

## Protección de las familias dentro de un Estado constitucional de derecho (\*)

### Protection of families within a state constitutional law

Gaudy Yely Veliz Mayta<sup>1</sup>

---

**Sumario:** Introducción. **I.** Las familias en el escenario de su de desarrollo y realización de derechos. **II.** Protección de las familias: convencionalidad y constitucionalidad. **III.** Estado constitucional de derecho y la ponderación como herramienta para solución de casos de familia. – Conclusiones. – Sugerencias. – Referencias bibliográficas.

**Resumen:** Hoy ya no se puede asumir un único modelo de familia, por el contrario existen diversas estructuras familiares que merecen ser visibilizadas y protegidas por el Derecho. Por ende, una mirada desde la convencionalidad y constitucionalidad, por encima de consideraciones de orden legal, permite una mejor protección de las familias, aunándose a ello la existencia de una clara línea jurisprudencial a través de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional. Así mismo, la consideración de la familia como ente colectivo no puede ser considerado como obstáculo para la protección de derechos de sus integrantes, debiendo existir un equilibrio entre la consideración de ente colectivo y protección a sus integrantes. En este orden, de presentarse conflictos que involucren a las familias frente a actuaciones estatales, privadas o entre sus propios miembros, poniendo en conflicto principios, la ponderación es una herramienta útil para la resolución de controversias.

**Palabras clave:** Derecho familiar constitucional, protección jurídica de las familias, Derecho de familia, Estado constitucional de derecho, derechos fundamentales de las familias.

---

(\*) Recibido: 08/06/2020 | Aceptado: 19/06/2020 | Publicación en línea: 01/07/2020.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

<sup>1</sup> Fiscal Adjunta Superior Civil y Familia. Maestría en Derecho Civil con mención en Derecho de Familia, por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Maestría en Derecho Empresarial por Universidad Nacional Federico Villarreal. Doctorada en Derecho por la Universidad San Martín de Porres.  
[gauddy\\_v@yahoo.com](mailto:gauddy_v@yahoo.com)

**Abstract:** Today it is no longer possible to assume a single family model; on the contrary, there are various family structures that deserve to be made visible and protected by law. Therefore, a look from the conventionality and constitutionality, above considerations of legal order, allows a better protection of families, adding to this the existence of a clear line of jurisprudence through the judgments of the Inter-American Court of Human Rights and the Constitutional Court. Likewise, the consideration of the family as a collective entity cannot be considered an obstacle to the protection of the rights of its members, and there must be a balance between the consideration of the family as a collective entity and the protection of its members. In this order, if conflicts arise involving families in relation to actions by the State, private individuals or their own members, and principles are in conflict, weighting is a useful tool for resolving disputes.

**Keywords:** Constitutional family law, legal protection of families, family law, constitutional rule of law, fundamental rights of families.

---

## Introducción

Nadie puede negar la importancia de la familia en el proceso de formación, desarrollo, afianzamiento de identidad de las personas pues es espacio de desarrollo y realización de derechos; pero también unidad valiosa para el desarrollo de un país.

Las familias son el espacio por orden natural en el que se iniciará el proceso de socialización, formación de valores, apegos e identidad del ser humano; posteriormente a futuro permitirá ser un ciudadano pro social, a raíz de ello la importancia del niño, niña y adolescente de vivir en familia con relaciones de respeto y protección.

Pero la importancia de la familia en sus diversas expresiones o estructuras; así como, su protección debe enfocarse desde el punto de vista constitucional y convencional, que permita visibilizar la heterogeneidad de esta a la luz de los cambios actuales y prodigar protección en sentido amplio, realización de derechos de sus miembros pero sin desconocer la importancia de la familia como institución.

Esta nueva perspectiva implica comprender una nueva visión del Estado Constitucional de Derecho, una nueva forma de interpretar y aplicar el Derecho y su vinculación con la protección de los derechos fundamentales, conllevando a la protección de las familias y sus integrantes desde una visión amplia y no reduccionista, en dicho proceso existe una interrelación constante de la Convencionalidad y la Constitucionalidad. Así, abordamos la presente entrega analizando sus diversas aristas y alcances.

### I. Las familias en el escenario de su desarrollo y realización de derechos

Los seres humanos no podemos desarrollarnos en soledad, el ser humano necesita y debe desarrollar primariamente su sociabilidad, adquirir competencias para poder interactuar en su comunidad, y tener una identidad definida, estos aspectos se inician o empiezan a forjarse en el seno de la familia. Es en este marco donde recibirán afecto, reglas de convivencia, consideración a sus semejantes; es por ello, la importancia social de la familia entre otros aspectos. A ello debe

resaltarse que en esta coexisten intereses colectivos e individuales.

La familia es una institución social anclada en necesidades humanas universales de base biológica: la sexualidad, la reproducción y la subsistencia cotidiana (...). Como institución social, la familia regula la sexualidad legítima, los patrones matrimoniales, la conyugalidad, la fecundidad, transmisión intergeneracional de capital social y económico, no es una organización aislada sino parte orgánica de procesos sociales más amplios (...).<sup>2</sup>

Y es dentro de esta perspectiva del Derecho y porque no decir de las ciencias sociales, el reconocimiento a las familias como espacio de socialización y formación de la persona. Sin embargo, debido a los diversos procesos de la modernidad, cambios sociales, políticos, culturales han influido inexorablemente en su conformación y en las relaciones entre sus miembros; por ello no se puede desconocer que la familia en cuanto a su estructura tradicional ha sufrido transformaciones si cabe el término, ha sufrido cambios ocasionados por los procesos de industrialización, inserción de la mujer al mercado laboral, globalización e individuación del ser humano, etc.; emergiendo nuevos tipos de estructuras familiares que merecen ser visibilizadas y por ende protección jurídica. Merece resaltar que dentro de estos cambios la inserción de la mujer al mercado laboral sin duda tuvo gran impacto en la estructura familiar-división sexual del trabajo- permitiendo visibilizar situaciones de inequidad y abuso de poder que otrora bajo al argumento de que El Estado no podía intervenir en el ámbito privado familiar se toleraron o invisibilizaron.

Y es en este contexto de cambios que conlleva a una nueva mirada que incide en la protección de sus integrantes dentro de un marco de relaciones democráticas y responsables. Por ende, las relaciones familiares deben desarrollarse dentro de un marco de respeto entre sus miembros, con una consideración de especial protección hacia los integrantes más débiles del grupo familiar, como son los niños, niñas y adolescentes, adultos mayores, personas con discapacidad y mujeres en estado de vulnerabilidad, situación que exige la adopción de acciones afirmativas que logren la igualdad sustancial, una igualdad de oportunidades.

Ello no implica desconocerse la importancia de las familias como institución; por el contrario, se debe lograr compatibilizar la concepción de familias como ente colectivo sin menoscabar la importancia de proteger a sus miembros en el entendido de ser espacio de realización de derechos de sus integrantes. A este aspecto incide María Rodríguez<sup>3</sup> la familia, como ente colectivo, no puede ser conceptualizada como obstáculo para la realización de derechos individuales de sus miembros; pues no se puede desconocer que es el ámbito natural de desarrollo de esos derechos.

Es por ello la importancia de políticas públicas que se orienten al fortalecimiento de las familias creando las condiciones y adoptando las acciones respectivas para que de manera intersectorial y articulada se dé las condiciones para que las relaciones familiares se desarrollen dentro de un contexto de respeto de derechos. En esta línea, se requiere no sólo de la dación de leyes al respecto, sino

---

<sup>2</sup> JELIN, Elizabeth. "Las familias latinoamericanas en el marco de las transformaciones globales". En ARRAIGADA, Irma (coordinadora), familias y políticas públicas en América Latina. Una historia de desencuentros. Santiago de Chile.CEPAL, 2007.

<sup>3</sup> RODRIGUEZ, María. "Entre protección y socavamiento". En Familia y Legislación .Revista Chilena de Derecho, Volumen 25, Nro 3, 1998, p.524.

enfatar en políticas de prevención y consolidación de las relaciones familiares, pero además es de imperiosa necesidad la especialización en la Administración de Justicia que permita comprender la complejidad e importancia de proteger las relaciones familiares y respeto de derechos en sus decisiones.

Sobre el particular Elizabeth Jelim en relación a las políticas públicas relacionadas a las familias refiere que estas responderán a la concepción que se tenga de las formas y modelos de familias como institución social y un conocimiento profundo de las transformaciones familiares<sup>4</sup>. Y este aspecto es de suma importancia pues conocer a profundidad la realidad social permitirá que las acciones de Estado (políticas, leyes) respondan a esa realidad social y a las necesidades de las nuevas estructuras familiares y sus integrantes, máxime si las familias como unidad social constituyen agentes de desarrollo por ello si se brinda una protección que responda a la realidad social permitirá el desarrollo como ente colectivo y progreso de un país pero a la vez permitirá que se consoliden relaciones familiares más armoniosas previniendo índices de violencia entre sus miembros..

## II. Protección de las familias: convencionalidad y constitucionalidad

En los diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos del ámbito universal como regional reconocen la importancia de la familia y su protección. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 23<sup>o</sup> hace referencia a la familia:

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado, 2.2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello (...). En nuestro ámbito regional, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 17<sup>o</sup><sup>5</sup> refiere a la protección de la familia, en específico al derecho a fundar familia, 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado (...).

Como se advierte, se reconoce la importancia de la familia y la obligación de protección por parte del Estado y la comunidad, resaltando que no se define un tipo de familia

---

<sup>4</sup> JELIN, Elizabeth. "Las familias latinoamericanas en el marco de las transformaciones globales". En ARRAIGADA, Irma (coordinadora), familias y políticas públicas en América Latina. Una historia de desencuentros. Santiago de Chile. CEPAL, 2007, p.94.

<sup>5</sup> 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

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

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

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

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

(..) En el derecho internacional de los derechos humanos la familia es un “elemento natural y fundamental” de la sociedad. Sin embargo y pesar de reconocer su centralidad y debida protección, a lo largo de los años se ha planteado dificultades para definir qué se entendía por familia y precisar los alcances de su debida protección<sup>6</sup>.

Y esto es bueno, pues permite poder interpretar los instrumentos internacionales en los nuevos contextos y tiempos, adecuar el Derecho a la realidad social, lo que la Corte Interamericana denomina la interpretación evolutiva.

(...) Los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. De este modo, la interpretación evolutiva confluye con la observancia del objeto y fin de la Convención Americana. Como fue establecido con anterioridad, la interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación contenidas en el artículo 29 de la Convención Americana; así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>7</sup>.

Bajo este contexto de la convencionalidad no refiere a un tipo de familia exclusiva y excluyente, no se adhiere al concepto tradicional de familia, si bien era tradicional asociar la familia con la familia matrimonial nuclear patriarcal; los tiempos y contextos han cambiado, la realidad social ha cambiado.; ni siquiera en la sociología se refiere a un tipo de familia; se destacan sus aspectos como institución, unidad económica, organización microsocia y hoy en día se enfatiza la importancia de los lazos afectivos, el apego socio afectivo en el concepto de familia constituyendo un criterio de gran valía.

Es por ello que hoy ante los cambios sociales, culturales se visibiliza diversas estructuras familiares, diversos tipos de familia que merecen protección jurídica, como la familia nuclear, convivencial, monoparental, ampliada o extensa, ensamblada, homoafectiva; etc.; familias que merecen especial protección contra las acciones arbitrarias de parte del Estado o de particulares. Y en este aspecto existen diferentes sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los que se refiere a la protección a las familias pues no se identifica un tipo único de familia y se ha reconocido **el principio de protección a la familia**. En la Convención Americana de Derechos Humanos, se hace referencia en su artículo 17° respecto a la protección a la familia,

Dos fallos emblemáticos de la Corte IDH son centrales para un adecuado abordaje del artículo 17 de la Convención Americana. Por un lado, el caso Atalo Riffo vs Chile y, por el otro, el caso Fornerón vs. Argentina. Ambos involucran diversos aspectos de la protección de la familia (...) en el mencionado caso Atala Riffo vs. Chile la Corte IDH sostuvo que: (...) en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup>BELOFF, Mary. “Artículo 17. Protección a la Familia”. En STEINER, Christian y URIBE Patricia (editores). Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario. Bogotá: fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 394.

<sup>7</sup>Opinión Consultiva OC 24/147, “identidad de Género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr. 187.

<sup>8</sup>BELOFF, Mary “Artículo 17. Protección a la Familia”. En STEINER, Christian y URIBE Patricia

En el caso *Fornerón vs. Argentina*, también hace referencia a la protección de la familia y un concepto amplio de familia, señalando:

98. Este Tribunal ha dicho anteriormente que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de la misma. Adicionalmente la Corte Interamericana ha establecido que el término “familiares” debe entenderse en sentido amplio, abarcando a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano. (...), 116. La Corte ya ha indicado que el derecho de protección a la familia, reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar (...).<sup>9</sup>

Asimismo, en el caso *Duque v/s Colombia*, caso en la que se estableció responsabilidad internacional de Colombia por haber negado al señor Duque el derecho a una pensión de sobrevivencia tras la muerte de su pareja; se trataba de una relación de parejas del mismo sexo. En este caso la Corte efectúa un análisis bajo el principio de igualdad y no discriminación y si bien expresamente, estableciendo que no puede hacerse diferencias por razones de orientación sexual entre parejas del mismo sexo refiriendo que el concepto de Familia del Estado demandado obedecía a un concepto estereotipado, siendo la identidad de género un motivo prohibido de discriminación.<sup>10</sup>

Asimismo, no se puede dejar de mencionar que en la Opinión Consultiva N° 24/17, la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó:

178. (...) la Corte observa que en la actualidad existen diversas formas en las que se materializan vínculos familiares que no se limitan a relaciones fundadas en el matrimonio. En este sentido, este Tribunal ha opinado que: “[...] [La definición de familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales. Además, en muchas familias la(s) persona(s) a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos. Más aún, en el contexto migratorio,

---

(editores). Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario. Bogotá: fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 390.

<sup>9</sup> Caso *Fornerón vs. Argentina*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>10</sup> 111. El Comité de Derechos Humanos ha resuelto que la distinción entre las parejas del mismo sexo que son excluidas del derecho a la pensión, y las parejas de hecho compuestas por personas de distintos sexos que sí reciben el beneficio de la pensión, no es razonable ni objetiva y no existen factores que justifiquen la existencia de la distinción, por lo que constituyen una discriminación con base en la orientación sexual de las personas. 112. A continuación, el Tribunal se referirá a cierta normatividad y jurisprudencia de algunos de los países de la región que han reconocido el acceso a las pensiones de sobrevivencia a las parejas del mismo sexo estableciendo que las preferencias sexuales de una persona no constituyen un obstáculo para hacer realidad los derechos a acceder a una pensión de sobrevivencia. Por tanto, la Corte encuentra que la existencia de una normatividad interna vigente en el año 2002 que no permitía el pago de pensiones a parejas del mismo sexo, era una diferencia de trato que vulneraba el derecho a la igualdad y no discriminación, por lo que constituyó efectivamente un hecho ilícito internacional. Adicionalmente a lo anterior, ese hecho ilícito internacional afectó al señor Duque, en la medida que esas normas internas le fueron aplicadas por medio de la respuesta del COLFONDOS a su gestión al respecto y por la sentencia de tutela del Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá y la sentencia del Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá (supra párr. 79). Sentencia de la CIDH, caso *Duque v/s Colombia*.



los “lazos familiares” pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes, máxime cuando, en lo que respecta a niñas y niños, no han contado o convivido con sus padres en tales procesos. Es por ello que el Estado tiene la obligación de determinar en cada caso la constitución del núcleo familiar de la niña o del niño [...]. 179. Para el Tribunal, no existe duda de que –por ejemplo– una familia monoparental debe ser protegida del mismo modo que dos abuelos que asumen el rol de padres respecto de un nieto. En el mismo sentido, indiscutiblemente la adopción es una institución social que permite que, en determinadas circunstancias, dos o más personas que no se conocen se conviertan en familia. Asimismo, en concordancia con lo expresado en el Capítulo VII de esta opinión, una familia también puede estar conformada por personas con diversas identidades de género y/o orientación sexual. (...). Asimismo, en concordancia con lo expresado en el Capítulo VII de esta opinión, una familia también puede estar conformada por personas con diversas identidades de género y/o orientación sexual. Todas estas modalidades requieren de protección por la sociedad y el Estado.

A nivel de nuestro Derecho Interno, la Constitución Política del Estado reconoce la protección de la familia en su artículo 4º, a éstos efectos merece hacer referencia a la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional que en atención al artículo 4º de la Carta Magna debe entenderse a la protección de diversos tipos de familia, en esta línea de protección de la familia, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en reiteradas jurisprudencias como en la sentencia emitida en el caso SHOLS PÉREZ<sup>11</sup>, en cuyo fundamento siete se precisó:

Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas o ensambladas. Posteriormente, y sobre las familias ensambladas el Tribunal Constitucional expidió una segunda sentencia precisando consideraciones a tener en cuenta es el caso de la sentencia N°01204-2017-PA/TC, caso Medina Méndez que en su considerando 34º precisa: “En primer lugar, este Tribunal estima pertinente señalar cuáles serían las principales características de una familia ensamblada. Estas características, que debe estar lejos de ser un *numerus clausus* y tiene una naturaleza esencialmente descriptiva, serían las siguientes: (i) Comprende una pareja cuyos integrantes deciden voluntariamente fusionar sus proyectos de vida, y en la cual uno de ellos o ambos posee hijos de una relación previa. También comprende a parientes con lazos cercanos que voluntariamente deciden hacerse cargo de la atención, cuidado y desarrollo del niño o niña en forma habitual. (ii) Generalmente, se originan por razones de abandono, viudez, divorcio o separación de uniones de hecho. Este último, en base a la relación de equivalencia que existe en nuestro ordenamiento entre el matrimonio y la unión de hecho; tal como lo ha dispuesto el artículo 5 de la Constitución y el artículo 326 del Código Civil (Cfr. STC 09708-2006-AA/TC). (iii) La nueva identidad familiar debe guardar algunas características para reconocerse como tal. Estas características puede consistir en “habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento”<sup>12</sup>.

Asimismo, en la sentencia emitida en el caso Janet Rosas Domínguez, en el

---

<sup>11</sup>Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el expediente N° 09332-2006-PA/TC, caso Reynaldo Armando Shols Pérez.2007.

<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 01204-2017-PA/TC, caso Medina Menéndez.

fundamento once se precisa:

se deduce que, sin importar el tipo de familia ante la que se esté, ésta será merecedora de protección frente a las injerencias que puedan surgir del Estado y la sociedad. No podrá argumentarse, en consecuencia, que el Estado solo tutela a la familia matrimonial, tomando en cuenta que existen una gran cantidad de familias extramatrimoniales. Es decir, se comprende que el instituto familia trasciende al del matrimonio, pudiendo darse la situación de que extinguido este persista aquella (...) <sup>13</sup>.

En esta misma sentencia se precisa que la familia no necesariamente está vinculada a la función de procreación, pues puede haber familia sin descendencia.

De las sentencias citadas a nivel de la CIDH y el Tribunal Constitucional se puede advertir que es la mirada constitucional y convencional que permite hacer efectivo el principio de protección a la familia; así pues, a esta interrelación del derecho interno y derecho internacional público, la autora Torres Zúñiga, denomina el pluralismo constitucional que refiere:

el concepto de pluralismo constitucional alude a la existencia de diversos órdenes constitucionales entre los que no existe una prevalencia determinada de uno sobre otro, sino influencias y limitaciones mutuas en función de un ethos constitucional transnacional que se refiere a la tutela de derechos humanos (...) el concepto de pluralismos supone que todos los ordenamientos tienen autoridad que involucra el reconocimiento mutuo entre aquellos que lo ostentan; de lo contrario; no es posible hablar de un modelo pluralista basado en la regla de horizontalidad y coordinación”, (...). Salvadas las excepciones, se puede indicar que la noción de pluralismo atiende a una caracterización de orden material que se construye sobre la base de principios comunes entre el derecho internacional y el derecho constitucional, como la protección de los derechos del individuo y la promoción de la democracia y del modelo de estado de derecho.” <sup>14</sup>

Y en este aspecto de protección de las familias e intervención del Estado, Frances Olsen afirma que el Estado siempre interviene, analiza con dicho fin el argumento de la intervención proteccionista bajo el cual la regla es la no intervención y la excepción es la intervención, pero una intervención selectiva; por otro lado, analiza el argumento de la incoherencia y sostiene que el Estado siempre interviene pues constantemente define y redefine a la familia, los roles familiares. Por ende, no es cierto que no interviene; por el contrario, la intervención del Estado en la familia es un concepto ideológico más que analítico, y en este orden de ideas propone que se debería superar el concepto de intervención y no intervención pues son limitantes; por el contrario, centrarse en la realidad, un mal concepto de intervención proteccionista conlleva a políticas públicas mal diseñadas que no responde a la realidad y causan mayores problemas. <sup>15</sup>

---

<sup>13</sup>Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente N° 06572-2006-PA/TC, caso Janet Rosas Domínguez.2007.

<sup>14</sup>TORRES ZÚÑIGA, Natalia. “Control de Normas Constitucionales por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Subsidiaridad, deferencia e impacto de la teoría del cambio constitucional. En AA.VV .Anuario de Investigación del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ)2015.Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pag.303

<sup>15</sup> OLSEN, Frances. “El mito de la intervención del Estado en la familia”. En FACIO, Alda y Lorena FRIES. Género y derecho. Santiago: LOM Ediciones, 1999.



Al margen de la posición que se tenga, lo cierto es que existe un marco convencional y constitucional de protección a las familias en su diversidad que debe primar sobre consideraciones de orden legal, entendiendo no sólo como institución sino como espacio de realización de la persona y ejercicio de derechos; por ende, no debe primar consideraciones de ámbito privado para la no injerencia del Estado cuando se advierte vulneración de derechos o tratamiento discriminatorio ni incurrir en un intervencionismo estatal mal enfocado, no se debe admitir intervenciones arbitrarias en la vida familiar por parte del Estado ni de particulares, pero también es cierto que la familia ya no es el espacio privado donde el Estado no debía intervenir.

### III. Estado constitucional de derecho y la ponderación como herramienta para solución de casos de familia

Siendo ello así, queda claro que la protección a las familia no es restrictiva a sólo un tipo de familia, **sino a las familias sin discriminación alguna**; y esta protección a los diversos tipos de familia guarda consonancia con un Estado Constitucional de Derecho, inspirado en la corriente filosófica del Derecho conocida como el neo constitucionalismos cuyo fundamento radica en la Constitución entendida no sólo como norma política sino también jurídica; orientada a la protección de la persona humana y sus derechos fundamentales basada en el principio de la dignidad; lo que conlleva, a la necesidad de interpretar y aplicar las reglas jurídicas a la luz de los parámetros constitucionales, y porque no de los estándares internacionales de los Derechos Humanos. Por cuanto, los Tratados de Derechos Humanos ratificados por el Perú forman parte del Derecho interno conforme se precisa en el artículo 55° de la Constitución: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”, concordado con la Cuarta Disposición Final y Transitoria.

A esta corriente filosófica del Derecho, Aguiló Josep<sup>16</sup>, se refiere como el

Constitucionalismo principalista, esto es, que para hablar de un Estado Constitucional no sólo es necesario la existencia de una ley superior sino que además se exige la necesidad de ciertos contenidos necesarios, normas y principios necesarios.

Es así, que este proceso de neoconstitucionalización del derecho irradia a todo el derecho, y el Derecho de Familia no es ajeno a ello, cambia la visión a una visión más tuitiva y menos formalista y legalista, característica del otrora Estado Legal de Derecho;

Constitución y tratado, en consecuencia, son el punto de partida para la regulación en materia de Derecho de Familia pues enuncian un conjunto de derechos y principios que constituyen un mandato a los poderes públicos y a los particulares. En otras palabras,

---

<sup>16</sup> Lo que si voy a hacer es contraponer dos grandes formas de concebir (identificar, definir) jurídicamente (es decir, en cuanto juristas) la Constitución del Estado Constitucional. La primera, inspirada en el constitucionalismo garantista de FERRAJOLI, vendría a sostener que la constitución del Estado constitucional se define por *lex superior*; la segunda, que podríamos llamar “constitucionalismo principalista” sostendría que la constitución del Estado Constitucional se define por *lex superior* más ciertos contenidos necesarios (definitorios). AGUILO, Josep “Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta”. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 35, 2012, p252.

esto significa que el desarrollo legislativo así como, las decisiones judiciales que involucran a las familias y las políticas públicas destinadas a estas, deben fundarse en tales mandatos y principios<sup>17</sup>.

En este nuevo escenario los diversos Estados deben adoptar las acciones respectivas para garantizar el respeto, protección de las familias en un escenario de igualdad; protección de sus integrantes, garantizar que se afiancen los derechos fundamentales de sus integrantes,

bajo esta perspectiva la familia no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se materialice la dimensión generativa o de procreación únicamente. Por cierto, la familia también es la encargada de transmitir valores éticos, cívicos y culturales. En tal sentido, "su unidad hace de ella un espacio fundamental para **el desarrollo integral de cada uno de sus miembros**, la transmisión de valores, conocimientos, tradiciones culturales y lugar de encuentro intra e intergeneracional", es pues, "agente primordial del desarrollo social"<sup>18</sup>,

Este aspecto es de suma importancia pues da una nueva perspectiva, esto es, ya no se puede sostener sólo la protección a las familias como institución; sin que se logre un equilibrio de protección y visibilización de sus integrantes, a las personas que la integran, garantizar el respeto y vigencia de los derechos fundamentales de sus integrantes;

la familia es una institución cuya finalidad esencial es facilitar a sus integrantes el ejercicio de sus derechos fundamentales. Las familias, en una mirada que reconoce su diversidad y deja atrás un modelo ideal basado en una concepción naturalista de las mismas, son una esfera importante de desarrollo de la afectividad, de la socialización y del desarrollo humano y por ello los Estados promueven normas y políticas en torno a ellas. No obstante, hoy el centro de la protección estatal ha dejado de ser la institución identificada como modelo ideal (...) y han pasado a ser los miembros del grupo familiar, en tanto sujetos de derechos fundamentales, los beneficiarios de esta defensa<sup>19</sup>.

Por ello, ante los diversos tipos de familias como las monoparentales, extensas, ensambladas, homoafectivas, etc., implican un nuevo escenario de las relaciones y dinámica familiar que deben ser tomadas en cuenta para la resolución de conflictos puesta a conocimiento de las autoridades de administración de justicia; el derecho no puede desconocer estas particularidades, por ello deben estar proscritas todas reglas, leyes, políticas públicas que lejos de fortalecer y garantizar estos derechos los vulnera o debilita, ya sea que incurran en actuaciones discriminatorias directas o indirectas, pero frente a éstas situaciones una mirada convencional y constitucional al momento de resolver los conflictos puestas a conocimiento del sistema de justicia ayudará a adoptar una decisión más justa.

En este sentido, la protección de las relaciones familiares y a sus integrantes en tanto titulares de derechos, implica tener en consideración los derechos

---

<sup>17</sup>FERNANDEZ REVOREDO, Marisol "La familia vista a la luz de la Constitución y los derechos fundamentales: aproximación a un análisis crítico de las instituciones familiares. Foro Jurídico, Año I, N° 2, 2003, p.118.

<sup>18</sup>Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente N° 06572-2006-PA/TC, caso Janet Rosas Domínguez.2007, fundamento diez.

<sup>19</sup>RAMIREZ HUAROTO, Beatriz. "Género y Derecho de Familia: enriqueciendo la Administración de Justicia". En AA.VV. Los derechos de las mujeres en la mira. Lima: Demus, 2014.p.144

fundamentales, derechos que no siempre están planteados como reglas sino como principios, por ello, es de gran importancia tener en cuenta su estructura. Al respecto, Manuel Atienza precisa que los derechos tienen una dimensión normativa (y que para dar cuenta de la misma necesitamos -o podemos necesitar- contar tanto con reglas como principios) pero también posee una dimensión axiológica o valorativa, sin la cual la noción de derecho fundamental resulta incomprensible<sup>20</sup>. En este entendido, en su libro sobre Principios y Reglas, Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero precisan y hablan de la diferenciación entre reglas y principios en sentido estricto y directrices, siendo que los primeros se caracterizan por presentar un esquema condicional, esto es, de correlación caso /solución, las cuales deben ser cumplidas sí o sí. En tanto que los principios en sentido estricto configuran el caso de manera abierta respecto a las condiciones de aplicación pero no en la descripción de la conducta, y respecto a la directrices entendidas como mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diversos grados de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas, se caracterizan porque al estipular la obligatoriedad de utilizar medios idóneos, para perseguir un fin determinado, dejan abierto el modelo de conducta prescrito, por lo que pueden ser cumplidos en diversos grados<sup>21</sup>.

Tener en cuenta estos aspectos es de vital importancia para resolver conflictos sobre derechos fundamentales ante actuaciones provenientes de entes estatales o de particulares amparados en leyes que vulneren derechos fundamentales, pues de haber conflictos entre principios se recurre a la ponderación para resolver el conflicto.

La ponderación es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que puedan resolverse entre ellos y los principios o razones que jueguen es sentido contrario (...).La ponderación es entonces la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso.<sup>22</sup>

Es así, que ante conflictos entre principios el método de la proporcionalidad o ponderación, constituye una herramienta valiosa para la solución de casos, pues permite ponderar principios y determinar en cada caso que principio prevalece frente a los principios opuestos concurrentes. Al respecto Suárez Manrique precisa

que la proporcionalidad entendida como proporcionalidad sistémica cuenta con sub principios: a) Idoneidad que implica el fin constitucional de la medida y la adecuación de la medida, pero en la que se afectan varios principios a lo que llama pluralidad de fines; b) Necesidad que debe ser entendida que al afectarse varios principios debe adoptarse la medida más benigna con los derechos intervenidos; c) la proporcionalidad en sentido estricto que refiere a las ventajas que se obtienen mediante la intervención en los principios constitucionales deben compensar los sacrificios que ésta implica para

---

<sup>20</sup>ATIENZA, Manuel. "Dos versiones del Constitucionalismo". Doxa, N° 34,2011.p.76.

<sup>21</sup>ATIENZA, Manuel y Juan RUÍZ MANERO. "Sobre Principios y Reglas". Doxa. Cuadernos de Filosofía de Derecho, N° 10, 1991, pp.107-108.

<sup>22</sup>BERNAL PULIDO, Carlos." La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales". En Enrique CÁCERES, Imer B.FLORES, Javier SALDAÑA y Enrique VILLANUEVA(coordinadores).Problemas contemporáneos de la Filosofía del Derecho.México: Universidad Autónoma de México, 2005.p.19.

sus titulares y para la sociedad en general. El autor citado señala que la ponderación entendida como sistémica contempla un número plural de principios constitucionales en juego, que se contraponen en todos los casos, a otro conjunto de principios<sup>23</sup>.

Así tenemos, desde el punto de vista constitucional y principios protectores contenidos en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, la nueva visión de protección de las familias en sentido amplio, lo que abriga un cambio en la visión de los operadores de Derechos al momento de resolver conflictos jurídicos donde la ponderación es una herramienta adecuada para resolver conflictos priorizando los derechos de sus integrantes.

Merece hacer referencia que son diversas las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional en los que se ha emitido pronunciamiento protegiendo derechos de los integrantes de las familias desde una visión convencional y constitucional sobre consideraciones de orden legal como en el caso Janet Rosas Domínguez expediente incidiendo en las uniones de hecho como un tipo de familia; el caso Álvarez Rojas sentencia 2868-2004-AA/TC donde se desarrolla el tema de la protección del ámbito privado y el libre desarrollo de la personalidad, caso Sholl, caso Domingo Peralta y Apafas, en esta última se enfatiza el rol de la familia en el proceso educativo de los niños, niñas y adolescentes, en los fundamentos 9 y 8, precisa

(...) En este tipo de familias, por ejemplo, los abuelos participan de manera activa en el desarrollo y formación de los nietos, por decisión voluntaria de los padres de familia, quienes por distintos motivos, generalmente laborales, se encuentran imposibilitados por los menos ordinariamente de compartir o supervisar diaria y directamente diversas actividades con sus hijos, tales como reuniones en el colegio o eventos sociales o religiosos (actos propios de la vida civil). Un aspecto relevante de la familia es su rol educador, al ser aquella, entre otras cosas, el espacio natural en el que nos educamos tanto en valores como en otros aspectos. En la familia son los padres quienes tienen la obligación natural de educar a sus hijos, a la que no pueden ni deben renunciar, pues son ellos los que establecen las líneas iniciales y maestras de un proyecto educativo personal. Dicha labor tiene en la escuela a su primera y esencial colaboradora, sin que ello implique que aquellos pierdan el protagonismo que por derecho les corresponde<sup>24</sup>.

La citada sentencia fue una gran oportunidad para valorar y tener en cuenta los derechos del niño, niña y adolescente en concordancia con el principio del interés superior del niño.

Asimismo, el Tribunal Constitucional en el Expediente 02744-2015-PA/TC, sobre la expulsión de manera definitiva y permanente a un ciudadano de nacionalidad brasileña, cuando contaba con una hija menor de edad y una pareja en el Perú, precisó:

una de las formas más esenciales de cumplir con este mandato constitucional de protección a la familia radica en garantizar la unidad familiar de quienes la integran. Ello en tanto se asume a la familia como el lugar más idóneo para proporcionar a sus miembros, en especial a los niños, una adecuada satisfacción de sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, debido a que ésta es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus

---

<sup>23</sup>SUÁREZ MANRIQUE, Wilson. "Principio de proporcionalidad sistémico". Justicia, N°10, p.143-144.

<sup>24</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente N° 1643-2014-AA/TC, fundamento jurídico 8 y 9.

miembros<sup>25</sup>.

Merece precisar que el Tribunal Constitucional, expediente 1272-2017-PA/TC, sobre el caso del derecho de lactancia de una trabajadora en contra de su empleador, el Tribunal Constitucional analiza la protección a la familia, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y el derecho de los niños, niñas y adolescentes a que el interés superior del niño tenga primordial consideración, en este orden de ideas, el tribunal Constitucional establece.

En suma, tanto la Constitución como las normas internacionales de protección a los derechos de los niños imponen a los Estados la obligación de garantizar, en todo momento, su interés superior, lo que presupone colocar a los niños en un lugar de singular relevancia en el diseño e implementación de las políticas públicas, dada su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida y que se encuentran en situación de indefensión, por lo que requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado, a fin de que puedan alcanzar el pleno desarrollo de su personalidad<sup>26</sup>.

En buena cuenta, existe una línea jurisprudencial a nivel internacional y nacional hacia la protección de las familias en su diversidad enfatizando la protección y realización de derechos de sus integrantes, y de existir conflictos entre principios que trastocan el orden familiar y derechos de sus integrantes, ya sea por actuaciones estatales o privadas el test de proporcionalidad constituye una gran herramienta al momento de resolver la casuística a la luz de los parámetros constitucionales y convencionales.

## Conclusiones

- Dentro de un Estado Constitucional de Derecho que guarda coherencia con los estándares convencionales y constitucionales en una permanente interacción; el principio de protección de las familias debe entenderse y aplicarse a la protección de las familias en su diversidad, descartando la existencia de un solo tipo de familia o preeminencia de un tipo sobre el otro. Por ello en el marco convencional se habla de la interpretación evolutiva que permite responder a los cambios sociales para la protección de las familias y sus integrantes en estos nuevos contextos.
- Dentro de este marco de protección de las familias no puede entenderse una antinomia entre familia como ente colectivo y protección de sus integrantes. La familia como ente colectivo no puede ser considerado como un obstáculo para la realización y protección de derechos de sus integrantes; por el contrario, implica una visión de priorizar relaciones familiares saludables entre sus miembros sin que ello implique menoscabar la importancia de la familia como institución.
- Los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, a nivel universal y regional, reconocen la importancia de la familia y por ende la necesidad su protección no sólo por parte de los Estados sino también por la

---

<sup>25</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente N° 02744-2015-PA/TC, fundamento jurídico 32.

<sup>26</sup> Tribunal Constitucional del Perú, sentencia en el Expediente N° 1272-2017-PA/TC, fundamento 62.

sociedad, por ende, están proscritas todas acciones u omisiones que atenten o constituyan una injerencia arbitraria por entes estatales, privados.

- Todo ello conlleva a una nueva visión del Derecho de Familia, la Constitucionalidad y convencionalidad, que actúen como un engranaje para la resolución de casos en los que se centre en la persona humana, pues al proteger a la persona también se protege la organización familiar y los modelos de familia en la que se desarrolla, siendo importante la proporcionalidad como una herramienta útil para la resolución de casos en los que se ven involucrados derechos fundamentales de los miembros de la organización familiar frente a actuaciones estatales o privadas; y en esta línea el Tribunal Constitucional ya ha establecido una línea jurisprudencial.

### **Sugerencias**

Los diversos procesos de cambios sociales han influido en las familias emergiendo nuevas estructuras familiares y replanteando los roles familiares, lo que conlleva un reto para el Derecho a efecto de responder adecuadamente a las nuevas realidades sociales. Aspecto que conlleva y requiere una respuesta del Estado, una reflexión seria que dé respuesta a estas nuevas estructuras familiares mediante políticas públicas que respondan a esta realidad visibilizando estas nuevas relaciones familiares; pero también requiere por parte de los operadores del derecho mayor capacitación y especialización sin perder de vista la mirada convencional y constitucional que permite una interpretación evolutiva orientada a la protección de las familias, contexto en el cual el test de proporcionalidad constituye una herramienta adecuada para la solución de casos en los que exista conflicto entre principios.

### **Referencia bibliográfica**

- AGUILO, Josep “Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta”. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 35, 2012.
- ATIENZA, Manuel. “Dos versiones del Constitucionalismo”. Doxa, N° 34, 2011..
- ATIENZA, Manuel y Juan RUÍZ MANERO. “Sobre Principios y Reglas”. Doxa. Cuadernos de Filosofía de Derecho, N° 10, 1991.
- BELOFF, Mary. “Artículo 17. Protección a la Familia”. En STEINER, Christian y URIBE Patricia (editores). Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario. Bogotá: fundación Konrad Adenauer, 2014.
- BERNAL PULIDO, Carlos. “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”. En Enrique CÁCERES, Imer B.FLORES, Javier SALDAÑA y Enrique VILLANUEVA (coordinadores). Problemas contemporáneos de la Filosofía del Derecho. México: Universidad Autónoma de México, 2005.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia en el caso Atalo Rifo vs Chile.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia en el caso Fornerón vs. Argentina.



- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia en el caso Duque vs Colombia.
- FERNANDEZ REVOREDO, Marisol “La familia vista a la luz de la Constitución y los derechos fundamentales: aproximación a un análisis crítico de las instituciones familiares. Foro Jurídico, Año I, N° 2, 2003.
- JELIN, Elizabeth. “Las familias latinoamericanas en el marco de las transformaciones globales”. En ARRAIGADA, Irma (coordinadora), familias y políticas públicas en América Latina. Una historia de desencuentros. Santiago de Chile. CEPAL, 2007.
- OLSEN, Frances. “El mito de la intervención del Estado en la familia”. En FACIO, Alda y Lorena FRIES. Género y derecho. Santiago: LOM Ediciones, 1999.
- RAMIREZ HUAROTO, Beatriz. “Género y Derecho de Familia: enriqueciendo la Administración de Justicia”. En AA.VV. Los derechos de las mujeres en la mira. Lima: Demus, 2014.
- Opinión Consultiva OC 24/147, “identidad de Género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- RODRÍGUEZ, María.”Entre protección y socavamiento”. En Familia y Legislación .Revista Chilena de Derecho, Vólumen 25, Nro 3, 1998.
- SUÁREZ MANRIQUE, Wilson. “Principio de proporcionalidad sistémico”. Justicia, N°10.
- TORRES ZÚÑIGA, Natalia. “Control de Normas Constitucionales por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Subsidiaridad, deferencia e impacto de la teoría del cambio constitucional. En AA.VV .Anuario de Investigación del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ)2015.Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 1643-2014-AA/TC
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 02744-2015-PA/TC..
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, sentencia en el Expediente N° 1272-2017-PA/TC.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el expediente N° 09332-2006-PA/TC, caso Reynaldo Armando Shols Pérez.2007.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, sentencia en el expediente N° 01204-2017-PA/TC, caso Medina Menéndez.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 06572-2006-PA/TC.