubicar al menor identificado con las siglas J.A.R.R.A. para que éste sea entregado a doña Shelah Allison Hoefken, facultándosele el allanamiento y descerraje del domicilio del emplazado o cualquier otro domicilio en donde se pueda encontrar el menor, o cualquier otra medida a fin de que la presente sentencia se ejecute de manera inmediata en sus propios términos.
5. Remitir copia de los actuados al Fiscal Penal para los fines pertinentes.

Publiquese y notifíquese.

SS.

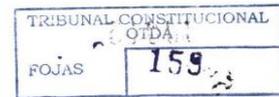
MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ

Lo que certifico

FRANCISCO MORALES SARAV
SECRETARIO GENERAL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01817-2009-PHC/TC
LIMA
J.A.R.R.A. Y V.R.R.A.

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO BEAUMONT CALLIRGOS

Emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:

1. Cuando me ha correspondido emitir pronunciamiento en los casos que se alega la vulneración de los derechos fundamentales a la libertad individual e integridad personal de menores de edad el análisis de la controversia, como es natural, se ha enmarcado en el artículo 200, inciso 1 de la Constitución que señala expresamente que a través del hábeas corpus se protege tanto la libertad individual como los derechos conexos a ella; subrayando que no cualquier reclamo en el cual se alegue la afectación de tales derechos puede reputarse como merecedor de tutela, pues para ello es necesario analizar previamente si los actos denunciados vulneran el contenido de los derechos invocados.
2. Teniendo en cuenta lo indicado, en las RRTC 02401-2009-PHC, 02314-2009-PHC, 0625-2009-PHC, 02401-2009-PHC, 05530-2008-PHC, 06634-2008-PHC y 03007-2007-PHC entre otras, al evaluar los actos reputados como lesivos se ha concluido en que lo pretendido es que se otorgue la tenencia del menor, motivo por el cual al verificarse que los hechos y el peticorio no están referidos al contenido constitucionalmente protegido del derecho tutelado por el hábeas corpus resulta de aplicación el artículo 5, inciso 1 del Código Procesal Constitucional.
3. En el presente caso, debe destacarse que no solo se encuentran en juego los derechos a la libertad individual e integridad personal, sino que por los hechos alegados – de los que no fluye como única finalidad lograr la tenencia de los menores –, y en virtud del principio *iura novit curia* previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional resulta conveniente analizar los derechos de los menores a tener una familia y no ser separado de ella, y a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, así como el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales. Tales circunstancias, hacen de este caso uno particular que lo distingue de los anteriormente citados, y por lo mismo amerita un análisis de fondo dada su relevancia constitucional.
4. El análisis del caso concreto concluye en que se ha producido la vulneración del derecho de los menores beneficiarios a tener una familia y a no ser separado de ella y a la efectividad de las resoluciones judiciales. Asimismo, se comprueba la lesión al derecho a la libertad personal del menor identificado con las siglas J.A.R.R.A. por parte del emplazado, quien en vez de cumplir con la medida



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



cautelar dictada en un proceso de familia lo ha retenido injustificadamente y en contra de su voluntad.

5. Al respecto, es menester indicar que la existencia de una medida cautelar dictada por el Décimo Octavo Juzgado Especializado de Familia de Lima mediante resolución de fecha 28 de febrero de 2008, concediendo la medida anticipada sobre el fondo en el proceso de variación de tenencia, tiene incidencia en la decisión tomada por este Colegiado, por lo que la orden y definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la sentencia constitucional, prevista en la parte resolutive, debe tener como marco la medida cautelar precitada, que por su propia naturaleza tiene carácter provisional.
6. Sin perjuicio de las consideraciones expuestas *supra*, el suscrito opina, al igual que los Magistrados de la Sala, que la presente demanda debe ser declarada fundada en los términos precisados en el *decisum*, puntos 1 a 5.

S.

BEAUMONT CALLIRGOS

Lo que certifico

FRANCISCO MORALES SARAVIA
SECRETARIO GENERAL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL