



Derecho PUCP

ISSN: 0251-3420

revistaderechopucp@pucp.edu.pe

Pontificia Universidad Católica del Perú

Perú

Plácido, Alex

El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993

Derecho PUCP, núm. 71, julio-noviembre, 2013, pp. 77-108

Pontificia Universidad Católica del Perú

Lima, Perú

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656138005>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993

Family model guaranteed in 1993 Constitution

ALEX PLÁCIDO*

Resumen: Este artículo describe la interacción entre el derecho constitucional, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho de familia, cuyo fundamento es el papel extensivo de los derechos humanos. 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 diálogo permanente entre las tres áreas, que llega a constituirse en el principal motor de la evolución del derecho de familia. El autor concluye señalando 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.

Palabras clave: derecho constitucional – protección constitucional – familia

Summary: This article describes interaction among constitutional law, international law of human rights and family law based on human rights extensive role. In family law field, involving family model and constitutional protection, it is clear to notice the influence of permanent dialogue among those three areas becoming as the main factor of family law evolution. The author emphasizes the deep transformation experienced by “family” notion through history and in fact that change shall keep happening, which does not necessarily mean that all forms of living in family shall have the same level of legal coverage. However, it should result in a minimum level of protection marked by human rights recognition.

Key words: constitutional law – constitutional protection – family

CONTENIDO: I. PRELUDIO.- II. EL MODELO DE FAMILIA GARANTIZADO Y SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL.- III. EL MODELO DE FAMILIA GARANTIZADO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993.- IV. COLOFÓN

* Profesor del Departamento Académico de Derecho de la Universidad del Pacífico. Correo electrónico: placido_af@up.edu.pe

I. PRELUDIO

En el marco del derecho constitucional, es interesante señalar que, en su origen, la ideología de los derechos humanos fue totalmente ajena a los derechos de la familia. En efecto, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano no existe referencia alguna a preocupaciones o problemáticas de orden familiar. Las palabras claves son libertad, igualdad, propiedad y seguridad; el domicilio no es el lugar donde reside la familia sino aquel donde vive el hombre, y la mujer es ignorada por completo en el texto de la declaración.

Esta deliberada omisión ha sido subsanada a lo largo del tiempo mediante sucesivos y complementarios instrumentos internacionales que realzan el papel fundamental de la familia en la sociedad y en la formación de los hijos, y le reconocen y garantizan una adecuada protección en sus más diversos aspectos y manifestaciones.

Desde esta perspectiva, las convenciones internacionales refieren hoy en día lo que se ha dado a llamar *derecho a la vida familiar*. Así, se resalta que la familia es el elemento natural¹ y fundamental² de la sociedad y que, por ello, toda persona tiene derecho a fundar una³ y todo niño a «crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión» para el «pleno y armonioso desarrollo de su personalidad»⁴. De allí que el Estado deba asegurar a la familia «la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo»⁵.

La interacción entre el derecho constitucional, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho de familia se comprueba desde el papel extensivo de los derechos humanos —uno de los ejes del sistema constitucional— en el ámbito de las relaciones familiares que se ven incididas y eventualmente modificadas por su presencia, y es el principal motor de la evolución del derecho de familia⁶.

1 Cf. Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 16, párr. tercero); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10, primer párr.); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23, primer párr.); Convención sobre los Derechos del Niño (preámbulo) y Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 17, primer párr.).

2 Cf. Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 16, párr. tercero); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo VI); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10, primer párr.); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23, primer párr.); Convención sobre los Derechos del Niño (preámbulo) y Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 17, primer párr.).

3 Cf. Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 16, párr. tercero); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo VI); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23, primer párr.); y Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 17, primer párr.).

4 Cf. Convención sobre los Derechos del Niño (preámbulo).

5 Cf. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10, primer párr.).

6 Konrad Hesse ha puesto de manifiesto esta interacción, cuando destaca las importantes innovaciones contenidas en la segunda parte de la Constitución de Weimar «relativas a los derechos y obligaciones fundamentales» que constituyen la «garantía de institutos jurídico-privados», a partir de lo cual el Derecho Constitucional asumió «una función de guía, pionera, y conducir a una nueva configuración del derecho, sea mediante modificaciones inmediatas, derogatorias, sea mediante un

Ahora bien, una de las principales características de los enunciados normativos que reconocen los derechos fundamentales es su indeterminación lingüística. Así, fórmulas como «derecho a tener una familia» implican que en algún momento debe establecerse —o determinarse— en qué consiste «la familia». Y es que la configuración que debe recibir el derecho de familia tiene que partir de una concepción de lo que es familia.

Resulta evidente que las normas constitucionales no reconocen instituciones carentes de contenido. Por tanto, para determinar el concepto constitucional de familia, se debe admitir que esta es el fruto de la interacción de diversos factores que repercuten en su estructura y composición y que, por ello, ha sufrido notables transformaciones a lo largo del tiempo que han influenciado en la evolución del derecho de familia.

Este contexto obliga a considerar que tales transformaciones tienen una incidencia directa en la caracterización del modelo constitucional de familia, el que debe ser esbozado como uno receptivo desde el pluralismo y la tolerancia, y considerando el principio *pro homine* que busca dar mayor vigencia a los derechos humanos.

II. EL MODELO DE FAMILIA GARANTIZADO Y SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

Se ha hecho relativamente frecuente la afirmación de que la Constitución carece de un modelo de familia y que se muestra abierta a distintos tipos de familia cuya determinación queda a criterio del legislador. Nada más contrario, a nuestro parecer, de lo que resulta del texto constitucional con más que suficiente evidencia.

Hay, desde luego, ciertos aspectos que no quedan constitucionalmente determinados y cerrados, por lo que, como ocurre con el común de las instituciones de relevancia constitucional, lo que se denomina «modelo de familia» no queda totalmente fijado, como sería lógico, en el plano constitucional. Pero eso no quiere decir que no haya un modelo constitucional.

mandato obligatorio al legislador para que proceda a tales modificaciones, sea, al menos, mediante las “directrices e impulsos” que contenga para la configuración del derecho privado. De otro lado, el derecho constitucional puede limitarse, y esto es la regla, a una función preservadora, de salvaguarda, con la cual protege el derecho (privado) existente frente a la suspensión y la modificación por parte del legislador». Agrega que «la trascendencia del cambio que se ha efectuado y se efectúa bajo la vigencia de la Ley Fundamental en las relaciones entre derecho constitucional y derecho privado solo puede apreciarse en su totalidad cuando se incluye en la consideración la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el significado de los derechos fundamentales en el derecho privado». En Konrad HESSE. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995, pp. 34 y 57.

La Constitución contiene unos cuantos elementos —pocos, pero muy decisivos— sobre lo que entiende por familia, y ese es el modelo de familia constitucionalmente garantizado, el que está sujeto a la interacción de diversos factores que repercuten en su estructura y composición y que, por ellos, ha sufrido notables transformaciones a lo largo del tiempo⁷. Algo parecido podríamos decir sobre el modelo de propiedad, el sistema económico, el educativo, el laboral, etc. Constituye, pues, una falacia afirmar que el legislador puede modelar a su gusto la familia⁸. Hay límites y exigencias constitucionalmente infranqueables, y aquí vamos a dar cuenta de ellas.

Ahora, la profusión de referencias relativas a la familia y a su protección que aparecen en la Constitución invita a preguntarnos por el porqué de ese empeño constitucional protector, un interrogante que también podríamos llevar al plano de la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás instrumentos jurídicos internacionales ya citados. También podríamos preguntarnos por qué ese énfasis en estos textos en el carácter de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, que parece situarse como causa de su derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

¿Qué es lo que hay en la familia para que se la reconozca como algo natural —exigido por la naturaleza misma del ser humano, parece querer decirse— y como algo tan fundamental para la sociedad toda? Un interrogante que nos invita a identificar sus funciones específicas y a intuir que será en ellas donde radique su especial relevancia social y pública. Aunque quedará aún por aclarar por qué se enfatiza la necesidad de disponer en su favor de una especial protección social y estatal, lo que da a entender que se supone una especie de congénita

7 El Tribunal Constitucional peruano, en su sentencia 09332-2006/PA de 30 de noviembre de 2007, sobre el modelo constitucional de familia, ha precisado que «desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra 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 de la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas». En la sentencia 04493-2008-PA, igualmente sobre el modelo constitucional de familia, el Tribunal Constitucional peruano agregó que «debe apreciarse que, de lo expuesto no debe deducirse que la familia se encuentra en una etapa de descomposición, sino de crisis de transformación; se trata por el contrario de la normal adaptación de esta institución a los rápidos cambios sociales, políticos históricos y morales de la mayoría de la población».

8 El Tribunal Constitucional español, en su sentencia 45/1989 de 20 de febrero, sobre la Ley del Impuesto a la Renta y Patrimonio Familiar, afirmó que «cualquier norma que incida sobre la vida de la familia debe ser respetuosa con la concepción de esta que alienta en la Constitución». Fundamento jurídico 7. Ver: Suplemento del BOE del 2 de febrero de 1989, BJC, 95, marzo de 1989. Los profesores Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón sostienen que «puede hablarse de un orden público familiar en la medida en que las reglas básicas sobre las que la familia se organiza se encuentran recogidas en el texto constitucional». En *Sistema de derecho civil*. Vol. IV (Derecho de familia. Derecho de sucesiones). Madrid: Tecnos, 1997, p. 42.

fragilidad o debilidad en tan fundamental realidad, que reclama esa especial protección.

Si pensamos que la familia se enraíza en la necesidad de atención personal que requiere todo nuevo ser humano hasta llegar a ser adulto, no es difícil situar ahí la clave del carácter tanto natural como fundamental que tiene para el hombre y para el conjunto de la sociedad. Pocas cosas más importantes para la dignidad del ser humano, fundamento último de todo el derecho, que el modo y circunstancias en que es procreado, dado a luz, criado, cuidado y educado hasta que adquiere la capacidad de valerse por sí mismo. Todas esas fases determinan en altísimo grado la identidad de cada persona humana, su intimidad personal, sus referentes y sus actitudes más básicas y vitales. Si hay algo por lo que la sociedad y los poderes públicos deben velar para que ninguna persona sea tratada como cosa sino cabalmente como persona es ese proceso en el que toda persona humana es débil, frágil y moldeable.

La naturaleza revela lo que la filosofía intuye como sabio designio divino de que todas esas delicadas funciones, necesarias a todos los hombres, se lleven a cabo con la especial actitud de entrega y dedicación que es propia del amor, entendido como entrega incondicionada al otro por ser quien es, por su persona, con el que, en consecuencia, se experimenta la realidad de una vinculación indestructible, inalterable en lo esencial por ninguna circunstancia ni cambio alguno. Nadie en la familia debería ser nunca objetivado como cosa. Debería ser el ámbito donde cada uno se experimenta aceptado y tratado como persona, como quien es, por lo que es, y no por lo que tiene o lo que puede hacer o dar. La generación humana debería así producirse en la relación de amor, y todas las operaciones ulteriores de atención a la nueva vida humana deberían ser proyección de esa misma afirmación amorosa de la persona del otro sentido expuesto.

Por eso mismo la familia, constituida sobre tales bases, se encuentra en condiciones de asumir otras funciones no menos importantes para el bienestar físico, la estabilidad psíquica y la seguridad personal de las personas, también en su edad adulta, y, desde luego, en situaciones de enfermedad, minusvalía o decaimiento por la vejez. De eso se hace eco la Constitución en el artículo 4º.

Ocurre, sin embargo, que la experiencia demuestra que, por muy diversas causas, la realización efectiva de lo que debería ser la familia para que cumpla sus funciones esenciales resulta amenazado

EL MODELO
DE FAMILIA
GARANTIZADO
EN LA
CONSTITUCIÓN
DE 1993

FAMILY MODEL
GUARANTEED
IN 1993
CONSTITUTION

⁹ El artículo 4 de la Constitución de 1993 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. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley».

por comportamientos que tienden a separarse de lo que la familia requiere y que, no sin frecuencia, tienden además a justificarse con replanteamientos teóricos tendentes a difuminar o a desfigurar los constitutivos esenciales de la familia, buscando una aceptación moral, social e incluso jurídica no inferior a la que pueda reconocerse a los comportamientos conformes con las exigencias naturales de la familia, por ser un campo que, precisamente por lo dicho, afecta a las estructuras más íntimas del ser personal y mueve, por ello mismo, las más hondas pasiones humanas, provoca y desata actitudes y confrontaciones de gran densidad emocional y complejidad psicológica.

De ahí la debilidad congénita de la familia y la necesidad de su protección social, económica y jurídica. El ordenamiento jurídico es un medio limitado que no podrá aspirar con eficacia y sin serias dificultades de todo tipo a imponer sin más el orden natural necesario a la familia, y habrá incluso de permitir comportamientos contrarios a ella, al menos algunos. Pero el poder público no puede abdicar de su deber de favorecer en cuanto pueda a la familia, protegiéndola en la mayor medida posible. De ahí el tenor del mandato constitucional del artículo 4 y el alcance que deba reconocérsele.

Sin que en este momento vayamos a pretender precisar todo su alcance, de lo que no cabe duda es de que, además del cumplimiento de las garantías constitucionales específicas que la Constitución concreta en otros preceptos, el deber de protección exige al Estado adoptar las medidas necesarias para el mejoramiento de la situación material y moral de la familia, así como impide a los poderes públicos homologar de cualquier forma con la familia a relaciones incompatibles, y aun contrarias a ella y a sus funciones esenciales.

Toda la regulación que efectúa la legislación civil solo se justifica en razón del deber de pública protección de la familia que la Constitución ha reconocido que recae sobre los poderes públicos. La familia también resulta reconocida y protegida desde la perspectiva general del derecho laboral —en la que el artículo 24 de la Constitución declara el derecho a que la remuneración laboral sea suficiente para satisfacer no solo las necesidades individuales del trabajador, sino también las de su familia— como desde la más específica del régimen de Seguridad Social, en el que los vínculos familiares siempre han sido fundamento de algunas de sus prestaciones más importantes, como reconocimiento a la importancia de la familia de cada trabajador directamente afiliado, y, en el fondo, como algo implícito también en la garantía antes citada del artículo 24 de la Constitución¹⁰.

¹⁰ El artículo 24 de la Constitución de 1993 establece 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

Otras medidas de protección de la familia pueden tener y tienen carácter fiscal o toman la forma de prestaciones y ayudas de diversa índole, aunque con frecuencia integradas en actuaciones de asistencia social que toman en especial consideración —o deben hacerlo— la realidad familiar. No obstante debe advertirse, desde luego, sobre la conveniencia de diferenciar lo que sea asistencia social y lo que sea apoyo y protección a la familia, para que cuando sea necesario integrar una y otra línea de actuación, se haga adecuadamente y no se produzca el efecto —nada hipotético— de que medidas de tipo social puedan desproteger, marginar o perjudicar a la familia.

No se puede olvidar, por último, que la debida protección familiar deberá articularse sin lesión de ningún otro derecho fundamental o principio constitucional¹¹. Ello ocurre en relación con el principio de igualdad, y siendo así, debe tenerse presente que la simple diferencia de trato entre la familia y las relaciones familiares con respecto a las que no lo son no podría estimarse contrario por sí mismo a la igualdad, sin desconocerse el mandato del artículo 4 de la Constitución y hasta la naturaleza misma de las cosas.

III. EL MODELO DE FAMILIA GARANTIZADO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

La simple lectura de los artículos 4 y 6¹² de la Constitución permite deducir que la familia está determinada por el cumplimiento de fines familiares, apreciado en la especial preocupación por los niños y adolescentes, la madre y el anciano, dando a entender que la familia se ocupa o ha de ocuparse de ellos. Dentro de los fines familiares debe considerarse el hecho de la generación humana y las consiguientes relaciones de paternidad, maternidad y filiación, a las que se refiere este último precepto.

La noción constitucional de familia no alude, pues, a una simple unidad de convivencia más o menos estable, por muy basada en el afecto o el compromiso de mutua ayuda que pueda estarlo. 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

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».

11 Ver: MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑÍZ, José Luis. «La familia en la Constitución española». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 20, 58 (enero-abril 2000), p. 40.

12 El artículo 6 de la Constitución de 1993 establece que «la política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad».

y exclusivos. Todo intento de «ensanchar» lo familiar a vínculos no relacionados con el cumplimiento de fines familiares debe considerarse inconstitucional, incompatible con el deber de protección jurídica de la familia que impone el artículo 4, sin perjuicio de las extensiones analógicas a que luego aludiremos, que siempre habrán de mantener esta relación esencial, al menos con lo que son las obligaciones subsiguientes a la generación¹³.

Todos los textos internacionales que, desde el artículo 16 de la Declaración Universal de 1948, proclaman que «la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado», sitúan esta institución en relación intrínseca con el hecho capital de la generación de nuevas personas humanas¹⁴. De modo muy explícito, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 19 de diciembre de 1966, afirma que «se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución, y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo».

Por su parte, el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989, obliga a los Estados Partes a respetar:

[...] las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

De este texto se desprende que, en principio, los padres con sus hijos constituyen la familia ordinaria, aunque los deberes sobre los menores puedan tener que ser ejercidos, si faltan los padres (o en otros supuestos

13 Si la familia simplemente representara «un lugar de comunidad, un grupo idóneo para el desarrollo libre y pleno de las personas que lo componen» (PERLINGIERI, Pietro. *Comentario a la Constitución Italiana*. Ciudad: Ediciones Científicas Italianas, 1972, p. 110), ¿dónde habría que poner el límite —si es que alguno tuviera— para deslindar lo que es familia y lo que no lo es, o para identificar lo que es familia? ¿En qué radicaría su especificidad como «formación social privilegiada y garantizada» de la que habla el mismo Perlingieri (*Ibid.*, p. 109)? Ciertamente, «el afecto, el sentimiento, no puede ser dispuesto mediante remedio legislativo o judicial» (*Ibid.*, p. 112), pero el derecho no entra ni debe entrar en esas cosas: la protección jurídica de la familia constitucional mira a vínculos con sustancia jurídica y no se ocupa ni puede ocuparse de afectos, cabalmente. Solo en el análisis de la teleología y del fundamento de las normas, como luego veremos, podrá aparecer la importancia de que pueda reconocerse no tanto a los afectos como al amor, entendido como un concepto distinto y más integrador.

14 Daniel O'Donnell explica que «el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, con derecho a la protección de la sociedad y el Estado, constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por el artículo 16 de la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17 de la Convención Americana». En Daniel O'DONNELL. *Protección internacional de los derechos humanos*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1989, p. 335.

análogos que las legislaciones contemplan, como su incapacidad) por la *familia ampliada*, que prolonga el núcleo familiar básico a través de los correspondientes vínculos de consanguinidad, dependientes a la postre de la generación, hacia otros ascendientes o descendientes y parientes colaterales. En cualquier caso, confirma de nuevo la esencial relación de la familia con la necesaria atención a los niños o menores integrados en ella por razón de la filiación que deriva de la generación. Por eso también el artículo 8 de la misma Convención incluye en la *identidad* que todo niño —toda persona humana menor— tiene derecho a ver respetadas y preservadas sus relaciones familiares, de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas.

El artículo 9.4, para atender a situaciones anómalas o irregulares que pueden afectar a la relación paterno-filial, emplea, por su parte, el término *familia* para referirse a los padres o al niño en su relación con estos. Y el artículo 10 —siempre de la citada Convención de Naciones Unidas— se refiere a la *reunión de la familia* como reunión de los padres y sus hijos. Y es que, a la postre, todo el sistema jurídico de protección internacional de los derechos del niño descansa sobre «el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño» y de que «incumbirá a los padres» —o, en su caso, a los representantes legales— «la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño» (artículo 18 de la Convención), lo que encuentra su marco institucional ordinario y regular en la familia, basada en los vínculos determinados por la generación.

Sobra decir que lo que se deduce del artículo 4 de la Constitución, reforzado además por todos estos importantes textos internacionales —y los que aún hemos de citar más adelante, que contienen la misma idea básica— concuerdan con la significación común que la palabra *familia* tiene en la lengua castellana. Dice el Diccionario de la Lengua que, en su significación primaria y más común, es un «grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas bajo la autoridad de una de ellas»¹⁵. Pero el vínculo del parentesco es lo decisivo, y este no es, según el mismo Diccionario, sino «vínculo, conexión, enlace por consanguinidad o afinidad», conceptos uno y otro vinculados con el hecho de la generación biológica (el de la consanguinidad) o con este más el de la unión conyugal, también relacionado de suyo con la generación (la afinidad).

En la cultura, en el sistema de conceptos socialmente aceptados, en el marco de las normas jurídicas que determinan la interpretación que debe hacerse de lo que es la familia para la Constitución de 1993, aquella no es concebible sin relación alguna con el cumplimiento de fines familiares,

15 Lo que, tras la Constitución y las reformas consiguientes del Código Civil, solo requeriría completar con la previsión de que esa autoridad sea ejercida por una o varias de ellas.

con el hecho básico de la generación y consiguiente cuidado de nuevas vidas humanas; por el contrario, en este hecho se encuentra su elemento más determinante y fundamental¹⁶.

Todo ello excluye la legitimidad de cualquier tratamiento legal o jurídico de la familia en nuestro ordenamiento que lo desconecte de su presupuesto institucional básico. Podrán darse, como se han dado tradicionalmente y se dan en el derecho civil vigente, algunas ampliaciones analógicas de la institución tendentes a proporcionar una familia a quien, por causas naturales o por irregular práctica de la generación, carece en rigor de ella, o si la que tiene no puede cumplir sus funciones esenciales, lo que será de particular aplicación a los menores (sería el caso de la adopción). Pero tales ampliaciones solo podrán justificarse sobre la base del mantenimiento de la estructura esencial a toda familia, que deriva de las condiciones en que se produce la generación humana natural y el consiguiente proceso de crianza, atención y educación de la nueva persona.

La Constitución no obliga a proteger del mismo modo todo cuanto pueda darse en la espontaneidad social, lo que realmente significaría no proteger nada, y hasta suprimir la distinción y diferencia consustancial a la existencia misma del derecho (todo límite entre lo correcto e incorrecto, entre lo justo e injusto, lo debido e indebido, lo mío y lo tuyo). La familia que el artículo 4 obliga a proteger es una realidad específica, con perfiles básicos determinados, un modelo de familia y no cualquier género de asociación, reunión o convivencia, pues para eso basta y sobra la intensa protección que la Constitución garantiza a los derechos de reunión y asociación en los artículos 2.12 y 2.13, además de la garantía de la libertad e inviolabilidad de la intimidad personal y del domicilio que garantizan los artículos 2.7 y 2.9, o en fin, más amplia y genéricamente, la garantía del derecho a la libertad en general que se contiene en el artículo 2.24.a.

Y, desde luego, el primer deber constitucional que dimana del artículo 4 para los poderes públicos es el de proteger jurídicamente a la familia constitucional, evitando su desamparo como consecuencia de no hacerla objeto de un tratamiento jurídico distinto y más protector que el que se dispense a formas de convivencia al modo *doméstico* contrarias al modelo familiar constitucional. Porque el fondo de la cuestión es que la Constitución —y los textos internacionales— quieren propiciar y proteger una forma determinada de producirse y estructurarse las relaciones vinculadas con la generación, fundado en ello el mandato de diferenciación jurídica, de desigualdad de trato

¹⁶ Por hecho básico de la generación entendemos la posibilidad de procrear. Con ello, se admite que las personas infériles o estériles puedan constituir una familia, así como también a los fériles que decidan no tener hijos.

jurídico que comporta el deber de proteger jurídicamente a la familia, establecido en el artículo 4.

El modo en que se produzca la generación de vidas humanas y su necesaria atención subsiguiente no es indiferente para nuestro orden constitucional: hay solo uno que la Constitución estima regular, y ordena protegerlo especialmente mediante la institución familiar. No prohíbe, en principio o directamente, otros; cuenta, incluso, con que en la realidad existan otros, a los efectos de garantizar algunos derechos que puedan quedar comprometidos con ellos. Pero al ordenar que, en este campo y el que le rodea, solo la familia goce de la adecuada y suficiente protección, prohíbe *a contrario* que se dispense similar protección a estructuras distintas que traten de realizar más o menos total o parcialmente sus mismas o análogas funciones.

Ello nos lleva al otro elemento esencial del modelo constitucional de familia, que completa al de cumplimiento de fines familiares. Como venimos diciendo, toda familia ha de basarse en la generación, pero no toda relación basada en la generación, o relacionada intrínsecamente con ella, constituye una familia en el sentido constitucional.

Es muy importante notar que los artículos 4 y 6 de la Constitución diferencian entre lo que debe ser la protección de la familia (artículo 4) y la protección especial de los hijos, iguales estos ante la ley, con independencia de su filiación (artículo 6). Hay una filiación que para la Constitución es, por decirlo así, matrimonial, producida en el seno de la institución *uxorio*, y hay o puede haber filiaciones extramatrimoniales, no integradas en la realidad del matrimonio. Precisamente porque esto es o puede ser así *de facto* es por lo que la Constitución —de acuerdo también en este aspecto con diversos textos jurídicos internacionales— quiere garantizar *también*, de la forma más completa posible, a las personas humanas en su condición de hijos, tengan o no tal condición en el seno de una familia. Resulta evidente por el contexto que lo que se quiere asegurar en el artículo 6 es la protección más integral posible a los hijos, aun cuando sean *extramatrimoniales*, es decir, sin perjuicio y además de la protección que debe dispensarse a la familia.

Por otro lado, queda implícita la relación entre el apartado 2 y el apartado 3 del artículo 6, en cuanto vienen a concretar que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos, habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. Con prescindencia de la existencia o no de matrimonio, los padres deben ocuparse de los hijos por el hecho de serlo, como parte de la protección integral que el apartado 2 del artículo 6 obliga a asegurar a los hijos.

EL MODELO
DE FAMILIA
GARANTIZADO
EN LA
CONSTITUCIÓN
DE 1993

FAMILY MODEL
GUARANTEED
IN 1993
CONSTITUTION

Realizado el deslinde anterior, la redacción del artículo 4 solo se justifica sobre la base de entender que, para la Constitución, la familia guarda inmediata relación con el matrimonio¹⁷.

Pero ello no significa que exista una plena identificación entre el concepto de familia y el de familia «matrimonial». Ciertamente así no es, desde que la *ratio* de los artículos 4 —que reconoce los principios de protección de la familia y de promoción del matrimonio— y 5 —que admite el principio de reconocimiento integral de las uniones de hecho propias o sin impedimento matrimonial— es sobre todo positiva: proteger a la única familia que la Constitución considera tal, sin considerar su base de constitución legal o de hecho, prefiriendo el matrimonio antes que a otras unidades convivenciales *more uxorio*. Surgiendo de la unión de hecho una familia, esta merece la protección que confiere el ordenamiento jurídico a la institución, sin desconocer que debe promoverse al matrimonio como su base de constitución¹⁸.

Esto se aprecia de la comparación de las previsiones que sobre familia contienen las Constituciones de 1979 y 1993.

La primera, en sus artículos 5 y siguientes, se refería al punto de la siguiente manera:

Artículo 5.- El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación. [El artículo 9 se refiere a las uniones de hecho.] Artículo 9.- La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable.

La segunda, en sus artículos 4 y siguientes, se refiere al tema de la siguiente forma:

Artículo 4.- La comunidad y el Estado... protegen a la familia y promueven al matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. [El artículo 5 trata el tema de las uniones de hecho.] Artículo 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.

17 En el mismo sentido, Luis Sánchez Agesta, citado por LACRUZ BERDEJO, José Luis, Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, Agustín LUNA SERRANO, Francisco RIVERO HERNÁNDEZ y Joaquín RAMS ALBESA. «Elementos de derecho civil». Vol. IV. *Derecho de familia*. Barcelona: Bosch, 1990, p. 27; ALZAGA, Óscar. *La Constitución española de 1978 (comentario sistemático)*. Madrid: Ed. del Foro, 1978, p. 311; MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis. «La familia en la Constitución española». *Revista de Derecho Privado*, 1981, p. 975; GARCÍA CANTERO, Gabriel. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Tomo II. Madrid: EDERSA, 1982, p. 22; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑÍZ, José Luis. Ob. cit., p. 22.

18 Cf. PLÁCIDO, Alex. *Manual de derecho de familia*. Lima: Gaceta Jurídica, 2002, p. 24-25.

De esta visión, se aprecian dos grandes cambios:

- a) Mientras que en la Constitución de 1979 matrimonio y familia aparecen vinculados; en la Constitución de 1993, están desvinculados. En la primera, es claro que la familia que se protege es la de origen matrimonial. En la segunda, la familia que se protege es principalmente aquella que nace de un matrimonio, aunque no es la única fuente.
- b) Mientras que en la Constitución de 1979 la unión de hecho no es fuente generadora de una familia, en la Constitución de 1993 sí lo es. En la primera, es claro que la unión de hecho es productora de puros efectos patrimoniales, desde que de ella no nacía una familia. En la segunda, por el contrario, la unión de hecho es productora de efectos tanto personales como patrimoniales, desde que de ella nace una familia.

Es fundamental tener presentes estas premisas, más aún si se recuerda que el Código Civil de 1984 se sustenta en los postulados de la Constitución de 1979 y, por ello, toda su normatividad está formulada sobre la idea de la familia de origen matrimonial. Por esa razón, al tema de la unión de hecho solo se le dedica un artículo: el 326, que la regula en su aspecto patrimonial¹⁹.

Hoy, con la Constitución de 1993, la familia puede nacer tanto de un matrimonio como de una unión de hecho, extendiéndose el mandato de protección constitucional a la familia nacida de ellas. Se está, pues, ante la desinstitucionalización del matrimonio, pues este no es la única fuente de la que se genera una familia. Por tanto, el modelo constitucional admite otras fuentes de las que se derivan otros tipos de familia.

Esta última afirmación obliga a determinar la concordancia entre los principios de promoción del matrimonio y de reconocimiento integral de las uniones de hecho, contenidas en la Constitución de 1993. Para comprender este tema, resulta útil remitirnos a las STC 03605-2005-AA y STC 09708-2006-PA del Tribunal Constitucional peruano.

19 La afirmación relativa a que la familia tiene su base en la unión matrimonial de hombre y mujer es advertida por el ponente de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1984, cuando se refiere a la regulación legal del concubinato: «Con relación a este problema, es pertinente mencionar una preocupación generalizada: si en la medida en que se legalice el concubinato no se está desestimando el matrimonio. En realidad, ninguna legislación está en contra del matrimonio; pero el tipo de garantías que se ofrece a la unión concubinaria y los derechos que de él se derivén pueden tener aquel efecto indeseable. Esta es, presumiblemente, la razón de que un sector de la doctrina se incline en el sentido de que la ley debe ocuparse del concubinato, pero con miras a su gradual extinción. Esta podría ser la posición del Código de Familia de Cuba. No es, infelizmente, la de la nueva Constitución peruana. Conviene precisar, en todo caso, la limitada extensión de la reforma constitucional: ella no alcanza sino al concubinato *stricto sensu*; y solo lo alcanza en algunos aspectos patrimoniales, mas no en los personales». CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. «Exposición de motivos y comentarios del proyecto del Libro de Derecho de Familia de la Comisión Reformadora». En *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios*. Tomo IV. Delia Revoredo de Debakey (comp.) Lima, 1985, p. 403.

Ambas están referidas a la vulneración del derecho a la seguridad social y a obtener una pensión por la negativa de otorgar una pensión de «viudez» a favor de una conviviente supérstite dentro de los alcances del decreto ley 20530, norma legal que únicamente reconoce tal pensión en favor del cónyuge supérstite.

En la primera sentencia, el Tribunal Constitucional declara infundada la demanda de amparo por considerar que la pensión de viudez está reconocida solo al cónyuge supérstite. Para ello, en primer lugar declara que «la Constitución (de 1993) ordena la promoción del matrimonio [...] y destaca como ideal que toda familia esté conformada matrimonialmente» (fundamento jurídico 3). Luego, señala que «para entender correctamente las normas constitucionales también es importante remitir a los instrumentos internacionales, tal como lo expresa la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la propia Constitución (de 1993)». De acuerdo con ello, cita en su resolución el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, apreciándose que, ambos tratados de derechos humanos reconocen «el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello». Despues, destaca que:

[...] la norma constitucional [se refiere al artículo 5 de la Constitución de 1993] reconoce la relación concubinaria para efectos solo de naturaleza patrimonial, al asemejárselo con el régimen de la sociedad de ganancias propia del matrimonio, mas no incluye dentro de él efectos de carácter personal, como son el derecho alimentario y el de carácter pensionario durante la vigencia de la relación y el hereditario entre concubinos (fundamento jurídico 8).

En atención a ello, concluye que:

[...] hay que entender que no se puede tratar por igual al matrimonio y a las uniones de hecho, pues al ser situaciones disímiles deben ser tratadas desigualmente. Si no se puede obligar a nadie a casarse, tampoco se puede obligar a tener los efectos previsionales propios del matrimonio. Y lo que la Norma Fundamental quiere es favorecer el matrimonio, al ser este presentado como una institución constitucional. Es cierto que la Constitución tutela a la familia y sus integrantes en los distintos estados de necesidad en los que pudiera encontrarse. Tal es el sentido del artículo 4 de la Constitución [de 1993]. Pero ello no puede trasladarse de manera automática a la figura de las uniones de hecho (fundamento jurídico 5).

En la segunda sentencia, el Tribunal Constitucional declara fundada la demanda por considerar que la pensión de viudez también puede ser reconocida al conviviente supérstite. Para ello, en primer lugar señala que:

[...] de conformidad con el artículo 5 de la Constitución de 1993, 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. El artículo 326 del Código Civil, que constituye dentro del sistema jurídico nacional la norma de desarrollo y que hace operativa la Constitución vigente, que contiene la misma disposición constitucional vigente, determina que la unión de hecho debe estar destinada a cumplir deberes semejantes a los del matrimonio. Es decir, de varón y mujer como pareja teniendo entre ellos consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales, obligados al sostenimiento del hogar que han formado con la obligación mutua a la alimentación, la fidelidad, la asistencia y que haya durado cuando menos dos años (fundamento jurídico 1).

A partir de ello, destaca que:

[...] tanto la norma del artículo 5 de la Constitución como el artículo 326 del Código Civil, el reconocimiento de la unión de hecho da lugar a la comunidad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, pero además la pareja se comporta como cónyuges, asumiendo finalidades, obligaciones y deberes semejantes a los del matrimonio (fundamento jurídico 6).

Siendo así, concluye que la declaración jurisdiccional de reconocimiento:

[...] de la unión de hecho sustituye a la partida de matrimonio; en tal razón le corresponde la pensión de viudez, además de considerar que las pensiones tienen la calidad de bienes que integran la sociedad de gananciales porque sirven para el sustento de la familia y al fallecimiento del causante se reconoce a la viuda una pensión (fundamento jurídico 6).

Si recordamos la comparación de las previsiones constitucionales antes anotadas, resulta evidente que el Tribunal Constitucional en la STC 03605-2005-AA realiza una interpretación de las disposiciones relativas a la familia desde la perspectiva de la Constitución de 1979, sin advertir los cambios que se incorporaron con la Constitución de 1993. Hay que preguntarse, en este punto, por qué el constituyente de 1993 desvinculó familia de matrimonio. Para responder esta pregunta es necesario considerar los tratados internacionales de derechos humanos que el constituyente tuvo a la vista. Además de los citados por el Tribunal Constitucional en la sentencia bajo comentario, el Perú había ratificado en el año 1988 el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). En su artículo 15.1 precisa que «toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna».

El principio de interpretación dinámica de los derechos humanos advierte de la evolución a la que asistimos: de considerar que solo por contraer matrimonio se funda una familia, se pasa a apreciar que esta puede ser fundada no solo por contraer matrimonio. Esta disposición de rango constitucional es, pues, la que sustenta contemplar en la Constitución de 1993 la desvinculación de familia y matrimonio. Por ello, hoy ya no se puede razonar desde la perspectiva de la Constitución de 1979 y, por lo mismo, las disposiciones del Código Civil de 1984 deben ser releídas desde la Constitución de 1993.

Se debe coincidir con lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la STC 09708-2006-PA, sobre todo cuando destaca que, en atención a lo previsto en el artículo 5 de la Constitución de 1993, la unión de hecho es productora de efectos tanto personales como patrimoniales, lo que vale decir que de la unión de hecho surge una familia que merece protección como la que surge de un matrimonio.

Llegados a este punto, debemos responder: ¿cómo determinar la concordancia entre los principios de protección de la familia, de promoción del matrimonio y de reconocimiento integral de las uniones de hecho, contenidas en la Constitución de 1993?

La formulamos de la siguiente manera:

- a) La familia que la Constitución ordena proteger es la que nace tanto del matrimonio como de la unión de hecho. En ese sentido, a la familia que nace de ambos institutos se le deben reconocer los efectos personales y patrimoniales que respondan al mandato de protección constitucional.
- b) El matrimonio debe ser promovido por mandato constitucional. A partir de ello, debe considerarse al matrimonio como la principal fuente de la que surge una familia. Pero no significa que sea la única fuente.
- c) La unión de hecho por reconocimiento constitucional es productora tanto de efectos personales como patrimoniales y, por ello, es la otra fuente de la que surge una familia.
- d) Sin embargo, desde que el matrimonio debe ser promovido, se advierte que se encuentra en una mayor consideración respecto de la unión de hecho dentro de la jerarquía de valores constitucionales. A partir de ello, es claro que no pueden ser iguales los mecanismos que se prevean en la ley para acceder a los efectos personales como patrimoniales que respondan al mandato de protección constitucional de la familia²⁰.

²⁰ Bajo el influjo de la Constitución de 1979, la diferencia entre matrimonio y unión de hecho estaba referida al reconocimiento de efectos. Todos los efectos dispensados por el principio de protección de la familia solo fueron reconocidos a los casados; mientras que a los convivientes, únicamente efectos patrimoniales.

Para que se entienda este último punto, consideremos el derecho a la herencia. El derecho sucesorio tiene como uno de sus fundamentos el de la protección de la familia. Pues, si ello es así, debe reconocerse derecho a heredar entre sí tanto a los cónyuges como a los convivientes. Pero, la manera de acceder a este derecho no puede ser el mismo. Así, si hoy contraigo matrimonio y mañana muere mi cónyuge, por el hecho de ser tal y con la simple prueba de la partida de matrimonio tengo mi vocación hereditaria y accedo inmediatamente a ese derecho. En cambio, si hoy inicio una convivencia y mañana muere mi conviviente, no podré acceder al derecho a la herencia porque la Constitución exige que la unión de hecho sea estable; esto supone que por lo menos debe haber durado dos años continuos, además de contar con los medios probatorios que permitan el reconocimiento de su existencia. He ahí la diferencia de trato en los mecanismos de acceso previstos en la ley²¹.

Debe insistirse en que, al 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. Así, 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 nubil, 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.

La referencia al matrimonio se hace además cuatro veces explícita en este artículo de la Declaración Universal dedicado a la familia: los que se casen disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución de matrimonio, y solo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. Así, la unión inescindible entre matrimonio y familia es evidente en la Declaración Universal. Hay en ella un diseño, un modelo único básico de familia: la basada en la generación matrimonial o producida en el matrimonio entre un hombre y una mujer con capacidad generativa.

21 Así se comprueba con la ley 30007 por la que se reconocen derechos sucesorios entre los miembros de una unión de hecho. En su artículo 2 se dispone que «para que la unión de hecho dé lugar a derechos sucesorios es requisito que reúna las condiciones señaladas en el artículo 326 del Código Civil y se encuentre vigente al momento del fallecimiento de cualquiera de sus miembros». Agrega, en su artículo 3 que «para los efectos de la presente ley, se reconocen derechos sucesorios a favor de los miembros de uniones de hecho inscritas en el Registro Personal, de conformidad con lo establecido en el artículo 49 de la ley 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos no Contenciosos, o reconocidas por la vía judicial. Sin perjuicio de lo antes establecido, el integrante sobreviviente puede solicitar el reconocimiento judicial de la unión de hecho si antes del fallecimiento del causante no se hubiera realizado la inscripción registral indicada en el párr. anterior».

El esquema del artículo 16 de la Declaración Universal se reproduce en términos muy similares en el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, añadiéndose tan solo la precisión de que en caso de disolución del matrimonio se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, donde vuelve a lucir la dimensión generativa propia tanto del matrimonio como de la familia, realidades estas que se contemplan como vinculadas. Así, incluso se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos en el caso «Aumeeruddy-Cziffa *vs.* Mauricio» al reconocer que cada matrimonio, con o sin hijos, constituye una familia titular de los derechos consagrados por los artículos 17 y 23 del Pacto²².

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del mismo año, se vuelve a mostrar esa intrínseca relación entre matrimonio y familia en el apartado 1 del artículo 10 en el que, refiriéndose a la protección de ese elemento natural y fundamental de la sociedad que vuelve a decir que es la familia, se reitera que el matrimonio —al que por el contexto se le entiende como medio de constitución de la familia— debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. Y también aquí, por cierto, se trata por un lado de la protección de la familia (y del matrimonio) y luego, por otro, en apartados distintos y sucesivos, de la de las madres y de la de los niños y adolescentes, del mismo modo que el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, después de dedicar el artículo 23 citado a la familia y al matrimonio, contiene otro precepto diferente, el artículo 24, que dedica a la protección de los niños, cualquiera que sea su nacimiento.

En cambio, en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos del sistema regional interamericano se advierte una desvinculación entre familia y matrimonio. Así, el artículo VI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 reconoce como derecho fundamental de toda persona el de constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad, y de recibir protección para ella. Esta disimilitud respecto del sistema universal ha sido entendida como una «redacción amplia y comprensiva», que tiene «relevancia

22 El Comité de Derechos Humanos, en su observación general OG 19 del 27 de julio de 1990 sobre protección de la familia, derecho al matrimonio e igualdad de los esposos, ha precisado que el derecho de fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos.

No obstante, el Comité ha observado que «el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto». Sin embargo, el Comité ha destacado que «cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, esta debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23. Por consiguiente, en sus informes, los Estados Partes deberían exponer la interpretación o la definición que se da del concepto de familia y de su alcance en sus sociedades y en sus ordenamientos jurídicos. Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, “nuclear” y “extendida”, debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. 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 medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros».

en determinadas circunstancias, como por ejemplo, en el caso de un individuo o de una pareja no casada que quisiera adoptar»²³. Esto reitera la evolución a la que asistimos por el principio de interpretación dinámica de los derechos humanos: de considerar que solo por contraer matrimonio se funda una familia, se pasa a apreciar que esta puede ser fundada no solo por contraer matrimonio.

Si bien la fórmula del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se repite en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, con la precisión de que las condiciones requeridas para contraer matrimonio no deben afectar el principio de no discriminación, en el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, se reitera el criterio extenso y progresivo de la Declaración Americana cuando en el numeral 2 del artículo 15 se insiste en que «toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna». Este instrumento internacional fue ratificado por el Perú en 1988 y, por tanto, se encontraba vigente al momento de la elaboración de la Constitución de 1993.

A este respecto, debe recordarse que el derecho internacional de los derechos humanos, particularmente a través de la adopción de tratados, se ocupa de consagrar catálogos de derechos humanos que deben ser respetados y garantizados por el Estado frente a todo individuo sujeto a su jurisdicción, y mecanismos de supervisión del cumplimiento de estas obligaciones por los Estados.

El conjunto de derechos que compone el catálogo es el siguiente:

[...] constituye el mínimo exigible al Estado; nada autoriza a que el Estado lo restrinja y nada obsta, o más bien todo alienta al Estado para que agregue otros derechos en su ordenamiento jurídico nacional, para que amplíe el alcance y contenido de un derecho del catálogo o para que mejore las posibilidades de ejercicio y goce de los derechos existentes. El sistema internacional de promoción y protección de los derechos humanos está diseñado para propender a la progresividad²⁴.

Siendo así, la desvinculación entre familia y matrimonio es recibida en nuestro sistema jurídico. Primero, porque nuestra Constitución reconoce, en su artículo 3, una «enumeración abierta» de derechos fundamentales que, sin estar en el texto de la Constitución, surgen de la dignidad del hombre. Se trata de una cláusula de desarrollo de los derechos fundamentales, «cuyo propósito no solo es prestarle el reconocimiento como derechos de la más alta consideración, sino,

23 O'DONNELL, Daniel. Ob. cit., p. 335.

24 MÉDINA, Cecilia. «El derecho internacional de los derechos humanos». En *Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos*. Santiago: Sociedad de Ediciones Universidad Diego Portales, 1996, p. 33.

incluso, el de dotarlos con las mismas garantías de aquellos que sí las tienen expresamente²⁵. Y, segundo, porque en nuestra Constitución se ampara a las uniones de hecho propias, es decir las realizadas por un hombre y una mujer libres de impedimento matrimonial, siendo estas, por tanto, otro vínculo fundante de la familia. De esta manera, se confirma que el matrimonio, si bien es la principal, no es la única fuente de constitución de una familia.

Por tanto, la protección de la familia comprende tanto a la de base matrimonial como a la de origen extramatrimonial, «lo que no quiere decir que deba ser de la misma forma ni con el mismo alcance y derechos»²⁶, por no ser idénticos el matrimonio y la unión de hecho propiamente dicha.

La protección jurídica de la familia que ordena el artículo 4 comienza, pues, por la debida promoción jurídica del matrimonio a la que obliga la misma disposición constitucional, favoreciendo con ella lo más posible una estabilidad jurídica del vínculo que refleje lo imperecedero e indeleble del nexo biológico —además siempre personal, tratándose de seres humanos— que subsiste entre las personas por razón de la generación. Es ese el contexto en el que tiene su sentido la referencia contenida en el citado artículo 4 a la especial protección para con las personas en la infancia y adolescencia, así como a la ancianidad.

Se parte de la presunción de que los nexos familiares que arrancan de la relación esponsal y, en armonía con la dignidad de toda persona humana, deben servir para prestar a los nuevos seres humanos que vienen al mundo la debida atención y cuidado. Deben servir también, en razón de su permanencia e inalterabilidad sustancial, para esa otra etapa de la vida en la que el ser humano vuelve a necesitar de la atención de los demás, cual puede ser la llamada tercera edad. Y la Constitución, que entiende que la atención al menor corresponde a la familia, parte también de la consideración de que es igualmente a la familia a la que corresponde la atención de los mayores que empiezan a decaer en la plenitud de sus facultades, sin perjuicio de la acción complementaria o supletoria que se asigna a los poderes públicos.

Por lo demás, ningún argumento en contra de lo que va dicho podría extraerse del artículo 2.2 de la Constitución en cuanto, en aras de la igualdad ante la ley, prohíbe las discriminaciones por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión o de cualquier otra índole personal o social. Aunque cualquier opinión o posición ideológica

25 Fundamento jurídico 11 de la sentencia del Tribunal Constitucional peruano del 18 de marzo de 2004, recaída en el expediente 2488-2002-HC/TC.

26 RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. «Nuevas formas sociales y jurídicas de convivencia». *La nueva familia y el derecho. Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, 63, 3 (julio-septiembre 2002), p. 110.

o religiosa está en principio —con el límite siempre del orden público— constitucionalmente protegida en sí misma y en sus manifestaciones individuales y colectivas, es evidente que, además del ya mencionado orden público protegido por la ley, en modo alguno ello impide a los poderes públicos establecer criterios de ordenación y de actuación que supongan en la práctica primar unas opiniones o convicciones sobre otras, máxime cuando tales opciones vengan determinadas nada menos que por la propia Constitución y su entorno normativo internacional.

Los poderes públicos están obligados a ese trato diferenciado para cumplir adecuadamente el orden constitucional y hacer respetar los derechos humanos, aunque haya quienes discrepen sobre estos y su contenido y alcance. Esas diferencias no constituyen discriminaciones contrarias al principio de igualdad, pues estas solo son tales cuando carecen de una justa fundamentación y toman como base de la diferencia de trato un elemento de diferenciación que por sí solo o en sí mismo en modo alguno puede justificar el distinto trato.

Ya hemos dicho que es el artículo 6 el que obliga a proteger a las personas en cuanto hijos, cualquiera que sea su filiación, con implícita referencia evidente a la alternativa de su nacimiento dentro o fuera de un matrimonio. En este sentido, no hace sino reafirmar, en lo que puede tener de relevante para la familia, la prohibición de discriminación por razón de nacimiento.

Pero, como venimos explicando, una cosa es la protección de los hijos y otra la de la familia, aunque lo normal y más frecuente será que aquella se logre con esta. Y, desde el momento en que la Constitución garantiza una protección a la familia, es evidente que las ventajas apropiadas que se otorguen por razón de matrimonio —o, en su caso, de la unión de hecho propiamente dicha—, no solo serán legítimas y no discriminatorias sino hasta exigibles constitucionalmente, por mucho que puedan ser también apetecidas por quienes se encuentren en relaciones interpersonales que se pretendan análogas o próximas y a las que las leyes no podrían en rigor proteger de igual modo que a las relaciones familiares, sin vaciar de contenido el artículo 4.

Ahora bien, los instrumentos sobre derechos humanos reconocen en forma expresa al matrimonio entre un hombre y una mujer como una de las formas —no la única— de manifestación de la familia²⁷. Una interpretación armónica de los derechos reconocidos en dichas

27 Así, reconocen el derecho de todo hombre y de toda mujer a contraer matrimonio la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 16, párr. tercero); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10, primer párr.); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23, segundo párr.); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 17, primer párr.) y Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 16, primer párr., incisos a, b y c).

herramientas normativas permite concluir en el reconocimiento implícito de diversas formas de vivir en familia²⁸.

Así, por ejemplo, el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su último apartado que «la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo». Con similar criterio, en el tercer párrafo del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se indica la necesidad de «adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación». El artículo 16, inciso d), de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer predica los mismos derechos y responsabilidades entre hombres y mujeres como progenitores «cualkiera sea su estado civil». Por último, la Convención sobre los Derechos del Niño exhorta en su artículo 2 a los Estados partes a respetar y garantizar a todos los niños los derechos enunciados en dicho instrumento sin distinción alguna, entre otras, derivada del nacimiento o cualquier condición de sus padres o representantes legales.

De las normas citadas se desprende que las uniones de hecho, las familias monoparentales y las familias ensambladas se enmarcan dentro del mandato de protección constitucional, cuya amplitud y alcance serán variables²⁹.

28 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que «en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio». CIDH. Caso «Atala Riffó e hijas vs. Chile». Sentencia del 24 de febrero de 2012. Fundamento jurídico 142. En el mismo sentido, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha reconocido la amplitud del concepto de familia, además de sus diversos tipos. Así, en la Observación General 19 sobre Protección de la Familia, Derecho al Matrimonio e Igualdad de los Esposos (art. 23). 27/07/90, precisa que: «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 medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros».

29 El Tribunal Constitucional ha reconocido estos tipos de familia. Así, ha señalado que: «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 este 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 de la tradicional como son las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas». STC 06572-2006-PA del 6 de noviembre de 2007. Fundamento jurídico 9.

En lo que se refiere a la unión de hecho, se parte de considerar que la vida se desarrolla de modo similar a la que sucede en el matrimonio. En tal virtud, la unión de hecho presenta en su interior una estructura que la asemeja al contenido real de los cónyuges, lo que se funda en la realidad de esa pareja, en su funcionamiento y en su autonomía, semejantes a la del matrimonio, siendo ellos mismos los elementos que sirven de soporte al fundamento ético de los deberes que surgen de ese estado familiar. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional en la STC 09708-2006-PA ha destacado que «de conformidad con el artículo 5 de la Constitución de 1993, 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 ganancias en cuanto sea aplicable. El artículo 326

Ello permite advertir que el actual modelo de familia constitucionalmente garantizado es producto de un proceso en el que inicialmente se lo presentaba como una realidad convivencial fundada en el matrimonio, indisoluble y heterosexual, encerrado en la seriedad de la finalidad

del Código Civil, que constituye dentro del sistema jurídico nacional la norma de desarrollo y que hace operativa la Constitución vigente, que contiene la misma disposición constitucional vigente, determina que la unión de hecho debe estar destinada a cumplir deberes semejantes a los del matrimonio. Es decir, de varón y mujer como pareja teniendo entre ellos consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales, obligados al sostenimiento del hogar que han formado con la obligación mutua a la alimentación, la fidelidad, la asistencia y que haya durado cuando menos dos años».

Debe indicarse que el reconocimiento de efectos personales de la unión de hecho ha servido de sustento para que se reconozcan otros en la legislación en general, previa acreditación de la condición de conviviente. Así, en el derecho laboral se reconoce que el conviviente supérstite tiene derecho al 50% del monto total acumulado de la compensación por tiempo de servicios y sus intereses, que a su solicitud será entregado por el depositario, en caso de fallecimiento del trabajador compañero (decreto supremo 001-97-TR -TUO del decreto legislativo 650, artículo 54). Por otra parte, se admite que el conviviente sea beneficiario del seguro de vida del compañero trabajador y que debe ser contratado por el empleador (decreto legislativo 688, artículo 1). Por su lado, en la legislación del Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones se establece que el conviviente tiene derecho a las pensiones de invalidez y sobrevivencia y es potencial beneficiario de la pensión de jubilación de su compañero (decreto supremo 004-98-EF, reglamento del TUO de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones, artículo 13). Por otra parte, con la creación del Sistema Social de Salud —que otorga cobertura a través de prestaciones de prevención, promoción, recuperación y subsidios para el cuidado de la salud y bienestar social— se precisa que el conviviente es derechohabiente del trabajador compañero y tiene calidad de afiliado con derecho a los beneficios (ley 26790, artículo 3, sustituido por la ley 27177).

En el Código Penal se califica como delito de parricidio al homicidio de un conviviente por obra de su compañero (artículo 107); es agravante de la pena en los delitos de favorecimiento a la prostitución (artículo 179) y de rufianismo (artículo 180) que la víctima sea conviviente del autor. Por otra parte, se señala que no son reprobables, sin perjuicio de la reparación civil, los hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños que se causen los convivientes (artículo 208, inciso 1). Por su parte, en el Código Procesal Penal se indica que nadie puede ser obligado a declarar sobre hechos que pudieran implicar culpabilidad penal contra su conviviente (artículo 220). Asimismo, en el Código Procesal Civil se señala que el conviviente de alguna de las partes está prohibido de ser testigo en un proceso civil, salvo en asuntos de derecho de familia o que lo proponga la parte contraria (artículo 229, inciso 3). En su momento, si una de las partes en un proceso civil es conviviente del juez, este está impedido de dirigirlo y debe abstenerse de participar en él; de no hacerlo, puede ser recusado por tal motivo (artículos 305 y 307).

Respecto de la familia ensamblada o reconstituida, en la sentencia 09332-2006/PA de 30 de noviembre de 2007, el Tribunal Constitucional ha precisado que «en contextos en donde el hijastro o la hijastra se han asimilado al nuevo núcleo familiar, tal diferenciación [de trato entre hijos biológicos e hijos afines] 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 padastro 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».

Sobre las obligaciones y derechos entre los padres afines (progenitores sociales, padres no biológicos) y los hijos afines, en la sentencia 04493-2008-PA del 30 de junio de 2010, el Tribunal Constitucional destaca la existencia de «un vacío legal que aún no ha sido llenado por la legislación, recayendo dicha responsabilidad sobre la jurisprudencia, no solo la constitucional sino también la ordinaria especializada en materia de familia. Y es que, tal como lo explica el artículo 139, numeral 8, de la Constitución, el juez no puede dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tales casos, el juez debe recurrir a los principios constitucionales con el fin de elaborar una posición jurisprudencial que cumpla con resolver el conflicto intersubjetivo de manera justa y atendiendo a la realidad social. Así, queda por determinarse si es que los alimentos de los hijos afines pueden ser exigibles a los padres sociales. O, dicho de otra manera, ¿tienen los padres sociales obligaciones alimentarias para con los hijos afines?». Al respecto, señala que «puesto que en nuestro ordenamiento la legislación omite toda referencia a las familias reconstituidas, es factible recurrir a la doctrina o al derecho comparado con el fin de orientar la decisión de la entidad jurisdiccional.

reproductora³⁰, condenando al exilio legal a cualquier otra forma de constitución de una familia. «Los concubinatos fueron perseguidos y deslegitimados al no reconocérseles efectos jurídicos de ninguna clase. Los hijos de esas uniones de hecho, por lo demás, fueron estigmatizados como bastardos»³¹.

Los hechos desbordaron esa hermética actitud de desconsiderar una realidad que ha ido *in crescendo*. Así, se abrió paso a la equiparación de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales; se acudió a principios del derecho de obligaciones para evitar el enriquecimiento indebido entre convivientes por los bienes adquiridos durante la unión *more uxorio* hasta llegar a reconocer en las parejas heterosexuales estables, libres de impedimento matrimonial, una comunidad de bienes a la que se aplican las disposiciones de la sociedad de gananciales, en lo que fuere pertinente.

Ahora, se aprecia que la Constitución extendió su manto de protección a la convivencia sin matrimonio, y esa consagración se ha trasladado en la legislación ordinaria que regula no solo los efectos patrimoniales sino también personales.

Socialmente, el concubinato ha dejado de ser un matrimonio de segundo rango y su admisión por diversos ordenamientos no es considerada como un atentado contra las uniones conyugales, pues aquella no se regula desmontando los principios del matrimonio. Son opciones que el legislador ha tenido, finalmente, que admitir por cuanto lo que se privilegia es la familia y no la ceremonia o la formalidad que rodea su inicio. También las uniones paraconyugales son fuentes de afecto, solidaridad, ayuda recíproca y muestran a dos personas compartiendo valores, metas y amor entre sí y para sus hijos³².

Así, puede tenerse por ejemplo lo expuesto por cierta doctrina comparada, en cuanto indica que a partir de los deberes y derechos no patrimoniales existentes en el matrimonio (asistencia recíproca), los padres afines puedan compartir la responsabilidad frente a los hijos de su pareja nacidos en un matrimonio anterior» [FERRANDO, Gilda. «Familias recomuestas y padres nuevos». *Derecho y Sociedad*. Año XVIII, 28, Lima, 2007, p. 318]. Asimismo, a manera de ejemplo, puede apreciarse lo establecido en el artículo 278, numeral 2), del Código Civil suizo, que indica que cada cónyuge debe cumplir recíprocamente con el deber alimentario del niño nacido antes del matrimonio, de manera razonable. Si bien en este ejemplo se circunscribe la figura al cónyuge y no al conviviente, es de recordarse que estas referencias son orientaciones a partir de las cuales el juez puede, en concordancia con los principios constitucionales nacionales, definir algún tipo de regla». Finalmente, precisa que «en todo caso, debe quedar enfáticamente establecido que, sea la opción por la cual se incline la relación afín o social, no implica de modo alguno que los padres biológicos puedan dejar de cumplir con sus deberes alimentación o signifique la pérdida de la patria potestad de estos [STC 09332-2006-PA/TC, fund. 12].

30 Cf. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. Olga. «Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 20, 58 (enero-abril 2000), p. 45.

31 VEGA MERE, Yuri. «La familia por venir: entre lo público y lo privado». En *Las nuevas fronteras del derecho de familia*. Lima: Normas Legales, 2003, pp. 36-37.

32 *Ibid.*, pp. 37-38.

Este proceso evidencia que la estructura familiar se revuelve sobre sus más sólidos cimientos con la aparición de nuevas fórmulas convivenciales³³. La sexualidad y la afectividad fluyen y se sobreponen a aquellos esquemas ordenados con una interesada racionalidad y reclaman su espacio de libertad jurídicamente reconocido. No quieren insertarse en un esquema organizado. Se niegan a admitir como única finalidad del sexo la procreación, a que el matrimonio y la unión de hecho heterosexual sean las relaciones exclusivas para su práctica, a la predeterminación de roles en la conducta sexual y, aún más allá, se atreven a negar que la unión del hombre y la mujer, necesaria para la fecundación, lo sea también para ordenar la sociedad en familias. Se aboga por la salida de la homosexualidad de lo patológico para ingresar en la normalidad. Una normalidad que requerirá la entrada de su relación en el derecho, su protección jurídica.

Paradójicamente, aquellas relaciones afectivas y sexuales afirmadas contra el rigor del tiempo, de los sexos, de las instituciones y de las leyes pretenden ahora efectos jurídicos. Y más aún quieren para sí algunas de las consecuencias jurídicas de aquellas instituciones legales, estables y organizadas.

El derecho, es bien sabido, apenas es una superestructura normativa muy dependiente y vinculada con la realidad social de la que parte y a la que sirve. Nuestra sociedad es cada día más tolerante, consecuencia inevitable del pluralismo político que impone la Constitución. Esa sociedad más tolerante acepta conductas que antes (y hoy todavía para algunos) podían parecer ética o socialmente inmorales o no permisibles, pero que han dejado de serlo para la mayoría, cuyo criterio (valores imperantes y predominantes en la sociedad) debe imponerse³⁴. Mas esa tolerancia no es ninguna patente de corso, sino aceptación de la diferencia, reconocimiento de la diversidad, y esto, que es enriquecedor, es lo que ha de ser respetado por «los otros».

Hoy se comprueba que el aludido proceso continúa, no ha parado. Se afirma que el matrimonio y la convivencia *more uxorio* heterosexual ya no identifican la familia, sino a un tipo concreto de familia en cuanto significa una opción entre otras posibles; que el fin esencial de las uniones que constituyen el modelo constitucional de familia ya no se

33 Obsérvense, por ejemplo, las nuevas modalidades de convivencia «asexual» cuyo prototipo es el *pacte civil de solidarité* francés, o el «contrato de unión civil» del legislador español, en las que dos personas físicas mayores de edad, del mismo o de distinto sexo, organizan su vida en común, asumiendo conjuntamente la responsabilidad por las deudas contraídas durante la convivencia, sin obligación de fidelidad ni alimentaria.

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

identifica con la procreación³⁵, y que la heterosexualidad no es exigencia para la convivencia paramatrimonial. Nuevamente, el principio de interpretación dinámica de los derechos humanos advierte de la evolución a la que asistimos: de considerar que solo por el matrimonio y la unión estable entre parejas heterosexuales se funda una familia, se pasa a apreciar que esta puede ser fundada, además, por la convivencia de parejas homosexuales.

La recepción de tales criterios no es ajena a nuestro ordenamiento jurídico, si se recuerda que en el artículo 15 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, se reconoce que «toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna», apreciándose que el derecho a constituir familia está referido a la persona, con prescindencia de su sexo u orientación sexual³⁶.

Siendo así, se sostiene que no solo debe institucionalizarse la convivencia heterosexual desde que:

[...] el régimen jurídico del matrimonio actual no se basa en la procreación (hoy es valor entendido en los ordenamientos europeos), no hay motivo para llevar la diferencia de trato de la convivencia homosexual con el matrimonio y con la pareja heterosexual hasta el punto de negarle su calidad de familia y la oportunidad, incluso necesidad, de institucionalización jurídica (socialmente, ya lo está): se trata de dar soluciones racionales a la convivencia no matrimonial,

35 En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha precisado que «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». STC 06572-2006-PA del 6 de noviembre de 2007. Fundamento jurídico 10.

36 La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce a la orientación sexual como una categoría implícita de discriminación prohibida. Así, explica que: «los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término "otra condición social" para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión "cualquier otra condición social" del artículo 1.1 de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo». De acuerdo con ello, concluye que: «teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (supra párrs. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual». CIDH. Caso «Atala Rifo y hijas vs. Chile». Sentencia de 24 de febrero de 2012. Fundamentos jurídicos 85 y 91.

porque mientras la alternativa sea «solución jurídica - no solución jurídica», no hay una respuesta razonable a esa convivencia, que es una realidad, y no ilícita. Lo cual no quiere decir (merece la pena reiterarlo) que no deba haber ciertas diferencias en el trato de una pareja y a las otras. La cuestión es, como tantas veces, cómo y hasta dónde (límites)³⁷.

En el fondo:

[...] es problema solo de la pareja homosexual y el Estado (legislador); hay que tener alguna razón válida y grave para negar a la pareja homosexual su institucionalización jurídica; con hacerlo no se perjudica a nadie si la cuestión queda solo entre esos convivientes y se toman ciertas medidas (como es la no permisión de la adopción por esa pareja, en cuanto que esto afecta a terceros, y hoy no está muy claro la conveniencia de esa adopción); únicamente se perjudica a la palabra, al símbolo (el del matrimonio)³⁸.

No cabe duda, pues, de la recepción constitucional de la convivencia homosexual como un tipo de familia. Ello se ve corroborado con la interpretación realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la protección de la vida familiar frente a la imposición de un concepto único de familia, no solo como una injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2³⁹ de la Convención Americana, sino también como una afectación al núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1⁴⁰ de dicha Convención. En ese sentido, en el caso «Atala Riff e hijas vs. Chile», se reconoce a la convivencia homosexual como un tipo de familia protegida por la Convención Americana. Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ese caso:

[...] es visible que se había constituido un núcleo familiar que, al serlo, estaba protegido por los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, pues existía una convivencia, un contacto frecuente, y una cercanía personal y afectiva entre la señora Atala, su pareja, su hijo mayor y las tres niñas. Lo anterior, sin perjuicio de que las niñas compartían otro entorno familiar con su padre⁴¹.

37 En nuestro ordenamiento jurídico, la orientación sexual ha sido reconocida como una categoría de discriminación prohibida en el artículo 37, inciso 1), del Código Procesal Constitucional, cuando se indica que: «El amparo procede en defensa de los siguientes derechos: 1) De igualdad y de no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole».

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. Ob cit., p. 110.

38 PANTALEÓN, Francisco. «Régimen jurídico civil de las uniones de hecho». En AA.VV. *Uniones de hecho*. J.M. MARTINELL y M.H. ARECES (coords). Lleida: Universidad de Lleida, 1998, p. 70.

39 «Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación».

40 «La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado».

41 CIDH. Caso «Atala Riff e hijas vs. Chile». Sentencia de 24 de febrero de 2012. Fundamento jurídico 177.

A este respecto, debe recordarse que, según el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el contenido y alcances de los derechos constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos, así como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú forma parte⁴². Debe recordarse, además, que los Estados están obligados al cumplimiento de lo establecido en las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entendiendo que la parte dispositiva de aquellas no incluye únicamente el fallo, sino también los fundamentos jurídicos, ya que en ellos no solo se explica, motivan y justifican las medidas adoptadas, sino que en muchos casos se señalan los criterios a seguir para el cumplimiento de la sentencia.

En ese sentido, el valor vinculante de la sentencia no se limita al fallo sino que se extiende a los fundamentos jurídicos. Asimismo, las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de unos casos concretos proyectan un efecto irradior sobre los demás Estados, los cuales, sin haber sido parte en el proceso, se ven obligados a cumplir con lo establecido en dicha jurisprudencia, muy especialmente en los fundamentos jurídicos. Ello se debe a que en tales fundamentos jurídicos se expresan determinados principios y criterios a seguir que deben ser acatados por todos los demás Estados partes de la Convención Americana de Derechos Humanos.

De esta manera, si la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado en su sentencia que una conducta es incompatible con las previsiones del Convenio, ello deberá afectar, y ser aceptado por todos los demás Estados. Igual sucede si se ha realizado una interpretación de un derecho, sus formas de ejercicio, sus mecanismos de garantía, o se ha referido sobre el contenido y alcances de alguno de sus límites, todo lo cual implica que los Estados deberán modificar las leyes internas, sus resoluciones judiciales, sus prácticas administrativas, y todo ello aun cuando no hayan sido condenados, permitiendo con ello armonizar un estándar mínimo de protección y garantía de los derechos humanos en el ámbito interamericano.

Por otro lado, debe precisarse que la pareja homosexual puede optar por contraer matrimonio o por convivir de manera estable sin contraerlo, como puede hacerlo la pareja heterosexual.

Contra la posibilidad del matrimonio homosexual se sostiene que el matrimonio heterosexual es un concepto antropológico, un dato

⁴² Esto significa que se puede invocar ante los tribunales nacionales, con carácter de obligatoriedad, las interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De acuerdo con ello, todas las disposiciones de la Constitución deben ser leídas a la luz de la interpretación de los tratados de derechos humanos que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

de la realidad, por lo que sería contrario a la naturaleza el matrimonio homosexual.

Pero a ello cabe contestar que el matrimonio es una creación del hombre, un producto de la cultura. Tras siglos de endogamia y luego de exogamia, la familia evolucionó hacia la monogamia por razones de diverso índole: lograr un orden en las relaciones sexuales, el cuidado de los hijos y los ancianos, necesidades económicas (el culto de los dioses del hogar), y así se afirmaron los lazos espirituales de la pareja. Con el correr del tiempo, la pareja se institucionalizó en el matrimonio.

El carácter de creación cultural del hombre que corresponde al matrimonio determina, por ejemplo, que si bien en la mayor parte del mundo una de las notas del matrimonio es la singularidad, excluyente de otra relación simultánea de la pareja, en los países islámicos no es posible invocar este concepto, ya que un hombre puede sostener hasta cuatro matrimonios simultáneamente.

Esto tiende a demostrar que los conceptos culturales y las definiciones consiguientes pueden variar, no son inmutables, porque son creaciones del hombre, no de Dios ni de la naturaleza, y como tales se pueden adecuar a las necesidades y variaciones que la realidad impone a través del tiempo y las diferentes culturas.

De esta manera, desde esta perspectiva, la objeción se reduciría al nombre, «matrimonio», y no al contenido de la institución. Se sostiene que el matrimonio homosexual es contrario a la finalidad esencial del matrimonio, como es la procreación, o como también se ha dicho, contrario a la naturaleza humana, dado que obsta al uso natural de los órganos sexuales porque impide el cumplimiento de su finalidad natural —la procreación— necesaria para la supervivencia de la especie humana.

Ante tal afirmación se debe recordar que, si bien el Código de Derecho Canónico de 1917 establecía entre los fines primarios del matrimonio la procreación, y el Código de 1983 que lo modificó no lo contradice, con sus consecuencias respecto de causales de nulidad del matrimonio, este no es el criterio jurídico admitido en las legislaciones de Occidente, incluido nuestro país.

A diferencia de lo que sucede en el derecho canónico, no es posible demandar la nulidad del matrimonio por la esterilidad o impotencia *generandi* de un cónyuge, aunque sí en caso de impotencia de uno de los cónyuges que impida absolutamente las relaciones sexuales entre ellos (artículo 277, inciso 7, del Código Civil).

Si el hecho de no poder procrear la pareja homosexual fuera razón suficiente para impedir su matrimonio, también podría sostenerse

EL MODELO
DE FAMILIA
GARANTIZADO
EN LA
CONSTITUCIÓN
DE 1993

FAMILY MODEL
GUARANTEED
IN 1993
CONSTITUTION

la prohibición del matrimonio de quienes por razones físicas o de avanzada edad no pueden procrear, no obstante ser de distinto sexo.

Por cierto, los órganos sexuales son instrumentos de la procreación, pero además, cumplen la función de dar satisfacción al natural impulso sexual. Y esto también forma parte de los derechos atinentes a la condición humana.

En el caso de los homosexuales que sienten el deseo y la necesidad de dar estabilidad a su vida mediante la constitución de una pareja permanente, el matrimonio es para ellos el modo de dar singularidad, regularidad y orden a su vida espiritual, conforme a la muy humana necesidad que todo individuo siente de no vivir en soledad, y también al natural impulso amoroso y sexual que, en su caso, se orienta hacia personas del mismo sexo, por más que no puedan procrear. Ello sin perjuicio de que la pareja homosexual pueda optar por convivir de manera estable sin contraer matrimonio, como puede hacerlo la pareja heterosexual.

Se agrega como argumento contra la admisión del matrimonio homosexual la vulneración de diversos tratados de derechos humanos. En tal sentido se señala, por ejemplo, que el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, establece que «los hombres y las mujeres, a partir de la edad nubil, tienen derecho sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia».

También se cita el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que contiene expresiones similares al antes transcripto y los diversos tratados internacionales que aseguran al «hombre y a la mujer» el derecho a casarse. Y de ello se deduce que dichos tratados, con jerarquía constitucional, establecen sin lugar para la duda que el matrimonio debe ser celebrado entre un hombre y una mujer.

Pero respecto de la interpretación gramatical se advierte que los tratados no establecen el derecho de casarse a «un hombre con una mujer», redacción que habría excluido de su esfera de protección al matrimonio homosexual, sino que garantizan tanto a los hombres como a las mujeres su derecho a contraer matrimonio, obviamente conforme a los requisitos que establece la ley de cada país, y ello puede ocurrir entre personas de distinto o del mismo sexo.

Además, cabe señalar que los tratados incorporados por el artículo 55 de nuestra Constitución son anteriores a la primera ley dictada en el mundo (Holanda, 2000) autorizando el matrimonio homosexual, y también son anteriores al planteamiento y desarrollo del debate sobre la admisibilidad del matrimonio homosexual.

Ello conduce a advertir que no es acertado descartar dicha admisibilidad sobre la base de expresiones de determinadas convenciones que no establecen prohibiciones expressas respecto del entonces inexistente matrimonio homosexual, sino que simplemente aluden a la igualdad de derechos «del hombre y la mujer».

No parece de adecuada hermenéutica extraer de afirmaciones sobre la igualdad de derechos en el matrimonio, una conclusión contraria a la posibilidad de legislar sobre el matrimonio homosexual, inexistente en el mundo al tiempo de instrumentarse dichas convenciones.

Realizado este necesario deslinde, los elementos del nuevo modelo constitucional de familia quedan referidos a un tipo de convivencia duradera, exclusiva y excluyente, en la que sea indiferente el sexo de los convivientes y que se sustente en una comunidad de vida, de afectos, de responsabilidades, diferenciándose la convivencia heterosexual de la homosexual por la aptitud para la procreación⁴³.

IV. COLOFÓN

Lo que llamamos «familia» ha experimentado una transformación profunda a través de la historia que la hace irreconocible y la muestra en toda su realidad relativa y precaria, impotente para el cumplimiento de muchas de las funciones que tradicionalmente se le asignaron.

Sin embargo, sobre las bases expuestas y a la luz de los derechos humanos reconocidos en el ámbito interno y en el contexto internacional, se puede señalar que una familia resulta digna de protección y promoción por parte del Estado cuando es posible verificar la existencia de un

43 De manera coincidente, Julio V. Gavidia Sánchez señala que «para que una unión pueda ser considerada generadora de relaciones jurídicas familiares, considero que ha de consistir en una comunidad de vida exclusiva y duradera, con cuidados y responsabilidades recíprocos, que vayan más allá del hecho de compartir un mismo hogar y unos gastos o tareas domésticas, con independencia del sexo, de la orientación sexual y de que mantengan o no sus integrantes relaciones sexuales entre sí». En Julio V. GAVIDIA SÁNCHEZ, «Uniones homosexuales y concepto constitucional de matrimonio». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 21, 61 (enero-abril 2001), p. 11. Es de similar criterio María Berenice Díaz cuando expone que «aunque haya llegado la Constitución, con aires de modernidad, a otorgar la protección del Estado a la familia, independientemente de la celebración del matrimonio, siguió ignorando la existencia de entidades familiares formadas por personas del mismo sexo. Actualmente, no se define más a la familia por el acaecimiento del matrimonio. La existencia de prole no es esencial para que la convivencia merezca reconocimiento, de manera que la protección constitucional es otorgada también a las familias monoparentales. Si la prole o la capacidad procreadora no son esenciales para que la convivencia de dos personas merezca la protección legal, no cabe dejar fuera del concepto de familia a las relaciones homoafectivas [...] Es indispensable que se reconozca que los vínculos homoafectivos —mucho más que las simples y esporádicas relaciones homosexuales— configuran una categoría social que ya no puede ser discriminada o marginada por el perjuicio. Es la hora de que el Estado, que se dice democrático y que consagra como principio mayor el respeto de la dignidad de la persona, pase a reconocer que todos los ciudadanos disponen del derecho individual a la libertad, del derecho social de elección y del derecho humano a la felicidad». En *Uniones homoafectivas. Actualidad jurídica*. Tomo 122, enero 2004. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 27-28.

vínculo afectivo perdurable que diseña un proyecto biográfico conjunto en los aspectos materiales y afectivos.

Ello no significa que todas las formas de vivir en familia vayan a gozar del mismo grado de cobertura legal, pero sí debe traducirse en la existencia de un piso mínimo de protección signado por el reconocimiento de los derechos humanos, piso que no puede ser desconocido por ningún orden jurídico infraconstitucional.

Los lazos afectivos y los proyectos de vida se basan en la tolerancia y el pluralismo. Desde esta plataforma normativa, es de esperar que los operadores del derecho de familia insuflen vida a una dimensión sociológica que coloca al hombre, a la mujer y a los niños en el centro de protección y desarrollo, generando soluciones jurídicas que no cierren los ojos ante la realidad social.

Recibido: 23/07/2013

Aprobado: 22/08/2013