



FACULTAD DE DERECHO  
SECCIÓN DE POSGRADO

**EL CONCEPTO DE FAMILIA EN EL ORDENAMIENTO  
JURÍDICO PERUANO: PROPUESTA A PARTIR DEL  
DERECHO INTERNACIONAL DE LOS**

**DERECHOS HUMANOS**

**PRESENTADA POR  
RAQUEL PRISCA MONTES BRAVO**

**ASESORA  
ROXANA MARINA CORTINA MENDOZA**

**TESIS  
PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRA EN  
DERECHO CONSTITUCIONAL**

**LIMA – PERÚ  
2020**



**CC BY-NC-SA**

**Reconocimiento – No comercial – Compartir igual**

El autor permite transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra con fines no comerciales, siempre y cuando se reconozca la autoría y las nuevas creaciones estén bajo una licencia con los mismos términos.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



**POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO**

**" EL CONCEPTO DE FAMILIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO  
PERUANO: PROPUESTA A PARTIR DEL DERECHO  
INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS "**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRA EN  
DERECHO CONSTITUCIONAL**

**PRESENTADO POR:**

**RAQUEL PRISCA MONTES BRAVO**

**ASESORA:**

**MG. ROXANA MARINA CORTINA MENDOZA**

**LIMA, PERÚ**

**2020**

**La presente tesis está dedicada, a mis padres Domingo y Berta por su apoyo incondicional y su amor, a mi esposo Rosalio e hijo Andrés, por su cariño y paciencia.**

# ÍNDICE

## Tabla de contenido

Resumen.....	5
Abstract .....	6
INTRODUCCIÓN .....	7
CAPITULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	8
1.1 DESCRIPCIÓN DE LA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA .....	8
1.2 FORMULACION DEL PROBLEMA.....	10
1.2.1 PROBLEMA GENERAL.....	10
1.2.1 PROBLEMA ESPECÍFICO.....	11
1.3 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN .....	11
1.3.1 OBJETIVO GENERAL .....	11
1.3.2 OBJETO ESPECÍFICO .....	12
1.4 HIPÓTESIS .....	12
1.4.1 Hipótesis General .....	12
1.4.2 Hipótesis Derivada.....	13
1.5 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN .....	13
1.4.1 Importancia de la Investigación .....	13
1.6 VIABILIDAD DE LA INVESTIGACIÓN.....	14
1.7 LIMITACIONES DE ESTUDIO .....	15
CAPITULO II: MARCO TEÓRICO .....	16
2.1 Antecedentes de la Investigación .....	16
2.2 BASES TEÓRICAS.....	25
2.3 EL CONCEPTO DE FAMILIA .....	25
2.3.1 Origen y evolución de la familia .....	25
2.3.2 La familia como instituto jurídico .....	35
2.3.3 Tipología y funciones de la familia.....	36
2.3.4 Concepto de familia desarrollado por el Tribunal Constitucional y por el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos .....	39
2.4 EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA.....	46

2.4.1 La protección de la familia como garantía constitucional.....	46
2.4.2 Estado social de Derecho y su impacto en la protección de la familia .....	48
2.4.3 El desarrollo de la bioética y su repercusión en la protección de la familia. ....	51
2.5 MODELO DE FAMILIA EN LA CONSTITUCION Y EN EL CÓDIGO CIVIL.....	56
2.5.1 Modelo de familia reconocido en la Constitución Política de 1979 .....	56
2.5.2 Modelo de familia reconocido en la Constitución Política de 1993 .....	65
2.6 LA IMPORTANCIA DE LA FAMILIA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS .....	78
2.6.1 Los principios de universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos .....	78
2.6.2 La familia y el principio de dignidad humana .....	82
2.6.3 La familia y el principio - derecho de igualdad y no discriminación .....	84
2.6.4 La familia y el derecho a la vida privada y al libre desarrollo de la personalidad.....	85
2.6.5 Obligaciones internacionales de los Estados en materia de protección de la familia .....	89
2.6.6 El aporte al Derecho interno de los criterios jurisprudenciales desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de familia .....	92
CAPITULO III: DISEÑO METODOLOGICO.....	136
3.1 Diseño metodológico.....	136
3.2 Aspectos éticos .....	136
CAPITULO IV: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....	137
4.1 CONCLUSIONES .....	137
4.2 RECOMENDACIONES .....	140
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICA .....	142

## **Resumen**

La presente investigación tiene como objetivo determinar los alcances de la protección que debe dar el Estado a toda persona en su derecho a formar una familia y a ser parte de una familia.

En otras palabras, la investigación indicará la importancia de la familia, y como diversos países han buscado siempre la preservación de esta, teniendo en cuenta que, en algunas naciones, existe normas que limitan este derecho. Es por eso que mediante normas internacionales- aplicables a los países que pertenecientes a estos tratados o pactos- deben hacer prevalecer los derechos reconocidos en dicho pacto, porque de esta manera, se brindaría seguridad jurídica a todos los ciudadanos frente a un conflicto en normas y derechos que vulnere el Derecho a la Familia, su derecho a conformarla y de recibir de manera reciproca todos los derechos y obligaciones que de ella emane, es decir, su respectivo reconocimiento legal.

**Palabras Claves:** Familia, clases de familia, constitución, protección de familia, derechos humanos.

## **Abstract**

The objective of this research is to determine the scope of the protection that the State must give to every person in their right to form a family and to be part of a family.

In other words, the research will indicate the importance of the family, and as various countries have always sought to preserve it, taking into account that, in some nations, there are regulations that limit this right. That is why by means of international norms - applicable to the countries that belong to these treaties or pacts - they must make prevail the rights recognized in said pact, because in this way, legal security would be provided to all citizens in the face of a conflict in norms and rights that violate the Right to the Family, their right to conform it and to receive reciprocally all the rights and obligations that emanate from it, that is, their respective legal recognition.

**Key words:** Family, family classes, constitution, family protection, human rights

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo versa sobre la propuesta de un concepto de familia, basada en la legislación peruana y en los derechos humanos, protegidos por diversos tratados internacionales. Se analizará su origen, su evolución en la historia, siendo su aparición en la sociedad un evento natural, antes de contar con una existencia legal.

Así también, se analizará la importancia de la protección de la familia en nuestra legislación. Si realmente cumple el Estado su función protectora con cada integrante de la familia, así como una mirada desde la Bioética, que aporta nuevas formas de generación de vida y nos muestra diferentes formas de concebir a la familia.

Luego, se realizará una comparación entre las Constituciones de 1979 y 1993, a fin de observar las diferencias y distintas formas de definirla; su protección dada a la familia, así como también se señalará el tratamiento que se le dio a esta institución en el Código Civil.

Finalmente, en la última parte de la tesis se presentará, diferentes sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con respecto a temas de familia, sustentando la importancia de la familia para la protección de los derechos humanos, así también se mostrara el tratamiento que se le da en la Opinión Consultiva OC 24-17, emitida por la Corte IDH, y en diversas Observaciones Generales del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

## **CAPITULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

### **1.1 DESCRIPCIÓN DE LA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA**

El presente trabajo de investigación versará sobre una institución que tiene siglos de existencia: la familia. El concepto de familia comprende aspectos sociales, culturales y jurídicos establecidos para tratar de delimitarla, los cuales empero han sufrido modificaciones a lo largo del tiempo, sobre todo a partir del desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho constitucional.

Así, en la mayoría de los países, por la importancia que tiene la familia como instituto natural de la sociedad, ha surgido siempre la necesidad de conceptualizarla para protegerla y garantizar su vigencia a lo largo del tiempo. Ello debido a que, mediante la promoción de la existencia de la familia, se podrá establecer sociedades más estables en lo emocional, relacional o social y hasta en lo económico.

En la actualidad, la importancia de la familia reside en ser considerada un grupo de personas unido, no solamente por lazos de parentesco de sangre sino también de afinidad y afecto. Por ello, la necesidad e importancia de protegerla en nuestros tiempos, representa un desafío en diversos ámbitos del Derecho en relación con los alcances del concepto de familia. En efecto, se puede identificar que existen dificultades para establecer un concepto único de familia, es decir qué miembros pueden ser o son considerados miembros del grupo familiar, para efectos jurídicos.

La familia, a través del tiempo, y en tanto institución de siglos de existencia, ha servido de base para la formación de las primeras comunidades a nivel nacional y comparado. Sin embargo, los cambios sociales, políticos, económicos, culturales, e incluso tecnológicos, genera que la institución de la familia haya sufrido variaciones en su composición y sea necesario pensar continuamente en los tipos de familia y sobre el rol de la familia como instituto jurídico.

En tal medida, a fin de que la protección de la familia pueda permanecer en el tiempo, no solo como un concepto, o incluso una institución, sino como una forma de vida que comienza con un individuo que nace en una familia y se forma para ser parte de la sociedad y luego ese individuo comienza a formar su propia familia con sus valores, es necesario analizar si, actualmente, el marco jurídico peruano garantiza una debida protección a la familia. Ello, a partir de los principios de los derechos humanos y constitucionales desarrollados en los tratados de los que el Estado peruano es parte y de las sentencias emitidas por órganos jurisdiccionales supranacionales y nacionales.

El análisis se complementa con la identificación de los tipos de familia existentes en el Perú. Según el último censo, realizado por el INEI el 22 de octubre del año 2017, en el área urbana, a nivel nacional, se preguntó a la población el número de integrantes de la familia que vivía en una casa, pero no analizaba, por ejemplo, sobre cuántas familias en sí existían en dicho inmueble.

De esta manera, tomando como referencia los resultados obtenidos por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (en adelante, “INEI”) del censo realizado en el año 2007 en el que se sí se evaluaron las nuevas formaciones de familias. El total de

hogares en viviendas particulares con ocupantes presentes a nivel nacional ascendían a 6 millones 754 mil 74, dando como resultado: “Familia Nuclear 53,0 %, Familia Extendida 25,1 %, Familia Unipersonal 11,8 %, Familia Sin Núcleo 6,0 %, Familia Compuesta 4,2 %” (INEI, 2010). De esta manera, el INEI en el censo del 2007 denominado Tipos y Ciclos de Vida de los Hogares, 2007, se ha mostrado la diversa realidad nacional en términos de tipos de familia presentes en el Perú, y es necesario que se realice un nuevo censo en base a los tipos de familia existentes en la actualidad, debido a que hace más de diez años no se realiza una estadística al respecto. Todo ello revela, además, la relevancia no solamente jurídica sino también práctica del estudio a realizarse en la presente investigación.

## **1.2 FORMULACION DEL PROBLEMA**

### **1.2.1 PROBLEMA GENERAL:**

**¿Qué elementos y principios deben estar presentes en la determinación del concepto de familia?**

En primer lugar, es importante analizar qué se entiende por familia y se abordará las principales características que conforman el significado de la palabra familia, desde su origen y lo largo de la evolución histórica de esta institución.

En segundo lugar, se estudiará el aporte del Derecho internacional de los derechos humanos y de los principios constitucionales a una nueva determinación del concepto de familia. De esta manera, se analizará la

relación de la familia con los principios de dignidad humana e igualdad, así como con los derechos a la vida privada y libre desarrollo de la personalidad.

### **1.2.1 PROBLEMA ESPECÍFICO**

#### **¿Es posible establecer un concepto de familia?**

Después de establecer las características y cambios de la familia, debemos evaluar si se puede delimitar su significado, es decir, poder asignar un concepto único, pero que contengan todos los elementos y principios que hasta la fecha se conoce para describir qué se entiende por familia.

#### **¿Cuál es la relación entre el concepto de familia con la protección de la misma?**

Como se estableció en el párrafo anterior, es importante tratar de delimitar el concepto de familia, a fin de poder garantizar una debida protección de la misma y de sus miembros. Ello teniendo en cuenta que las personas que conforman algunos tipos de familia, tienen dificultades para ser reconocidos legalmente.

### **1.3 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **1.3.1 OBJETIVO GENERAL**

Determinar los alcances de la debida protección que debe dar el Estado a toda persona en su derecho a formar una familia y a ser parte de una familia.

La presente investigación versa sobre la importancia de definir y delimitar qué es la familia, para así garantizar que las personas no sufran restricciones arbitrarias en su derecho a formar una familia y a recibir el correspondiente reconocimiento legal.

### **1.3.2 OBJETO ESPECÍFICO**

Analizar la relación de la protección de la familia con la realización de los principios de dignidad humana, igualdad y no discriminación, así como con los derechos a la vida privada y al libre desarrollo de la personalidad. Ello, sobre la base de los diversos tipos de familia que se han ido reconociendo a nivel jurídico, tales como las familias ensambladas o reconstituidas.

Proponer criterios y modificaciones legislativas que garanticen una debida protección de la familia por parte del Estado peruano. Con este objetivo se busca que se pueda brindar una protección amplia y debida a la familia y a sus integrantes.

## **1.4 HIPÓTESIS**

### **1.4.1 Hipótesis General**

El Estado peruano no garantiza una protección adecuada a la familia, en sus diversas tipologías, a partir de un enfoque de derechos humanos.

### **1.4.2 Hipótesis Derivada**

El establecimiento de un concepto restrictivo de familia constituye un factor de discriminación en la sociedad peruana.

## **1.5 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.4.1 Importancia de la Investigación**

La presente investigación es importante porque trata de desarrollar un concepto de familia a partir de los principios constitucionales y de los derechos humanos, que permita garantizar una protección mayor de los integrantes de la misma en el ordenamiento jurídico peruano, acorde con las obligaciones del Estado a nivel interamericano y universal. Ello, debido a que existen aún vacíos normativos e institucionales a fin de garantizar una protección efectiva a la familia.

La familia es el núcleo de la sociedad y, por lo tanto, debe ser adecuadamente protegida y garantizada su permanencia en el tiempo teniendo en cuenta los cambios históricos y sociales. Más aún, cuando se hace necesaria garantizar dicha protección en aplicación de principios fundamentales como el principio de igualdad y no discriminación.

La trascendencia de lo que significa la familia se basa también en las políticas públicas establecidas por los Estados. A manera de ejemplo, en el Acuerdo Nacional, el cual cuenta con veintinueve políticas de Estado, la Décimo Sexta

Política trata sobre el Fortalecimiento de la Familia, Protección y Promoción de la Niñez, la Adolescencia y la Juventud en los siguientes términos:

(...) comprometieron a fortalecer la familia como espacio fundamental del desarrollo integral de las personas, promoviendo el matrimonio y una comunidad familiar respetuosa de la dignidad y de los derechos de todos sus integrantes. Es política de Estado prevenir, sancionar y erradicar las diversas manifestaciones de violencia que se producen en las relaciones familiares. Nos proponemos, asimismo, garantizar el bienestar, el desarrollo integral y una vida digna para los niños, niñas, adolescentes y jóvenes, en especial de aquellos que se encuentran en situación de riesgo, pobreza y exclusión. Promoveremos espacios institucionales y entornos barriales que permitan la convivencia pacífica y la seguridad personal, así como una cultura de respeto a los valores morales, culturales y sociales” (el resaltado es propio) (Acuerdo Nacional, 2014).

## **1.6 VIABILIDAD DE LA INVESTIGACIÓN**

Conforme se expone, la investigación es viable debido a que se realiza un estudio doctrinario, jurisprudencial y legislativo sobre el concepto de familia, evaluando las diferentes formas de denominación o conceptualización a través del tiempo en nuestro país, valorando también los cambios políticos, sociales y culturales entorno a este tema y tomando en cuenta los cambios constitucionales introducidos por la Constitución de 1979 y la Constitución de 1993.

Así también, es viable debido a que un análisis sobre las diferentes normas legales sobre la materia contenida en el Código Civil, el Código de los Niños y Adolescentes, entre otras, a partir de las normas internacionales (tratados, declaraciones, jurisprudencia, observaciones generales, recomendaciones etc.), es factible, además de necesario.

De esta manera, se puede bien realizar un estudio amplio de todo lo recopilado, mediante el método deductivo (de lo general a lo particular), a fin de lograr una investigación ordenada, clara y rigurosa.

### **1.7 LIMITACIONES DE ESTUDIO**

Se puede establecer que no existen limitaciones en carácter de material bibliográfico para realizar la investigación, debido a que existen diferentes medios y recursos para establecer un análisis comparativo doctrinario, normativo y jurisprudencial respecto del tema de investigación.

Sin embargo, se puede establecer que existe una limitación en cuanto a la delimitación de un concepto de familia, al ser un término variable y en constante evolución en el tiempo, lo cual implica considerar, además, del enfoque de derechos humanos, un enfoque interdisciplinario, a fin de lograr mejores resultados en la investigación.

## **CAPITULO II: MARCO TEÓRICO**

### **2.1 Antecedentes de la Investigación**

- Muñoz Bonavic, Gabriel, (2014). Evolución del concepto de familia y su recepción en el ordenamiento jurídico. Chile. Facultad de Derecho la Universidad de Chile.

En la presente tesis se emiten como conclusiones:

“[...] En el orden judicial se reconoce que el matrimonio es la principal forma de composición o articulación de la familia, aunque dicha institución no produzca o genere descendencia, sin perjuicio de lo anterior, también se asigna tal carácter a las uniones de hecho, incluso a las compuestas por personas del mismo género, debiendo las diversas formas de manifestación recibir la protección en conformidad a la legislación vigente.

Por lo anterior cabe señalar que familia es un término evolutivo, que siempre generará controversia o acaloradas discusiones doctrinarias en moral legal, judicial, moral e incluso teologal, siendo el intérprete el llamado a expresar sus fuentes de composición, finalmente, a juicio del autor de este trabajo sólo resta indicar que familia es lo que un ser humano aspira íntimamente a formar en su vida, ya que el eje esencial de nuestra estructura social primaria e irreductible dependerá de la visión u óptica de cada sujeto, con independencia de las

denominaciones que puedan proporcionar los distintos estamentos de una sociedad”.

- López Lorca, Hortensia, (2005). Pautas de Transmisión de valores en el ámbito familiar. Murcia, España. Universidad de Murcia.

“Los padres utilizan distintas pautas de transmisión de valores en el ámbito familiar produciendo un escaso aprendizaje de los mismos en sus hijos. No siempre es correlativo el esfuerzo que los padres hacen en este sentido con la adecuada apropiación por parte de los hijos. Es decir, éstos manifiestan un escaso bagaje de valores, en particular del valor de responsabilidad hacia sí mismos y hacia los otros y lo otro.

La familia parece haber dado marcha atrás en la unión y la fidelidad entre los esposos así como en la exigencia para educar. La sociedad actual ha incrementado una filosofía del ego: individualista del bien común que lleva a desvalorizar la lealtad, la solidaridad, el respeto del entorno, la falta de compromiso, la trivialización de la responsabilidad, la confusión del deber con el placer (hacer lo que apetece); la falta de implicación padres- escuela, etc.”

- Carrillo Picazzo, Leticia Mirella, (2009). La familia, la autoestima y el fracaso escolar del adolescente. Granada, España. Universidad de Granada.

“En conclusión podríamos decir que la autoestima es la capacidad del individuo de quererse, de autoevaluarse, de auto aceptarse, de tener un alto concepto, de sí mismo. Pero la autoestima va más allá de todo eso, ella determina mucho más que un auto concepto o una aceptación porque la autoestima fija desde nuestro ánimo hacia los retos, hasta nuestro estado de salud, como también la comunicación que tengamos con nuestra pareja, la familia, los amigos entre muchos otros. Es importante que un individuo tenga sus metas claras, que va a hacer en su vida tanto de pareja como profesional, para que con la ayuda de la autoestima lograr alcanzarlas sin mayores dificultades.

Es importante que desde temprana edad, los padres de familia se involucren en la educación de sus hijos y se les inculque a los niños la autoestima, con herramientas necesarias, en valores, afecto, amor comprensión, apoyo, orientación, para ir forjando su personalidad e ir la adaptando y mejorando a través del tiempo para que sea un hombre/mujer con una personalidad bien definida capaz de realizar cualquier reto que se le presente y no estar supeditado a copiar personalidades de otras personas, comportamientos no adecuados de su personalidad.

Nuestra constitución no recoge un concepto de matrimonio, limitándose a establecer un mandato amplio de protección a la familia, grupo intermedio que debe ser, a su vez, entendido (sic) en términos amplios, acorde con las funciones

que desempeña en una sociedad pluralista y democrática como la chilena, cuya Constitución parte afirmado la igual dignidad de todas las personas.

Finalmente, la señalada discriminación no sólo tiene efectos en el ámbito simbólico. En nuestro ordenamiento, el matrimonio desarrolla sus consecuencias mucho más allá del ámbito de las relaciones familiares, siendo considerado en innumerables disposiciones como condición o preferencia para el goce de derechos.”

- UNICEF, UDELAR, (2003). Nuevas Formas de Familias, perspectivas nacionales e internacionales. Montevideo, Uruguay. Fondo de las Naciones Unidas para la infancia y la Universidad de la República.

“Sin embargo, la mayoría de las uniones consensuales responde al tipo de unión “libre”: caracterizadas por tener un hijo durante los primeros años de unión, sin matrimonio. Si bien comienza siendo una práctica extendida principalmente en los sectores populares, en las generaciones recientes habría aumentado también su incidencia en sectores medios, lo que estaría reflejando el cambio de las formas de vida en familia en sectores sociales cada vez más amplios.

No obstante, la consensualidad parecería responder también a formas de desigualdad social respecto a la garantía de los derechos sociales básicos, entre los que se encuentran la posibilidad de elegir libremente en qué momento formar

una familia. Aunque no sea posible obtener conclusiones definitivas a partir de estos datos, parece difícil rechazar totalmente la hipótesis de una relación positiva entre consensualidad y fecundidad no deseada para algunos sectores sociales, considerando el peso importante que adquieren las uniones consensuales próximas a un nacimiento (principalmente entre las uniones efímeras y entre las uniones libres). Debe tenerse en cuenta que el incremento de la consensualidad se da en un contexto caracterizado por la mayor precocidad y extensión de las relaciones sexuales prenupciales, sin un acceso generalizado a los recursos materiales y simbólicos que permitirían a las parejas planificar el calendario y la intensidad de su fecundidad (el número de hijos deseados en el momento deseado), y asegurar las condiciones que garanticen los derechos básicos de vida, tanto propios como de los hijos.”

- Huarcaya Gloria. (2011). La Familia Peruana En El Contexto Global. Impacto De La Estructura Familiar Y La Natalidad En La Economía Y El Mercado. Piura. Universidad de Piura.

“Por otro lado, la mayoría de las familias peruanas, especialmente las mujeres enfrentan el desafío de conciliar su vida familiar y laboral, evitando que cualquier desequilibrio afecte a una de estas dimensiones. La conciliación trabajo-familia no es una demanda exclusiva de países industrializados y según la OIT genera tensiones y enormes costos para las personas, las empresas y para la sociedad en

su conjunto en distintos continentes, y por lo tanto, - se demanda una urgente respuesta por parte de los Estados, en colaboración con los actores sociales -

Facilitar la conciliación desde el Estado y las empresas se traduce en la disposición, de parte del empleador, de algunas medidas flexibles de tiempo y espacio para cumplir el trabajo: las jornadas pueden reducirse proporcionalmente a la remuneración, el horario de entrada y salida puede variar según necesidades especiales, se podrían trabajar algunas horas desde casa, se podrían acumular horas para disponer de algún tiempo libre entre semana, etc.

En definitiva, son muchos y variados los frentes desde los que se puede aportar a la consolidación de una cultura familiar y matrimonial. En este sentido la familia no debe apreciarse sólo como un núcleo de parentesco y relaciones interpersonales, limitadas a una comunidad vital; sino como un agente activo del desarrollo social y económico, que realiza un aporte insustituible al desarrollo integral de los niños y adultos, y en definitiva, a la construcción del bien común.”

- Gonzales Reque, Gustavo Adolfo. (2015). La Necesidad De Regular El Deber De Asistencia Familiar Mutua y Los Derechos Sucesorios De La Familia Ensamblada En El Código Civil. Pimentel, Perú. Universidad Señor de Sipán.

“La necesidad de regular el deber de asistencia familiar mutua y los derechos sucesorios de la familia ensamblada en el Código Civil” persigue los siguientes

objetivos: Analizar específicamente la estructura, funcionamiento y relaciones interpersonales de las familias ensambladas; pues estas familias, como todas las familias; independientemente de su constitución son la base para el desarrollo psicológico, biológico y social de los niños y adolescentes. Señalar criterios doctrinarios y jurídicos asociados al ejercicio de la paternidad contemporánea que potencien en la dinámica interaccional de la familia post-separación conyugal, la construcción de un paradigma de familia ensamblada. La situación de la familia en el Ordenamiento Nacional que proteja los derechos y garantía que tanto los hijos afines como sus padres afines y la ausencia de una normativa adecuada justifican la realización de este trabajo investigativo...”.

- Huarcaya Gloria. (2013). Nuevos Rasgos En Las Familias De Latinoamérica: Los Efectos De Un Cambio Social Acelerado. Piura. Universidad de Piura.

“Si bien la decisión de formar un hogar corresponde a los adultos, no se puede minimizar el impacto que tiene la estructura familiar en el bienestar de los niños, a pesar de que exista escasa evidencia para esta región. Son abundantes las investigaciones sobre los beneficios diferenciales que ofrece una familia matrimonial intacta en las sociedades desarrolladas, especialmente en Estados Unidos. Los niños que provienen de este tipo de hogares tienen mayores posibilidades de convertirse en adultos productivos y bien integrados a su comunidad.

Respecto a Latinoamérica, los interrogantes que esta nueva fotografía demográfica y familiar suscita resultan muy complejos. No se conoce a fondo el perjuicio en el capital humano y social que produce la inestabilidad familiar. Algunos investigadores han identificado sus relaciones con los logros educativos de los niños y la desigualdad socioeconómica; aunque persisten temas pendientes de especial urgencia, como la conexión que podría existir entre la violencia familiar y la alarmante delincuencia.”

- Bohorques Mamani Giovanna Jimena. (2011). Inclusión Al Código Niño, Niña y Adolescente De Las Adopciones Internacionales Para Familias Monoparentales. La Paz, Bolivia. Universidad Mayor de San Andrés.

“La figura de la adopción nacional o internacional a llegado a ser la única forma de restituir el sagrado derecho a la familia y también la última alternativa y oportunidad, para que nuestros niños no se encuentren en centros de acogida. Pero en nuestra sociedad antigua la adopción es un tabú, sigue existiendo el sensacionalismo y el desconocimiento de la adopción internacional y emiten juicios de valor donde se maneja este tema.

La adopción de familias monoparentales se base en el interés superior de los niños o niñas, más vale tener a un padre o una madre a no tener a nadie, y se a demostrado que los futuros padres o madres adoptivos gozan de una idoneidad reconocida y garantizada en su país de origen para ser padres adoptivos. Ellos

pueden proporcionarles un hogar estable y seguro donde reciba amor y cuidado personalizado, para que los niños se desarrollen en un ambiente familiar y acogedor y sean hombres y mujeres de bien.

Sin duda la figura de la adopción sea nacional o internacional a llegado a ser un componente social muy importante, y la solución a esta problemática para nuestra niñez abandonada.”

## 2.2 BASES TEÓRICAS.

### 2.3 EL CONCEPTO DE FAMILIA

#### 2.3.1 Origen y evolución de la familia

Para comenzar a abordar el tema de la familia es necesario conocer el origen etimológico de esta palabra, así como su evolución en las diferentes etapas del tiempo. Siendo ello así, la familia es muy extensa y variada en sus diferentes formas de manifestación en la sociedad y se configura como una institución.

Así, el reconocido jurista Héctor Cornejo Chávez, señala que la significación etimológica de la palabra familia es dudosa. En ese sentido, para algunos, se deriva de la palabra latina *fames*, “hambre” y alude al hecho que es en el seno del grupo doméstico donde el hombre satisface sus necesidades primarias (Taparelli). Para otros como (De Morante), deriva de la voz *famulus*, que significa siervo y hace referencia al hecho de que la familia romana incluía a personas de condición servil - esclavos clientes - o a que los miembros de ellas estaban servilmente sometidos a la autoridad del *pater*. (Cornejo Chávez, 1988)

Los significados etimológicos antes mencionados dan a conocer conceptos primarios, es decir básicos para determinar a la palabra familia. Al respecto Cornejo Chávez señala que el significado etimológico no es suficiente, sino que hay que entenderlo desde el punto de vista sociológico y jurídico:

“[...] Sociológicamente la familia ha sido considerada como una - convivencia querida por la naturaleza para los actos de la vida cotidiana - (Aristóteles). Jurídicamente, la

idea de familia puede ser concebida en diferentes sentidos, cada uno de los cuales tiene una importancia mayor o menor dentro del Derecho: teniendo un sentido amplio y restringido”. (Cornejo Chávez, 1988)

Se puede advertir de lo descrito anteriormente, que el jurista trata de formar un concepto de familia desde un origen etimológico, pero al no ser suficiente se recurrió a las concepciones desde el punto de vista sociológico y jurídico para complementar la idea de familia. Ello debido a que para determinar un concepto aproximado de la familia se observará la misma desde varias aristas, es decir, desde varias disciplinas y así se conseguirá una mejor forma de establecer el concepto de que es la familia. .

Hernán Corral señala que la familia tiene un origen etimológico incierto y que la primera teoría indica que la palabra familia procedería del idioma sánscrito, la lengua indoeuropea similar al latín y al griego en Europa. Algunos refieren su relación con los vocablos *dha* (asentar) y *dhaman* (asiento o morada), designándose a la casa doméstica, y en sentido específico, los bienes pertenecientes a esa morada, el patrimonio. (Corral Talciani, 2005)

El jurista Corral Talciani, al querer identificar su origen etimológico, encuentra que la palabra familia significa *asentar* y *morada*, indicando de esta manera que la familia debe permanecer en un lugar para ser considerada así. Con ello, se establece otra característica más de la institución de la familia.

Enrique Varsi Rospigliosi indica que la voz familia como tal la encontramos en la organización original romana y, con el tiempo, esta fue rediseñándose, amoldándose a las nuevas exigencias:

“Familia iure proprio la familia romana era regida por el pater familias que, como jefe, sacerdote y juez tenía la plena disposición sobre los bienes y las personas bajo su autoridad [...] Dueño y señor, su capacidad de disposición era absoluta y todo lo que estaba bajo su poder tenía la calidad de objetos tesis confirmada con el origen del término familia. Era una familia jerarquizada. Este sistema familiar se basaba en una familia normalizada conforme a la ley de la desigualdad donde eran excluidos los que no tenían utilidad alguna para el sistema. Tal es el caso de las mujeres consideradas discapacitadas. Podemos decir que la familia se estableció en un padrón social de intereses dominantes, siendo de importancia, solo los intereses del pater familias”.

(Varsi Rospigliosi, Tratado de Derecho de Familia, 2011)

Por su parte, Pontes de Miranda constataba la variedad de acepciones de la palabra familia en el Derecho Peruano dentro de la que destaca, en sus comienzos, la relación con las cosas a fin de designar el conjunto de bienes, vale decir el patrimonio o la totalidad de esclavos pertenecientes al señor (el señor se dice al dueño no solamente de las cosas sino también de las personas que tienen a su cargo como esclavos). (Miranda Pontes de, 2000, pág. 203)

Fue con el aquilatamiento de los derechos de la persona y su diferenciación con las cosas lo que permite la aparición del término *res familiaris* que se refería a las propiedades de un sujeto, todo lo referido a sus bienes, destinando el término familia exclusivamente para las relaciones humanas: familia *iure comuni*. Con el tiempo se sumaron a la familia otros integrantes, estrechamente vinculados al *pater*, presentándose como una institución más natural. (Varsi Rospigliosi, Tratado de Derecho de Familia, 2011, pág. 15).

(Varsi Rospigliosi, 2011) Señala a la familia como una institución más natural, al afirmar: “la familia brota espontáneamente de los hábitos humanos”. (pág. 12). En suma, el vínculo que une a las personas se da por una conducta regular de interrelación de convivencia, por diferentes motivos, es decir, por necesidad de compañía, supervivencia, entre otras.

El jurista Rolando Peralta Andía, divide la evolución histórica de la familia en 5 etapas (Peralta Andía , 1993):

**a) Derecho primitivo:**

- La teoría evolucionista clásica sostiene que la primera etapa de interrelación privada del hombre es la del *vagus concubitus* o de la promiscuidad sexual, que estuvo caracterizada por un hetairismo tal que, varón y mujer, satisfacían sus apetencias sexuales con la misma naturalidad con que ahora se satisface el hambre. La segunda etapa de la de *voubeergende paarung* o del emparejamiento transitorio se distingue de la anterior porque en esta surge la forma más elemental

de organización humana caracterizada por la unión de madre y el hijo. El padre estuvo excluido de la relación paterno filial, en tanto la relación madre e hijo solo duraba hasta el destete. El matriarcado viene a ser la tercera etapa, la que se peculiariza no sólo porque la mujer juega un papel importante en la economía social, sino por el surgimiento de la ginococracia, el establecimiento de la poliandria y la determinación del parentesco uterino. Mucho tiempo después aparece el patriarcado.

- La teoría evolucionista moderna se encarga de presentar otro proceso distinto. Así, comienza aceptando las etapas de la promiscuidad sexual y la del emparejamiento transitorio, para luego dar cabida a otros tipos familiares como la consanguínea, la punalúa, la sindiásmica y la monogámica. En la familia consanguínea los grupos conyugales se clasifican por generaciones: abuelos y abuelas, padres y madres, hijos e hijas, nietos y nietas, donde todos son maridos y mujeres a la vez, excepto los padres e hijos que están excluidos de las relaciones sexuales. La familia punalúa, que es solo una derivación de la familia consanguínea con la diferencia de que los hombres de una agrupación punalúa se unen con mujeres de otro grupo. En la familia sindiásmica, el varón asume la función gobernante sobre la mujer, los hijos y el patrimonio, así como la práctica de la poligamia o poliginia, en la que opta por una pareja favorita sin perjuicio de tener varias mujeres.

#### **b) Derecho Antiguo:**

El pueblo hebreo, mentor del cristianismo se basa inicialmente en la poligamia, estableciendo con posterioridad la monogamia y el derecho de repudio previsto en la ley mosaica. Así, los griegos consideraban a la mujer como un ser inferior al varón. En ese sentido, el matrimonio fue utilizado como un medio para hacer arreglos políticos en la mayoría de los casos con sentido de comercio, al extremo de venderse a la mujer desde temprana edad. Los hijos no tenían derecho a formar patrimonio propio, pero competían entre los que tenían la condición de legítimos y los ilegítimos.

En el Derecho Romano, la familia o *domus* era la cédula social o la base del Estado, la que estuvo organizada en dos sentidos:

- La cognada integrada por personas unidas por vínculos consanguíneos o de parentesco y,
- La agnada, por personas ligadas entre sí por el parentesco civil.

El matrimonio tuvo carácter monogámico, en varias formas: la *conferratio*, la *coemptio*, el *usus* y el matrimonio *sine manus*. La fuente principal de esta autoridad - *pater familias* se hallaba en la *justae nuptiae* o matrimonio legítimo

### **c) Derecho Medieval**

La familia en esta etapa se funda en la más completa desigualdad y en el predominio del sexo masculino derivado de la propiedad privada. El matrimonio solía ser un acto político, un procedimiento para extender sus dominios mediante la alianza matrimonial. Así, la iglesia introduce el carácter sacramental del

matrimonio y la concepción de su indisolubilidad, fortalece el parentesco espiritual con la administración del bautismo y la confirmación. Por consiguiente, su influencia sirvió para moderar la autoridad despótica del padre.

#### **d) Derecho Moderno:**

La familia se cimienta sobre la unión monogámica con posibilidad de elegir al cónyuge partiendo de la inclinación mutua, porque como resabio de épocas pasadas lo más importante para los pretendientes es el origen la fortuna, la herencia, la religión, excepcionalmente, el amor. La influencia del capitalismo en la vida familiar frecuentemente condena al obrero a no poder formar una familia o a no formarla y vivir en la estrechez, los hijos se venden a las fábricas y las mujeres, al incorporarse a la producción, se ven imposibilitadas de cumplir con sus obligaciones familiares. Engles escribe - que esta incorporación, a pesar de ser un fenómeno progresivo, conduce constantemente a que un hombre sea despedido de su trabajo, mientras que la mujer se convierte en el sostén de la familia, absurda situación que tiene como secuelas inevitables, según señala, el adulterio y la prostitución.

De lo descrito líneas arriba, la afirmación de Engles, refiere que cuando el hombre no realiza ningún trabajo, la mujer se convierte en el sostén del hogar, pero esta situación acaecida en el hogar por diferentes motivos, trae consigo – según el Filósofo Engles- que la mujer mantiene el hogar realizando labores de prostitución, aseveración que se

da de una época vetusta y claramente equivocada, resultando denigrante para una mujer en la actualidad.

#### **e) Derecho Contemporáneo**

Los filósofos del siglo XVIII proponían la libertad, la igualdad y la fraternidad. Sin embargo, el Código de Napoleón consagraba la preminencia del esposo, la subordinación de la esposa y la desigualdad de los derechos de los hijos. Su influencia repercutió en la mayor parte de los códigos civiles del mundo.

Como se puede apreciar de los párrafos anteriores, la cronología realizada por Peralta Andía, muestra la evolución de la familia desde sus orígenes como grupos unidos por una necesidad básica como es el hambre o la necesidad de sobrevivir y protegerse andando en grupos, como la etapa en que se extendía la familia por efecto de la promiscuidad, hasta el período en el que se consideraba a la mujer para conformar una familia como un objeto más y la necesidad de unirse a ella sólo por cuestiones patrimoniales o políticas.

Y, en la etapa contemporánea, aún existe sujeción de la mujer al varón y desigualdad entre los hijos en función a su nacimiento dentro o fuera del matrimonio. En este contexto, subsisten aun en el país normas discriminatorias, carentes muchas veces de un análisis de la realidad y de las transformaciones sociales.

Es así como podríamos intentar plantear un concepto dinámico del concepto de familia que agrupe cada elemento variable que compone el término familia, pero, ello también implica la necesidad de determinar la finalidad de la misma.

El concepto clásico de familia es la unión de dos o más personas unidas por vínculos de consanguinidad y/o afinidad, que viven bajo el mismo techo para prodigarse amor, respecto y protección. Este concepto ha variado conforme los cambios sociales que se van dando de acuerdo con la necesidad de proteger a la familia en toda su amplitud de conceptualización, debido a que la familia ya no solo es nuclear sino extensiva, ensamblada, adoptiva, tipos de familia que se explicara más adelante.

De nuestra realidad, se evidencia que el Estado establece la protección de la institución de la familia consagrada en la misma Constitución Política, a la cual señala como institución natural y básica de la sociedad. Corresponde analizar si esta definición establece límites en el concepto de familia. Asimismo, es importante analizar si ello se efectiviza debidamente en la realidad, es decir, si la protege con los medios jurídicos existentes.

Al respecto James Volbrach, escritor y formador en educación señala: “Cuando sus personas se transformaron, sus familias quedaron bien organizadas. Cuando sus familias quedaron bien organizadas, sus estados fueron bien gobernados” citado en (Diego Bautista, 2019, pág. 17). Es así, que el desarrollo de un Estado se puede medir a través de sus gobernados, observando su educación, valores éticos, morales como

la solidaridad, honradez, lealtad, amistad y el respeto entre otros, es decir, el trato igualitario sin discriminación con sus semejantes. De esta manera, se ve reflejada la intervención del Estado en la población, cuando tutela a la familia como la institución básica que forma a los integrantes de una comunidad para que sean ciudadanos del mañana, por lo que debe ser protegida hoy.

De esta manera, tratando de definir a la familia y su importancia en la sociedad, esta debe ser protegida, a fin de incluir a aquellos grupos de personas que no se encuentren dentro del alcance de la protección del Estado.

En Colombia, en la sentencia T-523, de fecha 18 de setiembre de 1992, se han realizado varias reflexiones sobre la consagración constitucional de la familia y se establece que: “la idea de que la familia es el ambiente y el paradigma de relación social primaria más adecuada para el desarrollo humano, por lo cual el Estado debe brindarle toda su protección [...] a) No existe en Colombia un tipo único de familia, sino un pluralismo en los vínculos que lo originan. [...]”. Así, en Colombia, como en otros países de Latinoamérica, se establece en sus Constitución la protección a la familia. Donde se precisa que esta es el ambiente más adecuado para el desarrollo humano. Asimismo, señala que no existe un tipo único de familia, por lo que se puede concluir que así también cada país entiende la complejidad de esta institución y considera que no se puede establecer un solo tipo de familia, porque conforme los acontecimientos y cambios sociales y políticos, cada estructura establecida en una sociedad está sujeta a variaciones a lo largo del tiempo.

Es así que el fortalecimiento de la unidad familiar entraña la existencia de una educación de valores dentro del hogar para consolidar así los lazos de hermandad, solidaridad, respeto, ayuda mutua, que determina la unión entre los integrantes de la familia. Al respecto, (Parra Benítez, 1995, pág. 126) señala lo siguiente: “...es perfectamente claro que la unidad familiar significa estabilidad y armonía, así no exista convivencia entre los miembros de la familia.”

### **2.3.2 La familia como instituto jurídico.**

La conformación de la sociedad a través del tiempo se ha basado en la unión de grupos, siendo la principal, la del grupo familiar. Así, es necesario reconocer su importancia en el tiempo y tener en cuenta que una sociedad no puede existir sin la familia al ser uno de los institutos jurídicos más notables en la misma. En efecto, a través de ella:

“la comunidad no sólo se provee de sus miembros, sino que se encarga de prepararlos para que cumplan satisfactoriamente el papel social que les corresponde. Es el canal primario para la transmisión de los valores y tradiciones de una generación a otra” (Gustavikno P.E., 1987)

De esta manera, la familia presenta una naturaleza jurídica mixta, debido a que la misma parte del derecho privado por las relaciones de las personas en su ámbito

privado (contratos u otras formas de manifestación de voluntad). Asimismo, al ser el matrimonio una manifestación de voluntad de las partes, es en sí un contrato, mediante el cual se generan derechos y obligaciones mutuas, pero para que tenga esavalidez legal les asiste el representante de una institución pública como es el alcalde de la Municipalidad. Es así igual en la familia, se unen las personas para lograr determinados fines, pero cuando están se encuentran menoscabados acuden a las instituciones públicas buscando protección o el cumplimiento debido de acuerdo a las normas existentes.

### **2.3.3 Tipología y funciones de la familia**

El Tribunal Constitucional, en la sentencia del Expediente N.º 09332-2006-PA/TC Lima de Reynaldo Armando Shols Pérez, señala:

“En realidad no existe un acuerdo en doctrina sobre el nomen iuris de esta organización familiar, utilizándose diversas denominaciones tales como familias ensambladas, reconstruidas, reconstituidas, recompuestas, familias de segundas nupcias o familiastras. Son familias que se conforman a partir de la viudez o el divorcio. Esta nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso. Así, la familia ensamblada puede definirse como “la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa”.

De esta manera, se establece que no existe solamente un tipo de familia, sino que conforme a los cambios sociales que afectan a sus miembros, la familia puede variar su tipología. Así, antes era solamente reconocida legal y socialmente el tipo de familia básica o nuclear, conformado por la madre, el padre e hijos; llegando a verse socialmente negativo e incluso realizar críticas menoscabando la dignidad de las personas, cuando solo la familia lo conformaba uno de los padres y los hijos.

En la actualidad, de acuerdo con las transformaciones sociales, la forma básica de la familia ha sufrido cambios creándose varios tipos de familia, que según cada autor puede ir modificándose, proponemos una tipología utilizada en el censo realizada por el INEI del año 2007 – Tipos y ciclos de vida de los hogares y en el último censo también elaborado por el INEI del 2017- Perú sociodemográfico en la cual señala como tipos de hogares:

**a) Familia nuclear:** Está formada por padre, madre e hijos, es la típica familia clásica, que la mayoría de las personas en la sociedad peruana aún mantiene, e incluso en departamentos del interior del país aún mantiene esta forma de unión familiar. Así, poseen núcleo conyugal completo o incompleto e hijos. Las familias nucleares suelen subdividirse en biparentales sin hijos, biparentales con hijos, monoparentales con jefe hombre, monoparentales con jefe mujer.

**b) Familia monoparental:** Sólo hay un padre o madre e hijos o hijas y, se produce por la desintegración de la familia, ya sea por la muerte de uno de los

padres o el alejamiento voluntario o no del mismo. Por ejemplo, el abandono injustificado del hogar o el alejamiento por trabajo en zonas apartadas a su domicilio conyugal

**c) Familia extendida:** Este tipo de familias presentan un núcleo conyugal completo o incompleto más otros parientes. No hay presencia de miembros no parientes del “jefe del hogar”.

**d) Familia ensamblada:** Presenta un núcleo conyugal completo o incompleto, puede tener o no otros parientes del “jefe de hogar”, y tiene otros miembros no parientes del “jefe de hogar”. Es la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa. Se puede apreciar el aumento de matrimonios divorciados o uniones de hecho separados que hace presente la existencia creciente de familias reconstituidas o ensambladas al presentar cada padre o madre que se une con sus hijos anteriores a la nueva relación.

Asimismo, se reconocen las siguientes clasificaciones:

**a) Hogar unipersonal:** Se forma por una sola persona.

**b) Hogar sin núcleo conyugal:** No se conforma con un núcleo conyugal, con presencia de otros parientes del jefe de hogar y/o no parientes del jefe de hogar. Este tipo de hogar se conforma por dos personas o más.

En realidad, no se puede hablar o delimitar e de manera exhaustiva los tipos de familia, debido a que existe multiplicidad de denominaciones o variaciones de los tipos de familia, tanto a nivel nacional como internacional. Los tipos de familia son en todo caso reconocidos por cada Estado según sus costumbres o estudios y propuestas realizadas por los expertos en la materia.

#### **2.3.4 Concepto de familia desarrollado por el Tribunal Constitucional y por el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos**

El Tribunal Constitucional peruano tiene la labor fundamental de hacer prevalecer la Constitución sobre toda norma de inferior jerarquía. De esta manera, cuando se presentan casos donde no existan normas específicas que regulen una determinada situación, es decir, que regule en un caso concreto, existe un vacío legal y debe darse una solución conforme a la Constitución.

Las normas legales interpretadas conforme a la Constitución es un principio que requiere ser aplicado a fin de no dejar de administrar justicia. Es así que, en el año 2003, comienza una situación problemática para la familia Shols Pérez compuesta por una pareja casada pero que en la que cada cónyuge tiene hijos de anteriores relaciones. Y el problema se da cuando acuden al Centro Naval y le otorgan un pase especial de invitada a la hija del anterior matrimonio (hijastra) debido a que sustentan que el carné es solo es para los hijos biológicos.

Es así que se origina un conflicto sobre el derecho fundamental a la igualdad de trato de los hijos, debido que los hijastros ya tienen formada una identidad familiar con la nueva

familia, debido a su interrelación diaria y dependencia afectiva. Por ello, se consideraba que este acto era discriminatorio y afectaba la unidad familiar.

Frente a ello, el Tribunal Constitucional emite la sentencia N°9332-2006-PA/TC, señalando en los fundamentos 6, 7 y 11 lo siguiente:

Fundamento 6: “[...] La acepción común del término familia lleva a que se le reconozca como aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo. Tradicionalmente, con ello se pretendía englobar a la familia nuclear, conformada por los padres y los hijos, que se encontraban bajo la autoridad de aquellos. Así, desde una perspectiva jurídica tradicional la familia “está formada por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco”.

Fundamento 7: “Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas.”

Fundamento 11: “No obstante, sobre la base de lo expuesto queda establecido que el hijastro forma parte de esta nueva estructura familiar, con eventuales derechos y

deberes especiales, no obstante, la patria potestad de los padres biológicos. No reconocer ello traería aparejada una afectación a la identidad de este nuevo núcleo familiar, lo que de hecho contraría lo dispuesto en la carta fundamental respecto de la protección que merece la familia como instituto jurídico constitucionalmente garantizado.”

En consecuencia, se aprecia en estos tres fundamentos extraídos de la sentencia, cómo el Tribunal Constitucional realiza un análisis desde el concepto básico de la familia, luego de su denominación como instituto natural y señala que por ser tal inevitablemente se encuentra sujeta a cambios sociales.

Y, partiendo desde la transformación de la sociedad, que hace su repercusión en la estructura o conformación de la familia, el Tribunal Constitucional señala que las nuevas estructuras familiares deben reconocerse debido a la afectación al derecho a la identidad al nuevo núcleo familiar y en relación fundamental con el derecho a la protección de la familia como garantía institucional que tutela en Estado mediante la Constitución.

Respecto de la unión de hecho, esta se entiende como la unión voluntaria y libre de dos personas (varón y mujer) libres de impedimento matrimonial para fundar o iniciar la familia, según este concepto se dice: “[...] La Constitución de 1993 optó expresamente por promover el modelo matrimonial, dicha promoción no puede traducirse en generar desventajas para las familias no fundadas en el matrimonio, porque esta se estaría yendo en contras del mandato de la protección.” (Shols Pérez, 2007)

De esta manera, las uniones de hecho son reconocidas en el Perú desde la Constitución de 1979. Sin embargo, los derechos que de él emanan siempre han sido menores que las protegidas en la institución jurídica del matrimonio.

Debido a ello, en nuestra realidad esta situación ha ido variando con la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional. Así, en el 2005 el Tribunal Constitucional emite una sentencia, la N° 03605-2005-AA/TC, caso Anaya Cruz, en los que no se reconocieron derechos como el de la pensión a los integrantes de la unión de hecho, pero se aceptó que, debido al transcurso del tiempo y los inevitables cambios sociales, el concepto de familia no es estático debe ser protegido en un Estado de Derecho Constitucional. De esta manera, en una siguiente sentencia (comentar el caso Rosas Domínguez, en el cual el TC reconoce el derecho a la pensión en caso de uniones de hecho).

Asimismo, en el I caso de Janet Rosas Domínguez, STC N°006572-2006-PA/TC – Piura; el Tribunal Constitucional reconoce el derecho a la pensión en las uniones de hecho, , en los siguientes términos:

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

**Fundamento 5:** “Fue el constitucionalismo de inicios del siglo XX el que por primera vez otorgó a la familia un lugar en las normas fundamentales de los

Estados. Precisamente fue la Constitución de Weimar (1919) en donde se reconoció expresamente el rol protector del Estado para con la Familia. Sin embargo, es de precisar que en aquella época se identificaba al matrimonio como único elemento creador de familia. Se trataba pues de un modelo de familia matrimonial, tradicional y nuclear, en donde el varón era "cabeza de familia" dedicado a cubrir los gastos familiares y la mujer realizaba necesariamente las labores del hogar. Dentro de esta tendencia de reconocimiento de protección de la familia, constituciones posteriores a la segunda guerra mundial fueron recogiendo de la institución, conceptuándola en muchos casos de manera muy similar”.

**Fundamento 7:** “...Así, la Constitución de 1979 reconoce por primera vez a nivel constitucional la unión de hecho. En la constituyente, se argumentó que tal incorporación se debió al reconocimiento de una realidad social que involucraba a un gran número de peruanas y peruanos. De otro lado, se anotó que al momento de la separación de las uniones libres se presentaban situaciones inicuas. Y es que en muchas ocasiones una de las partes -en su mayoría el varón- terminaba por apoderarse de los bienes adquiridos por la pareja durante la convivencia. Si bien, tal problemática ya había merecido la atención del órgano jurisdiccional, entendiendo que se estaba frente a un enriquecimiento ilícito, el constituyente de 1979 optó por reconocer esta figura a fin de brindar una solución a tal problemática. Razones similares justificaron que el constituyente de 1993 mantuviera la unión de hecho, por lo que se recogió en la Constitución vigente sin mayores modificaciones. Con este reconocimiento constitucional se legitiman

y se salvaguarda la dignidad de aquellas personas e habían optado por la convivencia. Asimismo, pasan a ser considerados familia, por consiguiente, merecedora de la protección del Estado”.

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

En consecuencia, en la Sentencia de Rosas Domínguez, se puede apreciar la figura de la convivencia, brindándole la protección debida, al sostener que por los cambios en la sociedad el matrimonio no es la única forma de generar una familia, sino también mediante la unión libre de un varón y una mujer. Así de esta manera, no solo se le reconoció la pensión de viudez, sino se dio una interpretación extensiva constitucional al artículo 53 del Decreto Ley 19990, reconociendo a la unión de hecho como una forma de familia.

Así, se puede observar cómo el Tribunal Constitucional desarrolla en sus sentencias la evolución del concepto de familia como institución natural entendiéndola que se encuentra sujeta a cambios sociales y que los medios jurídicos para protegerla deben ser modificados o interpretados conforme a la Constitución vigente. De esta manera,

se puede colegir que el concepto de familia debe ser dinámico para poder brindar la seguridad jurídica necesaria a toda clase de grupo familiar que surja en una sociedad.

## **2.4 EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA**

### **2.4.1 La protección de la familia como garantía constitucional**

Como se ha visto en el primer capítulo, se ha tratado de identificar el origen de la familia desde su idea primigenia al ser considerado – un grupo de personas que se une para cubrir sus necesidades básicas– para evolucionar hasta un concepto más amplio y dispuesto a transformarse dependiendo de la realidad cultural de cada país, esto significa que en la actualidad, la familia ya no es un simple conjunto de personas que se ayudan para sobrevivir, sino que también existen lazos emocionales, es decir, de cariño, amor, respeto que una a las personas y, por lo cual, se consideren familias no solo de sangre sino por afinidad.

Así, partiendo de la idea que el concepto de familia deba tener un componente afectivo, una vinculación que demuestre la cercanía entre las personas que la conforman. De allí se derivará también la necesidad de brindarse protección mutua, ya que suele existir la predisposición a cuidar a las personas consideradas como familia.

Según Marisol Fernández Revoredo:

“La cooperación, solidaridad y asistencia son lazos constitutivos de las familias, siendo su expresión jurídica más importante los llamados alimentos. Este

concepto involucra a un conjunto de necesidades humanas concretas, que se traducen en derechos individuales y que, según la regulación estatal, deben satisfacerse en el ámbito de determinadas relaciones familiares” (Fernández Revoredo, 2016)

Los llamados alimentos, dentro del derecho de familia, abarcan no solo un aspecto biológico para la existencia del ser humano, sino también comprenden significados más amplios, tales como salud, recreación, educación, entre otros. Es así, que el Estado despliega mecanismos, a través de varias entidades tales como por ejemplo el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, con su programas nacionales y el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, con el programa nacional contra la violencia familiar y sexual. De esta manera aborda el tema de la violencia familiar con campañas de prevención y ayuda legal, social para poder reducir el índice de violencia en los hogares.

En la actualidad, se puede apreciar, el aumento del índice de violencia contra la mujer por el estereotipo de género y parte de ese crecimiento en la estadística peruana se debe a la forma de crianza, con enseñanzas que todavía están ligadas al denominado “machismo” y a una vinculación de la mujer con determinados roles que debe cumplir en la casa (así por ejemplo, que desde niña haya sido formada para “servir” tanto a los integrantes del grupo familiar como a su marido una vez casada). Por ello, se espera un cambio en esta forma de manifestación de los roles en la familia por unos que impliquen la participación de todos. .

Conforme se ha expuesto líneas arriba, la forma de protección de la familia, realizada por el Estado, nos manifiesta la importancia de la institución, por lo que se le brinda mediante diversas normas y programas la ayuda necesaria para su conservación y preservación. Siendo ello así, forma parte de la protección conceptual de tal manera que abarque todos los aspectos cambiantes y de vital importancia para su subsistencia.

#### **2.4.2 Estado social de Derecho y su impacto en la protección de la familia**

La Constitución Política del Perú señala en su artículo 43 que: “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza el principio de la separación de poderes.”

Es así como, el artículo empieza definiendo al Perú como una república y como tal señala que es democrática, social, independiente y soberana. En esta parte, vamos a centrarnos en una de sus características, el componente social. Así, se considera al Perú como un Estado social de Derecho, es decir, que tiene como uno de sus fines garantizar las necesidades básicas de sus ciudadanos tales como: salud, alimentación, educación, entre otros.

Seguidamente, la Constitución Política del Perú de 1993, en el Capítulo II de los Derechos sociales y económicos señala la existencia de la protección a la familia y la promoción del matrimonio, que en el artículo 4° indica:

“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 promueve el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.”

Se puede apreciar que el Estado establece expresamente la protección de la familia y de allí se infiere el derecho de los ciudadanos a formarla y a exigir al Estado que cumpla con su deber de promoción y protección. Teniendo en cuenta que las familias evolucionan y que no responden a un concepto estático, la protección que les brinda cada Estado debe estar supeditada a los cambios sociales, a fin de satisfacer las necesidades colectivas de las familias en cada contexto.

En ese sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente 1060-2012-PH/TC en los fundamentos 5 y 6 señala:

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

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

En ese tenor, el Tribunal Constitucional manifiesta la vital importancia de la familia y la protección de esta institución natural para el libre desarrollo de la personalidad de cada individuo que la conforma, debido al equilibrio psicosomático formado por cada integrante de la familia debe poseer y para obtener beneficios o una formación adecuada y acorde a valores deberá formarse en un entorno de afecto, unión, respecto donde cada uno sienta que tenga lo necesario para tener una vida decente.

Asimismo, en el Expediente N°330-2004-AA/TC fundamento 35 indica:

Se señala en la Constitución, artículo 4, que:

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

el Estado, además de proveer las condiciones necesarias para su libre desarrollo, debe también velar por su seguridad y bienestar. Por tanto, en el presente caso se debe analizar si es coherente el ingreso de adolescentes (según la denominación del Código de los Niños y Adolescentes) o de niños (según el lenguaje de la Convención sobre los Derechos del Niño) a una discoteca en horarios no permitidos según su edad. "Se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años..." [artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en 1989, por la Asamblea General de las Naciones Unidas y suscrita por el Perú en 1990, a través de la Resolución Legislativa N° 25278.]”

Sin embargo, los alcances de la protección a la familia, para efectos de no ser considerada como una intromisión al ámbito privado de las personas, o establecer la necesidad del Estado de ingresar a la vida privada de cada familia sólo con el fin de preservar el bienestar de esta comunidad, son situaciones que deben ser debidamente diferenciadas a fin de reconocer una función social y al mismo tiempo garantista del Estado con respecto a la protección de la familia.

#### **2.4.3 El desarrollo de la bioética y su repercusión en la protección de la familia.**

Según Enrique Varsi, la bioética es:

“una respuesta racional, lógica y equitativa frente a la aplicación, poder y eficacia de la Biomedicina. Así, es una rama de la ética que se fundamenta en los problemas generados por la aplicación y ejercicio de la medicina, biología y demás ciencias de

la salud. La persona es el núcleo de la Bioética.” (Varsi Rospigliosi, Bioética, Genoma y Derechos humanos efectivizando la protección de la humanidad)

Así también, la bioética, desde un punto de vista etimológico (*bios* y *ethos*), se refiere a la reflexión y acción ética sobre la vida en sus diversas manifestaciones. Por ello, en general, tiene por objetivo no sólo la vida humana, sino también la vida animal y vegetal y el discurso ecológico en su conjunto, tal como fuera citado por Fr. José Parada Navas (Parada Navas, 2010). En ese sentido, la bioética es una especialidad de la ética que estudia a la ética en la medicina, ya sea en las investigaciones dedicadas a velar por la salud de las personas tratando de encontrar la cura de diversas enfermedades genéticas o adquiridas, hasta investigaciones genéticas, tales como las pruebas con el ADN. Al respecto, en la medida que el crecimiento de la ciencia es acelerado, a veces las cuestiones éticas involucradas no son debida ni oportunamente analizadas.

La bioética se sustenta en los principios de la ética profesional general. Como tal, es el género dentro del cual se encuentra la ética médica propiamente dicha (médico-paciente). Entre sus principales características tenemos, (Varsi Rospigliosi, Bioética, Genoma y Derechos humanos efectivizando la protección de la humanidad):

- Nace en un ambiente biocientífico para proteger la vida y su ambiente,
- Es un esfuerzo interdisciplinario en el que participan médicos, sociólogos, filósofos, teólogos, sicólogos y abogados, entre otros.

- Se apoya más en la razón y buen juicio moral, de allí que sus principios sean de carácter autónomo y universal.
- Protege al ser humano integralmente (física, mental o socialmente).
- Valora la vida como esencia propia de la naturaleza.
- Busca conciliar el imperativo de la libertad de la investigación con la primacía de la protección de la persona y la salvaguarda de la humanidad.

Los cambios existentes a nivel mundial, no solo en temas relacionados a lo social, económico y político, sino también en el campo tecnológico, ético y biológico, implica que la formación de la familia también sufra modificaciones, es decir, cuando una familia se prepara para tener hijos y esto no ocurre de manera natural y tiene que recurrir a ciertos métodos o tratamientos terapéuticos o de fecundación asistida para lograr la concepción y así procrear un hijo.

Esta necesidad de traer al mundo hijos, dependiendo de cada familia, trae consigo muchos retos a nivel de la medicina cuando no sucede la reproducción humana de manera natural entre un varón y una mujer. Es así que, en el caso de *Atarvia Murrillo y otros versus Costa Rica* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se analiza desde el punto de vista de los derechos humanos, la viabilidad de las técnicas de reproducción asistida para personas que no pueden tener hijos sin la referida ayuda de la ciencia.

En la referida sentencia, la Corte Interamericana hace mención a la familia que desea procrear hijos, pero al no poder realizarlo de manera natural acuden a los avances de la

medicina mediante la tecnología para realizar una reproducción asistida y de esta manera formar esa forma de familia.

Así también, a nivel nacional, en el caso conocido como “píldora del día siguiente”, mediante Sentencia 2005-2009/PA/TC, el Tribunal Constitucional, prohíbe al Ministerio de Salud desarrollar como política pública la distribución gratuita de dicha píldora debido “a los riesgos inminentes que representa, no sólo para la vida del concebido, sino incluso por los efectos secundarios que pueden presentarse en la propia mujer que las ingiere”<sup>8</sup>

Empero existe la sentencia del Primer Juzgado Constitucional de la Corte de Lima, 30541-2014-JR-CI, emitida el 02 de julio del 2019, que busca más bien el reparto gratuito para que todas las mujeres de condiciones socioeconómicas bajas puedan adquirirlo con previo conocimiento de su uso y consecuencias, dicha sentencia ha sido materia de impugnación.

Como se puede apreciar el término de bioética, está íntimamente ligado a todas las formas en que la medicina puede ayudar en la vida de las personas, principalmente cuando una mujer desea procrear un hijo, para tener una familia (Atarvia Murillo); como en otro caso donde desean que no se produzca la concepción (píldora del día siguiente), y en la cual todos tienen derecho a la vida privada, derecho a la

---

<sup>8</sup> Sentencia 2005-2009/PA/TC fundamento 60

Sin embargo, después de unos años el Primer Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Lima emite la Sentencia 30541-2014-JR-CI e indica que la Sentencia del Tribunal Constitucional 2005-2009/PA/TC resulta ser contraria a los estándares establecidos por la Corte Interamericana mediante la Sentencia de Artarvia Murillo emitida en noviembre del 2012.

autodeterminación reproductiva, derecho a recibir información, derecho al principio de igualdad y no discriminación.

## **2.5 MODELO DE FAMILIA EN LA CONSTITUCION Y EN EL CÓDIGO CIVIL**

### **2.5.1 Modelo de familia reconocido en la Constitución Política de 1979**

La Constitución es la Carta Magna, la Ley suprema, la ley de leyes que rige a cada país y mediante la cual se reconocen los derechos de los ciudadanos, en la parte dogmática de la misma, y, en la parte orgánica, los lineamientos generales de las autoridades de un Estado, es decir su organización.

La Constitución de 1979, fue el resultado de una Asamblea Constituyente presidida por Víctor Raúl Haya de la Torre, la cual tuvo una vigencia de doce años. En la misma, existía un capítulo dedicado a la familia, a partir del artículo 5 al 11. En ellos, se podía apreciar el valor esencial como sociedad natural e institución fundamental de la nación a la familia, donde el Estado prioriza la protección del matrimonio.

Los artículos de dedicados a la familia antes mencionados, establecían deberes y derechos de los padres para con sus hijos, generando también una visión garantista por parte del Estado para preservar a los integrantes de la familia (sobre todo a las mujeres, niños, adolescentes y ancianos).

De esta manera, los siete artículos que componen el capítulo de la familia nos muestran la importancia que tiene este grupo de personas para el desarrollo de la sociedad y la función del Estado para protegerla. Así, el artículo 5 señala:

“El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación.

Las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley.

La ley señala las condiciones para establecer el patrimonio familiar inembargable, inalienable y transmisible por herencia.”

Se debe resaltar que el Estado en este artículo prioriza la protección del matrimonio, así lo manifestaba Yuri Vega Mere:

“Si bien el matrimonio no es ni ha sido una institución natural, si fue una institución fundamental para el constituyente...Las uniones no matrimoniales no eran bien consideradas y, en todo caso eran vistas con desconfianza y con reparos morales por ciertos sectores (los más conservadores) del medio. Siempre se les adjudicó como nota señalativa su carácter precario, efímero; el ser falso legitimador de relaciones íntimas a margen del matrimonio o escenario de encuentros furtivos que no exhibían la dosis de compromiso que deriva del carácter formal del matrimonio...” (Vega Mere, 2009)

Como se puede apreciar, la familia se conformaba básicamente con el matrimonio y no se conocía otra forma de crearla sino era por el acto jurídico de aceptar libremente

el uno a otro mediante un contrato de vida eterna o hasta el deceso de uno de sus integrantes.

A pesar que en el preámbulo de la Constitución de 1979 dice: “Que la familia es célula básica de la sociedad y raíz de su grandeza, así como ámbito natural de la educación y la cultura...”, en la práctica, es decir, en la realidad nacional, se hacía presente los casos de personas que tenían intención de disolver el vínculo matrimonial.

De alguna u otra manera, al estar protegido por la Constitución de 1979, la perpetuidad del vínculo matrimonial tenía una percepción positiva que implicaba que las autoridades procurasen que el vínculo sólo se viese disuelto como *última ratio*. Es así que la disolución del vínculo matrimonial podía producirse luego de varios años de llevar un proceso judicial.

Al respecto, Yuri Vega Mere señalaba:

“Si bien el matrimonio no es ni ha sido una institución natural, si fue una institución fundamental para el constituyente. El modelo de la familia matrimonial (que además se encontraba recogido en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos y derechos civiles y políticos de la época) respondía a la tradición y a la tabla de valores que prevaleció en los debates para la redacción la constitución de aquel entonces.” (Vega Mere, 2009) Así también:

“El favor matrimonio se explica por las notas características que tiene dicha unión: i) el carácter estable y cierto de la relación por la forma y ceremonia

que rodea la celebración desde los actos previos a dicho momento; ii) la- en principio- indisolubilidad del vínculo; iii) la mejor y más sencilla determinación de las relaciones que se derivan del matrimonio entre los esposos, los hijos y los familiares de los cónyuges con estos y su descendencia, que no son otra cosa que el surgimiento inmediato de efectos legales entre los nombrados; iv) el ser espacio legitimado de relaciones sexuales; iv) el ser soporte de una serie de presunciones de paternidad y maternidad (que la ciencia luego pondría en cuestión) etc.” (Vega Mere, 2009)

De esta manera se puede apreciar que la institución del matrimonio se encontraba muy protegida por el Estado a través de las instituciones y de determinadas normas.

#### **2.5.1.1 Situación político - social del año de 1979**

Previo al año de 1979, nuestro país había tenido un gobierno revolucionario liderado por Juan Velasco y de manera conjunta con las fuerzas armadas gobernaban al país. Después se dio otro golpe de estado contra Juan Velasco, siendo realizado por su General Francisco Morales Bermúdez, quien tomó el poder, sin embargo, el general Bermúdez a diferencia de su antecesor, comenzó una lenta transición para que el gobierno vuelva a ser democrático.

Los golpes de Estado que se dieron en nuestro país, siendo a todas luces una dictadura militar, ha sido perjudicial para el desarrollo político y económico, creando una gran crisis en todos los aspectos, generando descontento y preocupación en la población,

afectando principalmente a las familias, que día a día su única preocupación era procurar el bienestar de sus seres queridos.

Dicha transición se dio desde octubre de 1977, donde se convocó a asamblea constituyente para la dación de la constitución del Perú, habiendo sido elegido presidente de la Asamblea Constituyente Víctor Raúl Haya de la Torre en 1978, con la misión de lograr un estado democrático, asimismo marco una clara independencia con el régimen militar, indico:

"Esta Asamblea encarna el Poder Constituyente y el Poder Constituyente es la expresión suprema del pueblo como tal, y el primer Poder del Estado. Este Poder no admite condicionamientos, limitaciones ni parámetros; no reconoce poderes por encima de ella misma porque es fruto indiscutido y legítimo de la soberanía popular. En un día como hoy, hace 157 años, el Perú declaró su independencia fundándose en la voluntad general de los pueblos; el 28 de julio de 1978, fundándose en esa misma voluntad general de los pueblos claramente expresada en las elecciones de junio, sin más limitaciones que las que ella misma quiera darse, se proclama libre y autónoma. (...) Es obvio que la búsqueda de armonías y coincidencias que ofrezcan al texto constitucional un amplio consenso no significa en modo alguno el abandono de posiciones ideológicas ni de ideas ni programas; es más, una constituyente resulta palestra natural para la confrontación de posiciones, un planteamiento político de diversos caminos; una constituyente no legisla no legisla para un partido ni para un sector, sino para todo

el pueblo. (...) si la defectuosa Constitución de 1933, con un obsoleto estilo y espíritu, es la última constitución del siglo XX; la que se dicte ahora deberá ser la primera constitución del siglo XXI". Haya - 28 de julio de 1978.

De esta manera, se logró alcanzar una estabilidad jurídica y política y que sirve como base para la dación de las demás normas, así en medio de una naciente democracia, la elección de Belaunde Terry como presidente del Perú y la promulgación de la Constitución de 1979, nace nuevamente un estado republicano democrático.

Es necesario conocer la dación de la Constitución de 1979, para poder comprender cómo la figura de la familia se conceptualizaba y siendo así, como todo el aparato estatal establecía el tratamiento de estas en sus diferentes intercalaciones con la sociedad. Debido a que la Constitución de 1979 difundía una protección amplia al matrimonio, y que este contrato entre un hombre y una mujer, era la única forma de crear a la familia.

### **2.5.1.2 Limitaciones del concepto de familia**

La familia, como se ha podido advertir, es de difícil conceptualización, delimitación y protección y esto se debe a que una de sus características es la variabilidad ante los cambios sociales. Dicha situación se pudo observar con la Constitución de 1979, donde establecía que la familia se inicia con el matrimonio (no de una forma literal sino implícita), siendo una forma de ver a la institución de la familia. Sin embargo, con esta forma de concebir la familia, se logró protegerla de alguna manera, pero no

en todos sus aspectos debido a que no se incluyen otras formas de familia, las cuales también requieren de protección jurídica.

Por su parte, existen principios constitucionales relativos a la familia señalados por Dulce Daniela Infante Rojas, basados en la Constitución de 1993 :

“i) Principio de Igualdad: La aplicación de este principio-derecho de igualdad en el ámbito de la familia, se va analizar en el sentido de la igualdad de los hijos. el respeto por el principio de igualdad de los hijos se consagra en la Convención sobre los Derechos de los Niños; ii) Principio de reserva legal: Su justificación constitucional puede ser deducido del artículo 4 de la Constitución y la VIII Disposición Transitoria y final de la Constitución, asimismo el artículo 233 del Código Civil de 1984 establece que -la regulación jurídica de la familia tiene ´por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principio y normas proclamados por la Constitución Política del Perú-, llamada reserva de la ley no implica, pues un límite a la aplicabilidad inmediata constitucional; significa tan solo la exigencia formal de ley para la regulación de determinados temas como el matrimonio y causales de divorcio; iii) principio de protección: Se menciona una protección especial de la familia que se debe entender, toda vez que es dentro de la familia que el hombre llega a perfeccionar sus bienes jurídicos y alcanza su grado de identidad, siendo ese su carácter natural y fundamental para el hombre y el conjunto de la sociedad; iv) Principio constitucional de

protección del interés del niño, niña y adolescente: El Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado en anteriores oportunidades respecto del contenido constitucional del interés superior del niño, niña y adolescente, y en la exigencia de su atención especial y prioritaria en los procesos judiciales; v) Principio de Favorabilidad: El alcance actual del principio del favor legitimitatis es el de designar al conjunto de situaciones que constituyen los límites a la investigación de la verdad biológica; restricciones que se deben centrar en la protección de los intereses del menor (favor filii) y en la certeza y estabilidad que debe presidir en materia de estado civil y en las relaciones familiares; vi) Principio de unidad familiar: Este principio se centra en que el niño no debe ser separado de su familia privándole de la protección y el afecto de su padre, salvo circunstancias que requieran de una intervención de protección de parte del Estado que implique la separación temporal del niño de sus progenitores con el objetivo de proteger sus derechos y su bienestar” (INFANTE ROJAS, 2016)

De esta manera, se puede entender que la familia está siendo defendida y amparada en virtud de los principios constitucionales antes mencionados, principios que buscan salvaguardar los derechos de los más indefensos, tales como los niños, los adultos mayores, las personas con discapacidad y cualquier otra persona que necesite se le brinde protección. Todo ello con la finalidad que la familia se una y funcione como tal.

La existencia de la familia es necesaria en una sociedad porque de ella nace la formación de valores en lo moral y ético, así como se forma el afecto-cariño, se fomenta la unión, respeto, diálogo, se establece jerarquía, se provee el alimento, vestido, recreación, etc. Así también, si se carece de esta clase de formación óptima dentro de una familia es perjudicial para cada individuo.

Asimismo, se puede señalar que la familia tiene características como la universalidad, debido a que existe desde los comienzos de la humanidad, cuando un grupo de seres humanos decidía juntarse para brindarse protección y estima. Otra característica que se puede atribuir a la familia es la necesidad de afecto en esta unión de dos o más personas por protección, comprensión y cariño; ya sea entre personas unidas por lazos de sangre como por personas unidas por afinidad.

Hasta 1992, la familia se entendía como la familia matrimonial. Asimismo se condicionaba que hasta las parejas que se unían libremente sin matrimonio, es decir, los concubinos debían estar sometidos al régimen de gananciales. Así lo manifiesta Yuri Vega:

“Cuando la referida Asamblea Constituyente discutía lo que fue el artículo 9 de la constitución de 1979...Así advertimos que en un primer intento no solo se aludía a la unión como monogámica, sino que además (por error y no por intención alguna) se propuso aplicar al concubinato el régimen de la sociedad conyugal y no el de la sociedad de gananciales, con lo cual se hubiera

equiparado la unión de hecho al matrimonio...La consigna de imponer un régimen comunitario a los convivientes obedeció, en términos generales a la difundida idea entre los constituyentes, de que los concubinos varones solían adquirir bienes comunes a su nombre y luego abandonar a la pareja sin dividir o distribuir el patrimonio adquirido con el esfuerzo de ambos”. (Vega Mere, 2009)

Como se puede advertir, no consideraban a las parejas de hecho con los mismos derechos que una pareja unida por el matrimonio, por lo que se les discriminaba y no se les daba el reconocimiento que tienen en la actualidad.

Por ello, es relevante analizar el concepto de familia a fin de determinar uno que pueda protegerse a través del tiempo, a pesar de los cambios sociales, y así cada individuo se considere amparado, reconocido y aceptado dentro de esta institución natural, al surgir espontáneamente en una sociedad.

Asimismo, para determinar un concepto de familia, se debe incluir los diferentes tipos de familia que existen y las que se han ido dando por cada situación o conflicto que se ha judicializado originando así nuevas formas de establecer una familia.

### **2.5.2 Modelo de familia reconocido en la Constitución Política de 1993**

La Constitución Política del Perú de 1993 es la norma fundamental actual de la República del Perú, elaborada a inicios del gobierno de Alberto Fujimori por el

Congreso Constituyente Democrático convocado por él mismo, al realizar la disolución del Congreso en el autogolpe de 1992 y que seguidamente fue aprobada mediante el referéndum de 1993. (Bernaes Ballesteros, 2012).

En la Constitución de 1993, en su Capítulo II de los Derechos Sociales y Económicos, el artículo 4 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”.

De esta manera, se puede apreciar que en la actual Constitución de 1993 se reconoce a la familia dentro del capítulo relativo a los derechos sociales y económicos, como son: la protección a la salud, seguridad social, la educación, el trabajo, derecho a sindicación entre otros. Al respecto, se puede señalar que la ubicación de la norma que regula a la familia en la Constitución de 1993, podría no darle la importancia que merece en tanto no se realiza mayor desarrollo de la misma.

No obstante, su reconocimiento en la Constitución de 1993 representó un cambio en los alcances jurídicos de la protección de la familia.

### **2.5.2.1 Situación político - social del año 1993.**

En el año de 1990, fue elegido como presidente del Perú el ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, quien estuvo más de 10 años en el poder; con él se dio el autogolpe de 1992; donde se disolvió el Congreso de la República y se reestructuró otros poderes del Estado, sin embargo, en gran cambio en su gestión se daría al formar una Asamblea Constituyente para cambiar la Constitución de 1979, de esta manera se estableció el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional (GERC), y la constitución de 1979 siguió teóricamente en vigencia hasta la expedición y promulgación de la Constitución de 1993.

El Tribunal Constitucional, considera que la Ley de Bases del mencionado GERC y los demás actos emanados del autogolpe fueron ilegales e inconstitucionales de origen, validados luego por las Leyes Constitucionales de 1993 emitidas por el Congreso Constituyente Democrático, y por el referéndum del mismo año. En 2001, en una ley promulgada por Alejandro Toledo Manrique, el Congreso del Perú retiró la firma de Fujimori de la Constitución.

Los últimos años del gobierno de Fujimori, fueron tensos llenos de situaciones llenas de controversia donde comenzaba a salir a la luz que quienes detentaban el poder ya no gobernaban para el pueblo y solo usaban el poder que detentaban para su beneficio, por lo cual los actos de corrupción se vieron cada vez más claros.

Sin embargo, con la dación de la nueva Constitución de 1993, trajo consigo varias modificaciones, pero la que deseo resaltar es sobre el capítulo II artículo 4, que como hemos hecho referencia en párrafos anteriores señala "...que protege a la familia y promueve el matrimonio..."; indicando de esta manera que lo que debemos cuidar en una sociedad democrática, con bases constitucionales es la familia en todas sus formas de manifestación.

Se ha señalado que, en lo que concierne a la familia, la Constitución de 1993 contiene cambios substanciales.

En la Constitución de 1979, existía todo un capítulo sobre la familia y en la Constitución de 1993, la familia se encuentra en un solo artículo dentro del capítulo de los derechos sociales y económicos. Sin embargo, su regulación denota un cambio importante al dar el énfasis necesario a la protección de la familia; siendo extensiva en este párrafo la promoción del matrimonio, pero reconociéndose también otras formas de familia (a partir de una interpretación del texto constitucional).

Así también, en la constitución de 1979 hace mención a las uniones de hecho y fue ratificado en la constitución de 1993, sien embargo como las normas que regulan a la sociedad van interrelacionadas, este reconocimiento de la convivencia- unión de hecho, el Código civil en al artículo 326 vigente precisa que debe realizarse entre un varón y una mujer.

Fernando Cantuarias Salaverry, señala que antes de las reformas legales, era complicado divorciarse, y que varias familias se vieron en problemas al no poder disolver ese vínculo; porque la Constitución de 1979, que era nuestra máxima representante de los derechos que debían protegerse, señalaba al matrimonio como una institución que se tenía que preservar de todas las formas:

“El artículo 5 de nuestra Constitución establece que el Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación. Es a partir de este artículo que se entiende que la sociedad tiene interés en la institución matrimonial...También habrá interés en tratar de evitar la ruptura definitiva de un matrimonio... Es difícil entender cómo, ante un sistema eminentemente antivorcista y basado en criterios de inmoralidad y culpabilidad, como el que nos regula, se filtraba un criterio de divorcio como el de mutuo disenso...” (Cantuarias, 1991, págs. 70-71)

Conforme lo expuesto por Cantuarias, existía dificultades en realizar divorcios al existir normas desfasadas tanto en la Constitución del 1979 y en el Código Civil de 1936, que en vez de dar protección a la familia, a fin que se desarrolle en un ámbito de amor e igualdad, colocaba a la pareja a mantenerse casados a pesar de que toda relación afectiva estaba quebrada definitivamente, donde tenían que seguir conviviendo porque el estado no les daba la protección debida.

#### **2.5.2.2 La protección de la familia a partir del principio de igualdad y no discriminación**

La protección a la familia es importante porque significa la forma en que se debe asegurar su existencia como una de las instituciones fundamentales para el desarrollo y desenvolvimiento de la sociedad. Por ello, mediante el presente trabajo lo que se busca alcanzar es un concepto elaborado a partir del derecho internacional de los derechos humanos, es decir, una visión amplia y genérica para que a través del tiempo y de las normas dadas en una comunidad, la familia como institución se preserve y asegure su continuidad.

Siendo ello así, es necesario realizar un análisis, en primer lugar, a partir de la aplicación de los principios de igualdad y no discriminación. Conforme señala Francisco Eguiguren, en la igualdad ante la ley debe considerarse dos componentes primordiales:

- 1) “La igualdad de la ley o en la ley, que impone un límite constitucional a la actuación del legislador, en la medida que éste no podrá – como pauta general- aprobar leyes cuyo contenido contravenga el principio de igualdad de trato al que tienen derecho todas las personas.
  
- 2) La igualdad en la aplicación de la ley, que impone una obligación a todos los órganos públicos (incluidos los órganos jurisdiccionales) por la cual estos no pueden aplicar la ley de una manera distinta a personas que se encuentran en casos o situaciones similares.

Pero incluso esta “igualdad ante la ley”, como derecho fundamental exigible por las personas, ha adquirido en su interpretación y aplicación niveles importantes de debate acerca de los cuales deben ser sus alcances y contenidos dentro del ordenamiento constitucional, la actuación del legislador el comportamiento de los órganos públicos para darle cabal realización y cumplimiento.” (Eguiguren Praeli, 1997)

El principio de igualdad es un ente rector, necesario e imprescindible para sustentar la formación de la familia, teniendo en cuenta que la misma se origina de forma natural. Por ello, cada persona miembro de una familia tiene derecho a la igualdad de trato, es decir, todas las personas tienen derecho a fundar una familia, no importa su preferencia sexual, su identidad de género, ni cualquier otra condición física o psicológica que posean. Por ello, cuando se recorta este derecho a determinadas personas o se favorece unos tipos de familias por encima de otros, se puede estar vulnerando el principio de igualdad.

Lo anteriormente expuesto se refiere al derecho subjetivo, tal como lo señala Fernández Segado: “no estamos, consecuentemente ante el derecho a ser igual que los demás, sino a ser tratado de la misma forma que los demás. Lo que evidentemente es distinto” (Fernández Segado , 1996)

Al respecto, el artículo 2 de la Constitución Política indica: “Toda persona tiene derecho: 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de

origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”.

“El término - discriminación -, en el marco de la protección internacional de los derechos humanos, ha evolucionado de un sentido peyorativo genérico, equivalente a una imprecisa desigualdad de trato, a un sentido más específico y concreto, relativo sólo a desigualdades de trato que son injustas o arbitrarias por basarse en concretas razones especialmente odiosas o rechazables al suponer la negación de la propia igualdad entre los hombres” (Fernández Segado , 1996)

Es así como el principio de igualdad y no discriminación va de la mano, para demandar igualdad de trato de las diferentes clases de familia que existan, las que estén por formarse y las que ya se encuentran constituidas. Debido a que la familia está compuesta por individuos unidos por diferentes motivos, con fines de protección, amor y generalmente viven bajo un mismo techo. Por eso debemos pensar en proteger a la familia en sus diversas modalidades que existiera.

### **2.5.3 Las modificaciones implementadas en el Código Civil de 1984, a partir de la aplicación de principios constitucionales y de los derechos humanos**

En el Código Civil de 1984, en el Libro III, sección primera, se desarrollan los derechos y obligaciones relativos a la familia y como disposición general en el artículo 233: “La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su

consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú”.

El Código Civil trabaja de la mano con la Constitución para regular la existencia de la familia y, como podemos observar, este Código se dio después de la Constitución de 1979 y antes de la existencia de la Constitución de 1993. Por lo tanto, su aplicación se dio en estos dos escenarios, los cuales como hemos manifestado anteriormente eran distintos. Ello, sin perjuicio de las modificaciones que se han realizado al Código Civil en los últimos años.

Así e la actualidad, se puede apreciar algunas modificaciones entorno a la familia, ya que, dentro de una estructura social siempre cambiante, las normas deben adaptarse a ella, lo cual se puede dar por modificatoria al Código, que en su artículo 424 señalaba:

“Subsiste la obligación de proveer al sostenimiento de los hijos e hijasmayores de dieciocho años que estén siguiendo con éxito una profesión u oficio, y de las hijas solteras que no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia”;

Este artículo fue modificado mediante Ley N° 27646 de fecha 23 de enero del 2002, en los siguientes términos:

“Art. 424°. - Subsiste la obligación de proveer al sostenimiento de los hijos e hijas mayores de dieciocho años que estén siguiendo con éxito el estudio de

una profesión u oficio, y de los hijos e hijas que tengan algún grado de discapacidad que les impida atender su subsistencia.”

En esta modificación del artículo en mención, era necesario precisar y aclarar que el Código Civil requería de la referida actualización, ya que antes solo señalaba que *las hijas solteras que no se encuentren en aptitud de atender su subsistencia*, dejando claro que una mujer no podía valerse por si misma y debía estar en un matrimonio o en una convivencia, pero no soltera ya que era vista como una minusvalía frente a las otras hijas con pareja.

Es así que se modifica y se señala tanto a los hijos e hijas, en igualdad, que adolezcan de alguna discapacidad que les impida atender su subsistencia. En ese sentido, se trata de un cambio positivo que reconoce la igualdad de todos los hijos, sin distinción de género.

Continuando con las modificaciones, se encuentra el Decreto Legislativo N° 1377 promulgado el 23 de agosto del 2018. Al respecto, el artículo 46 reconoce la capacidad de las personas mayores de 16 años cuando contraen matrimonio y a las personas mayores de 14 años cuando tienen hijos, pero solo en algunas situaciones especiales como para inscribir y el nacimiento y reconocer a su hijo, demandar, celebrar conciliaciones a favor de su hijo, etc.

Asimismo, el artículo 361 del Código Civil establece que: “El hijo o hija nacido/a durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días calendario siguientes a

su disolución tiene como padre al marido, salvo que la madre declare expresamente lo contrario.» y el artículo 362 dispone que: “El hijo o hija se presume matrimonial, salvo que la madre declare expresamente que no es del marido.»

Así también, el artículo 396 dispone que: “El hijo o hija de mujer casada puede ser reconocido por su progenitor cuando la madre haya declarado expresamente que no es de su marido. Este reconocimiento se puede realizar durante la inscripción del nacimiento cuando la madre y el progenitor acuden al registro civil, o con posterioridad a la inscripción realizada solo por la madre, cuando esta haya declarado quién es el progenitor. Procede también cuando el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable”.

Como se puede apreciar, se ha ido adaptando algunos cambios en la legislación civil con la finalidad de garantizar una igualdad de derechos, para una convivencia en la familia sobre la base al respeto mutuo. Visualizándose de esta manera que se protege toda formación de la familia, como es el caso de reconocer capacidad de ejercer derechos civiles a una persona mayor de 14 y 16 cuando contraen matrimonio o tienen hijos.

Asimismo, es un gran avance poder establecer la identidad del niño desde su nacimiento, independientemente que la madre se encuentre casada o no, y con la manifestación expresa de la misma de indicar quién es el padre, en salvaguarda del bienestar e interés superior del niño. Con esta modificación, se evita procesos

judiciales engorrosos, desgastante para ambas partes y se establece la verdadera identidad del menor, con forme lo señala el Decreto Legislativo N°1377 publicado el 23 de agosto del 2018.

Así, existen modificaciones realizadas con anterioridad, que mejoraron las relaciones entre las parejas de cónyuges al regular un tratamiento diferente al divorcio con la incorporación de la causal de separación de hecho y una reducción en el tiempo de realización de este, según la modalidad que eligiera la pareja en caso de desear culminar su matrimonio. Así, el Jurista Yuri Vega Mere señala:

“En el Perú, el año 2001 fue un período de cambio trascendental al promulgarse la Ley 27495, que incorporó la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y subsecuente divorcio. Luego llegó la Ley 28384 que fijó en dos meses el plazo para pedir la conversión de la sentencia de separación de cuerpos (sustentada en separación convencional o en la separación de hecho) a una de disolución, para finalmente encontrarnos con la Ley 29227 que introdujo el Procedimiento No Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías que contiene, en mi opinión, un interesante juego complementario entre la conciliación familiar extrajudicial para temas que tradicionalmente eran reservados al Juez y que no podrían ser decididos ni por Notarios ni Alcaldes [y que rescata la autonomía de la decisión de los esposos] y el recurso a las notarías y las municipalidades para obtener el divorcio (siempre a través de la

separación de cuerpos por separación convencional) en un plazo menor en los casos en que se supone no hay mayor discusión que no pueda ser resuelta por los cónyuges, inclusive por asuntos que siempre tuvieron (y tienen) un inocultable matiz público (patria potestad, tenencia, alimentos) y que eran parte de acuerdos pero dependientes –relativamente– de la decisión del Juez en un proceso de separación convencional.” (Vega Mere, El nuevo rostro de la familia: Cuadros de Exposición, 2010)

“La decisión parece acertada. De acuerdo con las cifras comparativas de las que se dispone, en el año 1993 se reportaron 269,495 personas como separadas y sólo 65,654 como divorciados, mientras que según el censo del año 2007 los separados se han incrementado a 714,242 individuos en tanto que los divorciados alcanzan las 114,093 personas. Sin duda, muchos «separados» podrán recurrir ahora a la figura del divorcio no judicial.” (Vega Mere, El nuevo rostro de la familia: Cuadros de Exposición, 2010)

Si bien es cierto, se debe procurar conservar a la familia, es decir, que los integrantes de ella permanezcan junta y que esa unión sea dada en un ambiente de armonía y respeto, sin embargo, con el ambiente en la familia se torna perjudicial para sus integrantes es mejor optar por el divorcio, para que cada miembro de la familia pueda tener una vida plena y el desarrollo de su personalidad no esté dañada, como es en el caso de los niños, que se encuentran en formación de su conducta.

Por lo que, existe en la actualidad mecanismos jurídicos eficientes para dar por concluido el matrimonio, dando de esta manera un trato igualitario a cualquiera de las partes que la conforman para solicitar la disolución de su vínculo.

## **2.6 LA IMPORTANCIA DE LA FAMILIA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**

### **2.6.1 Los principios de universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos**

Los derechos humanos es un conjunto de derechos establecidos después de un suceso trágico, como fue la segunda guerra mundial, en la cual los gobiernos de cada nación se reunieron para plantear un acuerdo en el que se establezca qué son los derechos humanos, de manera genérica y cómo se debe proteger cada uno de ellos y cuáles son las medidas a tomar cuando alguno se encuentre vulnerado.

Es así que se unen los estados para realizar la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en 1948, la cual en sus 30 artículos consagró la protección de derechos civiles y políticos, así como de los derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos fueron a su vez protegidos en dos tratados internacionales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ambos tratados fueron aprobados en el Perú mediante Decreto Ley 22128 y Decreto Ley 22129, los dos de fecha 28 de marzo de 1978.

Luigi Ferrajoli señala que un derecho subjetivo es “toda expectativa jurídica positiva (de prestación) o negativa (de no lesión)” (Ferrajoli, 2006, p. 33). Es así, que se dice que:

“Los derechos humanos son derechos subjetivos, son expectativas formadas en todas las personas con relación a la acción u omisión de los Estados, las empresas, los poderes facticos y del resto de las personas respecto a ciertos bienes primarios constitutivos de lo que se considera dignidad humana.

... la universalidad de los derechos humanos no implica una practica totalizadora que neutralice las diferencias y excluya las distintas ideas sobre la vida digna. Por el contrario, el principio de universalidad conlleva un proceso de contaminación, nutrición y renovación de los derechos humanos producto de su propia expansión a diferentes culturas, ideas y manifestaciones de la opresión”. (Vásquez & Serrano, 2016, p. 135 al 165).

Siendo ello así, los derechos humanos tienen una característica de universalidad, aplicable a cada nación, de acuerdo a sus usos y costumbres y los hechos que ella acontece. Por eso, después de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, varios países se reunieron para establecer las bases fundamentales para que a nivel internacional existiera obligaciones concretas para la protección de los derechos humanos, es por eso la importancia de los dos Pactos Internacionales, donde se busca garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole,

origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Por ello, todas las personas son titulares de todos los derechos humanos, lo cual se conoce como principio de universalidad.

Posteriormente, en 1977, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 32/130, utilizó y legalizó el uso de los principios de interdependencia e indivisibilidad. Así, en el mencionado documento se indicó:

“a) Todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; deberá prestarse la misma atención y urgente consideración a la aplicación, la promoción y la protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales;” (Naciones Unidas, 1977)

Establecidos así los principios de los derechos humanos en su totalidad y amplitud, es necesario reconocer su característica variable, para adaptarse a la sociedad, es así que la protección de la familia coincide con este punto de vista, de acuerdo a que la familia debe protegerse a pesar de que esta institución a cambiado mucho a través de los años, y conforme la sociedad muta, también la institución lo hará. Por lo cual es necesario tener normas flexibles en contenido para que los principios de los derechos humanos se puedan cumplir.

Así también, se debe señalar las generaciones de los derechos humanos, desarrolladas en base a todos los cambios políticos y sociales existentes en la sociedad. Es así que nace la primera generación de los derechos humanos que surge después de la Revolución Francesa un 14 de julio de 1789, al existir desigualdad entre la clase pudiente y la clase obrera, al ser una monarquía absolutista. En esta primera generación se presenta los derechos civiles y políticos, como son los derechos a la vida, igualdad, libertad, etc.

El derecho a la protección de la familia se encuentra también reconocido en esta primera generación de Derechos Humanos. Asimismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, contiene una relación de los derechos de primera generación, entre los artículos 3, 16 y 21. Entre otros, enumeramos una lista de algunos de estos derechos:

- Derecho a la libertad.
- Derecho a la igualdad.
- Derecho a la dignidad.
- Derecho a la intimidad o privacidad.
- Derecho al matrimonio y a la **familia**.
- Libertad de opinión y de expresión.

## **2.6.2 La familia y el principio de dignidad humana**

La Constitución Política de 1993 señala, en el Título I - De la Persona y de la Sociedad, Capítulo I, sobre los derechos fundamentales de la persona, en su artículo 1: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Asimismo, en su artículo 3 indica que: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948), en su Preámbulo afirma: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;”. Como se aprecia, esta declaración hace equivalente humanidad, género humano y familia humana, lo que evidencia la amplitud de la palabra familia y cómo el empleo de esa palabra busca enfatizar los lazos de fraternidad entre los seres humanos. (AWID Y Sexual Rights Initiative, 2015)

Así también, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 16 se establece que:

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

Asimismo, en el párrafo primero de los preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se señala que:

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

Por lo tanto, teniendo en cuenta que la dignidad humana es intrínseca a cada ser humano, y siendo esta la que forma parte de este primer grupo unidos por vínculos de sangre o afectivos llamados familias, se puede dejar en claro que su relación y

vinculación entre familia y dignidad humana es importante vista de manera individual o colectiva.

La familia y la dignidad humana percibida desde el aspecto individual resultan importante porque, nos hace conocer, valorar y brindar la seguridad del caso a cada integrante de una familia por el solo hecho de ser un ser humano, y darle la consideración necesaria a su existencia y reconocer en ella su dignidad.

La familia y la dignidad humana percibida desde el aspecto colectivo es fundamental debido a que la familia está compuesta por niños, adolescentes, mujeres, varones, ancianos, y que, al ser respetada la individualidad de cada uno por el hecho de ser persona, así también, se debe respetar, valorar y dar protección por pertenecer o fundar una familia, ya que crea identidad para cada individuo, formando así parte de su dignidad humana.

### **2.6.3 La familia y el principio - derecho de igualdad y no discriminación**

Conviene precisar los alcances del principio de igualdad que el Tribunal Constitucional ha expresado que ha de considerarse: a) como un límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional de los poderes públicos; b) como un mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético uso arbitrario del poder; c) como un impedimento para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos (discriminación atentatoria a la dignidad personal); d) como una expresión de demanda al Estado para

que proceda a remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales que restringen de hecho la igualdad de oportunidades entre los hombres.

Para ello, el Tribunal Constitucional ha enfatizado que la noción de igualdad ante la ley no se contradice con la existencia de normas diferenciadoras, a condición de que se verifique: a) la existencia de distintas situaciones de hecho y, por ende, la relevancia de la diferenciación; b) la acreditación de una finalidad específica; c) la existencia de razonabilidad, es decir, su admisibilidad desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales; d) la existencia de proporcionalidad; es decir, que la consecuencia jurídica diferenciadora sea armónica y correspondiente con los supuestos de hecho y la finalidad; y, e) la existencia de racionalidad, es decir, coherencia entre los supuestos de hecho, el medio empleado y la finalidad que se persigue. (Cámara Peruana de la Construcción - Capeco, 2003) (Cinco Mil Setenta y siete Ciudadanos, 2004)

#### **2.6.4 La familia y el derecho a la vida privada y al libre desarrollo de la personalidad**

En 1891, los abogados norteamericanos Warren y Brandeis publicaron un artículo denominado “the right to privacy” en la revista de la Universidad de Harvard “Harvard Law Review (volumen IV num5, de diciembre de 1890 pág. 194 al 220), dicho ensayo da el punto de partida para iniciar el concepto de privacidad de temas concernientes a la vida familiar, es decir, que no se debe divulgar temas netamente familiares, debido

a que se considera acciones privadas de importancia solo para los integrantes de cada familia.

La Constitución Política del Perú señala, en su artículo 2º, inciso 7, que toda persona tiene derecho “a la intimidad personal y familiar”. Asimismo, el Código Civil vigente, en su artículo 14º establece el respeto a la intimidad de la vida personal y familiar. Se aprecia que en nuestra legislación vigente se protege tanto la intimidad personal como la intimidad en la familia, lo cual crea

Así también en el artículo 54 del Código Penal se establece que: “El que viola la intimidad de la vida personal o familiar...”, y el artículo 156: “El que revela aspectos de la intimidad personal y familiar...”; se puede evaluar como no solo se estipula la importancia de formar una familia, sino también de que exista privacidad de las situaciones que ocurren dentro de ella, que solo son importantes para los que forman parte del círculo familiar, y si es violentada difundiendo lo que la familia considere como vida privada se estaría cometiendo un ilícito penal, conforme nos señala el Código..

Otro tema por abordar es el libre desarrollo a la personalidad de cada integrante de la familia, lo cual guarda una íntima relación con los derechos humanos y esto es entendido como:

“El desarrollo de la personalidad y la autorrealización está en función de los tres sistemas: el biológico, el psicológico y el sociocultural; de modo que ninguno de los sistemas independientemente resulta suficiente”. (García, 1999)

Para Villalobos Badilla señaló que: “Los Derechos Humanos son esenciales para el pleno desarrollo de la personalidad humana y para la felicidad humana (...) Estos derechos son inviolables porque no solamente son vitales para el libre desarrollo de la personalidad sino porque sin ellos el hombre sería reducido al nivel de animales” (como se cita en M.R., 2005)

Así también apreciamos que el matrimonio ha sido una institución que ha dado origen a la familia:

“...el matrimonio se presenta precisamente como el entorno más adecuado para un óptimo desarrollo de la personalidad del niño, de forma que llegue a ser un miembro de la comunidad plenamente integrado. Desarrollo que se produce, además, por medio del (y paralelamente al) desarrollo de la personalidad de los progenitores como tales...” (Martínez de Aguirre, 1996)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) , desarrolla el derecho de fundar una familia con el derecho a la vida privada:

“143. El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2019)

### **2.6.5 Obligaciones internacionales de los Estados en materia de protección de la familia**

A nivel internacional existen normas que propician una convivencia pacífica en base a acuerdos aplicables a todos los gobiernos que se adhieren a él, y de esta manera establecen un denominador común para que en todos los países se determine con exactitud los derechos fundamentales a defender, siendo así, la familia, que se encuentra protegido en:

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la protección de la familia en sus artículos 17, 19 y 23:

**“Artículo 17.** Protección a la Familia: La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

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

**"Artículo 19:** Derechos del niño: Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor, requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado."

**"Artículo 23:** La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello."

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (junio de 1948), establece un derecho a formar una familia y a su protección legal:

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

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

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 10 dispone:

“Artículo 10 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen 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. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales

quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.”

La Convención sobre los Derechos del Niño en su Preámbulo reafirma la importancia de proteger a todos los miembros de la familia:

“Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión [...]”.

Finalmente, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990) busca proteger, como su nombre lo indica, a los trabajadores migrantes y su grupo familiar de condiciones abusivas.

#### **2.6.6 El aporte al Derecho interno de los criterios jurisprudenciales desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de familia**

En esta parte de la tesis abordaremos casos de especial transcendencia a nivel internacional desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de familia.

En el Sistema interamericano de Derechos Humanos, los Estados han acordado establecer sistemas internacionales para el monitoreo y la protección de los derechos humanos, de esta manera es una valiosa herramienta para defender causas que versen sobre los derechos humanos reconocidos internacionalmente, el sistema está compuesto por dos órganos de protección: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

La CIDH resuelve las peticiones (denuncias) de los países que han aceptado su competencia contenciosa.

“...La Corte Interamericana es uno de los tres tribunales regionales de protección de los derechos humanos, conjuntamente con la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. La CIDH es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es aplicar e interpretar la Convención Americana. La Corte Interamericana ejerce una función contenciosa, dentro de la que se encuentra la resolución de casos contenciosos y el mecanismo de supervisión de sentencias; una función consultiva; y la función de dictar medidas provisionales.” (Corte Interamericano de Derechos Humanos, 2019, pág. 6)

En el transcurso del año pasado se han presentado casos resueltos en la Corte Interamericana de manera favorable como son:

Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica y el Caso Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de noviembre del 2012.<sup>10</sup>

“Los hechos del presente caso se relacionan con la aprobación del Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud, el cual autorizaba la práctica de la fecundación in vitro (FIV) para parejas conyugales y regulaba su ejecución. La FIV fue practicada en Costa Rica entre 1995 y 2000. El 7 de abril de 1995 se presentó una acción de inconstitucionalidad contra dicho Decreto Ejecutivo, utilizando diversos alegatos sobre violación del derecho a la vida. El 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema anuló por inconstitucional el Decreto Ejecutivo. Nueve parejas presentaron una petición a la CIDH debido a esta situación. En todas las personas se evidenció: i) las causas de infertilidad de cada pareja; ii) los tratamientos a los cuales recurrieron para combatir dicha condición; iii) las razones por las cuales acudieron a la FIV; iv) los casos en que se interrumpió el tratamiento para realizar la FIV debido a la sentencia de la Sala Cuarta, y v) los casos en que las parejas debieron viajar al exterior para realizarse dicho procedimiento.”

---

<sup>10</sup> <https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/artaviaturillo.pdf>

Las parejas, en este caso, deseaban fundar una familia mediante la FIV (fecundación in vitro), sin embargo, por la solicitud de una acción de inconstitucionalidad de un decreto ejecutivo, se anuló en el país Costa Rica este servicio. Siendo así se afectó tratamientos y procedimientos para realizarse la FIV, lo cual generó que algunas parejas tuvieran que viajar al exterior para realizarse dicho procedimiento y otras simplemente no pudieran realizarlo.

De tal manera, al verse vulnerados sus derechos a tener una familia, a la vida privada, igualdad ante la ley entre otros, los peticionantes solicitaron la tutela de los mismos en el sistema interamericano, obteniendo una respuesta favorable, en los siguientes términos:

“144. La Corte considera que el presente caso trata de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas.”

Así también, considera o sostiene con argumentos sobre la discriminación indirecta en relación con la condición de discapacidad:

“293. Con base en estas consideraciones y teniendo en cuenta la definición desarrollada por la OMS según la cual la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo (...), la Corte considera que la infertilidad es una limitación funcional

reconocida como una enfermedad y que las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Dicha condición demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva.”

Discriminación indirecta en relación con el género:

“294. La Corte considera que la prohibición de la FIV puede afectar tanto a hombres como a mujeres y les puede producir impactos desproporcionados diferenciados por la existencia de estereotipos y prejuicios en la sociedad.”

Discriminación indirecta en relación con la situación económica:

“303. Finalmente, la prohibición de la FIV tuvo un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no contaban con los recursos económicos para practicarse la FIV en el extranjero. (...)”

Y concluye:

“316. (...) La Corte concluye que la Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en

la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia. Asimismo, la interferencia tuvo efectos discriminatorios. Además, teniendo en cuenta estas conclusiones sobre la ponderación y lo ya señalado respecto al artículo 4.1 de la Convención (...), la Corte no considera pertinente pronunciarse sobre los alegatos del Estado respecto a que contaría con un margen de apreciación para establecer prohibiciones como la efectuada por la Sala Constitucional.”

Como se puede apreciar la importancia de fundar una familia, más allá de solo unirse como un grupo por lazos de afinidad, sino la importancia de que aunque no se pueda conseguir de manera naturalmente biológica (procreando hijos), sino con ayuda de la ciencia y los avances en tecnología médica, resulta de vital importancia en la vida de muchas parejas que son infértiles, ya que su deseo es tener una familia y si la ciencia puede ayudarlos, no se les debe prohibir dicha decisión, que como se ha expuesto en la sentencia, esto forma parte de su vida privada.

- La Corte IDH - caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam, sentencia del 10 de septiembre de 1993, que vela por la estructura familiar en comunidad indígena, derecho consuetudinario indígena, filiación e identidad entre otros.

“Los hechos acaecidos en Atjoni donde 20 cimarrones (marrons –saramancas) varones inermes fueron golpeados por militares de Suriman, de

los cuales liberaron a la mayoría y se quedaron con 7 personas a quienes se lo llevaron rumbo a Paramaribo, donde se les pidió excavar y se les dio muerte.”

“19 En la sociedad Maroon tradicional, una persona no solo es miembro de su grupo familiar, sino miembro de su comunidad aldeana y del grupo tribal. En este caso, el perjuicio experimentado por los aldeanos debido a la gran pérdida de miembros de su grupo debe ser indemnizado. Como aldeanos constituyen en la práctica una familia en sentido amplio, ... Han sufrido perjuicios emocionales directos como resultado de las violaciones de la Convención”

Como se puede apreciar el sentido de familia en este caso es amplio debido a que no solo incluye a la familia de sangre sino a todos los miembros de la comunidad, debido a que cada integrante asesinado en este caso constituía la principal o única fuente de ingresos por los trabajos variados que realizaban.

La Corte IDH, concedió la indemnización a la comunidad basándose, a que todos fueron afectados tanto emocionalmente como económicamente por la desaparición y asesinato de sus integrantes. Tomando en cuenta el sentido amplio de familia, conforme el párrafo 19 de la sentencia en mención.

- Corte IDH – caso Reggiardo Tolosa. Medidas provisionales respecto Argentina, sentencia del 19 de enero de 1994, versa sobre la apropiación de menores, protección de integridad psíquica, contacto con familia legítima, entre otros.

“Fun. 1 Gonzalo Xavier y Matías Ángel nacieron en abril de 1977, durante el cautiverio de su madre María Rosa Anata Tolosa y Juan Enrique Reggiardo (pareja desaparecida) y fueron inmediatamente apropiados y luego inscritos como hijos de Samuel Miara, ex subcomisario de la Policía Federal de Argentina y su esposa; los niños a los 11 años se enteraron que los esposos Miara no eran sus padres biológicos fueron llevados a Paraguay y luego volvieron a Argentina donde los colocaron en una familia sustituta hasta la obtención de los resultados de los exámenes inmunogénéticos.”

“Fun. 4 ...cabe agregar que en la fecha, la Dirección General de Derechos Humanos y de la Mujer de la Cancillería Argentina informo a esta representación que los menores Gonzalo Xavier y Matia Ángel Reggiardo Tolosa Actualmente están con miembros de su familia legítima, sus tíos Tolosa.”

En el presente caso descrito muestra la desaparición de una pareja que tuvieron dos hijos durante el cautiverio sufrido, y uno de los policías a cargo se llevó a los niños para criarlos como suyos, cuando los niños se enteran de que la Pareja Miara no son su familia, deciden emprender la búsqueda de saber quiénes son, de donde proviene y quiénes son sus padres, si tiene familiares, etc.

Al final la Corte IDH determinó que debe encontrarse con su familia de sangre por prevalecer el contacto con la familia de vínculo consanguíneo (teniendo en cuenta también los hechos acaecidos a sus padres) y sostiene que los niños tienen derecho a estar con la los integrante de la familia con quienes les une el vínculo consanguíneo, situación que se dio en el transcurso del proceso.

- Corte IDH – caso Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, sentencia del 8 de setiembre de 2005, se vela el interés superior del niño y la integridad personal.

“El caso trata de las niñas Yean y Bosico nacidas en 1996 y 1985 respectivamente en la Republica Dominicana, ambas niñas tienen ascendencia haitiana por parte de su padre y abuelo materno. Los haitianos forman parte del grupo social vulnerable. El Estado a través de sus autoridades de Registro Civil negó a las niñas sus actas de nacimiento pese de haber nacidos en el territorio del Estado de Republica Dominicana, afectando gravemente a las niñas estando como ilegales y apátridas perdiendo el año escolar.

“Fun. 173 – La Corte considera que la situación de extrema vulnerabilidad e que el Estado coloco a las niñas Yean y Bosico, en razón a su derecho a la nacionalidad por razones discriminatorias, así como la imposibilidad de recibir protección del Estado y de acceder a los beneficios de que eran titulares, y finalmente por vivir bajo el temor fundado de que fuesen expulsadas del Estado del cual eran nacionales y ser separadas de su familia

por falta de acta de nacimiento. La República Dominicana incumplió con su obligación de garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana...”

“Fun 184 – Igualmente los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento de registro, sin ningún tipo de restricción al derecho sin interferencia en la decisión de escoger el nombre y su apellido. ...El nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia con la sociedad y con el Estado, lo que no fue garantizado a las niñas Yean y Bosico por la Republica dominicana.”

El presente caso expone a una familia en la cual sus integrantes se encontraban unidos, es decir, viven juntos, sin embargo, dos menores no podían obtener su partida de nacimiento, situación que conlleva a que no existen legalmente, para el Estado como ciudadanas y gozar de sus derechos, por lo tanto, eran perjudicadas al no poder realizar trámites diversos, como puede ser inscripción al colegio, a un seguro de salud, etc., que le afectaba su salud emocional psicológica y física.

Es así como, por discriminación, se ponía en peligro la existencia de una familia, siendo consideradas las menores de edad como persona de extrema vulnerabilidad, al no poder obtener su partida de nacimiento donde se colocaría sus apellidos, quienes son sus padres

y su nacionalidad, datos que vinculan a las menores con su identidad e integridad como persona, y dejar por sentado su ascendencia haitiana.

- Caso IDH Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala, sentencia del 24 de noviembre de 2009, vela por el interés superior del niño obligación estatal comunitaria y familiar, protección de convivencia entre padres e hijos y otros.

“Fun. 2 – la demanda se relaciona con la supuesta falta de debida diligencia en la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de la masacre de 251 habitantes del parcelamiento de la Dos Eres, la libertad, departamento de Peten -1982 – Dicha masacre fue ejecutada por miembros del grupo especializado de las fuerzas armadas de Guatemala denominado Kaibiles...Adicionalmente , en el contexto de la masacre uno de los Kaibiles que participo en ella , sustrajo a un niño sobreviviente, se lo llevo a casa y lo registro con sus apellidos. ...el supuesto uso indiscriminado y permiso de recursos judiciales y la falta de una investigación exhaustiva, juzgamiento y sanción de los responsables está pendiente.”

“Fun. 187 – En relación con el derecho a la familia la Corte ya ha establecido en su jurisprudencia que la separación de niños de su familia constituye bajo ciertas condiciones, una violación de sus derechos de familia reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana”

“Fun. 188 – además, este tribunal ha señalado que el niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia forma parte, implícitamente del derecho a la protección de la familia y del niño”

“Fun. 214 – De otra parte, en atención a que dos de los sobrevivientes de la masacre Ramiro Osorio Cristales y salome Gómez Hernández, eran niños, la corte reitera que ellos tienen (...) derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado, de conformidad con el artículo 19 de la convención americana”

En la presente sentencia hace mención de que los niños se les debe dar prioridad en la convivencia con los familiares consanguíneos, en este caso fueron apartados dolosamente, pero la Corte determinó que este acto violentaba varios artículos de la Convención Americana, ya que la Convención Americana protege los derechos de la familia y del niño.

- En el Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile (Corte IDH), sentencia emitida el 24 de febrero de 2012, vela por los derechos del interés superior del niño, orientación sexual de padre o madre, rol tradicional de maternidad, obligación estatal respecto de

desarrollo y fortalecimiento del núcleo familiar entre otros. Los hechos expuestos refiere a:

“La señora Atala contrajo matrimonio con Ricardo López Allendes en 1993, durante el matrimonio nacieron tres niñas, En el año 2002 decidieron terminar su matrimonio; hacia finales del mismo año la señora Emma de Ramón va a vivir en la misma casa que la señora Atala, pues era su compañera sentimental. En el 2003 el padre de las niñas interpone una demanda de tuición ante el juzgado, al considerar que el desarrollo físico y emocional de las niñas estaban en serio peligro bajo el cuidado de su madre, dada su nueva opción de vida sexual. La Corte Suprema concedió la tuición definitiva al padre, argumentando que la orientación sexual de la madre y su convivencia con una pareja del mismo sexo producirían un daño a las tres niñas. A su vez estimo el Estado de vulnerabilidad de las niñas ante el entorno familiar diferenciado de sus compañeros de colegio y de las relaciones de la vecindad en que habitaban, lo cual las expondría a ser objeto de aislamiento y discriminación”

“Fun. 109...la corte constata que la determinación del interés superior del niño, en caso de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones

generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.”

“Fun 140 -En consecuencia, la Corte considera que exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción ‘tradicional’ sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad. Por tanto, la Corte considera que bajo esta motivación del supuesto privilegio de los intereses personales de la señora Atala tampoco se cumplía con el objetivo de proteger el interés superior de las tres niñas.”

“Fun. 148. Los representantes argumentaron que mediante la sentencia de la Corte Suprema de justicia se había vulnerado el interés superior del niño al contravenir el derecho de las niñas a no ser separadas de su familia. Además, agregaron que los niños no pueden ser discriminados por las condiciones de sus padres”

“Fund. 172. Respecto al concepto de familia, diversos órganos de derechos humanos creados por tratados, han indicado que no existe un modelo único de familia, por cuanto este puede variar. De igual forma, el tribunal europeo ha interpretado el concepto de “familia” en términos amplios. Respecto a parejas

de diferentes sexos, ha señalado reiteradamente que: La noción de familia bajo esta norma no está circunscrita a relaciones basadas en el matrimonio y pueden abarcar otros vínculos de “familia” de facto donde las partes están viviendo juntas fuera del matrimonio. Un niño nacido en tal relación es ipso jure parte de tal unidad familiar desde ese momento y por el mero hecho de su nacimiento. Por tanto, existe entre el niño y su padre un vínculo que implica vida familiar. Además, el tribunal recuerda que el goce mutuo de la compañía del otro entre los padres y el niño constituye un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación de los padres este rota y (en consecuencia) medidas nacionales que limiten tal goce conllevan una interferencia con el derecho protegido por el artículo 8 del convenio”.

“Fund. 175 (...) esta Corte considera que la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no solo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana sino también, por el impacto que ello pueda tener e un núcleo familia, a la luz del artículo 17.1 de dicha Convención.”

En la presente sentencia se precisa que las menores de edad pueden convivir en una familia donde la pareja está conformada por dos personas del mismo sexo, y solo si hubiera indicios o de alguna situación que dañe psicológicamente a las niñas, en ese caso tendrían que ser separadas, pero condicionar a que la madre tenga un estilo de vida considerada tradicional, es interferir en el ámbito de su vida privada.

A lo expuesto en el párrafo anterior, podemos señalar que no existe un único concepto de familia, y que esta puede ser conformada por cualquier persona con quien comparta vínculos consanguíneos o de afinidad, interactúen diariamente y exista sentimientos de afecto.

- Caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Jessica Lenahan (Gonzales) y otros contra los Estados Unidos, Informe del 21 de julio de 2011, discriminación de la mujer, deber especial de protección a los niños, evaluación de riesgo, debida diligencia estatal entre otros.

“Los hechos acaecidos fue el 23 de junio de 1999, con la muerte de las niñas Leslie, Katheryn y Rebecca, hijas del matrimonio compuesto por Jessica Lenahan y Simón Gonzales. Jessica tras observar cambios atemorizantes en su pareja se separa de Simón, pero él se torna agresivo y muestra un comportamiento suicida. Después de trámites Jessica consigue la orden de alejamiento de 100 metros para Simón, así como luego el tribunal asigno de carácter permanente protección, y Simón solo con autorización de la madre podría visitar a sus hijas. Sin embargo, la expareja Simón, se había llevado a sus hijas y las asesino, resultando el muerto luego de un encuentro con la policía.”

“Fun. 127...destacan el vínculo entre el deber de actuar con la debida diligencia y la obligación de los estados a garantizar el acceso a recursos judiciales adecuados y efectivos para las víctimas y sus familiares, cuando son objeto de actos de violencia. ...”

“Fun. 165. El deber del Estado de aplicar la debida diligencia para actuar de forma expedita a fin de proteger a las niñas de la violación de sus derechos a la vida requiere que las autoridades encargadas de recibir denuncias de personas desaparecidas tengan la capacidad de entender la gravedad del fenómeno de la violencia perpetrada contra ellas y de actuar inmediato. ...Existe un amplio reconocimiento internacional del vínculo estrecho entre la violencia doméstica y la violencia fatal contra niñas y niños perpetrada por los padres...”

“Fun. 177. La comisión ha identificado el deber de los] Estados partes de adoptar medidas legales para prevenir actos de violencia inminentes como un componente de su obligación de garantizar que las victimas tengan un acceso adecuado efectivo a mecanismos de protección judicial...”

De esta manera, la violencia en los hogares no solo es violencia de género, contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, por ser considerados vulnerables. Además de eso, la violencia puede atentar contra la misma existencia de las familias, porque al

acabar con la vida con los integrantes de la misma, su existencia desaparece y el reconocimiento y el respeto a ella.

En estos casos, de violencia familiar que terminan en la muerte de uno o varios integrantes de la familia, es una situación es extrema, que pudo evitarse, al haber sido denunciado oportunamente, ya era función de las autoridades brindar el apoyo necesario para salvaguardar la salud y vida de los denunciantes.

- TEDH Caso Marckx v. Belgium, Sentencia del 13 de junio de 1979. Aplicación N°6833/74, versa sobre vinculo natural, familia protegida, derecho al respeto a la vida familiar, entre otras.

“Los hechos acaecidos se da con el nacimiento de Alexandra Marckx el 16 de octubre de 1973 en Wilrijk, su madre Paula Merck, era soltera al momento de nacimiento. Luego del nacimiento se dio aviso al juez de paz de acuerdo con el artículo 57 del Código Civil belga en el caso de niños ilegítimos. El 29 de octubre de 1973 Paula Markx reconoció a su hija de acuerdo con el artículo 334 del CC y devino automáticamente en tutora de la niña. Existía un consejo familiar donde se encontraban los parientes cercanos a Paula y ellos estaban autorizados para tomas varias medidas legales en interés de Alexandra. El 30 de octubre de 1974, Paula Markx adopto a su hija conformo el CC belga. Las peticionarias se quejan de las previsiones del CC en cuanto establecen la filiación maternal de un niño “ilegítimo” y de los efectos que tiene la filiación

con respecto tanto a la extensión de las elaciones familiares del niño como a los derechos patrimoniales del niño y su madre. Las peticionantes también pusieron en cuestión la necesidad de una madre de adoptar a su hijo si desea aumentar derechos”

“Cf. Párr. 31 - La primera cuestión a decidirse es si el vínculo natural entre Paula y Alexandra Marckx dio lugar a una familia protegida por el artículo 8. Mediante la garantía del derecho al respeto de la vida familiar, el artículo 8 presupone la existencia de una familia. La Corte está de acuerdo plenamente con la jurisprudencia establecida por la Comisión sobre un aspecto central, esto es, que el artículo 8 no hace distinción entre la familia “legítima” y la familia “ilegítima...”

“Cf. Párr 33 – De acuerdo con la jurisprudencia establecida por este tribunal, una diferenciación es discriminatoria si “no tiene justificación objetiva y razonable”, esto es, si no persigue un “fin legítimo”

“Cf. Pa. 36 ...El dilema que existe en el presente caso no es acorde con el “respeto” a la vida familiar, ya que frustra e impide el desarrollo normal de esa vida (...) Las consecuencias desfavorables del reconocimiento en el ámbito de los derechos patrimoniales son en sí mismas contrarias al artículo 14 de la Convención ...”

En este caso, se puede observar lo importante que es que un niño o niña, sea identificado dentro del seno de su hogar, con todas las normas legales existentes y vigentes, para obtener todos sus derechos, lo cual, al no suceder así, por una carencia o vacío de leyes, pone en peligro la estabilidad familiar y el desarrollo.

La Corte consideró que la sentencia no era acorde con el respeto a la vida familiar, porque el derecho patrimonial propio en las familias se encontraba restringido en este caso, llevando a la hija a realizar trámites engorrosos para efectos de ser considerada como tal.

- TEDH Caso F. v. Switzerland, sentencia del 18 de diciembre de 1987, aplicación N°11329/85. El presente proceso versa sobre el derecho fundamental al matrimonio, derecho de formar una familia.

“Los hechos radica en que el peticionario contrajo matrimonio por primera vez en 1963, y en mayo de 1964 se divorció. En 1966 se casó nuevamente, en diciembre de 1978 se separó y en 1981 obtuvo el divorcio con la prohibición de casarse durante un año. En febrero de 1983 contrajo terceras nupcias, pero en marzo comenzó los trámites del divorcio. El tribunal interpuso al peticionario la prohibición para contraer matrimonio por tres años. En 1986 quiso contraer nuevamente matrimonio con una mujer recientemente divorciada. El Juez decidió levantar las medidas que impedía que ella contrajera matrimonio tan pronto, esta decisión no sería efectiva hasta que no

cesara la prohibición que recaía sobre el peticionario. Pudieron contraer matrimonio recién en enero de 1987 y al mes siguiente nació el hijo de ambos.

“CF. Parr. 32. El artículo 12 (art12) protege el derecho fundamental de los hombres y mujeres al matrimonio y a formar una familia. El ejercicio de estos derechos da lugar a consecuencias personales, sociales y legales. Si bien está sujeto a las leyes internas de las partes, las limitaciones así introducidas no deben restringir o reducir el derecho en tal manera que la esencia del derecho sea perjudicada...”

La presente sentencia nos muestra que toda persona tiene el derecho a formar una familia, frente a cualquier suceso en la vida de las personas, como en el caso del Señor F. , que se casó dos veces e igualmente se divorció a los meses siguientes, donde el Estado le prohíbe casarse durante un año, vemos aquí la interferencia legal, para que el señor F. pueda volver a formar una familia, en el tiempo que él considere oportuno y necesario y que este actuar no esté condicionado a normas.

- TEDH, caso Kroon and Others v. the Netherlands, sentencia del 27 de octubre de 1994. Aplicación N°18535/91. Familia extramatrimonial, derecho a la vida familiar, reconocimiento de filiación, prevalencia de la realidad biológica y social entre otros.

“Los hechos: La Sra. Kroon se casó en 1979 con un ciudadano marroquí. Ali Zerrouk. En 1986 la unión se disolvió por la desaparición del marido. Un año

después tuvo un hijo Samir. Para ese entonces ya no convivía con el marido y tampoco con el padre del niño. Posteriormente obtuvo el divorcio tuvo otros tres hijos a los que inscribió como hijos de su nueva pareja. Esta pareja contribuía económicamente al sostenimiento de todos los niños y procedía a visitarlos con frecuencia manteniendo una relación extramatrimonial de gran estabilidad con la madre. Sin embargo, no tienen intención de legalizar su situación ni de vivir juntos. La pareja de la Sra. Kroon decidió reconocer la paternidad del hijo mayor, pero las autoridades le denegaron la autorización, pese a la más que probable posibilidad de que fuera el verdadero padre del menor. El Estado insistió en exigir que la pareja se casara y cohabitara para autorizar el reconocimiento de paternidad, pero ambos rechazaron la posibilidad del matrimonio.”

“CF. Parr. 30. En todo el procedimiento interno se asumió por todas las partes involucradas, incluyendo al Registro de Nacimiento, Defunciones y Matrimonios – que la relación e cuestión constituía “vida familiar” y que por tanto el artículo 8 es de aplicación, igualmente fue aceptado por los tribunales holandeses. En cualquier caso, la Corte acuerda que la noción de “vida familiar” recogida en el artículo 8 no se limita o se reduce solamente a las relaciones basadas en la unión matrimonial y debe abarcar otros “lazos familiares” de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio...Por lo tanto existe entre Samir y El Sr. Zerrouk un lazo que asciende y se constituye como vida familiar, cualquiera que sea la

contribución de este al cuidado y la crianza de su hijo. Por lo tanto, es de aplicación el artículo 8.”

“Cf. Parr. 40 En opinión de la corte, el respeto por la “vida familiar” requiere que la realidad biológica y social prevalezcan sobre una presunción jurídica que, como en el presente caso va en contra de los objetivos y deseos de los interesados, sin beneficiar realmente a alguien. En consecuencia, ha habido una violación del artículo 8 de la misma.”

Así pues, la situación de esta pareja no es de convivencia, sino que cada miembro de la misma vive en diferentes lugares. No obstante, el padre contribuía con el sostenimiento de la familia y llevaba una buena relación con la madre. , El señor Zerrouk trató de reconocer al hijo mayor de su pareja, pero las normas en el país se lo denegaron, por no encontrarse viviendo juntos o haberse casado.

El Tribunal determinó que cualquier forma de familia es aceptable cuando las circunstancias son buenas para cada integrante de la familia, y sean identificadas como tal, es decir, que los niños identifiquen a cada persona como miembro de la familia, de esta forma se da el respeto a la vida familiar.

- Caso Kutzner v. Germany, sentencia emitida el 26 de febrero de 2002 – aplicación N°46544/99. Derecho a la vida familiar, disfrute mutuo de convivencia entre padres e hijos, adopción, cuidado de padres biológicos, entre otros.

“Los peticionarios, Ingo y Annette Kutzner, alemanes, nacieron en 1966 y 1968 respectivamente. Están casados y tienen dos hijas, Corinna, nacida en 1991, y Nicola, nacida en 1993. El matrimonio y sus hijas han vivido desde el nacimiento de la primera de ellas con los padres del Sr. Kutzner y con un hermano soltero de éste, en una granja. Los peticionarios asistieron a una escuela especial para personas con dificultades de aprendizaje. Entre octubre de 1995 y mayo de 1996, la Sra. Klose, trabajadora social, visitó la familia de los peticionarios en su hogar. Las relaciones entre los peticionarios y la asistente social no fueron buenas, lo que sería la causa de que sus informes sobre la familia resultaran desfavorables. En este informe se resaltaban aspectos negativos tales como las deficiencias intelectuales de los peticionarios, conflictos entre los miembros de la familia, y el hecho de que al menos en el inicio, ella era observada por la familia. El 27 de mayo de 1997 el Tribunal de Guarda de Bersenbrück revocó el derecho parental de los peticionarios sobre sus dos hijas y ordenó su ubicación con padres sustitutos, arguyendo que los peticionarios no tenían la capacidad intelectual requerida para criar a sus hijas, así como sobre el fundamento de que las niñas estaban muy retrasadas en su desarrollo mental y físico y que los peticionarios no habían colaborado suficientemente con los servicios sociales. El 29 de enero de 1998 el Tribunal Regional de Osnabrück, con base en dos informes periciales – uno que destacaba el retardo mental de los padres y el segundo su subdesarrollo emocional –, confirmó la decisión del Tribunal de Guarda. Las

niñas fueron ubicadas en hogares sustitutos no identificados y fueron impuestas restricciones a los derechos de visita de los padres. Los peticionarios no pudieron ver a sus hijas durante los primeros seis.”

“Cf. Párr 58 El disfrute mutuo entre padre e hijo de su recíproca compañía constituye un elemento fundamental de la vida familiar.”

“Cf. Párr 59 Por lo tanto, no hay duda – y el gobierno no rechaza – que las medidas aludidas en el presente caso (la ubicación continua de las niñas en hogares adoptivos y las restricciones impuestas al contacto entre los peticionarios y sus hijas) alcanza el grado de una “injerencia” en los derechos de los peticionarios al respeto de su vida familiar.”

“Cf. Párr. 76 El Tribunal además reitera que una orden de custodia en principio debería ser considerada como una medida temporaria, para ser discontinuada tan pronto como las circunstancias lo permitan, y que cualquier medida implementando custodia temporaria debería ser consecuente con el objetivo último de reunificación de los padres naturales y el niño [hay cita]. El deber positivo de tomar medidas para facilitar la reunificación familiar tan pronto como sea razonablemente posible comenzará a pesar sobre las autoridades responsables con una fuerza creciente desde el inicio del periodo de custodia, sujeto siempre a su balance contra el deber de considerar el mayor interés del niño.”

De esta manera, el Estado puede intervenir y separar a la familia, siendo esta, la última medida en la cual se debe recurrir, y cuando ninguna otra alternativa empleada haya surtido efectos favorables en bienestar de cada integrante de la familia. Porque se preserva la existencia de la familia y el respeto a su formación y estabilidad.

Sin embargo, cuando existen situaciones en la que se pone en riesgo el aspecto físico o psicológico de algunos de sus integrantes, es necesario, medidas que ayuden a colaborar con la mejora de la convivencia.

- TEDH Caso Evans v. The United Kingdom, sentencia del 10 de abril de 2007- Aplicación N°6339/05. Velar por el Derecho a la vida privada, FIV, Decisión de paternidad y maternidad genéticas.

“Hechos: El 12 de julio de 2000 la peticionaria, Natalia Evans, y su pareja, Sr. J., comenzaron un tratamiento médico de reproducción asistida en una clínica especializada. El 10 de octubre de 2001 la pareja fue informada de que las pruebas preliminares revelaron en la peticionaria serios tumores precancerígenos en ambos ovarios, los cuales deberían ser removidos. Sin embargo, como los tumores se desarrollaban lentamente, sería posible obtener algunos óvulos antes de la ablación para su fecundación in vitro (FIV). Durante la consulta una enfermera les explicó que debían expresar su consentimiento sobre la realización del tratamiento y que, de acuerdo lo

previsto en la Ley de 1990 de fecundación y embriología, cada uno podría retirar su consentimiento en cualquier momento mientras los embriones no fuesen implantados en el útero, retiro que conllevaría la destrucción de éstos. En mayo de 2002 se produjo la ruptura de la relación, luego el Sr. J. escribió a la clínica notificando la separación y solicitando la destrucción de los embriones. La clínica notificó a la peticionaria el retiro del consentimiento del Sr. J. e informó que se encontraban bajo la obligación legal de destruir los embriones. Ante esta situación la Sra. Evans comenzó un procedimiento interno a fin de restaurar el consentimiento para el uso y almacenamiento de los embriones. El juez sostuvo que un embrión no reviste la calidad de persona, por lo que no cuenta con derechos propios. En igual sentido, sostuvo que el derecho a la vida familiar de la peticionaria no fue vulnerado. La peticionaria apeló la decisión sin obtener respuesta favorable.”

“Cf. Párra. 71. No es disputada por las partes la aplicación del Artículo 8 y que el caso concierne el derecho de la peticionaria sobre el respeto de su vida privada. La Gran Sala está de acuerdo con la Sala respecto a que la “vida privada”, que es un término amplio que abarca, aspectos de la identidad física y social individual incluyendo el derecho a la autonomía, el desarrollo personal y el establecer relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior incorpora el derecho de respetar ambas decisiones sobre convertirse o no en progenitor.”

“Cf, Párr. El dilema central del presente caso es que implica un conflicto entre los derechos del Artículo 8 de dos particulares: la peticionaria y J. Por otra parte, cada interés personal es enteramente irreconciliable con el otro. En caso de que le sea permitido a la peticionaria el uso de los embriones, J. se verá forzado a convertir-se en padre, mientras que si la negativa o el retiro del consentimiento de J. es mantenido, se verá negada la oportunidad de la peticionaria de convertirse en una madre genética. En las difíciles circunstancias de este caso, cualquiera sea la solución que adopten las autoridades nacionales, los intereses de una u otra parte respecto al tratamiento FIV resultarían totalmente frustrados.”

“Cf. Parr. 89. Mientras que la peticionaria criticó las normativas nacionales sobre consentimiento por el hecho de que no podrían ser inaplicadas en ninguna circunstancia, el Tribunal no encuentra que la naturaleza absoluta de la Ley sea, por sí misma, necesariamente inconsistente con el Artículo 8 (Ver *Pretty v. The United Kingdom* y *Odièvre v. France*) [...] Bajo la perspectiva del Tribunal, estos intereses generales perseguidos por la legislación son legítimos y concuerdan con el Artículo 8.”

En esta sentencia prevalecían las normas del país debido a que no se implanto los embriones, debido a que no tenía autorización de ello por el donante de esperma, y la Corte determina que lo resuelto por las leyes de United Kingdom, ha sido aplicado correctamente. En esta sentencia la pareja se encontraba separada y la mujer deseaba

concebir, pero utilizando los avances tecnológicos en la medicina - situación que presentaba un conflicto ético. Pero se puede analizar que no pueden forzar al hombre a ser padre de un ser que no autorizo a concebir. Por lo que la mujer deberá ver la forma de tener un hijo sin contar con el embrión almacenados.

- TEDH Caso Phinikaridou v. Cyprus, sentencia del 20 de diciembre de 2007. Aplicación 23890/02, derecho a la vida privada familiar, derecho a la identidad, reconocimiento judicial de paternidad entre otras.

“Hechos: La peticionaria nació en 1945 fruto de una relación extramatrimonial. Su madre biológica la abandonó en una casa, cuya dueña entregó a la niña a la Sra. María Phinikaridou. A pesar de estar distanciada de su madre biológica, la peticionaria no perdió contacto total con ella. En diciembre de 1997, cuando la peticionaria tenía 52 años, su madre biológica, poco tiempo antes de morir, le dijo el nombre de su padre biológico. En junio de 1999 la peticionaria se presentó a la Corte de Familia de Nicosia con el objetivo de requerir el reconocimiento judicial de paternidad en base a la Ley de Niños 1991. El demandado como padre rechazó el requerimiento y negó su paternidad argumentando que el reclamo de la peticionaria habría prescrito según la Ley de Niños 1991, la cual establece un plazo límite de tres años luego de obtener la mayoría de edad para iniciar el correspondiente proceso de reconocimiento judicial de paternidad. Este argumento fue sostenido por la

Corte de Familia y, posteriormente, la peticionaria recurrió a la Corte Suprema sin obtener resultado favorable.”

“Cf. Párr. 48 En principio, el Tribunal observa que la peticionaria no discute que la imposibilidad de iniciar una acción para el reconocimiento judicial de paternidad se encuentra de conformidad con la ley. En efecto, ella reclama que el tiempo límite impuesto por la Ley de Niños le impide contar con la posibilidad del reconocimiento judicial de paternidad ante los tribunales locales, en violación del Artículo 8 del Convenio.”

“Cf. Párr 61 El Tribunal sostiene que las disposiciones de la Ley de Niños aseguran adecuadamente los intereses de un niño que conoce sobre la identidad de su padre dentro del período provisto por la ley. Sin embargo, éstas no otorgan ningún permiso a los niños en la situación de la peticionaria, quien no tuvo conocimiento de los hechos referidos a la paternidad sino hasta después de transcurrido el plazo de tres años.”

“Cf. Parr. 65. Por lo tanto, incluso considerando el margen de apreciación otorgado al Estado, el Tribunal considera que la aplicación rígida de un tiempo límite para el ejercicio de los procesos de paternidad, independientemente de las circunstancias del caso individual y, en particular, del conocimiento de los hechos concernientes a la paternidad, perjudica la esencia del derecho al respeto a la vida privada contenido en el Artículo 8 del Convenio.”

“Cf. Párr. 66 En vista de lo anterior, y en particular considerando la naturaleza absoluta del período límite, el Tribunal considera que no se ha realizado un balance justo entre los diferentes intereses involucrados y, por lo tanto, que la interferencia en el derecho al respeto a la vida privada no fue proporcionada al objetivo legítimo perseguido.”

El Tribunal señala el derecho a la identidad entre otros derechos, como muy importante para una persona, porque de esta manera se identifica con otro individuo para formar parte de su familia, o simplemente, como en el presente caso, necesita saber si es su padre biológico. El deseo de conocer quién es su padre biológico, de donde proviene éste, a que se dedica, porque no estuvo con ella, son cuestiones que de alguna u otra manera terminaría formando su identidad con conocimientos de sus orígenes, para dar respuesta a alguna inquietud en sus rasgos físicos o alguna enfermedad genética, entre otras.

- TEDH Caso Zhou c. Italie, sentencia del 21 de enero de 2014. Aplicación N°33773/11, se protege el derecho la vida familiar, se trata temas de supresión del lazo de filiación maternal, adopción, medidas concretas para permitir convivencia de madre e hijo entre otras.

“Hechos: En el año 2000, la Sra. Zhou (la peticionaria) llegó a Italia junto con su compañero. Tuvieron dos hijas que enviaron a vivir a China con sus

abuelos. En 2004 la peticionaria quedó embarazada por tercera vez, y su pareja la abandonó. Ella no realizó ninguna consulta médica durante el embarazo hasta que en septiembre fue internada de urgencia por una pielonefritis gravídica. Al momento de dar a luz, la peticionaria sufrió una isquemia. En octubre, los servicios sociales decidieron colocar a la madre y su hijo, A., en un hogar; meses más tarde fueron trasladados a otro espacio en la ciudad de Padua. La peticionaria consiguió trabajo en Belluno, y como allí no había lugar para el niño, los servicios sociales lo colocaron en un instituto en Padua. La peticionaria entonces regresó a la ciudad y consiguió un empleo en el hospital del lugar, pero como sus horarios de trabajo eran variables, no podía hacerse cargo ella sola de su hijo. Luego de un acuerdo entre la madre y los servicios sociales, A. fue colocado durante el día con una familia de acogida, pero que tres meses después renunció a esta tarea. Entonces, la peticionaria decidió dejar a su hijo durante el día con una pareja de vecinos suyos. Los servicios sociales no estuvieron de acuerdo y solicitaron que se iniciara un proceso de adopción plena para el menor de edad, alegando que la madre no estaba en condiciones de ocuparse de su hijo. En diciembre de 2007 un tribunal otorgó la guarda de A. a una familia de acogida, y la peticionaria obtuvo el permiso de visita dos días por semana. Posteriormente se le suspendió ese derecho a pedido de los servicios sociales. Frente a la apelación de la madre, nuevamente se permitieron los encuentros. Luego de peritajes psicológicos, en abril de 2010 el tribunal declaró el estado de adoptabilidad

plena de A. Las apelaciones de la peticionaria y del curador del niño fueron desestimadas.”

“CF. Párr. 49 El Tribunal considera que el punto decisivo en la cuestión consiste en saber si, antes de suprimir el lazo de filiación maternal, las autoridades nacionales tomaron todas las medidas necesarias y adecuadas que se pueda exigir razonablemente de ellas para que el niño pudiera llevar una vida familiar normal en el seno de su propia familia.”

“CF. Párr. 58 [...] El Tribunal opina que las autoridades deberían haber tomado medidas concretas para permitir al niño vivir con su madre, antes de alojar al niño y de abrir un proceso de adopción. El Tribunal no está convencido de que el interés superior del niño mande a proceder a una adopción plena. Por el contrario, recuerda que el rol de las autoridades de protección social es precisamente el de ayudar a las personas en dificultades, guiarlos en sus iniciativas y aconsejarlos, entre otras, en cuanto a los diferentes tipos de subsidios sociales disponibles, a las posibilidades de obtener una vivienda social y otros medios de sobrellevar sus dificultades (*Saviny v. Ukraine* y *R.M.S. c. Espagne*). En el caso de las personas vulnerables, las autoridades deben prestar una atención particular y deben asegurarles una protección mayor (ver *B. c. Roumanie* (no 2), y *Todorova c. Italie*)”.

“Cf. Párr 61 En vista de estas consideraciones y no obstante el margen de apreciación del Estado en la materia, el Tribunal concluye que las autoridades italianas han faltado a sus obligaciones de proyectar la solución de una ruptura del lazo familiar y no haber desplegado los esfuerzos adecuados y suficiente por hacer respetar el derecho de la peticionaria a vivir con su hijo, desconociendo así su derecho al respeto de la vida familiar, garantizada por el artículo 8. Hay por lo tanto una violación de esta disposición.”

En estas circunstancias, igualmente el Tribunal concluye que no se debe separar al hijo de su madre, cuando se asome un problema, sino se deberá brindar ayuda a la madre, con los integrantes de la familia y del Estado para salvaguardar la existencia de la familia con una convivencia saludable. Lo primordial es preservar la existencia de la familia originaria con todos los medios posibles, y solamente si fuera necesario por el bienestar de sus integrantes disolver temporalmente a la familia para apoyarla y superar los problemas con el objetivo de volverse a unir todos los integrantes.

- TEDH Caso Labassee c. France. Sentencia del 26 de junio de 2014. Aplicación 65941/11. Versa sobre Gestación por sustitución en el extranjero, padre biológico, injerencia estatal en la vida familiar, derecho a la vida familiar, derecho a la identidad entre otros.

“Hechos: La pareja francesa de peticionarios no podía concebir en razón de un problema de fertilidad de la mujer. Por lo tanto, decidieron recurrir a la

gestación por sustitución. Por este motivo, en junio de 2000 viajaron a los Estados Unidos. En octubre de ese año firmaron un contrato con una clínica de fertilización por subrogación y con el Sr. y la Sra. L., para que esta última fuera la portadora de un embrión proveniente de un ovocito de una donante anónima y gametos del peticionario. De esta manera, en octubre de 2001 nació Juliette Monique Labassee, la tercera peticionaria, hija de la pareja de peticionarios. La justicia de los Estados Unidos certificó todo el procedimiento y se realizó la partida de nacimiento en Minnesota que certificaba que la niña era hija de los peticionarios. Finalizado este proceso, los peticionarios y su hija regresaron a Francia. En julio de 2003 la pareja obtuvo la primera negativa al reconocimiento e inscripción del acta de nacimiento de la hija en el registro de estado civil francés, por considerarla contraria al orden público, si bien sí se reconocía la existencia de un vínculo en la realidad. El 22 de marzo de 2007 la solicitud de los peticionarios fue denegada por un tribunal de Lille. Alegó que el estado de madre portadora era nulo y violatorio de la ley francesa y que tenía un carácter fraudulento, por lo que no se podía establecer un vínculo de filiación entre los peticionarios y la niña. El tribunal de apelaciones de Douai confirmó esa resolución el 14 de septiembre de 2009 y el 6 de abril de 2011 el tribunal de casación rechazó un nuevo recurso de los peticionarios.”

“Cf. Pár. 49 [...] [L]a negativa de las autoridades francesas a reconocer jurídicamente el vínculo familiar que unía a los peticionarios se analiza como

una “injerencia” en su derecho al respeto de su vida familiar, y plantea un interrogante entonces sobre el plano de las obligaciones negativas del Estado a la luz del artículo 8, más que sobre sus obligaciones positivas.”

“Cf. Párr. 73 Así, en vistas de los efectos concretos de la falta de reconocimiento en el derecho francés del vínculo de filiación entre los primeros peticionarios y la tercera entre sí respecto de su vida familiar por un lado, y por el otro lado el margen de apreciación del que dispone el Estado parte, el Tribunal estima que la situación a la que lleva la conclusión en el caso del Tribunal de Casación permite un justo equilibrio entre los intereses de los peticionarios y los del Estado, a pesar de que esto afecte el derecho al respeto de su vida familiar.”

“Cf. Párr.. 75 Ahora bien, en el ámbito del derecho positivo, la tercera peticionaria se encuentra en el caso en una situación de inseguridad jurídica [...] Francia, sin ignorar que ella había sido identificada como la hija de los peticionarios, sin embargo le negó esa calidad en su ordenamiento jurídico. El Tribunal considera que tal contradicción atenta contra la identidad de la tercera peticionaria en el seno de la sociedad francesa.”

“Cf. Párr. 81 No hubo violación del artículo 8 del Convenio en lo que respecta al derecho de los peticionarios a que se respete su vida familiar. Por el

contrario, sí hubo una violación de esta disposición en cuanto al derecho de la tercera peticionaria al respeto de su vida privada.”

Siendo así, la sentencia señala que a pesar de la forma que fue concebida y traída al mundo, era la única forma en que la pareja de franceses podían tener una hija, y formar una familia como ellos concebían esa figura de existencia de una familia, teniendo una niña a quien brindar todo su cariño; pero el Tribunal señala que no existe violación del artículo 8 por los peticionarios, sobre todo por falta de regulación, pero con respecto a la tercera peticionaria, que era la hija si se había vulnerado su derecho a la vida privada en reconocerla como hija de los peticionarios en dicha sentencia.

- Comité para Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CE-DAW) Comunicación N°4/2004 A.S. vs Hungría CE DAW/C/c/36/D/4/2004- de fecha 29 de agosto de 2006.

“Hechos: En el año 2000, A.S., perteneciente a la comunidad romaní, tuvo un embarazo normal y cumplió con los controles y cuidados adecuados. El día 2 de enero de 2001 comenzó con contracciones; sufrió importantes pérdidas de sangre y tuvo que ser trasladada en ambulancia al hospital. Al ser atendida, se le informó que se trataba de un feto muerto y que era necesario realizar la cirugía para extraerlo inmediatamente. Encontrando-se en la mesa de operaciones, se le solicitó que firmara la autorización para la realización de la cesárea. La autorización estaba redactada en los siguientes términos: “Habiendo sido informada de la muerte del embrión dentro de mi útero,

solicito firmemente mi esterilización. No tengo intención de volver a dar a luz, ni deseo quedar embarazada”. Debido a su estado emocional, y como la palabra “esterilización” estaba escrita en latín, no comprendió de qué se trataba. Se llevó a cabo la cirugía de extracción del feto muerto y se le realizó un ligamiento de trompas. Al abandonar el hospital, A.S. quiso saber cuándo podría volver a concebir, y fue entonces que tomó conocimiento de que había sido esterilizada. Todo esto le produjo severas consecuencias de salud y tanto ella como su pareja tuvieron que ser tratados para superar una depresión. Tanto por las convicciones religiosas católicas como por su pertenencia a la comunidad romaní, el poder concebir y la no utilización de métodos anticonceptivos resultaba de gran importancia para ella. La peticionaria realizó una demanda civil contra el hospital donde había sido esterilizada, pero ésta fue rechazada, al igual que la apelación.”

“Párr. 11.3 “[...] Con respecto a si el Estado Parte violó los derechos de la peticionaria amparados por el artículo 12 de la Convención al proceder a la esterilización quirúrgica sin haber obtenido previamente su consentimiento informado, [...] el Comité, en su recomendación general No. 24 sobre la mujer y la salud, explicó que son aceptables los servicios que se prestan si se garantiza el consentimiento previo de la mujer con pleno conocimiento de causa, se respeta su dignidad [...]”. El Comité declaró además que “[l]os Estados partes no deben permitir formas de coerción, tales como la esterilización sin consentimiento [...] que violan el derecho de la mujer a la

dignidad y a dar su consentimiento con conocimiento de causa'. El Comité considera que, en el presente caso, el Estado Parte no se aseguró de que la peticionaria diera su consentimiento con pleno conocimiento de causa para ser esterilizada, por lo que se violaron los derechos que otorga a la peticionaria el artículo 12.”

“Párr. 11.5 “En virtud de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 7 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer considera que los hechos que le han sido expuestos constituyen una infracción del apartado h) del artículo 10, del artículo 12 y del apartado e) del párrafo 1 del artículo 16 de la Convención [...]”

Conforme se ha descrito, se puede considerar que esta práctica fue realizada en Hungría, y en algunas partes del Perú, con esterilizaciones forzadas, es decir, sin el consentimiento real de la mujer y procurando darle la legalidad del caso, les hacía firmar un documento con engaños y de esta manera procedían a la intervención médica, de esta manera la mujer ya no puede tener hijos, y formar una familia si lo concebía de esa forma – con hijos – quedando su proyecto de vida frustrado por intervención del Estado, mediante sus controles de natalidad obligatoria.

- Así también tenemos la Opinión Consultiva OC – 24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica, donde se aborda tema de: Identidad de Género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Al respecto, el apartado VIII de la OC-24/17 trata de “La protección internacional de los vínculos de pareja del mismo sexo”, y ahí es donde abordan dos temas: i) la protección convencional del vínculo entre parejas del mismo sexo y ii) los mecanismos por los cuales el Estado podría proteger las familias diversas.

Así, la Opinión Consultiva OC -24/17, nos muestra la necesidad de un reconocimiento extensivo, sin discriminación, de la familia, debido a que, al existir uniones conformadas por parejas del mismo sexo, éstas también conforman una familia. Siendo ello así, no se puede excluir ni minimizar su unión familiar, sino que ésta debe ser respetada y aceptada. Dicha conformación también debe tener implicancias jurídicas para preservar los derechos a ambos conyugues de situaciones reales, como es acceder a una pensión, a un seguro de salud, herencia entre otros.

“En efecto, si un Estado decide que para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo no es necesaria la creación de nuevas figuras jurídicas, y por ende, opta por extender las instituciones existentes a las parejas compuestas por personas del mismo sexo – incluyendo el matrimonio–, de conformidad con el principio pro persona contenido en el artículo 29 de la Convención, tal reconocimiento implicaría que esas figuras extendidas estarían también protegidas por los artículos 11.2 y 17 de la Convención. El Tribunal considera

que este sería el medio más sencillo y eficaz para asegurar los derechos derivados del vínculo entre parejas del mismo sexo." (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017, pág. 84)

➤ Sobre el particular, la Observación General 19 (familia) señala:

“El Comité observa 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 destaca que, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, éste 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.”

En este párrafo, el Comité de Derechos Humanos precisa la no existencia de un concepto uniforme de la familia y señala, además, que cada Estado parte, deberá emitir un informe de cómo se conoce, define e interpreta a la familia y la relevancia en el ordenamiento jurídico. Por consiguiente, concluye que la familia tiene una conceptualización variable (según el tiempo), extensa (nuevas formas de familia) y que posee, una dinámica social y fuertes connotaciones relacionadas a los valores éticos.

Asimismo, la Observación General 19 (familia) señala que:

“El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias. Asimismo, la posibilidad de vivir juntos implica la adopción de medidas apropiadas, tanto en el plano interno cuanto, según sea el caso, en cooperación con otros Estados, para asegurar la unidad o la reunificación de las familias, sobre todo cuando la separación de sus miembros depende de razones de tipo político, económico o similares.”

En otras palabras, las disposiciones contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos determinan que no debe existir discriminación ni condiciones obligatorias para fundar una familia, ya que esta se forma de manera voluntaria, libre optando por establecer una convivencia.

- El Comité de Derechos Humanos, el 29 de marzo del 2000 elabora la Observación General N°28, siendo esta una actualización de la Observación General N°4 sobre el artículo 3 de hace veinte años. La referida Observación General versa sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3), y en esta se establece que los Estados deben garantizar a hombre y mujeres el goce de todos sus derechos previstos en el Pacto.

“Los Estados Partes son responsables de asegurar el disfrute de los derechos en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna. Según los artículos 2 y 3,

los Estados Partes deben adoptar todas las medidas que sean necesarias, incluida la prohibición de la discriminación por razones de sexo, para poner término a los actos discriminatorios, que obstan al pleno disfrute de los derechos, tanto en el sector público como en el privado.”

“Los Estados están obligados a reconocer el mismo trato al hombre y a la mujer con respecto al matrimonio de conformidad con el artículo 23, cuyo texto ha sido desarrollado en la Observación general N° 19 (1990). El hombre y la mujer tienen el derecho de contraer matrimonio únicamente en virtud de su libre y pleno consentimiento y los Estados están obligados a proteger el disfrute de ese derecho en pie de igualdad. Hay muchos factores que pueden obstar para que la mujer pueda tomar libremente la decisión de casarse. Uno de ellos se refiere a la edad mínima para contraer matrimonio, que debería ser fijada por el Estado sobre la base de la igualdad de criterios para el hombre y la mujer. Esos criterios deben garantizar a la mujer la posibilidad de adoptar una decisión informada y exenta de coacción. En algunos Estados, un segundo factor puede consistir en que, según el derecho escrito o consuetudinario, un tutor, generalmente varón, sea quien consienta en el matrimonio en lugar de la propia mujer, con lo cual se impide a ésta la posibilidad de elegir libremente”

“Al dar efecto al reconocimiento de la familia en el contexto del artículo 23, es importante aceptar el concepto de las diversas formas de familia, con inclusión de las parejas no casadas y sus hijos y de las familias monoparentales y sus

hijos, así como de velar por la igualdad de trato de la mujer en esos contextos (véase la Observación general N° 19, párr. 2). La familia monoparental suele consistir en una mujer soltera que tiene a su cargo uno o más hijos, y los Estados Partes deberán describir las medidas de apoyo que existan para que pueda cumplir sus funciones de progenitora en condiciones de igualdad con el hombre que se encuentre en situación similar”

En la Observación General N°28, expone la importancia en la vida de cada ser humano, sea hombre o mujer, al respeto de sus derechos, sin discriminación, y en igualdad de condiciones para su desenvolvimiento en la sociedad, y el desarrollo de su personalidad.

Puntualizando sobre los derechos del matrimonio y de la familia, manifiesta la Observación General N°28 que no debe existir ninguna diferencia entre hombre y mujer, a la hora de desarrollarse en los aspectos familiares, tanto en su conformación, existencia y desarrollo de cada familia, mientras exista un ambiente de consideración y afecto entre sus integrantes, debido a que cada persona es libre de conformar una familia. Asimismo, da énfasis a la existencia de las diversas formas de familia y la necesidad de respeto por ellas en todas las modalidades que existen y las que vendrán con el pasar de los años.

## **CAPITULO III: DISEÑO METODOLOGICO**

### **3.1 Diseño metodológico**

La investigadora desarrollará una investigación cualitativa ya que describirá la necesidad de analizar el concepto de familia, a fin de que cada individuo se vea identificado y pueda ser protegido en sus derechos como miembro de un grupo familiar.

### **3.2 Aspectos éticos**

La investigadora declara que respetará los derechos de autor y todos los aspectos éticos necesarios para desarrollar la presente investigación.

## CAPITULO IV: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### 4.1 CONCLUSIONES

- a) Debemos tener en cuenta nuestro problema principal o general es: ¿Qué elementos y principios deben estar presentes en la determinación del concepto de familia?

Se ha desarrollado la respuesta a esta pregunta con los temas tratados, su origen, conceptos varios, la manera de ser tratada mediante las normas nacionales e internacionales. Así también la cuestión: ¿Es posible establecer un concepto de familia? Al respecto, consideramos que es posible sostener que sí, si se considera que la familia es variable, de existencia permanente para el desarrollo de la sociedad, que se establece con base a valores éticos, adaptándose a las costumbres de cada Estado y con un enfoque de no discriminación.

- b) La familia, a pesar de los cambios sociales, políticos, jurídicos, culturales, sigue teniendo un rol fundamental en la sociedad.
- c) La familia tiene características generales para su conformación, pero estas son cambiantes según cada sociedad y, para su preservación, se aplican los principios constitucionales reconocidos en el Perú y a nivel internacional, en materia de derechos humanos.
- d) Con la Sentencia de Shols Perez, comienza en el Perú a reconocerse a nivel constitucional la existencia de una familia diferente a la ya conocida como nuclear, y

que se denomina ensamblada o reconstituida. Así también, en el mismo año se reconoció el derecho a la pensión en las uniones de hecho, como una protección al bienestar de las familias que no provienen del vínculo matrimonial.

- e) Después de varias situaciones adversas que se presentaron para los integrantes de determinadas familias en el Perú, sus integrantes acudieron a las instituciones jurídicas públicas, como el Poder Judicial, DEMUNAS, Ministerio público, entre otros, para velar por sus derechos consagrados en la Constitución; consiguiendo con el tiempo que varias normas sustantivas y adjetivas cambiaran a favor de las familias.
- f) La bioética tiene gran repercusión en la existencia de las familias, ya que, debido a ella, se puede lograr concebir hijos, sea en una pareja heterosexual u homosexual.
- g) En la constitución de 1979, se daba mayor importancia a la protección del matrimonio, situación que fue perjudicial para las parejas que deseaban el divorcio y tenían dificultades para conseguirlo.
- h) En la constitución de 1993, la familia cobra su real importancia, dejando en claro que la existencia de una familia debe protegerse ante cualquier otra forma de institución por ser cuna de formación de los valores éticos inherentes a cada miembro de ella.
- i) La necesidad internacional de reconocer y proteger derechos humanos fue fundamental para que cada país, extendiera los alcances de la protección a la familia, a partir de modificaciones a sus leyes y creando conciencia en la población, en concordancia con los estándares reconocidos en materia de derechos humanos.
- j) El Tribunal Europeo de Derecho Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han resuelto casos relativos a la familia, donde se expone situaciones controversiales y en los que afirman debe primar la conservación de la familia, sea

como fuese concebida en cada país, solo por el hecho de que se considera como familia a cada grupo donde se prodigue amor, respeto y los miembros se consideren parte de ella, sin discriminación y, por consiguiente, en respeto de los derechos a la igualdad, a la vida privada y al libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

## 4.2 RECOMENDACIONES

- a) Se debe velar por la protección de la familia en cada Estado, en sus diversas manifestaciones originadas por los cambios sociales
- b) Es necesario que cada Estado, regule de manera extensa el concepto de familia, según su forma de vida, costumbres y cultura, siempre y cuando sea coherente con los acuerdos y estándares internacionales en materia de derechos humano y en respeto del principio de no discriminación.
- c) No existe una definición única de familia, sin embargo, se tiene que establecer un concepto que sea amplio, para protegerla a nivel jurídico, con principios de igualdad, universalidad y sin discriminación.
- d) El Tribunal Constitucional del Perú garantiza la interpretación de la Constitución en concordancia con los derechos humanos.
- e) A las instituciones públicas de nuestro país les cuesta adaptarse a los cambios, por lo que se espera que cada integrante que forma parte de las mismas profundice mediante cursos o seminarios a nivel nacional o internacional, sobre las transformaciones sociales existentes y así puedan realizar una aplicación, interpretación y/o modificación de las normas vigentes en concordancia con los derechos humanos.
- f) Es necesario que se realice un uso adecuado de la bioética en temas de familia, es decir que, para extender la familia debe existir motivos suficientes y necesarios, a fin de que el uso de la ciencia y de la medicina responda a una ética de los derechos humanos.

- g) Se debe fortalecer lo establecido en la Constitución Política del Estado y las interpretaciones realizadas por el Tribunal Constitucional peruano, con las demás normas legales existentes como del Código Civil, Procesal Civil, Código de los Niños y Adolescentes, entre otras, para que realmente la institución de la familia se encuentre debidamente protegida.
- h) Se debe difundir y promover la existencia de una cultura de paz, donde prime el valor del ser humano, ya que en la actualidad existe abundante normatividad sobre la protección de la familia, pero el desconocimiento de la sociedad sobre ello resulta perjudicial y sobre todo si el desconocimiento se da por parte de nuestras autoridades.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICA

- AWID Y Sexual Rights Initiative. (2015). La Protección de la Familia" Una respuesta desde los derechos humanos. *SRI Sexual Rights Initiative*, 1-2.
- Bernales Ballesteros, E. (2012). *La Constitución de 1993*. Lima: IDEMSA.
- Cámara Peruana de la Construcción - Capeco, 0261-2003-AA/TC (Tribunal Constitucional 26 de marzo de 2003).
- CDH. (2016). *Protección de la Familia*. CDH.
- Chavez, H. C. (1988). *Derecho Familiar Peruano*. Lima - Peru: Rocarme.
- Cinco Mil Setenta y siete Ciudadanos, 018-2003-AI/TC (Tribunal Constitucional 26 de abril de 2004).
- Comision Nacional de los Derechos Humanos. (agosto de 2018). Los principios de Universalidad, Interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos. *Los principios de Universalidad, Interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos*. Mexico, Mexico, Mexico: Home Print S.A.
- Cornejo Chávez, H. (1988). *DERECHO FAMILIAR PERUANO*. LIMA-PERU: ROCARME.
- Corral Talciani, H. (2005). *Derecho y Derechos de la Familia*. Lima: Grijley.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2019). *ABC Corte Interamericana de Derechos Humanos 2019*. San Jose. CT: CIDH.
- Eguiguren Praeli, F. J. (1997). Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. *IUS EET VERITAS*, 63-72.
- Fernández Revoredo, M. (2016). *Manual de Derecho de Familia*. Lima.
- Fernández Segado , F. (1996). El principio de la igualdad jurídica y la no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento. *Revista Xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, 85-129.
- Ferrajoli, L. (2006, p. 33). *Sobre los Derechos Fundamentales y sus Garantías*. Mexico: Comision nacional de los derechos humanos.
- García García , E. (1999). *Derechos Humanos y Calidad de Vida*. España: Editorial Tecnos.
- Gustavikno P.E. (1987). *Derecho de Familia Patrimonial. Bien de familia*. Argentina: Argentina.
- INFANTE ROJAS, D. D. (2016). *LA FAMILIA ENSAMBLADA Y SU PROTECCION CONSTITUCIONAL COMO FAMILIA NATURAL*. PIURA, PIURA, PERU: UNIVERSIDAD DE PIURA.
- M.R. , B. (2005). *Human rights in a developing society*. New Delhi India: Mittal Publications.

Martinez de Aguirre, C. (1996). *Diagnostico sobre el derecho de Familia: Analisis sobre el sentido y los contrasentidos de las transformaciones del derecho de familia.*

Madrid: Rialp.

Miranda Pontes de. (2000). *Tratado de Direito Privado.* Sao Paulo: Campinas.

Naciones Unidas. (12 de diciembre de 1977). *Distintos criterios y medios posibles dentro del sistema de las Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales.* Teheran: Naciones Unidas.

Parada Navas, J. L. (2010). Las investigaciones bioéticas "pensar" en la familia. *Verdad y vida: revista de las ciencias del espíritu*, 5-36.

Peralta Andía , R. (1993). *Derecho de Familia en el Codigo Civil.* Perú: IDEMSA.

Shols Pérez, 9332-2006/PA/TC (CONSTITUCIONAL PERUANO 30 de NOVIEMBRE de 2007).

Varsi Rospigliosi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia.* Lima, Perú: GAceta Jurídica SA.

Varsi Rospigliosi, E. (s.f.). Bioética, Genoma y Derechos humanos efectivizando la proteccion de la humanidad. *IUS ET VERITAS*, 264-280.

Vasquez , L. D., & Serrano, S. (2016, p. 135 al 165). *Derechos del pueblo Mexicano-Mexico a través de sus constituciones.* Mexico: Maporra.

Vega Mere, Y. (2009). AMOR, FAMILIA, UNIÓN DE HECHO Y RELACIONES PATRIMONIALES. Y SOBRE COMO Y DESDE CUANDO CONSIDERAR

CONSTITUIDA LA COMUNIDAD DE BIENES ENTRE CONCUBINOS.

*Dialogo con la Jurisprudencia*, 17-18.

Vega Mere, Y. (2010). El nuevo rostro de la familia: Cuadros de Exposición. *Anuario de la facultad de derecho ISSN-e 0213-98X*, 535-555.

**TESIS:**

- Muñoz Bonacic, Gabriel, (2014). Evolución del concepto de familia y su recepción en el ordenamiento jurídico. Chile. Facultad de Derecho la Universidad de Chile.
- López Lorca, Hortensia, (2005). Pautas de Transmisión de valores en el ámbito familiar. Murcia, España. Universidad de Murcia.
- Carrillo Picazzo, Leticia Mirella, (2009). La familia, la autoestima y el fracaso escolar del adolescente. Granada, España. Universidad de Granada.
- UNICEF, UDELAR, (2003). Nuevas Formas de Familias, perspectivas nacionales e internacionales. Montevideo, Uruguay. Fondo de las Naciones Unidas para la infancia y la Universidad de la República.
- Huarcaya Gloria. (2011). La Familia Peruana En El Contexto Global. Impacto De La Estructura Familiar Y La Natalidad En La Economía Y El Mercado. Piura. Universidad de Piura.
- Gonzales Reque, Gustavo Adolfo. (2015). La Necesidad De Regular El Deber De Asistencia Familiar Mutua y Los Derechos Sucesorios De La Familia Ensamblada En El Código Civil. Pimentel, Perú. Universidad Señor de Sipan.

- Huarcaya Gloria. (2013). Nuevos Rasgos En Las Familias De Latinoamérica: Los Efectos De Un Cambio Social Acelerado. Piura. Universidad de Piura.
- Bohorques Mamani Giovanna Jimena. (2011). Inclusión Al Código Niño, Niña Y Adolescente De Las Adopciones Internacionales Para Familias Monoparentales. La Paz, Bolivia. Universidad Mayor de San Andrés

### **REFERENCIAS ELECTRONICAS**

- [http://www.derecho.usmp.edu.pe/cefame/articulos/roxana\\_sotomarin/Comentarios\\_Decreto\\_Legislativo\\_1297.pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/cefame/articulos/roxana_sotomarin/Comentarios_Decreto_Legislativo_1297.pdf)
- [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_8\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf)
- <http://antonianumroma.org/public/pua/dispense/1%20Bioetica%20y%20familia.pdf>
- [http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/49269/familia\\_der\\_echo\\_hector\\_cornejo.pdf?sequence=1](http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/49269/familia_der_echo_hector_cornejo.pdf?sequence=1)
- [http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5216/VALDIVIA\\_SANTA\\_CRUZ\\_SEGUNDO\\_MAMA.pdf?sequence=1](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5216/VALDIVIA_SANTA_CRUZ_SEGUNDO_MAMA.pdf?sequence=1)
- [http://www.derecho.usmp.edu.pe/cefame/articulos/roxana\\_sotomarin/derecho\\_civil.pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/cefame/articulos/roxana_sotomarin/derecho_civil.pdf)
- [http://files.unicef.org/uruguay/spanish/libro\\_familia.pdf](http://files.unicef.org/uruguay/spanish/libro_familia.pdf)
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS <https://www.minjus.gob.pe>

- MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES <http://www.mimp.gob.pe>
- PODER JUDICIAL DEL PERÚ <https://www.pj.gob.pe/>
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA <https://www.inei.gob.pe/>
- UNESCO <http://es.unesco.org/>
- UNICEF <https://www.unicef.org/es>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL <http://www.tc.gob.pe/tc/public>