

**UNIVERSIDAD CATÓLICA
SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO
ESCUELA DE POSTGRADO**



**FUNDAMENTOS IUSNATURALISTAS PARA ANALIZAR LA STC
N° 09332-2006-PA/TC
EN LO REFERENTE A LAS
“NUEVAS ESTRUCTURAS FAMILIARES”**

Autora: Ana Guadalupe Bayona Salcedo

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAGÍSTER EN PERSONA, MATRIMONIO Y FAMILIA**

**Chiclayo, Perú
2016**

**FUNDAMENTOS IUSNATURALISTAS PARA ANALIZAR LA STC
N° 09332-2006-PA/TC EN LO REFERENTE A LAS
“NUEVAS ESTRUCTURAS FAMILIARES”**

POR:

ANA GUADALUPE BAYONA SALCEDO

Tesis presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Católica
Santo Toribio de Mogrovejo, para optar el Grado de

**MAGÍSTER EN
PERSONA, MATRIMONIO Y FAMILIA**

APROBADO POR:

MGTR. KATHYA VASALLO CRUZ

Presidente/a de Jurado

MGTR. ENRIQUE TUMIALÁN HINOSTROZA

Secretario/a de Jurado

MGTR. ROSA SÁNCHEZ BARRAGÁN

Vocal/Asesor de Jurado

CHICLAYO, 2016

Dedico este trabajo de tesis a
Dios, unidad y familia.
A la Sagrada Familia de Nazaret: José, María y Jesús.

A mi padre, amante de las leyes,
quien descansa en la paz del Señor.

Agradezco a mis familias, humana y en la fe,
por el apoyo y sacrificio brindados a lo largo de mi vida y especialmente durante
el desarrollo de esta investigación.

A mi asesora Dra. Rosa de Jesús Sánchez Barragán por su apoyo, dedicación y
competencia en el campo del Derecho y la educación.

INDICE

Dedicatoria	III
Agradecimiento	IV
Resumen	VII
Abstract.....	IX
Introducción.....	XII
CAPÍTULO I	17
MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL.....	17
1.1. Antecedentes del problema.....	17
1.2. Base teórico-conceptual.....	29
1.2.1. Bases teóricas	30
A. Concepción positivismo legalista.....	30
B. Concepción constructivista	30
C. Concepción evolucionista.....	31
D. Concepción basada en los vínculos de afectos y solidaridad familiares	31
E. Concepción Iusnaturalista.....	32
1.2.2. Bases conceptuales	34
A. Familia.....	34
B. Nuevas estructuras familiares	34
C. Tribunal Constitucional (TC).....	35
D. Iusnaturalismo	36
CAPÍTULO II	39
MARCO METODOLÓGICO	39
2.1. Tipo de estudio	39

2.2. Abordaje metodológico.....	40
2.3. Instrumentos de recolección de datos	40
2.4. Procedimiento	41
2.5. Análisis de datos	43
2.6. Criterios éticos	43
2.7. Criterios de rigor científico.....	44
CAPÍTULO III	45
ANÁLISIS Y DISCUSIÓN.....	45
3.1. Situación de la institución familiar en el Perú.....	46
3.1.1. Historia de la institución familiar en el Perú	46
3.1.2. Regulación legal sobre la familia.....	53
A. Documentos supranacionales.....	54
B. Documentos nacionales.....	58
3.1.3. Principios constitucionales inspiradores de la institución familiar en el Perú.....	66
A. Principio de protección de la familia	67
B. Principio de promoción del matrimonio	70
3.1.4. El modelo de familia en la Constitución Política Peruana de 1993, según diversos autores.....	72
3.2. Las nuevas estructuras familiares en el Perú en relación a la STC 09332-2006-PA/TC.....	83
3.2.1. Breve comentario a la sentencia 09332-2006-PA/TC.....	83
3.2.2. Las nuevas estructuras familiares en el Perú.....	89
A. Concepto de nuevas estructuras familiares.....	89
B. Clases de estructuras familiares	93
b.1. Estructura familiar monoparental	93
b.2. Estructura familiar originada en la Unión de hecho.....	96
b.3. Estructura familiar ensamblada.....	104
3.3. Fundamentos lusnaturalistas para analizar la Sentencia en lo referente a las nuevas estructuras familiares.....	114
3.3.1. Protección de la persona humana y dignidad	115
A. Persona humana	116
B. Dignidad de la persona	118
C. La familia protectora de la persona y dignidad.....	121
3.3.2. El matrimonio como institución natural	124
A. La naturaleza pone algo previo	125
B. Propiedades esenciales del matrimonio	130
3.3.3. El matrimonio como unión jurídica	134
3.3.4. La familia como institución natural.....	137
3.3.5. La familia como bien de la sociedad.....	146
CONSIDERACIONES FINALES	151

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	155
Anexos.....	167
ANEXO 1 STC 09332-2006-PA/TC.....	167
ANEXO 2 Definición y tipología de familia y.....	177

RESUMEN

En el Perú últimamente han surgido nuevas estructuras familiares por diversos factores y el debilitamiento de la familia como instituto natural. El Tribunal Constitucional (TC) a través de la sentencia No. 09332-2006-PA/TC (STC) reconoció algunas de éstas, equiparándolas con la familia. Ante estos hechos nos planteamos como objetivo principal analizar la STC, con fundamento iusnaturalista, en lo referente a las nuevas estructuras familiares y como objetivos específicos: definir la situación de la institución familiar, analizar la configuración de nuevas estructuras familiares en relación a la STC y argumentar con visión iusnaturalista la posible afectación de la familia por el pronunciamiento del TC, respecto a las nuevas estructuras familiares.

Considerando dicha STC medular para nuestra investigación queremos precisar si se protege la familia o más bien se debilitan sus bases. Para alcanzar estos objetivos hubo que precisar los términos: “familia”, “nuevas estructuras familiares”, “iusnaturalismo” y “Tribunal Constitucional”, ubicando correctamente el eje de nuestra investigación. Partiendo de ese análisis e interpretación reflexionamos y adoptamos una clara postura a favor de la familia.

El método bibliográfico aplicado a las ciencias jurídicas, sociales y humanas, nos permitió conocer y enfocar el problema planteado por el análisis jurídico dogmático. Utilizamos como instrumentos de investigación clasificar y organización física y virtualmente las fuentes (libros, fotocopias, revistas...). Utilizamos la sumilla, sintetizando al margen de libros y copias las ideas principales y organizándolos por temas, aprovechando marcadores adhesivos. Investigamos a través de estas técnicas: clasificando y organizando en carpetas los antecedentes en grandes temas, según su desarrollo.

Los instrumentos utilizados: observación documental relacionada al tema de investigación, jurisprudencia y la STC 09332-2006-PA/TC, trabajando un sistema de información en carpetas, sumillas de copias o libros, revistas, jurisprudencia, doctrina..., con una organización virtual de fuentes de información.

El procedimiento se realizó mediante la recopilación del material bibliográfico a fin de sustentar desde el iusnaturalismo de Javier Hervada la institución familiar frente a las nuevas estructuras familiares en el Perú. Siguiendo este proceso: Elección del tema de investigación y material informativo inicial; profundización en la investigación, adquisición y recopilación de nueva bibliografía y copias, partiendo de un mayor conocimiento del tema; incorporación de autores nacionales y obras de Hervada. Hecha la presustentación y levantadas las correcciones dimos por terminada la redacción.

El uso del análisis cualitativo y análisis de documentos, permitió conocer la situación de la familia en el Derecho peruano. Los datos obtenidos permitieron fortalecer su importancia.

Nuestros criterios éticos fueron: el respeto a las personas y a la familia; búsqueda del bien común y la justicia; amor a la verdad y honradez. Los criterios de rigor científico correspondientes a esta investigación documental bibliográfica son: fiabilidad y validez, con un soporte en la sustentación legislativa, doctrinaria y de jurisprudencia para la solución del problema, contando con un objeto de estudio reconocible y un enfoque científico-humanista de manera implícita.

Creemos que con el trabajo realizado y utilizando el método iusnaturalista para analizar la STC 09332-2006-PA/TC hemos destacado la importancia de la familia como institución natural, frente a las nuevas estructuras familiares.

Palabras claves:

Familia, nuevas estructuras familiares, Tribunal Constitucional, iusnaturalismo.

ABSTRACT

In Peru have emerged new family structures lately, by various factors and the weakening of the family as a natural institution. Constitutional Court (TC) through Judgment No. 09332-2006-PA / TC (STC) recognized some of these equating them with the family.

Given these facts we consider as main objective to analyze the STC, with natural law foundation, in terms of new family structures and specific objectives: to define the status of the family institution, analyze the configuration of new family structures in relation to the STC and iusnaturalista view argue with the possible involvement of the family by the pronouncement of TC, regarding new family structures.

Considering that core STC for our research we want to clarify if the family is protected or rather weaken their bases. To achieve these objectives it was necessary to clarify determine the terms "family", "new family structures," "natural law" and "Constitutional Court" properly placing the focus of our research. Based on that analysis and interpretation we reflect and adopt a clear position in favor of the family.

The literature method applied to the legal, social and human sciences, let us know and address the problem posed by the dogmatic legal analysis. We used as research tools classify and physically and virtually sources (books, photocopies, magazines ...) organization. We use the sommelier, synthesising the margins of books and copies major issues and organizing ideas, using adhesive markers. We investigated through these techniques: sorting and organizing them in folders background on major issues, according to its development.

Instruments used: documentary observation related to the research topic, jurisprudence and STC 09332-2006-PA / TC, working an information system folders,

sommelier copies or books, magazines, jurisprudence, doctrine ... with a virtual organization information sources.

The procedure was performed by collecting the bibliographical material to support from the natural law of Javier Hervada the family institution against new family forms in Peru. Following this process: Choice of research topic and initial information material; deepening research, acquisition and collection of new bibliography and copies, based on greater knowledge of the subject; incorporation of national authors and works Hervada. Made the presustentación and we ended lifted the drafting corrections.

The use of qualitative analysis and document analysis allowed to know the situation of the family in the Peruvian law. The data obtained allowed strengthen its importance.

Our ethical criteria were: respect for people and the family; common good and justice; love of truth and honesty. The criteria relevant scientific rigor to this documentary bibliographical research are: reliability and validity; with a support in the legislative, doctrinal and case law to support the solution of the problem, with recognizable object of study and a scientific humanist approach implicitly.

We believe that with the work done and using the iusnaturalista method to analyze the STC 09332-2006-PA / TC have highlighted the importance of the family as a natural institution against new family structures.

Keywords: Family, new family structures, Constitutional Court, jusnaturalism.

TABLA DE ABREVIATURAS

CC	:	Código Civil
CPP	:	Constitución Política Peruana
CPC:		Código Procesal Constitucional
STC	:	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	:	Tribunal Constitucional

INTRODUCCIÓN

*“El primer núcleo social, la primera
y más básica comunidad humana y
natural es el matrimonio y la familia”*

Javier Hervada

La familia, fundada en el matrimonio entre un hombre y una mujer, es el lugar primario de humanización de la persona y de la sociedad. En su seno la persona nace y se desarrolla integralmente; en ella es valorada por sí misma; en ese ambiente descubre su identidad, aprende a socializar y a ejercitarse en el atributo más grande: su libertad. La educación de sus miembros es un deber importante de la familia. Junto a este y otros deberes, la familia es, al mismo tiempo, titular de derechos específicos. Por ello la Declaración Universal de los Derechos Humanos, afirmaba que “la familia es el núcleo natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.¹ Comprendemos así el porqué de esta especial consideración.

¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 16,3.
<http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Por su parte, nuestra Constitución Política de 1993 se muestra igualmente pródiga con la familia, reconociéndola como instituto natural y fundamental de la sociedad, junto con el matrimonio, y le brinda protección. Cuando ambos documentos citados refieren a la familia como el núcleo o instituto natural, esta declaración se apoya precisamente en la doctrina Iusnaturalista, “es decir que la naturaleza humana determina ese tipo de arreglo familiar y su organización”.² Esto significa que “se trata de un vínculo de naturaleza antropológica, según el cual la esencia del ser humano tiende a la unión del hombre y de la mujer como recíproca realización, atención y cuidado, y como el camino natural para la procreación”.³ Este aspecto es preponderante en la constitución de la institución familiar, tal como veremos en el desarrollo de la presente investigación.

Ante la concepción familia natural o familia matrimonial hay una suerte de rechazo, porque se la considera como algo estático y anticuado, o incluso, hay quienes otorgan a “natural” una interpretación totalmente disímil del sentido antropológico. Más aún, cuando en las últimas décadas hemos visto trastocarse la familia, el matrimonio, las relaciones paterno-filiales de siempre. Las razones que se acusan son variadas y van desde los cambios culturales, sociales, económicos, morales, conceptuales, la globalización, el relativismo, hasta la libre elección. Lo cierto es que, fruto de este proceso, han surgido unas estructuras similares a la familia, que también demandan del Estado y de la sociedad esa protección que la Constitución garantiza. Unos autores se decantan por la pluralidad de familias y una protección sin diferencias,⁴ otros, más moderados, proponen un trato diferenciado con un techo mínimo de protección para las estructuras familiares, siempre que guarden similitud con los elementos esenciales de la familia, la misma que, en ese caso, sería un referente para todas las estructuras familiares.⁵

2 FERNÁNDEZ REVOREDO, Marisol. *Manual de derecho de familia*, Lima Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013.

3 Papa Francisco. *Solo el amor nos puede salvar*. Librería Editrice Vaticana, Ciudad del Vaticano, 2013, p. 156.

4 Entre los autores que se inclinan por una protección a la familia sin diferencias tenemos a Enrique Varsi, Marisol Hernández Revoredo, Nilza Guadalupe Villón, entre otros.

5 Quienes proponen un trato diferenciado con un techo mínimo de protección para las estructuras familiares: Teresa Chiscul, Eduardo Corral Talciani, Edgar Bereche, Rosario de la Fuente y Hontañón, entre otros.

Siendo este el estado de las cosas, la STC 09332-2006-PA/TC⁶, en un afán de llenar un vacío legal, buscando solucionar los conflictos de una estructura familiar, dio cobijo a las denominadas familias reconstituidas⁷ ampliando el concepto de familia, reconocido en la CPP de 1993. Es importante precisar que no estamos de acuerdo con lo manifestado por el TC en el fundamento 7 de la STC, cuando señala que debido a diversos factores ha habido “un cambio en la estructura” de la familia tradicional.⁸

También disentimos de la incorporación de las nuevas estructuras familiares al modelo de familia garantizado en la Constitución, aunque haya querido ser un acto de protección para estas nuevas estructuras familiares. Consideramos que en realidad con ello se debilitará la institución familiar porque los principios básicos de la familia vienen siendo rechazados: la estabilidad, la unicidad, etc., dejando incluso una posible puerta abierta para el reconocimiento de otras estructuras similares a estas que, como en el caso, no presentan todos los elementos antropológicos propios de la familia.

Frente a ello presentamos el siguiente cuestionamiento, buscando esclarecer esta problemática: ¿Cuáles son los fundamentos Iusnaturalistas para analizar la Sentencia 09332-2006-PA/TC en lo referente a las nuevas estructuras familiares? Para dar respuesta al interrogante, establecemos como objetivo general analizar con fundamento iusnaturalista la STC 09332-2006-PA/TC en lo referente a las nuevas estructuras familiares en el Perú y como objetivos específicos: a) Definir la situación de la institución familiar en el Perú; b) analizar la configuración de las nuevas estructuras familiares en relación a la STC 09332-2006-PA/TC, en sus fundamentos 7 y 8, y c) argumentar con visión iusnaturalista la posible afectación

6 Caso *Shols Pérez, Reynaldo Armando* quien interpuso demanda de amparo en contra del Centro Naval del Perú, bajo el argumento que no se le quería entregar a su hijastra un carné de hija, similar al del otro hijo de la pareja, afectando así a la menor.

7 Las familias reconstituidas o ensambladas se caracterizan por integrar una familia con otra, en la que están presentes los hijos de una relación previa, que cada cónyuge o conviviente aporta a ese nuevo núcleo familiar, así como los hijos comunes de ambos, nacidos en esa relación.

8 Cuestionable como lo demostraremos porque la familia no puede variar en su estructura esencial.

de la institución familiar por parte del pronunciamiento de la Sentencia, materia de análisis, en sus fundamentos 7 y 8, en relación a las nuevas estructuras familiares.

En ese contexto, en la presente investigación, analizaremos la realidad de la institución familiar en el Perú, la familia y las nuevas estructuras familiares, consultando fuentes de autores nacionales y otros, así como documentos internacionales y la legislación nacional. Una fuente de consulta destacada la constituirá Javier Hervada, quien con su Iusnaturalismo, nos permitirá iluminar conceptos jurídicos clásicos, a los que, como refiere el mismo autor, existe la necesidad de volver.⁹

Para cumplir los objetivos propuestos, hemos dividido la presente investigación de la siguiente forma: En el primer capítulo denominado *Marco teórico* se incluyen los antecedentes del tema a investigar así como las bases teóricas y conceptuales. En el capítulo segundo denominado *Marco metodológico* hemos descrito las técnicas que se emplearán así como los instrumentos. Para fines de esta investigación haremos uso del método cualitativo en la vertiente de la investigación analítica e interpretativa, estableciendo las relaciones teórico-doctrinarias. En tercer capítulo se presenta el resultado de la investigación a través del *análisis y discusión* de la cuestión planteada. Este capítulo se encuentra dividido en tres apartados de la siguiente forma, en la primera parte se analiza la situación de la institución familiar en el Perú. En el segundo apartado se pretenden estudiar las nuevas estructuras familiares en el Perú, en relación con la STC 09332-2006-PA/TC; y finalmente, en el último apartado, se desarrollarán los fundamentos Iusnaturalistas para analizar la STC 09332-2006-PA/TC en lo referente a las nuevas estructuras familiares.

Consideramos que el presente trabajo de investigación busca ofrecer los fundamentos Iusnaturalistas que permitirán apreciar y fortalecer el concepto sobre

9 HERVADA, Javier. *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, Navarra, Ediciones Universidad de Navarra, 2008, p. XVIII.

familia como la institución natural que es, basada en el matrimonio, la misma que merece el reconocimiento y la protección por parte de la comunidad y el Estado, frente a las nuevas estructuras familiares reconocidas por la STC 09332-2006-PA/TC.

La autora

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

En este capítulo se presentarán algunos antecedentes, investigaciones previas relacionadas con el estudio que nos compete, como son libros, revistas, tesis, artículos, recursos electrónicos. Estas fuentes han iluminado la investigación ya que han permitido profundizar en los diversos puntos del desarrollo de la misma. Se presentarán también unos conceptos y bases teóricas claves que se ampliarán a lo largo del desarrollo de la investigación.

1.1. Antecedentes del problema

Los antecedentes que a continuación se presentan han permitido concretar esta investigación así como profundizar en su estudio. Así mismo se ha verificado a través de ellos que no existe propiamente un trabajo con el tema sobre el que versa esta tesis. Los presentamos a continuación:

- **HERVADA, Javier. *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, Navarra, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona 2008.**

El autor presenta una filosofía del Derecho desde el pensamiento jurídico clásico, convencido de la necesidad de regresar a él y rescatar la pureza del realismo jurídico (Iusnaturalismo) clásico, enfrentándolo a los problemas actuales. La obra es extensa por ello nos remitimos a la lección X, “El Derecho Natural”, donde nos habla de la persona humana y su dignidad, así como del Derecho natural y la ley natural. Por ejemplo nos dice cómo, según la especie de cada uno,

los seres tienen un núcleo de entidad igual en todos, que es principio de su movimiento y de su orden hacia sus fines.¹⁰

También señala que la ley humana tiene razón de ley sólo en cuanto se ajusta a la recta razón porque deriva de la ley eterna y participa del carácter de ley. Al desarrollar el tema de los derechos naturales, manifiesta que “el derecho natural en sentido propio y primario es el derecho de la persona” es decir “los derechos naturales o *iura naturalia* inherentes a la dignidad de la persona”¹¹. Así mismo sostiene que los derechos naturales surgen del derecho natural fundamental en relación a los tres elementos en los que se funda: el ser del hombre, su libertad y sus fines. El ser humano está ordenado a dichos fines – *ordinatio ad fines* – y no sólo por la tendencia hacia ellos sino también porque está equipado mediante sus potencias, estructuras corpóreas, etc., para responder a esa *inclinatio* natural.¹² Sus enseñanzas permitirán profundizar en los criterios del iusnaturalismo del autor, que es precisamente el tema central en la presente investigación.

• **HERVADA, Javier. *Introducción crítica al Derecho Natural*, Navarra, Ediciones Universidad de Navarra, 2011.**

El autor nos ofrece en este libro su iusnaturalismo. En este estudio reúne las críticas y aportaciones precedentes al positivismo, sistematizándolas. Es el primer libro que compendia el derecho escrito en clave estrictamente realista. Esta es su novedad y aporte.¹³ A la vez rescata en él ese elemento olvidado tan importante para el Derecho: el Derecho natural. Criticando el positivismo señala que éste ha olvidado un elemento esencial del derecho: el derecho natural: “el hombre es el

10 HERVADA, Javier. *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho...*, p. 566. La cita completa dice: “La existencia de leyes naturales, esto es, de impulsos y reglas de movimiento que son generales y constantes (leyes) y que son intrínsecos, inherentes, al ser de los entes creados (naturales) pone de relieve lo mismo que manifiesta la observación de dichos entes desde otras perspectivas: según la especie de cada uno, los seres tienen un núcleo de entidad igual en todos, que es principio de su movimiento y de su orden hacia sus fines”.

11 IBID, 522.

12 Y continúa: “De los fines naturales del hombre nacen derechos naturales, tales como el derecho al matrimonio, el derecho al trabajo y al ocio, el derecho a la educación, etc”. IBID, p. 526.

13 Cfr. HERRERA PARDO, Camila. *Aproximación a los fundamentos científicos y filosóficos del iusnaturalismo realista de Javier Hervada*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2016, p. 28.

hombre en la realidad central de la sociedad (...) que debe ser tratado como un ser digno y exigente, portador de unos derechos que son inherentes a su propio ser". La juricidad, nos dice Hervada, "dimana del ser humano".¹⁴

Se basa en la tradición de filósofos y juristas, como Aristóteles, juristas romanos, Tomás de Aquino, etc. desarrollando la teoría clásica pero con un tinte de novedad, con aportes personales. Por ello esta fuente brindará una importante luz y una doctrina clara para el desarrollo del presente estudio.

- **HERVADA, Javier. *Cuatro lecciones de Derecho Natural*, Navarra. Ediciones Universidad de Navarra, 1998.**

Las cuatro lecciones son: De los actos humanos en general; Elementos de los actos humanos; Los actos jurídicos de la autonomía privada; El matrimonio. Precisamente de esa cuarta lección nos serviremos para profundizar en lo que constituye el inicio de la Familia, el Matrimonio, como realidad natural y desde su aspecto jurídico.

Partiendo de la definición del matrimonio, que incluye el dato importante de la feminidad y virilidad complementarias en esta comunidad, el autor nos presenta cuál es su esencia, sus fines, bienes y propiedades del mismo.

Como Hervada, otros muchos autores identifican matrimonio y familia en cuanto que el matrimonio es el origen de la familia. En cambio otros no están de acuerdo con esta postura y prefieren que se deslinde matrimonio de la familia.¹⁵ Hervada después de presentar el amor conyugal como amor de dilección, desarrolla el Matrimonio abordándolo desde su aspecto jurídico.

- **HERVADA, Javier. *Una Caro. Escritos sobre el matrimonio*. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona 2000.**

14 HERVADA, Javier. *Introducción crítica al Derecho Natural*, Navarra. Ediciones Universidad de Navarra, 2001, p. 11.

15 En efecto, Enrique Varsi manifiesta que "la familia es más que el matrimonio, este es uno de los tantos medios para conformarla (...) un matrimonio siempre conduce a una familia pero una familia no siempre viene de un matrimonio". VARSÍ ROSPIGLOSI, Enrique. *Tratado del Derecho de Familia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p.28.

En esta selección hecha por el autor nos presenta su producción matrimonialista. Considera, por ejemplo, que el matrimonio sigue a la persona humana, por lo que el conocerla, varón y mujer, permite conocer el matrimonio. Para él la dignidad del hombre, varón y mujer, es exigencia de amar, porque es lo justo. De ahí que sólo quienes son personas pueden amarse con profundidad y exigencia (contraer matrimonio). Sólo el verdadero don y aceptación puede originar el matrimonio verdadero.

“El matrimonio (no es un contrato ni institución legal) es el desarrollo de la *inclinatio* natural, el desarrollo mismo de la sexualidad conforme a la estructura ontológica de la persona humana, conforme a la naturaleza personal del hombre.”¹⁶ Es ser *una caro* (“una carne”): la estructura esencial del matrimonio se encuentra inscrita en la naturaleza de ser persona, varón y mujer, estructuras complementarias, “en el orden de unos fines peculiares (generación y educación de los hijos, la mutua ayuda) que comporta la formación de la célula o unidad básica de la comunidad humana (la familia)”¹⁷.

En cuanto a las estructuras familiares nos dice: “Existen (hoy) ciertas tendencias que intentan reducir, más o menos conscientemente, el matrimonio a la realidad social –incurriendo con ello en fallos elementales– como reacción a la doctrina hasta ahora mantenida, a la que acusan de haber polarizado excesivamente el matrimonio en la estructura jurídica, con olvido de la realidad social (...) el matrimonio tendría por ley la dinámica del amor, despojada de cualquier factor jurídico”¹⁸.

Compartimos la doctrina de Hervada respecto del matrimonio por lo que su relevancia constituye un importante referente para profundizar en esta institución y beber una sana doctrina sobre el mismo.

16 HERVADA, Javier. *Una Caro*, Escritos sobre el matrimonio, Navarra, Ediciones Universidad de Navarra, 2000, p. 104.

17 IBID, p. 31.

18 IBID, p. 97.

- **BURGOS, Juan Manuel. *Diagnóstico sobre la familia*, Madrid, Ediciones Palabra, 2004.**

Este análisis brinda argumentos (históricos y conceptuales) para la defensa de la familia contemporánea y un diagnóstico sobre la familia hoy.

Todo el libro es un referente para conocer a la familia entroncada en la historia y comprender mejor su problemática, así como para buscar soluciones convenientes y eficaces a la crisis que atraviesa la institución familiar. Se centra en la familia occidental porque “nos importa comprender nuestra familia”.¹⁹ Un aporte interesante es diferenciar de manera clara, en la familia occidental, los modelos o tipos de familia (tradicional, moderna o nuclear) de las formas familiares, las misma que en la presente tesis llamaremos “estructuras familiares”.²⁰

Las formas familiares se multiplican y lo que hace unos años era lo más normal en la sociedad, es decir la familia (tradicional, en la actualidad, aparece como “un islote en un mar de denominaciones familiares que reivindican con fuerza su carácter familiar”²¹. Como refiere el autor, necesitamos conocer mejor la realidad de la familia para adquirir argumentos de defensa. Y esto es lo que pretendemos ofrecer a través de esta investigación.

- **BURGOS, Juan Manuel. *Antropología: una guía para la existencia*, Madrid, Ediciones Palabra, 2013.**

Este libro de la colección Manuales de Filosofía sistematiza las claves de la persona desde un punto de vista antropológico personalista. Aborda la estructura interior de la persona, las relaciones interpersonales con la familia y la sociedad.

19 BURGOS, Juan Manuel. *Diagnóstico sobre la familia*, Madrid, Ediciones Palabra, 2004, p. 113.

20 En efecto, las llamaremos “nuevas estructuras familiares” según la denominación que les dio el TC en la STC 09332-2006-PA/TC.

21 Frase tomada de “Familia y formas familiares” del mismo autor. Artículo publicado por la Asociación española de Personalismo que presenta ideas de este mismo libro: BURGOS, Juan Manuel. Familia y formas familiares. Obtenido en: <http://www.personalismo.org/burgos-familia-y-modelos-de-familia/>

El autor desarrolla didácticamente el tema de la familia partiendo de su fundación, con el noviazgo y el matrimonio. Enfoca a la familia como la “comunidad humana esencial” y como “núcleo social”²². Después de exponer las características de la familia, profundiza en la importancia que tiene en la formación del sujeto y su incidencia en la vida social y laboral. El autor considera que es tan importante la influencia de la familia en la sociedad que, dependerá de aquella el funcionamiento de ésta.²³

Esta obra es importante porque es precisamente en la familia donde el sujeto se hace. De ahí que a través de una entrega generosa y paciente los padres conducirán y orientarán a los hijos para que vayan forjando una personalidad segura, abierta, sólida²⁴ que redundará a su vez en bien de la sociedad. Los criterios desarrollados por el autor refuerzan los de esta investigación, ya que consideramos que la familia es ese lugar donde, a manera de horno se cuece la persona a través de un largo y paciente proceso, hasta llegar a ser ese cacharro completo en manos del alfarero, es decir la persona madura, segura, responsable, plena que necesita la sociedad.

- **PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex y otros. “El modelo garantizado en la Constitución de 1993” en *El nuevo rostro del Derecho de Familia*, Lima, Motivensa, 2014.**

El autor expone un modelo de familia en la Constitución que es fruto de un proceso: en un principio como realidad convivencial fundada en el matrimonio, "elemento natural y fundamental de la sociedad", exigido por la naturaleza misma del ser humano. Basándose en los artículos 4 y 6 de la Constitución explica los

22 El autor la cita junto con el matrimonio: “El matrimonio es la semilla de la familia y la familia es la estructura esencial de la sociedad... la formación de un nuevo núcleo social que se desarrollará más tarde como familia con la aparición de los hijos, que son los nuevos miembros de la sociedad”. BURGOS, Juan Manuel. *Antropología: una guía para la existencia*, Madrid, Ediciones Palabra, 2013, p. 303.

23 Cfr. IBID, p. 310.

24 Cfr. IBID, pp. 311 – 316.

elementos de ese modelo²⁵; sin embargo deja claro que la protección es tanto para la de base matrimonial como extramatrimonial, cada una según sus características, por no ser idénticos sus alcances y derechos; y la promoción del matrimonio. Basándose en los instrumentos sobre Derechos Humanos señala que el matrimonio no es la única forma de manifestación de la familia. Y dado el proceso, se incorporan a la familia las nuevas estructuras familiares por la STC 09332-2006-PA/TC.

Finalmente, presenta un nuevo modelo de familia sustentada en comunidad de vida y afectos, donde será indiferente el sexo de los convivientes. Los lazos afectivos y el proyecto de vida basados en la tolerancia y el pluralismo, colocando al hombre, la mujer y al niño en el centro de la protección. Ese nuevo modelo de familia no se corresponde con el actual que es el que nosotros justificamos.

Por otro lado A. Plácido opina que el matrimonio es creación del hombre y por lo tanto producto de la cultura, no de Dios – dice el autor – ni de la naturaleza. Esta visión del modelo garantizado de la familia nos permite conocer por dónde va el pensamiento del jurista nacional en cuanto a la institución familiar.

• **VARSI ROSPIGLOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia, Gaceta Jurídica, Lima, 2012.***

Colección de cuatro tomos. Para la presenta tesis nos detendremos en el tomo I, capítulo I, conceptos preliminares, donde E. Varsi expone el marco general de la familia, ofreciendo un “enfoque contemporáneo de la nueva teoría institucional, jurídica y principista de las relaciones familiares fundadas en el afecto”. El enfoque, según apunta el propio autor, “busca fundamentarla como una estructura social cuyo contenido jurídico obedezca sin miramientos a un diseño moderno, coetáneo

25 (1) Los fines de la familia: la generación humana y sus relaciones consiguientes: paternidad, maternidad y filiación. No simples relaciones de afecto. Así se confirma en los textos internacionales. (2) La protección especial de los hijos, iguales ante la ley con independencia de su filiación.

con los avances de la sociedad”,²⁶ por lo tanto, apartado de la familia como institución natural. En este sentido presenta la repersonalización de la familia, donde se buscaría instalar al ser humano como real sujeto de derecho (no el patrimonio) contemplando sus necesidades e intereses y no a la familia. Este “diseño revolucionario” (lo dice él mismo) difiere de la concepción de la familia como institución natural. El reconocimiento de la pluralidad de las “entidades familiares” donde el matrimonio se rinde al concubinato y la tríada matrimonio, sexo y procreación se desplaza ante convivencia, sexo y tranquilidad, simboliza una clara ruptura con el único modelo de familia establecido por el matrimonio. Su investigación es un gran aporte para comprender el nuevo enfoque, “nueva era” de la institución familiar, tanto en nuestra legislación como en la comparada y contrastarlo con la postura de J. Hervada.

• **FLORES CHISCUL, Teresa Isabel. *La protección estatal de la familia como institución jurídica natural*. Tesis para optar el título de abogado. Chiclayo, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2014.**

La autora inicia su investigación presentando a la familia como realidad connatural a la persona y a la sociedad: como institución natural, como realidad social, con una juridicidad intrínseca, funciones de la familia, concluyendo con la definición y tipología de la familia. La familia, nos dice, es obra de la naturaleza humana, es constitutiva del hombre. Si se altera, también se generaría un obstáculo para el desarrollo de la identidad.

En un segundo momento el estudio abarca el deber del Estado de protegerla así como la regulación legal de la familia en el derecho internacional y en el derecho comparado, analizando si ese marco responde a sus características

26 Tal como el propio E. Varsi señala, los principios de su Derecho de las familias contienen elementos divergentes a muchos planteamientos locales, con el ánimo de encuadrar un verdadero esquema de la principiología de las familias, tomándose en cuenta la normativa y la realidad. Ofrece su obra como una contribución buscando responder en parte al desafío que presenta en estos tiempos el encontrar un vector que caracteriza la variedad de relaciones interpersonales a fin de normar a las familias. Cfr. VARSÍ ROSPIGLOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de familia*, Gaceta Jurídica, Lima 2012, p. 8.

naturales. A nivel internacional se reconoce el derecho a casarse, la unión entre matrimonio y familia así como el servicio a los niños.

La investigación concluye con la visión del Estado peruano sobre la misma y finalmente los retos para la protección estatal de los derechos de la familia en el ordenamiento jurídico peruano.

Sobre las estructuras familiares afirma que también se les ha de proteger con la condición de que compartan elementos constitutivos con la familia.

Esta investigación se relaciona con la nuestra y sustenta la postura de este estudio, porque contempla a la familia como institución natural y la protección que como tal le reconoce nuestra Constitución.

• **PODER JUDICIAL DEL PERÚ. *Libro de especialización en Derecho de Familia* de Juan Carlos Castro Rivadeneira Lima, 2012. Obtenido en www.pj.org.pe**

El libro recoge una serie de artículos de investigación científica, sobre “Los daños: alcances y limitaciones en las relaciones familiares”. El tema que consideramos oportuno para esta tesis es “Los daños: alcances y limitaciones en las relaciones de las familias ensambladas, reconstruidas o familiastras”. Ello porque en el desarrollo del tema, el autor, J. Castro, aborda el tema de la Familia propiamente dicha, concepto de familia, la familia a través del tiempo, la familia ensamblada y los daños que se presentan en ella, especialmente por cuanto no se encuentra regulada, creándose así un clima de ambigüedad en los roles de sus integrantes, lo que le origina un clima de inestabilidad. Se hace necesaria una regulación que permita que en la familia ensamblada se viva la solidaridad, la cooperación y la responsabilidad. Propiciamos que las legislaciones incluyan un título especial.

Esas normas deberán regular también los derechos y obligaciones entre un cónyuge y los hijos del otro, teniendo la precaución de que se respeten íntegramente las facultades y responsabilidades que los padres biológicos tienen

hacia sus hijos. Después de analizar los daños que se presentan se propone el modelo de regulación de Chile sobre estas nuevas estructuras familiares.

El tema de las Familias ensambladas, que ya se vienen instalando desde hace años en nuestra geografía, también es de interés para el desarrollo de esta tesis.

- **PLIEGO CARRASCO, Fernando. *Familias y bienestar en sociedades democráticas, el debate cultural del siglo XXI*. Edita Miguel Ángel Porrúa. México, 2012.**

Datos y cuadros estadísticos²⁷ demuestran, con referencias reales de la vida familiar, que la estructura familiar que garantiza el mayor bienestar de la población (sociedad) y la protección de los derechos humanos, es la conformada por familias estables, donde el padre y la madre biológicos cuidan de sus hijos.

Aunque no pretendía reivindicar la Familia Tradicional, sino analizar las tendencias generales de bienestar, este análisis arrojó que la unión estable entre la pareja, hombre y mujer, facilita ese bienestar pues, hay menos violencia contra mujeres y niños; los indicadores de salud son mejores; disminuyen los problemas de salud mental; los vínculos entre sus miembros son más positivos; disminuyen la delincuencia; mejoran el desempeño escolar; se presenta menos ausentismo en las aulas, etc.

El autor propone dos estrategias para contrarrestar la problemática familiar, preventiva y asistencial: proteger a todas las familias, especialmente a las madres solas y con hijos menores de edad.

Esta investigación permite evaluar la importancia de la familia precisamente frente a las nuevas estructuras familiares.

²⁷ El estudio estuvo basado en encuestas y censos nacionales elaborados a partir de 1995 en 13 países democráticos, incluyendo al Perú. El autor, investigador del Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México, presentó estos resultados en el Foro sobre Derechos Humanos y Familia en la Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca.

- **Sentencia del Tribunal Constitucional del 06 de febrero de 2008. Expediente 09332-2006-PA/TC.**

La presente Sentencia²⁸ cobra gran importancia para nuestro trabajo porque en sus fundamentos 7 y 8 regula las nuevas estructuras familiares, materia de nuestra investigación.

En su fundamento 7 el legislador reconoce que desde una perspectiva constitucional la familia, al ser un instituto natural, encontrándose a merced de los cambios sociales y jurídicos, ha experimentado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, consecuencia de lo cual se han generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las llamadas familias reconstituidas. En el siguiente fundamento define a las familias reconstituidas 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”.

Precisamente ambos fundamentos serán los extremos de la sentencia materia de análisis.

- **BELARDINELLI, Sergio. La familia como recurso insustituible de una sociedad abierta y plural. *Estudios sobre educación*. Revista semestral del departamento de educación. Facultad de filosofía y letras./Vol 25/2013/85-94. Universidad de Navarra (Ubicado el 12.11.2014)
Obtenida en www.fadep.org/documentosfadep=archivos/f**

Artículo de corte sencillo pero con un aporte muy claro del autor quien opina que los retos de la humanidad parecen converger en la familia. Sin embargo, una cierta cultura dominante se niega a reconocer esa centralidad de la familia,

28 Caso Shols Pérez, STC 09332-2006-PA/TC
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09332-2006-AA.html>

procurando, al parecer, desplazarla, reduciéndola a un hecho privado. Nos lo dice así: “Nuestra cultura, se nota, quiere ser éticamente neutra; no pretende privilegiar este o aquel estilo de vida; por lo general nos gusta regocijarnos en nuestros discursos iluminados sobre los varios tipos de familia, convencidos de promover la libertad, el pluralismo, la tolerancia (...) Pero no es con la indiferencia ética con la que podemos salvaguardar estos valores; no precisamente aflojando los vínculos familiares con que ayudamos a la sociedad a hacer crecer ciudadanos autónomos y responsables que estén a la altura del pluralismo y de la cultura”.²⁹

Acertadamente el autor señala como un posible factor el individualismo, corsé que se va arraigando en nuestra sociedad y desea demostrar cómo la familia, fundada sobre la reciprocidad entre géneros y generaciones, sigue siendo más que ninguna otra institución la que permite a la sociedad reproducir los presupuestos fundamentales de su libertad y de su positiva individualización. En efecto, la familia tradicional sana nos dará una sociedad sana.

Todo este material refuerza nuestra idea sobre la familia frente a las nuevas estructuras familiares sobre la que versa la presente investigación.

- **UNIVERSIDAD DE LA RIOJA. GIRALDES, Mónica. PENEDO, Estibalitz. SECO, Mertxe. ZUBELDIA, Uxo. La Obtenido en: *Familia Monoparental*. Universidad de la Rioja.**

(Ubicado el 20.11.14) www.dialnet.unirioja.es/articulo/2698833.pdf

Analiza el surgimiento de este modelo de familia en el que está presente sólo uno de los progenitores y las diferentes variedades existentes. Parte de su evolución social, de cómo se ha ido imponiendo a lo largo de los últimos años; expone las dificultades para definirla, su tipología, dificultades que debe enfrentar y el marco político-social donde se ubica. El estudio concluye presentando la realidad de ésta y precisa unas sugerencias para que sea menos vulnerable.

²⁹ BELLARDINELLI, Sergio. “La familia como recurso insustituible de una sociedad abierta y plural”, *Estudios sobre educación*/Vol 25/2013/85-94, Universidad de Navarra..., p. 92.

Al investigar sobre la importancia de la familia es preciso que veamos también esas otras estructuras de familia presentes en nuestra sociedad y en concreto ésta que ha sido reconocida por la STC del TC.

La familia “monoparental” responde a diversidad de causas que la han provocado, la mayoría de ellas por rupturas en una relación de pareja (casados o no), madres solteras o viudas. En todos los casos se suele hablar de ellas despectivamente como “familias rotas”, “familias incompletas”, “familias sin padre”. Este estudio presenta aportes para el desarrollo de las nuevas estructuras familiares en el Perú.

- **PODER JUDICIAL. Uniones de hecho. (Ubicado el 26.11.14). Obtenido en www.pj.gob.pe**

Partiendo de la noción de estas uniones de hecho, expone las diversas denominaciones que recibe; el jurídico de las Uniones de hecho y los efectos: en cuanto a los hijos, el ejercicio de la patria potestad y efectos entre concubinos. En este cuadernillo se desarrolla y explica la base constitucional de las Uniones de Hecho o también llamadas: convivencia more uxorio, pareja de hecho, unión libre, concubinato, pareja no casada, unión extramatrimonial, etc.

Las define así: Concubinato o unión de hecho es una situación de hecho derivada de la convivencia de un hombre y una mujer no unidos por matrimonio, pero sí para cumplir finalidades semejantes al matrimonio y que comparten un proyecto de vida común, basado en relaciones afectivas de carácter singular y dotadas de estabilidad y permanencia. Para hablar de la familia frente a otras formas o estructuras familiares es preciso dejar claro en qué consiste precisamente la unión de hecho, más aún cuando esta estructura familiar es tan cercana al matrimonio.

1.2. Base teórico-conceptual

En este apartado procuraremos presentar brevemente las diversas posturas respecto de la institución familiar, así como las bases conceptuales propias de esta investigación.

1.2.1. Bases teóricas

Respecto a la institución familiar podemos presentar las siguientes posturas:

A. Concepción positivismo legalista

El positivismo jurídico plantea que el derecho es un conjunto de normas dictadas por los seres humanos (por el soberano), a través del Estado, mediante un procedimiento formalmente válido, con la intención o voluntad de someter la conducta humana al orden disciplinario por el acatamiento de esas normas.³⁰

En ese sentido y aplicándolo a la familia, se normarían familias y tipos de familia, según el deseo y querer de los legisladores, movidos por diversos aires de doctrina. Por lo tanto todo lo legislado en las normas es bueno.

B. Concepción constructivista

Esta concepción postula que “la familia carece de esencia, y por consiguiente es indefinidamente remodelable con arreglo a las preferencias, modas, convenciones de cada época”³¹. En otras palabras, que cada quien posee la familia que quiere. Corriente que ha tomado mucho impulso en nuestro tiempo debido, entre otros factores, al relativismo dominante.

El profesor Contreras menciona como defensores del constructivismo familiar especialmente al feminismo radical y al lobby gay quienes han hecho una campaña muy bien orquestada a nivel global, llegando a influir en instancias internacionales, documentos y tratados.

30 Esta postura es mencionada por el Profesor Viladrich en la presentación de la obra “Una Caro” del Dr. Hervada Op. Cit., p. 13.

31 CONTRERAS PELÁEZ. *Presentación del Debate sobre el concepto de familia*. CEU SAN PABLO, Universidad de Sevilla. (Ubicado el 08.12.2014). Obtenido en <http://www.definicionabc.com/social/familia>. El profesor Contreras presenta con detalle el debate realizado sobre la familia, y en concreto el tema lo expuso la Dra. Janne Haaland Matlary.

En esta misma línea, la Dra. Marisol Fernández señala, como un representante más significativo de esta teoría, a Michel Foucault.³²

C. Concepción evolucionista

La escuela evolucionista mostró en su momento que la familia no solo evoluciona sino que es solo evolución y por lo tanto resultado del devenir histórico. Precisamente por ello podía adoptar diversas formas a lo largo de la historia³³.

Según su tesis en los albores de la humanidad, la familia no habría existido y por lo tanto no sería una presencia necesaria en el acontecer humano.

Esta teoría fue duramente criticada y fue la antropología cultural la que demostró su falsedad.³⁴

D. Concepción basada en los vínculos de afectos y solidaridad familiares

Esta concepción responde a la corriente doctrinal que se esfuerza por delimitar la noción de familia, enfatizando los vínculos de afecto y solidaridad familiares, disminuyendo la importancia jurídica de la autoridad familiar y

32 Marisol Fernández, explicando que el construccionismo cuestiona las categorías fijas particularmente en torno a la sexualidad – afirmando que no serían realidades biológicas e inmutables sino más bien construcciones culturales – presenta brevemente el trabajo de investigación genealógica de Michael Foucault publicado en su libro *Historia de la sexualidad*. En su investigación habría demostrado que a “partir de la revolución burguesa la familia nuclear confiscó la sexualidad para determinarla a la finalidad reproductora, a partir de lo cual se convirtió en marginal, por ser incompatible con la nueva moral social que está basada en la ética del trabajo”, marginando lo que quedaba fuera de ella, incluso los placeres. Cfr. FERNÁNDEZ REVOREDO, Marisol. *Manual de derecho de familia*, Lima, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, pp. 18-19.

33 En el libro publicado por la Pontificia Universidad Católica, con ocasión del homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez, titulado “La familia en el Derecho Peruano”, el Dr. José Rodríguez Iturri, enseña que “La teoría evolucionista moderna, se encarga de presentarnos (...) que luego de la voubeergende paarung (según la cual “El padre quedó excluido de la relación práctico-filial, en tanto que la relación madre-hijo operó hasta el destete), tuvieron cabida la familia consanguínea (relaciones sexuales entre familiares), la punalúa (en la que se prohíbe la unión de sexos entre parientes), y la sindiásmica (un hombre opta por una favorita, sin perjuicio de tener varias mujeres), para arribar luego a formas matriarcales y patriarcales”. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando y otros. *La familia en el Derecho Peruano*, Lima, 1990, p. 49

<http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/71>

34 Cfr. BURGOS, Juan Manuel. *Diagnóstico sobre la familia...*, p. 109.

dirigiendo su atención a las relaciones de mutuo afecto y solidaridad que se aprecian en la comunidad humana reconocida como familiar.³⁵

A esta corriente pertenece el profesor E. Varsi³⁶ quien concibe a la familia como parte de la evolución del hombre y de la sociedad que se ha ido moldeando³⁷ de acuerdo a sus intereses y necesidades, fruto de las costumbres e idiosincracia de los pueblos, de épocas, lugares y condiciones geográficas y otros factores que han influenciado de alguna manera en su desarrollo o en su descenso.³⁸ La teoría sugiere al *afecto* como el vector³⁹ de la caracterización de la variedad de relaciones interpersonales que permita llamarlas “familias”: “En la actualidad la estructura social refleja una modernidad líquida, (...) diferentes maneras de expresar y experimentar el afecto, diferentes maneras de compartir la vida que emerge espontáneamente requiriendo el reconocimiento jurídico y la comunidad”.⁴⁰ Estas diferentes maneras de proyectar la propia familia originaría la pluralidad en la institución familiar.

E. Concepción Iusnaturalista

Esta corriente de pensamiento⁴¹ considera que la ley natural es la norma básica de donde se derivan las obligaciones; por eso su fundamento es el Derecho

35 Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán. *Derecho y derechos de la familia*, Lima, Editora jurídica Grijley, 2005, p. 27.

36 Enrique Varsi desarrolla su Tratado de Derecho de Familia, ofrece el “enfoque contemporáneo de la nueva teoría institucional, jurídica y principista de las relaciones familiares fundadas en el afecto”. El autor afirma que “la familia tiene su marco evolutivo ligado a la propia evolución del hombre y de la sociedad, cambiando de acuerdo con los nuevos logros de la humanidad y descubrimientos científicos, no siendo creíble o permitido que sea sometida a ideas estáticas o valores ligados a un pasado lejano . VARSÍ ROSPIGLOSI, Enrique. Op. Cit., p. 7.

37 Cfr. IBID, p. 12.

38 Cfr. IBID, p. 30.

39 Como manifiesta, hablando de la familia socioafectiva, “una de las grandes conquistas del Derecho familiar brasilero es haber elevado a categoría jurídica el afecto (...). La afectividad, como categoría jurídica, resulta de la transeficacia de parte de los hechos sicosociales que la convierten en hecho jurídico, generador de efectos jurídicos” LOBO, Paulo citado por VARSÍ, Enrique. Op. Cit., p. 82.

40 IBID, p. 15.

41 El iusnaturalismo al que nos referimos tiene como fuentes inspiradoras las obras de Aristóteles y Tomás de Aquino. “El nombre que ha recibido esa escuela es el de ‘aristotélica tomista’; también el de ‘realismo jurídico clásico’ o ‘iusnaturalismo ontológico’ entre otros, aunque algunos de sus contradictorios lo llaman ‘iusnaturalismo católico’, lo cual resulta inequívocamente inapropiado al mezclar la razón con la fe”. LUIS VIGO, Rodolfo. Iusnaturalismo vs. Iuspositivismo. (Un alegato

natural.⁴² Esas leyes que no han sido puestas por la voluntad humana, anteriores a la formación de cualquier grupo social, son reconocibles mediante la búsqueda racional, de las que derivan, como de toda ley moral o jurídica, derechos y deberes que son, por el hecho de derivar de una ley natural, derechos y deberes naturales.⁴³

Respecto a la familia el iusnaturalismo señala que ésta tiene una estructura fija, basada en la naturaleza humana. Así nos dice que “el primer núcleo social (hombre y mujer), la primera y más básica comunión, sociedad o comunidad humana y natural es la familia y el matrimonio”.⁴⁴ De esta manera familia y matrimonio constituyen dos realidades que se funden.

El máximo exponente que presentamos en esta investigación es Javier Hervada.⁴⁵ Precisamente esta concepción nos ha parecido más relevante, según la orientación del presente estudio, por lo que nos servirá de soporte para nuestros objetivos.

iusnaturalista), en *Prudentia Iuris*, Nº 62/63, octubre 2007. Citado por HERRERA PRADO, Camila. *Aproximaciones a los fundamentos científicos y filosóficos del iusnaturalismo realista de Javier Hervada*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2016, p. 229.

42 En palabras de J. Hervada, “es lo justo por naturaleza o justo natural, aquella cosa corporal o incorporeal adecuada y proporcionada al hombre en virtud de su naturaleza (...) inherente a la dignidad de persona humana”. HERVADA, Javier. *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho...*, p. 523.

Sobre el derecho natural nos dice Fasso que se corresponde con “un sistema de normas de conducta intersubjetiva distinto del constituido por las normas establecidas por el Estado (Derecho positivo)” y que, esto es también muy importante, “tiene validez por sí mismo, es anterior y superior al Derecho positivo, y, en caso de conflicto con este último, debe prevalecer sobre el mismo” FASSÓ. G. Iusnaturalismo, en *Diccionario de Política*, N. Bobbio, N. Mateucci y G. Pasquino (editores), 7ª ed., Madrid: Siglo XXI editores, 1991, p. 836-7. Citado por MÖLLER, Max. *Neoconstitucionalismo y la teoría del Derecho*. Repositorio institucional de la Universidad de Burgos, 2017.

Obtenido en <http://riubu.ubu.es/bitstream/10259.1/66/2/M%C3%B6ller.pdf>

O mejor aun, la legitimidad de las normas del derecho positivo dependen del derecho natural.

43 “Amnistía Internacional” al hablar sobre la Historia de los Derechos dice que: El origen de los derechos humanos no reside en la ley positiva, sino que parte de la naturaleza propia del ser humano, una naturaleza que es superior y precedente a cualquier ley positiva Humanos: Iusnaturalismo y positivismo. Cfr. www.amnistiacatalunya.org.

44 ESCRIVÁ IVARS. *Relectura de la obra científica de Javier Hervada*. Gráficas Egúzquiza. Universidad de Navarra. Pamplona 2008, p. 414.

45 Javier Hervada es considerado un personalista clásico, para el que el derecho no es la norma o la legalidad, sino directamente el objeto de la justicia: aquello que debemos satisfacer porque es lo suyo de otro. La ley no es lo justo sino una regla para medir el derecho. Cuando una ley impone como derecho algo injusto, esta ley no es ley, sino corrupción de la misma. Cfr. HERVADA, Javier. *Una caro...*, p. 12.

1.2.2. Bases conceptuales

En el presente apartado presentamos los conceptos que consideramos claves con respecto a nuestra investigación.

A. Familia

La familia es definida como el pilar fundamental (célula) de la comunidad humana,⁴⁶ unidad básica fundada en el matrimonio,⁴⁷ en la que los cónyuges, hombre y mujer, abiertos a la generación, inauguran juntos un proyecto de vida para ayudarse y auxiliarse mutuamente, y establecen unas relaciones que les son propias:⁴⁸ paternas, maternas, filiales y de parentesco; constituyéndose la familia como el lugar de convivencia, de bienestar, de vida, de nacimientos, de identidad.⁴⁹ Todo ello arropado por el amor porque la familia debe ser ante todo una escuela del amor, del afecto, del respeto, de la pacífica convivencia.

B. Nuevas estructuras familiares

Son aquellas estructuras sociales de tipo familiar muy similares a la familia a las que les falta algún elemento (alguna “pieza”) determinante para alcanzar su plenitud y equilibrio.⁵⁰ Si bien la familia es esa comunidad unida por vínculos de consanguinidad y fundada en el matrimonio, como símbolo de compromiso perpetuo para la generación y educación de los hijos⁵¹, frente a ella han surgido

46 Multitud de autores y documentos nacionales e internacionales la reconocen como tal. Entre otros: Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 16, inciso 3); Declaración Americana de los Derechos y deberes del hombre (artículo 6); Constitución Política Peruana 1993 (artículo 4); autores como Enrique Varsi la llaman “celula *mater*”; VARSÍ ROSPIGLOSI, Enrique. *Tratado del Derecho de Familia...*, p. 25; Emilia Távara la llama “célula de la comunidad social”, TAVARA VILCHEZ, Emilia. *Las instituciones familiares en el Derecho Peruano*, Lima, Gráficas Angellino, 2007, p. 14., “Cimiento de la sociedad” la llama Karina Manrique; cfr. MANRIQUE GAMARRA, Karina. *La unión de hecho*, Lima, FFECAAT.E.I.R.L. 2013, p. 14; etc.

47 Cfr. BURGOS, Manuel. *Antropología: una guía para la existencia...*, p. 306.

48 Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán. *Derecho y derechos de la familia...*, p. 32.

49 Cfr. FLORES CHISCUL, Teresa Isabel. *La protección estatal de la familia como institución jurídica natural*. Tesis para optar el título de abogado. Chiclayo, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2014. Obtenida en: <http://tesis.usat.edu.pe>, p. 114.

50 Cfr. BURGOS, Juan Manuel. *Diagnóstico sobre la familia...*, p. 120.

51 Cfr. CHISCUL FLORES, Teresa Isabel. *Op. Cit.*, p. 14.

unas estructuras familiares que en su esencia y por los lazos que las unen, son muy parecidas a la familia como institución familiar.

A través de la STC 09332-200-PA/TC el TC las ha reconocido como “familias con estructuras distintas a la tradicional”.⁵² Junto con las monoparentales y las surgidas de las uniones de hecho ha presentado y conceptualizado a una nueva estructura con nombre no definido. En concreto el Colegiado en el fundamento 8 la define 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 ahí los nombres que se le atribuyen.⁵³ Según la interpretación del TC estas nuevas estructuras familiares son reconocidas como familias, cuando por ejemplo dice: “por su propia configuración estas familias”. A través del presente estudio determinaremos que son estructuras familiares, sí; pero familia solo en cierto sentido, aunque no de modo completo, por carecer de uno o varios rasgos esenciales.⁵⁴

C. Tribunal Constitucional (TC)

Tal como lo define el artículo 201 de la CPP de 1993, el TC “es el órgano supremo de interpretación y control de la Constitución. Es autónomo e independiente”, “de los demás órganos constitucionales”⁵⁵. Solo está sometido a la Constitución y a su ley orgánica”.⁵⁶

En las últimas décadas ha venido afianzándose el constitucionalismo, es decir, ese tránsito del imperio de la ley a la Constitución como consecuencia de la crisis del positivismo jurídico o la crisis de la ley frente a la omnipresencia de la

52 STC 09332-2006-PA/TC, fundamento 7.

53 El fundamento 8 la llama: ensamblada, reconstruida, recompuesta, de segundas nupcias, o familiastras. Más adelante, en el apartado 3.2. se desarrollará más ampliamente sobre el tema. STC 09332-2006-PA/TC

54 Cfr. CID, María Teresa. *Sociedad, familia y escuela: un reto de educar*, Madrid, Ediciones CEU, 2014, p. 115.

55 Así lo determina el artículo 1º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Peruano N° 28301, del 23 de julio de 2004.

Así mismo en su página web institucional, añade: “porque en el ejercicio de sus atribuciones no depende de ningún órgano constitucional”. www.tc.gob.pe/tc/institucion/acerdade

56 La ley orgánica del TC es la Ley N° 28301.

Constitución.⁵⁷ Siendo una de las características del constitucionalismo el protagonismo de los principios.⁵⁸ Otra característica es la omnipresencia de la Constitución que va aparejada con la omnipotencia judicial. De tal modo que el constitucionalismo reivindica la obra de los jueces, quienes deben ser los guardianes de la Constitución, atentos a los excesos de los legisladores.⁵⁹ En este sentido corresponderá al TC el resolver los conflictos de carácter constitucional que se puedan presentar, especialmente protegiendo de manera especial los derechos fundamentales y el respeto a su dignidad humana.

D. Iusnaturalismo

Esta doctrina de pensamiento sostiene que existen leyes, que no han sido puestas por la voluntad humana y en cuanto tales son anteriores a la formación de cualquier grupo social, reconocibles mediante la búsqueda racional, de las que derivan, como de toda ley moral o jurídica, derechos y deberes que son, por el hecho de derivar de una ley natural, derechos y deberes naturales. El derecho natural tendría así validez universal *per se* y jerarquía superior al derecho positivo. De ahí que el fundamento de validez de toda Constitución y el orden jurídico de ella derivado se encuentra, para los defensores de esta tesis, en su identificación con el derecho natural.⁶⁰

57 Sobre el particular, el Tribunal Constitucional debe recordar que, en todo ordenamiento que cuenta con una Constitución rígida (y la nuestra lo es), y por tanto, donde ella es la fuente suprema, todas las leyes y disposiciones reglamentarias, a fin de ser válidamente aplicadas, deben necesariamente ser interpretadas desde y conforme con la Constitución (principio de constitucionalidad). FERNÁNDEZ REVOREDO, María. *La igualdad y no discriminación y su aplicación en el matrimonio y las uniones de hecho*. Tesis para optar el grado de Magister con mención en Derecho Constitucional, Lima, Universidad Pontificia Católica, 2014. Obtenida en: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/5510pp>. 66-67.

58 El orden normativo jerarquizado emana de los principios desarrollados por el Tribunal: Principio de constitucionalidad, de legalidad, subordinación subsidiaria, jerarquía funcional en el órgano legislativo. IBID, p. 66-67.

59 IBID, p. 70.

60 Algunos conceptos tomados del Diccionario jurídico mexicano (www.diccionariojuridico.mx) y de HERVADA, Javier. *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho...*, Prólogo y nota de edición.

A esta línea de pensamiento pertenece Javier Hervada.⁶¹ Respecto a su teoría del derecho natural, el autor quiere dejar afirmada, “sobre todo relieve” que la ley natural es orden del ser del hombre y de la sociedad, gracias a ella se alcanza el camino recto de nuestra perfección personal y social. Seguirla o no, en nuestra vida personal y social, representa un radical ser o no ser, crecer o menguar, perfeccionarse o degradarse. Ante esta ley natural no se puede tomar partido porque no está sujeta al voto⁶² o a la opinión (como hoy nos invita el relativismo). Ella pertenece al campo de la verdad, de la ciencia, de la objetividad; no de la opinión, de la opción o de la subjetividad. Es cuestión de certeza, de estudio y de conocimiento.⁶³ Y sobre el derecho natural, J. Hervada nos dice que “representa la objetividad de una regla de conducta y de una exigencia de justicia, que es

61 Sobre Javier Hervada diremos que es un “personalista clásico, para quien el derecho no es la norma o la legalidad, sino directamente el objeto de la justicia: aquello que debemos satisfacer porque es lo suyo de otro. La ley no es lo justo sino una regla para medir el derecho. Cuando una ley impone como derecho algo injusto, esta ley no es ley, sino corrupción de la misma”. HERVADA, Javier. *Una Caro*. Escritos sobre el matrimonio..., p. 12.

Es propio mencionar algunos aportes relevantes del autor: ha sido el primero en desarrollar una ciencia del derecho en clave iusnaturalista completa y sistemática. Su iusnaturalismo no se trata simplemente de una colección de críticas al positivismo: la novedad de J. Hervada es reunir todas las críticas y aportaciones precedentes y sistematizarlas en un solo *corpus* doctrinal: “La introducción al derecho natural” que constituye el primer manual que compendia de modo completo la teoría del realismo clásico. J. Hervada incorpora sin reservas conceptos típicamente modernos; así mismo refundamenta conceptos. De tal forma que se le considera un autor verdaderamente revolucionario.

En cuanto a la noción filosófica y jurídica de persona, la condición sexual del ser humano y del matrimonio como institución natural, así como lo relativo a la dignidad y disponibilidad del cuerpo humano, aporta principios fundamentales a la luz de las cuales es posible dar una respuesta realista. cfr. HERRERA, Camila. Op. Cit., p. 36

Algunos de estos principios serán desarrollados, aunque brevemente, en el capítulo 3.3. de la presente investigación.

Camila Herrera compara a J. Hervada con otros representantes del iusnaturalismo actual, tales como Lachance, Maritain, Viley, Granneris, Ballesteros, Cathrein, Olgiati, Cotta, Mendizábal, Martínez Doral o Finnis. Sin embargo añade que sería una injusticia y una apreciación restrictiva considerarlo como uno más de la lista, limitando sus aportaciones a la simple vuelta del pensamiento aristotélico-tomista (en esta misma nota hemos señalado ya algunos aportes de este jurista español) puesto que J. Hervada no se limita a glosar o citar ese pensamiento sino a construir desde él, a tal punto que llega a decir: “Tomás de Aquino ha representado siempre un puntode partida, nunca de llegada (...) yo he construido mi propio edificio bajo mi responsabilidad con sus aciertos y errores” (p. 26). J. Hervada respeta la tradición pero la depura de sus errores y explora nuevas perspectivas para estos tiempos, incorporando inclusive nuevos elementos.

62 Por ello resulta incoherente someter a votación normas o principios de Derecho natural: divorcio democrático, aborto democrático, etc.

63 Cfr. HERVADA, Javier. “Derecho natural, democracia y cultura”, *Persona y Derecho*, 6 (1979), p. 197, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra. Obtenido en <http://hdl.handle.net/10171/11915>

inherente a la persona humana”.⁶⁴ Por ello, “ley natural, por ser ley objetiva del ser humano, no es quebrantada sin que el hombre y la sociedad se degraden”.⁶⁵

64 IBID, p. 198.

65 IBID, p. 200.

CAPÍTULO II

MARCO METODOLÓGICO

2.1. Tipo de estudio

El proceso de investigación se desarrolló en el campo de las ciencias jurídicas, sociales y humanas, con el auxilio del método documental o bibliográfico, metodología que domina especialmente el quehacer jurídico, permitiendo sistematizar el pensamiento a fin de posibilitar la investigación. A través del análisis y la interpretación de los antecedentes se alcanzó el objetivo previsto para analizar, con fundamentos iusnaturalistas, la STC 09332-2006-PA/TC, en lo referente a las nuevas estructuras familiares en Perú, buscando fortalecer el modelo de familia constitucionalmente garantizado.

Es oportuno acotar que esta metodología bibliográfica "Es un trabajo constitutivo donde la interpretación, la crítica y la argumentación racional, juegan

un papel preponderante porque permiten llevar a cabo inferencias y relaciones (...) para explicitar un argumento de sentido que explique y totalice una cierta visión "paradigmática, semántica y pragmática" en orden a dilucidar una particular manera de apreciar el fenómeno, una construcción global de significados y una trascendencia en lo real de estos elementos con repercusiones prácticas en el entorno social".⁶⁶

2.2. Abordaje metodológico

El abordaje fue descriptivo, explicativo e interpretativo. Y siendo la bibliografía y afines una técnica auxiliar del investigador, se procedió a:

- La observación documental relacionada a las familias, las nuevas formas familiares y al iusnaturalismo de Javier Hervada.
- Se recogió, organizó y almacenó la información, especialmente en carpetas físicas y virtuales.
- Se sumillaron, sintetizando al margen las ideas principales y señalaron con marcadores adhesivos libros y copias.
- Se elaboró lista de libros y publicaciones según los contenidos a tratar.

De esta forma se organizó la información obtenida de los antecedentes: 34 libros, 7 tesis, 8 revistas y 41 base de datos.

2.3. Instrumentos de recolección de datos

Se trabajó con un sistema de información organizada en carpetas físicas, sumillas en libros y copias, tesis, revistas, jurisprudencia, doctrina, material electrónico, entre otros. Se hizo lo propio con el soporte de una organización virtual de las fuentes de información, con diversas carpetas en el escritorio de la laptop. Todo este banco de materiales que se fue almacenando sobre la familia, las

66 HOYOS BOTERO, Consuelo. *Un modelo para Investigación Documental*. Medellín, Señal Editora, 2000. p. 42-49. Citada por BOTERO BERNAL, Andrés en La metodología documental en la investigación jurídica: alcances y perspectivas.

Obtenido en "Opinión Jurídica" Revista de la Universidad de Medellín: <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1350/1352>

nuevas estructuras familiares, el iusnaturalismo de Javier Hervada, del 2014 al 2016 fue organizado por temas, correspondientes con los apartados a tratar.

Los instrumentos utilizados en el presente informe fueron la recopilación de documentos relacionados a los temas antes señalados, ascendentes a un total de 90 lecturas que comprenden libros, diccionarios, normas jurídicas, tesis, revistas, recursos electrónicos y que han sido señaladas en la presente investigación. A través de estas lecturas se pudo conocer la doctrina, jurisprudencia y legislación actual sobre la familia y las nuevas estructuras familiares en el Perú.

2.4. Procedimiento

El procedimiento se llevó a cabo mediante la recopilación del material bibliográfico con la finalidad de sustentar, desde el iusnaturalismo de Javier Hervada, la institución familiar frente a las nuevas formas familiares en el Perú. Se siguió este proceso:

- La elección del tema de la investigación en el caso, al principio se pretendió centrar en la importancia de la familia frente a las nuevas formas familiares pero posteriormente se decidió que fuera el actual: “Fundamentos iusnaturalistas para analizar la STC 09332-2006-PA/TC en lo referente a las nuevas estructuras familiares”.

Durante esta etapa inicial se fue creando una base bibliográfica buscando algo de material en torno al tema, investigando sobre las diferentes concepciones de familia. Algunos de los antecedentes recopilados en este periodo se fueron descartando en las etapas siguientes de la investigación.

- Adquisición y recopilación de nueva bibliografía y copias, partiendo de un mayor conocimiento del tema. Se fue tomando más contacto con la realidad de la institución familiar en el Perú y sobre la STC 09332-2006-PA/TC.

En esta etapa se fue construyendo un esquema que permitió ir estructurando y dando contenido a los objetivos planteados, pero sujetos a consideración y revisión según el curso que se le fuera dando a la investigación, como de hecho sucedió. Se consultaron autores, especialmente peruanos, con la finalidad de conocer su opinión sobre la institución familiar y el modelo constitucional garantizado, descubriendo autores a favor y en contra de la familia como instituto natural.

- Habiendo hecho un cambio, tanto en la orientación del tema como en los objetivos, se continuó con la creación de la investigación, profundizando más su desarrollo; se buscaron autores nacionales contrastando por un lado los que consideran a la familia como modelo constitucional, buscando un respaldo en ellos, y quienes están a favor de un modelo plural de la institución familiar. Además en esta etapa se desarrolló con mayor profundidad el aporte central de la investigación con el iusnaturalismo de J. Hervada.

- Después de la presustentación y revisión de la misma y con las debidas correcciones levantadas, se dio por terminada la redacción.

Entre los principales libros citados tenemos: *Cuatro lecciones de Derecho Natural* de Javier HERVADA. *Diagnóstico sobre la familia* de Juan Manuel BURGOS. *Tratado de Derecho de familia* de Enrique VARSÍ ROSPIGLOSI. *La protección estatal de la familia como institución jurídica natural* de Teresa Isabel FLORES CHISCUL, entre otros.

Finalmente, a lo largo de la investigación se presentaron ciertas inquietudes que se procuraron encauzar. Una de ellas fue el verificar cómo entre los juristas en el Perú hay diferentes posturas en cuanto a la concepción de familia, por lo que se incorporó un apartado presentando la opinión de algunos de ellos sobre el modelo constitucional de familia.

Otra iniciativa que se atendió fue presentar algunos fundamentos del iusnaturalismo de Javier Hervada como una luz clara para la persona y la familia a fin de que cada una de estas conozca y acepte su propia dignidad y naturaleza.

Aunque ciertamente desde un principio habíamos proyectado apoyarnos en la concepción iusnaturalista para destacar la importancia de la familia.

En cuanto a la STC 09332-2006-PA/TC, a medida que se fueron leyendo comentarios sobre la misma, se fue asumiendo con mayor fuerza una clara postura a favor de la familia.

2.5. Análisis de datos

El uso del análisis cualitativo y el análisis de los antecedentes y documentos, nos permitió conocer la situación de la institución familiar en el derecho peruano. Los datos obtenidos, organizados, explicados y estudiados nos sirvieron para argumentar y crear esta investigación. Por su parte, los aportes iusnaturalistas de J. Hervada, igualmente trabajados, permitieron reconocer a la familia como instituto natural, modelo de toda familia, en el derecho peruano y en la sociedad y analizar la STC 09332-2006-PA/TC en lo referente a las nuevas formas familiares.

2.6. Criterios éticos

En consonancia con nuestro trabajo de investigación, consideramos, en primer lugar, dos criterios éticos que orientan acciones concretas:

Respeto a las personas y a la familia

El ser humano creado a imagen y semejanza de Dios, por el hecho de serlo, está dotado de derechos inherentes a su naturaleza y su dignidad. Dado que la persona posee ese valor altísimo (dignidad) es preciso que cada una de nuestras acciones libres respete adecuadamente ese valor. Por ello debe ser tratado como lo que es: un ser digno y exigente, portador de unos derechos que son inherentes a su propio ser.

Entre los derechos que el ser humano posee se encuentran el de tener y crear una familia. Buscamos que la familia sea reconocida como una institución sólida donde el ser humano nace, crece, es amado y ama, se desarrolla y aprende a socializar.

Búsqueda del bien común y la justicia

La sociedad en su conjunto debe salvaguardar la dignidad de todos los seres humanos. Además debe procurar la equidad en el tratamiento de sus derechos y cumplimiento de sus deberes. Es un desafío de los estados reglamentar las leyes y evitar los vacíos legales que pueden facilitar la violación de los derechos humanos. Por lo demás, hacer justicia por la aplicación de la ley entraña el riesgo de que quien la interprete y sentencie no acierte a conceder a las partes afectadas aquello que les correspondería y a la sociedad la salvaguarda del bien común.

Además de estos dos criterios éticos citados nos parece plausible añadir ***el amor a la verdad***. Criterio ético que permite afirmar que a lo largo de la investigación se ha procurado buscar la verdad y la ***honestidad*** por lo que no se han manipulado ni falseado los contenidos de los diferentes autores.⁶⁷

2.7. Criterios de rigor científico

La presente investigación tiene una sustentación legislativa, doctrinaria y de jurisprudencia en la solución del problema. Además cuenta con un objeto de estudio reconocible y con un enfoque científico-humanista de manera implícita. Presenta las siguientes características:⁶⁸

Fiabilidad y validez

El acopio de información durante el proceso de la investigación ha procurado ser estricto, por lo que consideramos que merece crédito y confianza.

Relevancia

67 RIVERA RODRÍGUEZ, René Francisco. *Investigación Documental en Psicología Criminal*. (Ubicado el 10.10.16). Obtenido en:

<http://www.periciascaligraficas.com/v2.0/resultados.php?contenidosID=269><http://www.periciascaligraficas.com/v2.0/resultados.php?contenidosID=269>

68 NOREÑA, Ana Lucía y otros. *Aplicabilidad de los criterios de rigor y éticos en la investigación cualitativa*. (Ubicado el 10.10.16)

Obtenido en: <http://www.scielo.org.co/pdf/aqui/v12n3/v12n3a06>

Por cuanto se alcanzó el logro de los objetivos planteados, obteniendo un mayor conocimiento del fenómeno objeto de investigación. Además se consideró que sí hubo correspondencia entre la justificación y los resultados arribados en la investigación.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN

Nuestra CPP de 1993 tiene, entre los principios constitucionales la protección a la familia. Esta protección no es gratuita ya que se ha ganado a pulso, gracias a la contribución importante que hace a la sociedad formando buenos ciudadanos⁶⁹.

La familia, es decir, la constituida por el padre, la madre y los hijos fruto de esa unión, en una relación estable y basada en el matrimonio, a decir de algunos,

69 Cfr. CID VÁSQUEZ, María Teresa. *Sociedad, familia y escuela: un reto de educar*. Ediciones CEU, Madrid, 2014, pp. 104-105.

se ha venido debilitando. Ello habría ocurrido por diversos factores y porque que cada vez más los seres humanos buscan relaciones alejadas del matrimonio “tradicional”⁷⁰ y basadas más bien en el sentimiento y el deseo libre que los mueve a crear nuevas estructuras familiares.

Para esclarecer la trayectoria e importancia de la familia frente a las nuevas estructuras familiares⁷¹, en el presente capítulo analizaremos la situación de la familia en el Perú, las nuevas estructuras familiares en relación a la Sentencia N° 09332-2006-PA/TC del TC Peruano y finalmente, abordaremos la visión iusnaturalista en relación a la familia especialmente la de J. Hervada.

3.1. Situación de la institución familiar en el Perú

En el presente apartado, se busca definir la situación actual de la institución familiar en Perú, para lo cual, a manera de nociones preliminares esbozaremos la situación jurídica de la institución familiar en nuestra historia. Presentaremos también la actual regulación legal sobre la familia, así como los principios más directamente relacionados con ella. Finalmente dejaremos sentado si existe un modelo específico de familia en la CPP, presentando en primera instancia la interpretación de algunos juristas y del TC. Concluiremos con la presentación del modelo de familia constitucional, según nuestro aporte.

3.1.1. Historia de la institución familiar en el Perú

70 Hablando sobre el Derecho al matrimonio igualitario, la UPMUN (Modelo de las Naciones Unidas de la Universidad Pacífico, en su 5ta edición de setiembre 2015) señalaba, al referirse sobre el trato diferenciado que los sistemas legales del mundo en general dan a las parejas del mismo sexo y del sexo opuesto, que: “El matrimonio, tradicionalmente hablando, se describe sobre todo para definir la unión de un hombre y una mujer. Por lo tanto, en la mayoría de los países, las leyes de familia se basan en la idea (en su mayoría religiosa) de la existencia de un orden “natural”. Cfr. UPMUN. *Guía de estudio. El matrimonio igualitario y los Derechos Humanos*. Comité de asuntos sociales, humanitarios y culturales (SOCHUM). 2015. N°. 2.

Nosotros, en la presente investigación preferimos llamar a la institución familiar como “familia”, evitando el adjetivo “tradicional”, como explicaremos más adelante, ya que “la familia es la familia.”

71 Utilizaremos la expresión “nuevas estructuras familiares” porque es empleada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 09332-2006- PA/TC del caso Shols Pérez, Reynaldo Armando.

La institución familiar en el Perú, tal como ha acontecido en las diversas comunidades humanas, ha presentado una modificación y adaptación influenciada por factores históricos y culturales aunque manteniendo esencialmente su contenido, llegando a materializarse en la familia nuclear monógama.⁷² Bastará con esbozar algunas pinceladas para ver cómo se ha ido forjando la historia de la familia en nuestro pueblo, con sus raíces preincaicas e incaicas y con la posterior influencia de la colonia y la república.

Tal como nos refiere H. Cornejo es prácticamente nula la información con que se cuenta sobre la familia en los albores del periodo preincaico⁷³. Sin embargo, como detalla el historiador J. Basadre la familia en el Perú tuvo la secuencia de otras latitudes: la horda, la banda, el clan, el sib, la patría, la gens hasta llegar al *ayllu*.⁷⁴ De esta última etapa sí se cuenta con mayores rastros históricos que nos permiten conocer algo más sobre la realidad familiar en el incanato.

Se conoce que el matrimonio del Inca se efectuaba el día de su coronación, se casaba preferentemente con su hermana (*coya*), y estaba facultado para ser polígamo, por ello podía tener esposas secundarias (*ñustas o mamaconas*).⁷⁵ El matrimonio en el incanato era considerado un acto civil⁷⁶ y tuvo matices diferentes

72 Sobre la familia nuclear M. Cid señala que “el mundo de las realidades familiares es un mundo preciso y definido, formado por las relaciones paternas, filiales y de parentesco, por la unión entre el hombre y la mujer para tener hijos (...) La diversidad de las modalidades (...) no afecta esencialmente su contenido (...) entre la multiplicidad de sus modulaciones, cabe resaltar un fuerte predominio de la familia nuclear monógama”. CID VASQUEZ, María Teresa, Op. Cit., p. 113.

73 Cfr. CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*, Lima, Gaceta Jurídica 1999, p. 35

74 Según J. Basadre la secuencia detallada es: banda (conjunto de familias con ciertas costumbres), el clan (familias que se identifican como descendientes de un tronco común y que tiene caracteres políticos), el sib (entidad familiar no organizada políticamente con un culto común de los antepasados, orden matrimonial y solidaridad en los elementos económicos), la patría (división del clan en dos grupos en relación con el matrimonio), la gens (familias con antepasados comunes en línea paterna que vivían en el mismo territorio permitiendo la identificación a través del gentilicio y dando paso a la gran familia cuyos miembros viven juntos en un mismo lugar subordinados a un jefe dentro de una unidad económica) y el *ayllu*. Cfr. BASADRE, Jorge. *Historia del Derecho Peruano*. biblioteca peruana de ciencias jurídicas y sociales, Lima 1937, p. 87. Citado en VARSÍ, Enrique. *Tratado de derecho de familia...* p. 35.

75 Cfr. VARSÍ ROSPIGLOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de familia...*, p. 36.

Por su parte Max Arias, citando a Javier Vargas, afirma que el matrimonio del inca con su hermana tenía “el indiscutible propósito de conservar la pureza de la sangre, naciendo de la unión el heredero al trono” Cfr. ARIAS – SCHREIBER PEZET, Max. *Exegesis del Código Civil Peruano de 1984*. Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 30.

76 Cfr. MANRIQUE GAMARRA, Karina. *La unión de hecho*, Lima, FFECAAT, 2013, p. 29.

de acuerdo con las clases sociales.⁷⁷ Era celebrado bajo la forma contractual de la compra, de duración perpetua, acreditado por la presencia del *ayllu* y con la intervención de funcionario.⁷⁸ Pero el matrimonio no solo fue objeto de designación, también existió la libre determinación para escoger esposa. Se conoció en este periodo histórico una especie de prematrimonio; “institución prematrimonial” de convivencia previa⁷⁹, arraigada en la cultura indígena que ha sobrevivido hasta nuestros días.

Como se colige de lo expuesto, el indígena poseía una visión cultural propia de su vida marital, de la virginidad e incluso de la sodomía.⁸⁰

En “Los Comentarios Reales de los Incas” el autor refiere cómo el propio Inca Pachacútec, dictó leyes y disposiciones para provecho de los naturales y de la paz común; algunas a favor de la familia.⁸¹

77 Como ya se ha referido el inca poseía la facultad de ser polígamo y existía una poligamia limitada que favorecía a sus parientes y altos funcionarios e incluso se permitía en algunos casos como distinción para ciertos personajes o para comprar su lealtad. Sin embargo para la mayoría de la población el matrimonio era monógamo y endogámico. Cfr. ARIAS – SCHREIBER PEZET, Max. *Exegesis del Código Civil Peruano de 1984*, Lima, Gaceta Jurídica 2004, p. 31.

78 Sobre estas milenarias costumbres, refiere el autor, Roger Rodríguez Iturri, que si el Inca contraía matrimonio con su hermana era con el objeto de imitar el incesto del sol y la luna. El historiador Jorge Basadre hará referencia al matrimonio inca por compra y al papel del *ayllu* para garantizarlo (matrimonio contractual). Según el historiador Kauffman al Estado correspondía oficializar periódicamente la unión (matrimonio administrativo con la intervención de funcionario) después del periodo de prueba (el *servinakuy*, práctica que permite comprender la existencia de la libertad al escoger compañera, dentro de las normas de exogamia y endogamia del imperio). Cfr. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando y otros. Op. Cit., pp. 51-52.

79 Respecto del *servinakuy*, Cfr. CALDERÓN BELTRÁN, Javier. *Uniones de Hecho*, Ediciones Cromeo, Lima, 2015, p. 27.

80 Cobo dirá que nunca conocieron el esplendor y la hermosura de la castidad para hacer estima de ella más bien no apreciaban la virginidad en sus mujeres porque decían que las que estaban doncellas habían sido de nadie queridas. Y sobre la unión marital los primeros agustinos narraban lo esforzado del trabajo de estos padres en desarraigar la manera que estos tenían de casarse, refiriéndose especialmente al *servinakuy* o *pantanaco*. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando y otros. Op. Cit., pp. 54-55.

Giovanna Arias Carbone, por su parte, refiere citando a Cieza, que la sodomía estaba arraigada en ciertas localidades donde reinaba el caos y el descontrol y que aunque el Inca pretendió corregir esos desórdenes no lo pudo hacer con eficacia. Cfr. ARIAS CARBONE, Giovanna Vivianna. *Fábulas históricas y verdades teológicas: la preparación evangélica en los Comentarios Reales de los Incas*. Tesis para optar el título de licenciada en lingüística y literatura con mención en literatura hispánica. PUCP. Lima 2013, p. 65.

81 En la misma obra se le atribuye a Pachacutec unos dichos sentenciosos entre los que destacamos: “El indio que no sabe gobernar su casa y familia, menos podrá gobernar la república. Los adúlteros, que afean la fama y la calidad ajena y quitan la paz (...) deben ser declarados por ladrones y por ende (...) ser condenados a muerte sin remisión alguna”. Cfr. GARCILAZO DE LA VEGA, INCA

El imperio estaba organizado sobre la base de la familia, que encabezada por el padre, integraba el *ayllu*, “comunidad” de 20 o 30 familias de una misma etnia, que trabajaba en un territorio común.⁸² Finalmente, la singularidad de la familia incaica es la autarquía porque la familia autosatisfacía todas sus necesidades a tal punto que llegaba a no depender de otros, de ahí que obtuvo gran consolidación.⁸³

Durante la Colonia llegó a América el Derecho de Castilla⁸⁴ cargado de elementos romanos, germanos, semitas y del canonismo⁸⁵, que al ser aplicado produjo una fuerte ruptura y crisis en el derecho familiar incaico, caracterizado por su línea natural. El derecho impuesto con la colonia “consagró el matrimonio monogámico – válido aunque hubiera sido contraído entre gente de raza diversa – las formas matrimoniales canónicas y el carácter sacramental del matrimonio”⁸⁶. En este sentido K. Manrique refiere que habiéndose consagrado el matrimonio monogámico, como los españoles no podían casarse con las mujeres de raza inca, surgieron las uniones de hecho, originadas sobre todo en esa desigualdad social.⁸⁷

Durante la República se hicieron intentos de codificación siendo el de mayor importancia el Proyecto de Manuel Lorenzo de Vidaurre, que nunca llegó a ser ley, porque no correspondía a la realidad de entonces, ya que por las innovaciones que

(Gómez Suárez de Figueroa). *Los comentarios reales de los incas*. Editado por Biblioteca Ayacucho, Venezuela, 3era. Edición. Tomo II, p. 81 y 83. Obtenido en www.books.google.com.pe

82 Cfr. VARSÍ ROSPIGLOSI, Enrique. Op. Cit., p. 36.

83 Cfr. VARGAS, Javier. *Matrimonio, familia y propiedad en el Imperio Incaico*. Colegio de abogados de Lima, Cultural Cuzco, Lima, 1988, p. 52. Citado por VARSÍ, Enrique. Tratado de Derecho de Familia... p. 37.

84 H. Cornejo nos presenta la prelación de cómo se fue implantando este nuevo ordenamiento legal: “La Recopilación de las Leyes de Indias, las leyes despachadas para América que hubieran obtenido el pase ante el Consejo de Indias, las Leyes de Toro, las pragmáticas del rey, el Fuero Viejo y el Fuero Juzgo “a condición de probar que esos Fueros estaban en uso y observancia” y Las Partidas”. CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. Lima, Ediciones Gaceta Jurídica, 1999, p. 35

85 Cfr. TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Op. Cit, p. 54.

86 Cfr. TAVARA VILCHEZ, Emilia. *Las Instituciones familiares en el Derecho Peruano*. Lima, Gráficas Angellino, 2007, p. 17.

87 Ténganse en cuenta que las mujeres eran consideradas menos que los varones y sus hijos ilegítimos; siendo estos últimos, víctimas de las marcadas diferencias que la historia nos ha permitido conocer. Cfr. KARINA MANRIQUE GAMARRA. *La unión de hecho*. FFECAAT.E.I.R.L, Lima 2013. p. 30.

presentaba, se adelantaba a la época.⁸⁸ El CC de 1852, en materia de Derecho familiar, continuó con la tradición jurídica imperante en la colonia,⁸⁹ el mismo que fue parcialmente modificado en 1987 con la Ley del matrimonio civil para los no católicos.

El CC de 1936 organizó el Derecho familiar sobre la base del matrimonio monogámico y disoluble (desde el año 1930 con la Ley 6890, del 08 de octubre; se introdujo el matrimonio civil obligatorio)⁹⁰.

En 1965 por Decreto Supremo N° 95, se creó una comisión encargada de revisar el CC de 1936. Después de un largo trabajo, finalmente se aprobó por unanimidad el proyecto y fue promulgado, mediante Decreto Legislativo N° 295, el nuevo Código Civil que entró en vigencia en 1984⁹¹, bajo la vigencia de la Constitución Política de 1979, promulgada el 12 de julio del mismo año.

La familia no fue considerada como objeto de protección sino hasta que se incorporó esta institución en nuestra Carta Magna, alcanzando un reconocimiento

88 Cfr. CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Op. Cit. p. 36.

Al respecto M. Arias señala algunos de los aportes que presentaba este proyecto de Código Civil. Vidaurre sostenía que el matrimonio era un contrato natural y civil que requería el mutuo y libre consentimiento. En cuanto a la relación conyugal afirmaba que la mujer, aunque compañera, se halla bajo la potestad del marido, pero cabe notar sin perjuicio de esta consideración, que proclamaba el derecho de la mujer casada a resistir a las decisiones arbitrarias del marido. También eliminaba la distinción entre las clases de hijos, diferenciando los hijos legítimos naturales e hijos en general. Cfr. ARIAS SCHREIBER, Max, Op. Cit, p. 32.

89 El Código Civil de 1852 establecía el matrimonio monogámico indisoluble considerado como sacramento; la jurisdicción en materia matrimonial correspondía a veces a la autoridad eclesiástica y otras al fuero civil; las relaciones *ad intra* familiares se basaban en la sumisión de la mujer al marido y de los hijos a los padres; diferencia entre los hijos legítimos e ilegítimos. Cfr. TAVARA VILCHEZ, Emilia. Op. Cit., p. 18.

90 Además, el código contemplaba: la subordinación atenuada al marido; diferencia entre los hijos legítimos e ilegítimos; establecía el sistema único de la sociedad de gananciales; exigía el certificado de salud médico-prenupcial; edad mínima para contraer matrimonio fue rebajado, de 18 a 16 para varones y de 16 a 14 para la mujer; establece el consentimiento para el matrimonio de menores; derecho de la mujer para representar a la sociedad conyugal y administración de su propio patrimonio; legitimación de los hijos por el matrimonio posterior de los padres. Cfr. TAVARA VILCHEZ, Emilia. Op. Cit. p. 19.

91 Tal como refiere precisamente un miembro de la comisión, H. Cornejo, “este nuevo texto sustantivo contiene innumerables modificaciones respecto del anterior: unas, originadas en las normas de la nueva Constitución del Estado promulgada en 1979; otras, derivadas de los avances del Derecho de Familia en general o de la experiencia acumulada durante el medio siglo de vigencia del código anterior; y muchas, en fin, dirigidas a perfeccionar normas existentes, llenar vacíos, disipar oscuridades, eliminar incongruencias y simplificar la aplicación de ciertas figuras e instituciones”. CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Op. Cit., p. 37.

constitucional. Nuestra historia constitucional recoge la existencia de doce Cartas Magnas,⁹² aunque no todas contemplaron a la institución familiar. Así tenemos que la *Constitución de 1933* introdujo por primera vez la mención al matrimonio y la familia⁹³ al establecer que “la familia – junto con el matrimonio y la maternidad – están bajo la protección de la ley”.⁹⁴

Se observa que a pesar de la existencia del principio constitucional de protección de la familia y el matrimonio, se permitió una sorda campaña contra ambas instituciones.⁹⁵ Esta “cultura divorcista” se fue asentando en muchos países occidentales desde que, hacia fines de los años sesenta, siglo XX, se difunde la ideología del “divorcio remedio” en lugar del “divorcio sanción”. No es ya “la culpa” la causante del rompimiento sino del “amor espontáneo y libre”. Si se acabó el amor, se acabó el matrimonio.⁹⁶

A partir de la *Constitución de 1979*, desde el preámbulo, la familia es reconocida por lo que esta institución es y aporta a la sociedad: “La familia es la

92 Las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920, 1933, 1979 y 1993 Cfr. VARSÍ ROSPIGLOSI, Enrique. Ob. cit. p. 136.

Sin embargo J. Colina señala dieciséis constituciones políticas ya que incluye las constituciones sur peruana y nor peruana de 1836; incluye además la Vitalicia de Bolívar, la Constitución de la Confederación Perú-Boliviana y los Estatutos Provisorios de Castilla y Piérola. Cfr. COLINA SEMINARIO, Javier. Op. Cit, p. 3-4.

93 COLINA SEMINARIO, Javier. *La familia: matrimonio en la Constitución peruana*. Instituto de Estudios Social Cristianos, Lima 2008, p. 5.

94 Constitución Política del Perú de 1933, artículo 51.

Esta importante innovación habría correspondido a una influencia de pensadores cristianos quienes consideraron que, siendo la familia el ámbito natural del hombre, donde se forma y establece las primeras relaciones humanas, ambas instituciones merecían la protección del Estado. Cabe precisar que J. Colina es muy enfático al señalar que apenas transcurridos tres años de la vigencia de la Constitución, corrientes laicistas incorporaron en el Código Civil de 1936 el Matrimonio Civil y la posibilidad de disolverlo iniciándose así un embate legal contra el matrimonio y la familia. COLINA SEMINARIO, Javier. Op. Cit, p. 6.

95 Campaña legal que, por lo demás, sigue orquestándose hasta la fecha y que va barrenando, poco a poco, ambas instituciones. En una nota pertinente J. Colina puntualiza que en realidad fue desde 1930, “desde el gobierno del General Luis Sánchez Cerro, con las leyes 7893 y 7894 – antes de la vigencia del Código Civil de 1936, que se instituyó el matrimonio civil y el divorcio vincular, secularizando el matrimonio y relegando el matrimonio religioso al ámbito de las preferencias religiosas personales”. Op. Cit, p. 6.

96 H. Corral explica que el divorcio sanción es aquel “restringido por grave culpabilidad. La retórica del cambio ofrece liberar el matrimonio de la idea de culpa en el cumplimiento de los deberes, para dejarlo bajo exclusiva dependencia del amor espontáneo y afectivo (sin deberes). El quiebre irremediable de la comunidad conyugal (lo que en hechos equivale a la mera separación de cuerpos entre los cónyuges) es un argumento suficientemente persuasivo para legitimar que se ponga fin al compromiso matrimonial y se autorice una nueva unión legal”. Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán. *Derecho y derechos de la familia*. p. 299.

célula básica de la sociedad y raíz de su grandeza, así como ámbito natural de la educación y la cultura”.⁹⁷ Y esta expresión “célula de la sociedad” está del todo incorporada en el hablar cotidiano, hasta tal punto que, como refiere Maeaud, “de tanto repetirse perdió su autoría”.⁹⁸ En efecto, son muchos los autores que conceptualizan a la familia como la sociedad básica y más natural y que reconocen también que en ella se originan las relaciones primarias⁹⁹ tan necesarias para el individuo.

La segunda parte de la cita del preámbulo atribuida a la familia nos habla de la “*raíz de su grandeza*” porque es la que ofrece a la sociedad firmeza y estabilidad; por ello la familia bien constituida y protegida, viene a ser la raíz de la grandeza de la sociedad.

No tememos expresar que la familia es el mayor tesoro, no ya de la sociedad, sino más bien de la humanidad.

Cabe acotar que la Constitución Política de 1979 fue innovadora y pionera en materia familiar al ser la primera Constitución que dedicó un capítulo especial,¹⁰⁰ el II, a la institución familiar y fue la que “conceptualiza a la familia”¹⁰¹ “como

97 Constitución Política del Perú 1979, prólogo.

98 Cfr. Vide MAEAUD, Henry-León y Jean citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Op. Cit., p. 26.

99 Entre otros autores, citamos a C. Landa quien afirma que “la familia es la sociedad más natural y en ella se origina la base imprescindible de las relaciones interhumanas primarias”. Cfr. LANDA ARROYO, César. “Apuntes para la protección constitucional de los derechos sociales de la familia” en *La familia en el Derecho Peruano, Libro homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chavéz*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990. p. 127. Lo expresará así también E. Varsi: “De todos los grupos humanos es el más natural, la más antigua e importante (...) es tan connatural al hombre que es imposible que se desvincule de ella”. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Op. Cit., p. 12-13. M. Arias: “La importancia de la familia es de tal naturaleza y trascendencia que, en términos generales, constituye la célula de la comunidad social”. ARIAS SCHREIBER, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano 1984*, p. 26. E. Bereche la denomina como la “sociedad más natural”. BERECHÉ BALLENA, Edgar. *El Consejo de familia en el ordenamiento peruano*. Tesis para optar el título de abogado. Lambayeque, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2014, p. 14.

Por su parte K. Vasallo conceptualiza a la familia como la base de la sociedad y no una de las bases, lo que hace de ella la base fundamental de nuestra sociedad. Cfr. VASALLO CRUZ, Kathya y MUGA GONZALES, Rossana. *Nuevos derechos y exigencias para el Derecho de la Familia en el Perú*. Tesis para optar el título de abogado. Lambayeque, Universidad Santo Toribio de Mogrovejo, 2012, p. 136. Para T. Flores la familia es considerada, por la sociedad, como “una institución natural y a su vez como el núcleo de toda sociedad” en donde el individuo puede desarrollarse integralmente. Cfr. FLORES CHISCUL, Teresa Isabel. Op. Cit., p. 1.

100 Cfr. COLINA SEMINARIO, Javier. Ob. Cit, p. 7.

101 CASTRO PEREZ TREVIÑO, Olga María. *La constitucionalización del Derecho de Familia*. UNIFE. Obtenido en www.unife.edu.pe/facultad/derecho/1fam.html

sociedad natural e institución fundamental de la nación”, estableciendo que corresponde al Estado brindarle protección.¹⁰²

En cuanto a la protección a la familia¹⁰³ es propio señalar que, a diferencia de la Constitución de 1933 en la que se le concedía a la ley el deber de proteger a la familia, en la Carta de 1979 será el Estado el obligado a brindarle protección. Como refiere J. Colina en esta Constitución la protección se “personificaba en el Estado”.¹⁰⁴ Por su parte, el artículo 5 de la Constitución de 1979, hace alusión a otra realidad: “la familia como sociedad natural”. Sociedad natural porque tiene su origen en la naturaleza de la persona y no en su reconocimiento por parte del Estado. Lo que sí hará el Estado es velar por su protección a través de los mecanismos adecuados y reconocer y tutelar sus derechos y deberes.¹⁰⁵ Bástenos por ahora añadir con J. Colina que “lo natural se rige por sus propias leyes: la ley natural”.¹⁰⁶

Descrita en el presente apartado la historicidad del desarrollo de la institución familiar en el Perú, en el siguiente apartado contemplaremos las previsiones que sobre la familia presentan los documentos supranacionales y nacionales.

3.1.2. Regulación legal sobre la familia

102 El artículo 5 dice: “El Estado protege al matrimonio y a la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación, y que la forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por ley”. Este dispositivo también se refiere al patrimonio familiar inembargable, inalienable y transferible por herencia. El art. 6, por su parte, consagró el amparo a la paternidad responsable; deber y derecho de los padres a alimentar, educar, dar seguridad a sus hijos; deber de los hijos de asistir a sus padres; igualdad de derechos para los hijos; prohibió hacer referencia al estado civil de los padres así como a la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier documento de identidad. En el art. 9 se establece el concepto de unión estable entre varón y mujer, libres de impedimento matrimonial que fundan el hogar de hecho, establece una sociedad de bienes y en las condiciones que señala la ley, una sociedad de gananciales en cuanto es aplicable. *Constitución Política Peruana 1979*.

103 En su artículo 5, primera parte, dice que: “El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación”.

104 Cfr. COLINA SEMINARIO, Javier. Ob. Cit., p. 7.

105 BERECHÉ BALLENA, Edgar Santos. Op. Cit., p. 15.

106 Cfr. COLINA SEMINARIO, Javier. Ob. Cit. p. 8.

Continuando con el análisis de la situación de la institución familiar en el Perú, parece oportuno presentar las *diferentes fuentes legales* a las que es preciso recurrir al acercarnos a un tema de esta materia.

A. Documentos supranacionales

Siendo la familia la célula base, el núcleo fundamental, la piedra angular de la construcción de las sociedades, la comunidad internacional, para efectos de blindarla, la ha protegido de tal manera que se han venido sucediendo diversos tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, refrendados por multitud de Estados, donde se declara la necesidad de reconocer y proteger a la familia,¹⁰⁷ como el elemento natural y fundamental de la sociedad. En cuanto al marco internacional, veremos que la tendencia es reconocer la importancia de la familia y protegerla. Así tenemos:

a.1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos

(1948) establece que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (artículo 16, inciso 3).¹⁰⁸ Este reconocimiento constituye un principio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado precisamente en el citado artículo.¹⁰⁹ La unión inescindible entre el matrimonio y la familia es evidente en esta Declaración. El modelo de familia que diseña es la basada en la generación matrimonial entre un hombre y una mujer.¹¹⁰

107 CORRAL TALCIANI, Hernán. *Derecho y derechos de la familia*, p. 50.

108 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. (Ubicado el 18.02.2016). Obtenido en:

http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml

109 Cfr. O'DONNELL, Daniel. Citado por Álex Plácido en *El modelo de familia garantizado...*, p. 41.

110 Añadiremos también que el artículo 16 configura como objeto del mismo derecho fundamental el casarse y fundar una familia, y este derecho es el único que en el conjunto de la Declaración se atribuye explícitamente a los hombres y a las mujeres en edad núbil, que sólo se justifica en razón de la unión sexual con la consiguiente función esencial generativa reconocida al ejercicio de ese derecho en su doble dimensión. La referencia al matrimonio se hace cuatro veces explícita. Cfr. PLACIDO VILCACHAGUA, Álex. . “El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993”, en *El nuevo rostro del derecho de la familia*. Lima, Motivensa, 2014, p. 50.

a.2. *La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre*

(1948) respecto al Derecho, a la constitución y a la protección de la familia, reconoce que “toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella” (artículo 6).¹¹¹ Como se aprecia, la Declaración hace una referencia precisa a la protección de la familia.

a.3. *La Convención sobre el consentimiento de contraer matrimonio*

(1962) establece que “No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley” (artículo 1).¹¹² Es preciso resaltar la importancia que se le atribuye a la libertad que deben tener ambos contrayentes en el acto del matrimonio, de tal manera que, si no existiera esta expresión de libertad dicho acto no se configuraría, guardando además los requisitos de publicidad señalados. Existe, como veremos más adelante, una relación intrínseca entre matrimonio y familia.

a.4. *El Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas*

(1966) contempla la protección que los Estados parte deben brindar a la familia:

“Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, (...). El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges” (artículo 10, primer párrafo).¹¹³ En la cita referida se vuelve a mostrar esa intrínseca relación entre

111 ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Declaración americana de los Derechos y Deberes del hombre. (Ubicado el 18.02.16). Obtenido en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

112 NACIONES UNIDAS – DERECHOS HUMANOS. Convención sobre el consentimiento de contraer matrimonio. (Ubicado el 18.02.16). Obtenido en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/MinimumAgeForMarriage.aspx>

113 NACIONES UNIDAS – DERECHOS HUMANOS. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (Ubicado el 18.02.16).

matrimonio y familia, entendiéndose el matrimonio como el medio de su constitución. Pero además, se hace una alusión a la protección tanto de la familia como del matrimonio y en otros apartados de la madre, los niños y adolescentes. De esta manera expresa la relación que existe entre la familia y el cuidado y atención que los menores requieren de ella.

a.5. *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas*

(1966), siguiendo la línea de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece que: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (artículo 23, primer párrafo).¹¹⁴ En este caso también aparecen vinculadas esencialmente la familia y el matrimonio.

a.6. *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*

(Pacto de San José de Costa Rica, 1969), por su parte, prácticamente mantiene la redacción de los precedentes: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado” (artículo 17, primer párrafo).¹¹⁵

a.7. *El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*

(Protocolo de San Salvador, 1988) destaca que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y que debe ser protegida por los Estados partes, quienes deberán velar por el mejoramiento de su situación moral y

Obtenido en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

114 NACIONES UNIDAS – DERECHOS HUMANOS. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas*. (Ubicado el 18.02.16). Obtenido en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

115 ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. (Ubicado el 18.02.16). Obtenido en:

http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-2_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

material, tutelando el derecho a constituirla y brindándole la protección adecuada (artículos 15, incisos 1, 2 y 3).¹¹⁶

a.8. La Convención sobre los Derechos del Niño

(1989) precisa la importancia de recordar que en la Declaración Universal de Derechos Humanos, las Naciones Unidas proclamó que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales y dado que la familia constituye el “grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños”, la familia debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. Además reconoce “que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión” a fin de ser preparado para “una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad” (preámbulo).¹¹⁷

Elaborando un análisis sobre estos documentos internacionales, respecto a la protección que el Estado o la comunidad internacional debe brindar a la familia, C. Talciani resume en cinco apartados las *características comunes de relevancia jurídica*, los mismos que a continuación resumimos porque los consideramos acertados y precisos para nuestro enfoque. Así tenemos:

- La familia es reconocida como una realidad prejurídica no creada o diseñada.
- Ese reconocimiento implica un respeto hacia ella y sus fines, brindándole autonomía para alcanzarlos.

116 ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. (Ubicado el 18.02.16). Obtenido en:

<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>

117 NACIONES UNIDAS – DERECHOS HUMANOS.

Convención sobre los Derechos del Niño. (Ubicado el 18.02.16). Obtenido en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

- Se obligan a proporcionarle un tratamiento preferencial, protección adecuada, distinguiéndola de otras formaciones sociales.
- Protección también en el ámbito jurídico.
- Protección a esta institución que mantiene una fisonomía distinguible y realidad inequívoca: la familia es valorada como un elemento natural, básico o fundamental del orden social.¹¹⁸

A manera de corolario afirmamos que considerar la familia y su protección a nivel de Derecho Humano es lo más conveniente para esta institución, ya que no se trata de una aspiración cualquiera sino de una verdadera exigencia inherente a la naturaleza y dignidad de la persona como tal. Conocemos también la obligatoriedad que tienen los Estados parte de respetar, proteger, garantizar y promover esos derechos, asumidos al suscribir esas declaraciones y demás instrumentos internacionales.¹¹⁹

B. Documentos nacionales

A nivel nacional debemos consultar diversas fuentes en materia de familia porque en nuestra normatividad no existe una regulación completa y definida sobre la institución familiar¹²⁰ sino más bien dispersa.¹²¹

b.1. Constitución Política de 1993

Siendo la familia la base de toda sociedad, el lugar donde el ser humano se desarrolla integralmente y la sede de la educación por excelencia, aspectos todos ellos que repercuten directamente en la sociedad, como hemos venido

118 CORRAL TALCIANI, Hernán. Op. Cit., p. 51.

119 Cfr. VASALLO C. Kathya y MUGA G., Rossana E. Op. Cit., p. 69 ss. Puede encontrar aquí más información sobre el tema de Derecho internacional de los Derechos humanos.

120 Cfr. VARSÍ ROSPIGLOSI, Enrique. Op. Cit. p. 136.

121 A diferencia de Bolivia, Brasil, Cuba, El Salvador, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Venezuela, países en los que sí existe unidad normativa. En el texto de nuestra Constitución Política encontramos diversos artículos que reconocen la protección de la familia y promueve el matrimonio como instituto natural y fundamental de la sociedad, se reconocen ciertos deberes y derechos propios de sus miembros (art. 4), como el de la obligatoriedad de los padres de educar a sus hijos (art. 13), etc. En adición, se busca el bienestar de la familia al reconocer derechos laborales especiales según sea el caso (art. 34). Cfr. FLORES CHISCUL, María Teresa. Op. Cit., p. 39.

exponiendo, la preocupación general, social, para el buen funcionamiento de la misma, ha permitido que los Estados la reconozcan como una institución de esta envergadura, motivo por el cual le brindan la protección que merece¹²². En efecto, para garantizar la protección a la familia desde su estructura fundamental, el legislador busca organizarla y regularla jurídicamente en lo que a ella corresponde, de tal manera que la mayoría de los Estados la ha incorporado, como ese “instituto fundamental” en sus Constituciones.¹²³ En este caso Perú no ha obviado regularla. Así tenemos que el artículo 4 de la CPP de 1993 establece que:

“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”.¹²⁴

122 En este sentido, E. Varsi señala que aunque las diversas Constituciones ofrecen múltiples criterios sobre la institución familiar, todas tienden a protegerla. He aquí algunas: Alemania: “El matrimonio y la familia encuentran especial protección en el ordenamiento del Estado” (Art. 6º); España: “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia” (Art. 39); Irlanda: “El Estado reconoce a la familia como el grupo natural, primario y fundamental de la sociedad y como institución moral dotada de derechos inalienables e imprescriptibles, anteriores y superiores a todo derecho positivo. Por ello, el Estado se compromete a proteger la constitución y autoridad de la familia como el fundamento necesario del orden social y como indispensable para el bienestar de la Nación y el Estado” (Art. 41); Italia: “La República reconoce los derechos de la familia como sociedad fundada en el matrimonio” (Art. 29); Polonia: “El matrimonio, esto es, la unión de un hombre y una mujer, así como la familia, paternidad y maternidad, deben encontrar protección y cuidado en la República de Polonia” (Art. 18); República Popular China: “El Estado protege el matrimonio, la familia, la maternidad y la infancia” (Art. 40); Filipinas: “El Estado reconoce a la familia filipina como fundamento de la Nación (...) El matrimonio es una institución social inviolable, es fundamento de la familia y debe ser protegido por el Estado” (Art. 15); Ruanda: “La familia, en tanto que base natural del pueblo ruandés, será protegida por el Estado” (Art. 24º); Argentina: “(...) la ley establecerá (...) la protección integral de la familia” (Art. 14); Brasil: “La familia, base de la sociedad, es objeto de especial protección por el Estado” (Art. 226º); Chile: “(...) La familia es el núcleo fundamental de la sociedad (...) Es deber del Estado (...) dar protección a la población y a la familia” (Art. 1); Colombia: “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad” (Art. 5). Cfr. VARSÍ ROSPIGLOSI, Enrique. Op. Cit., pp. 137-138.

123 Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán. Op. Cit., p. 48. Corral Talciani, al igual que E. Varsi, también cita Constituciones de diversos Estados, destacando el reconocimiento que cada uno brinda a las familias.

124 El artículo 4 añade que la forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por ley. El Art. 5 trata sobre el hogar de hecho formado por hombre y mujer libres de impedimento; y el 6 sobre los deberes y derechos de padres e hijos así como la prohibición de mencionar el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier documento de identidad. Constitución Política Peruana 1993.

Es preciso señalar que aunque la redacción del Artículo 5¹²⁵ de la Constitución de 1979 presenta cierta similitud al Artículo 4¹²⁶ de la Constitución de 1993 respecto de la familia y el matrimonio, se trataría, como indica H. Cornejo, de una diferencia de grado. Él nos lo explica así:

“Para el primero de ellos el Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación, en tanto que para el segundo la comunidad y el Estado protegen a la familia y promueven el matrimonio y reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”¹²⁷.

Es decir, en la CPP de 1979 el Estado, como deudor de protección, estaba obligado a procurar políticas a favor de la familia y del matrimonio, toda vez que el matrimonio, como sociedad natural con sus características de heterosexualidad e indisolubilidad y sus fines propios de procreación educación de la prole y asistencia recíproca, se vio fortalecido por la ley positiva.¹²⁸

Sobre la diferenciación que pondera H. Cornejo que acabamos de citar, E. Varsi añade que la Constitución de 1993, en su artículo 4 parte de lo individual (niño, adolescente, madre, anciano) es decir del aspecto personal de quienes integran la familia, y a continuación reconoce la protección de la familia como institución.¹²⁹

125 CPP Artículo 5: 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.

126 CPP Artículo 4: Protección a la familia. Promoción del matrimonio. La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio.

Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

127 Se trata de una diferencia de grado. En la norma constitucional derogada, el Estado, es decir la sociedad políticamente organizada, protege al matrimonio y a la familia considerándolas como sociedad natural e institución fundamental de la Nación. Para la norma vigente, la comunidad y el Estado, es decir la sociedad y su organización política, protegen a la familia y promueven el matrimonio, reconociéndolos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad: en relación al matrimonio no se trata solo de una actitud –la de proteger– sino de una “actividad” consistente en promover esta institución”. CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. Cit. p. 40.

128 Cfr. COLINA SEMINARIO, Javier. Op. Ci., p. 8.

129 VARSÍ, Enrique. Op. Cit, p. 137.

Analizando en esta misma línea la CPP de 1993 señalaremos que ésta eliminó el capítulo referido a la familia y fusionó en el Capítulo II de los Derechos Sociales y Económicos algunas de sus normas, de tal suerte que en él se hayan normas de amparo familiar junto a otras sobre variados temas (laborales, seguridad social, tráfico de drogas, educación, etc),¹³⁰ a manera de “cajón de sastre” le llama J. Colina, destacando lo desatinado de la medida al equiparar con la familia temas de menor importancia.

Como podemos inferir de lo expuesto, el Perú, al igual que otros muchos Estados, también ha constitucionalizado el Derecho de familia. Así tenemos que “El primer axioma, el de la primacía constitucional, hoy no es discutido: la Constitución prevalece sobre el resto del ordenamiento, incluido, obviamente, el Código Civil”.¹³¹ En este sentido nuestra Constitución Política establece, pues, los principios constitucionales¹³², fundamentales y básicos,¹³³ y otras normas relativas a la familia¹³⁴, que deben inspirar nuestro sistema familiar, tal como lo señala el propio CC¹³⁵. Desde esta perspectiva se entiende lo citado por O. Castro, cuando dice que “Esta orientación ha ingresado al derecho de familia, dando lugar a la llamada “constitucionalización del derecho de familia”, desatando un proceso de

130 Según el parecer de J. Colina esta Constitución fue fruto de su tiempo, es decir, que cuando el liberalismo individualista tomó el poder a comienzos de los años 90, una de sus primeras medidas fue dejar sin efecto la Constitución de 1979. Ello debido a que el humanismo integral y la protección social que enarbolaba dicha Carta Magna, constituían un impedimento para los conceptos liberales y deshumanizantes que se deseaban instalar a través del capitalismo feroz. Siendo así que se eliminaron normas a favor de la familia. Cfr. COLINA SEMINARIO, Javier. Ob. Cit., p. 9. Colina también denuncia que las corrientes neo liberales que fueron preponderantes en el Congreso Constituyente de 1992 – 1993 mantienen a nivel mundial una postura anti-vida

131 CASTRO PEREZ, Olga. *La constitucionalización del Derecho de familia*, p. 5. Obtenido en www.unife.pe/derecho/cursos/1/1_perez.

132 Nuestros principios constitucionales relativos a la familia son: Protección a la familia; Promoción del matrimonio y Reconocimiento de la Unión de hecho. Ver nota 151 en esta misma investigación.

133Cfr. VARSÍ ROSPIGLOSI, Enrique. *Tratado de derecho de familia...*, Op. Cit., p. 136.

134 Entre otras normas: Artículo 6: Sobre el objetivo de la política nacional de población: difundir y promover la paternidad y maternidad responsable; el derecho a decidir de las familias; la educación de los hijos; derechos de padres e hijos; iguales derechos de los hijos. 7: “Todos tienen derecho a la protección de salud, la del medio familiar...”. Artículo 13: sobre la libertad de enseñanza; el deber de los padres de educar a sus hijos y derecho de escoger centros educativos; Art. 23º y 24º sobre el trabajo y la familia; etc. Cfr. *Constitución Política del Perú 1993*.

135 El artículo 233 del C.C. señala: “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”.

revisión o “resignificación” de conceptos, relaciones y modelos tradicionales contruidos a la luz de viejos paradigmas”.¹³⁶ Y si bien es cierto que esta constitucionalización ha ido evolucionando a nivel global, también es cierto que, mal orientada o llevada por diversas corrientes de doctrina, podría desencadenar una suerte de relativismo tal, que todo sea considerado válido y que permita “resignificar” la familia, dando cabida a instituciones que, aunque parecidas, no lo sean. Precisamente por este camino podría abrirse paso el peligro mayor y causa de su crisis: “el buscar redefinirla”.¹³⁷

En esa línea de pensamiento podríamos afirmar que no solo somos testigos de la crisis de la familia como institución, sino incluso de una crisis del término “familia”,¹³⁸ del nombre de esta antigua, pero siempre nueva institución.

En suma, respecto del proceso de constitucionalización de la familia, es en la CPP de 1933, donde el Estado peruano brinda a la familia, por primera vez, un trato orgánico, confiriéndole un carácter social a través de la regulación expresa del matrimonio, la familia y la maternidad.¹³⁹ Precisamente a través de las tres últimas Constituciones “consagra la supremacía de la familia como instituto social.”¹⁴⁰ Y si bien es cierto que ni la CPP, ni el CC vigentes, ofrecen una definición expresa de la familia, la definición de la misma debe ser inferida teniendo en cuenta cómo es empleada esta palabra y el alcance de las relaciones familiares en la norma jurídica.

b.2. Código Civil de 1984

Nuestro actual CC de 1984 que entró en vigencia el 14 de noviembre del mismo año¹⁴¹, se encuentra estructurado sobre la base de la familia fundada en el

136 CASTRO PEREZ, Olga. *La constitucionalización del Derecho de familia*, p. 5. Obtenido en www.unife.pe/derecho/cursos/1/1_perez.

137 Papa Francisco. Op. Cit.

138 Cfr. MERE, Vega, Las nuevas fronteras del Derecho de familia. Citado por VARSÍ ROSPIGLOSI, Enrique en *Tratado de Derecho de Familia*, p. 50. Cfr. BURGOS, Juan Manuel. *Diagnóstico sobre la familia...*, p. 27 ss.

139 Artículo 51: “El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley”. Constitución Política Peruana de 1933.

140 VARSÍ ROSPIGLOSI, Enrique. Ob. cit. p. 136.

141 Según Decreto Legislativo N° 295, del 25 de julio de 1984. <http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/CODIGO-CIVIL.pdf>

matrimonio, tan es así que, como E. Varsi señala “el 80% de las normas civiles fueron pensadas en la familia y los hijos matrimoniales, dejando retazos legislativos para las otras formas o derivaciones familiares”¹⁴²

El CC de 1984, en su primer artículo del Libro III, dedicado al Derecho de Familia, artículo 233, establece que la regulación de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la CPP. Manuel Miranda lo expresa así:

“El Derecho Civil está inmerso en el marco de los contenidos constitucionales y su actuación se rige bajo principios de constitucionalidad recogidos en la Carta fundamental. Empero, no solo se encuentra únicamente subordinado a estos mandatos supremos, sino que también está permanentemente dotado con el contenido constitucional que la jurisprudencia, por intermedio del TC, desarrolla y que permite que el Derecho civil pueda ir transformándose acorde al dinamismo por el que atraviesa nuestra sociedad.”¹⁴³

Verificamos de esta forma que la Constitución y el Código Civil van de la mano. Durante los 84 años del CC de 1952 se dictaron 8 Constituciones. El mencionado CC contenía 294 artículos referidos a la familia dentro del Libro de personas. El CC de 1936 incorporó un Libro de la familia. El CC de 1984 aún vigente, contiene un Libro de Familia con 2,122 artículos. Este CC “ha transcurrido la dación de dos Constituciones”¹⁴⁴

b.3. Código del niño y el adolescente

El Código del niño y el adolescente fue dado por Ley N° 27337 del 07 de agosto de 2000. Contiene normas de protección para el niño y adolescente. A través de esta normativa se concede a estos sujetos de derecho atención integral, protección, derechos y se regulan las instituciones que a ellos competen. También comprende las instituciones de administración de justicia especializada en esta materia. En su artículo 1, establece quiénes son estos sujetos de derecho:

142 VARSÍ ROSPIGLOSI, Enrique. Op. Cit., p. 139.

143 CASTRO PÉREZ, Olga María. Op. Cit., p. 6.

144 Cfr. VARSÍ ROSPIGLOSI, Enrique. Op. Cit., p. 140.

“Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad.

El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. Si existiera alguna duda acerca de la edad de una persona, se le considerará niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario”.

Es relevante señalar que existe una verdadera intención de proteger el interés superior del niño por lo que se hace inminente establecer las condiciones adecuadas que conlleven a proteger sus derechos fundamentales, preservando su personalidad, la prevalencia de lo espiritual sobre lo material, así como lo futuro sobre lo inmediato, atendiendo en lo posible a lo que el menor prefiera.¹⁴⁵ Además destacamos que el Código, entre otras alusiones a la familia, “reconoce que la obligación de atención al niño y al adolescente, se extiende a la madre y a la familia del mismo”.¹⁴⁶

b.4. ***Ley 30364 para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.***

La ley 30364 del 6 de noviembre de 2015 constituye un avance en cuanto a la lucha contra la violencia ejercida sobre las mujeres y otros integrantes del grupo familiar. Esta ley deroga la Ley de protección frente a la violencia familiar (Ley 26260). La ley contemplada amplía su rango de acción de tal forma que ya no se limita al ámbito doméstico sino también al público. Así establece que “la violencia hacia las mujeres es cualquier acción o conducta que les cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico por su condición de tales, tanto en el ámbito público como en el privado”.¹⁴⁷ Y sobre los demás integrantes del grupo familiar

145 HUAMANCAYO PIERREND, Juan Carlos. “El Derecho a la identidad vs. El Derecho a la identidad biológica” en *Persona, Derecho y Libertad*. Libro homenaje a Carlos Fernández Sessarego, Lima, Motivensa, 2009, p. 141.

146 Artículo VI del Título preliminar. Código del niño y adolescente.

147 Artículo 5, el mismo que continúa explicando cómo se configura esa violencia: por un lado la que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer. Comprende, entre otros, violación, maltrato físico o psicológico y abuso sexual. Así mismo la que tenga lugar en la comunidad, sea perpetrada por cualquier persona y comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar. Y la que sea perpetrada o tolerada por los agentes del Estado, donde quiera que ocurra.

establece que se ha de producir “en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder de parte de un integrante a otro del grupo familiar”. Además, en el artículo 8 detalla los 4 tipos de violencia, física, psicológica, sexual y económica.

b.5. Ley de Política nacional de población

El DL 346 establece, respecto de la familia, que el Estado la fortalece como unidad básica de la sociedad apoyando y promoviendo su estabilidad y constitución formal; ayudará a través de acciones concretas a la crianza y socialización de los hijos, así como a las relaciones entre el varón y la mujer procurando la estabilidad y armonía entre ellos, promoviendo la paternidad responsable. Un detalle singular se presenta cuando dice, en el artículo 8, reconocer el trabajo doméstico como contribución al proceso económico del país, trabajo asumido tanto por el hombre como por la mujer. La citada ley señala además que el Estado ampara prioritariamente a la madre, al niño, al adolescente y al anciano; al matrimonio y a la familia; y a la paternidad responsable.¹⁴⁸

b.6. Ley de fortalecimiento de la familia

La Ley 28542¹⁴⁹ tiene como objeto promover y fortalecer el desarrollo de la familia como fundamento de la sociedad y espacio fundamental para el desarrollo integral del ser humano, basándose en el respeto de los derechos fundamentales y las relaciones equitativas entre sus miembros y velando especialmente por aquellas familias que se encuentran en situación de extrema pobreza, pobreza o riesgo

http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Expvirt_2011.nsf/Repexpvir?OpenForm&Db=01212&View

148 Ley de Política Nacional de Población, artículo 2°. Y como primera política de población considera que “El Estado fortalece la familia como unidad básica de la sociedad, promoviendo y apoyando su estabilidad y constitución formal. Ejecuta para ese efecto acciones que faciliten a las parejas la toma de conciencia sobre el valor y derecho de los hijos sobre su crianza y socialización como responsabilidad tanto del varón como de la mujer, sobre el trato igualitario de ambos sexos como garantía de una mayor armonía y estabilidad en el desarrollo de la pareja, para fomentar los lazos de solidaridad entre todos los miembros de la familia”. cfr. http://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/sispod/ley_politica_nacional_de_poblacion.pdf

149 La ley de fortalecimiento de la familia fue dada el 27 de mayo de 2005. Cfr. [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B6DBE025CD5DBF9705257BF10077BABB/\\$FILE/Ley_de_Fortalecimiento_Familia.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B6DBE025CD5DBF9705257BF10077BABB/$FILE/Ley_de_Fortalecimiento_Familia.pdf)

social.¹⁵⁰ En el artículo 2º enumera las políticas que el Estado desarrollará para conseguir el objeto de la ley.

Haciendo una lectura de las líneas de acción previstas en la ley, se afirma la protección de la familia fundada en el matrimonio, porque crea un vínculo jurídico que aporta estabilidad, de ahí que se proponga como una línea más de acción procurar que las uniones de hecho puedan formalizar su situación legal mediante el matrimonio. Estas acciones significan el esfuerzo por fortalecer la familia en beneficio de nuestra sociedad.

Habiendo descrito en el presente apartado la regulación supranacional y los documentos nacionales referidos a la institución familiar en el Perú, en el siguiente contemplaremos los principios constitucionales referidos a la familia.

3.1.3. Principios constitucionales inspiradores de la institución familiar en el Perú

Después de lo expuesto, intentando esbozar la historia de la familia en el Perú preconstitucional y constitucional, podemos colegir que en nuestra nación la familia, de una generación a otra, ha permanecido anclada en la historia de nuestros pueblos, dándoles solidez. El Estado, por su parte, entendiendo el papel preponderante de la familia en el Perú, le ha brindado la protección que requiere por considerarla instituto natural y fundamental de la sociedad, junto con el matrimonio. A continuación desarrollaremos dos de los principios que, para efecto de la investigación, consideramos pilares: el principio de protección de la familia y el principio de promoción del matrimonio.¹⁵¹

150 Ley de Fortalecimiento de la Familia, artículo 1º.

151 Los principios constitucionales, según el análisis realizado por Plácido Vilcachagua son: (1) Protección de la familia; (2) Promoción del matrimonio; (3) Amparo a las uniones de hecho; (4) Principio de igualdad de categorías de filiación; (5) Protección y defensa de los derechos específicos (referidos a los menores e incapaces. Cfr. PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando. *Los principios constitucionales de la regulación jurídica de la familia*. Citado por VARSÍ ROSPIGLOSI, Enrique. Op. Cit., p.252.

A. Principio de protección de la familia

La importancia de la familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad” le permite gozar del derecho de ser protegida por la sociedad y el Estado. La protección a la familia no es un principio únicamente nacional, más bien constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Y aunque en el origen de los Derechos Humanos no se dio mayor cobertura ni mención a la familia ni a su problemática, con el devenir de la historia se fueron sucediendo una serie de instrumentos internacionales donde sí se abordaron estos temas y otros relacionados, con el mayor interés.¹⁵²

Se justifica la necesidad de que la familia sea protegida en primer lugar por el servicio que brinda a la sociedad a través de la procreación y el cuidado y protección de los hijos, haciendo de ellos buenos ciudadanos y por otro lado, porque se encuentra permanentemente amenazada. De ahí que se la proteja a fin de garantizar la realización efectiva de lo que es, de tal forma que pueda cumplir con sus funciones.

El principio de protección presupone la existencia de una familia, sin que proceda distinguir entre familia matrimonial o extramatrimonial. Sin embargo, se prefiere al matrimonio, origen de la familia, antes que a otras estructuras familiares, por lo que debe promoverse.

Originariamente no fue así. En principio se brindó protección únicamente a la familia matrimonial, posteriormente se extendió a la extramatrimonial. Las previsiones de la Constitución de 1979 y 1993, marcan la diferencia, porque matrimonio y unión de hecho son dos realidades distintas, son desiguales y merecen un trato legal diferenciado. Según eso, en la CPP de 1979, el matrimonio

Parece oportuno enumerar los principios generales de las relaciones familiares, según los expone Enrique Varsi: (1) principio de dignidad; (2) principio de libertad; (3) principio de igualdad. Cfr. IBID, pp. 248-252.

152 Cfr. PLACIDO V., Alex. *El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993...*, p. 35.

y la familia estaban vinculados, lo que señala que presupone la protección de la familia basada en el matrimonio. Se establece asimismo que la unión de hecho no era considerada generadora de familia, pero sí de efectos patrimoniales¹⁵³.

Por su parte, en la CPP de 1993 matrimonio y familia aparecen desvinculados, asumiendo que la familia que se protege principalmente es la matrimonial, pero esa protección se extiende también a la familia que surge de la unión extramatrimonial. La unión de hecho, en el caso, sí es considerada generadora de familia, por tanto también de efectos personales y patrimoniales. De esto se deduce que efectivamente nuestra CPP de 1993 brinda protección tanto a la familia matrimonial como a la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho.

El TC, por su parte, atento para hacer cumplir el principio de protección, ha establecido que, dados los cambios que se van percibiendo en la institución familiar, sobre todo con las nuevas estructuras familiares distintas a la tradicional: unión de hecho, familias monoparentales y familias ensambladas; se amplíe el manto de protección, de tal manera que esas familias sean también protegidas.¹⁵⁴

Precisamente éste es un punto medular en la presente investigación porque, si bien es cierto que las nuevas estructuras familiares también deben ser protegidas por el Estado, diferimos con la política de igualar el trato en materia de protección de estas formas familiares al de la familia, naturalmente establecida. Abundaremos en este tema más adelante.

153 Previsiones de las Constituciones citadas: CCP 1979, artículo 5: "El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación".

Artículo 9: "La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable". CCP 1993, artículo "Artículo 4: La comunidad y el Estado protegen a la familia y promueven al matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad". Constitución Política del Perú de 1993 Artículo 5: "La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable."

154 Cfr. Sentencias de los Expedientes No. 9332-2006-PA/TC (fundamento 7) y 006572-2006-PA/TC (fundamento 9).

Insistimos en afirmar que dado que la familia es una realidad connatural al hombre y por lo tanto tiene un estatuto jurídico propio, la familia es un bien que le corresponde al hombre de acuerdo a su dignidad.¹⁵⁵ Dentro de la familia se suceden una serie de relaciones que le son propias y que deben respetarse. Corresponde al Estado respetar y velar por esa juridicidad. En este sentido, T. Chiscul, citando a P. Viladrich, señala que “su carácter jurídico no procede de una intervención extrínseca del Estado o la sociedad dirigida a concedérselo, sino de un principio intrínseco ligado al compromiso de los cónyuges”.¹⁵⁶ Siendo la familia ese instituto tan especial para la persona humana (grandeza del Estado) puede llegar a ser su punto de quiebre. Es decir que, si por un lado la familia es una institución tan significativamente grande, por otro lado también adolece de debilidad por lo que requiere de esa protección social, económica y jurídica. Por ello el poder público está obligado, en cuanto pueda, a favorecer a la familia protegiéndola lo más posible.¹⁵⁷

Esa protección debe, en primer lugar, garantizar el cumplimiento de las garantías constitucionales que le son propias; que el Estado adopte medidas necesarias para mejorar la situación material y moral de la familia; impedir homologar de cualquier forma con la familia relaciones incompatibles o contrarias a ella y sus funciones; protegerla también en el ámbito laboral, de seguridad social, medidas de carácter fiscal, etc.

Finalmente, la protección familiar deberá articularse sin lesión de ningún otro derecho fundamental o principio constitucional. Específicamente A. Plácido puntualiza sobre el principio de igualdad que “la simple diferencia de trato entre la familia y las relaciones familiares con respecto a las que propiamente no lo son, no podría estimarse contrario por sí mismo a la igualdad sin desconocerse el mandato del artículo 4 de la CPP y hasta la naturaleza misma de las cosas”.¹⁵⁸

155 Cfr. FLORES CHISCUL, Teresa. Op. Cit., p. 9.

156 IBID, p. 10.

157 Cfr. PLÁCIDO V. Alex. “Familia, Matrimonio, Convivencia y Constitución”. En *Persona, Derecho y Libertad*, p. 472

158 Cfr. IBID, p. 473.

Concluimos señalando que la protección que el Estado debe darle a la familia alcanza tanto a la de base matrimonial como a la de origen extramatrimonial; lo que no quiere decir que deba ser de la misma forma ni con el mismo alcance y derechos, por no ser idénticos el matrimonio y la unión de hecho propiamente dicha. Los Poderes Públicos, estableciendo criterios de ordenación y actuación están obligados a ese *trato diferenciado*, precisamente para cumplir adecuadamente el orden constitucional y hacer respetar los derechos humanos¹⁵⁹.

B. Principio de promoción del matrimonio

Sobre la Constitución vigente es necesario mencionar que si bien mantiene la protección a la familia, ha eliminado la protección al matrimonio, cambiándolo por una “promoción” del mismo. Así pues, la previsión al respecto dice que “la comunidad y el Estado (...) protegen a la familia y promueven el matrimonio”.¹⁶⁰

Fijándonos en el citado artículo 4, sobre el principio constitucional de protección de la familia y el de promocionar el matrimonio, cabría preguntarnos cómo debemos entender este principio constitucional de promover el matrimonio dentro del contexto de la institución familiar.

La “promoción” (“promueven el matrimonio”) del matrimonio vendría a ser la forma de constitución de la familia frente al Derecho. Lo que significaría que, si la Constitución de 1979 protegía el matrimonio¹⁶¹; con la Constitución vigente la “protección” se ha reducido únicamente a la etapa inicial del mismo; es decir a ejercer el “derecho a casarse” y la celebración del mismo.¹⁶²

El peligro se presentaría porque en el contexto de la Constitución de 1993 no necesariamente implicaría las características propias del matrimonio:

159 Al respecto añade A. Plácido que el trato diferenciado no sería discriminatorio, por tanto, contrario al principio de igualdad. Lo sería si careciera de justa fundamentación y si tomaran como base un elemento de diferenciación que por sí solo o en sí mismo en modo alguno podría justificar distinto trato. Cfr. PLÁCIDO V., Álex. *El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993.*, pp. 52-53.

160 Artículo 4 de la CPP de 1993.

161 “El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación”; CPP 1979, artículo 5.

162 Cfr. COLINA SEMINARIO, Javier. Ob. Cit. p, 10. Citando a Bernales Ballesteros.

heterosexualidad, indisolubilidad, ni sus fines esenciales.¹⁶³ Es pertinente recordar que los principios constitucionales relativos a la familia de la CPP de 1993 son los de proteger a la familia, promover el matrimonio y reconocer las uniones de hecho.¹⁶⁴

En realidad el principio de promoción del matrimonio no es ajeno a la Constitución vigente sino que es fruto de la misma. A. Plácido señala que este principio va en consonancia con la Constitución de 1993; ya que, como hemos visto en la consideración precedente, la Constitución de 1979 protegía al matrimonio, porque sostenía que la familia que se protegía era de base matrimonial. En la Constitución vigente, por el contrario, se protege también a la familia de origen legal o de hecho,¹⁶⁵ y como el matrimonio no constituye ya la única fuente legítima para constituir la familia, quedan las puertas abiertas para que se reconozcan como institución familiar a otras estructuras familiares, tal como los hechos lo han confirmado.

Sin embargo, hacemos hincapié en la necesidad de proteger a la familia especialmente fortaleciendo su origen, es decir, promoviendo el matrimonio. Si el Estado antepone al matrimonio como una institución especial frente a otras, es porque, gracias a él, se consigue la estabilidad jurídica del vínculo que fundamenta la familia y que refleja adecuadamente lo imperecedero e indeleble del nexo biológico (...) que subsiste por razón de la generación, favoreciendo así a sus integrantes especialmente en la protección de la persona desde su concepción hasta inclusive la ancianidad.¹⁶⁶ Cabe acotar sobre este principio de promoción del matrimonio que consideramos que es preciso que se le otorgue al matrimonio su contenido esencial original, es decir, que se le reconozca como instituto natural, porque al promocionarlo despojado de su esencia, se corre el peligro de que esta

163 IBID, p. 10.

164 Cfr. CASTRO PÉREZ TREVIÑO, *La constitucionalización del Derecho de familia*, p. 24.

165 Cfr. PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. *Manual de Derecho de familia...*, p. 24.

166 Cfr. PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *El modelo de familia en la Constitución de 1993...*, p. 53.

norma constitucional sea invocada por quienes promueven uniones entre personas del mismo sexo.

3.1.4. El modelo de familia en la Constitución Política Peruana de 1993, según diversos autores

Habiendo ubicado a la familia en la base y origen de nuestra sociedad peruana y después de haber enumerado las fuentes a las que recurrir en materia de familia en nuestra legislación nacional, nos detenemos para determinar si se puede inferir el modelo de familia en la Constitución de 1993. Frente a esta cuestión algunos juristas peruanos han dado una serie de aportes que podemos dividir en dos grupos. Aquellos que están a favor de la que consideramos la verdadera concepción de familia, es decir la institución natural y otros que se inclinan por un modelo diferente. Finalmente concluiremos presentando nuestra opinión.

A. Existencia de modelo constitucional

En este apartado presentamos aquellos que están a favor de la familia como institución natural, es decir matrimonial, y los que reconocen que el modelo es la pluralidad de estructuras familiares que se asemejan a la forma de una familia.

a.1. La familia como institución natural

A continuación presentamos un grupo de autores que refrendan la postura que considera que el modelo de la familia establecido en la CPP es el de ser una institución natural. Así tenemos a:

- Según T. Flores el Estado peruano se obliga a proteger una realidad específica, con perfiles determinados, un modelo de familia y no cualquier género de asociación, reunión o convivencia.¹⁶⁷ Esa familia es la constituida por los padres con sus hijos; aunque si faltan los padres los deberes sobre ellos los ejercerá la familia ampliada u otros, según las normas orientadas a la protección del niño o

¹⁶⁷ FLORES CHISCUL, Teresa Isabel. Op. Cit., p. 40 y ss.

menor, integrado en ella por razón de filiación que deriva de la generación. Este modelo contiene elementos que no permiten que la equiparen con otra realidad social, por lo que el Estado debe protegerla. Para la CPP de 1993 la familia guarda inmediata relación con el matrimonio y contiene los principios constitucionales relativos a la misma.

- Por su parte E. Bereche¹⁶⁸ considera que la CPP vigente brinda protección a la familia como institución de carácter natural y fundamental, por lo que el principio constitucional de protección de la familia promueve la tutela de la familia en su verdadera esencia; es decir, como institución natural y fundamental de la sociedad. Se la protege sin importar que sea de origen matrimonial o extramatrimonial, pero destacando siempre su carácter heterosexual.¹⁶⁹ En cuanto a su origen matrimonial señala que “más que de unos derechos fundamentales, la familia y el matrimonio, en realidad, se trata de dos institutos jurídicos constitucionales garantizados”¹⁷⁰

- En la misma línea de pensamiento R. de la Puente quien, explicando su postura sobre la familia como institución natural imprescindible para la propagación de la especie humana destaca que “Eva nació casada”.¹⁷¹

b.2. El modelo pluralista de familia

168 BERECHÉ BALLENA, Edgar Santos. El Consejo de familia en el ordenamiento peruano: un análisis sobre su naturaleza jurídica e implicancias prácticas. Tesis para optar el título de abogado. Obtenido en: <http://tesis.usat.edu.pe/jspui/handle/123456789/320>.

169 Y ello porque solo una relación constituida por varón y mujer permite la generación del vínculo familiar al que el Estado dispensa protección. Según el autor el ordenamiento jurídico peruano busca el reconocimiento de la familia, y no su creación, puesto que ésta tiene un origen netamente natural.

170 Cita tomada de: MURO ROJO, Manuel. *La Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, sentencias vinculadas con los artículos de la constitución, Lima, Diálogo con la Jurisprudencia, 2006, p. 219.

171 Curiosa referencia pero muy clara para entender el carácter natural de estas instituciones. La frase citada es del jurista Álvaro d'Ors. Cfr. DE LA FUENTE Y HONTAÑÓN, Rosario. *Algunas reflexiones en torno a la ley 30007: ¿Similitud o equiparación de derechos hereditarios a los concubinos? ¿Una ley desfiguradora de la familia tradicional?* Universidad de Piura. Repositorio institucional. Encontrado en www.udep.edu.pe.

Los partidarios de este modelo consideran que la familia no es una sola, sino que puede proyectarse asumiendo diversas formas familiares, producto del cambio social, cultural o económico. Así tenemos a:

- A. Plácido que reconoce la existencia de un modelo constitucional,¹⁷² pero *fruto de un proceso*, que es el modelo constitucionalmente garantizado aunque ha sufrido transformaciones¹⁷³, puesto que inicialmente nuestra CPP reconoce a la familia como algo exigido por la naturaleza del ser humano en sus funciones específicas (generación humana y el cuidado y atención hasta hacerse adulto), elementos claves de su carácter natural y fundamental para el hombre y la sociedad, radicando precisamente aquí su relevancia social y pública¹⁷⁴. Pero como “los hechos desbordaron (...) se abrió paso a la equiparación de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, apreciándose actualmente que la Constitución abrió su manto de protección a la convivencia sin matrimonio”.¹⁷⁵ Y apoyándose en documentos supranacionales asegura que el matrimonio entre hombre y mujer es “una de las formas” de manifestación de la familia,¹⁷⁶ y por

172 Y explica que algunos opinan equivocadamente que la Constitución carece de modelo y por lo tanto estaría abierta a distintos tipos de familia determinados según el criterio del legislador. Sin embargo señala que hay ciertos aspectos que no quedan constitucionalmente determinados y cerrados por lo que el modelo de familia no queda totalmente aclarado. Cfr. PLÁCIDO VILCACHAGUA, Álex. *El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993...*, p. 37.

173 Precisamente en este sentido cita la sentencia del Tribunal Constitucional que analizamos en esta investigación (09332-2006/PA) presentando el parecer del colegiado. Cfr. IBID., p. 37.

174 En ella se vive la dignidad humana desde su procreación, la identidad como persona, la intimidad personal, la aceptación (...) “La generación humana debería así producirse en la relación de amor”. Cfr. IBID., p. 38.

175 Citando a Vega Mere añade que, socialmente el concubinato ha dejado de ser un matrimonio de segundo rango y un atentado contra la familia (...) porque se busca privilegiar a la familia y no la ceremonia o formalidad que rodea su inicio. Por su parte Vega Mere dice que “las uniones paraconyugales son fuente de afecto, solidaridad, ayuda recíproca y muestran a dos personas compartiendo valores, metas y amor entre sí y para sus hijos”. Cfr. PLÁCIDO V. Álex. *El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993...*, p. 57

176 Presenta dos grupos de instrumentos internacionales:

(1) Este grupo vincula matrimonio y familia: *Declaración Universal de Derechos Humanos* (art. 16, párrafo tercero: derecho a casarse y fundar una familia en edad núbil aludiendo a la procreación. Alude al matrimonio, por lo que el modelo de familia reconocido es el matrimonial); *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales* (artículo 10, primer párrafo: aquí se reitera lo mismo, señalando que el matrimonio es la base de constitución de la familia); *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (artículo 23, segundo párrafo: en el caso reproduce similarmente lo contemplado en la Declaración Universal, vinculando igualmente matrimonio y familia).

(2) Este grupo de instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos Interamericano, desvincula matrimonio y familia:

consiguiente se da el reconocimiento de diversas formas de vivir en familia.¹⁷⁷ De esta manera “las uniones de hecho, las familias monoparentales y las familias ensambladas se enmarcan dentro del mandato de protección constitucional, cuya amplitud y alcance serán evidentemente variables”¹⁷⁸ Finalmente presenta cuál es, según su entender, el modelo de familia garantizado en nuestra Constitución:

“Los elementos del nuevo modelo constitucional de familia quedan referidos a un tipo de convivencia duradera, exclusiva y excluyente, en la que sea indiferente el sexo de los convivientes y que se sustente en una comunidad de vida, de afectos¹⁷⁹, de responsabilidades; diferenciándose, la convivencia heterosexual de la homosexual, por la aptitud de la procreación”.¹⁸⁰

En cuanto a lo que se sostiene sobre el matrimonio heterosexual como concepto antropológico, opina que el matrimonio es creado por el hombre, no por Dios ni por la naturaleza, sino como producto de la cultura, por lo que está sujeto a cambios y puede adecuarse a las necesidades y variaciones que la realidad impone a través del tiempo y las diferentes culturas”.¹⁸¹

Convención americana de Derechos y Deberes del hombre (artículo VI: reconoce el derecho de toda persona de constituir familia, elemento fundamental de la sociedad y de recibir protección para ella). Convención americana sobre Derechos Humanos (artículo 17, último párrafo: iguales derechos para los hijos nacidos fuera del matrimonio como dentro del mismo); Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 16, primer párrafo, incisos a, b y c: iguales derechos entre el hombre y la mujer como progenitores cualquiera sea su estado civil).

177 Nótese la expresión. No dice que todas sean familia. Dice “diversas formas de vivir en familia”. Cfr. PLÁCIDO V., Álex. *El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993...*, p. 54.

178 Y expone unas razones por las que el proceso de cambio continúa inexorable: el matrimonio y la convivencia heterosexual ya no identifican la familia, sino un tipo de familia entre otras; el fin esencial de las uniones del modelo constitucional de familia ya no se identifica con la procreación y porque la heterosexualidad no es exigencia para la convivencia paramatrimonial (ya que “el régimen jurídico del matrimonio actual no se basa en la procreación, no hay motivo para diferenciar el trato de convivencia homosexual con el matrimonio y con la pareja heterosexual y de negarle su calidad de familia y la oportunidad de institucionalización jurídica lo cual no quiere decir que no deba haber ciertas diferencias en el trato de una pareja y las otras. IBID, p. 55.

179 Respecto de los lazos afectivos señala además que “una familia resulta digna de protección y promoción por parte del Estado cuando es posible verificar la existencia de un vínculo afectivo perdurable que diseña un proyecto biográfico conjunto en los aspectos materiales y afectivos”. IBID, p. 62-63

180 Y añade: “Lo que llamamos “familia” ha experimentado una transformación profunda a través de la historia que la hace irreconocible (...) impotente para el cumplimiento de muchas de las funciones que tradicionalmente se le asignaron”. IBID, p. 62

181 IBID, p. 60.

Sin duda la postura de A. Plácido dista del modelo reconocido en nuestra Carta, es decir, de “familia y matrimonio como instituciones naturales”.

- Por su parte el pensamiento de E. Varsi¹⁸² contiene una visión sobre la familia con un fundamente moderno, enfoque contemporáneo, que no se ajusta al modelo constitucional peruano,¹⁸³ donde “su idea cajón” es que la sociedad evoluciona y la familia se ha ido adaptando a esos cambios. De modo que el artículo 4 de la CPP de 1993, parte del aspecto personal (niño, adolescente, madre, anciano) es decir, de quienes la integran, para luego reconocer la protección de la familia como institución.¹⁸⁴ Y explicando los Principios constitucionales¹⁸⁵ deja clara su postura sobre la familia, que “como célula básica de la sociedad y de la humanidad necesita de protección sin importar la forma como está conformada; sobre todo con el respeto como se presenta”,¹⁸⁶ porque corresponde a cada persona determinar la entidad familiar que mejor satisfaga a su proyecto de vida, el mismo que está por encima de la ley, enarbolando la libertad para constituir las nuevas estructuras familiares.¹⁸⁷ El autor presenta estas estructuras en una amplia clasificación (cfr. anexo 2).

182 Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de familia*. Lima, Gaceta jurídica, 2012.
183 Se trata del enfoque contemporáneo de la nueva teoría institucional, jurídica y principista de las relaciones familiares fundadas en el afecto, acorde con los avances de la sociedad y buscando satisfacer al máximo los intereses de la persona en el contexto familiar. Esta doctrina, reconoce el autor que es inspirada en la doctrina brasilera que le ha permitido “ventear los viejos postulados del Derecho familiar peruano”. Entre otros, que la Constitución reconoce solo a la familia matrimonial y a la extramatrimonial. En efecto señala que gracias al contacto con la doctrina, jurisprudencia, legislación y casuística de Brasil, tan versátiles de temas, amplios, coloridos y variados, le han permitido vislumbrar la moderna visión de la institución familiar. IBID, p. 8.

184 IBID, pp. 136-137.

185 El autor haciendo suya la clasificación presentada por Álex Plácido, enumera cinco principios que inspiran el Derecho de familia peruano: Protección de la familia; Promoción del matrimonio; Amparo a las uniones de hecho; Principio de igualdad de categoría de filiación y Protección y defensa de los Derechos específicos. Pero a la vez presenta una “denominación” más técnica de los mismos: Principio de Protección de la familia; Principio de Promoción del matrimonio; Principio de Protección de la unión estable; Principio de igualdad y Principio de Protección de los menores e incapaces. IBID, p. 252.

186 Debido a que la constitución de la familia no puede estar sujeta a un *numerus clausus*, que establezca qué es y qué no es, porque su nacimiento y conformación es espontáneo (regido por la naturalidad de la razón de ser de los intereses personales de sus integrantes que diseñan su propia estructura familiar), y citando a Cristiano de Farias y Nelson Rosenvald manifiesta que “es impropio referirse a un sistema familiar cerrado dado que atentaría contra la dignidad humana, la realidad social, la vida y contra los avances de la sociedad contemporánea”, IBID, p. 56-57.

187 IBID., p. 62.

B. Inexistencia de modelo constitucional

- A diferencia de A. Plácido, J. Calderón¹⁸⁸ manifiesta que la CPP de 1993 no se ha ceñido a una concepción especial que identifique a una entidad familiar en específico, ni se identifica en forma plena con la familia matrimonial. Además “interpretando el término familia bajo una concepción de pluralismo y tolerancia,¹⁸⁹ considera como “*vida familia*” toda forma de convivencia humana, en la que existan inquebrantables vínculos afectivos y económicos de dependencia mutua entre sus miembros”. Lo que realmente estaría protegiendo la Constitución es la afectividad,¹⁹⁰ de ahí que deba hacerse bajo un concepto pluralista de familia como asociación humana estable y pública, donde sus integrantes se unan en comunidad de vida a través de la convivencia (...) compartan afecto, perpetúen la especie y cuiden a la prole, sin que éstos dos últimos requisitos sean absolutos o forzosos”.¹⁹¹

Sobre la interpretación que hace del término “natural” E. Calderón propone que se entienda a la familia como una institución natural donde los seres humanos buscan satisfacer sus necesidades básicas, roles, afectos, proyectos, etc; “desterrando el conservadurismo que cierra los ojos a algunas formas de organizaciones humanas que cumplen todos esos fines”.¹⁹²

188 CALDERÓN BELTRÁN, Javier Edmundo. *La familia ensamblada en el Perú*, Adrus D&L Editores, Lima 2014, pp. 35 y ss.

189 Expresión utilizada por E. Varsi. Diversas formas de vivir en familia.

190 Y en su argumentación el autor añade que “debe considerarse como familia a toda comunidad de vida, instituida con la finalidad de la convivencia familiar, en cualquiera de sus modalidades que haya sido instaurada a través del afecto”. Fíjese en este caso que no utiliza el término familia sino “vida familia”, a diferencia de A. Plácido que emplea el término “diversas formas de vivir en familia” o E. Varsi que habla de “entidades familiares”. IBID, pp 35 y ss.

191 El autor opina que la protección que se les brinde deberá ser regulada según su propio contexto, subrayando que no se le puede brindar el mismo tratamiento jurídico a la familia nuclear que a la homoafectiva, por ejemplo. Según eso la protección no daría igual tratamiento a todas las “vida familia” sino que sería regulada. IBID, p. 43.

Comentando el discurso de E. Calderón sobre el modelo de familia en la Constitución, nos parece muy oportuno aunarnos a A. Plácido, quien parafraseando a Perlingieri, cuestiona que, si la familia solo representara un lugar de comunidad, grupo idóneo para el desarrollo de las personas que lo componen, ¿dónde habría que poner el límite para deslindar lo que es familia de lo que no lo es? Por otro lado, sobre el afecto manifiesta que: “el afecto o el sentimiento no puede ser dispuesto mediante remedio legislativo o judicial pero el Derecho no entra ni debe entrar en esas cosas: la protección jurídica de la familia constitucional mira a vínculos con sustancia jurídica y no se ocupa ni puede ocuparse de afectos. PLÁCIDO VILCACHAGUA, Álex. Op. Cit, p. 41.

192 Disentimos con esta noción de familia como institución natural. Expondremos nuestra postura en el apartado 3 de la presente investigación.

- Otros autores como N. Villón sostienen que el modelo constitucional garantizado por la CPP de 1993, y de otras normas internacionales de igual rango, no es exclusivamente el modelo matrimonial, debido a la ruptura con el anterior y único modelo de familia,¹⁹³ gracias al pluralismo que se abre paso en materia familiar y la existencia de estructuras familiares diversas.

Como parte de su argumentación señala que la unión matrimonial sexual y la reproducción¹⁹⁴ han dejado de ser el único modelo e incluso se presentan múltiples relaciones similares al modelo clásico, entre ellos la Unión de hecho. Por ello resultaría un esfuerzo vano el sostener a toda costa un modelo único (matrimonial) ignorando los cambios que se presentan.¹⁹⁵

- El propio TC, presentando el modelo constitucional de familia, expresa que la Constitución “reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad”,¹⁹⁶ modelo constitucional que impregnó nuestra legislación. Sin embargo, enseguida señala que desde una perspectiva constitucional ese modelo “tradicional” daría paso a otras estructuras familiares, a las que también habría que proteger, por dos motivos: porque la realidad revela una diversidad de estructuras familiares y porque desde la supremacía de la Constitución, la legislación debe ser leída a la luz de los principios que emanan de la Carta de 1993, es decir, dignidad,

193 IBID, Comentando la postura de apertura del TC. El artículo comenta la Ley N°30007, referida a los Derechos sucesorios en las Uniones de Hecho en el Perú: VILLÓN ÁNGELES, Nilza Guadalupe. “La Ley N° 30007, un avance hacia la concepción pluralista de la familia” en *El nuevo rostro de Derecho de familia*, Lima, Motivensa, 2014, pp. 79 – 103.

194 En este extremo, discurso muy parecido al de Álex Plácido, quien argumentaba que el modelo constitucional de familia ya no se identifica con la procreación.

195 Otra autora de discurso similar es María Fernández Revoredo. En su tesis sobre “La igualdad y no discriminación y su aplicación en la regulación del matrimonio y las uniones de hecho en el Perú”, M. Fernández señala, haciendo eco al Tribunal Constitucional Peruano que “la Constitución Peruana no define a la familia ni la identifica de manera exclusiva con un modelo único ya que ésta ha ido cambiando su configuración a lo largo del tiempo debido a la influencia de diferentes factores. Su clara postura radica, tal como lo manifiesta, en entender que la Constitución de 1993 respetuosa de la pluralidad, considera a la familia como un concepto abierto a la incorporación de la diversidad de formas de establecerse y que su protección apunta a cualquiera de sus formas, siendo todas ellas merecedoras de su protección. Amén de que el Estado promueva la formalización promoviendo el matrimonio para aquellas personas que deseen. Cfr. FERNÁNDEZ REVOREDO, María. *La igualdad y no discriminación y su aplicación en el matrimonio y las uniones de hecho*. Tesis para optar el grado de Magister con mención en Derecho Constitucional. Lima, Universidad Pontificia Católica, 2014, p. 74-79

196 Cfr. STC 29332-2006-PA/TC, fundamento 4.

igualdad y autonomía individual.¹⁹⁷ Por lo demás, en la STC 02478-2008-PA/TC el TC señala que “tal como ha sostenido este TC en la STC 09332-2006-PA/TC (F:8), la Constitución reconoce un concepto amplio de familia”.¹⁹⁸ Reconociendo, precisamente, a partir de la STC que comentamos un concepto amplio de familia.

C. El modelo de familia en la CPP de 1993

En los anteriores apartados hemos presentado la interpretación que diversos juristas han hecho sobre lo que sería el modelo constitucional de familia. En este apartado delimitaremos lo que consideramos fue la intención del legislador al constituir el modelo de la familia en nuestra CPP vigente.

Siguiendo la corriente contemporánea de introducir en las Constituciones normas relativas a la familia,¹⁹⁹ como fruto de una preocupación social por el buen funcionamiento de las mismas,²⁰⁰ nuestra CPP actual también ha incorporado normas relativas a la institución familiar y a través de ellas ha de inferirse cuál es el modelo de familia. El modelo de la familia, según nuestra CPP de 1993, según lo establecido en el artículo 4, es el de una institución natural, junto con el matrimonio.

Con esta declaración nuestro ordenamiento claramente “reconoce” que la familia es una sociedad natural y por lo tanto antecede a la sociedad civil,²⁰¹ en consecuencia no es una creación ni del Derecho ni de la ley, que solo la regulan, sino que es obra de la naturaleza humana;²⁰² que ni siquiera ha sido creada por la voluntad del hombre, sino que le viene exigida desde sus orígenes (el hombre la

197 Cfr. FERNÁNDEZ REVOREDO, María. *Igualdad y no discriminación...*, p. 76.

198 STC 02478-2008-PA/TC, caso Alex Cayturo Palma.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02478-2008-AA.pdf>

199 PLÁCIDO V., Álex. *Manual de Derecho de familia*. Lima, Gaceta jurídica, 2001, p. 22.

Sobre “el constitucionalismo de inicios del siglo XX” puede ver el fundamento 7 de la STC 04493-2008-PA/TC, caso Leny De la Cruz Flores.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/04493-2008-AA.html>

200 CORRAL TALCIANI, Hernán. Op. Cit., p. 48.

201 VASALLO CRUZ, Kathya Lisseth, MUGA GONZÁLEZ, Rossana Esther. *Nuevos Derechos y exigencias para el Derecho de Familia en el Perú*. Tesis para optar el título de abogado. Obtenida en: <http://tesis.usat.edu.pe/jspui/handle/123456789/68>

202 CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*, Lima, Gaceta jurídica, 1999.

lleva como tatuada en el corazón), por lo que todo lo que le atañe (propiedades, fines, derechos, deberes, etc.) son de ley y derecho naturales.²⁰³

Así pues, según el artículo 4, familia y matrimonio guardan inmediata relación.²⁰⁴ El matrimonio es considerado como una institución social fundado en el consentimiento mutuo con ejercicio de la libertad, siendo así que sin dicho acto no se configura.²⁰⁵ El matrimonio constituye una realidad humana singular; en este sentido dice la doctrina que se trata de una institución *sui generis*.²⁰⁶ Como la familia y el matrimonio guardan inmediata relación, la familia natural es protegida y el matrimonio promovido.

En el marco nacional²⁰⁷, la Ley de Política Nacional de población establece en su artículo 2 que “el Estado fortalece la familia como unidad básica de la sociedad promoviendo y ayudando su estabilidad y constitución formal”²⁰⁸, así mismo en el artículo 233 del CC de 1984 se establece que el fin de regular la familia es para fortalecerla. En este mismo sentido se expresa la decimosexta política de Estado del fortalecimiento de la familia, del Acuerdo Nacional.

En el marco internacional la familia también es reconocida como ese elemento natural y fundamental de la sociedad que tiene derecho a ser protegida

203 HERVADA, Javier. *Cuatro lecciones de Derecho natural*. Navarra. Ediciones Universidad de Navarra, 1998, p. 133.

204 Es la opinión de diversos autores: CORRAL TALCIANI, Hernán. Op. Cit., 46 y otros citados por PLÁCIDO VILCACHAGUA, Álex. El modelo de familia garantizado en la Constitución, p. 45: Luis Sánchez Agesta, citado por LACRUZ BERDEJO, José Luis, Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, Agustín LUNA SERRANO, Francisco RIVERO HERNÁNDEZ y Joaquín RAMS ALBESA. ALZAGA, Óscar. GARCÍA CANTERO, Gabriel.

205 Aunque hablaremos del matrimonio en el apartado 3.3.2., consideramos precisar que por el consentimiento, los esposos deciden llevar una vida en común, constituir un hogar, formar una familia, una comunidad doméstica y se comprometen recíprocamente a guardarse fidelidad y respeto. La promesa forma parte de la esencia del matrimonio y no podrá omitirse bajo ningún concepto. Cfr. JARA, Rebeca y GALLEGOS, Yolanda. *Manual de Derecho de Familia – Doctrina – Jurisprudencia – Práctica*, Lima, Juristas Editores, 201, p. 30.

206 Aunque los conceptos de comunidad o sociedad son aplicables al matrimonio, solo será en sentido analógico, ya que el matrimonio los realiza en cierta medida y de modo diferente a los demás supuestos. Cfr. HERVADA, Javier. *Una caro...*, Op. Cit., p.31.

207 Cfr. Regulación legal sobre la familia, apartado 3.1.2 de esta investigación.

208 Ley de política nacional de población. Decreto Legislativo N° 346 http://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/sispod/ley_politica_nacional_de_poblacion.pdf

por la sociedad y el Estado, con la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución; se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia, etc.²⁰⁹ Los Estados la protegen porque reconocen en ella unos atributos que le son muy propios, y que trascienden de la familia al propio Estado. De aquí se deduce que es el lugar y origen de la vida y por tanto de la perpetuidad de la sociedad; es la primera comunidad interpersonal para el hijo porque en ella se establecen las primeras relaciones con el mundo y la sociedad; es la primera comunidad intersexual, los dos sexos se relacionarán en la sociedad y ello se inicia en el seno familiar; es la primera comunidad intergeneracional, los padres crean la nueva generación, los abuelos los relacionan con la anterior; es el lugar de las relaciones más humanas y esenciales y centro de los afectos: amor, maternidad, paternidad, filiación, etc.; en ella, finalmente, se desarrollan diversas funciones sociales, económicas, educativas, de ayuda, etc.²¹⁰

Según lo referido, la familia es ese lugar de origen y de relaciones: interpersonal, intersexual, de relaciones más humanas y esenciales, donde sus integrantes aprenden a dar lo mejor de sí, donde se vive esa humanización que hace al hombre grande, digno. Pensar en una vida sin la familia, es pensar en una vida reducida e inhumana. En una humanidad a la que no le correspondería ese nombre de humanidad.

Según nuestra CPP, el modelo de la familia constitucionalmente garantizado tiene su origen únicamente en el matrimonio, sin embargo, por analogía, se llama familia tanto a la surgida en un hogar de hecho (nótese que el legislador no la llama familia sino expresamente hogar de hecho, artículo 5), como a otras estructuras familiares que, “en su esencia y por los lazos que las unen son muy parecidas a la familia como institución natural”.²¹¹ De lo que se deduce que el concepto jurídico de familia queda definido como la comunidad de un hombre y una mujer basada en el matrimonio.

209 Cfr. 3.1.2. Regulación legal sobre la familia, Documentos internacionales, de esta investigación.

210 Cfr. BURGOS, Juan Manuel. *Antropología: una guía...*, p. 308-309.

211 FLORES CHISCUL, Teresa. Op. Cit., p. 14.

Considerando los fines de la familia en los artículos 4, 5 y 6²¹² de nuestra Carta, vemos cómo la familia está intrínseca y esencialmente determinada por el cumplimiento de los mismos, siendo estos los elementos básicos que permiten identificar el modelo de familia:

- La generación humana, con sus relaciones de paternidad, maternidad y filiación pero además de estos, también se ha de ocupar del cuidado del niño y adolescente, la madre y el anciano.²¹³
- La convivencia de parejas heterosexuales ya que, tanto en el matrimonio como en la unión de hecho, la relación de la pareja tiene como fin la generación, por lo cual debe tratarse de personas de sexo diferente; no se trata pues de relaciones de ayuda o afecto únicamente.

Es interesante constatar que la institución familiar es la que verdaderamente da cohesión a todo el entramado humano. Partiendo de esa célula fundamental se va edificando cada institución que existe, cada comunidad, instituciones de todo tipo, sociedad, nuestro Estado, cada país, finalmente la humanidad. Y es precisamente esta célula por ser la más pequeña, la que necesita ser protegida. Podríamos decir que la familia, en ese sentido lo es todo, es la base de todo, lo integra todo.

Concluiremos manifestando que se equivocan quienes argumentan que la familia como institución natural responde a la tradición, a la cultura, o a una época de la historia que va llegando a su fin con el advenimiento de la posmodernidad.

212 Constitución Política de 1993, artículo 6º: La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuada y el acceso a los medios, que no afectan la vida o la salud.

Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.

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

213 Cfr. PLÁCIDO VILCACHAGUA, Álex. *El modelo de familia en la Constitución de 1993...*, p. 40.

La familia institución natural responde más bien a la naturaleza propia de la persona, como veremos más adelante en el desarrollo de esta investigación. Ciertamente es que la familia, configurada según este modelo constitucional por su autonomía tan querida, respetada y protegida por nuestra sociedad y Estado, atraviesa actualmente un proceso de adaptación a esta nueva sociedad, encontrándose afectada por diversos factores. También es preciso verificar, con algo de preocupación, que a niveles académicos se viene propagando un modelo constitucional alejado del primigenio, promoviendo de esta forma el debilitamiento de la institución familiar, a tal punto que el concepto de familia como institución natural, fundada en el matrimonio, medio idóneo para la crianza de los hijos fruto del amor de los cónyuges, está siendo vaciado de contenido a través de la hipervaloración de la autonomía de la voluntad²¹⁴ y de otros aires de doctrinas que, en definitiva, buscarían recomponer o mejor, redefinir, la institución familiar. Por ello se hace necesario revalorar a la familia rescatando su carácter constitucional primigenio.

3.2. Las nuevas estructuras familiares en el Perú en relación a la STC 09332-2006-PA/TC

En este apartado, examinaremos las nuevas estructuras familiares reconocidas por la sentencia materia de análisis. En primer lugar presentaremos un breve comentario sobre la STC 09332-2006-PA/TC, en referencia a las mismas y en seguida analizaremos una por una las estructuras familiares, según su propia singularidad, determinando en qué forma o en qué medida participan de la naturaleza familiar.

3.2.1. Breve comentario a la sentencia 09332-2006-PA/TC

A través de la STC 09332-2006-PA/TC se reconocieron unas nuevas estructuras familiares, entre ellas: “las familias surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales y las que en doctrina se han denominado familias

214 VASALLO CRUZ, Kathya Lisseth; MUGA GONZALEZ, Rossana Esther. Op. Cit., p. 113.

reconstituidas”,²¹⁵ refiriéndose especialmente a las familias reconstituidas o ensambladas.

En efecto, no fue ni el Legislativo ni la jurisdicción ordinaria quien se aproximó a las familias ensambladas sino que lo hizo el TC²¹⁶ mediante la sentencia del 30 de noviembre de 2007. A través de esta STC 09332-2006-PA/TC el TC se ocupó del reclamo de don Reynaldo Armando Shols Pérez, quien habiendo solicitado al Centro Naval del Perú, del cual era asociado, le otorgara a su hijastra un carné familiar igual que al hijo nacido de su segunda unión matrimonial²¹⁷, y no un pase de invitada especial, fue denegada su solicitud aduciendo que la menor no era su hija biológica.

La génesis del proceso se suscita cuando en primera instancia fue rechazada la demanda interpuesta, declarándose infundada debido a que no se tenía regulada la situación de los hijastros y por lo tanto al demandante no le asistía ningún derecho para reclamar un carné para la menor. Por este motivo Shols Pérez apela la sentencia, siendo que el Tribunal en segunda instancia la declaró improcedente, dado que el demandante no poseía legitimidad para actuar por no ser ni el padre biológico de la menor ni su representante legal.

Es el TC quien “otorga tutela jurisdiccional efectiva al actor y en estricto respeto del deber constitucional de protección de la familia declara fundada la demanda de amparo”,²¹⁸ ordenó la emisión del carné a su hijastra bajo la equiparación con una hija biológica para viabilizar el acceso al Centro de recreación en cuestión²¹⁹ En efecto, el propio Poder Judicial, explicando los

215 Fundamento 8 de la STC 09332-2006-PA/TC.

216 VEGA MERE, Yuri. *Las nuevas fronteras del derecho de familia...*, p. 150.

217 Los hijastros habían sido, en el caso del carné de socios, tratados como hijos, hasta que mediante un acuerdo del Comité directivo del Centro Naval de 2002 aprobaron otorgar a los hijastros de los socios pase de invitado especial válido por un año, renovable hasta los 25 años.

218 CALDERÓN BELTRÁN, Javier Edmundo. *La familia ensamblada...*, p. 75.

219 VEGA MERE, Yuri. *La ampliación del concepto de familia...*, p. 3.

“Principios Constitucionales del Derecho de Familia”²²⁰, destaca la aplicación en esta sentencia del principio de protección, cuando dice:

“Los múltiples cambios sociales exigen que la protección que al Estado y a la comunidad les corresponde brindar a la familia deba contemplar a las familias con estructura distinta a la tradicional generalmente surgidas de uniones matrimoniales” (uniones de hecho, familias monoparentales o familias reconstituidas) ello conforme a las sentencias recaídas en los expedientes Nos. 09332-2006-PA/TC”.²²¹

Y continúa fundamentando que, si por un lado, nuestra legislación promueve el matrimonio, por otro lado, no puede ser ajena al contexto social y a los fenómenos que en el mismo se produzcan. Por ese motivo se hace necesaria y urgente la protección a todas las familias, “aun cuando las mismas no tengan como base el matrimonio, ello independientemente de si tal situación sea positiva o no para la convivencia y el desarrollo social”.²²²

En la sentencia comentada, apreciamos, cómo el accionar de Shols para que le reconocieran el derecho de trato igualitario, provocó que el TC se pronuncie respecto de las estructuras familiares y en concreto en una nueva forma de organización familiar llamada familias ensambladas o reconstituidas y su

220 Cfr. PODER JUDICIAL. *Los Principios constitucionales del Derecho de Familia*. 2008. (Ubicado el 26.11.14). Obtenido en www.pj.gob.pe

221 Fundamento 7.

222 Además del principio de protección a la familia (artículo 4 de la Constitución, citado en la sentencia), otros dos principios constitucionales relativos a la familia en la Constitución de 1993 son: (1) Promoción del matrimonio; (2) Reconocimiento de la unión de hecho. Según eso, para el Tribunal, al hablar de familia se está refiriendo a todas las formas o modelos de familia juntas, sin ninguna distinción.

Para O. Castro, las razones por las que el principio de protección de la familia no distingue la forma en que esta se constituye, serían las siguientes: (1) El matrimonio debe ser reconocido como la principal y no como la única fuente de constitución de una familia. (2) El principio de promoción del matrimonio no puede traducirse en generar desventajas para las familias no fundadas en el matrimonio; ello implicaría violentar el mandato de protección de la familia (...) El matrimonio no es ya la única fuente de constitución de una familia, la familia que se protege es una sola, sin considerar su origen matrimonial o extramatrimonial. CASTRO PEREZ-TREVIÑO, Olga María. *La constitucionalización del derecho de familia*. UNIFE. Obtenido en unife.edu.pe/derecho.

Disentimos con la autora: al punto (1) decimos que el matrimonio sí es la forma de constituir familia. Las estructuras familiares pueden tener como origen también el matrimonio (caso de algunas ensambladas) pero también otras causas; al punto (2) Si hay un principio de promoción del matrimonio es, precisamente, porque la familia que se genera de él es la más sólida y estable, la que más conviene al individuo y a la sociedad. Por ello la atención que merece la familia debe ser diferenciada pero no excluyente. Por lo demás, sobre el trato diferenciado coinciden diversos autores nacionales. Cfr. 3.1.4. El modelo de la familia en la Constitución política de 1993.

protección derivada del mandato constitucional contenido en el artículo 4 de la Norma Fundamental,²²³ y a través de ello, participara en la construcción de la defensa de derechos paterno filiales provocados por nuevas situaciones sociales, como lo es el Divorcio en la actualidad.

Todas estas relaciones familiares que han venido surgiendo por la voluntad de la pareja, han generado una suerte de situaciones legales frente a las cuales al legislador no le asiste el derecho. Si la ley no ha evolucionado a la par de la realidad social, esto no implica que los magistrados de la Jurisdicción Ordinaria no puedan extender los alcances de protección de derechos a personas que se han visto desprotegidas por circunstancias de diversa índole.²²⁴

“Sin embargo, el sistema judicial, por la poca preparación de los magistrados de la especialidad tutelar familiar y por la escasa vocación de extender los alcances de protección de derechos adecuados a las nuevas realidades, no ha estado a la altura de las circunstancias, teniendo múltiples oportunidades para generar no solo jurisprudencia innovativa para el ámbito nacional, sino también para ser utilizada como progresista en el sistema comparado”²²⁵

Por otro lado, siendo que el objeto de la demanda del caso Shols Pérez fue el trato desigual y la protección de la familia, el TC entiende que el objeto de la demanda consiste en que se le otorgue carné a la hijastra del actor para que cesen de esta manera la discriminación a la cual ha sido sujeto en calidad de socio. Reconoce que se trata de una discusión de límites de la capacidad organizativa de las asociaciones recreativas frente a las familias ensambladas, tema no regulado en el Perú.²²⁶

223 STC. 09332-2006-PA/TC. Jurisprudencia relevante comentada. Gaceta constitucional N° 3. Marzo 2008.

224 Cfr. BERMUDEZ TAPIA, Manuel. *Tribunal constitucional peruano defiende la familia en sentencia innovativa*. Obtenida en: www.pucp.edu.pe.

Ello ha provocado que argumentos de la teoría civilista deban interpretarse con un criterio constitucionalista.

225 IBID.

226 Fundamento 2: “Los hechos del caso (...) plantean cuestiones de suma relevancia como son los límites de la autoorganización de las asociaciones recreativas frente a la problemática de lo que en doctrina se ha denominado familias ensambladas, familias reconstituidas o reconstruidas... Se tendrá que superar el vacío que se observa en la legislación nacional sobre la materia”.

El TC analiza la legitimidad procesal del recurrente a efectos de proteger los derechos de la hija de su cónyuge con el objeto de subsanar los vicios procesales en los que había incurrido. Entiende que como socio tiene derechos y beneficios, así como obligaciones. Por lo cual tiene el derecho de solicitar carnés para su cónyuge e hijos y en concreto para la hijastra. Si a otros socios en igual condición que él, se les entregaron carné familiar a sus hijastros, entonces sí se afectó su derecho a la igualdad y no el derecho de la menor en cuestión.²²⁷

Quedó claro que el hecho generador de la supuesta vulneración es respecto del socio y no de la menor, puesto que aunque la menor era la afectada, el titular del derecho es el socio, su padrastro. El TC constata que el afectado no ha probado el trato desigual, sin embargo, esta constatación permite a los miembros del TC sostener que:

“(…) los hechos del caso, no obstante, plantean cuestiones de suma relevancia como los límites de autoorganización de las asociaciones recreativas frente a la problemática de lo que en doctrina se ha denominado familias ensambladas, familias reconstituidas o reconstruidas. Es por ello que a fin de dilucidar la presente acción, se tendrá que *superar el vacío* que se observa en la legislación nacional sobre la materia”.²²⁸

Observamos cómo el eje de discusión ha dado un giro total: ya no se centra en el derecho lesionado del actor por un trato desigual; sino que el debate se centrará en lo que el juez constitucional deduce que proviene de la Constitución, “la invocación a un derecho a la constitución de una familia y al reconocimiento y respeto a “nuevas estructuras” familiares.²²⁹ Después de presentar el modelo constitucional de familia,²³⁰ el TC elabora su análisis desde una perspectiva constitucional:

227 Cfr. JURISPRUDENCIA RELEVANTE COMENTADA. STC. 09332-2006-PA/TC., Lima, Gaceta Constitucional número 3, marzo 2008, p. 403. y Cfr. SILVERINO BAVIO, Paula. *Apuntes a la sentencia del TC sobre familias ensambladas*. (Ubicado 21.11.15) Obtenida en www.academia.edu, p.3.

228 Fundamento jurídico 2. El destacado es nuestro.

229 Cfr. SILVERINO BAVIO, Paula. Op. Cit., p.3.

230 Desarrollado en los fundamentos jurídicos 4 a 6. Ver anexo 2.

Puede contrastar con estos los fundamentos 7, 8 y 9 de la STC 04493-2008-PA/TC, caso Leny De la Cruz Flores, muy similares a los fundamentos que se comentan.

“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 *monoparentales* o las que en doctrina se han denominado *familias reconstituidas*.”²³¹

La sentencia presenta una realidad en la que aparece la disociación de elementos antes inevitablemente ligados, como son: el matrimonio desligado de la sexualidad, la sexualidad de la procreación; una ruptura de la linealidad entre procreación, heterosexualidad, filiación, etc. Como consecuencia de estas múltiples situaciones que surgen, los operadores del Derecho buscan soluciones no muchas veces acordes con el bien de la persona y de su naturaleza.²³²

El TC incorporó al ordenamiento jurídico el concepto de familia ensamblada que no se encontraba recogido en ninguna norma:²³³ “con ese fallo²³⁴ la Corte incorporó al ordenamiento jurídico el concepto de familia ensamblada”,²³⁵ y la define a partir de sus propias características.

Esta sentencia cobra relevancia porque a través de ella, en los fundamentos 7 y 8 materia del presente estudio, se equipararon las estructuras familiares a la familia, cuando en realidad no era necesario ni conveniente hacerlo, toda vez que

Por lo demás, en esta última sentencia el colegiado cita, en los fundamentos 17 a 22 algunos aspectos de la STC que analizamos en la presente investigación.

231 Fundamento jurídico 7. Similar fundamento encontramos en la STC N°. 06572-2006-PA del 6 de noviembre de 2007. Fundamento jurídico 9.

232 SILVERINO BAVIO, Paula. Op. Cit., p. 9.

233 Cfr. VEGA MERE, Yuri. *Las nuevas fronteras del derecho de familia...*, p. 150.

234 El Tribunal en aplicación del principio *iura novit curia* (artículo VIII del TP del CPC decidió emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto). Cfr. Jurisprudencia relevante comentada..., p. 405.

235 GACETA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. VEGA MERE, Yuri. *La ampliación del concepto de familia por obra del Tribunal Constitucional. A propósito de la incorporación de la familia ensamblada y de la concesión de mayores derechos a la familia de hecho*. Lima, Gaceta del Tribunal Constitucional N° 10, abril-junio 2008. Obtenido en www.pj.gob.pe, p. 3.

no había sido esa la pretensión del solicitante y por los efectos que acarrearía sobre la institución familiar.²³⁶

Hasta aquí el comentario de la sentencia. Volveremos con el tema al analizar la familia ensamblada. Se podrían analizar otros aspectos de la sentencia pero considerando los extremos de esta investigación debemos dejarlos de lado.

3.2.2. Las nuevas estructuras familiares en el Perú

Hemos comentado en el apartado anterior la STC 09332-2006-PA/TC, en los extremos relevantes para el presente estudio. Procederemos a analizar las estructuras familiares, según su propia singularidad.

A. Concepto de nuevas estructuras familiares

En el apartado anterior definimos cual es la situación de la familia en nuestro país, situándonos como una nación que está fundamentada en la familia. Sin embargo, contemplando nuestra realidad social y los diferentes factores que han ido determinando un giro en torno a la institución familiar, podemos afirmar que la definición de familia que presentamos en las bases conceptuales²³⁷, de ninguna manera agota el cúmulo de realidades familiares que se han plasmado hoy en nuestra sociedad. Como consecuencia de ello, junto a la familia, han surgido unas estructuras familiares que contemplándola, desean parecerse a ella y aspiran a igualarla, si no en lo esencial de su estructura, sí en cuanto a derechos y reconocimiento por parte del Estado.

En efecto, esas estructuras familiares, flexibles y diversas, han mostrado ser sustancialmente diferentes de aquel otro modelo sólido, y capaz de sacrificar la singularidad individual, en aras del mantenimiento de una estructura heredada; sin embargo, aquellos que pretenden alejarse más de la familia convencional, siguen

²³⁶ Por lo que consideramos que el colegiado no ha manifestado prudencia al pronunciarse en esos extremos. Las razones las iremos presentando inmersas en los apartados siguientes.

²³⁷ Ver bases conceptuales: 1.2.2. A. y que ampliamos en el anexo 1. Definición sobre familia y tipología sobre la familia y estructuras familiares.

intentando construir nuevos sistemas intergeneracionales que mantienen una perfecta semejanza con la (que llaman) vieja (y nosotros agregamos: “siempre nueva”) institución familiar.²³⁸

Estas nuevas formas de convivencia y de relación han surgido fundamentalmente de las rupturas matrimoniales, procesos de divorcios, y de las decisiones individuales y de pareja, en el marco de los cambios sociales que caracterizan esta época llamada de posmodernidad.²³⁹ Algunas de ellas también son fruto del déficit de valores y crecimiento vertiginoso de conductas sociales contrarias a la dignidad de la persona.²⁴⁰

Los factores que precipitan esta crisis son variados²⁴¹, entre ellos señalamos el individualismo por el que el ser humano “piensa más en sí mismo, en su futuro, en la realización de sus intereses afectivos y existenciales (...) la familia adquiere una función instrumental siendo utilizada para aspiraciones personales (...) La otrora base de la familia, la parentalidad, fue reemplazada por la conyugalidad y ésta por la individualidad”.²⁴²

238 Cfr. GIMENO COLLADO, Adelina, *La Familia: El desafío de la diversidad*, Barcelona, Editorial Ariel S.A, 1999, p. 21. Esta autora agrega que: “En referencia a ellas, se dice, por ejemplo, que las familias monoparentales se siguen comparando con el referente de la familia nuclear completa, las parejas sin hijos luchan con todos sus recursos por una adopción nacional e internacional, las parejas homosexuales asumen en muchos casos los más clásicos roles asociados al género, y algunos estudiosos de la familia hablan incluso de familismo, etiquetando así el deseo que manifiestan muchas unidades atípicas de convivencia de ser consideradas oficialmente como familias.”, citado por FLORES CHISCUL, Teresa Isabel. Op. Cit., p. 16.

239 Cfr. TÉLLEZ INFANTES, Anastasia; MARTÍNEZ GUIRAO, Javier Eloy. *Sexualidad, género, cambio de roles y nuevos modelos de familia*. 2008. (Ubicado el 21.11.14). obtenido en www.umh.es.

240 Cfr. FLORES CHISCUL, Teresa Isabel. Op. Cit., 14.

241 Entre otros factores tenemos además, en primer lugar las ideas propuestas y modelos anti-familia que durante años se han ido expandiendo en nuestras sociedades; los medios de comunicación que a través de ciertos programas deforman la conducta y comportamiento; la insuficiente valoración social y cultural de la familia (a nivel social y político); la crisis del compromiso; la sexualidad instrumentalizada y la descristianización. Cfr. BURGOS, Juan Manuel. *Diagnóstico sobre la familia...*, pp. 183-197.

242 VARSI ROSPIGLOSI, Enrique. Op. Cit., p. 63.

Otro factor que aceleró el surgimiento de estas nuevas estructuras familiares, debilitando la familia, ha sido el exitoso papel de los propulsores de la teoría constructivista que pretenden desmontar el orden natural²⁴³.

En esta misma línea, resaltando que la familia en el Perú se identificó con el modelo nuclear, y basado en la concepción naturalista de la familia y en el matrimonio heterosexual, por inspiración cristiana, M. Fernández opina que ya no hay cabida para el “modelo ideal de familia” y menos aún con una protección estatal reforzada, que vuelve marginales a otras formas familiares basadas más bien en la afectividad.²⁴⁴

Las nuevas estructuras familiares²⁴⁵, formas familiares²⁴⁶, realidades familiares²⁴⁷, familias contemporáneas,²⁴⁸ familia posmoderna,²⁴⁹ etc; vendrían a ser, tal como hemos definido en el marco teórico conceptual, aquellas estructuras sociales de tipo familiar muy similares a la familia “natural”, a las que les falta algún elemento (alguna “pieza”) determinante para alcanzar su plenitud y equilibrio.

243 Las nociones de esta corriente, enmarcadas en el posmodernismo, cuestionan las categorías fijas, en particular en lo que se refiere a la sexualidad (heterosexualidad-homosexualidad), desde la cual se fijan la identidad de las personas como realidades biológicas e inmutables afirmando más bien que se tratan de construcciones culturales.

Como la familia se construye sobre esta base de identidades fijas orientadas a la procreación, por ello no se la quiere. Según esto, J. Vaggione, manifiesta sobre el papel del movimiento por la diversidad sexual, y de su éxito alcanzado, porque logró hacer visible la presencia de las personas LGBTQ (lesbianas, gays, bisexuales, transgénero y *queers*, término que significa algo extraño, no usual) como parte de las familias contemporáneas que, como parejas, progenitores o hijos, desafían las construcciones morales, religiosas y legales de la familia, cuestionando especialmente la heterosexualidad como requisito esencial para la constitución de parejas y la procreación. Cfr. FERNÁNDEZ REVOREDO, Marisol. Manual de Derecho de Familia..., p. 19.

Esto constituye la perspectiva o enfoque de sexualidades o la teoría de *queer* de corte constructivista, que tanto daño está causando a la familia, buscando, tal como dice el plan, por ellos propuesto, desinstitucionalizar legal y culturalmente el concepto “tradicional” de familia.

244 Ello por el nuevo escenario donde se desenvuelve, marcado por cambios económicos, sociales, tecnológicos, etc, y por los efectos de la constitucionalización del derecho familiar, tema que hemos tratado anteriormente. Cfr. FERNÁNDEZ REVOREDO, Marisol. Op. Cit., p. 17. Este parecer bastante cesgado lo rechazamos categóricamente y expondremos nuestra postura en el apartado 3 con el *ius naturalismo* de Javier Hervada.

245 Cfr. Sentencia TC N° 09332-2006-PA/TC.

246 Cfr. CID VÁSQUEZ, María Teresa. Op. Cit., p. 115; BURGOS, Juan Manuel. *Diagnóstico sobre la familia...*, p. 119.

247 Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán. Op. Cit., p. 33.

248 Cfr. VARSÍ ROSPIGLOSI, Álex. Op. Cit., p. 55.

249 Cfr. COHEN IMACH, Silvina. *La familia en la posmodernidad*.

Obtenido en www.psicologia.unt.edu.org, 2012. (Ubicado el 05.03.15)

Como destaca M. Cid, el concepto de “forma familiar” pretende reflejar el tipo de formaciones sociales que son estructuras de tipo familiar más o menos cercanas a la familia, pero que carecen de sus requisitos antropológicos,²⁵⁰ “estructuras o fragmentos incompletos de la familia, o como estructuras familiares (occidentales) en las que falta una de las piezas necesarias para lograr una construcción plena y equilibrada”²⁵¹ y que parecen haber roto con las reglas de inicio, de estructura y de finalización de la misma (pareciera que se correspondería con la informalidad, que no respeta formas establecidas). Siendo así que junto a la familia conviven diferentes estructuras familiares: unas ligadas a la concepción de la sexualidad (heterosexual, homosexual), otras al trabajo (ambos o solo uno de los padres trabaja), a la procreación (ensambladas, adopción, reproducción asistida), al número de integrantes (madre y padre, solo el padre o la madre, por divorcio o abandono)²⁵², etc.

Finalmente J. La Cruz señala, en este sentido, “que en nuestra sociedad cada vez más libre, individualista y experimentalista, la tipología de variantes familiares aceptadas crece constantemente y tienden a institucionalizarse hasta el punto que, la pretendida garantía constitucional de protección especial de la familia puede dejar de tener sentido jurídico estricto, para abrirse hacia una concepción sociológica de familia”.²⁵³

250 Es pertinente la aclaración que presenta la misma autora cuando señala que, no es lo mismo “modelo o tipos de familia” que las “formas familiares”. Modelo o tipo de familia está referido a las variantes de la familia occidental. Y añade: “Variantes de una estructura antropológico-familiar poderosa”: familia moderna y la tradicional constituyen dos modelos concretos e históricos de esa variante”. Cfr. CID VÁSQUEZ, María Teresa. Op. Cit., p. 115.

251 BURGOS, Juan Manuel. *Diagnóstico sobre la familia...* p. 121. Además añadirá el ejemplo de la Generalitat Valenciana que ha agrupado todas esas realidades bajo el común apelativo de “formas familiares” y ha distinguido cinco: las familias nucleares, la cohabitación, los hogares unipersonales, las familias monoparentales y las reconstituidas. El autor opina que de este grupo deben excluirse, por un lado las familias nucleares porque suponen el modelo antropológico completo y las unipersonales porque no tiene sentido hablar de familias de un solo miembro. Cfr. Comparte esta opinión casi en sus mismos extremos y con similar discurso: CID VÁSQUEZ, María Teresa. Op. Cit., p. 115.

252 Cfr. COHEN IMACH, Silvina. Op. Cit., p. 6.

253 LA CRUZ BERDEJO, José Luis y otros. *Derecho de Familia: Elementos de Derecho Civil*. Tomo IV. 4ta Edición. Barcelona, José María Bosch Editor, 2010, p.1, citado por FLORES CHISCUL, Teresa Isabel. Op. Cit., p. 15.

B. Clases de estructuras familiares

A continuación analizaremos cada una de estas estructuras familiares, reconocidas en el fundamento 7 de la STC 09332-2006-PA/TC.

b.1. Estructura familiar monoparental

La familia monoparental se caracteriza por ser una estructura familiar que es llamada lineal o incompleta.²⁵⁴ Esta estructura carece de un elemento constitutivo de la familia, debido a la falta de uno de los progenitores. En razón de ello, se entiende por familia monoparental a la estructura familiar de hijos dependientes económicamente de uno solo de sus progenitores, con el cual conviven, el mismo que posee la custodia, de hecho o de derecho.²⁵⁵ Y por supuesto que no es exclusividad de la mujer, aunque ciertamente la gran mayoría tiene como cabeza de familia a la mujer.

- Reconocimiento jurídico

Aunque estas estructuras siempre han existido, puesto que surgen en su mayoría de la familia, durante mucho tiempo permaneció al margen del mundo jurídico. En nuestro país se le ha reconocido de modo expreso pero indirecto. Se presentan dos casos: en la permisibilidad del reconocimiento unilateral, sea del padre o de la madre sin revelar el nombre del otro progenitor (artículo 21 del CC) y en la adopción individual por persona soltera (artículo 378, 3 del CC).²⁵⁶

- Origen de la estructura familiar monoparental

254 VARSI ROSPIGLOSI, Enrique. *Tratado de derecho de familia...*, p. 68.

255 Cfr. UNIVERSIDAD DE LA RIOJA. GIRALDES, Mónica y otros. *La Familia Monoparental*. (Ubicado el 20.11.14).

Obtenido en: www.dialnet.unirioja.es/articulo/2698833.pdf.

256 Cfr. VARSI ROSPIGLOSI, Enrique. Op. Cit., p. 69.

El origen de la monoparentalidad es diverso. Según refiere Grosman y Herrera puede darse por el fallecimiento de uno de los progenitores,²⁵⁷ por ruptura de la relación matrimonial, casos de padres solteros, procreación asistida, hogares a cargo de tutor o curador; incluso, en casos de hospitalización, encarcelamiento, emigración. En los casos de adopción individual y de mujeres solteras la denomina monoparentalidad originaria.²⁵⁸ A estas causas se suma la permisibilidad del reconocimiento unilateral (padre o madre) sin revelar el nombre del otro progenitor y la adopción individual por persona soltera,²⁵⁹ anteriormente citados.

Dos factores han influenciado negativamente en la visión de la familia y han contribuido a la propagación de la estructura familiar monoparental: Por un lado el feminismo²⁶⁰ y por otro, un factor muy importante para la expansión de las familias monoparentales ha sido el cambio de roles sexuales en la familia²⁶¹ y el conflicto de género que suelen resolverse con la separación y el divorcio.

- **Sobre la problemática de esta estructura familiar**

Cada vez se conoce con mayor certeza la importancia de la presencia de ambos progenitores para contribuir a la estabilización de la identidad sexual del

257 Aunque a decir de J. Burgos, las familias formadas por viudos no se consideran habitualmente monoparentales porque, aunque hay una aparente similitud, son realidades diferentes. BURGOS, Juan Manuel. *Diagnóstico sobre la familia...*, p. 126.

258 Cfr. GROSMA y HERRERA, citadas por VARSÍ ROSPIGLOSI, Enrique. *Tratado de derecho...*, p. 69.

259 Cfr. VARSÍ ROSPIGLOSI, Enrique. Op. Cit., p. 69. Otra tipología basada en las causas que la generan sería: (1) Vinculadas a la relación matrimonial: a. Separación del matrimonio; b. Divorcio del matrimonio; c. Viudedad. (2) Vinculadas a la natalidad: Madres solteras. (3) Vinculadas al ordenamiento jurídico: adopción por solteros. (4) Vinculadas a situaciones sociales (aunque estrictamente no son monoparentales, en la práctica sí): a. Situación de emigración; b. El trabajo de la pareja en localidades distantes y separadas; c. La larga hospitalización; d. la encarcelación. Unas causas son forzosas y otras corresponden a la decisión personal en ejercicio de la libertad del individuo. Cfr. UNIVERSIDAD DE LA RIOJA. GIRALDES, Mónica y otros. *La Familia Monoparental* (Ubicado el 20.11.14). Obtenido en www.dialnet.unirioja.es/articulo/2698833.pdf.

260 Cfr. ARROYO MORCILLO, Alicia. *Las Familias monoparentales en España. ¿Una desviación u otra forma de organización social?* Memoria para optar el grado de Doctor. Universidad Complutense de Madrid. Obtenida en <http://biblioteca.ucm.es/tesis/cps/ucm-t25716.pdf>

261 Los roles vienen a ser las normas y expectativas, que tienen significados tanto para quien lo ejerce como para con quienes interactúa.

niño, de ahí la importancia de la familia como institución familiar,²⁶² debido fundamentalmente a que los hijos aprenden viendo e imitando; además el padre de sexo opuesto en referencia al hijo, con su presencia, le enseña qué es no ser “hombre o mujer”. La niña, por ejemplo, aprenderá de su padre qué no es ser hombre y qué es ser mujer. En el caso de las niñas también la presencia del padre que las ama y respeta es fundamental para su autoestima femenina.²⁶³

De lo que se colige que la problemática de la monoparentalidad está precisamente en la ausencia de uno de los progenitores, pero además, a ello hay que sumar problemas de diversa índole: la falta de empleo o manejar los horarios del mismo para atender el hogar; la vivienda si es propia o alquilada y las condiciones de la misma; la educación del o de los hijos, tanto en lo que a economía corresponde como la que directamente debe dar el progenitor solo; el soporte emocional del progenitor y de los hijos. Conocemos también que con regular frecuencia el padre que abandona no se muestra responsable respecto de la pensión de alimentos que debe pasar a sus hijos con el grave problema que ello acarrea para el progenitor cabeza de esa familia monoparental.

Consideramos, finalmente, que la monoparentalidad afecta a la institución familiar puesto que presenta un rechazo de la familia como institución natural y de toda su riqueza, unicidad, perpetuidad, exclusividad, etc. debilitando la institución familiar. Este aspecto en realidad es común a todas las estructuras familiares. Por otro lado, puede generar familias ensambladas, lo que hace más complicadas las relaciones familiares. Además, desde la perspectiva de los hijos, y sobre todo en los casos de las mujeres que desean ser madres sin la presencia del padre, se vulnera su derecho a tener una madre y padre. Y, finalmente, cuando los padres viven separados o divorciados y el hijo tiene que convivir con uno y con otro por periodos, entrando y saliendo de su entorno familiar, es posible que le genere problemas variados, sobre todo de inestabilidad.

262 Aunque tampoco se puede negar que hay estructuras familiares monoparentales donde se vive el amor y se organizan de tal manera que suplen las carencias que puedan tener los miembros de la misma, por la ausencia del progenitor.

263 BURGOS, Juan Manuel. Diagnóstico sobre..., p.127.

b.2. Estructura familiar originada en la Unión de hecho

En segundo lugar presentamos estas estructuras familiares que, si bien es cierto, no son novedosas, sí han sido incorporadas en la STC 09332-2006-PA/TC.

- Concepto

La CPP de 1993 define esta estructura familiar, en el artículo 5, como “La unión estable de un varón con una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”. El CC, por su parte, la llama Unión de hecho. Otras denominaciones que se le atribuyen son: convivencia *more uxorio*; unión libre; unión extramatrimonial, familias de hecho, matrimonio aparente,²⁶⁴ unión estable,²⁶⁵ pareja de hecho, matrimonio de hecho, unión libre, concubinato, pareja no casada.²⁶⁶ La sentencia 09332-2006-PA/TC se refiere a ella como “familias surgidas de la unión de hecho”.²⁶⁷

Se denomina unión estable pura a la convivencia entre varón y mujer libres de todo impedimento matrimonial²⁶⁸, pudiendo por tanto contraer matrimonio civil y gozar de ciertos derechos.²⁶⁹

264 CALDERÓN BELTRÁN, Javier Edmundo. *Uniones de hecho*. Lima. Editores Cromeo y Adrus Editores, 2015, p. 28-29.

265 VARSÍ ROSPIGLOSI, Enrique. Op. Cit., p. 184.

266 Sentencia del expediente N° 2868-2004-AA/TC, fundamento 10. PODER JUDICIAL. *La unión de hecho*. (Ubicado el 26.11.14). Obtenido en www.pj.gob.pe

267 En realidad se la llama familia, aunque estrictamente hablando no lo es por las consideraciones que se exponen en este apartado. Se la llama así solo por analogía y como dice Carbonier: “no es más que por imagen e imitación que puede hablarse de una familia natural”. CARBONIER; Jean. Citado por CORRAL TALCIANI, Hernán. Op. Cit. 68.

268 A diferencia de la “impura” que sí posee impedimentos.

269 Para efectos de establecer un perfil de esta estructura familiar respecto de los derechos que le asisten, tomamos la relación preparada por E. Varsi: (1) Derecho de carácter patrimonial, similar a la sociedad de gananciales, siempre que se acredite la posesión de estado. (2) Derechos semejantes al matrimonio: derechos, deberes, sostenimiento del hogar, etc. (3) Derecho a los alimentos, similar a la de los esposos, pero no de carácter legal sino natural. (4) Derecho a los beneficios sociales, pensiones de invalidez y sobrevivencia, pensión de jubilación del compañero. (5) Derecho del conviviente abandonado a la indemnización y a recibir alimentos. (6) Derecho a que al terminar la

En este orden de ideas, está claro que corresponde al hombre y a la mujer ejercer su derecho de contraer matrimonio u optar por la unión de hecho, según sus concepciones personales, el propio TC lo reconoce:

“El Tribunal considera que el derecho de contraer libremente matrimonio, si bien no tiene la autonomía propia de un derecho constitucional específico, como lo tienen la libertad contractual de empresa, tránsito, religión o cualquier otra que se reconozca Norma Fundamental, sí se encuentra en el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la persona, reconocido en el artículo 2, inciso 1), de la Constitución”.²⁷⁰

Si bien es cierto, que aunque son estructuras familiares asumidas desde la libertad personal, no obsta para que presenten carencias y diferencias antropológicas sustanciales en relación a la familia.

- **Reconocimiento jurídico y regulación constitucional**

Su legalidad se consagró en la Constitución de 1979, posteriormente en el CC de 1984, generando relaciones filiales o patrimoniales. Se reconoce la unión estable (artículo 326 CC) y al concubinato o unión pasajera (artículo 402,3 y 415 CC).²⁷¹

Como refiere E. Calderón, la naturaleza jurídica de esta estructura familiar se basa en la similitud, a partir de la teoría de equivalencia o de apariencia, según la cual, las uniones de hecho son en esencia una institución familiar semejante al matrimonio.²⁷² De ahí que no trata de ampararla automáticamente sino cuando asume similares condiciones exteriores, es decir, asume un estado aparente de matrimonio, por su estabilidad y singularidad.

relación se liquide la sociedad de gananciales. VARSÍ ROSPIGLOSI, Enrique. Tratado de derecho..., p. 184.

270 PODER JUDICIAL. *La unión de hecho*. Obtenido en www.pj.gob.pe (Ubicado el 26.11.14).

271 VARSÍ ROSPIGLOSI, Enrique. Op. Cit., pp. 66-67.

272 Por ello, el Poder Judicial dirá sobre el estado de apariencia que: “La tesis de apariencia al estado matrimonial, que sigue nuestro ordenamiento jurídico, está admitida también en el citado artículo cuando señala que con la unión de hecho se persigue alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio”.

En el Perú no hemos adoptado la tesis de equiparación al estado matrimonial, según la cual la unión de hecho produce los mismos efectos que el matrimonio. Cfr. PODER JUDICIAL. *La unión de hecho*. Op. Cit. Obtenido en: www.pj.gob.pe

Nuestra legislación ha acogido la teoría de la similitud, sobre todo en lo que se refiere al aspecto patrimonial.²⁷³ De lo que se colige que cuando de esa unión de hecho surge una familia, que “cumple deberes semejantes a los del matrimonio”, aquellas estructuras familiares que reúnan estas características propias²⁷⁴ de la entidad familiar, serían a las “que se les reconozca el carácter familiar, estricto. De todas maneras, sabemos que “la familia es una”.²⁷⁵ La familia es la familia.

Las uniones de hecho, como la familia matrimonial, también han sido constitucionalizadas. Tal como refiere E. Varsi, la primera CPP que reconoció la unión de hecho fue la de 1979, como fuente generadora de efectos patrimoniales. La Constitución de 1993 la reconoce además como fuente generadora, constitutiva de la familia.²⁷⁶

Nuestro CC de 1984 se sustenta en los postulados de la CPP de 1979 por lo que está formulado sobre la familia matrimonial,²⁷⁷ y solo le dedica un artículo, el 326 que regula su aspecto patrimonial. Por otro lado la CPP de 1993 ha desvinculado la familia del matrimonio, por lo que, como señala E. Calderón, citando a A. Plácido, el CC debe ser interpretado desde esta última.²⁷⁸

Según hemos visto al tratar de la regulación legal sobre la Familia en la presente investigación, el Perú ha ratificado en el año 1988 el Protocolo Adicional

273 Tanto nuestra Constitución vigente como el CC establecen que: “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto aplicable. CALDERÓN BELTRÁN, Javier Edmundo. *Uniones de hecho...*, p. 31.

274 Las características fundamentales de la Unión hecho son: la pluralidad de personas, en la familia, también en ésta hay por lo menos dos; convivencia: compartir las vidas bajo el mismo techo; asistencia económica, moral; lazos de afecto: que llevan al deseo de fundar una familia. El afecto suele ser un factor aglutinante que les permite convivir ayudándose, siendo solidarios, humanos. En el caso de estas estructuras debe probarse. Gazzoni señala que “el afecto constituye el verdadero eje en torno al cual gira el instituto de la familia de hecho”; lazos derivados del parentesco o de la relación de pareja. La familia siempre estará vinculada a la unión de los sexos y a las relaciones resultantes de la procreación; autoridad: en la familia la autoridad va referida a uno o varios según sus roles y funciones. Por otro lado, ese tinte de eventualidad e informalidad propio de estas estructuras familiares, también tiene su origen en una suerte de “probar si me va bien con este o esta”.

275 TRABUCCHI, A. citado por CORRAL TALCIANI, Hernán. Op. Cit., p. 69.

276 Cfr. VARSÍ ROSPIGLOSI, Enrique. Op. Cit., p. 67.

277 Cfr. PLACIDO V, Álex. *Manual de Derecho de familia...*, p. 25-26.

278 Cfr. CALDERÓN BELTRÁN, Javier Edmundo. *Uniones de hecho...*, p. 51.

a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales el cual, en el artículo 15, establece el derecho de toda persona para constituir familia. Respecto de la protección constitucional de la unión de hecho el TC se ha expresado así:

“De lo expuesto hasta el momento se deduce que, sin importar el tipo de familia ante la que esté, esta será merecedora de protección frente a las injerencias que pueden surgir del Estado y de la sociedad. No podrá argumentarse, en consecuencia, que el Estado solo tutela a la familia matrimonial, tomando en cuenta que existen una gran cantidad de familias extramatrimoniales. Es decir, se comprende *que el instituto familia trasciende al de matrimonio*”.²⁷⁹

En el fundamento 12 de la misma sentencia el TC expresa que al reconocerla se legitima y salvaguarda la dignidad de quienes optaron por la convivencia. De esta manera son considerados familia y merecen protección del Estado.²⁸⁰ Refiriéndose a la constitucionalización de esta estructura familiar admite que ello implica reconocer ciertos efectos jurídicos entre quienes conforman la unión de hecho y que el Estado podrá intervenir y regular conductas para evitar situaciones no deseadas en la sociedad. “Así pues, la Constitución reconoce una realidad, pero al mismo tiempo la encausa dentro de los valores constitucionales a fin de hacerla compatible con el resto del ordenamiento”²⁸¹ dado que toda estructura familiar merece ser protegida.

- **Sobre la problemática de esta estructura familiar**

279 Y continúa: “pudiendo darse la situación de que extinguido este, persista aquella. Esto no significa que el Estado no cumpla con la obligación de la Constitución en cuanto a promover la familia matrimonial, que supone mayor estabilidad y seguridad de los hijos. Fundamento 11 del caso Rosa Domínguez, STC del expediente N° 06572-2006-PA/TC.

280 Cfr. FERNÁNDEZ REVOREDO, Marisol. *Manual de Derecho de Familia*. Op. Cit., p. 40.

281 STC expediente N° 06572-2006-PA/TC, fundamento 13; que continúa: “en tal sentido, a fin de evitar que el aporte realizado por la pareja durante la convivencia sea apropiado por uno de ellos, en desmedro del otro, la Constitución reconoció expresamente el régimen de gananciales a esas uniones, en cuanto les sea aplicable. Con esto, fenómenos como el comentado se verían refrenados, brindando una dimensión de equidad a las uniones fácticas. Pero esta no sería la única obligación que se generaría entre los convivientes, como observaremos más adelante: la propia dinámica de la convivencia que encuadra en la disposición constitucional, implica el cumplimiento de ciertas acciones por parte de los integrantes de la unión”.

Estas estructuras familiares presentan una doble inestabilidad: jurídica y personal. *Jurídica* porque al ser la unión de hecho familia intrínsecamente social, no puede prescindir de ese aspecto. Ello lo experimenta de manera especial con la llegada del hijo, pues, al ser miembro de la sociedad, necesita un espacio social que solo lo puede obtener gracias a la regulación social definida jurídicamente.²⁸² Es bueno precisar que a pesar de que estas parejas han optado por no figurar ante la ley, se van generalizando las leyes para las parejas de hecho. Como anota H. Corral, la sentencia de Napoleón sobre esta temática es famosa: como los concubinos ignoran la ley, la ley debe ignorarlos.²⁸³ Sin embargo el desinterés legal no puede ser total.

En cuanto a la inestabilidad *personal* diremos que el compromiso de estas parejas suele ser mucho más débil que el matrimonial. En las uniones de hecho la inestabilidad es como su sombra, debido a que los vínculos o lazos que los unen no llegan a su plenitud: siendo que la familia está “hecha para durar siempre”.²⁸⁴

Ciertamente que existe una semejanza, como ya se ha anotado, entre estas estructuras familiares y la familia; sin embargo, estas uniones en la práctica, niegan cualquier compromiso de futuro, porque desean vivir la sexualidad libre de vinculación.²⁸⁵ Aun así, esta vinculación nos refiere a unos grados de estabilidad e intensidad.²⁸⁶ Por lo que hoy en día el concubinato se aprecia como un reivindicar

282 Cfr. BURGOS, José Manuel. *Diagnóstico sobre la familia...*, p. 124. Y añada que no solo los hijos, también la muerte de la pareja o la separación impone una regulación jurídica: sobre los bienes que compartieron, pensiones, etc.

283 Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán. Op. Cit., p.111.

284 Cfr. BURGOS, Juan Manuel. *Diagnóstico sobre la familia...*, p. 125.

285 Cfr. CID VASQUEZ, María Teresa. Op. Cit., p. 116.

286 Por lo que, conformes con H. Corral, enumeramos: (1) Simple unión libre; aglutinaría las relaciones entre hombre y mujer de carácter sexual que tienen como característica la ocasionalidad. (2) Concubinato; esa unión incluye cohabitación con permanencia, estabilidad, notoriedad. La doctrina habla de tres tipos posibles: Simple; entre personas libres de vínculo matrimonial y de lazos de parentesco que pudiera impedir el matrimonio entre ellas. Adulterino; cuando uno o los dos están vinculados con tercero por el matrimonio. Incestuoso; existe entre dos personas entre las cuales se da una relación de parentesco que dirimiría el matrimonio entre ellas. (3) Convivencia *more uxorio*; uniones de hombre y mujer con estabilidad, permanencia y notoriedad. En la práctica no se diferencian sustancialmente de un matrimonio formal, de tal forma que los tienen por tales; vendría a ser el “matrimonio de hecho”. CORRAL TALCIANI, Hernán. Op. Cit., p. 63.

la libertad individual de un supuesto derecho a vivir la sexualidad al margen del cauce institucionalizador del matrimonio.²⁸⁷

Los derechos de los convivientes se han ido desplegando sobre todo en los últimos años a niveles jurisprudenciales y normativos. Y dada la situación de aumento de esta estructura familiar, y las relaciones internas de la pareja con ciertos abusos que se cometían, el legislador ha ido ampliando los derechos de los concubinos, teniendo como referencia los derechos de los consortes maritales.²⁸⁸ Se hace necesaria, pues, una posición moderada sobre la necesidad de regular esta estructura familiar, sin necesidad de equipararla al matrimonio pero sí para reconocer su existencia y proteger a la parte débil de esta relación.²⁸⁹ Sobre este asunto, algunas legislaciones han ido equiparándolas con la familia matrimonial con mayor o menor amplitud.²⁹⁰

Finalmente, consideramos que esta estructura puede afectar a la familia como institución natural basada en el matrimonio, puesto que:

- Rompe con la estructura natural de la familia, desfigurándola.

287 Tratándose de las uniones de hecho, como explicamos al desarrollar el tema de familia, también entran a tallar esas corrientes que desean redefinir la familia proponiendo una nueva concepción de la misma, desplazando el modelo “clásico”, por lo que han hecho de esta estructura familiar un caballito de batalla, interesándose sobre manera en defender sus derechos (reconocimiento y regulación jurídicos) ensayando incluso nuevas nomenclaturas como “unión libre”, “familia de hecho”, “pareja informal”, etc. IBID, p. 112.

288 Cfr. CALDERÓN BELTRÁN, Javier Edmundo. *Uniones de hecho*. Lima. Editores Cromeo y Adrus Editores, 2015, p. 19.

289 MANRIQUE GAMARRA, Karina. Op. Cit., p. 43. La autora fundamenta esta necesidad basándose en: (1) El concubinato es un fenómeno social muy extendido que no puede desarrollarse al margen de la ley ni del derecho. (2) En el concubinato debe rodearse de algunas garantías a los sujetos débiles de la relación como son la mujer y los hijos, quienes suelen sufrir las consecuencias. (3) La ley debe gobernar los efectos que produce el concubinato ya que su fragilidad atenta contra la estabilidad de la familia de base no matrimonial. Es la orientación asumida por la legislación nacional y de la mayor parte de las legislaciones de Latinoamérica.

290 Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán. Op. Cit., p. 88. Puede encontrar aquí algunas experiencias sobre el tema.

- El matrimonio y la familia son dos realidades diferentes y por lo tanto merecen un trato igualmente diferente. Equipararla significa un grave atropello de conceptos e instituciones jurídicas²⁹¹.
- El motivo antes señalado, genera que se vayan regulando nuevas exigencias. Aunque “los ligámenes jurídicos a que pueda dar una situación paramatrimonial, no son atribuidos al grupo sino a los individuos relacionados personalmente”²⁹² Ello ocasiona un debilitamiento en la familia.
- Siendo estructuras menos estables, por no estar constituidas en el matrimonio, si proliferan, el resultado será menos estabilidad en la sociedad misma, dado que con mayor facilidad se puede cambiar de pareja, tener hijos de diferentes padres, haciéndolos víctimas muchas veces de diversos atropellos, no ser reconocidos, etc.
- En estas estructuras se puede presentar violencia hacia la mujer, violencia sexual contra los niños, abusos contra los ancianos, etc.
- ***Jurisprudencia sobre Uniones de hecho***

A continuación presentamos los siguientes casos relativos a la Unión de hecho en el Perú:

STC 06572-2006-PA

*Caso Janet Rosas Dominguez.*²⁹³ Emitida el 14 de marzo de 2008.

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

291 Cfr. D’Agostino, F. Citado por DE LA FUENTE Y HONTAÑÓN, Rosario. Op. Cit. p. 3.

292 CORRAL TALCIANI, Hernán. Op. cit., p. 67. Por ejemplo la Ley 30007, sobre derechos hereditarios a los concubinos.

293 STC 06572-2006-PA del 06 de noviembre de 2007. Expediente N^o 06572-2006-PA/TC El texto completo puede ubicarse en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06572-2006-AA.html>

pensión de orfandad, en virtud de ser hija del causante; en primera instancia el Juzgado especializado Civil de Lima declara improcedente la demanda por cuanto la demandante no pudo acreditar la celebración del matrimonio, la misma que es confirmada en segunda instancia. Siendo esto así, la actora acude al TC y el colegiado la ampara declarando fundada la demanda.

El TC señala en sus fundamentos que la CPP no pretendió reconocer un modelo específico de familia, por consiguiente, el instituto de la familia no debe relacionarse necesariamente con el matrimonio y la tutela que el Estado brinda debe extenderse también sobre las familias extramatrimoniales.

El TC da un vuelco y resuelve otorgar derecho a pensión de viudez al conviviente superviviente, dado que los convivientes compartían su vida en un “aparente matrimonio” lo que “genera una dinámica a partir de la cual se origina dependencia entre los convivientes, por lo que la muerte de uno de ellos legitima al conviviente supérstite a solicitar pensión de viudez. Finalmente, considerando que la Ley 19990 no contempla ninguna referencia a la pareja sobreviviente, el TC aclara que corresponde contemplar la ley desde la Constitución a fin de interpretarla y aplicarla, por lo que resuelve considerar al conviviente supérstite como beneficiario de la pensión de viudez.

Con esta Sentencia el TC crea un derecho de pensión de viudez a favor de los concubinos supérstites, aplicando los principios que contiene la CPP, en el caso, el principio de protección de la familia, principio de reconocimiento de las uniones de hecho, así como el modelo constitucional de familia.²⁹⁴

STC 03605-2005- AA/TC

*Caso Anaya Cruz. Emitida el 4 de junio de 2007.*²⁹⁵

Se le niega a la conviviente sobreviviente el acceso a la pensión de viudez.

294 Cfr. CALDERÓN BELTRAN, Javier. *Uniones de hecho...*, p. 215.

295 STC03605-2005- AA/TC del 08 de marzo de 2007. Expediente número 03605-2005-AA/TC. El texto completo puede ubicarse en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03605-2005-AA.html>

La actora interpone demanda de amparo en contra del Gobierno Regional de Lambayeque debido a que considera que se han vulnerado sus derechos constitucionales al reconocimiento de unión de hecho (artículo 5 CPP), a la seguridad social (artículo 10) y a obtener pensión (artículo 11).

En primera instancia declaran infundada su demanda porque no puede demostrar su matrimonio con el causante; siendo confirmada en segunda instancia por los mismos fundamentos.

El TC entiende que no se puede tratar por igual al matrimonio y a las uniones de hecho; ya que al ser situaciones disímiles deben ser tratadas desigualmente. Además, como no se puede obligar a nadie a casarse tampoco se puede obligar a tener los efectos previsionales propios del matrimonio. Por lo demás la CPP busca favorecer el matrimonio, al ser este presentado como una institución constitucional. De ahí que la norma constitucional ciertamente reconoce la relación concubinaria pero para efectos solo de la naturaleza patrimonial mas no se incluye dentro de él efectos de carácter personal. Por lo tanto es imposible reconocer a las relaciones de hecho como supuesto para otorgamiento de pensión.

Los dos casos citados presentaron la misma pretensión pero recibieron trato diferente. Esto comprueba que la jurisprudencia del TC no es uniforme.²⁹⁶

b.3. Estructura familiar ensamblada

296 Otra es la STC. 09708-2006-PA/TC, caso Luz Sofía Baca Soto. Sobre pensión de viudez; donde sí se le otorgó la pensión de viudez.

La autora demanda al Ministerio de educación solicitando la pensión referida, habiendo sido declarada su unión de hecho. Contesta la parte demandada que la pensión le corresponde a una cónyuge sobreviviente y no a una conviviente. Finalmente la cónyuge recurre al TC mediante recurso de agravio constitucional obteniendo tutela jurisdiccional en esta instancia. En el fundamento 6 el TC afirma que “Tanto la norma del artículo 5 de la Constitución como el artículo 326 del Código Civil, el reconocimiento de Unión de hecho da lugar a la comunidad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, pero además la pareja se comportan como cónyuges (...) al fallecimiento de él, las declaraciones jurisdiccionales de Unión de hecho y única heredera se ha establecido que doña Sofía (...) ha adquirido todos los derechos que como cónyuge le corresponde y la declaración de la Unión de hecho sustituye a la partida de matrimonio, en tal razón le corresponde la pensión de viudez”. 3. STC. 09708-2006-PA/TC del 11 de enero de 2007. Expediente N° 09708-2006-PA/TC.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/09708-2006-AA.html>

El TC en la sentencia que estamos analizand0, ejercitando la tutela constitucional de la familia, se pronunció sobre el vacío legal que sobre esta estructura familiar había, respecto a los vínculos jurídicos, deberes y derechos de sus miembros,²⁹⁷ de tal forma que introduce por vez primera en la jurisprudencia nacional la definición de familia ensamblada,²⁹⁸ describiéndola y definiéndola en el octavo fundamento jurídico:

“En realidad no existe 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”.

Antes de pasar a nombrarla, según el desarrollo de la investigación, conviene señalar que la familia ensamblada, como veremos, es en realidad “una familia dentro de otra”²⁹⁹, o mejor dicho una estructura familiar ensamblada sobre otra u otras que fenecieron.

Los vocablos empleados para designar esta estructura familiar son: “reconstituida”, “recompuesta”, “rearmada”, “transformada”, todos estos haciendo alusión a la familia que, superando una crisis logra reorganizarse. Más bien el término acertado es la denominación “familia ensamblada”, entendiendo por tal a la “estructura familiar” compuesta por dos personas que se unen en una relación

297 CASTRO PÉREZ TREVIÑO, Olga María. *Una ley para los tuyos, los míos y los nuestros*. Un reto legislativo. Observatorio de Derecho Civil. Vol. II. La Familia. Motivensa Editora Jurídica. 2010, p. 65.

Respecto del vacío legal, opina María Luz del Carpio que en realidad la legislación nacional no había ignorado del todo a estas nuevas estructuras por cuanto ya había legislado sobre ellas aunque de manera indeficiente. Señala por ejemplo: alimentos para los hijos alimentistas, la filiación extramatrimonial, la protección de las víctimas de violencia familiar, sea cual fuere el origen que integren, la adopción integrativa (por el cónyuge o padre/madre biológico del menor por adoptar), la indemnización por enriquecimiento indebido (cuando la unión de hecho no se logra reconocer), pensión de viudez y seguridad social para el concubino (unión de hecho propia e impropia), etc. cfr. DEL CARPIO MUÑOZ, Mary Luz. Op. Cit., p. 2.

298 Cfr. CALDERÓN BELTRAN, Javier Edmundo. *La familia ensamblada...* Op. Cit., p.52.

299 VARSÍ ROSPIGLOSI, Enrique. Op. Cit., p. 72.

de pareja, los hijos – nacidos o concebidos – de cada una de ellas y los que eventualmente provinieran de ese nuevo vínculo.³⁰⁰ Esta nueva estructura familiar (grupos familiares³⁰¹) surge de “unir”, “juntar”, “ajustar”³⁰² esas piezas provenientes de relaciones previas desestructuradas, rotas, fruto de posibles fracasos o frustraciones, e incluso por causa de muerte de la pareja. Los que se unen lo hacen a través del matrimonio o unión de hecho, dándose otra oportunidad, y llevan al nuevo núcleo familiar los hijos que hubieran podido tener.³⁰³

Si es una la parte que tuvo el compromiso, se la llama familia ensamblada *simple*; si ambos tuvieron compromiso anterior, se la llama familia ensamblada *compleja*.³⁰⁴ Comprendemos, según la definición presentada, que la familia ensamblada posea una estructura compleja y frágil³⁰⁵, distinta a la de la familia.

- **Características de la estructura familiar ensamblada**

La llamada estructura familiar ensamblada presenta unas características muy propias:

(1) Se origina en el matrimonio o unión de hecho de un divorciado, viudo o exconviviente que se vuelve a unir en matrimonio o unión concubinar.³⁰⁶

300 Cfr. CASTRO RIVADENEIRA, Juan Carlos. “La familia ensamblada”, en *Poder judicial. Libro de especialización del Derecho de Familia*. Lima, 2012. (Ubicado el 26.11.14). Obtenido en www.pj.org.pe.

301 Cfr. DEL CARPIO MUÑOZ, Mary Luz. *Las familias reconstituidas (ensambladas) desde la perspectiva de modelo constitucional de familia*. Obtenida en www.monografias.com/trabajos94/familias_ensambladas. La Dra. Mary Luz Del Carpio es una ilustre abogada miembro de la Corte Superior de Justicia de Moquegua.

302 Definición de ensamblar. www.RAE.es.

303 Una definición bastante detallada es la de Mary Luz Del Carpio: Las familias reconstituidas son “aquellos grupos familiares que están integrados por personas que antes tuvieron vida matrimonial o convivencial con descendencia o sin ella, y terminada dicha relación se unen a otra persona distinta con o sin antecedente matrimonial o convivencial con prole o sin prole, para formar un grupo familiar, teniendo como integrantes a los convivientes o cónyuges (divorciados, viudos, separados, ex convivientes, etc), a los hijos que tuvieron en su relación anterior (hijastros o hijos afines, matrimoniales o extramatrimoniales) y los hijos que procrean luego de la nueva unión (hijos biológicos, consanguíneos, matrimoniales o extramatrimoniales)”.

La realidad que emana del análisis de esta definición es que, ante nuestro ojos, aparece una forma familiar que recoge una serie de “piezas” movidas de otras estructuras o “piezas” que han surgido después de haberse unido éstas (decimos piezas tomando la imagen de estructuras).

304 Cfr. VARSI ROSPIGLOSI; Enrique. Op. Cit., p. 72.

305 Cfr. Fundamento 14 y 23.

306 Fundamento jurídico 8, STC 09332-2006-PA/TC.

(2) Los hijos que integran el nuevo núcleo familiar pueden ser “tuyos, míos, nuestros”.

(3) Las relaciones entre padrastros y madrastras e hijastros deben ser observadas de acuerdo con los matices que el propio contexto impone³⁰⁷. Es propio señalar que para evitar situaciones conflictivas que puedan afectar el interés del niño/a o adolescente, el padre o madre afín procurarán asumir una función de complementariedad, acompañando y cooperando en el proceso de formación del niño.³⁰⁸ Un problema que se presenta con cierta incidencia lo constituyen las directrices del padre que vive fuera del nuevo núcleo familiar,³⁰⁹ por lo que habrá que procurar una armonía mutua.

(4) Deben cohabitar (padres afines e hijastros) y compartir la vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento de una *nueva identidad familiar autónoma*.³¹⁰ Sobre todo si se trata de menores de edad que dependen económicamente del padre o madre afín.³¹¹

(5) El hijastro forma parte de esta nueva estructura familiar, con eventuales derechos y deberes especiales³¹². La patria potestad sobre los hijos la mantiene el padre o madre que vive con ellos.³¹³

(6) Partiendo de los lazos que la fusionan, los hermanos que conviven son de distinta sangre: En el nuevo hogar convivirán los hijos de él y de ella o de ambos, frutos de esa nueva unión (biológicos o adoptivos), medios hermanos de los hijos anteriores de ambos progenitores.

307 Fundamento jurídico 10, STC 09332-2006-PA/TC.

308 KRASNOW, Adriana. “*El vínculo entre el padre/madre afín y el hijo/hija afín en la familia ensamblada*”, citada por CANALES TORRES, Claudia. Op. Cit., p. 373.

309 Coincidimos con CANALES TORRES, Claudia cuando dice, sobre la relación del padrastro con el hijo afín, que: “El padre afín aunque no puede ejercer la patria potestad, sí puede ejercer actos de protección, orientación, respeto e incluso se presentan muchos casos de dependencia moral, psicológica, afectiva, material, en función de los lazos sentimentales que los unen como miembros de la misma familia”. Op. Cit., p. 373.

310 Fundamento jurídico 12, STC 09332-2006-PA/TC. Donde el hijastro o hijastra se han asimilado debidamente al núcleo familiar, la diferenciación entre ellos y los hijos de la familia ensamblada devendría en arbitraria y contraria a los postulados constitucionales. Fundamento 10. Se atentaría contra el art. 4 según el cual, el Estado y la comunidad protegen a la familia. En el caso analizado, el TC reconoció que el Derecho constitucional de asociación y la autonomía para la autorregulación, no puede subordinar el principio constitucional de protección a la familia.

311 VEGA MERE, Yuri. *Las nuevas fronteras del derecho de familia...* p. 150.

312 IBID, p. 150.

313 Fundamento jurídico 11.

(7) De esta unión surgen las figuras de padrastro (padre afín), madrastra (madre afín), hijastro/a (hijo/a afín), hermanastro/a (hermano/a afín).³¹⁴ Y por ser estructuras familiares “más frágiles” se aconseja un entrenamiento que facilite las nuevas relaciones que debe haber hacia dentro del núcleo familiar.³¹⁵

(8) Si el padre o la madre biológica se encuentra con vida, cumpliendo con sus deberes inherentes, ello no implicará de ninguna manera la pérdida de la patria potestad suspendida.³¹⁶

(9) Esta estructura familiar no manejan una clara terminología puesto que no la tienen, dada la variedad de realidades o estructuras, rotas o rajadas que la conforman. Las escuchamos todos los días; por ejemplo: el esposo de mi madre, el padre de mis hijos, los hijos de mi esposa, la hija de la novia de mi padre, etc.

- **Diversas consideraciones sobre la familia ensamblada**

Debido a que la STC 09332-2006-PA/TC desarrolla doctrina sobre la familia ensamblada, continuaremos comentándola. Analizando la STC diferenciamos unas situaciones referidas a la materia tutelar familiar:

(1) Definición y concepto del término familia ensamblada, que el propio Tribunal desarrolla y que hemos explicado en este mismo apartado.

314. Y en cuanto al parentesco por afinidad, aclara que es generado por las relaciones entre padrastros o madrastras y los hijastros/as (artículo 237 del Código Civil). El efecto de este parentesco es tan relevante como es el impedimento matrimonial de conformidad con lo establecido por el artículo 242 del Código Civil.

En cuanto a la vigencia de la responsabilidad parental del padre/madre no conviviente hace preciso determinar el lugar y la función que tiene el padre/madre afín respecto del hijo/a afín. Para ello, con Claudia Canales, citamos a Krasnow diferencia las funciones nutritivas de las funciones normativas que los padres tienen respecto de los hijos: funciones nutritivas: se relacionan con el sostén espiritual, protección, transmisión de afecto y valores durante el proceso de formación de los hijos; funciones normativas comprenden el conjunto de deberes y derechos que tienen los padres como titulares de la responsabilidad parental. El padre/madre afín está facultado para ejercer las funciones nutritivas. Cfr. CANALES TORRES, Claudia. Op. Cit., pp. 372-373.

315 Cfr. CASTRO PÉREZ TREVIÑO, Olga María. *Una ley para los tuyos, los míos...*, p. 2. Olga Castro ha aclarado que la sentencia no ha subsanado el vacío legal respecto a los derechos y deberes en la relación entre un cónyuge o conviviente y los hijos del otro en el caso de las familias ensambladas porque la STC en análisis no constituye precedente vinculante de acuerdo con lo establecido por el artículo VII del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, que a la letra dice: “Las sentencias del TC que adquieran calidad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el TC resuelve apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”.

316 Fundamento jurídico, 12.

(2) Legitimidad del padrastro para defender los derechos de la hijastra, de la familia. El colegiado llamó la atención del recurrente porque no debió plantear la defensa como lo hizo, ya que nunca llegó a acreditar su discriminación en el trato. Sin embargo, ello dio pie a que el TC interpretara “otros dos aspectos (...) la protección de la familia y el derecho a fundarla”,³¹⁷ añadiendo que ello no se agota en el mero hecho de contraer matrimonio, sino en el de tutelar la organización familiar, protegiéndola de posibles daños y amenazas” del Estado, la comunidad y particulares.

(3) Es posible delimitar un núcleo familiar, entendiendo a los cónyuges y a los hijos nacidos de esa unión, según refiere el fundamento 23, puesto que “se infiere que existe una relación estable, pública y de reconocimiento, que determina el reconocimiento de este núcleo familiar al que evidentemente pertenece la hijastra”. El hijastro³¹⁸ puede, o no, pertenecer a ese núcleo.³¹⁹

En el caso de la STC se equipararon a los hijos de los socios con los hijastros ya que, de acuerdo al fundamento 14, el Tribunal estimó que “en contextos donde el hijastro/a se ha asimilado debidamente al núcleo familiar (configurando una nueva

317 Fundamento jurídico 19.

318 Por la importancia del tema, nos detendremos brevemente en este principio: El “principio de isonomía” o igualdad en las categorías de filiación. Este es un principio del Derecho de Familia, según el cual los hijos no pueden ser categorizados de acuerdo al tipo de unión que vincula a sus padres, ni la constitución o existencia jurídica del vínculo filiatorio, ni puede depender de la voluntad del progenitor. Este principio se basaba en la categorización desafortunada de hijos legítimos e ilegítimos. De aquí se les dio nueva denominación: hijos matrimoniales y extramatrimoniales, haciéndolos iguales ante la ley. Para que un hijo tenga derechos frente a la ley tiene que contar con un título de estado (partida de nacimiento) el hijo extramatrimonial debe ser reconocido legalmente, si no hay juridicidad respecto al hecho biológico de la concepción, no tendrá derechos con respecto a sus padres biológicos.

Nuestro ordenamiento jurídico nacional, distingue a los hijos: (1) matrimonial, que nace o es concebido dentro del matrimonio; (2) extramatrimonial, que nace fuera del matrimonio; (3) adoptivo, deja de pertenecer a su familia biológica y pasa a formar parte de una nueva familia. Nuestro ordenamiento prohíbe la pluralidad de adoptantes, salvo los cónyuges. El hijo adoptado se subsumirá dentro de los hijos matrimoniales; (4) alimentista, hijo que goza solo del derecho de alimentos (artículos 415 y 417 del Código Civil); (5) póstumo, aquel que nace luego de muerto el padre, por lo que pudo haber sido reconocido por este. También se le llama así al que nace muerto. Cfr. CANALES TORRES, Claudia. Op. Cit., p. 375.

319 Cabe aquí una pregunta, como señala K. Manrique, en el caso que una familia ensamblada consigue madurar en su crecimiento e integración de sus integrantes, llegando a alcanzar “identidad propia”, de forma similar o igual a la familia, familia natural, ¿se le concedería derechos o se le impondrían deberes de naturaleza personal o patrimonial a los “progenitores sociales” o progenitores afines? ¿Cómo quedarían las atribuciones con respecto al progenitor no conviviente? Cfr. MANRIQUE GAMARRA, Karina Y. Op. Cit., p. 20.

identidad familiar), tal diferenciación deviene en arbitraria y contraria a los postulados constitucionales que obligan al Estado y a la comunidad a proteger a la familia”.

(4) Constitucionalmente, se han incorporado, además del “no tener impedimento matrimonial” otros elementos a ser valorados en un proceso judicial de esta naturaleza, como son los vínculos, derechos y deberes de los integrantes de la nueva identidad familiar y los derechos de terceras personas ajenas a la relación (padres biológicos del hijastro).³²⁰

(5) Como ya se ha señalado, en este tipo de relaciones construidas sobre los cimientos de otras, se presentan multitud de situaciones no fáciles de abordar, por lo que surgen interrogantes por los vínculos que generan; como por ejemplo: el conflicto de ejercicio de responsabilidad parental, la representación, la custodia, los alimentos, el derecho-deber de convivencia, el derecho sucesorio. Es, como hemos señalado prácticamente una familia dentro de otra,³²¹ llevando a cuerdas tensiones de adaptación.

(6) Se señala, por otro lado, que con no poca frecuencia en estas estructuras familiares se vive cierta tensión y situaciones de abusos, por lo que en materia penal, es preciso incluir a los padrastros, madrastras e hijastros en los agravantes de delitos de lesiones, ya que lo que caracteriza a esos agravantes es el vínculo emocional y afectivo que mantiene con las víctimas.³²²

(7) Sobre la comparación de los hijos en esta estructura familiar, en la STC 09332-2006-PA/TC, C. Canales se manifestó en contra de lo que refiere el TC; es decir, el TC sostiene que la comparación entre el hijo afín y los hijos debilita la institución familiar, porque si la asociación argumenta que la medida diferenciadora se sustentó en la normativa interna de la misma asociación, emitida en virtud de la facultad de autoorganizarse; esta regla colisiona el derecho a fundar una familia y su protección. Ello porque hay que tener en cuenta el derecho de autorregulación de las asociaciones recreativas, en el caso, el Centro Naval. Según

320 Cfr. BERMUDEZ TAPIA, Manuel. *Tribunal constitucional peruano defiende la familia en sentencia innovativa*. Obtenida en: www.pucp.edu.pe.

321 Cfr. VARSÍ ROSPIGLOSI, Enrique. Op. Cit., p. 72.

322 Cfr. JUSTICIA VIVA. *El Tribunal Constitucional y las nuevas formas de familia*. GONZALEZ LUNA, María Alejandra. Obtenido en www.justiciaviva.org.pe (publicación de 14.02.08).

ese derecho le es permitido otorgar a ciertos parientes de los socios algunas ventajas por el grado de parentesco, privilegiando, según dice E. Sambrizzi, la relación consanguínea que existe entre los padres socios y sus hijos. Evidentemente que el demandante y su hijastra no reunían esta condición. Por lo que la decisión del TC habría sido arbitraria.³²³

Los casos fueron tratados diferentes, porque diferentes fueron las circunstancias, por lo que no existió violación al principio constitucional de igualdad, que requiere que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a uno de lo que se concede a otro en idénticas circunstancias.³²⁴

Otro aspecto que brinda claridad en este tema lo explica el mismo autor cuando señala que el CC nos ofrece una distinción clara entre los hijos e hijastros, que no es fruto de la comparación entre ellos, sino de la forma en la que cada cual se relaciona con sus padres y padrastros lo que no constituye lesión a principios constitucionales.

Hay un grupo considerable de juristas que celebran la decisión del TC al “ampliar el concepto de familia” debido a que nadie se había atrevido a incorporar al ordenamiento estas nuevas estructuras familiares ni a declarar mayores derechos a favor del concubinato, bajo el temor de ser condenado por no privilegiar el tratamiento jurídico del matrimonio. Al respecto es propio y oportuno manifestar que no estamos en contra de que se incorporen al ordenamiento nuevas estructuras familiares que por su naturaleza son similares a la familia; pero no compartimos la opinión de “ampliar el concepto de familia”, porque creemos, como ya lo hemos señalado, que la forma eficaz de proteger la institución familiar

323 Al respecto, sobre la STC, la jurisprudencia relevante comentada, afirma que: si bien es cierto, la capacidad de autorregulación de las asociaciones las faculta para - a través de sus estatutos - regular su funcionamiento y dentro de ellos quiénes pueden ser socios; también lo es que esa facultad tiene límites (...). En todo caso, el tribunal ponderando los bienes en juego decide optar por una postura abiertamente protectora de la familia, en la medida que se cumplen con los requisitos señalados. JURISPRUDENCIA RELEVANTE COMENTADA STC. 09332-2006-PA/TC. Lima, Gaceta Constitucional número 3, marzo 2008.

324 Cfr. CANALES TORRES, Claudia. Op. Cit., p. 375. Puede profundizar en el tema en: SAMBRIZZI, Eduardo. Un inexistente caso de arbitrariedad, a propósito de la denegatoria de entrega de carné familiar para la hijastra. En *Ius Jurisprudencia* N° 3/2008, pp. 51-52.

es dándole un trato diferenciado a la familia surgida del matrimonio, la familia como institución natural y que esta sirva de referencia en la institución familiar.

Al Estado corresponderá proteger a la familia, con el trato constitucional y jurídico que corresponda, tal como lo señala nuestra Constitución; brindando a su vez protección y apoyo a las estructuras familiares, en la proporción que estas lo requieran, ya que son entidades que han surgido en nuestra nación y que no pueden quedar a la deriva, sin protección.

Precisamos, que siendo tan numerosas y variadas las transformaciones y por ende las adaptaciones, las construcciones o deconstrucciones que ha sufrido la institución familiar, rasgo característico de nuestra realidad actual, las estructuras familiares que guardan similitud con la familia podrían agruparse en una “realidad familiar”, tal como se viene tratando esta problemática en diversos estados. Sin embargo, la familia fundada en el matrimonio, debe conservarse como modelo constitucional y fortalecerse dado que corresponde a una institución estable, que crea estabilidad institucional, como se ha señalado en más de una oportunidad en el presente estudio. Ella constituye además un criterio que permite distinguir lo que es familia de otras agrupaciones sociales. De ahí que sería inoportuno y más bien traería como consecuencia nefasta un debilitamiento para la institución familiar el equiparar a la familia con las nuevas estructuras familiares dejándola subsumida, dentro de unas “entidades familiares” o “familias”.

Es preciso que “la protección jurídica se deba desplegar respecto de una institución que mantiene una fisonomía distinguible y una realidad inequívoca: la familia, que se le valora *per se* como un elemento natural, básico o fundamental del orden social”.³²⁵ Consideramos que es necesaria y aun urgente su protección social, económica, moral y jurídica.

Finalmente, según lo expuesto quedan claros los cambios suscitados en la realidad familiar, especialmente con la aparición de las estructuras familiares que

325 CORRAL TALCIANI, Hernán. Op. Cit., p. 51.

conviven con la familia, las mismas que exigen de la legislación - dados los problemas y situaciones que se les presentan - un grado de cobertura legal. Se aprecian los esfuerzos que el TC ha hecho por cubrir algunos de esos vacíos, ciertamente que no siempre con aciertos, más bien por el contrario, evidenciando una postura que no fortalece a la familia como institución natural. En ese sentido precisamos manifestar que no está en las manos de los hombres, ni del derecho, redefinir a la familia, puesto que siendo un instituto natural, junto con el matrimonio, no ha sido creada por ellos.

- ***Jurisprudencia sobre familia ensamblada***

STC 4493-2008-PA/TC

*Caso De la Cruz Flores, Lenny (30.06.2010).*³²⁶

La presente sentencia cobra importancia debido a que fue la primera vez que el TC se pronuncia respecto a un tema de esta naturaleza en las nuevas estructuras ensambladas, recurriendo para su fundamentación a la doctrina y legislación comparada.

El génesis de este proceso se presenta cuando en primera instancia se le ordena al actor que acudiera a su hija biológica con el 30% de sus ingresos. La demanda de amparo es fundamentada en la vulneración del debido proceso ya que el Juez en segunda Instancia asumió como deberes familiares del obligado atender a su conviviente y a sus tres hijos afines. El demandante recurre al TC mediante recurso de agravio constitucional quien declara fundada la demanda de amparo y ordena al Juez de primera instancia expedir nueva sentencia.

STC 2478-2008

*Caso Cayturo Palma*³²⁷ (11.05.2009).

326 STC 4493-2008-PA/TC del 30 de junio de 2010. Expediente N° 04493-2008-PA/TC
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/04493-2008-AA.html>

327 STC 2478-2008-PA/TC del 11 de mayo de 2009. Expediente N° 02478-2008-PA/TC
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02478-2008-AA.pdf>

La presente sentencia es relevante debido a que el TC protege a esta estructura familiar y en especial respecto de las relaciones de los padres e hijos afines.

Demanda de amparo interpuesta por Alex Cayturo Palma en contra de José Orbegoso Saldaña, Director del Colegio de la Policía Nacional del Perú y en contra de Alberto Mendoza A. El caso es que Alberto Mendoza ha sido elegido presidente de la APAFA, vulnerando el derecho a la libertad de asociación, siendo que es persona ajena a la Institución, puesto que Alberto Mendoza era el apoderado de las hijas de su conviviente. En primera instancia la demanda es declarada improcedente y en segunda es confirmada, por lo que el demandante acude al TC mediante recurso de agravio constitucional. El TC la declara infundada, puesto que el demandado ha demostrado que conforma una familia reconstituida, siendo padre afín de las menores, por lo cual le asiste el derecho de ser elegido presidente de la institución.

3.3. Fundamentos Iusnaturalistas para analizar la Sentencia en lo referente a las nuevas estructuras familiares

Consideramos que, para comprender a la familia como la institución natural que es y la gran importancia de esta en el desarrollo de la persona y de la sociedad, el aporte que nos ofrece el profesor Javier Hervada³²⁸ es muy enriquecedor³²⁹. Por

328 El iusnaturalismo de Hervada no se trata simplemente de una colección de críticas al positivismo (...) la novedad de Hervada ha consistido, justamente, en reunir todas las críticas y aportaciones precedentes y sistematizarlas en un solo corpus doctrinal (...) “La introducción crítica al derecho natural”, primer manual de derecho escrito en clave estrictamente realista que compendia de modo completo la teoría del realismo jurídico clásico. Cfr. HERRERA PARDO, Camila. Op. Cit., p. 28.

329 Frente a la teoría jurídica moderna, J. Hervada además de ser su crítico, denunciando sus incoherencias (aunque también defendiendo sus aciertos, como por ejemplo sobre Derechos Humanos) es su restaurador, proponiendo renunciar a la actitud antimetafísica propia de la modernidad: Volver a las raíces del pensamiento jurídico clásico. Y lo propone desde su experiencia personal: a él le ha permitido conocer del derecho y de la ciencia jurídica: “Ese pensamiento hacia el que la modernidad ha mostrado un profundo y visceral desdén, acompañado de una no menos profunda ignorancia acerca de él”. Lamentablemente un sector mayoritario de la teoría jurídica contemporánea tiene anatemizado el derecho natural ya que este último lo reconoce como el núcleo del sistema jurídico vigente, a tal punto que para algunos hablar de derecho natural es casi una grosería y por otro lado, la corriente jurídica, filosófica y política secularista y laica que no acepta nada que pueda tener un trasfondo católico considerando a la Iglesia según el mito, de enemiga de la razón y de la democracia.

lo que en el presente apartado estableceremos las pautas que se deben tener en cuenta al analizar la STC 09332-2006-PA/TC en lo referente a las nuevas estructuras familiares.

3.3.1. Protección de la persona humana y dignidad

A la familia se la pretende erosionar en sus bases más profundas, lo hemos advertido en los apartados precedentes, fundamentalmente porque se le quiere confiscar ese carácter natural que le es propio. Cuesta creer que se intente imponer una concepción que vaya minando la institución familiar. Suponemos que quienes eso hacen estarán convencidos de que debilitando (mejor aún) desapareciendo a la familia como institución natural o diluyéndola en un mar de estructuras similares, se favorecerá a la sociedad, gracias, dicen ellos al pluralismo, que ensalza la autonomía de la voluntad y que busca reconocer como familia, incluso relaciones que están muy lejos de serlo y peor aún, de parecerlo.

Lamentablemente no se contempla la profundidad del riesgo que corre la sociedad al debilitar la institución familiar. Es preciso tener en cuenta que: “El camino de la humanidad pasa por el hombre y la familia”.³³⁰ Con estas palabras destacamos el importante papel de la familia, como institución natural, fundada en el matrimonio y abierta a la vida que acoge a sus hijos; en esa unión exclusiva e indisoluble entre varón y mujer que cumple, qué duda cabe, una función social plena y estable.

Esta es la familia que nos asegura el futuro de la humanidad. Por ello, tal como hemos visto, constituciones y documentos internacionales manifiestan la necesidad de proteger la familia; es decir, velar por el respeto, la seguridad, la protección y todo cuanto favorece a la familia.³³¹ Y ello porque la familia, lo hemos dicho, está integrada por personas; en su seno ellas nacen, crecen, se educan, mueren. La naturaleza de la familia es tal que en su interior se acompaña y protege

330 VILADRIK, Pedro Juan. *La Familia Soberana*. Dadun, revista y series UN. Ius canonicum 199-1999. 1994. Vol XXXIV N° 68. Citando a Juan Pablo II.

331 Cfr. VARSI ROSPIGLOSI, Enrique. Op. Cit., p. 252.

a la persona y su dignidad, desde su concepción hasta su muerte natural. De ahí que si el concepto de familia está en crisis, y como desdibujada del horizonte de la historia, es porque el concepto de persona está en crisis.

Se hace preciso volver la mirada sobre la persona humana, digna. Tener la valentía para descubrir la verdad sobre el hombre, su naturaleza, su dignidad, mirando más allá de lo evidente, haciendo un esfuerzo para contemplarla desde el fondo de su ser.

Precisamente en la STC 09332-2006-PA/TC se contempla esta institución familiar cuando el Colegiado coloca la base del modelo constitucional de familia, en el fundamento 4, citando el artículo de la CPP de 1993 y fundamentando además este modelo con los instrumentos internacionales citados. Según esto la familia es la institución natural y fundamental de la sociedad que debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Ahora bien, en el fundamento 6 el TC hace alusión a la familia nuclear, conformada por los padres e hijos. Solo con oír resonar el apelativo de esta familia nos damos cuenta de la solidez que encierra. Esta es la familia que, en seguida, el TC catalogará de poco menos que obsoleta y peor aún señalará que la estructura de esta familia ha cambiado. De ello continuaremos hablando en los temas subsiguientes.

A. Persona humana

Sobre la persona humana es necesario reconocer con claridad la existencia cierta de una naturaleza humana estable y permanente, fuente de derechos comunes a todas las personas.³³² Es lo que nos enseña J. Hervada:

“En cada persona humana existe una real estructura fundamental que, en cuanto la observamos en las demás personas humanas y la captamos

332 LASANTA, Pedro Jesús. *Diccionario Doctrinal de Benedicto XVI*. Discurso en un Congreso organizado con ocasión del 50 aniversario de la firma de los Tratados de Roma, 24.03.07.

como constitutivo caracterizador específico suyo, la universalizamos conceptualmente y la llamamos naturaleza humana”.

Por ello, hablar de naturaleza humana es hablar de persona humana. La naturaleza humana está en la persona humana, como algo propio de ella, en ella existe. No existe ninguna contraposición porque la naturaleza en cuanto constitutivo real de la persona, está en la persona como estructura fundamental suya.³³³ De ahí que todo se resume en reafirmar la noción de naturaleza como estructura fundamental de la persona. Según lo cual, la persona debe ser entendida tanto como sustancia individual - un ser con un sustrato ontológico consistente y permanente – como un ser de naturaleza racional, con una verdadera y propia naturaleza o esencia como principio de operación: Tal como solemos decir: “Único e irrepetible”; ser autónomo, consciente de sí, capaz de razonar por sí mismo, un alguien, un yo.³³⁴

La persona, como ser individual, constituye una unidad trascendental. El ser es uno en su mismo constitutivo de ser.³³⁵ El hombre es por naturaleza histórico, es decir, capaz de evolución y de cambio. La persona siempre es la misma, aunque cambie el mundo a su alrededor y ella misma cambie, porque no es un ser estático sino que está inmerso en el tiempo: aparece como embrión, luego un niño que evoluciona hasta la adolescencia, la juventud, la madurez, la ancianidad.

De aquí se deduce que si a lo largo de su vida el hombre se degrada o al contrario se perfecciona, todo ello obedece a su manera natural de ser. No cambiará su naturaleza, más bien la naturaleza será el origen de ese cambio porque lleva en sí el principio de evolución. En esta “estructura fundamental” no hay cambios en cuanto que “es esencia que conforma a cada hombre como hombre” y, respecto de ella, todos los hombres son iguales; por el contrario la dimensión trasnatural o accidental –las condiciones singulares de existencia que configuran y

333 HERVADA, Javier. *Lecciones propedéuticas...*, p. 479.

334 Cfr. BURGOS, Juan Manuel. *Antropología: una guía para la existencia...*, p. 45.

335 Los historicistas entienden equivocadamente que naturaleza e historia son nociones o factores incompatibles entre sí. Cfr. HERVADA, Javier. *Lecciones propedéuticas...*, p. 482.

componen la persona más allá de la naturaleza- es histórica –evolutiva y cambiante- y en ella residen las diferencias entre los seres humanos”.³³⁶

Pues bien, esta persona humana se edifica no en solitario sino inmersa en el núcleo familiar. Si hemos considerado en los apartados precedentes que la familia está constituida de personas, es decir, que sin persona no hay familia, también es cierto que la familia, como hemos señalado, es el lugar propicio e irremplazable, donde se hace la persona. Y esto porque la familia es una aspiración propia del hombre, ontológica de su ser persona. La familia es la institución natural donde la persona alcanza su plenitud como tal, no solo en cuanto a su realización personal se refiere, sino fundamentalmente donde la persona “es” persona.

Ahora bien, cuando el TC, a través de la sentencia 09332-2006-PA/TC descarta el modelo de familia como institución natural y establece un modelo pluralista de familia, a través del fundamento 7 según perspectiva constitucional, reconoce que se han generado familias, estructuras familiares, con estructuras distintas a la tradicional, está trastocando el ámbito en el que la persona ha de ser, y desarrollarse. Si para que la persona alcance su plenitud es preciso ese ambiente natural, de relaciones igualmente naturales, en estas nuevas estructuras familiares no se encuentran esas condiciones exigidas por la misma naturaleza. En concreto conocemos, como ya se ha expuesto, que las familias rotas y que se han reconstituido a través de unas relaciones disímiles a las de padres e hijos, constituyen nuevas “entidades familiares” inestables, “frágiles y difíciles de materializar”, como señala el fundamento 14, y más bien conflictivos, donde usualmente la persona sufre a causa de las tensiones interiores propias de esa estructura familiar. Así vemos continuamente en esta sociedad en la que se percibe la falta de autoridad de los padres y por ende la falta de respeto a la autoridad, rebeldía de los hijos, la inclinación a distintos vicios y otros desórdenes, fruto de una sociedad inestable e insegura.

B. Dignidad de la persona

336 Cfr. IBID, p. 482-484.

Sobre la dignidad de la persona es preciso señalar que, ella es el corazón de la humanidad; ubicada así, es digna de ser valorada en su integridad porque la persona es un ser especialísimo y ese “ser especial” la coloca sobre las otras criaturas o seres de la creación. Esa es su dignidad. El valor de la persona por el hecho de ser persona. Que debe ser respetada, valorada, amada, prescindiendo del color de su piel, raza, edad, condición social, salud, etc.³³⁷ Diremos además que por esa dignidad la persona debe ser siempre el fin y nunca el medio. No se la debe instrumentalizar porque de ser así se la cosificaría³³⁸.

Conocemos que en el pensamiento moderno se ha introducido el relativismo,³³⁹ el mismo que cuestiona la dignidad de la persona a través de los siguientes postulados:

- La dignidad no es algo objetivo e intrínseco de la persona humana sino una predicación o atribución extrínseca, con lo cual la persona humana, queda vacía de su eminencia de ser.
- La persona humana no es digna, sino según una estimación social subjetiva, se la tiene por digna; no posee de por sí dignidad, sino que ésta se le atribuye extrínsecamente por criterios de suyo variables.
- La dignidad de la persona, lo que significa, el contenido, depende de las valoraciones y opiniones tan subjetivas como variables.³⁴⁰

337 Cfr. Declaración universal de los Derechos Humanos, artículo 2.

338 Cfr. BURGOS, Juan Manuel. *Antropología, una guía para la existencia...*, p. 49.

339 Se entiende por relativo “que todo factor moral y jurídico depende de valoraciones o estimaciones subjetivas –sin una regla o norma objetiva, sin un criterio asimismo objetivo- y está sometido a la variabilidad de tales estimaciones y a la pluralidad de ellas. De aquí concluyen algunos autores, lo que se llama el orden jurídico justo (aquel que se funda en el consenso o acuerdo entre las distintas valoraciones). J. Hervada señala las consecuencias del relativismo: (1) Nada existe en el ser humano que sea criterio objetivo de moralidad o juricidad; (2) Lo que predicamos de la persona humana en el orden del deber-ser es meramente un valor subjetivo del medio social, o dicho de otro modo, no es una predicación intrínseca, sino una predicación extrínseca; (3) No existe más derecho que el derecho positivo, pues no hay un núcleo natural de juricidad. HERVADA, Javier. *Lecciones propedéuticas...*, p. 485.

340 Más consecuencias del relativismo que pueden llegar a ser aberrantes: quiénes tengan derecho a la vida o a la libertad depende de valoraciones subjetivas. Basta que el contexto social estime qué

Lamentablemente este rumbo es el que va tomando nuestra humanidad globalizada y arrastra tras de sí a instituciones tan fuertes y arraigadas como la familia. Por ello se hace necesario y aún urgente defenderla; por ello frente al relativismo reafirmamos, con J. Hervada que la persona es una sustancia de naturaleza racional (...), por lo tanto la dignidad de la persona humana es una eminencia de ser –la persona es ser perfectísimo- objetiva, inherente a la ontología de la persona e independiente de estimaciones subjetivas; y consiste en aquella perfección del ser que comporta el orden del deber-ser (debitud y exigibilidad, en el plano personal, moral y jurídico). Como consecuencia de todo ello, la dignidad de la persona humana es propia de todo hombre y se constituye en criterio normativo objetivo de la conducta humana.

De ahí que exista un núcleo natural de juricidad, en cuya virtud la realidad jurídica en parte es natural y contiene derechos y deberes inherentes a la dignidad de la persona humana. Y como quiera que la dignidad tiene su raíz en la naturaleza –sin la naturaleza no hay dignidad- esos derechos y deberes radican en la naturaleza humana y constituyen el *derecho natural*.³⁴¹

Esta dignidad de la persona puede ser vulnerada por ella misma, al hacer un uso incorrecto de su libertad o de su autonomía, pero también puede ser transgredida por la acción de terceros. Si atentar contra la vida es atentar contra la dignidad de la persona, atentar contra la familia también constituye un atentado contra esa misma dignidad, porque se le privaría³⁴² a la persona de un derecho natural que le es propio y que además también ha sido reconocido como un Derecho Humano; siendo así que la dignidad es el valor esencial de los Derechos

seres y que sobre ello exista un consenso para que las leyes que legalizan las correspondientes conductas o estructuras de la realidad social según esas valoraciones sean legítimas. IBID, p. 486.

341 IBID, p. 486.

342 Y no consideramos este comentario como exagerado puesto que la persona humana, como hemos señalado, necesita de la familia como institución natural para su desarrollo pleno, ya que la familia posee esa particular actividad que le es propia y que redunde en el desarrollo de la persona y por ende de la sociedad, siendo la escuela primera que forma a la persona cimentándola en el amor, el compartir, en la libertad, en la responsabilidad, etc.

Humanos,³⁴³ de lo que se colige que, si la Sentencia 09332-2006-PA/TC atenta contra la institución familiar, también está vulnerando la dignidad de la persona.

En efecto, el derecho a constituir una familia, pero según corresponde a la dignidad humana, no admite concesiones, más bien, por el contrario corresponderá al Estado reconocerlo y promover las condiciones apropiadas para ejercer este derecho.³⁴⁴ De lo que se deduce que la STC 09332-2006-PA/TC, debería proteger a la familia, lo que aparentemente se hace, puesto que está brindando reconocimiento y protección a las estructuras familiares, que por analogía llamamos familia. Sin embargo, no sucede realmente así, aunque en el fundamento 14 el Tribunal haga alusión a los postulados constitucionales que obligan al Estado y a la comunidad a proteger la familia; parecido argumento esgrime en el fundamento 19 cuando dice que: “deben tomarse en cuenta otros aspectos como los referidos en la presente sentencia, cuales son la protección de la familia y el derecho a fundarla”.³⁴⁵ Lo que en realidad se “encuentra en discusión (en la presente sentencia) es el derecho a fundar una familia y a su protección”, según señala el fundamento 20. Y finalmente, señala el TC en el fundamento 23 “a la luz de lo expuesto sobre la tutela especial que merece la familia”. Si el TC protegiera efectivamente a la familia tendría que haber protegido a la familia que ha llamado “tradicionalmente nuclear” con el objeto de fortalecerla, debido a la naturaleza que entraña y por supuesto, también reconocer a las nuevas estructuras familiares, pero sin equipararlas a la primera.

Veremos en el considerando siguiente estos dos temas desarrollados, la persona humana y la dignidad de la misma.

C. La familia protectora de la persona y dignidad

343 Cfr. Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 16, 3: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Y artículo 1: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

344 Cfr. BURGOS, Juan Manuel. *Antropología: una guía para la existencia...*, p. 50.

345 Aunque añade que ese derecho a fundar la familia no se agota con el matrimonio.

De lo expuesto en los apartados A y B, se concluye que la familia es la que salvaguarda la auténtica concepción de persona y por lo tanto de su dignidad. No se trata de marginar a otras estructuras familiares. Es real. En alguno de los estudios que hemos citado, descubrimos un nexo entre el individualismo hoy dominante, el cual considera al hombre como un ser biológico-cultural, cuya naturaleza no es otra que su libertad,³⁴⁶ y que en aras de esa libertad escoge lo que desea, con tal de satisfacer sus gustos y necesidades; y la repersonalización de la familia que “difiere de la concepción como institución natural”,³⁴⁷ debido a esto se confunde a la familia con otras estructuras, algunas de las cuales no llegan a ser familiares. Por lo demás, en muchos casos no se contempla el interés del niño, siendo así que se les expone a los vaivenes del querer y necesidades de los adultos, cuando la familia es y debe seguir siendo una institución donde se les acoja, cuide y proteja.

Por todo ello afirmamos que la familia es el primer reducto de la sociedad que protege a la persona humana y su dignidad. En efecto, a su seno llega el nuevo ser, que es esperado, aceptado, cuidado, protegido, amado, fortalecido, educado, respetado, aun cuando pueda presentar limitaciones genéticas o taras. En la familia se cuida a los débiles, en ella se viven las relaciones familiares con toda naturalidad, según lo cual los padres cuidan a sus hijos y estos aman a sus padres, y esto a través de unas relaciones que se desarrollan con la misma naturalidad.

En la familia sus integrantes son tratados como seres únicos, irrepetibles y no deben marcarse diferencias, ni discriminar, ni maltratar, ni degradar. Por ello la familia se presenta ante la persona humana como un bastión en el que se siente segura y confiada porque se la acepta como es (aunque lamentablemente existan al respecto experiencias nefastas). Es la familia el hábitat de la persona humana, lugar de relaciones, de alegrías y tristeza, de nacimientos y muertes.

En la familia es donde se valora la persona humana, se vive el respeto por la vida desde su concepción y hasta la muerte natural. Y se resiste a utilizarla como

346 BELARDINELLI, Sergio. Op. cit., p. 88.

347 VARSI ROSPIGLOSI, Enrique. Op. Cit., p. 45.

un objeto³⁴⁸; en este mismo sentido la familia también procura que sus miembros se fortalezcan en cuanto personas, facilitando su formación y desenvolvimiento en las relaciones humanas y sociales.

Precisamente por el debilitamiento del concepto de familia, se extiende la mentalidad de que, tras un fracaso matrimonial se opte por rehacer la vida, a través de un nuevo matrimonio o por unión de hecho, lo cual, como se ha explicado genera nuevas estructuras familiares. En concreto, respecto a estas estructuras diremos que sí se refieren a estructuras que se corresponden con la institución familiar, por cuanto presentan elementos constitutivos similares a los de la familia como institución natural, aunque no se correspondan todas las características propias de esta institución, como son: la unicidad e indisolubilidad, como veremos enseguida.

En estas nuevas estructuras, están presentes las figuras del padre y de la madre y los hijos. Sobre estos últimos, están los que nacen en el nuevo núcleo familiar y aquellos que llegan “provenientes de una relación previa”,³⁴⁹ para constituirlo y que son asimilados a éste.³⁵⁰ Pero la relación que los hijastros mantienen con su padrastro o madrastra, no presenta esa naturalidad que tienen las relaciones paternos-filiales en la familia natural; de ahí que surjan, como lo reconoce la propia sentencia, relaciones conflictivas y problemáticas: “Por su propia configuración estas familias tienen una dinámica diferente, presentándose una problemática que tiene diversas aristas, como son los vínculos, deberes y derechos entre los integrantes”,³⁵¹ “(...) la nueva identidad familiar resulta más frágil y difícil de materializar³⁵²

348 Según Enrique Varsi: “La noción de dignidad humana incluye el núcleo existencial que es esencialmente común a todos los seres de la raza humana. Debemos, con respecto a la dimensión personal de la dignidad, tener la obligación general de respetar, proteger y descalificar cualquier procedimiento, comportamiento o actividad que cosifique el individuo”. IBID, p. 249.

349 Cfr. Fundamento 8, STC 09332-2006-PA/TC.

350 Fundamento 12: “(...) la relación entre los padres afines y el hijastro tendrá que guardar ciertas características, tales como habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento...”.

351 Cfr. Fundamento 9, STC 09332-2006-PA/TC.

352 Cfr. Fundamento 14, STC 09332-2006-PA/TC.

Precisamente a través de este proceso analizado que finalizó con la STC 09332-2006-PA/TC, podemos inferir la fragilidad que conlleva este tipo de estructuras familiares. Sabemos que el TC resolvió la materia demandada pero no con el alcance del petitorio, pues el demandante solicitaba trato igualitario aduciendo que a otros socios en su misma situación se les había concedido el carné para los hijastros. Sin embargo el TC “de conformidad con el artículo VII del Título preliminar del CPC, que obliga al juez a aplicar el derecho que corresponde aun cuando no haya sido invocado por las partes”³⁵³ resolvió la colisión de derechos entre demandante y demandado, planteando la situación de la familia reconstituida, como una problemática difundida y existente en nuestra sociedad, frente al derecho de la asociación planteada en el fundamento 17.³⁵⁴ Por lo que el TC procedió a resolver el problema valorando los derechos que estaban en juego, favoreciendo el derecho del demandante a que se le reconozca esta nueva familia y los derechos que esto implica.

Suponemos que este fallo ha pretendido remediar las situaciones, muchas veces dolorosas y problemáticas, que se presentan en nuestra realidad nacional especialmente en el ámbito familiar.

3.3.2. El matrimonio como institución natural

Según recomienda J. Hervada, para comprender la familia fundada en el matrimonio, se hace imprescindible penetrar en su esencia, en relación con la misma naturaleza del ser humano.³⁵⁵ Para ello consideremos que “la familia es la institución cuya fundación se realiza por medio del matrimonio³⁵⁶, acto que

353 Fundamento 20 de la STC 09332-2006-PA/TC

354 Sobre la libertad de asociación y límites a su autonomía de autorregulación: “evidentemente tal libertad tiene límites. El disfrute de esta libertad puede ceder frente a imperativos constitucionales, como lo son otros derechos fundamentales y otros bienes constitucionales (...) ya que esta libertad se ejercita dentro de un espacio constitucional en el que se conjugan otros valores y bienes fundamentales”.

355 Cfr. HERVADA, Javier. *Una Caro...*, p. 104.

356 Etimológicamente, matrimonio deriva de *matris*, madre, y *monium*, carga o gravamen. Llama la atención esta etimología, pues sería lógico que el nombre de la institución derivara del padre, tanto más cuanto que la palabra *matrimonium* nació precisamente cuando aquel era dueño y señor. Al parecer se habría querido expresar que las cargas más pesadas recaen sobre la madre. En

estando regulado por leyes naturales, si bien es celebrado libremente por los contrayentes, se rige por normas que no son determinadas por éstos, sino que trascienden su voluntad”³⁵⁷ Para la mayoría de los autores la base fundamental de la institución familiar es el matrimonio porque en definitiva “el matrimonio es la semilla de la familia y la familia es la semilla de la sociedad”.³⁵⁸ Incluso aquellos que propician o están a favor de otras estructuras familiares, no pueden negar esta realidad.³⁵⁹ Lo que sí es preciso señalar, al principio de estas consideraciones tal como explicamos en el apartado anterior, es que estamos inmersos en una sociedad que cada vez más pretende ignorar el valor trascendente de la persona humana, exaltando una falsa libertad, que al parecer no tiene límites, y en el ámbito familiar se sufren las consecuencias, especialmente cuando se la reduce a un espacio de disfrute y satisfacción de los intereses y deseos personales tergiversando inclusive la sexualidad.³⁶⁰

A. La naturaleza pone algo previo

Frente a lo antes expuesto, la fuerza de la familia como institución natural, y no hay duda de ello, radica en el amor conyugal³⁶¹. Amor que nace en el seno de

cambio la palabra maridaje, muy poco usada en nuestro idioma, deriva de marido, lo mismo que la francesa *mariage*, la italiana *maritaggio* y la inglesa *marriage*. El sinónimo casamiento deriva de casa, significando la idea de que los cónyuges tienen casa común. DIEZ PICAZO Luis y GULLÓN BALLESTEROS. *Derecho de Familia. Derecho civil IV*. (Ubicado el 22.11.1014)

Obtenido en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=326536>

357 CORRAL TALCIANI, Hernán. Op. Cit., p. 48.

358 BURGOS, Juan Manuel. *Antropología, una guía para la existencia...*, p. 303.

359 Hemos visto, repasando algunas constituciones y documentos internacionales, en los apartados precedentes, este reconocimiento. La propia sentencia que venimos analizando, reconoce a la familia como un instituto natural, reconoce también que la familia está formada por vínculos jurídicos familiares que hallan su origen en el matrimonio, filiación y parentesco, reconoce asimismo que las familias reconstituidas o ensambladas son mucho más frágiles, lo que significa que, frente a ella, hay una estructura más sólida que es precisamente la familia natural.

360 Esta situación se presenta verdaderamente alarmante. A continuación describimos brevemente cómo ha caminado este proceso de empobrecimiento de la sexualidad: en primer lugar la sexualidad se separa del matrimonio, por una absolutización del amor romántico, que huye del compromiso. Posteriormente, en una cultura hedonista se desvincula de la procreación. El último paso ha sido separarla del amor y convertirla en un elemento de consumo. A este fin conducía la ideología del género que considera a la sexualidad un elemento absolutamente maleable cuyo significado es fundamentalmente de convención social. El significado de sexo dependería entonces de la elección autónoma de cada uno sobre cómo configurar su propia sexualidad. CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA. *Directorio de la pastoral familiar de la Iglesia de España*, LXXXIII asamblea plenaria, Edice, Madrid, 2003, p. 22.

361 Para entender el amor conyugal J. Hervada nos invita a conocer el amor. Y nos lo explica así: Dentro del campo filosófico hay una corriente bastante importante –de matiz fenomenológico– que

una relación natural, porque es dada por la naturaleza, que responde a una estructura accidental de la persona humana, según la cual cada persona es varón o mujer.

De ahí que el matrimonio viene a ser una necesidad exigida por la naturaleza. No es un invento de hombres, ni es una expresión cultural o religiosa. Existe por naturaleza, responde a una ordenación mutua, en función de unas necesidades y finalidades de la especie.³⁶² Para conseguirlo hay entre el varón y la mujer una mutua atracción. Esta atracción acontece en orden a su fin principal, es decir, el bien de la prole, pero también corresponde a su progreso y desarrollo, hasta alcanzar su estado perfecto.³⁶³ Ciertamente que buscando su crecimiento, la persona escoge un proyecto de vida y sueña con realizarlo. Una de las aspiraciones mayores del hombre y de la mujer es ser fecundo, para ello, la mayoría se inclina por un proyecto de vida compartido con otro u otra, según sea varón o mujer, y lo proyecta a través de una relación estable y duradera por lo que, cuando no lo alcanza siente frustración. En el fondo todos esperamos encontrar la estabilidad y

enlaza el amor con la complacencia en la existencia de lo amado. Para entender su esencia son claras y precisas las palabras de Santo Tomás de Aquino: “El amor es el primer movimiento, la primera vibración, podríamos decir, del ser hacia el bien. Ciñéndonos concretamente al hombre, el amor es la primera reacción de su sentimiento y de su voluntad, que se complacen en el bien”: esa primaria (referida a radical), y más profunda orientación, volverse a él y hacerlo suyo, a lo que es y aparece como bien (bien apetecido), eso es el amor. Lo que sigue a esa primaria y más profunda orientación –el deseo, las obras, la búsqueda, el sacrificio, el gozo, la posesión, etc.– son cosas subsiguientes al amor, pero no el amor mismo. Y ese movimiento es algo continuo aunque puede ser temporal pero también puede hacerse perpetuo.

Se llama, pues amor, en sentido amplio “a todo movimiento o tendencia del hombre hacia el bien amado (...) amor es el dinamismo del ser hacia el bien; expresa la dinamicidad de la persona humana que tiende a la unión con lo amado; el amor, así entendido, no es sino una revelación del ser en cuanto tiende al bien (a la otra persona si éste es el bien amado) y lo posee”. El primer movimiento (apetencia) se personaliza, se hacen personales, humano, cuando es asumido desde la voluntad libre. Cfr. HERVADA, Javier. *Diálogos sobre el amor y el matrimonio*, 4ª edición, Pamplona, Ediciones universidad de Navarra, 2007, p. 48ss.

Siendo el amor conyugal un amor humano, es decir, asumido desde la voluntad, este amor conyugal es una inclinación voluntaria, espontánea o reflexiva. Cfr. HERVADA, Javier. *Una Caro...*, p. 86.

362 Sobre la feminidad y virilidad añadiremos que varón y mujer se distinguen por un conjunto de características típicas corporales y anímicas, que recibe el nombre de sexo: virilidad y feminidad respectivamente. Ambas estructuras son dinámicas (tienden y están ordenadas a (1) la generación de los hijos y (2) la mutua ayuda entre varón y mujer) y complementarias (la finalidad se cumple por el aporte complementario de la feminidad y la virilidad). HERVADA, Javier. *Cuatro lecciones de Derecho natural...*, p. 130.

363 CORRAL TALCIANI, Hernán. Op. cit., 46.

seguridad en la vida, por lo que será a través de relaciones familiares estables como se adquiere estabilidad también personal. Pero donde está verdaderamente la fuerza de la familia como institución natural es en el amor, como ya se ha dicho. Y el amor verdadero tiende a ser algo definitivo y por ello se lucha. De ahí que se debe procurar fortalecer el matrimonio.

En la STC 09332-2006-PA/TC no se fortalece el matrimonio aunque sí se haga referencia a él en los fundamentos 6 (ligado a la familia nuclear), 8 (como una forma de instituir las estructuras ensambladas) 19 (indicando que este no agota el modo de fundar la familia) y por último, el fundamento 21, en el que se aprecia que ambos cónyuges acreditan con su partida de matrimonio que este era el segundo de cada uno de ellos y por lo tanto constituían el nuevo núcleo familiar. Con lo citado no se fortalece el matrimonio ya que éste es uno con una y esto para toda la vida.

El matrimonio es, pues, una institución natural porque nace de la naturaleza humana y su esencia (y por lo tanto el vínculo), sus propiedades y sus fines, así como el conjunto de derechos y deberes que comporta, son de ley y derecho naturales. Responde a la estructura óptica de la persona humana. A esa estructura que siendo dinámica se la llama *inclinación natural*,³⁶⁴ por lo que no se puede negar el carácter natural de la familia. Negarle ese carácter traería como consecuencia otorgar al legislador un poder omnímodo para establecer los modelos o estructuras familiares que estime convenientes³⁶⁵

364 *Inclinación natural* porque el hombre y la mujer están hechos el uno para el otro, precisamente en la atracción mutua se verifica esta característica. Siendo personas humanas, de diferente sexo, se unen porque son hombre y mujer. Esta forma de unirse se llama matrimonio. HERVADA, Javier. *Cuatro lecciones de derecho natural...*, p. 133.

Ante lo expresado caen por tierra las uniones que no se corresponden con esta unión esencial: uniones de personas del mismo sexo legalizadas en muchos países incluso autorizando la adopción de niños.

Uniones de personas con animales, el caso más reciente lo conocimos de Canadá, donde el 10 de junio de 2016, el Tribunal Supremo del país legalizó la “bestialidad” con algunas condiciones. Uniones de personas con objetos; constantemente recibimos noticias de personas que se casan con su teléfono móvil, con un árbol, etc.

365 CORRAL TALCIANI, Hernán. Op. Cit., p. 43.

Precisamente esto es lo que viene sucediendo a nivel global. A fuerza de negar y oponerse a reconocer este orden natural, se han “cambiado” las ideas sobre la familia, han aparecido nuevas estructuras, se ha debilitado el matrimonio, han cambiado las leyes y los criterios para regularla respondiendo a unas políticas incluso supranacionales, que buscarían reconstruir la sociedad.

A fuerza de insistir en estos lineamientos y en otros factores como el individualismo y el relativismo, nuestras generaciones huyen de todo vínculo que tenga un cierto olor a tradicional. El creciente esfuerzo por machacar las familias y desprestigiar el matrimonio, la tendencia a hablar de “familias” en vez de familia, como hemos señalado en el apartado primero de esta investigación, el fundamentar las relaciones en un afecto buscando la realización de sí mismo más bien que pensar en el bien del otro, etc; muestran una crisis que se manifiesta en nuestra, cada vez más inestable sociedad, fruto de la inestabilidad familiar.

Por ello es imprescindible, recuperar la familia, con ese carácter natural, en su esencia. Se hace necesario también redescubrir el amor conyugal³⁶⁶ para diferenciarlo del simple sentimiento afectuoso, ni instinto, ni un impulso irresistible, ni siquiera enamoramiento.

Hervada, no está ajeno a toda esta espiral que arrastra al matrimonio y consecuentemente a la familia, por ello puntualiza que, a través del matrimonio, la persona humana alcanza su realización como tal:

“El matrimonio es aquella forma de unión sexual entre el varón y la mujer que dimanen de las exigencias morales y jurídicas de la persona humana,

366 Varón y mujer son personas humanas, necesitadas de amor, y por lo tanto son objeto de amor conyugal (...) Se aman mutuamente, como persona y en su entera persona. Si faltara esto, se despersonalizaría el amor. Aparecería el varón objeto y la mujer objeto. Se ama toda la persona del varón y toda la persona de la mujer. No únicamente su feminidad o virilidad. Entonces se entiende que el amor conyugal tiene por objeto al otro en cuanto posee una determinada condición o está en relación peculiar respecto del que ama. En este sentido Hervada presenta como ejemplo el amor de madre fundado en la relación madre-hijo; el objeto de este amor es la persona del hijo, pero en cuanto es hijo y porque lo es. El objeto específico del amor conyugal es la humanidad del varón en cuanto varón y la humanidad de la mujer en cuanto mujer. Cfr. HERVADA, Javier. *Diálogos sobre el amor y matrimonio...*, p. 50.

en consecuencia, el varón y la mujer alcanzan su realización como personas en lo que atañe a la sexualidad, por el matrimonio”.³⁶⁷

Con esta cita queda claro que el matrimonio es una realidad natural, de donde se deducen las conclusiones siguientes:

- El matrimonio no es un contrato civil.³⁶⁸ Ya que no es producto de la ley positiva. No es una simple legalidad; es la unidad en las naturalezas.
- Tampoco es una institución de derecho positivo, es institución de derecho natural, regulada, sí, en ciertos aspectos por el derecho positivo (el derecho positivo da seguridad jurídica a lo que existe antes que él, en el caso al matrimonio.)³⁶⁹
- Si el matrimonio es la forma específica de unión sexual entre hombre y mujer, que responde a la naturaleza humana y a la condición de persona, se deduce que las demás formas de relación sexual son antinaturales por degradadas y degradantes, por ser despersonalizadas.

367 HERVADA, Javier. *Cuatro lecciones de Derecho natural...*, p. 134.

368 Al respecto Cornejo afirma: “La doctrina se bifurca al tratar el problema de la naturaleza jurídica del matrimonio. Unos lo consideran como un contrato y otros lo elevan a la categoría de institución”. CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Op. Cit., p.52. Enrique Varsi, por su parte, cita diversos autores que lo consideran como: “el acto jurídico por antonomasia” (Mazzingui, Jorge Adolfo), el negocio jurídico solemne en el que hombre y mujer se unen por afecto (Bittar, Carlos Alberto). Es un acto subjetivamente complejo (Vassali, De Ruggiero y Puig Peña) constituido por el consentimiento de los contrayentes. León Barandiarán lo refiere como un acto jurídico bilateral, solemne, compuesto y nominado. Acto jurídico bilateral (Lafeille, Frías). Negocio jurídico bilateral (Cicu), negocio jurídico familiar (Jemolo, Pérez González, etc). Acto jurídico particular (Salvat), etc. Cfr. VARSÍ ROSPIGLOSI, Enrique. Op. Cit., p. 217.

Pero no es ni uno, ni otro. Contratos los hay de muchas clases y las instituciones son muy diferentes entre sí. Contrato podría ser la causa del mismo, es decir el pacto conyugal. El matrimonio es una relación jurídica, unión jurídica. (Sobre el tema del matrimonio y naturaleza jurídica: cfr. HERVADA, Javier. *Una Caro...*, p. 174 ss.

369 De ahí que “el surgimiento del vínculo familiar depende de la intención de los interesados, pero una vez que surge, tanto los derechos y deberes nacen en virtud del ordenamiento jurídico, es decir, son impuestos por el Derecho, sin tener en cuenta la autonomía de la voluntad (salvo los relativos al régimen económico del matrimonio que puede ser optado”. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. .. 3ª edición, Idemsa, Lima, 2007, p. 821. Citado por VARSÍ ROSPIGLOSI, Enrique. Op. Cit., p. 209.

El propio J. Hervada señala qué aspectos comprenden los “sistemas matrimoniales” y qué queda fuera de posible regulación positiva: la esencia del matrimonio, las propiedades esenciales, los fines, los derechos y deberes conyugales, el desarrollo de la vida conyugal, la esencia del pacto conyugal, etc.

Por lo que, son contrarias a la dignidad humana y por tanto al derecho natural, las ideologías y conductas que defienden el permisivismo sexual.³⁷⁰

- El amor conyugal es un amor específico que se distingue de otro tipo de amor por su carácter sexual, procreador. “Amar a una mujer y no amar al mismo tiempo su potencial maternidad no es un amor conyugal. Lo mismo en cuanto se refiere al varón y su potencia generativa”.³⁷¹

- El amor conyugal, siendo un amor específico, tiene una virtud específica que lo ordena y que es la castidad (no referida propiamente a cuestiones morales).³⁷²

B. Propiedades esenciales del matrimonio

Brevemente haremos alusión a sus propiedades esenciales:

- *La unidad*, que equivale, en primer lugar, a monogamia.

De ahí que el matrimonio solo puede existir entre *un* varón y *una* mujer porque la unidad en la naturaleza es exclusiva y excluyente, coposición mutua, de

370 A esto último Javier Hervada acota que, aunque el ejercicio sexual pertenece a la intimidad de la persona, sus manifestaciones externas tienen relevancia social (en lo que atañe a la moralidad pública y en los efectos de las relaciones establecidas: efectos civiles del matrimonio, filiación, etc) y puede y debe ser regulado por el derecho positivo.

HERVADA, Javier. *Cuatro lecciones de derecho natural...*, p. 134.

En este extremo añadiríamos que, al margen que sean degradadas o degradantes, expresión bastante fuerte, por cierto, sí se tratan de relaciones familiares reducidas, porque no gozan de todos los atributos de la unión matrimonial, perdiéndose toda esa riqueza

371 HERVADA, Javier. *Una caro...*, p. 85.

372 La ley natural es, pues, la disposición del hombre al bien, al orden del amor. Este orden es el que le permite crecer como persona, desarrollarse; su ausencia le lleva más bien a la destrucción. “No solo el amor es de ley natural sino que la ley natural (en sentido formal) es el orden del amor y, porque los preceptos de ley natural representan explicitaciones (derivan) de la recta dinámica del amor”. Cfr. HERVADA, Javier. *Diálogos sobre el amor...*, p. 126. Fíjese que se habla de amor, no de afectos.

En efecto, “esa virtud se refleja en un orden objetivo del matrimonio y del amor conyugal, representado en los bienes del matrimonio: ordenación a la prole, la fidelidad y la indisolubilidad”. El amor auténtico es el amor ordenado que no está propiamente referido a las costumbres, convenciones sociales, etc; sino a un orden intrínseco del amor que es inherente a él mismo. El orden del amor es su apertura, disposición u ordenación al bien; como esa disposición y ordenación del hombre al bien es lo que llamamos la ley natural, queda claro que la ley natural es el orden del amor y aquella disposición suya por la que el amor es verdadero amor.

ahí que las relaciones fuera del matrimonio son injustas. En segundo lugar, la unidad en el matrimonio reside en la *igualdad en dignidad* y valor del varón y la mujer, siendo así que el matrimonio entre un varón y una mujer es una unidad en la naturaleza plena y total. Virilidad y feminidad son valores complementarios e iguales. Se da en el matrimonio una relación de justicia en la igualdad: solo el matrimonio, un matrimonio, realiza la justicia que exige la relación hombre-mujer (la poligamia lleva una situación de desigualdad, de injusticia, de inferioridad de uno de los sexos).³⁷³ Y otros aspectos a considerar que no nos es posible comentar ahora por la extensión del presente trabajo.

Sobre el particular debemos señalar que, en cuanto a la STC 09332-2006-PA/TC, en las nuevas estructuras familiares, particularmente en las estructuras familiares surgidas de la unión de hecho y en las familias ensambladas, se da una injusticia por cuanto la relación varón y mujer no está sujeta a una pertenencia con las características señaladas líneas arriba. Acabamos de citar el fundamento 21 de la sentencia en el que se indica que en el caso de autos, los esposos lo eran en virtud del segundo matrimonio de cada uno de los cónyuges. Está claro que la limitación de la persona humana no le permite, por no tener la capacidad de hacerlo, entregarse del todo a varias personas. Ya hemos mencionado, en esta línea de pensamiento, que el amor conyugal es único y también exclusivo. Por lo demás, tanto la unión de hecho³⁷⁴ como la familia ensamblada, fácilmente se desestructuran y pasan a conformar otras estructuras familiares.

- *La indivisibilidad.*

El vínculo jurídico que constituye el elemento formal de la esencia del matrimonio es un vínculo de derecho natural, por ello no puede ser disuelto por ninguna potestad humana, ni siquiera por la voluntad de los contrayentes, ni por la sentencia de un juez ni por la ley positiva. Por ser de derecho natural solo puede

373 Cfr. HERVADA, Javier. Cuatro lecciones de derecho natural..., pp. 141-142.

374 Aunque en su constitución de la Unión de hecho debe existir una unión estable de un varón y de una mujer, libre de impedimento matrimonial. Sobre el particular puede profundizar en el apartado 3.2.2. de esta misma investigación.

disolverse por una causa intrínseca, que haga desaparecer alguno de los componentes esenciales del matrimonio, como la muerte de uno de los cónyuges o el cambio total de sexo de uno de ellos.³⁷⁵

El orden moral es que el hombre y la mujer tengan una vida en común – unidad humana, unidad de pareja – y que esta unidad sea para toda la vida.³⁷⁶ La unidad para toda la vida se justifica en primer lugar por el bien propio de los cónyuges que se han comprometido a llevar adelante un proyecto común y ninguno de los dos tiene el derecho a romperlo. Se trata de un vínculo tan fuerte que ni los problemas, las preocupaciones, tensiones, etc, afectan directamente a la institución familiar, porque no hacen desaparecer ninguno de sus elementos esenciales³⁷⁷.

El problema a nuestro juicio se presenta más bien en la comprensión del vínculo matrimonial respecto del divorcio. Los argumentos divorcistas parten de la base del matrimonio como contrato civil o vínculo de derecho positivo, cuando, como ya se ha expuesto, el vínculo del matrimonio no es de derecho positivo, sino de derecho natural.³⁷⁸

Respecto al divorcio, aunque está muy generalizado en nuestra sociedad, lamentablemente es generado por un fracaso que acarrea profundas heridas en los cónyuges y en los hijos. Muchas veces los padres se enfrentan por ese motivo, llegando a judicializar lo que no pueden resolver por ellos mismos. Aumentando, de esta manera las tensiones. Y aunque los padres vuelvan a rehacer sus vidas con otra pareja, los hijos quedan ligados a un origen fracturado.³⁷⁹

375 HERVADA, Javier. *Cuatro lecciones de derecho natural...*, p. 144.

376 LECLERCQ, citado por CORRAL TALCIANI. Op. Cit., p. 47.

377 El autor explica que la indisolubilidad está basada en la unidad de las naturalezas, es decir en las potencias naturales del sexo las mismas que son inalterables. HERVADA, Javier. *Cuatro lecciones de derecho natural...*, p. 145.

378 IBID, p. 145.

379 En este sentido Teresa Cid añade las consecuencias que origina el divorcio: (1) va en contra del principio de estabilidad de la familia con consecuencias negativas para la identidad de los hijos; (2) contribuye a la formación de estructuras familiares problemáticas e inestables: familias monoparentales, ensambladas con varios padres, madres o hermanos. Cfr. CID VASQUEZ, María Teresa. Op. Cit, p. 116.

El carácter indisoluble da estabilidad, tan necesaria para los cónyuges, así como para la prole. Bien conocido es por todos la influencia que especialmente sobre los hijos tiene la familia bien constituida y cimentada en el matrimonio por la estabilidad que reciben; la misma que les permite desarrollarse en seguridad.

Respecto a los bienes del matrimonio, corresponden a los rasgos fundamentales, esenciales, del mismo: el bien de la fidelidad, el bien de la indisolubilidad y el bien de los hijos.³⁸⁰ Los bienes del matrimonio no deben entenderse ni como represión ni límites. Es el amor lo que ordena y ennoblece el amor conyugal, por lo que el orden en el amor de los casados, estará determinado por los bienes del matrimonio. De lo que se deduce que el amor desordenado engendró la unión extramatrimonial.³⁸¹

Finalmente, en muchos ambientes se banaliza, e incluso ridiculiza, el matrimonio según su natural desenvolvimiento. Junto a ello se presenta el sexo como pura genitalidad o pasiones intensas vacías de contenido, sin que exprese la profundidad del ser, destruyendo la unidad de la persona humana que es cuerpo y alma, con la consecuencia de rechazar el matrimonio o tomarlo como una práctica social no sólida y fracturable por la falta de disposición y compromiso. Sin embargo, la unión estable es un factor fundamental en la familia, de ahí que, modernos estudios étnicos, históricos y hasta biológicos, sociológicos e incluso filosóficos sostengan que la motivación radical de la familia, aún en todas las formas que presenta en la historia es cuidar, alimentar y educar a la prole y para ello se ha creado la institución de la familia habiendo como un esquema común que implica la unión estable entre los progenitores.³⁸²

Precisamente sobre esta última consideración versa nuestra sentencia en cuanto al extremo expresado en el fundamento 7, donde advierte que “la

380 A estos bienes, le corresponden unos males o plagas que atentan contra el matrimonio: la exclusión de los hijos (el no respetar la índole natural del acto de unión corporal que es el acto de fecundación), la poligamia y la infidelidad y el divorcio. Cfr. HERVADA, Javier. *Cuatro lecciones de derecho natural...*, p. 147.

381 HERVADA, Javier. *Diálogo sobre el amor y el matrimonio...*, p. 127.

382 CORRAL TALCIANI, Hernán. Op. Cit., pp. 43-44.

regulación del divorcio y su alto grado de incidencia”, junto a otras causas enumeradas, ha significado un “cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear conformada alrededor de la figura del *pater familias*”.

Defendemos la postura de que la estructura de la familia tradicional nuclear (familia como institución natural decimos nosotros), no ha cambiado ni debe cambiar. Existen muchas personas en nuestra realidad nacional que aún consideran el matrimonio, con este singular elemento de la indivisibilidad como un proyecto para sus vidas. Es más, la familia sigue sólidamente cimentada sobre sus rasgos esenciales, porque si bien es cierto que hay una serie de adaptaciones de la institución familiar al ambiente que se vive, también es cierto que la estructura de la familia no tiene por qué afectarse, aunque sí se reajustará a los nuevos tiempos, tal como ha sucedido a lo largo de la historia.

3.3.3. El matrimonio como unión jurídica

La noción de matrimonio que nos presenta J. Hervada establece que es una unión jurídica, plena y total, de un varón y una mujer en la virilidad y en la femineidad, que comporta una comunidad indivisible de vida, ordenada a la generación y educación de los hijos y a la mutua ayuda. Si se presenta al matrimonio como una “unión jurídica” es para dejar claro que no es una unión de hecho ni tampoco constituye una simple legalización, sino más bien un vínculo jurídico. En efecto, mediante la entrega recíproca entre el varón y la mujer existe un vínculo jurídico, por el cual, siendo dos, forman una unidad en sus cuerpos (relación jurídica que integra femineidad y virilidad) y en sus almas (por el compromiso contraído),³⁸³ relación jurídica en cuya virtud son verdaderamente marido y mujer.³⁸⁴ De ahí que, la distinción entre ciertas formas de concubinato y el matrimonio reside en haber contraído matrimonio, en haberse vinculado los cónyuges mutuamente, mediante el nacimiento del vínculo matrimonial.³⁸⁵

383 HERVADA, Javier. *Cuatro lecciones de Derecho natural...*, pp. 130-132.

384 HERVADA, Javier. *Una Caro...*, p. 95.

385 IBID, p. 96.

Cuando se reconoce que el matrimonio es la base de la familia, el que le da centralidad y que es un instituto jurídico importante porque es la base de la organización civil,³⁸⁶ parece que no se llega a tocar la profundidad del significado verdadero de la unión matrimonial. Lo que algunos consideran un contrato solemne y otros un documento, referido al acta de constitución, lo es ciertamente, pero la riqueza de esta unión jurídica radica en algo más grande que todo lo señalado, en la propia persona, en la profundidad de su ser, en la entrega recíproca que es de tal envergadura que de dos hace uno y que quedan liados, comprometidos, amarrados, para toda la vida. Así de fuerte es esta unión jurídica.

Por lo demás J. Hervada añade que como “cuerpos y almas constituyen su naturaleza, el matrimonio es *unidad en las naturalezas* (unión de dos personas en su ser: como parte y prolongación del otro) jurídicamente establecida”, quedando vinculados en su dimensión complementaria y en el orden de sus fines.³⁸⁷ Y destaca “unidad en las naturalezas” porque precisamente aquí radica la diferencia entre estar casado y no estarlo. Es una visión sumamente profunda.

Es pertinente acotar que, no todos están de acuerdo en que se considere al matrimonio como el único vehículo para constituir la familia.

Precisamente dirá E. Varsi que, aunque a la familia se la suele identificar con el matrimonio, ello no favorece ni a uno ni a otro, dado que la familia es más que el matrimonio: un matrimonio siempre genera una familia pero la familia no siempre viene del matrimonio.³⁸⁸ En cierto sentido, lo expresado por E. Varsi corresponde a la verdad: el matrimonio siempre genera la familia. Con respecto a la segunda parte de su expresión, la familia no siempre viene del matrimonio, es preciso recordar nuestra postura: lo que no viene del matrimonio, son las nuevas estructuras familiares. Por su parte, contraponiéndose a lo postulado de E. Varsi, H. Corral concluye que:

386 Cfr. JARA, Rebeca y GALLEGOS, Yolanda. *Manual de Derecho de Familia* – Doctrina – Jurisprudencia – Práctica, Lima, Juristas Editores, 2014, p. 27.

387 HERVADA, Javier. *Cuatro lecciones de Derecho natural...*, p. 131.

388 VARSI, Enrique. Op. Cit., p. 28.

“Según el derecho natural, el matrimonio es la única puerta de entrada para formar una familia. Familia y matrimonio se presentan como dos instituciones que se vinculan necesariamente y que en cierta forma se confunden y asimilan: el matrimonio origina una familia y en ocasiones constituye la familia misma (por ejemplo, cuando el matrimonio carece de descendencia)”.³⁸⁹

Por ello podemos afirmar que el matrimonio no es una unión más en el entramado social: “El matrimonio es unión en el ser”, a diferencia del resto de uniones sociales donde se da más bien la unión en la actividad. En el matrimonio se da la unión en actividad y la unión en el ser, “por lo que es la unión más profunda e íntima entre dos seres humanos: por el matrimonio, cada cónyuge pasa a ser como parte y prolongación del otro”.³⁹⁰ De ahí que el matrimonio es claramente indisoluble.

Con respecto a las nuevas estructuras familiares reconocidas en la STC 09332-2006-PA/TC, específicamente las nacidas en la unión de hecho, aquí claramente queda al descubierto cuál es la diferencia entre ciertas formas de concubinato y la familia matrimonial, precisamente en el haberse vinculado los cónyuges mutuamente, mediante el nacimiento del vínculo matrimonial. En cuanto a las estructuras familiares ensambladas también es cierto que puede aparecer el vínculo matrimonial, pero no con las características plenas que se han señalado líneas arriba, sobre todo en cuanto a la “comunidad indivisible de vida”.³⁹¹

Esta es la fuerza de la familia matrimonial y por lo tanto la debilidad de las estructuras familiares. Siendo esto así, no cabe duda que la familia matrimonial constituye la familia soberana, la familia sobre la que la sociedad puede echar cimientos firmes, la familia ante la que es preciso adoptar una verdadera política pro-familia en la que todos, Estado y comunidad aunemos fuerzas para defenderla.

389 CORRAL TALCIANI, Hernán. Op. Cit., p. 48.

390 HERVADA, Javier. *Cuatro lecciones de derecho natural...*, p. 132.

391 Según lo expuesto por J. Hervada la posterior unión de divorciados no es en realidad matrimonio, sería más bien una unión no matrimonial a la que el derecho positivo concede todos los efectos del matrimonio, incluso el nombre. IBID, p. 146.

3.3.4. La familia como institución natural

Considerar a la familia como institución natural es un cometido realmente relevante en este estudio por cuanto la CPP de 1993 reconoce a la familia como institución natural y por consiguiente esa es la postura que nosotros defendemos y pretendemos fortalecer en esta tesis. Por eso cuanto añadamos a lo ya expuesto será con el fin de aclarar este concepto tan importante, sobre todo teniendo en cuenta que la STC 09332-2006-PA/TC no la ha protegido y más bien la ha postergado.

Cuando se habla de familia como instituto natural, J. Burgos puntualiza que la familia no es natural porque crezca como un árbol o una seta, sino que la familia crece como instancia humana.³⁹²

La historia es testigo de cómo la familia es una institución que ha acompañado al hombre desde sus orígenes y no es el resultado de un ensayo o de pruebas más o menos afortunadas,³⁹³ porque no es invención del hombre ya que, tanto para la procreación como para organizarse, le viene exigida por la naturaleza.³⁹⁴ Si los gobiernos han protegido y protegen a la familia y al matrimonio de hombre y mujer es, precisamente, para perpetuar la especie y para la estabilización de la sociedad.

Familia y matrimonio constituyen dos realidades que se funden. J. Hervada nos dice que “el primer núcleo social (hombre y mujer), la primera y más básica comunión, sociedad o comunidad humana y natural es la familia y el matrimonio”.³⁹⁵ Precisamente ya hemos hablado oportunamente en los apartados

392 Y añade que la familia crece de manera voluntaria, libre, racional y cultural. Por lo tanto es el producto de las decisiones: “La familia no nace –nos dice el autor– sino que se hace”. BURGOS, Juan Manuel. *¿Es la familia una institución natural?* Publicado en Cuadernos de bioética. XVI, 2005/3º, pp 359-374.

393 UGARTE GODOY, José Joaquín. *La familia como sociedad natural* en Revista chilena de Derecho, vol. 7, 1980, p. 172. Citado por CORRAL TALCIANI, Hernán. Op. cit., p. 42.

Podemos verificarlo en nuestra propia historia nacional, en esta misma investigación. Cfr. 3.1.1. Historia de la institución familiar en el Perú.

394 Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán. Op. Cit., p. 42.

395 ESCRIVÁ IVARS. *Relectura de la obra científica de Javier Hervada*. Gráficas Egúzquiza. Pamplona 2008, p. 414.

anteriores sobre la familia como célula primaria de la sociedad,³⁹⁶ sin embargo, es preciso puntualizar que no se trata de un eslogan más,³⁹⁷ sino que es una verdad porque se ajusta del todo a la realidad. Tal como afirma E. Gómez, la familia es ese grupo social primario unido por lazos parentales, de afinidad, el matrimonio, o consanguíneos, por la filiación de padres e hijos.³⁹⁸ Decimos núcleo porque es la familia el lugar idóneo en el que el hombre es llamado a la existencia y dentro de la cual puede desarrollarse integralmente.³⁹⁹ En este mismo sentido nuestra CPP, en su artículo 4, reconoce a la familia, juntamente con el matrimonio, como “instituto natural y fundamental de la sociedad”.⁴⁰⁰ Así la reconocen también los documentos internacionales, según hemos tratado.⁴⁰¹

El ser institución natural, carácter propio de la familia, se manifiesta en el servicio que naturalmente los padres brindan a los hijos, educándolos, alimentándolos, cuidándolos. Por esa razón se establecen en las familias unas relaciones entre el hombre y la mujer en torno al mundo de la procreación⁴⁰² a través de las cuales la persona es valorada en su irrepetibilidad y singularidad”⁴⁰³

396 Cfr. Apartado 3.1.1. Historia de la institución familiar en el Perú.

397 Nos dice el propio Javier Hervada. Cfr. ESCRIBA IVARS. *Relectura de la obra científica de Javier Hervada...*, p. 414.

398 Cfr. UNIVERSIDAD DE CANTABRIA. GÓMEZ PELLÓN, Eloy. *Introducción a Antropología social y cultural*. (Ubicado el 18.11.14). Obtenido en www.ocv.unican.es/a-la-antropologia-social/tema4.antropologia.pdf.

Es Célula como “núcleo social fundamental”, nos dice María Rosa Cerdá, añadiendo que al mirar a la familia “desde el Derecho, podríamos conceptualizarla como un conjunto de personas entre las que existen vínculos jurídicos, interdependientes y recíprocos, emergentes de la unión sexual y de la procreación. CERDÁ, Rosa María y PAOLICCHI, Graciela. *Desarrollo humano y familia*, Universidad de Buenos Aires (Ubicado el 22.11.2014). Obtenido en www.psi.uba.ar/academia/carrerasdegrado/psicologia/familia

399 FLORES CHISCUL, Teresa Isabel. *La protección estatal de la familia como institución jurídica natural*. Tesis para optar el título de abogado. Chiclayo. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2014. Obtenida en: <http://tesis.usat.edu.pe>, p.1.

400 Por su parte el Código Civil, en su artículo 233 dice que “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”.

401 Cfr. 3.1.2. A. Documentos supranacionales.

402 Burgos señala la necesidad del cuidado del ser humano entre los demás seres: Y es que de todos los seres de la creación el ser humano es el que más cuidados necesita desde su nacimiento hasta que se hace independiente. BURGOS, Juan Manuel. *¿Es la familia una institución natural?* Publicado en Cuadernos de bioética. XVI, 2005/3º, pp 359-374.

403 CID VÁSQUEZ, María Teresa. *Sociedad, familia y escuela: el reto de educar*. CEU Ediciones, p. 119.

Toda célula tiene un núcleo, en la familia quienes ostentan este sitio naturalmente son un hombre y una mujer, porque están implicados en el origen de la misma y corresponde a razones naturales y biológicas. Y en esta relación de pareja, conyugal, no deberá faltar un elemento, en realidad el más importante, factor determinante y fundamental: el amor. Se aman los padres mutuamente y ese amor lo ofrecen a sus hijos porque:

“La familia es el ámbito natural donde nosotros somos. La familia es el ámbito natural donde se nos ama por esa primera razón de bondad que es la incondicional valía en sí misma de nuestra singular y única persona. Ése es el ser de la familia. Así pues, el amor incondicional a la persona en su singularidad única y en su desnudez de toda utilidad es un valor familiar básico y fundamental”.⁴⁰⁴

En esta misma línea T. Flores, citando a D’Agostino, explica que la familia es una comunidad de amor y de solidaridad que no encuentra su fundamento último en la ley que le otorga reglamentación, ni en la utilidad que pueden extraer de ellas sus componentes, sino en la capacidad de amar familiarmente y de fundar sobre este amor una comunidad de vida, compartiendo un amor que les permite adherirse a la realidad, reconocerla como buena y trascender”⁴⁰⁵ Unión de amor, eso es y debe ser siempre la familia, debe ser el centro afectivo más importante⁴⁰⁶. G. Miranda nos lo dice así:

“La familia es una unión muy especial y específica entre seres humanos. Es una comunidad originante: nacemos en ella, en ella tenemos nuestro origen, nuestra raíz. Y cuando nos unimos a otra persona para constituir una familia, esa unión es también, específicamente, originante: una unión de amor que origina amor, y que da origen a otros seres personales que son acogidos como fruto de ese amor, frutos que nacen en esa raíz. Como decía Blondel: “dos se hacen uno para convertirse en tres”⁴⁰⁷

404 VILADRICH, Pedro Juan. *El valor de los amores familiares*. Documentos del Instituto de Ciencias para la familia 36. Universidad de Navarra, 2005.

405 Refiere la autora que D’agostino, desarrolla la definición aristotélica según la cual la familia es “la comunidad constituida naturalmente para la satisfacción de las necesidades cotidianas”. Cfr. FLORES CHISCUL, María Isabel. Op. Cit. p. 2.

406 Cfr. BURGOS, Juan Manuel. *Antropología: una guía para la existencia...*, p. 318.

407 MIRANDA, Gonzalo, L.C, *La familia y algunas cuestiones de bioética*. Congreso internacional Teológico pastoral – V encuentro de las familias con el Papa. Valencia 2006

Ya hemos señalado lo excelso de la familia. su carácter originante de vida, de relaciones, de personas, de sociedades, de estados. Todo empieza en la familia, pero las relaciones hacia dentro de ella son muy especiales. Por ello para J. Burgos “la familia es el lugar de la vida, del nacimiento, de los orígenes, de la identidad, de la creación de nuevos seres a través de la maternidad y la paternidad.”⁴⁰⁸ Esta sociedad natural, originada en una unión marital es preexistente al Estado o cualquier otra comunidad, y por lo tanto ostenta por sí misma derechos propios.⁴⁰⁹

Para J. Hervada toda esta realidad familiar se funda en el matrimonio que une indisolublemente al varón y a la mujer en *una caro*, integrándolos en una comunidad de vida, para que en ella puedan perfeccionarse mutuamente, engendrar hijos, recibirlos amorosamente y educarlos.⁴¹⁰

En el seno de esa comunidad de vida que ambos forman para su mutua ayuda se reciben los hijos y son educados por los padres. En el seno de esa comunidad de vida a la vez que los cónyuges se complementan y se ayudan mutuamente, los hijos son recibidos, se integran y se educan hasta que, a la edad y en las condiciones apropiadas, se independizan. Con la llegada de los hijos la comunidad de vida se hace comunidad de vida de padres e hijos, por ley natural la comunidad de vida de los cónyuges está abierta, más exactamente está naturalmente ordenada a la

408 BURGOS, Juan Manuel. “Es posible una cultura de la familia?”. Publicado en AA.VV., *La familia paradigma de cambio social*, IESF. Universitat Internacional de Catalunya. Barcelona 2008, p. 354-364.

409 Puede profundizar más en el tema: Cfr. FLORES CHISCUL, Teresa. Op. Cit. p.2.

Al respecto explica E. Mosquera que el derecho natural requiere ser conocido para que esté integrado en el sistema jurídico aplicable. Para que algo sea aplicable debe ser conocido. Positivación es el paso a la vigencia histórica (integración en el sistema jurídico aplicable) de una norma natural de derecho o de derecho natural. La positivación no da al derecho natural su índole jurídica, que tiene por sí mismo. El principio de positivación se limita a ser un proceso de conocimiento. El derecho natural una vez positivado debe ser integrado por la formalización mediante normas por las cuales complete, se establezcan los mecanismos que garanticen su aplicación. Y continúa ejemplificando con el caso del *ius connubi*: el derecho a contraer matrimonio, derecho natural, está formalizado en un ordenamiento jurídico al establecerse sus límites (capacidad), requisitos de ejercicio, la forma de celebración del matrimonio, etc. sin la oportuna formalización, el derecho natural sólo imperfectamente está integrado en el sistema jurídico, al quedar condicionada su efectiva fuerza social a la buena voluntad y al sentido de justicia de quienes deben cumplirlo y aplicarlo. MOSQUERA CABRERA, Esteban. *Introducción crítica al Derecho Natural por Javier Hervada*. 1ª Edición y 10ª edición, EUNSA, Pamplona 1981 y 2001. IUS HUMANI – Revista de Derecho. Vol. 2, dic. 2011, p. 235-247.

410 Cfr. HERVADA, Javier. *Una caro...*, p. 31.

recepción y educación de los hijos.⁴¹¹ La ayuda mutua es un bien y un fin del matrimonio con valor y bondad por sí. Por eso, en caso de esterilidad, la mutua ayuda no pierde su valor”⁴¹²

Según lo expuesto podemos apreciar y sopesar el papel importante de la familia como institución natural, frente a las nuevas formas familiares que han sido reconocidas por la STC 09332-2006-PA/TC. En la familia como institución natural es donde el ser humano crece como persona y es tratado como tal. En ese ambiente pleno de respeto, amor, formación y donde es moldeado para convivir en una sociedad que a menudo se le presenta hostil, si el individuo ha recibido en su hogar una formación basada en valores y se le ha fortalecido para explotar los dones propios de su ser persona, sabrá y podrá socializar debidamente sin sucumbir ante el influjo de factores adversos y podrá ser incluso una luz para los demás.

A pesar de todo esto, la familia que presenta esta concepción iusnaturalista, de sólidos cimientos, es duramente atacada, frontal o veladamente. A esta familia se la ataca procurando además mal influenciarla con la finalidad de debilitarla y desaparecerla: influencias por los cambios antropológicos culturales; tendencias culturales que difunden una afectividad sin límites; comercialización del cuerpo; difusión de una cultura extremadamente individualista que crea tensiones hacia dentro de la familia; desprecio por la verdad, los valores, los principios; aumento de separaciones y divorcios, disminución del matrimonio; mentalidad antinatalista promovida por programas de salud reproductiva y los derechos sexuales y reproductivos⁴¹³; la sociedad de consumo; las migraciones; legislaciones postmodernas que la evitan,⁴¹⁴ o Sentencias como la analizada, la STC 09332-2006-PA/TC, en la que confusamente se la declara casi como obsoleta y si bien cierto no se la desaparece de plano, sí se la debilita equiparándola con las nuevas estructuras familiares.

411 Cfr. ESCRIVÁ IVARS, Javier y HERVADA, Javier. Op. Cit., p. 174.

412 HERVADA, Javier. *Una Caro...*, p. 57.

413 Debido a estas campañas orquestadas a nivel internacional, sufrimos las consecuencias en nuestros pueblos con la anticoncepción, promiscuidad en las relaciones, uniones libres, técnicas de esterilización, métodos abortivos, embarazos de adolescentes, niños sin hogar, hogares destruidos...

414 Cfr. PAPA FRANCISCO. *La alegría del amor*, 31-47.

Las nuevas tendencias en materia de familia aquí y en otras latitudes, rechazando esta concepción iusnaturalista, se decantan por el concepto de familia posmoderna, con sus “Ofertas excesivas de posibilidades de elección”, como “un lugar de afectos privados”, buscando la “autorealización libre de vínculos”, constituyendo así una “red que a manera de la red virtual con un simple clip se hace contacto o se cancela”, etc.⁴¹⁵

Buscando argumentos para rechazar o mejor, descartar el concepto de familia natural, le dan a esa “naturalidad” explicaciones que no se ajustan del todo a la realidad, por ejemplo: que la familia aceptada como la institución natural que es, generada en el matrimonio de un hombre y de una mujer, con sus hijos, educados, amados, etc; se percibe como un peligroso prejuicio ideológico-religioso. Veamos un par de casos.

Citando las características del Derecho de familia, E. Varsi, apunta que la familia más que asociación natural es una asociación religiosa influenciada por la religión imperante en el país y siendo la religión un elemento básico en la constitución de la familia antigua, esta es una asociación religiosa más que natural, y ello se refleja en nuestra legislación.⁴¹⁶ Luego, hablando de la recomposición de la familia, hará un comentario similar.⁴¹⁷

En este mismo sentido, como explicábamos en el apartado segundo de esta investigación hablando sobre las nuevas estructuras familiares, autores como M. Fernández afirman que, en el caso de nuestra legislación familiar, uno de los pilares sobre los que se ha sostenido el modelo ideal de familia es la idea de que la

415 Cfr. BELLARDINELLI, Sergio. Estudios sobre educación... Op. Cit., pp. 89-91.

416 El autor agrega que actualmente se van abriendo paso la libertad de creencia y de culto produciéndose un cambio hacia un mayor laicismo: de sacralidad a libertad pero aunque se experimenta mayor desembarazo de la influencia religiosa aún “nuestra normativa sigue a pie juntilla la religión al regular la familia matrimonial con la dependencia de los hijos a unos padres gendarmes. Una familia de corte aún colonial, hispánica, monárquica, que en muchos casos es un aparatado apéndice del Derecho Canónico”. IBID., p. 128.

417 En efecto, el autor dice con José Carlos Texeira que “la verdad es que cuando se inclina para el cambio del paradigma actual suenan las trompetas del anatema y es el anuncio de los tiempos finales, especialmente cuando se rasgan estructuras arraigadas o se contradice viejos conceptos”. VARSÍ ROSPIGLOSI, Enrique. Op. Cit. p. 52.

naturaleza determinara ese tipo de arreglo familiar y su organización”.⁴¹⁸ En otro momento la misma autora explica que “la concepción religiosa del matrimonio ha sido extrapolada al matrimonio civil y es a partir de esa posición que la Iglesia, como actor político, defiende un orden familiar tradicional, basado en las ideas de heterosexualidad y reproducción”.⁴¹⁹

De parecido criterio es E. Varsi, quien basándose en una serie de autores⁴²⁰, plantea la personalización o repersonalización de la familia basada en la fuerza del afecto, como vínculo de las personas libres, rescatando la esencia de las relaciones familiares, considerando que la persona es el eje y su centro de atención: “Es un hecho evidente que, debido a un cambio epistemológico producido en el seno de la familia, la ley ha considerado ahora el “afecto” como un valor de relevancia jurídica de prestigio para el Derecho de las familias”. Es el afecto lo que “se presenta

418 FERNÁNDEZ, Marisol. *Manual de Derecho...*, p. 17. Por ello la autora, en el prólogo de su libro, considera que el punto a partir del cual se debe mirar el ordenamiento familiar debe ser el ámbito constitucional, el mismo que en los últimos años ha dado importantes resoluciones entre ellas la que amplía lo que tradicionalmente se entendía por familia, sentencia que venimos comentando. Según refiere, el modelo ideal de familia ha quedado descolocado en un nuevo escenario marcado por cambios diversos.

419 La autora apoya su argumento en una carta dirigida por la Conferencia Episcopal colombiana al Congreso de ese país cuando se discutía sobre la aprobación del matrimonio igualitario: “El matrimonio, a través de todas las culturas, las épocas y las religiones ha sido una institución formada por la unión estable de seres biológicamente distintos y complementarios (...) No se trata de una unión meramente afectiva, es también una unión natural y jurídica, orientada a la procreación (...) Dado que las uniones de personas del mismo sexo poseen, incluso biológicamente, características que las diferencian netamente de la unión que se establece entre hombre y una mujer sería injusto otorgarles el ‘privilegio’ de un reconocimiento (...) una cosa es regular jurídicamente las uniones entre personas del mismo sexo en el ámbito de los derechos civiles y patrimoniales y otra, muy distinta, es querer brindar a estas uniones un reconocimiento jurídico que, implícitamente, subvierte el orden establecido por la naturaleza humana (...) La familia y el matrimonio no obedecen a una ordenación política, jurídica o cultural meramente coyunturales. En realidad, anteceden a la religión, al Estado y a sus leyes, ‘imponiéndose a ellos, tal cual son, en virtud de su intrínseca fuerza y belleza...”. IBID., p. 38.

420 Autores como BEVILAQUIA, Clovis. Diogo Leite de. *Eu-tu: amor e familia (e a comunidade) (eu-tu-eles)*; sostienen que la familia está consolidada por sentimientos afectivos y por el principio de autoridad, garantizada en la religión, en las costumbres y el Derecho. O, LOBO, Paulo. *Familias. (Derecho Civil)*. Saravia, Sao Paulo, 2008, el mismo que afirma que la típica función de la familia se relacionó con el aspecto religioso, político, económico y procreador, siendo que actualmente la familia busca la solidaridad basada en la afectividad. Por su parte PEREIRA, Rodrigo de Cunha, *A sexualidade vista pelos tribunais*; afirma que somos sujetos del deseo que siempre queremos, ansiamos, deseamos algo y que es precisamente en la familia donde logramos nuestra integración y realización. GIACOMELLI CHANAN, Guillherme. *As entidades familiares na Constituicao Federal*; tiene un discurso parecido, cuando dice que de todas las funciones de la familia actualmente la afectividad es la más fundamental.

como un elemento fundamental en los nuevos tipos de familia”. Y añade que la familia, según este diseño basado en los afectos, difiere de la concepción como institución natural.⁴²¹ Según este pensamiento la protección de la familia sería mediata, en cuanto que interesa la consagración del proyecto de su vida. No es a la familia a la que se le brinda protección sino a las personas que la integran porque, antes que ella, están los sujetos que la componen: “Está la persona representada en el padre, la madre, el hijo, cada uno de los parientes. Sobre el punto de vista de mejor interés de la persona no puede fomentarse una sola entidad familiar, como la matrimonial, ni protegerse otras, como las concubinarias, ignorándose las demás”.⁴²²

También es conocida la práctica que se ha ido imponiendo aquí y en otras muchas latitudes, de la convivencia antes del matrimonio (si es que llegan a casarse), así como (lo vimos en el apartado segundo) se presentan ante nuestros ojos una gama de posibilidades para escoger una familia ya que “la espontaneidad reemplaza a lo rutinario” y la familia niega “ese corsé legal (que) aplasta las vivencias y compromisos”,⁴²³ respondiendo a la deconstrucción jurídica de la familia, basada en el paradigma de la autonomía de la voluntad y en los afectos. Mensajes como este: “La familia es parte de la propia evolución del hombre y de la sociedad, que se va modelando de acuerdo a sus intereses y necesidades”⁴²⁴ o este otro: “Más que un grupo natural, la familia es un grupo cultural,”⁴²⁵ corresponden a las opiniones que sobre la familia poseen las diferentes corrientes.

421 Acota: Lo que este “fenómeno jurídico” implica es revalorizar los intereses de la persona humana en su entorno natural, en su interior, en su alma, según es un ser que siente y sufre dejando más allá de relaciones patrimoniales, resaltando su ser, su dignidad. Cfr. VARSÍ ROSPIGLOSI, Enrique. Op. Cit., pp. 43-45.

422 IBID., p. 46. Según lo expuesto E. Varsi sustenta lo dicho explicando que cada uno es pasible de escoger la familia que desea, según las circunstancias y afectos que posee: “ciertas personas creen en el matrimonio, otras no. Algunos otros prefieren la convivencia, como prueba previa a la formalización. Quienes fracasan en algunas de estas formas de constituir familia lo vuelven a intentar, confiando en fórmulas naturales, como es el ensamblaje familiar o las individuales familiares, como la familia monoparental”. Si se excluye algunas de estas se atentaría contra la dignidad de la persona, de ahí que no se debe sobreponer intereses colectivos sobre los personales.

423 VARSÍ ROSPIGLOSI, Enrique. Op. Cit., p. 25.

424 IBID., p. 30

425 CUNHA PEREIRA, Rodrigo. *Direito de familia*. Uma abordagem psicanalítica. 2ª edición revatual. Ampl., Del Rey, Belo Horizonte, 2003, pp. 13-14. Citado en VARSÍ ROSPIGLOSI, Enrique. Op. Cit., p. 30.

Es preciso reconocer que algunas de las estructuras familiares guardan más similitud con la familia y presentan mayores condiciones de estabilidad que otras, que aparecen más bien débiles, inestables o sin mayor semejanza; de tal manera que difícilmente se podría sustentar que estas últimas puedan ser células o base (fundamento) de la sociedad.

De lo expuesto se deduce que todo atentado contra la familia, en el fondo, es un atentado contra la persona y la sociedad,⁴²⁶ por lo que rechazar a la familia no es un camino que conduzca a mejorar ni a la persona ni a la sociedad.

A través de la STC 09332-2006-PA/TC se ha, si no eliminado, sí debilitado a la familia como institución natural, ya que, como se ha señalado líneas arriba, al equipararla a las nuevas estructuras familiares, a través de sus fundamentos 7 y 8, lo que en el fondo se estaría haciendo es *incorporar a nuestro ordenamiento jurídico el concepto de pluralidad de la familia*, lo que conlleva a abrir las puertas a diversas estructuras familiares y dejar a la familia como una más, quizá como la más maltratada y estigmatizada. Es cierto que las familias reconocidas a través de la STC no son en realidad tan “nuevas”, puesto que existen en nuestra realidad familiar desde hace décadas. Haberlas reconocido corresponde a procurar darles un mínimo de protección. En realidad lo que se cuestiona más que el hecho en sí de haberles concedido reconocimiento, es el de mermar la importancia de la familia matrimonial. Ciertamente que en nuestro medio familiar no es la familia matrimonial la exclusiva. Lo sabemos y verificamos. Sin embargo, por todo lo

426 VASALLO CRUZ, Kathy Lisset, MUGA GONZALEZ, Rossana Esther. Op cit., p. 158. Y las autoras, después de tan clara expresión sobre el mal que afecta a la familia, afecta a la persona y a la sociedad; comentan la razón por la cual se detesta a la familia: por ser el principal obstáculo para los intereses de quienes promueven la revolución contracultural. Y aunque hablan más directamente de la ideología de género y la expansión de su “doctrina”, concluyen señalando el daño que está causando a la familia: “ideas equívocas de autonomía y realización individual, buscando con ello que les sea conferida primacía respecto a otros bienes jurídicos; de igual forma buscan dar preeminencia a ideas desviadas de libertad y bienestar personal frente a compromisos definitivos; a su vez se embarcan en una incesante labor por privatizar y extraer del marco regulatorio la vida cotidiana a través del debilitamiento del control social y de la función reguladora de las normas sociales; y la pieza más efectiva para sus fines, promover el libertinaje sexual (afectos y deseos sexuales están canalizados de manera casi exclusiva) a través de la institución familiar”.

expuesto queda claramente determinada nuestra postura: la familia como institución natural es la que se corresponde con la persona humana y como tal debe seguir constituyendo el modelo constitucional de familia, con todo lo que ello conlleva.

3.3.5. La familia como bien de la sociedad

En el apartado anterior destacamos que la familia es ese elemento básico, institución natural, en este apartado probaremos que la familia redundante en un bien supremo de la sociedad, porque la sociedad está conformada por multitud de familias.

La persona humana es un ser familiar. Hemos señalado cómo el varón y la mujer se abren a la vida. Por esa inclinación connatural a la maternidad y paternidad, el deber de recibir a los hijos, obedece a la ordenación esencial de la unidad en la naturaleza. Pero ello no se agota allí, de ahí que el fin del matrimonio sea el hijo educado. Los padres, por su estructura natural, se ordenan para proporcionar a la sociedad hijos formados. Por lo que corresponderá a ambos la formación integral de sus hijos.⁴²⁷

En la STC 09332-2006-PA/TC, también se expresa este servicio que los padres brindan educando a sus hijos, con la salvedad de que se trata en el caso, tanto de los hijos llevados a ese nuevo núcleo familiar como aquellos que nacen dentro de él. Así vemos cómo el TC manifiesta una verdadera preocupación por los hijos⁴²⁸, especialmente por el hijo afín, buscando que se integre al nuevo núcleo familiar y dando algunas pautas para que esa convivencia sea lo mejor posible para el bienestar de los integrantes del nuevo núcleo familiar. Por supuesto que las relaciones entre los padres e hijos afines se desarrollarán de una manera algo

427 Cfr. HERVADA, Javier. *Una Caro...*, p. 742.

428 Fundamento 10 (relación de los padrastros con los hijastros sobre el parentesco por afinidad), fundamento 11 sobre los derechos y deberes del hijastro en la nueva estructura familiar, fundamento 12 sobre las características de las relaciones entre padres afines y el hijastro; fundamento 13 sobre la igualdad de deberes y derechos de todos los hijos; fundamento 14 de cómo padres e hijos integran el nuevo núcleo familiar.

diferente, respecto de las relaciones con los hijos nacidos en una familia matrimonial.

Para tener ese hijo educado los padres, desde la infancia más tierna, inician con el pequeño un trabajo de formación de tal forma que la familia constituye el primer agente de socialización, especialmente en esa preparación primaria donde el pequeño aprende los contenidos básicos que, con el correr de los años, harán de él un sujeto social.⁴²⁹ El que esa enseñanza esté cargada de afecto dentro de la familia permite que adquiera mayor eficacia.

La forma de organización que posee la familia le permite ejercer unas funciones que son vitales para la supervivencia de los individuos, para alcanzar su bienestar y obtener la cohesión social del conjunto de la sociedad.

Estudios de análisis y sistematización de investigaciones basadas en información censal o encuestas en países representativos, han determinado que la familia fundada en el matrimonio⁴³⁰ es la que presenta mayor bienestar en niños y adultos, mayor estabilidad emocional, mejor relación de padres e hijos, menos drogas y violencia, mayor crecimiento, mejor rendimiento escolar y menos abandono de aulas, madurez afectiva, etc; y por lo tanto, esta familia es la que favorece al desarrollo social, económico y cultural de la sociedad,⁴³¹ y más bien, como se ha señalado oportunamente, las estructuras familiares, al faltarles solidez son presa fácil de problemas de diversa índole, lo que afecta notablemente a los integrantes de las mismas.

429 BURGOS, Juan Manuel. Antropología: una guía para la existencia..., p. 333.

430 El estudio que a continuación citaremos no pretendía reivindicar la familia tradicional sino analizar las tendencias generales del bienestar. Este análisis arrojó que la unión estable entre la pareja, hombre y mujer, facilita ese bienestar. Cfr. 1.1. Antecedentes del problema en nuestra tesis, p. 26: PLIEGO CARRASCO, Fernando. *Familias y bienestar en sociedades democráticas, el debate cultural del siglo XXI*. Edita Miguel Ángel Porrúa, México, 2012.

431 PLIEGO CARRASCO, Fernando. Ob. Cit., p. 10. Se puede profundizar sobre el tema en la obra del mismo autor: *Tipos de familia y bienestar de niños y adultos*, 2013 (Ubicado el 16.11.14). Obtenido en: www.biblioteca.diputados.gob.mx.

La familia como institución natural es considerada, desde esta perspectiva, no solo universal, sino también, la óptima para nuestra sociedad y para sus miembros.⁴³² En este sentido también las nuevas estructuras familiares reconocidas en la STC 09332-2006-PA/TC deberán procurar ejercer esas funciones.

Por sus características la familia desarrolla importantes servicios a la sociedad. Gracias a ella, nos dice Varsi, tenemos la organización social como ciudadanos. Porque en la familia tenemos hijos, mientras que en la sociedad, ciudadanos.⁴³³ Verificamos este aporte apreciando el papel, el servicio que las familias brindan en nuestros barrios y ciudades a través de la organización vecinal, las actividades de ayuda, el carácter protector ante los más necesitados y débiles, la organización en torno a las escuelas, la enseñanza de sus propios hijos, participación en clubes, partidos políticos, deporte, etc.

En realidad la familia es un autor social insustituible porque, en definitiva, todo el entramado social descansa sobre la familia. En este sentido, la STC analizada, abiertamente a favor de la pluralidad de familias, también produce una injerencia negativa sobre la institución familiar.

No es un eslogan, como decíamos en esta investigación, el que la familia sea llamada célula de la sociedad por ser la comunidad de personas más pequeña. Como tal es la base de todo el tejido social. Si se le recorta, si se le trata de reducir a una existencia casi oscura, sin mayor participación en ambientes en los que era protagonista, recortándole también derechos a los padres, como viene sucediendo en ciertos países sobre todo en cuanto al tema de la formación de sus hijos relacionados al género; si además se la debilita con políticas anti-vida y en favor del aborto, todo ello perjudica a la familia pero también a la misma sociedad y al

432 Cfr. ARROYO MORCILLO, Alicia. *Las Familia monoparentales en España. ¿Una desviación u otra forma de organización social?* Memoria para optar el grado de Doctor. Universidad Complutense de Madrid.

Obtenida en <http://biblioteca.ucm.es/tesis/cps/ucm-t25716.pdf>

433 VARSÍ ROSPIGLOSI, Enrique. Op. Cit. p. 49.

Estado. De lo expuesto se deduce que la familia debe llegar a ser una comunidad sólida, fuertemente arraigada, cimentada en el amor que es lo que le da cohesión.

Como quiera que el Estado está conformado por multitud de familias “sociedad de familias”,⁴³⁴ se comprende que si las familias atraviesan crisis, el Estado se ve afectado, por eso la necesidad de protegerla. Esto es precisamente lo que podemos verificar en nuestros días; vemos cómo las familias heridas constituyen el caldo de cultivo para sociedades problemáticas y violentas. A este respecto, con firmeza podemos afirmar que rescatando familias, mejoramos la sociedad.⁴³⁵ Si la familia está en crisis,⁴³⁶ ¿por qué no fortalecerla? Recordemos que “la decadencia de la familia es el ocaso de las sociedades”.⁴³⁷

Precisamente, después de volver a las raíces con los fundamentos del Iusnaturalismo que acabamos de argumentar, consideramos que es preciso rescatar la identidad de la familia, rescatar a su vez a la persona, como el ser valioso que es y aceptada en su naturaleza, comprendida en toda su amplitud de trascendencia. Rescatar el matrimonio porque es la base de la institución familiar, con su carácter natural que espera de la sociedad ese reconocimiento de su identidad y su aspiración como sujeto social, recordando que “el camino de la humanidad (...) pasa por el hombre y por la familia”.⁴³⁸

No basta con reconocer derechos fundamentales al hombre, como si éste fuera un individuo aislado, (cosa que se pretendería hacer en el campo familiar, según la repersonalización citada por Varsi)⁴³⁹ porque si se le trata de esta manera,

434 DIEZ PICAZO, Luis. Citado en VARSÍ ROSPIGLOSI, Enrique. Ob. Cit. p. 26.

435 Cfr. BURGOS, Juan Manuel. Diagnóstico.... p. 24. Y el autor añade “que la familia parece como uno de los elementos clave para resolverlo”.

436 El Papa Francisco ha afirmado valientemente que la crisis de la familia tiene su origen en querer redefinirla PAPA FRANCISCO (15.01.16) obtenido en <https://w2.vatican.va/content/francesco/es/cotidie/2016/documents/papa-francesco>

437 VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. Cit. p. 26.

438 VILADRICH, Pedro Juan. *La familia soberana*. Dadun, revista y series UN. Ius canonicum 199-1999. 1994. Vol XXXIV Nº 68. Citando a Juan Pablo II.

439 El autor dice: “La repersonalización consiste en el desplazamiento del enfoque de los Códigos desde patrimonio hacia la persona humana (...) interesa el proyecto de vida (...) sobre el punto de vista de mejor interés de la persona no puede fomentarse una sola entidad familiar, como la matrimonial, ni protegerse otras, como las concubinarias, ignorándose las demás”. VARSÍ ROSPIGLOSI, Enrique. Op. Cit., p. 46.

el individualismo le reduciría y empobrecería en sus derechos fundamentales. La verdad del hombre, en cuanto persona, es que, antes que ciudadano, es un ser familiar (hijo, hermano, padre, esposo) una realidad en relación. Y en cuanto a la institución familiar, la familia es la familia. En ella no debe haber reduccionismos. Su esencia es lo natural y el amor que unifica a sus miembros.

Finalmente, encontramos en este apartado, con el Iusnaturalismo de J. Hervada, unas bases sólidas que nos permiten arropar al hombre y a la familia, de tal forma que puedan defender su dignidad y libertad. El Iusnaturalismo ubica a la persona como protagonista de la historia, como un ser digno, dueño de unos derechos que le son muy propios porque emergen de su mismo ser. Y precisamente entre esos derechos inherentes a él, está el de matrimoniarse y tener una familia.

La familia espera un reconocimiento y tutela de los derechos humanos y de los derechos de la propia familia. Este doble reconocimiento exige un programa político y jurídico unitario que exprese el nexo entre la verdad del hombre y la verdad de la familia, de la realidad social humana.⁴⁴⁰

440 Cfr. VILADRICH, Pedro Juan. *La familia soberana.*, pp. 427-440.

CONSIDERACIONES FINALES

- Resulta imprescindible considerar la relación entre la familia y la misma naturaleza del ser humano. Únicamente de esta forma podremos comprender la grandeza de esta institución en toda su profundidad y valorar los grandes aportes que brinda a nuestra sociedad especialmente en el servicio a las nuevas generaciones de hijos-ciudadanos, dándole cohesión, preservando y transmitiendo nuestros valores, tradición y cultura nacional. Esto motivó a los constitucionalistas para reconocerla como la institución natural y fundamental de la sociedad, garantizándole la protección de la comunidad y del Estado. Por lo que el artículo 4 de la CPP de 1993 obliga a proteger un modelo concreto de familia, con unas características propias, protección que por lo demás, también se encuentra garantizada en los documentos internacionales.
- La protección que el Estado debe a la familia, según el principio constitucional de protección a la familia reconocido en nuestro ordenamiento jurídico, alcanza tanto a la de base matrimonial como a la de origen extramatrimonial; lo que no quiere decir que deba ser de la misma forma ni con el mismo alcance y derechos, por no ser idénticos el matrimonio y la unión de hecho.

Por ello debe conservarse y fortalecerse la primera de ellas, como la institución estable que crea estabilidad institucional. Devendría en inoportuno y más bien traería como consecuencia nefasta un debilitamiento para la institución familiar el dejarla subsumida, dentro de un todo de “entidades familiares” o “familias”. Los Poderes Públicos, estableciendo criterios de ordenación y actuación, están obligados a ese trato diferenciado, precisamente para cumplir adecuadamente el orden constitucional y hacer respetar los Derechos Humanos.

- Dado que nuestra sociedad se muestra más tolerante va aceptando otras formas de relacionarse en el ámbito familiar, por lo que han surgido las “nuevas estructuras familiares” y aunque la CPP de 1993 establece que la familia natural es el modelo garantizado, también es cierto que expresamente la CPP no obliga al reconocimiento de esas estructuras ni tampoco las prohíbe. En consecuencia el TC se ha acercado a ellas, procurando “superar vacíos que se observan en la legislación nacional”; en virtud de las facultades que le otorga el CPC y su propia Ley orgánica, creando derechos, inspirándose para ello en los principios constitucionales de protección a la familia y el derecho de fundarla.

- Respecto a la familia ensamblada así como a las otras estructuras familiares reconocidas por la STC 09332-2006-PA/TC, consideramos que, dado este reconocimiento, se les debe otorgar un sustento jurídico apropiado, según la naturaleza de cada una, toda vez que presentan alguno de los elementos constitutivos esenciales, aunque no plenamente, de la familia matrimonial. Estos elementos establecen la diferencia entre las estructuras que sí son consideradas familiares y otras que se llaman familiares sin serlo. El legislador deberá tener la pericia suficiente para no vulnerar otros derechos constitucionales evitando así su colisión.

- La persona humana, con ser tal, posee dignidad desde el momento de su concepción. Esa dignidad es semejante en cada persona y le acompaña durante toda su vida, por lo que el valor de la persona es absoluto. Y porque la dignidad de la persona es el centro de los Derechos Humanos, la propia Declaración Universal

de los Derechos Humanos reconoce la igualdad en dignidad y derechos de toda persona, ya que esos derechos le son propios porque dimanen de su ser. Así mismo nuestra CPP reconoce que “la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. En consecuencia las leyes y las instituciones deben respetarla y ello también en materia de familia: proteger y cuidar a la familia es cuidar y proteger a la persona.

- La familia se eleva en la sociedad sobre cualquier otra estructura social, o de cualquier otra índole, por su carácter natural que es inherente a la persona humana. El Iusnaturalismo ofrece a la persona y a la familia una luz clara para conocer y aceptar su propia identidad y naturaleza, y de reconocer la titularidad de sus propios derechos fundamentales, así como de descubrir el fundamento donde se cimenta la realidad de la unión inescindible entre el matrimonio y la familia. El Iusnaturalismo de J. Hervada ofrece a los estudiosos del Derecho, especialistas en la institución familiar, los fundamentos del realismo jurídico clásico que les permitirá comprender el propio Derecho, así como la institución familiar en toda su profundidad y riqueza, a fin de protegerla.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros

1. AGUILAR LLANOS, Benjamín. Derecho de familia, Lima, Ediciones legales, 2013.
2. ARIAS – SCHREIBER PEZET, Max. *Exegesis del Código Civil Peruano de 1984*. Lima, Gaceta Jurídica, 2004.
3. BURGOS, Juan Manuel. *Diagnóstico sobre la familia*, Madrid, Ediciones Palabra, 2004.
4. BURGOS, Juan Manuel. *Antropología: una guía para la existencia*, Madrid, Ediciones Palabra, 2013.

5. CALDERÓN BELTRÁN, Javier Edmundo. Uniones de hecho. Lima, Editores Cromeo y Adrus Editores, 2015.
6. CALDERÓN BELTRÁN, Javier Edmundo. La familia ensamblada en el Perú. Lima, Adrus Editores, 2014.
7. CID VÁSQUEZ, María Teresa. Sociedad, familia y escuela: el reto de educar. Ediciones CEU. Madrid 2014.
8. COLINA SEMINARIO, Javier. *La familia: Matrimonio en la Constitución Peruana*. Lima, Instituto de Estudios Social Cristianos, 2008.
9. CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999.
10. CORRAL TALCIANI, Hernán. *Derecho y derechos de la familia*. Lima, Editora jurídica Grijley, 2005
11. FERNÁNDEZ REVOREDO, Marisol. *Manual de derecho de familia*. Lima, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013.
12. HERRERA PRADO, Camila. Aproximaciones a los fundamentos científicos y filosóficos del iusnaturalismo realista de Javier Hervada, Pamplona. Ediciones Universidad de Navarra, 2016.
13. HERVADA, Javier. *Cuatro lecciones de Derecho Natural*. Navarra. Ediciones Universidad de Navarra, 1998.
14. HERVADA, Javier. Derecho natural, democracia y cultura. *Persona y Derecho*, 6 (1979), p. 197. Obtenido en: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra. <http://hdl.handle.net/10171/11915>
15. HERVADA, Javier. *Diálogos sobre el amor y el matrimonio*. 4^º edición. Pamplona, Ediciones universidad de Navarra, 2007.

16. HERVADA, Javier. *Introducción crítica al Derecho Natural*, Navarra, Ediciones Universidad de Navarra, 2011.
17. HERVADA, Javier. *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, Navarra, Ediciones Universidad de Navarra, 2008.
18. HERVADA, Javier. *Una Caro*. Escritos sobre el matrimonio. Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2000.
19. HUAMANCAYO PIERREND, Juan Carlos. “El Derecho a la identidad vs. El Derecho a la identidad biológica” en *Persona, Derecho y Libertad. Libro homenaje a Carlos Fernández Sessarego*, Lima, Motivensa, 2009.
20. JARA S., REBECA y GALLEGOS, Yolanda. *Manual de Derecho de Familia – Doctrina – Jurisprudencia – Práctica*, Lima, Juristas Editores, 2014.
21. LASANTA, Pedro Jesús. *Diccionario doctrinal de Benedicto XVI*. Editorial Horizonte, Logroño, 2010.
22. MANRIQUE GAMARRA, Karina. *La unión de hecho*. Lima, FFECAAT.E.I.R.L. 2013.
23. PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex y otros. “Familia, Convivencia y Constitución”. En *Persona, Derecho y Libertad. Nuevas perspectivas*. Escritos en homenaje al profesor Carlos Fernandez Sessarego. Lima, Motivesa Editora jurídica, 2009.
24. PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. *Manual de Derecho de familia*. Lima, Gaceta jurídica, 2001
25. PLACIDO VILCACHAGUA, Alex y otros. “El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993” en *El nuevo rostro del Derecho de Familia*. Comentarios a la nueva Ley 30007 sobre los Derechos Sucesorios en las Uniones de Hecho, Lima, Motivensa, 2014.

26. PLIEGO CARRASCO, Fernando. *Familias y bienestar en sociedades democráticas, el debate cultural del siglo XXI*. Edita Miguel Ángel Porrúa. México, 2012
27. TAVARA VILCHEZ, Emilia. *Las Instituciones familiares en el Derecho Peruano*. Lima, Gráficas Angellino, 2007
28. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia*, tomo I. Lima, Gaceta Jurídica, 2012.
29. VEGA MERE, Yuri. *La Familia*, Volumen II. Observatorio de Derecho Civil. Motivensa editora Jurídica. Lima, 2010
30. VEGA MERE, Yuri. *Las nuevas fronteras del Derecho de familia*. Familias de hecho, ensambladas y homosexuales, Lima, Motivensa, 2009.
31. VILLÓN ÁNGELES, Nilza Guadalupe. “La Ley N° 30007, un avance hacia la concepción pluralista de la familia” en *El nuevo rostro de Derecho de familia*, Lima, Motivensa 2014.

Libros editados por una institución

32. CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA. *Directorio de la pastoral familiar de la Iglesia de España*. LXXXIII asamblea plenaria. Edice, Madrid, 2003, p. 22.

Diccionario

33. ALFARO PINILLOS, Roberto. *Diccionario Práctico de Derecho Civil y Derecho Procesal Civil*, Lima, Editora Jurídica Motivensa, 2014.
34. DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Obtenido en:
www.diccionariojuridico.mex

Normas jurídicas

35. Constitución política del Perú de 1979.
36. Constitución política del Perú de 1993.
37. Código Civil Peruano.
<http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/CODIGO-CIVIL.pdf>
38. Código del Niño y adolescente.

Tesis

39. ARROYO MORCILLO, Alicia. *Las Familia monoparentales en España. ¿Una desviación u otra forma de organización social?* Memoria para optar el grado de Doctor. Universidad complutense de Madrid. Obtenida en <http://biblioteca.ucm.es/tesis/cps/ucm-t25716.pdf>
40. BERECHÉ BALLENA, Edgar Santos Jesús. *El Consejo de Familia en el ordenamiento peruano: Un análisis sobre su naturaleza jurídica e implicancias prácticas.* Tesis para lograr el título de abogado. Chiclayo. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2014. Obtenida en:
<http://tesis.usat.edu.pe/jspui/handle/123456789/320>
41. CARBONE, Giovanna Vivianna. *Fábulas historiales y verdades teológicas: la preparación evangélica en los Comentarios Reales de los Incas.* Tesis para optar el título de licenciada en lingüística y literatura con mención en literatura hispánica, Lima 2013. Repositorio digital de tesis de la PUCP. <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/4674>
42. FERNÁNDEZ REVOREDO, María. *La igualdad y no discriminación y su aplicación en el matrimonio y las uniones de hecho.* Tesis para optar el grado de Magister con mención en Derecho Constitucional. Lima, Universidad Pontificia Católica, 2014. Obtenida en:
<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/5510>

43. FLORES CHISCUL, Teresa Isabel. *La protección estatal de la familia como institución jurídica natural*. Tesis para optar el título de abogado. Chiclayo, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2014. Obtenida en: <http://tesis.usat.edu.pe>.
44. MÔLLER, Max. *Neoconstitucionalismo y la teoría del Derecho*. Tesina para optar el Doctorado en Derecho Público. Repositorio institucional de la Universidad de Burgos, 2017.
Obtenido en: <http://riubu.ubu.es/bitstream/10259.1/66/2/M%C3%B6ller.pdf>
45. VASALLO CRUZ, Kathya Lisseth, MUGA GONZALEZ, Rossana Esther. *Nuevos Derechos y exigencias para el Derecho de Familia en el Perú*. Tesis para lograr el título de Abogado, Chiclayo, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2012.
Obtenida en: <http://tesis.usat.edu.pe>.

Revistas

46. BURGOS, Juan Manuel. “¿Es la familia una institución natural?” Publicado en *Cuadernos de bioética*. XVI, 2005/3º, pp 359-374.
47. BURGOS, Juan Manuel. “¿Es posible una cultura de la familia?” Publicado en *AA.VV. La familia paradigma de cambio social*, IESF. Universitat Internacional de Calalunya. Barcelona 2008, p. 354-364.
48. CANALES TORRES, Claudia. “Ensamblando paso a paso a los “míos” a los tuyos y a los “nuestros”. Reconocimiento de las familias reconstituidas por el TC peruano”. *Gaceta constitucional*. No. 6. Junio 2008, Lima.
49. CASTRO PÉREZ TREVIÑO, Olga María. “Hijos míos, hijos tuyos, hijos nuestros”. Un reto legislativo. *Observatorio de Derecho Civil*. Vol. II. La Familia. Motivensa Editora Jurídica. 2010.

50. ESCRIVÁ IVARS, Javier. "Relectura de la obra científica de Javier Hervada".
Gráficas Egúzquiza. Pamplona 2008.
51. GAYÁ, Verónica. "Nuevas Familias", *Tiempos de hoy*, No. 961, 27 de
febrero-4 de marzo de 2012.
52. MOSQUERA CABRERA, Esteban. "Introducción crítica al Derecho Natural
por Javier Hervada 1º Edición y 10º edición", EUNSA, Pamplona 1981 y 2001.
IUS HUMANI – Revista de Derecho. Vol. 2, dic. 2011, p. 235-247.
53. VILADRICH, Pedro Juan. "La familia soberana". *Dadun* revistas y series UN.
Ius canonicum 199-1999. 1994 Vol XXXIV. Nº 68, p. 427-440.

Recursos electrónicos

Libros electrónicos

54. BOTERO BERNAL, Andrés. *La metodología documental en la investigación
jurídica: alcances y perspectivas*. Obtenido en "Opinión Jurídica" Revista de
la Universidad de Medellín:
<http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1350/1352>
(Ubicado el 10.10.16)
55. DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS. *Derecho de Familia. Derecho
civil IV*. (Ubicado el 22.11.1014) Obtenido en:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=326536>
56. GARCILAZO DE LA VEGA, Inca. *Comentarios reales de los incas*. Tomo II.
Obtenido en www.books.google.com.pe
57. PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Código Civil Peruano comentado*. Tomo II.
Derecho de familia (Primera parte). Obtenido en
www.librosdederechope.blogspot.com

58. PODER JUDICIAL *Libro de especialización en Derecho de Familia*. Lima, 2012. Obtenido en www.pj.org.pe

Obras publicadas por institución

59. CASTRO PÉREZ TREVIÑO, Olga María. *La familia en el siglo XXI. Nuevas concepciones y retos*. UNIFE. Obtenido en www.unife.edu.pe/derecho/cursos/1/1_perez
60. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando y otros. *La familia en el Derecho Peruano*, Libro homenaje al Dr. Hector Cornejo Chavez. PUPC, Lima, 1990. Obtenido en:
<http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/71>
61. UP MUN. Modelo de las Naciones Unidas de la Universidad del Pacífico. *Guía de estudio. el matrimonio igualitario y los Derechos Humanos*. Comité de asuntos sociales, humanitarios y culturales (SOCHUM). Lima, 2015

Artículos de revista electrónicos

62. BELARDINELI, Sergio. Estudios sobre educación/Vol 25/2013/85-94. Universidad de Navarra. (Ubicado el 12.11.2014)
Obtenida en www.fadep.org/documentosfadep=archivos/f
63. BERMUDEZ TAPIA, Manuel. *Tribunal constitucional peruano defiende la familia en sentencia innovativa*. (Ubicado el 28.10.15)
Obtenida en: ww.pucp.edu.pe.
64. COHEN IMACH, Silvina. *La familia en la posmodernidad*. Obtenido en www.psicologia.unt.edu.org 2012. (Ubicado el 05.03.15)
65. CONTRERAS PELÁEZ. Presentación del Debate sobre el concepto de familia. CEU SAN PABLO, Universidad de Sevilla. (Ubicado el 08.12.2014). Obtenido en <http://www.definicionabc.com/social/familia>.

66. DEL CARPIO MUÑOZ, Mary Luz. *Las familias reconstituidas (ensambladas) desde la perspectiva de modelo constitucional de familia*. (La doctora Carpio es miembro de la Corte Superior de justicia de Moquegua). Obtenida en: www.monografias.com/trabajos94/familiasensambladas
67. JUSTICIA VIVA. *El Tribunal Constitucional y las nuevas formas de familia*. GONZALEZ LUNA, María Alejandra. Obtenido en: www.justiciaviva.org.pe (publicación de 14.02.2008).
68. NOREÑA, Ana Lucía y otros. Aplicabilidad de los criterios de rigor y éticos en la investigación cualitativa. Obtenido en:
<http://www.scielo.org.co/pdf/aqui/v12n3/v12n3a06>
69. PLIEGO CARRASCO, Fernando. *Tipos de Familia y bienestar de niños y adultos*, 2013. (Ubicado el 16.11.14). Obtenido en: www.biblioteca.diputados.gob.mx
70. PODER JUDICIAL. *Los Principios constitucionales del Derecho de Familia*. 2008. (Ubicado el 26.11.14). Obtenido en www.pj.gob.pe
71. PODER JUDICIAL. *Uniones de hecho*. (Ubicado el 26.11.14). Obtenido en www.pj.gob.pe
72. RIVERA RODRÍGUEZ, René Francisco. Investigación Documental en Psicología Criminal. Obtenido en:
<http://www.periciascaligraficas.com/v2.0/resultados.php?contenidosID=269>
<http://www.periciascaligraficas.com/v2.0/resultados.php?contenidosID=269>
73. SILVERINO BAVIO, Paula. Apuntes a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre familias ensambladas. (Ubicado el 21.11.15). obtenido en www.academia.edu

74. TELLEZ INFANTES, Anastasia. MARTINEZ GUIRAO, Javier Eloy, 2008. *Sexualidad, género, cambio de roles y nuevos modelos de familia*. (Ubicado el 21.11.14). Obtenido en: www.umh.es
75. UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES. Lic. CERDÁ, María Rosa y Lic. PAOLICCHI, Graciela. *Desarrollo humano y familia*. (Ubicado el 22.11.2014). Obtenido en: www.psi.uba.ar/academia/carrerasdegrado/psicología/familia
76. UNIVERSIDAD DE CANTABRIA. GÓMEZ PELLÓN, Eloy. *Introducción a Antropología social y cultural*. (Ubicado el 18.11.14). Obtenido en www.ocv.unican.es/a-la-antropologia-social/tema4.antropologia.pdf
77. UNIVERSIDAD DE LA RIOJA. GIRALDES, Mónica. PENEDO, Estibalitz. SECO, Mertxe. ZUBELDIA, Uxo. *La Familia Monoparental*. (Ubicado el 20.11.14). Obtenido en: www.dialnet.unirioja.es/articulo/2698833.pdf
78. UNIVERSIDAD NACIONAL DE TUCUMÁN. Lic. COHEN IMACH, Silvina. *La Familia en la posmodernidad. Historia y actualidad*, 2012. (Ubicado el 20.11.14). Obtenido en www.psicología.unt.edu.ar
79. VEGA MERE, Yuri. *La ampliación del concepto de familia por obra del Tribunal Constitucional*. A propósito de la incorporación de la familia ensamblada y de la concesión de mayores derechos a la familia de hecho. Lima, Gaceta del Tribunal Constitucional N° 10, abril-junio 2008. Obtenido en www.pj.gob.pe
80. VIA AMPUERO, C. Jeanette. *Algunas reflexiones sobre la Familia*, 2008. (Ubicado el 18.11.14). Obtenido en www.estudiosfamiliares.aula.la

Referencias jurisprudenciales

81. STC 9332-2006-PA/TC. Jurisprudencia relevante comentada, Lima, Gaceta Constitucional número 3, marzo 2008.

Referidas a uniones de hecho

82. STC 06572-2006-PA del 06 de noviembre de 2007. Expediente N^o 06572-2006-PA/TC El texto completo puede ubicarse en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06572-2006-AA.html>
83. STC 03605-2005- AA/TC del 08 de marzo de 2007. Expediente número 03605-2005-AA/TC. El texto completo puede ubicarse en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03605-2005-AA.html>
84. STC. 09708-2006-PA/TC del 11 de enero de 2007. Expediente N^o 09708-2006-PA/TC. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/09708-2006-AA.html>

Referidas a familias ensambladas

85. STC4493-2008-PA/TC del 30 de junio de 2010. Expediente N^o 04493-2008-PA/TC <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/04493-2008-AA.html>
86. STC 2478-2008-PA/TC del 11 de mayo de 2009. Expediente N^o 02478-2008-PA/TC <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02478-2008-AA.pdf>
87. STC 09332-2006-PA/TC del 30 de noviembre de 2007. Expediente N^o 09322-2006-PA/TC <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09332-2006-AA.html>

Normas nacionales

88. Ley 30364 para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Expvirt_2011.nsf/Repexpvir?OpenForm&Db=01212&View
89. DL 346, Ley de política nacional de población http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Expvirt_2011.nsf/Repexpvir?OpenForm&Db=01212&View

90. Ley 28542 de fortalecimiento de la familia
[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B6DBE025CD5DBF9705257BF10077BABB/\\$FILE/Ley_de_Fortalecimiento_Familia.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B6DBE025CD5DBF9705257BF10077BABB/$FILE/Ley_de_Fortalecimiento_Familia.pdf)

Normas internacionales

91. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. (Ubicado el 18.02.2016). Obtenido en:
http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml
92. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaración americana de los Derechos y Deberes del hombre*. (Ubicado el 18.02.16). Obtenido en:
<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>
93. NACIONES UNIDAS – DERECHOS HUMANOS. *Convención sobre el consentimiento de contraer matrimonio*. (Ubicado el 18.02.16). Obtenido en:
<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/MinimumAgeForMarriage.aspx>
94. NACIONES UNIDAS – DERECHOS HUMANOS. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (Ubicado 18.02.16). Obtenido en:
<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>
95. NACIONES UNIDAS – DERECHOS HUMANOS. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas*. (Ubicado el 18.02.16). Obtenido en
<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
96. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. (Ubicado el 18.02.16). Obtenido en:
http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-2_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm
97. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. (Ubicado el 18.02.16). Obtenido en:
<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>

98. NACIONES UNIDAS – DERECHOS HUMANOS. *Convención sobre los Derechos del Niño*. Ubicado el 18.02.16). Obtenido en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

Anexo

(1) STC. 09332-2006-PA/TC

(2) Tipología de la familia y nuevas estructuras familiares

ANEXO 1

EXP. N.º 09332-2006-PA/TC

LIMA

REYNALDO ARMANDO

SHOLS PÉREZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

ASUNTO

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

ANTECEDENTES

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

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

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

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

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

FUNDAMENTOS

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

§ Legitimidad del demandante

3. Antes de entrar a analizar tales temas, deben subsanarse los vicios procesales en los que ha incurrido el *ad quem* respecto de la legitimidad del demandante. Es claro que el recurrente, al ser socio titular de la Asociación, goza de ciertos

derechos y obligaciones. Entre los derechos se encuentra el de solicitar carnés para su cónyuge e hijos. En tal sentido, comprende el actor que al denegársele el carné solicitado para su hijastra, cuando a otros socios sí se les ha hecho entrega de carné para sus hijastros, se materializa un trato diferenciado que no es sostenible bajo ningún criterio razonable. Es aquí donde claramente se aprecia el hecho generador de la supuesta lesión del actor, verificándose con ello la legitimidad para obrar del demandante.

§ Modelo constitucional de Familia

4. El artículo 4 de la Constitución reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad. Es por ello que obliga al Estado y a la comunidad a prestarle protección. Por su parte, el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil tienen derecho –sin restricción motivada en la raza, nacionalidad o religión– a casarse y a fundar una familia, agregando que esta es un elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que “tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.
5. El Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 23 que la “familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad”, debiendo ser protegida de las posibles injerencias lesivas del Estado y la sociedad. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) dispone en su artículo 17 que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”, e indica que el derecho a fundar familia se ejercerá siempre que se cumplan con las condiciones requeridas para ello, de acuerdo con las leyes internas que regulan la materia.

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”.⁴⁴¹[1]
7. Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho⁴⁴²[2], las monoparentales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas.

§ Las Familias Reconstituidas

8. En realidad no existe un acuerdo en doctrina sobre el *nomen iuris* de esta organización familiar, utilizándose diversas denominaciones tales como familias ensambladas, reconstruidas, reconstituidas, recompuestas, familias de segundas nupcias o familiastras.⁴⁴³[3] Son familias que se conforman a partir de la viudez o el divorcio. Esta nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso. Así, la familia ensamblada puede

441[1] BOSSERT, Gustavo A. y Eduardo A. ZANNONI, Manual de derecho de familia. 4.a, ed., Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 6.

442[2] Así lo ha explicitado este Tribunal en la sentencia del Expediente N.º 03605-2005-AA/TC, fundamento 3, cuanto indica; “Y pese a la promoción del instituto del matrimonio, se ha llegado a constitucionalizar una situación fáctica muy concurrente en el país pues existen familias que están organizadas de hecho, sin haberse casado civilmente”.

443[3] DOMÍNGUEZ, Andrés Gil, et ál. Derecho constitucional de familia. 1ed. Tomo I, Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 183.

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”.⁴⁴⁴[4]

9. Por su propia configuración estas familias tienen una dinámica diferente, presentándose una problemática que tiene diversas aristas, como son los vínculos, deberes y derechos entre los integrantes de la familia reconstituida, tema de especial relevancia en el presente caso, por lo que se procederá a revisarlo.
10. Las relaciones entre padrastros o madrastras y los hijastros/as deben ser observadas de acuerdo con los matices que el propio contexto impone. Por ejemplo, del artículo 237 del Código Civil (CC), se infiere que entre ellos se genera un parentesco por afinidad, lo que, de por sí, conlleva un efecto tan relevante como es el impedimento matrimonial (artículo 242 del CC). Es de indicar que la situación jurídica del hijastro no ha sido tratada por el ordenamiento jurídico nacional de forma explícita, ni tampoco ha sido recogida por la jurisprudencia nacional.
11. No obstante, sobre la base de lo expuesto queda establecido que el hijastro forma parte de esta nueva estructura familiar, con eventuales derechos y deberes especiales, no obstante la patria potestad de los padres biológicos. No reconocer ello traería aparejada una afectación a la identidad de este nuevo núcleo familiar, lo que de hecho contraría lo dispuesto en la carta fundamental respecto de la protección que merece la familia como instituto jurídico constitucionalmente garantizado.
12. Desde luego, la relación entre los padres afines y el hijastro tendrá que guardar ciertas características, tales como las de habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento. Es decir, tiene que reconocerse una identidad familiar autónoma, sobre todo si se trata de

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

menores de edad que dependen económicamente del padre o madre afín. De otro lado, si es que el padre o la madre biológica se encuentran con vida, cumpliendo con sus deberes inherentes, ello no implicará de ninguna manera la pérdida de la patria potestad suspendida.

13. Tomando en cuenta todo ello es de interés recordar lo expuesto en el tercer párrafo del artículo 6 de la Constitución, que establece la igualdad de deberes y derechos de todos los hijos, prohibiendo toda mención sobre el estado civil de los padres o la naturaleza de la filiación en los registros civiles o en cualquier otro documento de identidad. Surge frente a ello la interrogante de si, bajo las características previamente anotadas, es factible diferenciar entre hijastro e hijos.
14. Este Tribunal estima que en contextos en donde el hijastro o la hijastra se han asimilado debidamente al nuevo núcleo familiar, tal diferenciación deviene en arbitraria y contraria a los postulados constitucionales que obligan al Estado y a la comunidad a proteger a la familia. En efecto, tal como se ha expuesto, tanto el padraastro como el hijo afín, juntamente con los demás miembros de la nueva organización familiar, pasan a configurar una nueva identidad familiar. Cabe anotar que por las propias experiencias vividas por los integrantes de este nuevo núcleo familiar –divorcio o fallecimiento de uno de los progenitores– la nueva identidad familiar resulta ser más frágil y difícil de materializar. Es por ello que realizar una comparación entre el hijo afín y los hijos debilita la institución familiar, lo cual atenta contra lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución, según el cual la comunidad y el Estado protegen a la familia.

§ Libertad de asociación y límites a su autonomía de autorregulación

15. Frente a ello se encuentra la libertad de asociación, recogida en el artículo 2 inciso 13, de la Constitución, que reconoce el derecho a toda persona a “asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica

sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser resueltas por resolución administrativa.”

16. Como ya lo ha anotado este Tribunal, tal libertad se erige como una manifestación de la libertad dentro de la vida coexistencial, protegiendo el que grupos de personas que comparten similares intereses para la realización de una meta común, puedan asociarse a fin de concretar estas. Tal derecho se sustenta en principios como el de autonomía de la voluntad, el de autoorganización y el principio de fin altruista, a partir de los cuales se configura su contenido esencial, el que se encuentra constituido por: “a) el derecho de asociarse, entendiendo por tal la libertad de la persona para constituir asociaciones, así como la posibilidad de pertenecer libremente a aquellas ya constituidas, desarrollando las actividades necesarias en orden al logro de los fines propios de las mismas; b) el derecho de no asociarse, esto es, el derecho de que nadie sea obligado a formar parte de una asociación o a dejar de pertenecer a ella, y c) la facultad de autoorganización, es decir, la posibilidad de que la asociación se dote de su propia organización” (Expediente 4242-2004-PA/TC, fundamento 5).
17. Evidentemente tal libertad tiene límites. El disfrute de esta libertad puede ceder frente a imperativos constitucionales, como lo son otros derechos fundamentales y otros bienes constitucionales. En el caso de autos, interesa cuestionar los límites de la facultad de autoorganizarse, la que se ve reflejada en la posibilidad de que la directiva de la Asociación regule sus propias actividades. Desde luego, aquella regulación no puede contravenir el ordenamiento jurídico, ya que esta libertad se ejercita dentro de un espacio constitucional en el que se conjugan otros valores y bienes fundamentales.

§ Análisis del caso en concreto

18. En los casos en donde se alega un trato desigual, este Tribunal ha establecido que es el demandante el encargado de acreditar tal desigualdad. El recurrente, sin embargo, no ha presentado medio probatorio por medio del que demuestre

el referido trato desigual. Es decir, no ha acreditado fehacientemente que existan hijastras de otros socios a las que se les reconozca y trate de manera similar a una hija.

19. No obstante ello, deben tomarse en cuenta otros aspectos, como los referidos en la presente sentencia, cuales son la protección de la familia y el derecho a fundarla. Esto último no puede agotarse en el mero hecho de poder contraer matrimonio, sino en el de tutelar tal organización familiar, protegiéndola de posibles daños y amenazas, provenientes no solo del Estado sino también de la comunidad y de los particulares. Tal facultad ha sido reconocida por tratados internacionales de derechos humanos, referidos en los fundamentos precedentes (supra 4 y 5), los que han pasado a formar parte del derecho nacional, de conformidad con el artículo 55 de la Constitución.
20. En tal sentido, es el derecho a fundar una familia y a su protección el que se encuentra bajo discusión, por lo que de conformidad con el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que obliga al juez a aplicar el derecho que corresponda aun cuando no haya sido invocado por las partes, se emitirá pronunciamiento tomando en cuenta ello.
21. De autos se aprecia el Acta de Matrimonio de fecha 3 de setiembre de 1999, por medio del cual se acredita la unión matrimonial entre el recurrente, don Reynaldo Armando Shols Pérez, y doña María Yolanda Moscoso García. Tal es el segundo matrimonio de cada uno de los cónyuges, por lo que se ha originado una nueva organización familiar, conformada por estos, por un hijo nacido al interior del nuevo matrimonio y la hija de la cónyuge, fruto del anterior compromiso matrimonial.
22. Por su parte la propia demandada afirma que la diferenciación se efectuó tomando en cuenta la calidad de hijastra de Lidia Lorena Alejandra Arana Moscoso. Es más, este tipo de distinción es luego regulada por lo decidido en el Comité Directivo del Centro Naval del Perú, mediante Acta N.º 05-02, de fecha 13 de junio de 2002, por la que se aprueba otorgar pase de “invitado

especial” válido por un año hasta los 25 años de edad a los “hijos (hijastros) de los socios que proceden de un nuevo compromiso” (fojas 191). Por su parte, el Estatuto del 2007 de la Asociación establece en su artículo 47 que los asociados podrán solicitar la expedición del Carné de Familiar de Asociado a favor de su “cónyuge, hijas e hijos solteros hasta veinticinco (25) años de edad, hijas e hijos discapacitados”.⁴⁴⁵[5]

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

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

HA RESUELTO

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

Publíquese y notifíquese

SS.

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

LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ

ANEXO 2

Definición de familia y Tipología sobre la familia y estructuras familiares

En este apartado presentamos una definición de la familia, para posteriormente distinguir la tipología de las familias y de las estructuras familiares.

- Hacia una definición de familia

Ante todo debemos establecer que, tal como hemos venido desarrollando a lo largo de esta investigación, actualmente existen diversas posturas acerca del concepto de familia, desde la “más limitativa” (como la consideran algunos), la familia nuclear “tradicional”, hasta aquella que señala, como lo dice en parte la STC materia de análisis, que la familia está integrada por todos los que cohabitan bajo el mismo techo, postura que podría considerarse como la más flexible de la doctrina familiar.⁴⁴⁶

Para presentar una aproximación de lo que consideramos que es la familia, señalaremos, en primera instancia, las *finalidades* que generalmente se reconocen en la institución familiar, haciendo nuestro, éste de J. La Cruz quien sostiene:

“Desde los primeros tiempos la familia cumple tres misiones y persigue tres finalidades: una *natural*, la de vincular al hombre y a la mujer y conservar el género humano; otra *económica*, consistente en la obtención de alimentos para todos los familiares y techo para los que convivan; una tercera, *moral y espiritual*, es decir, el mutuo socorro de los familiares, la comunidad de vida entre ellos, y el cuidado y educación de la prole”.⁴⁴⁷

Tal como hemos definido al inicio de esta investigación, la familia es “el pilar fundamental de la comunidad humana, unidad básica fundada en el matrimonio, en la que los cónyuges, hombre y mujer, abiertos a la generación, inauguran juntos un proyecto de vida, para ayudarse y auxiliarse mutuamente, y establecen unas relaciones que les son propias.”⁴⁴⁸ Frente a este sólido criterio sobre la familia, se

446 CANALES TORRE. *Ensamblando paso a paso a “los míos”, a “los tuyos” y a “los nuestros”. Reconocimiento de las familias reconstituidas por el TC peruano*. Gaceta Constitucional. Tomo 06. Junio 2008, p. 371.

447 Nos parece oportuno y acorde con nuestro pensamiento esta definición; teniendo en cuenta además que en nuestro ordenamiento jurídico aún se puede definir a la familia como un grupo de personas unidas por un vínculo de parentesco (consanguíneo, legal o por afinidad), que surge como consecuencia del vínculo del matrimonio. LA CRUZ, José Luis, civilista español citado por CORRAL TALCIANI, Hernán. Op. Cit., p. 29.

448 Y continúa la definición: paternos, maternos, filiales y de parentesco; constituyéndose la familia como el lugar de convivencia, de bienestar, de vida, de nacimientos, de identidad, de luchas, de formación integral, etc. Todo ello arropado por el amor porque la familia debe ser ante todo una escuela del amor, del afecto, del respeto, de la pacífica convivencia. Cfr. Bases conceptuales. A. Familia, p. 34.

presenta otro que considera que la familia es un término “desactualizado” y por lo tanto, debe modificarse porque como la familia ha evolucionado, estamos presenciando el surgimiento de nuevos tipos de familia, por lo que sería más acertado hablar de “las familias”⁴⁴⁹. Según esta corriente es preciso emplear el término plural “familias” en vez del singular “familia”, cosa que se va abriendo camino.⁴⁵⁰

Ahora bien, consideremos lo que sucedería si se acordase que “la familia” diera paso a “las familias”. ¿Qué efectos tendría sobre nuestros pueblos, es decir, que del concepto singular de familia pasásemos a ese nuevo concepto plural y diversificado? Faltaría la identidad. “Si la familia no tiene identidad y se presenta como una especie de plasma que puede adoptar las más diversas formas, entonces todo puede ser familia. El problema es que si cualquier relación humana puede ser calificada como familiar, entonces ninguna lo es específicamente. Si todo es familia, nada es familia”⁴⁵¹

Finalmente es preciso referir que, aunque las nuevas estructuras familiares difieran de la familia natural, también es importante reconocer que la familia no ha desaparecido, y que no va a desaparecer, y aunque tenga que adaptarse a los cambios y fenómenos que la afectan, hay muchas familias y seguirá habiendo, que se mantienen firmes y sólidas. Ahora bien, apoyados en diversos autores nacionales, desarrollaremos una amplia tipología de la institución familiar.

449 VIA AMPUERO, Jeannette. *Algunas reflexiones sobre la familia actual*. Obtenido en www.psicologia/articulos/2008. Universidad de La Habana, 2008.

450 El Dr. Enrique Varsi y otros consideran pasar del singular al plural y manejar más bien términos, entre otros “entidad familiar”, porque aglutina todas las nuevas estructuras familiares. En esta línea P. Silverino, refiere que “hablar de diferentes tipos de familia, es decir, de familias en plural, en lugar de familia en singular, implica discutir la existencia de un modelo único conformado por la familia nuclear ‘intacta’ fundada en el matrimonio. Y continúa explicando que si se acepta el pluralismo familiar se desterraría la idea de un modelo familiar conceptuado como legítimo y además el que se considere o juzgue a las otras estructuras como patológicas, es decir, “no familia”. cfr. SILVERINO BAVIO, Paula. Op. Cit., p. 10.

451 La respuesta clara a esta interrogante nos la brinda H. Corral Talciani citando a la Dra. Jean Haaland Matlary. CIEN AÑOS DE LA REVISTA DE DERECHO PRIVADO. 1913 - 2013. *Del Derecho de familia a un Derecho de las familias*. Editorial REUS, Madrid 2014 . p. 58.

- A. Atendiendo al **sentido restringido** del concepto de familia, ésta puede ser:⁴⁵²
Familia *nuclear*⁴⁵³, Familia *extendida*, Familia *compuesta*.
Frente a la clasificación en sentido restringido, más que llamarla familia, algunos autores prefieren llamarla “entidad familiar”⁴⁵⁴, en **sentido plural**.
- B. Según esto y atendiendo a que, en definitiva, lo que buscan esas uniones, estables y manifiestas, donde se conjugan intereses afectivos⁴⁵⁵ y emotivos, es constituir una familia, pueden representarse de diversas formas:

Tradicional en unión estable: matrimonio, convivencia.

Simple: comunidad formada por padres e hijos.

Compleja: familias paralelas, ensambladas. En esta última se aglutinarían todas las demás.

452 Cfr. CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*, p. 13-14. Esta misma clasificación es tomada por autores como: ARIAS SCHEREIBER, Max. Cfr. *Exegesis del Código Civil Peruano de 1984*. Tomo VII. Lima, Gaceta jurídica, 1997, p. 25; y PLÁCIDO V., ÁLEX. Cfr. *Manual de Derecho...*, p. 17. Benjamín Aguilar también la menciona aunque comenta sobre el “cambio del tipo de familia” y la necesidad de sumar a la familia nuclear la familia monoparental y las ensambladas. Cfr. AGUILAR LLANOS, Benjamín. *Derecho de familia*. Lima, Ediciones legales, 2013, p. 7-8. MANRIQUE GAMARRA, Karina. *La Unión de hecho, Derecho de familia*. Lima FFECAAT, 2013, p. 15. Esta última describe así la **significación jurídica de familia**: (1) Familia en sentido amplio (familia extendida): es el sentido más amplio (familia como parentesco), conjunto de personas con las cuales existe un vínculo jurídico familiar (...) la familia está compuesta por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual, de la procreación y del parentesco. Este sentido de familia es el que, actualmente, reviste importancia jurídica, puesto que las relaciones a que da lugar son las reguladas por el Derecho de familia. (2) Familia en sentido restringido (nuclear): Es el sentido más restringido, la familia comprende solo a las personas unidas por la relación intersexual o la procreación. Desde este punto de vista, la familia está formada por el padre, la madre y los hijos que estén bajo su patria potestad. (3) Familia en sentido intermedio (familia compuesta): la familia es el grupo social integrado por las personas que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella.

453 Sobre la familia nuclear parece oportuno agregar lo dicho por DONATI, Pierpaolo, en su *Manual de Sociología de la Familia*: “La familia nuclear es universal, aunque pueda ampliarse, incluso fragmentarse, y asumir otras funciones, considera que ninguna sociedad ha desarrollado hasta ahora un modelo institucionalizado que pueda sustituir adecuadamente a la familia nuclear en el cumplimiento de sus funciones”. Citado por FLORES CHISCUL, Teresa Isabel. Op. Cit., p. 16.

454 Cfr. VARSÍ, Enrique. Op. Cit., p. 57. Esta misma expresión “Entidad familiar” será utilizada por J. Calderón al referirse a la clasificación de la familia, siguiendo esta misma forma de clasificar a las familias. Cfr. CALDERÓN BELTRÁN, Javier Edmundo. *La familia ensamblada...*, p. 24. En ambos casos, incorporan dentro de entidades inclusive a la familia matrimonial. En cambio GAMARRA, Karina utiliza la misma expresión pero para referirla únicamente a la familia pluriparental. Cfr. Op. Cit., p. 17. Cfr. FERNÁNDEZ REVOREDO, Marisol. Op. Cit., 15.

455 En este sentido, Yuri Vega define a la familia como “un medio de realización de las personas, un ambiente de solidaridad, de afectos, uno de los varios escenarios de concreción de los concurrentes proyectos de vida que todos construimos a lo largo de nuestros años (...) es un ambiente de recogimiento, de experiencias domésticas que deliberadamente se esconde de la mirada de los demás”. VEGA, Yuri. *Las nuevas fronteras del Derecho de familia*, citado por VARSÍ, Enrique. *Tratado de derecho...*, p. 21.

Estas configuraciones familiares presentan la siguiente tipología:

Según cuenten con o sin el reconocimiento de la ley: *Entidades familiares explícitas*,⁴⁵⁶ que son las reconocidas por la ley. En el Perú la familia matrimonial y extramatrimonial; y las *Entidades familiares implícitas*⁴⁵⁷, obviamente aquí se aglutinan las que no han sido consideradas expresamente por la norma, pero que en “mérito de la dignidad de la persona la ley no puede desconocerlas ya que siendo una institución social merece ser tratada de manera permeable, amplia y cabal. Exigirían legislación que abarque la diversidad de intereses de las personas que buscan más afecto y menos formalidad.”⁴⁵⁸

- C. Respondiendo a las relaciones familiares basadas en el afecto,⁴⁵⁹ se puede establecer una amplia clasificación, un abanico de posibilidades:

Familia general⁴⁶⁰, amplia o extensa, personas unidas por vínculos de parentesco, afinidad y otras relaciones de afecto como el padrino, etc. esta puede ser: *polinuclear*, cuando incluye varias familias nucleares en el mismo hogar o *nuclear ampliada* es decir padres e hijos y otros parientes.

Familia reducida, solo padres e hijos y nada más. Pueden ser: *monoparentales* (un solo padre con sus hijos) o *biparentales*, ambos padres con sus hijos.

456 J. Calderón las llamará además palmarias o expresas: Familia nuclear, Familia extendida, Familia compuesta, Uniones de hecho Cfr. CALDERÓN BELTRÁN, Javier Edmundo. *La familia ensamblada...*, p. 24.

457 CALDERÓN BELTRÁN, Javier Edmundo, también presenta esta clasificación y añade que tienen existencia en la comunidad pero no han sido reguladas en forma expresa por el Derecho de familia: Familia Monoparental, Familia homoafectiva, Familia ensamblada. Cfr. IBID, p. 24 y ss.

458 VARSÍ ROSPIGLOSI, Enrique. Op. Cit., p. 61 y 63ss.

459 Señala E. Varsi que como los lazos afectivos y los proyectos de vida no responden a un solo modelo sino que se basan en la tolerancia y el pluralismo y siendo esos lazos y afectos los que priman actualmente al establecer la familia y a que por otro lado, hay mayor distanciamiento con el modelo de familia basado en el matrimonio. DOMINGUEZ, Andrés Gil, FAMA, María y HERRERA, Marisa. Derecho constitucional de familia. tomo I, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 77 citado por VARSÍ, Enrique. Op. Cit., p. 63.

460 Cfr. VARSÍ, Enrique. Op. Cit., La clasificación va de la página 63 a la 76.

(Dentro de ésta se ubicaría la familia *piramidal*: los padres con el único hijo (llamado hijo emperador).

Familia intermedia, no cohabitan entre sí pero forman lazos de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad (p.e. cuando regresan los padres ancianos o enfermos a vivir con sus hijos).

Familia matrimonial, basada en el matrimonio. Su trascendencia es tal que el Estado la promueve.⁴⁶¹

Familia extramatrimonial, surgida del amor libre entre personas no matrimoniadas (concubinato).

Familia monoparental (lineal o incompleta). Conformada por uno de los padres con sus hijos (madre soltera, casada abandonada, viuda que es madre y padre a la vez, procreación asistida, hogar a cargo de tutor o curador; cuando uno de los progenitores se encuentra en estado de hospitalización, encarcelamiento, emigración; reconocimiento individual del padre o de la madre. Originada también cuando una sola persona adopta o una mujer soltera inseminarse.

*Familia anaparental*⁴⁶², grupo de personas que sin ser parientes llevan a cabo relaciones de tipo familiar.

*Familia pluriparental*⁴⁶³ (ensamblada, agregada, recompuesta, reconstituida, mosaico, familiastra). En esta uno o ambos miembros de la pareja tuvieron un compromiso anterior (con nupcias o sin ellas) y en segundas nupcias tienen hijos propios y comunes. Originada en el matrimonio o en unión de hecho, por lo que se construye sobre los cimientos de otra.

461 Y continúa: “e incita a que las personas se casen para que la conformen”. De hecho la ley le ofrece algunas ventajas frente a las otras: presunción de paternidad, la herencia de los cónyuges, régimen patrimonial, el divorcio, la casa-habitación, etc. IBID, p. 66.

462 IBID, p. 70

463 Así también la llama K. Manrique. Cfr. MANRIQUE GAMARRA, Karina. Op. Cit., p. 17. Por su parte E. Calderón añade: familia de segundas nupcias, familia rematrimoniada y stepfamilies (familiastra). Cfr. CALDERÓN BELTRÁN, Javier Edmundo. La familia ensamblada en el Perú. Lima, Atrius Editores, 2014, p. 49.

Familia homoafectiva, porque se trata en realidad de una sociedad de afecto se prefiere utilizar este término en lugar de homosexual⁴⁶⁴ pues resulta denigrante.

Familia paralela (“si puedo amar a muchas, ¿por qué amar a una?”), se constituye cuando existen coetáneamente dos núcleos familiares con integrantes afines.⁴⁶⁵

Familia eudomista (“la felicidad se encuentra en la familia”) la familia y el matrimonio existen para el desarrollo y felicidad del individuo de tal manera que no va más la preocupación del individuo de existir para la familia y el matrimonio.

Familia socioafectiva, porque siempre debe serlo, basada en el afecto.

Familia geriátrica, conformada por personas de la tercera edad que quieren evitar la soledad, ayudarse, etc.

Familia de solteros, individuos que prefieren vivir solos, solteros por convicción, célibes por decisión, viudos, divorciados o separados.

Familias comunitarias, grupo de personas (adultos y niños) que se integran sin llegar a tener vínculos de parentesco con los mismos fines de la familia (por ejemplo los hippies).

Familias virtuales, los miembros de una familia se comunican a través de los medios tecnológicos modernos, a menudo más intensamente –aunque se encuentren distantes en lo físico- que a nivel personal. También los vínculos afectivos que se crean con otras personas a través de estos medios.

Familias transnacionales, los padres e hijos, por diversos motivos, viven en otros países, comparten otras culturas y costumbres, a manera de familia cosmopolita.

Como se puede apreciar dentro de esta amplia y detallada clasificación de entidades familiares, E. Varsi incorpora realidades familiares que distan mucho de

464 Quien acuñó ese término fue DIAS, María Berenice. Citado por VARSÍ, Enrique. Tratado de derecho... p, 73.

465 Puede ser: matrimonio doble (bigamia) y matrimonio y unión estable (matrimonio y amante). Cfr. VARSÍ, Enrique. Op. Cit., p. 76-81.

ser comprendidas en el concepto constitucional de familia. Se comprende esta tipología ya que, como él mismo manifiesta, está basada en el afecto y diseño de los miembros que la componen. Sí se subraya que, hablando de la familia matrimonial indique la prevalencia de ésta sobre las demás, por su trascendencia en el Estado, razón por la que éste la promueva.

D. CPP de 1993

Nuestra Constitución de 1993 reconoce únicamente a la familia matrimonial y a la familia extramatrimonial: “reconociéndose al matrimonio como a la unión de hecho como medios legítimos de constituir familia”⁴⁶⁶. Posteriormente, con la sentencia 09332-2006-PA/TC se ha incorporado a esta institución las familias ensambladas.

E. Presentamos la tipología de K. Manrique sobre la institución familiar, por su claridad y llaneza:

Familia matrimonial, puede ser: *completa*, formada por padre, madre e hijos (monoparental); *incompleta*, originada por el divorcio, la separación, la invalidez del matrimonio o la muerte; *pluriparental*: llamada ensamblada, recompuesta, reconstituida o mosaico. Estructura familiar que mantiene una persona con otra en la que una de ellas o ambas tuvieron un compromiso previo (casado, separado, viudo, conviviente).⁴⁶⁷

Adviértase que la autora emplea el término “estructura familiar” y no familia.

Familia extramatrimonial, referidas a las familias de hecho que se han ido configurando, con diversas estructuras: *familia concubinaria propia*, ambos llevan una vida de casados sin estarlo, aunque no tienen impedimento para hacerlo; *familia concubinaria impropia*, la pareja no pueden contraer

466 Esta explicación la hace dentro del contexto de las “familias explícitas”, es decir, aquellos tipos de familia reconocidos por la ley. VARSÍ ROSPIGLOSI, Enrique. Op. Cit., p. 61.

467 MANRIQUE GAMARRA, Karina. Op. Cit., p. 17. Y continúa: Es la pareja en segundas nupcias con hijos propios y comunes. Según el caso surge el padrastro o la madrastra que respecto del hijo de su cónyuge es un hijo afín. En la nueva familia convergen obligaciones, patrimonios e hijos ajenos; la indefinición de los nexos es su característica. Si es una sola la parte que tuvo el compromiso se le llama simple; si son las dos, familia ensamblada compleja.

matrimonio civil por la existencia de impedimentos legales; *religiosa*, familia fundada en el matrimonio canónico;⁴⁶⁸ *familia andina basada en el servinacuy*, no están unidos por matrimonio civil ni religioso pero sí por vínculos estables y duraderos; *familia amazónica*, no se encuentra unida por el matrimonio civil ni religioso pero sí ligados por lazos duraderos y peculiares con connotaciones distintas a la familia andina y occidentalizada; *familias nacidas de relaciones circunstanciales*, basadas en situaciones como el engaño, la irresponsabilidad, el delito y se conforman por la madre y su hijo.

Otros incorporan en su clasificación a las *Familias precoces*, es decir aquellas “relaciones de convivencia, uniones de hecho o matrimonio, entre menores de 18 años”⁴⁶⁹ y a quienes optan *Vivir juntos pero separados o vivir separados pero juntos*. Según esta fórmula cada miembro de la pareja mantiene un domicilio propio.⁴⁷⁰

Algunos autores solicitan que esta amplia gama de estructuras familiares, sean reconocidas por la legislación y el Derecho y que sean respetadas como se presentan, partiendo del derecho que tienen todos a pertenecer a una familia y a conformarla, a diseñarla, según sus propias aspiraciones y anhelos.⁴⁷¹ Voces aisladas claman por una reformulación del Derecho de familia: “Nuestros anhelos de encontrar eco en los Tribunales ordinarios se quedaron en ello, en anhelos”⁴⁷² y

468 Sin valor jurídico excepto los celebrados antes de 1936.

469 FLORES CHISCUL, Teresa Isabel. Op. Cit., p. 17.

470 Y se subdividen en: aquellos que desearían vivir juntos pero por alguna razón no pueden (cuidado de otras personas, trabajo o estudios en lugares diferentes) y aquellos que pudiendo deciden vivir separadamente, intentado de esta manera conciliar el individualismo, la necesidad de privacidad y la libertad. Cfr. TELLEZ INFANTES, Anastasia; MARTÍNEZ GUIRAO, Javier Eloy. Op. Cit., p. 22.

471 VARSÍ ROSPIGLOSI, Enrique. Op. Cit., p. 57.

472 VEGA MERE, Yuri. *Las nuevas fronteras del Derecho de familia. Familias de hecho, ensambladas y homosexuales*. Lima, Motivensa 2009, p. 148.

El mismo autor dice que la familia presenta nuevos cuadros dignos de una exposición que exigen no solo una toma de posición; también demandan soluciones legales, soluciones que en algunos casos se podrían lograr recogiendo el principio de protección constitucional de la familia para, en cascada, eliminar de la legislación aquellos matices que aun la ven como una entelequia y que la encorsetan en un único molde pese a que ella despliega toda su potencialidad y ejerce sus opciones en el seno de una sociedad pluralista y que se asume tolerante y multicultural”. VEGA MERE, Yuri. Prólogo de La Familia, Volumen II. Observatorio de Derecho Civil. Motivensa editora Jurídica. Lima, 2010, p. 15.

“ni el Poder Judicial ni el Poder legislativo se han esforzado en esbozar el nuevo rostro de la familia”.⁴⁷³

La pregunta lógica que nos abruma es ¿y cuál es el nuevo rostro que se desea imponer? La consigna que se quiere imponer es “familias” y, tanto el Estado como la legislación, deben adoptar una posición que respete ese pluralismo ético y sociológico vigente, claro está, que sin tratar de imponer una concepción de familia sobre otra. La finalidad, es refundar el Derecho de Familia, pero ¿sobre qué base?

Si se aceptara que todo es familia (hogares unipersonales, uniones homosexuales, polígamas, uniones con animales, etc) y por lo tanto el Estado debiera permanecer pasivo, el Derecho de Familia habría desaparecido. Porque si todo es familia, nada es familia, como ya se ha explicado.

En realidad puede parecer lo propuesto extremista, sin embargo vemos cómo se van presentando, cada día, situaciones de estas que si bien parecen aisladas, responden a derechos personales del individuo.

Al parecer, y respondiendo a la pregunta sobre el nuevo rostro de familia, lo más aproximado sería, como señala H. CORRAL que se busca un rostro de “pareja estable”. Esta sustituiría a la pareja matrimonial: “la unión de “dos iguales” (pares) entre los cuales no hay más que *afectividad e intercambio sexual* sin ninguna referencia necesaria a un compromiso ni a la fundación de un hogar apto para recibir a los hijos”. Todo esto tiene una única motivación, un único recurso retórico: desplazar el matrimonio como centro y núcleo modélico del Derecho de

473 Y añade: Ello no desconoce los cambios normativos relacionados con los alimentos, el registro de deudores alimentarios morosos, los avances en las normas relativas a las pruebas genéticas para determinar o negar la paternidad/maternidad (...) aún nadie se atreve a redefinir a la familia y sigue existiendo: *law in books and law in action* (“distanciamiento entre el derecho de los libros y el derecho en acción”).

VEGA MERE, Yuri. *La ampliación al concepto de familia por obra del Tribunal Constitucional. A propósito de la incorporación de la familia ensamblada y de la concesión de mayores derechos a la familia de hecho*. Gaceta del Tribunal Constitucional No. 10, abril-junio 2008. (Ubicado el 12.11.14) Obtenido en www.pj.gob.pe

Familia y colocar en sustitución la unión de pareja, con las “ventajas” que ello supondría para la sociedad (según ellos vaticinan). Sin embargo, con esta dicotomía entre el amor y el Derecho, se puede vislumbrar un horizonte muy difícil: hogares menos estables, descenso de la tasa de nupcialidad, incremento de la tasa de uniones informales, mayores grupos monoparentales, etc.⁴⁷⁴

Por nuestra parte, en esta tesis, aclaramos nuestra opinión frente a este abanico de posibilidad de familias, manifestando nuestra clara postura iusnaturalista optando por la familia como instituto natural.

474 Cfr. H. Corral. Op. Cit., pp. 300-308.