La familia desde una perspectiva constitucional

Illian Hawie Lora
Abogada de familia

- La Familia y las principales instituciones que alrededor de ella han sido objeto de regulación son abordadas tanto por textos constitucionales, como por los convenios internacionales en materia de Derechos Humanos.

- La Constitución y los tratados, son el punto de partida para la regulación en materia de Derecho Familiar pues enuncian un conjunto de derechos y principios que constituyen un mandato a los poderes públicos y a los particulares.

A. Sistema Universal

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, vigente en el Perú desde el 28.07.1978.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vigente en el Perú desde el 28.07.1978.
- Convención contra toda forma de Discriminación a la Mujer, vigente en el Perú desde el 13.octubre.1982.
- La Convención de los Derechos del Niño, vigente en el Perú desde el 04.octubre.1990.

B- Sistema Interamericano

- Convención Americana de Derechos Humanos, que entró en vigente en el Perú desde el 28.julio.1978.

- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, vigente en el Perú desde el 04.junio.1996.

Tratamiento Constitucional de la familia

Art. 4: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.
Las formas del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.”

Tratamiento Constitucional de la familia

Art. 5: “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto le sea aplicable.”

Tratamiento normativo de la familia

Código civil, articulo 233: “La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento en armonía con los principios y normas proclamados por la constitución política del Perú.”

Código de los NNA, Art. 8: “El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia. El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado.”

Principios constitucionales de Familia

1. El derecho a fundar una familia;
2. El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones familiares;
3. El derecho al matrimonio, las uniones de hecho y el divorcio;
4. Los derechos sexuales y reproductivos
5. Las responsabilidades familiares compartidas.
6. Protección especial de la infancia
7. Derecho a tener una familia y no ser separado de ella.

1. El derecho a fundar una familia

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

Formas de familias

- No existe una forma única de familia pues ésta puede adoptar diversas maneras de constituirse y estructurarse, dependiendo ello en gran medida de factores socioeconómicos y culturales. Así, si bien se suele propiciar, a través de la legislación, que las familias se funden en uniones matrimoniales, familia y matrimonio no son lo mismo.
- La realidad, además, nos dice que cada vez con mayor frecuencia existen las no matrimoniales y monoparentales.

Tipos de Familia

Familia en sentido amplio (familia extensa)	Familia en sentido restringido (familia nuclear)	Familia en sentido intermedio (Familia compuesta)
• Conjunto de personas con las que se tiene un vinculo de parentesco o afinidad.	• Solo comprende a las personas unidas por la relación intersexual o sea la procreación, formada por padre, madre e hijos/as.	• Es el grupo social integrado por las personas que viven en una casa bajo una autoridad.

Constitución de 1993

- Promueve el modelo de familia matrimonial.
- Las uniones de hecho, si bien son reconocidas constitucionalmente y, sin duda alguna, son un modo más de fundar una familia, gozan en nuestro ordenamiento de un status inferior al matrimonio.
- Sobre esta suerte de status distinto para las uniones de hecho, en la doctrina extranjera encontramos que algunos han sostenido que tal diferencia de trato constituiría una práctica discriminatoria.
- La posición mayoritaria, sin embargo, considera que ello no sería así dado que el matrimonio y concubinato son supuestos fácticos distintos a los que les corresponde válidamente consecuencias distintas.

- El derecho constitucional a fundar una familia y el reconocimiento de esta como elemento natural y fundamental de la sociedad, exige a nuestro juicio que el Estado tenga una política de protección a las uniones de hecho, las familias monoparentales y otras posibles, garantizando el ejercicio pleno de los derechos de sus miembros, de tal modo que la promoción de la familia matrimonial no debe significar en modo alguno la desprotección de otras formas de fundar una familia.

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

2. El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones familiares

- El principio de igualdad y el mandato de no discriminación, enunciados en el artículo 2º inciso 2 de nuestra Constitución, atraviesan todas las instituciones del Derecho Familiar.
- Asimismo, el artículo 6 de la Constitución, declara que todos los hijos tienen iguales derechos y deberes.

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

- Constitución de 1979 que en el Perú se constitucionalizó el derecho a la igualdad y a la no discriminación.
- Se dieron cambios normativos en materia familiar, las relaciones familiares que habían estado basabas en un modelo de potestad marital, que implicaba que el varón era la autoridad y el jefe de la familia, encargado de mantenerla y dirigirla, quedando las mujeres y los/las niños y niñas en un status de inferioridad.
- En el Código civil de 1984, se dejaron atrás todas las diferencias de trato injustificadas.

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

- No son admisibles diferencias de trato principalmente por razón de sexo, filiación y edad que no estén basadas en una causa justa y razonable.
- Normas neutras podrían generar en su aplicación una discriminación por razón de sexo. Ello se encuentra vedado por el mandato de no discriminación.

3. El derecho al matrimonio, las uniones de hecho y el divorcio

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

  a) El libre consentimiento para contraer matrimonio por parte de los futuros esposos.

  b) La libre elección de el/la cónyuge.

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

- Los poderes públicos deben generar políticas tendientes a eliminar la discriminación contra mujeres y niños y niñas, en el ámbito de la Familia.
- Son posibles la adopción de medidas especiales, de carácter temporal, con el propósito de eliminar la discriminación contra la mujer en el ámbito de la familia (medidas de acción afirmativa).

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

El principio de promoción del matrimonio (La forma matrimonial y su influencia en el régimen de invalidez del matrimonio).

Las familias de origen matrimonial

Art. 234 CC: El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este código, a fin de hacer vida en común.”

NATURALEZA JURIDICA EL MATRIMONIO

Tesis Contractualista: Esta posición puede ser enfocada, desde tres perspectiva: la canoníca considera al matrimonio como un sacramento que se forma a través de un contrato valido; la perspectiva civil postula que el matrimonio participa de todos los elementos esenciales de los contratos

Tesis Institucionalista: el matrimonio es entendido como el conjunto de normas, formalidades, deberes, obligaciones, derechos y relaciones a que deben someterse, sin posibilidad de negociar.

Doctrina Mixta: el matrimonio es a la vez un contrato y una institución. "Mientras que el matrimonio como acto es un contrato , como estado es una institución".

- No se considera preservar el matrimonio si para lograrlo uno de los cónyuges debe de sufrir la violación de sus derechos fundamentales.

Uniones de Hecho

- Las uniones de hecho adquirieron rango constitucional con la Carta de 1979 (Art. 9º).
- En la Constitución de 1993 (Art. 5°), Se distinguen los elementos constitutivos, siguientes:

1. Unión estable de varón y mujer.
2. Ausencia de impedimento matrimonial.
3. Conformación de un hogar de hecho.

Uniones de Hecho

- Estas uniones tienen efectos en el orden personal y patrimonial.
- ¿Qué podría justificar que entre los cónyuges existan derechos hereditarios y entre los concubinas no?

Uniones de Hecho

- la promoción del matrimonio no debería hacerse a través del reconocimiento de mayores derechos personales y patrimoniales para los casados, pues con ello afecta el derecho a fundar una familia y a su protección.

El Principio de reconocimiento integral de las uniones de hecho según el Tribunal Constitucional

- La demandante solicita que se le otorgue una pensión de viudez, conforme al D.Ley 19990 alegando tener una declaración judicial de unión de hecho. Sin embargo la norma en su art. 53 exigía que para acceder a la pensión de viudez se requería acreditar la celebración de matrimonio civil.

- El problema consistía dilucidar si procede o no reconocer la pensión de sobreviviente a la pareja de hecho supérstite.

Tribunal Constitucional

- *"Sin importar el tipo de familia ante la que se este, ésta será merecedora de protección frente a las injerencias que puedan surgir del Estado y de la sociedad". Añade que "no podrá argumentarse en consecuencia, que el Estado solo tutela a la familia matrimonial, tomando en cuenta que existe una gran cantidad de familias extramatrimoniales. Es decir, se comprende que el instituto familiar trasciende al del matrimonio, pudiendo darse la situación de que extinguido este persista aquella".*

Tribunal Constitucional

Analizando el Art. 5 de la Constitución de 1993, el TC advierte las características de la Unión de Hecho: se trata de una unión monogámica heterosexual, sostenida por quienes no tienen impedimento matrimonial, con vocación de habitualidad y permanencia (2 años contínuos.326 CC), mantenida de manera pública y notoria, que conforma un hogar de hecho y a la que se le reconoce una comunidad de bienes que deberá sujetarse a la regulación de la sociedad de gananciales.

Uniones homosexuales

- Nuestra legislación define el matrimonio y las uniones de hecho como heterosexuales. Sin embargo, la realidad nos muestra que existen parejas del mismo sexo que constituyen hogares basados en lazos de solidaridad, amor, proyectos comunes, etc. Tales uniones, merecen una
- protección por parte del Estado

8 de agosto 2020

Art. 6, inc. 2 del Anexo del D.S. N° 220-2020- EF se reconoce como uno de los beneficiarios del apoyo económico a “los y las convivientes del mismo sexo del personal de salud fallecido”. Asimismo, el Ministerio de Salud se encargará de realizar el listado del personal de salud fallecido, y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, de los beneficiarios.

Este reconocimiento es un gran avance en pro de los derechos de las personas LGTBIQ+.

- Uno de los puntos centrales en el debate sobre el reconocimiento de efectos jurídicos a las uniones de hecho, ha sido el que estas no tienen fines procreativos. Sin embargo, tal finalidad no es indispensable para que exista matrimonio y familia. Sobre el particular, el Comité de Derechos Humanos en el caso Aumeeruddy-Cziffa c.Mauricio reconoció en 1978, *que el matrimonio sin hijos constituye una familia titular de los derechos consagrados por los artículos 17º y 23º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.*

- Divorcio, el artículo 4º Const. 1993, impone el mandato al legislador de regular las causales.
- Como consecuencia de ello se puede afirmar que varones y mujeres tienen el derecho de contar con una legislación que establezca los mecanismos idóneos que permitan la disolución del vínculo matrimonial.

- El divorcio, sin embargo, ha sido asumido normalmente como contrario a la protección de la familia matrimonial.
- El Tribunal Constitucional Peruano ha sostenido sobre el particular que ante la colisión entre la finalidad de promover el matrimonio y los derechos fundamentales de las personas, estos tienen un mayor contenido valorativo y constituyen finalidades más altas y primordiales que la conservación del matrimonio.

El divorcio

- La ley ofrece soluciones y remedio a los matrimonios que no pueden continuar.
- Divorcio remedio, no sanción.
- Divorcio notarial.
- Divorcio judicial.
- Divorcio municipal.

d) Los derechos sexuales y reproductivos

- No vamos a encontrar en los instrumentos internacionales de
- carácter vinculante una mención expresa de los derechos sexuales
- y reproductivos, pues la adopción de esta terminología ha causado
- una serie de resistencias en sectores conservadores 19

EL PRINCIPIO DE PROTECCION ESPECIAL DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA

El respeto de los derechos del niño constituye un valor fundamental en la sociedad que pretenda practicar la justicia social y los derechos humanos. Ello implica brindar al niño cuidado y protección, parámetros básicos que orientaban la concepción tradicional sobre el contenido de tales derechos, sino que adicionalmente, determina reconocer, respetar y garantizar la personalidad individual del niño.

En este sentido, la corte interamericana de derechos humanos ha precisado que la verdadera y plena protección de los niños significa que estos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, económicos, sociales y culturales .

- Los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos. Pero en atención a la particular situación de vulnerabilidad y dependencia en la que se encuentra el ser humano en tales fases de la vida, se justifica objetiva y razonablemente el otorgarles un trato diferente que no es discriminatorio; sino, por el contrario , sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos especiales derivados de tales condiciones.

- De acuerdo con ello, la especial protección que les reconoce la constitución y la convención sobre los derechos del niño tiene como objetivo ultimo el desarrollo armonioso de la personalidad de aquellos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos.
- A tales derechos especiales les corresponden deberes específicos, vale decir la obligación de garantizar la protección necesaria, a cargo de la familia, la sociedad y el estado.

EL COMITÉ DE LOS DERECHOS HUMANOS OBSERVA QUE ESTAS MEDIDAS PUEDEN GARANTIZAR A LOS NIÑOS EL PLENO DISFRUTE DE LOS DEMÁS DERECHOS ENUNCIADOS, PERO PUEDEN TAMBIÉN SER DE ORDEN ECONÓMICO Y SOCIAL.

Por ejemplo:

- Disminuir la mortalidad infantil.
- Eliminar la malnutrición de los niños
- Evitar que se les someta a acto de violencia y que sean explotados mediante trabajos forzados.

JURISPRUDENCIA RELEVANTE

CASACION 2215-2017, DEL SANTA
ACREDITACIÓN DE LA VIOLENCIA FAMILIAR
EN LA MODALIDAD DE MALTRATO PSICOLOGICO

Fundamento destacado: Décimo segundo.- Al respecto, para acreditarse la violencia psicológica demandada, debe analizarse si los hechos narrados en la denuncia han ocurrido conforme a las manifestaciones de las partes y a los Informes Psicológicos practicados a ellas, los que poseen la validez que establece la Ley de violencia familiar (…)

CASACION 2215-2017, DEL SANTA
ACREDITACIÓN DE LA VIOLENCIA FAMILIAR
EN LA MODALIDAD DE MALTRATO PSICOLOGICO

los cuales contienen información detallada de los resultados de las evaluaciones físicas y psicológicas a las que se haya sometido la víctima. La violencia familiar en la modalidad de maltrato psicológico debe ser acreditado con el dicho de la presunta víctima y el informe psicológico practicado.

Además, en este tipo de procesos debe apreciarse:

i) Que la declaración de la parte agraviada cobra importancia, requiriéndose no obstante que sea verosímil y la existencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo y/o persistencia en la incriminación (sin contradicciones ni ambigüedades), aunado a la oportunidad en el tiempo, desde que en algunas ocasiones los hechos de violencia familiar ocurren al interior de un hogar y la interrelación propia de una familia puede generar resistencia a denuncias o particulares variaciones que no abonan a la eliminación total de la violencia;

Además, en este tipo de procesos debe apreciarse:

ii) Que no existe justificación válida para que se ocasionen hechos de **violencia familiar**, debiendo primar siempre el diálogo que se dirija al esclarecimiento o solución de las naturales discrepancias que puedan surgir en el grupo; y,

Además, en este tipo de procesos debe apreciarse:

iii) Que no es necesario que los hechos de violencia sean reiterados y graves para que una persona sufra de violencia psicológica, pues pensar en dicho sentido sería atentar con el derecho a la integridad de una persona, consagrado en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, bastando incluso un sólo hecho para que se detecten actos de violencia psicológica, con dependencia por cierto del grado de sensibilidad de una persona y/o de la cultura de la que provenga, con atención especial al contexto en el que se produjo y al hecho realizado.

Exp. N° 1817-2009-HC - “Derecho a tener una familia y no ser separado de ella”

- *Este Tribunal Constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el derecho del niño a tener una familia como un derecho constitucional implícito que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar consagrados en los artículos 1º y 2º, inciso 1) de la Constitución. Se trata de un derecho reconocido implícitamente en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, según el cual “el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”, así como en su artículo 9.1, que establece que “los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos”, derecho reconocido también expresa en el artículo 8º del Código de los Niños y Adolescentes, que señala que “el niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia”.*

Exp. N° 1817-2009-HC - “Derecho a tener una familia y no ser separado de ella”

- *Asimismo, este Colegiado ha reconocido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, y que aun cuando los padres estén separados de sus hijos impone que la convivencia familiar deba estar garantizada, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y que la autoridad que se le reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera generar un daño para su bienestar, desarrollo, estabilidad, integridad y salud. En este sentido, el niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que impedírselo o negárselo sin que existan razones determinantes en función del interés superior de aquél, entorpece su crecimiento y puede suprimirle los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como generar la violación de su derecho a tener una familia.*

CASACION 2435-2016, Cusco
AGRESIONES MUTUAS DE LOS PADRES CONSTITUYEN MALTRATO PSICOLOGICO A LOS HIJ@S

Sumilla: Cuando uno de los padres ejerce violencia sobre el otro o cuando ambos se infligen actos de violencia familiar -como en este caso-, si bien ellos son los agraviados directos de tales hechos, sus hijos se ven perjudicados, no inicialmente sino de forma indirecta.

CASACION 2435-2016, Cusco
AGRESIONES MUTUAS DE LOS PADRES CONSTITUYEN MALTRATO PSICOLOGICO A LOS HIJ@S

Como fundamentos de su sentencia el juez de la causa establece que los protocolos de pericia psicológica de fojas 16,19,272, y 269, realizadas a los menores de edad, acreditan que son víctimas de maltrato psicológico al ser testigos de peleas y discusiones entre sus progenitores lo que afecta su integridad sicológica y adecuado desarrollo emocional. Corrobora esta situación los diferentes procesos judiciales sobre violencia familiar que existe entre los demandados.

CASACION 2435-2016, Cusco
AGRESIONES MUTUAS DE LOS PADRES CONSTITUYEN MALTRATO PSICOLOGICO A LOS HIJ@S

Las evaluaciones psicológicas practicadas a los menores arrojan también que la madre ejercería presumiblemente actos de alienación parental, puesto que, como señala la menor M.M.S, en su entrevista psicológica «su papá Juan no quiere que vivan en la casa donde ellos vivían, eso no lo ha escuchado, solo le han contado», hechos que generan sentimientos negativos hacia el papá; aunado a que ella tampoco permite que el progenitor pueda conducirlos fuera del domicilio, alegando que podría llevárselos fuera del país o que los retorne hacia el Cusco, existiendo restricción en las visitas.

CASACIÓN N° 588 – 2016, LIMA
Violencia Familiar contra adulto mayor

El Maltrato Físico a un Adulto Mayor.- El mismo que se corrobora con las pruebas actuadas en autos, que establecen la vinculación de la conducta del agresor {hijo) con la lesión producida al agraviado (padre), quien además al ser una persona mayor de 60 años se encuentra en condición de vulnerabilidad y dentro del marco de protección especial que la Ley No 28803 establece para las Personas Adultas Mayores; siendo irrelevante, en este caso, que el conflicto tenga trasfondo de contenido patrimonial.

¿En que casos un NNA puede perder a su familia?

- Niño descuidado
- Niño mal alimentado
- Niño que no va al colegio
- Ejercer violencia contra el niño.
- Darle ejemplos corruptos.

Decreto Legislativo 1297

- DECRETO LEGISLATIVO PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES SIN CUIDADOS PARENTALES O EN RIESGO DE PERDERLOS
- Apoyo a sus familias de origen, en la actuación estatal a través de los procedimientos por riesgo y desprotección familiar.

Decreto Urgencia 001-2020

- Art. 8.- Protección integral a las niñas, niños o adolescentes con discapacidad.
- Artículo 11**.-** Son funciones de: Gobiernos locales
- a) Actuar en los procedimientos por riesgo, a través de las (DEMUNA), acreditadas, capacitadas y supervisadas por el MIMP.

- Muchas gracias por su atención

Illian Hawie Lora
www.abogacia.pe
ihawie@gmail.com