

LA FAMILIA EN EL CONTEXTO DEL DERECHO SOCIAL

Por Nelson Reyes Ríos (*)

SUMARIO: 1. - Sustento Internacional y Constitucional 2. - Autonomía del Derecho familiar 3. - Algunos temas que justifican su aplicación.

1. - SUSTENTO INTERNACIONAL Y CONSTITUCIONAL.

El sustento Internacional y Constitucional del enfoque de la Familia como Derecho Social, tienen su basamento en el estudio Doctrinario y Dogmático de la Familia en el ámbito del Derecho.

Uno de los temas básicos para este sustento está relacionado con el estudio de la NATURALEZA JURIDICA DE LA FAMILIA. Sobre este aspecto, desde hace mucho tiempo, se han difundido dos posiciones. Una en la que se sostiene, que para el estudio de la familia en el Derecho se debe aplicar las reglas de una persona jurídica. Otra posición, siguiendo la tesis de Hauriou propugna el carácter Institucional de su estudio. Esta última posición es la que se ha difundido más, como afirma el maestro Guillermo Borda¹, cuando indica: "Después de los Estudios de Hauriou, cuyo más notable continuador es George Renard, en torno a la teoría de la Institución, resulta ya muy clara la verdadera naturaleza jurídica de la familia. Hauriou llamó la atención sobre el hecho de que ciertas vinculaciones jurídicas no se explican satisfactoriamente por la idea del contrato o de la simple norma jurídica. Son elementos sociales cuya

duración no depende de las voluntades individuales de sus integrantes, y que la ley misma no puede desconocer, colocadas entre los individuos y el Estado, sirven intereses de grupos; tienen una vida propia, una organización y una autoridad al servicio de sus fines. Por Institución, pues, debe entenderse una colectividad humana organizada, en el seno de la cual las diversas individualidades compenetradas de una idea directora, se encuentran sometidas para su realización, a una autoridad y reglas SOCIALES"

Por nuestra parte, hemos preparado una ponencia que fue sustentada en el XI Congreso Internacional de Derecho de Familia realizado en Colombia² con el título: ENFOQUE SOCIAL DE LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN DEL PERU, en cuyo trabajo sustentamos lo siguiente:

2. LA FAMILIA, LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO SOCIAL.

Independientemente de la consideración tradicional, acerca de la concepción del Derecho Público y Privado,

(*) Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la UNMSM.

1. BORDA, Guillermo: Manual de Derecho de Familia. Editorial Perrot. Buenos Aires.



desde hace algún tiempo se están haciendo afirmaciones y divulgando trabajos, quizás no directamente para anunciar la aparición de un nuevo derecho, sino fundamentalmente para llamar la atención sobre un nuevo enfoque del Derecho, en base de dos dimensiones esenciales, que para nosotros representa el aspecto central del tema. Por un lado, la legitimación de intereses, ya no individual sino de carácter general, de la sociedad, y por otro, las restricciones del principio de la voluntad personal en los actos jurídicos familiares, en función social.

Estos estudios, han servido de sustento para hacer una nueva formulación de estudio, que se denomina **LA SOCIALIZACION DEL DERECHO FAMILIAR**. En nuestro trabajo sobre la "Familia y el Ministerio Público"³, hemos hecho referencia sobre el sustento de este tema, indicando: " todos los actos jurídicos familiares, si bien pertenecen al quehacer privado, y quizás a la de índole más íntimo de cada persona, (la generalidad de las veces, con plena voluntad), sin embargo, todos están dirigidos hacia un fin el de orden social, en donde la legitimidad del interés es siempre, o casi siempre, superior a la de cada individuo. Así podemos mencionar solo algunos de dichos actos. En materia de la teoría de los impedimentos matrimoniales, lo que se pretende con este instituto es que el matrimonio tenga plena validez, con un sustento sólido de orden moral, eugenésico (salud), legal, y sobre todo que tenga eficacia social, que parece que en la actualidad se está perdiendo. Todas las exigencias tienen por objeto responder al rol protagónico que

tiene la familia en la sociedad. Las limitaciones a los atributos de la patria potestad (con las acciones de suspensión y extinción) la irrenunciabilidad del derecho de alimentos.

La calificación de los bienes sociales del matrimonio, con la calidad de patrimonio autónomos, donde se considera que no son disponibles por la sola voluntad de los integrantes. También se aprecia en materia familiar, la presencia e intervención de funcionarios que tienen como finalidad especial, el control y vigilancia de la legalidad de todos los actos jurídicos familiares, como el caso del juez para el tema de invalidación del matrimonio y divorcio, y del Ministerio Público, en la tramitación de algunos procesos, como parte (accionante en muchos casos) o como funcionarios ilustrativos (Derecho Legislativo 052 - Ley Orgánica del Ministerio Público).

Es por eso que, la socialización del Derecho de Familia, se concreta con dos hechos fundamentales: 1. - Transformando los derechos y antiguas prerrogativas en función social y 2. - Con el establecimiento del contralor (judicial, del Ministerio Público, o administrativo) en el ejercicio de las funciones».

SUSTENTO INTERNACIONAL

Hay que reconocer que el desarrollo de la tesis del derecho social no está definido, como se menciona en el contenido de estudio de la enciclopedia Omeba⁴ " pocas veces una teoría ha tenido tan amplia difusión, en tan poco

tiempo, como la del Derecho Social que sir-

2. XI Congreso Internacional de Derecho de familia, Bogotá Septiembre 2000

3. REYES RÍOS, Nelson: "La Familia y el Ministerio Público" publicado en el Libro Homenaje al Dr. Héctor Cotrrejo Chávez. "La Familia en el Derecho Peruano". Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. 1990.

4. Diccionario Omeba: Tomo VII - 713. Buenos Aires - Argentina.



ve para explicar la especial naturaleza del nuevo Derecho de trabajo; pero también, pocas veces una teoría ha tenido exponentes que más han diferido en el concepto, la idea y el contenido que debe dársele, opiniones unas de otras tan divergentes que con ello se revela que aún se encuentra en su iniciación y que es prematuro aún darla frente a teorías ya tradicionales, valor de tesis consagrada o definida". Si bien es cierto, que el criterio del interés social, es función de todo el derecho, como señalan varios autores, sin embargo, se acentúa con mayor fuerza en algunas manifestaciones humanas, como en el campo laboral y la familia.

Tomando en cuenta esta legitimidad de interés respecto a la familia, que corresponde a todos, beneficia a todos y por supuesto también afecta a todos cualquier situación contraria a sus intereses, es que ha sido preocupación de todas las Naciones, como se estipula en la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**⁵ en el acápite 3 del 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".

La mención específica respecto al enfoque de la familia como Derecho Social en el ámbito Internacional, aparece en el PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES de diciembre de 1966⁶, adoptado y abierto a la firma, ratificación, adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrado en vigor el 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27; que en el artículo 10 se establece lo siguiente: "Ar-

tículo 10. - Los Estados partes en el presente Pacto reconocen que: 1. - Se debe conceder a la **familia**, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posible, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. 2. - Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. 3. - Se debe adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe proteger a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil"

SUSTENTO CONSTITUCIONAL

El profesor César Landa Arroyo⁷, en un artículo publicado en el Libro homenaje al maestro Héctor Cornejo Chávez, ha preparado un artículo, titulado "apuntes para la protección constitucional de los derechos sociales de la familia", en el que con amplia fundamentación señala "es evidente que la

5. La Declaración de los Derechos Humanos: Suscrita por la Organización de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948.

6. Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado el 16 de diciembre de 1996.

7. LANDA ARROYO, César: Artículo "Apuntes para la protección Constitucional de los derechos sociales de la familia" publicada en el Libro Homenaje al Doctor Héctor Cornejo Chávez. Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Pág. 125. Año 1990.



familia es la sociedad más natural y en ella se origina la base imprescindible de las relaciones interhumanas primarias. El origen de esta sociabilidad no se encuentra exclusivamente en la exigencia de satisfacer ciertas necesidades vitales, sino que a partir del ejercicio de la sociabilidad humana básica, la familia y sus miembros se apertura hacia las demás personas y la sociedad, sentando así los principios de un proceso simultáneo de realización personal y colectiva».

En otro acápite, el profesor Landa, señala “dentro de este panorama de cambio, la familia como expresión y esencia de la comunidad social, se encuentra en una crisis de maduración interna y de entorno, que demanda su modernización a fin de adaptarse a los cambios del proceso democrático y Social del estado de Derecho. Como la familia preexiste al Estado y es el núcleo de la organización social”, (citando a Narciso Martínez Morán⁸ en su artículo sobre la familia y su protección Constitucional (Rev. De la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense n° 1, Madrid 1978, agrega) “lleva al Estado a regular las relaciones familiares, no de acuerdo con su capricho, sino respetando los fines propios, las propias leyes y el propio desarrollo de la institución, lo que no supone afirmar que la familia sea algo estratificado, estático, inmóvil, sino que, sin perder su esencialidad natural, se adapta, por su propia evolución interna, y por los factores que sobre ella inciden, a las circunstancias socio – históricas de cada momento”.

Al respecto cabe señalar- dice el profesor Landa – “ que los derechos sociales constitucionales se apoyan en normas más

transformadoras que garantizadoras de derechos, a partir de lo cuál, se hace necesaria una progresiva definición legislativa, concreción jurisprudencial y una actuación política que tienda a asegurar una igualdad material. Contrario sensu, se debe evitar congelar o alterar las disposiciones constitucionales sociales; por cuanto se estaría incurriendo en una suerte de inconstitucionalidad por omisión o lesión, respectivamente».

En este contexto, con toda razón, surge la interrogante ¿cuáles son los derechos sociales de la familia?. La respuesta, para nosotros es obvia. Todos aquellos que le permitan su desarrollo integral, para cumplir los fines de orden sociales, como núcleo de la sociedad. En tal sentido, estos derechos sociales estarán vinculados con una extensa y adecuada política, no solamente de protección, sino de desarrollo de la familia, como son: en el campo de la salud en todos sus niveles- maternidad, niñez, ancianidad- de educación, de vivienda, de trabajo, de seguridad social, contando para ello con una adecuada y especial normatividad jurídica.

En el Perú, comprobamos que sólo en las tres últimas Constituciones se hace una mención expresa a temas de familia.

En la Constitución de 1933⁹, a diferencia de las anteriores Constituciones que ha tenido el Perú, se hace referencia de manera específica y muy reducida a temas de familia. Es importante destacar en esta Constitución dos cuestiones que tienen que ver con nuestro trabajo. Primero, el enfoque social de la familia. En el título segundo, como se detallará más adelante, se sientan las

8. MARTINEZ MORAN, Narciso. : La familia y su Protección Constitucional”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense Nro. 1 Madrid 1978.

9. Constitución Política del Perú. Edición Oficial. 1933



garantías constitucionales en sus dos dimensiones: en el capítulo I, estableciendo las garantías nacionales y sociales, en donde se incluye a la familia, y en el capítulo II, refiriéndose a las garantías individuales, los que lógicamente no es materia de análisis. El segundo aspecto, está referido expresamente a la protección de tres institutos, el matrimonio, la familia y la maternidad, ya orientado dentro del interés nacional. Así mismo, se observa la preocupación del Estado para imponerse como un deber, la defensa de la salud física, mental y moral de la infancia, declarando como primordiales los derechos del niño a la vida del hogar, a la educación y a la orientación vocacional, encargando su cumplimiento a organismos técnicos. Su estructura es el siguiente:

CONSTITUCION DE 1933.

TITULO II: GARNTIAS CONSTI-TUCIONALES.

CAPITULO I.- Garantías nacionales y sociales.

Artículo 51°. - El matrimonio, la familia, y la maternidad están bajo la protección de la ley.

Artículo 52°. - Es deber primordial del Estado la defensa de la salud física, mental y moral de la infancia. El Estado defiende el derecho del niño a la vida del hogar, a la educación, a la orientación vocacional, y a la amplia asistencia cuando se halle en situación de abandono, de enfermedad o de desgracia. El Estado encomendará el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo a organismos técnicos adecuados.

CAPITULO II.- Garantías individuales.

En la Constitución de 1979¹⁰ se da una especie de contradicción, por un lado se incorpora temas nuevos y técnicamente se agrupa en un capítulo especial, sin embargo, se considera a la familia dentro de los derechos fundamentales de la persona, ya no se hace mención al enfoque social. El maestro Héctor Cornejo Chávez, uno de los más renombrados juristas en la especialidad del Derecho familiar en el Perú, en una oportunidad mencionó que esta Constitución representaba un avance cuantitativo y cualitativo en materia de legislación Constitucional sobre familia. Hay que destacar que él participó de manera directa, en su condición de legislador constitucional.

Encontramos en el contenido de varios artículos, temas de reafirmación de los conceptos contenidos en la Constitución anterior de 1933, como la protección de la familia, la niñez, la maternidad, respecto al matrimonio se orienta su promoción y no específicamente su protección, pero ante todo, se inicia una etapa de un profundo cambio, incluyendo temas nuevos, como reconocimiento del carácter social de la familia, como se hace en el preámbulo, mencionando que la familia es la célula básica de la sociedad, reproduciendo lo establecido en la Declaración de los Derechos humanos. Se reconoce el carácter institucional de la familia, en el ámbito de su naturaleza jurídica.

De igual forma se establece de manera expresa la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, determinando como un derecho de ella que no puede ser menor que

10. Constitución Política del Perú. Edición Oficial. 1979.



el varón, así como el reconocimiento el honor y reputación de carácter familiar.

También merece hacer mención a la disposición que permite la prisión por deuda alimentaria, reconociendo que no se trata de una deuda común, sino de orden social.

Se consagra los temas de reconocimiento: 1) Del concubinato, Si bien es cierto en forma limitada al patrimonio, 2) A la igualdad jurídica de todos los hijos y 3) La protección de la paternidad responsable.

En el capítulo III se establece disposiciones sobre la seguridad social, salud y bienestar. Sin embargo llama la atención, que todos estos reconocimientos de carácter social, están ubicados siempre dentro del título sobre los derechos y deberes fundamentales de la persona. Su estructura es el siguiente:

CONSTITUCION DE 1979.

PREAMBULO. – Que la familia es célula básica de la sociedad y raíz de su grandeza, así como ámbito natural de la educación y cultura.

TITULO I.-

DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES DE LA PERSONA.

CAPITULO I.- DE LA PERSONA

CAPITULO II.- DE LA FAMILIA.

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 disolución son reguladas por la ley.

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

Artículo 6°. - El estado ampara la paternidad responsable.

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

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

Artículo 7°. - La madre tiene derecho a la protección del Estado y a su asistencia en caso de desamparo.

Artículo 8°. - El niño, el adolescente y el ancianos son protegidos por el Estado ante el abandono económico, corporal o moral.

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 sujetará al régimen de la sociedad de ganancias en cuanto es aplicable.

Artículo 10°. - Es derecho de la familia contar con una vivienda decorosa.

Artículo 11°. - La familia que no dispone de medios económicos suficientes, tiene derecho a que sus muertos sean sepultados gratuitamente en cementerios públicos.



CAPITULO III.- DE LA SEGURIDAD SOCIAL, SALUD Y BIENESTAR.

La Constitución actual de 1993¹¹ restablece el enfoque social de los temas de familia, acorde con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales citado anteriormente.

En el esquema de la Constitución actual en el Perú, la familia ha sido considerada dentro del capítulo de los derechos sociales y económicos, a parte de los derechos individuales de las personas, como se establece en la siguiente estructura:

CONSTITUCION DE 1993.

TITULO I.- DE LA PERSONA Y DE LA SOCIEDAD.

CAPITULO I.- DERECHO FUNDAMENTALES DE LA PERSONA.

CAPITULO II.- DE LOS DERECHOS SOCIALES Y ECONOMICOS

Artículo 4º. - 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.

Artículo 5º. -Concubinato: La unión esta-

ble 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.

Artículo 6º. -Política Nacional de población. Paternidad y maternidad responsables. Igualdad de los hijos.

La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud.

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

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

Los demás articulados de este capítulo están referidos a otros derechos sociales y económicos, como los de tráfico ilícito de drogas, política nacional de salud, derechos a la seguridad social, prestaciones de salud y pensiones, carácter intangible de los fondos de la seguridad social, derecho a la educación entre otros.

INFORMACION SOBRE LEGISLACION CONSTITUCIONAL EXTRANJERA.

Merece una referencia especial, la tendencia de consignar los temas de familia en las Constituciones Políticas dentro del

11. Constitución Política. Edición 1993.



ámbito SOCIAL.

De una revisión muy somera, respecto al enfoque social de la familia en constituciones extranjeras, encontramos que algunos los menciona de manera expresa como un DERECHO SOCIAL. Así tenemos los siguientes datos:

CONSTITUCION DE ALEMANIA (1949)

CAPITULO PRIMERO

De los Derechos Fundamentales

Artículo 6°. - 1) El matrimonio (Die Ehe) y la familia gozarán de especial protección del ordenamiento Estatal. ...

CONSTITUCION DE BRASIL (1988)

TITULO I : DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

TITULO II : DE LOS DEBERES Y GARANTIAS FUNDAMENTALES

CAPITULO I: De los Derechos y Deberes Individuales y Colectivos

CAPITULO II: De los Derechos Sociales

Artículo 6°: Son derechos sociales la educación, la salud, el trabajo, el descanso, la seguridad, la previsión social, la protección a la maternidad y a la infancia, la asistencia a los desamparados, en la forma de esta Constitución.

Artículo 7°: .. 19) Licencia de paternidad, en los términos fijados en ley.

SECCION CUARTA: DE LA ASISTENCIA SOCIAL

Artículo 203°: La asistencia social será prestada a quien la necesite, independientemente

de su contribución a la seguridad social, y tiene por objetivos: 1) La protección a la familia, a la maternidad, a la infancia, a la adolescencia y a la vez, 2) el amparo a los niños y adolescentes carentes..

CONSTITUCION DE COSTA RICA (1949)

TITULO V : DERECHOS Y GARANTIAS SOCIALES

CAPITULO UNICO

Artículo 51°. - La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido.

CONSTITUCION DE CUBA (1891 CON SUS MODIFICATORIAS 1992)

CAPITULO I: Fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado.

CAPITULO IV: Familia.

Artículo 35°. - El Estado protege a la familia, la maternidad y el matrimonio. El Estado reconoce en la familia la célula fundamental de la sociedad y le atribuye responsabilidades y funciones esenciales en la educación y formación de las nuevas generaciones.

CONSTITUCION DE SANTIAGO DE CHILE -

CAPITULO I : Bases de la Institucionalidad

Artículo 1°. - ... La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.... . Es deber del



Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta.

CONSTITUCION DE ECUADOR (1998)

CAPITULO 4: De los derechos económicos, sociales y culturales. Sección tercera: De la familia

Artículo 37°. - El Estado reconocerá y protegerá a la familia como célula fundamental de la sociedad y garantizará las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Esta se constituirá por vínculos jurídicos o de hecho y se basará en la igualdad de derecho y oportunidades de sus integrantes.

Protegerá el matrimonio, la maternidad y el haber familiar. Igualmente apoyará a las mujeres jefas de hogar.

El matrimonio se fundará en el libre consentimiento de los contrayentes y en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges.

CONSTITUCION DE EL SALVADOR (1983)

CAPITULO II: Derechos sociales Sección Primera: La familia

Artículo 32°. - La familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico. El fundamento legal de la familia es el matrimonio y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges.

CONSTITUCION DE GRECIA (1975)

Artículo 21°. - 1) Quedan bajo la protección del Estado la familia, en tanto en cuanto constituye el fundamento de la conservación y el desarrollo de la nación, así como el matrimonio, la maternidad y la infancia. 2) Las familias numerosas, los inválidos de guerra o de tiempo de paz, las víctimas de la guerra, las viudas y los huérfanos por razón de guerra, así como las personas que sufran enfermedad corporal o mental incurable, tendrán derecho a una atención especial por parte del Estado.

CONSTITUCION DE GUATEMALA (1985)

TITULO II: DERECHOS HUMANOS

Capítulo I.- Derechos Individuales.

Capítulo II.- Derechos sociales.

Sección primera: Familia

Artículo 47°. - Protección a la familia. El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y esparcimiento de sus hijos.

CONSTITUCION DE ITALIA (1947) PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

DERECHOS Y DEBERES DE LOS CIUDADANOS

Título primero.- De las relaciones civiles
Título segundo.- De las relaciones ético sociales.

Artículo 29°. - La república reconoce los derechos de la familia como sociedad natural basada en el matrimonio. El matrimonio



se regirá sobre la base de la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad de la familia.

CONSTITUCION POLITICA DE PANAMA (1972)

TITULO III.-DERECHOS Y DEBERES INDIVIDUALES Y SOCIALES

Capítulo 1°.- Garantías Fundamentales **Capítulo 2°.- La Familia.**

Artículo 52°. - El Estado protege el matrimonio, la maternidad y la familia. La ley determinará lo relativo al estado civil. El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores y garantizará el derecho de éstos a la alimentación, la salud, la educación y la seguridad y previsión sociales.

CONSTITUCION DE PARAGUAY (1992).

TITULO PRIMERO: DE LAS DECLARACIONES FUNDAMENTALES

Capítulo 6°. - De los derechos de la familia
Artículo 49°. - De la protección a la familia. La familia es el fundamento de la sociedad. Se promoverá y se garantizará su protección integral. Esta incluye a la unión estable del hombre y de la mujer, a los hijos y a la comunidad que se constituya con cualquiera de los progenitores y sus descendientes.

CONSTITUCION DE VENEZUELA.

CAPITULO I.- DERECHOS SOCIALES.

Artículo 72°. - El Estado protegerá las asociaciones, corporaciones, sociedades y co-

munidades que tengan por objeto el mejor cumplimiento de los fines de la persona humana y de la convivencia social, y fomentará la organización de cooperativas y demás instituciones destinadas a mejorar la economía popular.

Artículo 73°. - El Estado protegerá la familia como célula fundamental de la sociedad y velará por el mejoramiento de su situación moral y económica.

La ley protegerá el matrimonio, favorecerá la organización del patrimonio familiar inembargable y proveerá lo conducente a facilitar a cada familia la adquisición de vivienda cómoda e higiénica.

Artículo 74°. - La maternidad será protegida, sea cual fuere el estado civil de la madre. Se dictarán las medidas necesarias para asegurar a todo niño, sin discriminación alguna, protección integral, desde su concepción hasta su completo desarrollo, para que éste se realice en condiciones materiales y morales favorables.

Artículo 75°. - La ley proveerá lo conducente para que todo niño, sea cuál fuere su filiación, pueda conocer a sus padres; para que éstos cumplan el deber de asistir, alimentar y educar a sus hijos, y para que la infancia y la juventud estén protegidas contra el abandono, la explotación o el abuso.

La filiación adoptiva será amparada por la ley. El Estado compartirá con los padres, de modo subsidiario y atendiendo a las posibilidades de aquellos, la responsabilidad que les incumbe en la formación de los hijos. El amparo y la protección de los menores serán objeto de legislación especial y de organismos y tribunales especiales.

2. - AUTONOMIA DEL DERECHO FAMILIAR

El término autonomía lo interpretamos para estos efectos en el sentido de ma-



nejarse con sus propias reglas. Se usa con frecuencia para significar la forma de manejarse y de interpretarse por sí solos, lógicamente que no será de manera absoluta. Sobre esta base conceptual, en el Derecho familiar estaría centrada la autonomía a tres ámbitos o aspectos:

1. - EN EL AMBITO DE ESTUDIO.

Como se ha desarrollado en el acápite anterior, actualmente el estudio de la familia en el campo del Derecho, tiene que realizarse con reglas y principios propios, que van a configurar lo que se conoce con el nombre del INTERES SOCIAL, de todos y para todos (célula básica de la sociedad), entonces sus reglas estarán integradas dentro del denominado DERECHO SOCIAL.

Asímismo su estudio tiene una naturaleza definida, como INSTITUCIÓN, lo cual para estos efectos requiere de principios y reglas propias, como el de: legitimidad de interés, de legalidad, de buena fé, de la presunción, de especialidad, de proporcionabilidad, de la primacía de la realidad etc. Estos aspectos teóricos, conlleva una efectivización en su desarrollo, para lo cual se requiere de un complemento, en el campo normativo (autonomía legislativa), y jurisdiccional (autonomía Jurisdiccional).

2. - EN EL AMBITO LEGISLATIVO.

Con lo analizado en el acápite anterior(sustento Constitucional), encontramos que el actual Código Civil de 1984, en materia familiar, fue elaborada bajo la orientación de la Constitución de 1979, con la

teoría del Derecho fundamentales de la Persona(individual, civil). Por lo tanto, la actual norma de familia en el Perú, no está adecuada a la Constitución vigente de 1993, como Derecho Social. En el orden Procesal, sucede igual, puesto que el actual Código Procesal Civil fue promulgado mediante el Decreto Legislativo 768 de fecha 14 de marzo de 1992 y puesto en vigencia el 28 de julio de 1993 (Primera Disposición final del Decreto Ley N° 25935.

Por consiguiente, ninguna modificación o reforma o enmienda en materia familiar, en los Códigos Civil o Procesal pueden hacerse, sin antes adecuarnos a la Carta Magna, como Norma Fundamental de la Nación, porque siempre estaremos influenciados por el Derecho y Proceso Común, y no a la Familia, en cuyo campo están vigentes la vida humana, con todas sus manifestaciones, de pasiones, sentimientos, quizás rencores, frustraciones entre otros, los que se deben recoger para una adecuada orientación y no regulación propiamente dicha (porque los sentimientos y pasiones no se regulan).

En este campo familiar, la legislación debe ser simple, ágil, con impulso de oficio en muchos casos, porque los legitimados somos todos los que conformamos la SOCIEDAD, respetando el orden natural, local o sus normas consuetudinarias, moral, público y señalando políticas de amplia protección, en materia de vivienda, de salud, educación, trabajo etc.

Sobre este tema, hemos preparado muchos trabajos con carácter académico, entre otros, el titulado "Legislación procesal familiar en el Perú."¹²

12. Nelson Reyes Ríos, Legislación Proce-

12. Nelson Reyes Ríos, Legislación Procesal familiar en el Perú. Rev. Derecho. de la Pontificia Universidad Católica del Perú Nro. 49. 1995.



sal familiar en el Perú. Rev. Derecho, de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 49. 1995

En trabajos posteriores también incidimos sobre este tema, precisando la necesidad de elaborar no solamente un Código de Familia, con normas de carácter sustantivo, sino proponiendo la inclusión de normas procesales, y al conjunto denominarlo LEGISLACIÓN FAMILIAR EN EL PERU. Así, se publicó en 1990 un artículo que preparamos¹³ para la Revista Ius et Praxis, editada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, con el título de Legislación familiar autónoma: el Código Familiar para el estado de Hidalgo (México), en donde señalamos el avance posiblemente lento pero seguro, de las legislaciones autónomas de familia en el ámbito de la Legislación Comparada, en su origen posiblemente consideradas como un movimiento político, para luego extenderse con un carácter de necesidad y existencia real de la familia...

Con estos antecedentes, decíamos en el trabajo en referencia, **“por nuestra parte hemos tomado la firme posición de sostener la necesidad de contar con una legislación familiar de carácter integral, proteccionista de la familia como célula básica de la sociedad e institución fundamental de las naciones”**. También, en el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial, organizado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

13. Nelson Reyes Ríos. Legislación Familiar Autónoma: El Código Familiar para el Estado de Hidalgo (México. Revista Ius et Praxis, Facultad de Derecho de la Universi-

dad de Lima. 1990.

de Lima (Perú) en noviembre de 1995, hemos presentado un trabajo con el título “Modernas concepciones en el Derecho Familiar”, considerando como temas nuevos-entre otros- la sistematización del Derecho familiar y la necesidad de promover la diligencia de preconciliación en los conflictos familiares. En materia de sistematización del Derecho familiar, reiteramos nuestra posición a favor de la codificación familiar...

Abundando con el criterio codificador de la familia, la doctora Carmen Meza Ingar¹⁴ en su obra, Mas allá de la igualdad. Los derechos de la mujer en el año 2000, señala: por ser la familia una institución fundamental, distintos foros internacionales se han pronunciado por la urgencia de aprobar en cada país un Código de Familia...”

3. - EN EL AMBITO JURISDICCIONAL.

En el Perú, como en muchos países del mundo, cuya recopilación informativa se está trabajando, existe los denominados Juzgados y Tribunales o Salas de Familia. Claro que esta implementación ha sido lenta, pero ya tenemos en el Perú Juzgados de Familia, Salas de Familia, para lo cual se requiere lógicamente personal altamente preparado y especializado. Correlativamente ya funciona en el Perú, dentro del sistema de justicia familiar, los fiscales de familia, policías de familia, procuradores de familia, claro que es necesario una adecuada implementación. Lo que llama la atención, y siempre fue nuestra preocupación, es que a nivel de la Corte Suprema de Justicia funciona una Sala denominada Constitucional y Social, sin embargo no conocen las causas de familia, que en la Constitución Polí-

13. Nelson Reyes Ríos. Legislación Familiar: El Familiar para el Estado de Hidalgo (Mexico. Revista Ius et Praxis, Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. 1990.



tica del Perú, se considera como Derecho Social. Esperamos que dicha adecuación jurisdiccional se realice lo más pronto.

3. -ALGUNOS TEMAS ESCOGIDOS QUE JUSTIFICAN SU APLICACIÓN.

Desde hace mucho tiempo, se viene observando que algunos casos de orden familiar no tienen explicación ni tratamiento especial, y al resolverlos se aplican todavía, en poca dimensión, reglas generales del Derecho personal o común, por llamarlos de alguna manera. También creo que en la enseñanza de dicha materia se incurre en alguna contradicción.

1. - METODOLOGIA EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO FAMILIAR.

Posiblemente, algunas Universidades y los docentes, siguen una tradicional enseñanza del Derecho familia, en particular, orientadas a preparar profesionales de conflicto, con la clásica idea de ganar un pleito, como buenos abogados. Nos preguntamos, en un "conflicto familiar" ¿quién gana o quién pierde un juicio, por ejemplo de alimentos, de divorcio, de tenencia de menores, etc.?, ¿estarán individualizados los intereses en conflicto?, creemos que no, es el núcleo familiar en su conjunto que tiene el problema, entonces tendremos que buscar la solución por ese lado, en lo posible. Esta idea ya se viene difundiendo, como lo hiciera notar el maestro Carlos Montoya Anguerry en una conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de

San Marcos¹⁵. Al respecto se puede orientar, por ejemplo en los casos de separación convencional, una participación interdisciplinaria, con recomendación de tratamiento psicológico para los hijos menores antes de iniciar el trámite, o del cónyuge demandante si es por causal, y una vez admitido, al contestar la demanda, también con certificado de tratamiento psicológico personal del demandado.

2. - EN LA APLICACIÓN DEL ADN.

Nuestra legislación ha incorporado la prueba científica del ADN, con una eficacia sin discusión del 99.99% de certeza, sin embargo debe cuidarse la manipulación en los resultados. El problema surge cuando el demandado para la declaración de paternidad, por ejemplo, se niega a someterse a la prueba. Claro que lo hará alegando derechos personales, válidos para otros derechos subjetivos, como la libertad, la integridad física individual, etc., pero confrontados con el derecho a la identidad, protegidos por los Derechos Humanos, prevalece como un Derecho de interés superior, como también se declara en la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁶ aprobado el 20 de noviembre de 1989, en la Cuadragésima Cuarta Asamblea de las Naciones Unidas. El Perú suscribe sin reserva la Convención el 26 de enero de 1990, aprobada por Resolución Legislativa Nro. 25278, del 3 de Agosto del mismo año de 1990. El 14 de Agosto del mismo mes se ratifica la Resolución Legislativa por el Señor Presidente de la República y entre en vigencia el 2 de Setiembre de 1990.

14. Meza Ingar Carmen: Más allá de la igualdad. Los Derechos de la mujer en el año 2000.

15. Carlos Montoya Anguerry, Conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos 2000. Modernas tendencias del Derecho de Familia.

16. Convención sobre los Derechos del Niño, aprobado y vigente desde 1990.



En otras legislaciones, frente a la negativa, lo declaran directamente la calidad de padre.

3. - DERECHO DE LOS ALIMENTOS.

Hay principios básicos, como la irrenunciabilidad del Derecho. Claro que las personas mayores pueden renunciar a la pensión, pero no al Derecho, como sucede generalmente en los procesos de separación convencional.

Por una deuda alimentaria existe prisión, como se consagra en el acápite C del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución, que a la letra dice:

“No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios”

El Tribunal Constitucional, en reiteradas ejecutorias ha considerado a las pensiones que perciben los cesantes o jubilados, con el carácter alimentario, dentro del campo de la Seguridad Social.

4. - RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

Los bienes sociales, sólo responden de las cargas de la Sociedad, en tanto, por las obligaciones personales de los cónyuges responden sus bienes propios o los gananciales que le pudiera corresponder al liquidarse la sociedad (artículo 309 del C.C.) Lo que quiere decir que antes de liquidarse la sociedad no existe parte de gananciales, porque no se aplican las reglas de la co propiedad o de la persona jurídica, no existe derechos y acciones ni parte alícuota en dicha Sociedad, son bienes que el Código procesal lo califica como patrimonio autónomo. (Artículo 65). Este principio ha quedado establecido en reiteradas ejecutorias, modificando criterios sobre la aplicación de otras

reglas, para embargar por ejemplo el 50% de los bienes de la Sociedad e incluso llegar al remate judicial.

5. - FACULTAD DE LOS CONYUGES RESPECTO DE SUS BIENES PROPIOS.

Hay un caso judicial muy peculiar, aparentemente legal pero quizá no justo. Solo lo mencionamos en líneas generales para los efectos de este trabajo, por cuanto su solución y comentario, nos reservamos publicarlos en otra oportunidad.

Se trata de un matrimonio, con el régimen de la Sociedad de Gananciales, en el que solo existe un bien propio del marido. En dicho bien se fijó el domicilio conyugal, que estaba habitado originalmente por la sociedad, esposos e hijos. Al cabo de un tiempo los cónyuges se separan de hecho, el marido, propietario del inmueble con la calidad de bien propio, abandona el hogar y con la facultad de disposición (artículo 303 del C.C.) vende el inmueble. El comprador inicia varias acciones para desalojar a la ocupante, esposa e hijos del vendedor, entre ellos por ocupación precaria. Existe sentencia contradictoria, concluyendo con un fallo final declarando fundada la demanda de desalojo por no tener título de posesión según el artículo 911 del Código Civil. Respecto a este tema, de aplicación del carácter del Derecho Social en materia familiar, existen varias interrogantes: 1) ¿La solución sería solo aplicando literalmente el referido artículo 911 del C.C.? 2) ¿Sería aplicable al caso la regla del ejercicio abusivo del Derecho?. 3) La esposa ocupante del bien, ¿no tiene un título de posesión?, como el derecho de uso que establece el Código Civil en los artículos 1026 al 1029, y específicamente el Art. 1028 que dice: «los derechos de uso y habitación se extienden a la familia del usuario salvo disposición distinta».