

EL MODELO CONSTITUCIONAL DE FAMILIA, LA ORIENTACIÓN SEXUAL DE LOS PADRES Y LOS DERECHOS DEL HIJO

Dr. Alex F. Placido V.

Universidad de San Martín de Porres

Recibido: 10.04.13

Aceptado:

RESUMEN

Hoy se comprueba que el matrimonio y la convivencia heterosexual ya no identifican la familia, sino un tipo concreto de familia en cuanto significa una opción entre otros posibles. Los tratados internacionales reconocen que el derecho a constituir familia, está expresamente referido a la persona con prescindencia de su sexo u orientación sexual. No cabe en la recepción constitucional de la convivencia homosexual como un tipo de familia pero debe precisarse que es opción del legislador el reconocerlo o no como matrimonio.

Palabras clave: familia, matrimonio, unión de hecho, heterosexual, homosexual, legislación, orientación sexual.

ABSTRACT

Key words:

INTRODUCCION

La familia es una institución jurídico-privada si nos atenemos, como creemos que es lo más realista, a un criterio subjetivo en la delimitación de la *suma divisio* del Derecho en público y privado, que es, por cierto, tan importante mantener para garantizar del mejor modo la efectiva sumisión del conjunto heterogéneo de las relaciones interpersonales a lo requerido por la justicia. Pero es a la vez una institución cuya gran relevancia social justifica, desde luego, su vieja comprensión como *quasi seminarium rei publicae* que es algo que nada tiene que ver, de suyo, con "una concepción publicista de la familia"¹. Esa forma de subrayar el papel educativo de la familia se basa en consideraciones de otro tipo.

¹ Contra lo afirmado por PIETRO PERLINGIERI, en "La familia en el sistema constitucional español", Revista de Derecho Privado. Febrero 1988. Página 110.

La muy especial importancia de la familia para el interés general -para la más fácil consecución de las condiciones que permitan a todos ejercer con plenitud y armonía sus derechos y libertades y cumplir sus deberes- explica su relevancia constitucional y la muy amplia atención que le dispensa en concreto la Constitución peruana de 1993². No hay ninguna otra institución o instituto jurídico-privado que cuente con tantas determinaciones constitucionales. Aunque nada de esto publiquen en rigor en modo alguno a la familia, como tampoco hace de las asociaciones o de la relación laboral realidades jurídico-públicas el hecho de que se ocupe de ellas la Constitución y luego el legislador.

I. Elementos del modelo de familia constitucionalmente garantizado.

Se ha hecho relativamente frecuente la afirmación de que la Constitución carece de un modelo de familia, mostrándose abierta a

² *"Hoy se reconoce que la familia no es sólo el eje capital del Derecho privado, sino que reviste también importancia considerable para la moralidad pública, para la conservación de la especie, para el aumento de la población, para la trabazón social y para la solidez de la estructura política (...), base insustituible para una organización estable y eficaz". NICOLÁS PÉREZ SERRANO. Tratado de Derecho Político. Madrid, Civitas, 1984. página 687.*

distintos tipos de familia. Nada más contrario, a nuestro parecer, a lo que resulta del texto constitucional con más que suficiente evidencia. Hay, desde luego, ciertos aspectos que no quedan constitucionalmente determinados y cerrados, por lo que, como ocurre con el común de las instituciones de relevancia constitucional, lo que se denomina el modelo de familia no queda totalmente fijado, como es lógico, a nivel constitucional. Pero eso no quiere decir que no haya un modelo constitucional. La Constitución contiene unos cuantos elementos, pocos, pero muy decisivos, sobre lo que entiende por familia y eso es el modelo de familia constitucionalmente garantizado. Algo parecido de lo que podríamos decir sobre el modelo de propiedad, el sistema económico, el educativo, el laboral, etc. Constituye, pues, una falacia afirmar que el legislador puede modelar enteramente a su gusto la familia³.

³ El Tribunal Constitucional español, en su sentencia 45/1989 de 20 de febrero, sobre la Ley del Impuesto a la Renta y Patrimonio Familiar, afirmó claramente que "*cualquier norma que incida sobre la vida de la familia debe ser respetuosa con la concepción de ésta que alienta en la Constitución*". Fundamento jurídico 7. Vid. Suplemento del BOE del 2 de febrero de 1989, BJC núm. 95, marzo 1989.

Los profesores DÍEZ-PICAZO y GULLÓN sostienen que "*puede hablarse de un orden público familiar en la medida en que las reglas básicas sobre las que la familia se organiza se encuentran recogidas en el texto constitucional*". En, Sistema de Derecho Civil. Vol. IV (Derecho de familia. Derecho de sucesiones). Madrid, Tecnos, 1997. página 42.

Hay límites y exigencias constitucionalmente infranqueables y vamos a tratar de dar cuenta aquí de ellas.

1.1 La generación, como hecho determinante básico del modelo constitucional de familia.

La simple lectura de los artículos 4 y 6 de la Constitución permite deducir que la familia está intrínseca y esencialmente determinada por el hecho de la generación humana y las consiguientes relaciones de paternidad, maternidad y filiación, a las que expresamente se refiere este último precepto; manifestándose, además, bien significativamente, una especial preocupación por los niños y adolescentes, la madre y el anciano, dando a entender que la familia se ocupa o ha de ocuparse muy particularmente de ellos.

La noción constitucional de familia no alude pues, esencialmente, a una simple unidad de convivencia más o menos estable, por muy basada en el afecto o el compromiso de mutua ayuda que pueda estarlo. No se refiere a simples relaciones de afecto o amistad y apoyo mutuo, aunque ciertamente las implique derivadamente, como consecuencia natural de los vínculos de parentesco que le son propios y exclusivos. Todo intento de "ensanchar" lo familiar a vínculos no relacionados con la

generación y las obligaciones que de ella intrínsecamente derivan, principalmente para los progenitores (aunque puedan prolongarse esas obligaciones con diversa intensidad por los vínculos de parentesco), debe considerarse inconstitucional, incompatible con el deber de protección jurídica de la familia que impone el artículo 4, sin perjuicio de las extensiones analógicas a que luego aludiremos, que siempre habrán de mantener esta relación esencial al menos con lo que son las obligaciones subsiguientes a la generación⁴.

Todos los textos internacionales que, desde el artículo 16 de la Declaración Universal de

⁴ Si la familia simplemente representara "*un lugar de comunidad, un grupo idóneo para el desarrollo libre y pleno de las personas que lo componen*" (PIETRO PERLINGIERI. *Op cit.* página 110), ¿dónde habría que poner el límite -si es que alguno tuviera- para deslindar lo que es familia y lo que no lo es, o para identificar lo que es familia? ¿En qué radicaría su especificidad como "*formación social privilegiada y garantizada*" de la que habla el mismo Perlingieri (*Ibidem.* página 109)? Ciertamente, "*el afecto, el sentimiento, no puede ser dispuesto mediante remedio legislativo o judicial*" (*Ibidem.* página 112), pero el Derecho no entra ni debe entrar en esas cosas: la protección jurídica de la familia constitucional mira a vínculos con sustancia jurídica y no se ocupa ni puede ocuparse de afectos, cabalmente. Sólo en el análisis de la teleología y del fundamento de las normas, como luego veremos, podrá aparecer la importancia que pueda reconocerse no tanto a los afectos como al amor, entendido como concepto distinto y más integrador.

1948, proclaman que *la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*, sitúan esta institución explícita o implícitamente en relación intrínseca con el hecho capital de la generación de nuevas personas humanas⁵. De modo muy explícito, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966, afirma que *"se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución, y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo"*.

Por su parte, el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, obliga a los Estados Partes a respetar *"las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su*

⁵ DANIEL O'DONNELL explica que *"el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, con derecho a la protección de la sociedad y el Estado constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por el artículo 16 de la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17 de la Convención Americana"*. En, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1989. página 335.

caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención". Un texto del que se desprende que, en principio, los padres con sus hijos constituyen la familia ordinaria, aunque los deberes sobre los menores puedan tener que ser ejercidos, si faltan los padres (o en otros supuestos análogos que las legislaciones contemplan, como su incapacidad) por la *familia ampliada*, que efectivamente prolonga el núcleo familiar básico a través de los correspondientes vínculos de consanguinidad, dependientes a la postre de la generación, hacia otros ascendientes o descendientes y parientes colaterales. En cualquier caso, confirma de nuevo la esencial relación de la familia con la necesaria atención a los niños o menores integrados en ella precisamente por razón de la filiación que deriva de la generación. Por eso también el artículo 8 de la misma Convención incluye expresamente en la *identidad* que todo niño -toda persona humana menor- tiene derecho a ver respetada y preservada, sus relaciones familiares, de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas.

El artículo 9.4, para atender a situaciones anómalas o irregulares que pueden afectar a la relación paterno-filial, emplea, por su parte, el término de *familia* para referirse a los padres o al niño en su relación con éstos. Y el artículo 10 -siempre de la citada Convención de Naciones Unidas- se refiere a la *reunión de la familia* como reunión precisamente de los padres y sus hijos. Y es que, a la postre, todo el sistema jurídico de protección internacional de los derechos del niño descansa sobre "*el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño*" y de que "*incumbirá a los padres*" o, en su caso, a los representantes legales, "*la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño*" (artículo 18 de la Convención), lo que encuentra su marco institucional ordinario y regular en la familia, basada precisamente en los vínculos determinados por la generación.

Sobra decir que lo que se deduce del artículo 4 de la Constitución, reforzado además por todos estos importantes textos internacionales -y los que aún hemos de citar más adelante, que contienen implícitamente la misma idea básica-, concuerda con la significación común que la palabra *familia* tiene en la lengua castellana. Dice el Diccionario de la Lengua que, en su significación primaria y más común, es un "*grupo de personas emparentadas entre*

*sí que viven juntas bajo la autoridad de una de ellas*⁶. Pero el vínculo del parentesco es lo decisivo, y éste no es, según el mismo Diccionario, sino "*vínculo, conexión, enlace por consanguinidad o afinidad*", conceptos uno y otro vinculados necesariamente al hecho de la generación biológica (el de la consanguinidad) o a éste más el de la unión conyugal, también intrínseca y directamente relacionado de suyo con la generación (la afinidad).

En la cultura, en el sistema de conceptos socialmente aceptados, en el marco de las normas jurídicas que determinan la interpretación que debe hacerse de lo que es la familia para la Constitución de 1993, no es concebible ésta sin relación alguna posible con el hecho básico de la generación y consiguiente cuidado de nuevas vidas humanas, encontrándose por el contrario en este hecho su elemento más netamente determinante y fundamental.

Todo ello excluye obviamente la legitimidad de cualquier tratamiento legal o jurídico de la familia en nuestro ordenamiento que lo desconecte completamente de su presupuesto institucional básico. Podrán darse, como se

⁶ Lo que, tras la Constitución y las reformas consiguientes del Código Civil, sólo requeriría completar con la previsión de que esa autoridad sea ejercida por una o varias de ellas.

han dado tradicionalmente y se dan en el Derecho civil vigente, algunas ampliaciones analógicas de la institución tendentes precisamente a proporcionar una familia a quien, por causas naturales o por irregular práctica de la generación, carece en rigor de ella o la que tiene no puede cumplir sus funciones esenciales adecuadamente, lo que, obviamente, será de particular aplicación a los menores (sería el caso de la adopción). Pero tales ampliaciones sólo podrán justificarse sobre la base precisamente del mantenimiento de la estructura esencial a toda familia, que deriva precisamente de las condiciones en que se produce la generación humana natural y el consiguiente proceso de crianza, atención y educación de la nueva persona humana.

Cualquier relación interpersonal no derivada inmediata o mediatamente de la generación (o de algún hecho jurídicamente equiparable según lo que acaba de recordarse) o que, por razones naturales, no constituya una estructura relacional de suyo y en abstracto o de modo general apropiada para generar nuevas vidas humanas en forma natural, no tiene encaje constitucional en el modelo de familia que la Constitución obliga a proteger, no sólo ni principalmente social y económicamente, sino también y sobre todo jurídicamente.

La Constitución no obliga a proteger del mismo modo todo cuanto pueda darse en la espontaneidad social, lo que realmente significaría no proteger nada, y hasta suprimir la distinción y diferencia consustancial a la existencia misma del Derecho (todo límite entre lo correcto e incorrecto, entre lo justo e injusto, lo debido e indebido, lo mío y lo tuyo). La familia que el artículo 4 obliga a proteger es una realidad específica, con perfiles básicos suficientemente determinados, un determinado modelo de familia y no cualquier género de asociación, reunión o convivencia, pues para eso basta y sobra la intensa protección que la Constitución garantiza a los derechos de reunión y asociación en los artículos 2.12 y 2.13, correlativamente; además de la garantía de la libertad e inviolabilidad de la intimidad personal y del domicilio que garantizan los artículos 2.7 y 2.9, respectivamente, o, en fin, más amplia y genéricamente, la garantía del derecho a la libertad en general que se contiene en el artículo 2.24.a.

Y, desde luego, el primer deber constitucional que dimana del artículo 4 para los Poderes públicos es el de proteger jurídicamente a la familia constitucional, evitando precisamente su desamparo como consecuencia de no hacerla objeto de un tratamiento jurídico distinto y más protector que el que se

dispense a formas de convivencia al modo *doméstico* contrarias precisamente al modelo familiar constitucional. Porque el fondo de la cuestión es que la Constitución -y los textos internacionales- quieren propiciar y proteger en consecuencia una forma determinada de producirse y estructurarse las relaciones vinculadas a la generación, fundado en ello el mandato de diferenciación jurídica, de desigualdad de trato jurídico que comporta el deber de proteger jurídicamente a la familia, establecido en el artículo 4. El modo en que se produzca la generación de vidas humanas y su necesaria atención subsiguiente no es indiferente para nuestro orden constitucional: hay sólo uno que la Constitución estima regular y ordena protegerlo especialmente mediante la institución familiar. No prohíbe, en principio o directamente, otros; cuenta, incluso, como luego veremos, con que en la realidad existan otros, a los efectos de garantizar algunos derechos que puedan quedar comprometidos con ellos. Pero al ordenar que, en este campo y el que le rodea, sólo la familia goce de la adecuada y suficiente protección, prohíbe *a contrario* que se dispense similar protección a estructuras distintas que traten de realizar más o menos total o parcialmente sus mismas o análogas funciones.

Ello nos lleva directamente al segundo de los elementos esenciales del modelo constitucional de familia, que completa necesariamente al de la generación. Como venimos diciendo, toda familia ha de basarse en la generación, pero no toda relación basada en la generación, o relacionada intrínsecamente con ella, constituye una familia en el sentido constitucional.

1.2 La convivencia de parejas heterosexuales, vínculo fundante de la familia constitucionalmente protegida y prolongación o ampliación de los vínculos familiares: el matrimonio y la unión de hecho.

Es muy importante notar que los artículos 4 y 6 de la Constitución diferencian ostensiblemente entre lo que debe ser la protección de la familia (artículo 4) y la protección especial de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación (artículo 6). Hay una filiación que para la Constitución es, por decirlo así, matrimonial, producida en el seno de la institución *uxorio*, y hay o puede haber filiaciones extramatrimoniales, no integradas en la realidad del matrimonio. Precisamente porque esto es o puede ser así *de facto*, es por lo que la Constitución -de acuerdo también en este aspecto con diversos textos jurídicos internacionales- quiere garantizar *también*, es

decir además, de la forma más completa posible, a la personas humanas en su condición de hijos -por razón de la generación, en consecuencia-, tengan o no tal condición en el seno de una familia. Resulta evidente por el contexto que lo que se quiere asegurar en el artículo 6 es especialmente la protección más integral posible a los hijos aun cuando sean *extramatrimoniales*, es decir, sin perjuicio y además de la protección que debe dispensarse a la familia.

Por otro lado, resulta implícita la relación entre el apartado 2 y el apartado 3 del artículo 6, en cuanto que el 2 viene precisamente a concretar que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. Con prescindencia de la existencia o no de matrimonio, los padres deben ocuparse de los hijos por el hecho de serlo, como parte de la protección integral que el apartado 2 del artículo 6 obliga a asegurar a los hijos.

Realizado el deslinde anterior, la redacción del artículo 4 sólo se justifica sobre la base de entender que, para la Constitución, la familia guarda inmediata relación con el matrimonio⁷.

⁷ En el mismo sentido, L. SANCHEZ AGESTA citado por J. L. LACRUZ BERDEJO; F. DE A. SANCHO REBULLIDA;

Pero ello no significa que exista una plena identificación entre el concepto de familia y el de familia "matrimonial". Ciertamente así no es, desde que la *ratio* de los artículos 4 -que reconoce los principios de protección de la familia y de promoción del matrimonio- y 5 - que admite el principio de reconocimiento integral de las uniones de hecho propias o sin impedimento matrimonial- es sobre todo positiva: proteger a la única familia que la Constitución considera tal, sin considerar su base de constitución legal o de hecho; prefiriendo el matrimonio antes que a otras unidades convivenciales *more uxorio*. Surgiendo de la unión de hecho una familia, ésta merece la protección que confiere el ordenamiento jurídico a la institución; sin

A. LUNA SERRANO; F. RIVERO HERNÁNDEZ; y, J. RAMS ALBESA. Elementos de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de Familia. Barcelona, Bosch, 1990. página 27.; O. ALZAGA. La Constitución Española de 1978 (comentario sistemático). Madrid, Ed. del Foro, 1978. página 311; L. MARTINEZ CALCERRADA. La familia en la Constitución Española. En, Revista de Derecho Privado, 1981. página 975; G. GARCÍA CANTERO. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo II. Madrid, EDERSA, 1982. páginas 22; J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ. La familia en la Constitución Española. En, Revista Española de Derecho Constitucional. Año 20. Núm. 58. Enero-Abril 2000. página 22.

desconocer que debe promoverse al matrimonio como su base de constitución⁸.

Esto se aprecia de la comparación de las previsiones que sobre familia contienen las Constituciones de 1979 y 1993.

La primera, en sus artículos 5 y siguientes, se refería al punto de la siguiente manera: "Artículo 5.- El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación...". El artículo 9 se refería a las uniones de hecho: "Artículo 9.- La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimentos matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable".

La segunda, en sus artículos 4 y siguientes, se refería al tema de la siguiente forma: "Artículo 4- La comunidad y el Estado... protegen a la familia y promueven al matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad...". El artículo 5 trata el tema de las uniones de hecho: "Artículo 5.- La unión estable de un varón y una mujer, libres de

⁸ *Cfr.* ALEX F. PLÁCIDO V. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2002. página 24-25.

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".

De esta visión, se aprecian dos grandes cambios:

a) Mientras que en la Constitución de 1979, matrimonio y familia aparecen vinculados; en cambio, en la Constitución de 1993 estos dos institutos están desvinculados. En la primera, es claro que la familia que se protege es la de origen matrimonial. En la segunda, por el contrario, la familia que se protege es aquella que nace principalmente de un matrimonio, aunque no es la única fuente.

b) Mientras que en la Constitución de 1979, la unión de hecho no es fuente generadora de una familia; en cambio, en la Constitución de 1993, la unión de hecho es una fuente generadora de una familia. En la primera, es claro que la unión de hecho es productora de puros efectos patrimoniales, desde que de ella no nacía una familia. En la segunda, por el contrario, la unión de hecho es productora de efectos tanto personales como patrimoniales, desde que de ella nace una familia.

Estas premisas son fundamentales tenerlas presente, más aún si se recuerda que el

Código Civil de 1984 se sustenta en los postulados de la Constitución de 1979 y, por ello, toda su normatividad esta formulada sobre la idea de la familia de origen matrimonial. Por esa razón, al tema de la unión de hecho sólo se le dedica un único artículo: el artículo 326 que la regula en su aspecto patrimonial.

Hoy, con la Constitución de 1993, la familia puede nacer tanto de un matrimonio como de una unión de hecho; extendiéndose el mandato de protección constitucional a la familia nacida de ellas.

Esta última afirmación obliga a determinar la concordancia entre los principios de promoción del matrimonio y de reconocimiento integral de las uniones de hecho, contenidas en la Constitución de 1993. Para comprender este tema, resultan útiles remitirnos a las STC 03605-2005-AA y 09708-2006-PA del Tribunal Constitucional peruano.

Ambas están referidas a la vulneración del derecho a la seguridad social y a obtener una pensión por la negativa de otorgar una pensión de "viudez" a favor de una conviviente supérstite dentro de los alcances del D. Ley 20530, norma legal que únicamente reconoce tal pensión a favor del cónyuge supérstite.

En la primera sentencia, el Tribunal Constitucional declara infundada la demanda de amparo por considerar que la pensión de viudez está reconocido sólo al cónyuge superviviente. Para ello, en primer lugar declara que "la Constitución (de 1993) ordena la promoción del matrimonio... y destaca como ideal que toda familia esté conformada matrimonialmente" (fundamento jurídico 3). Luego, señala que "para entender correctamente las normas constitucionales también es importante remitir a los instrumentos internacionales, tal como lo expresa la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la propia Constitución (de 1993)". De acuerdo con ello, cita en su resolución el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; apreciándose que, ambos tratados de derechos humanos, reconocen "el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello". Después, destaca que "la norma constitucional (se refiere al artículo 5 de la Constitución de 1993) reconoce la relación concubina para efectos sólo de naturaleza patrimonial, al asemejarlo con el régimen de la sociedad de gananciales propia del matrimonio, mas no incluye dentro de él efectos de carácter personal, como son el

derecho alimentario y el de carácter pensionario durante la vigencia de la relación y el hereditario entre concubinos" (fundamento jurídico 8). En atención a ello, concluye que "hay que entender que no se puede tratar por igual al matrimonio y a las uniones de hecho, pues al ser situaciones disímiles deben ser tratadas desigualmente. Si no se puede obligar a nadie a casarse, tampoco se puede obligar a tener los efectos previsionales propios del matrimonio. Y lo que la Norma Fundamental quiere es favorecer el matrimonio, al ser este presentado como una institución constitucional. Es cierto que la Constitución tutela a la familia y sus integrantes en los distintos estados de necesidad en los que pudiera encontrarse. Tal es el sentido del artículo 4 de la Constitución (de 1993). Pero ello no puede trasladarse de manera automática a la figura de las uniones de hecho" (fundamento jurídico 5).

En la segunda sentencia, el Tribunal Constitucional declara fundada la demanda por considerar que la pensión de viudez también puede ser reconocida al conviviente supérstite. Para ello, en primer lugar declara que "de conformidad con el artículo 5 de la Constitución de 1993 la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al

régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable. El artículo 326 del Código Civil, que constituye dentro del sistema jurídico nacional la norma de desarrollo y que hace operativa la Constitución vigente, que contiene la misma disposición constitucional vigente, determina que la unión de hecho debe estar destinada a cumplir deberes semejantes a los del matrimonio. Es decir, de varón y mujer como pareja teniendo entre ellos consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales, obligados al sostenimiento del hogar que han formado con la obligación mutua a la alimentación, la fidelidad, la asistencia y que haya durado cuando menos dos años" (fundamento jurídico 1). A partir de ello, destaca que "tanto la norma del artículo 5 de la Constitución como el artículo 326 del Código Civil, el reconocimiento de Unión de Hecho da lugar a la comunidad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, pero además la pareja se comporta como cónyuges asumiendo finalidades, obligaciones y deberes semejantes a los del matrimonio" (fundamento jurídico 6). Siendo así, concluye que la declaración jurisdiccional de reconocimiento "de la unión de hecho sustituye a la partida de matrimonio; en tal razón le corresponde la pensión de viudez, además de considerar que las pensiones tienen la calidad de bienes que

integran la sociedad de gananciales porque sirven para el sustento de la familia y al fallecimiento del causante se reconoce a la viuda una pensión" (fundamento jurídico 6).

Si recordamos la comparación de las previsiones constitucionales antes anotadas, resulta evidente que el Tribunal Constitucional en la STC 03605-2005-AA realiza una interpretación de las disposiciones relativa a la familia desde la perspectiva de la Constitución de 1979, sin advertir los cambios que se incorporaron con la Constitución de 1993. Hay que preguntarse, en este punto, porqué el constituyente de 1993 desvinculó familia de matrimonio. Para responder esta pregunta es necesario considerar los tratados internacionales de derechos humanos que el constituyente tuvo a la vista. Además de los citados por el Tribunal Constitucional en la sentencia bajo comentario, el Perú había ratificado en el año 1988 el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). En su artículo 15.1 precisa que "Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna". El principio de interpretación dinámica de los derechos humanos advierte de la evolución a la que

asistimos: de considerar que sólo por contraer matrimonio se funda una familia, se pasa a apreciar que ésta puede ser fundada no sólo por contraer matrimonio. Esta disposición de rango constitucional es, pues, la que determinó contemplar en la Constitución de 1993 la desvinculación de familia y matrimonio. Por ello, hoy ya no se puede razonar desde la perspectiva de la Constitución de 1979 y, por lo mismo, las disposiciones del Código Civil de 1984 deben ser releídas desde la perspectiva de la Constitución de 1993.

Se debe coincidir con lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la STC 09708-2006-PA, sobretodo cuando destaca que, en atención a lo previsto en el artículo 5 de la Constitución de 1993, la unión de hecho es productora de efectos tantos personales como patrimoniales; lo que vale decir, que de la unión de hecho surge una familia que merece la misma protección que la que surge de un matrimonio.

Llegados a este punto debemos responder ¿cómo determinar la concordancia entre los principios de promoción del matrimonio y de reconocimiento integral de las uniones de hecho, contenidas en la Constitución de 1993?

La formulamos de la siguiente manera:

a) La familia que la Constitución ordena proteger es la que nace tanto del matrimonio como de la unión de hecho. En ese sentido, a la familia que nace de ambos institutos se le debe reconocer los efectos personales como patrimoniales que respondan al mandato de protección constitucional.

b) El matrimonio debe ser promovido por mandato constitucional. A partir de ello, debe considerarse al matrimonio como la principal fuente de la que surge una familia. Pero no significa que sea la única fuente.

c) La unión de hecho por reconocimiento constitucional es productora tanto de efectos personales como patrimoniales y, por ello, es la otra fuente de la que surge una familia.

d) Sin embargo, desde que el matrimonio debe ser promovido se advierte que se encuentra en una mayor consideración respecto de la unión de hecho, dentro de la jerarquías de valores constitucionales. A partir de ello, es claro que no pueden ser iguales los mecanismos que se prevean en la ley para acceder a los efectos personales como patrimoniales que respondan al mandato de protección constitucional.

Para que se entienda este último punto, consideremos el derecho a la herencia. El derecho sucesorio tiene como uno de sus fundamentos el de la protección de la familia. Pues, si ello es así, debe reconocerse derecho a heredar entre sí tanto a los cónyuges como a los convivientes. Pero, la manera de acceder a este derecho no puede ser el mismo. Así, si hoy contraigo matrimonio y mañana muere mi cónyuge, por el hecho de ser tal y con la simple prueba de la partida de matrimonio tengo mi vocación hereditaria y accedo inmediatamente a ese derecho. En cambio, si hoy inicio una convivencia y mañana muere mi conviviente, no podré acceder al derecho a la herencia porque la Constitución exige que la unión de hecho sea estable; esto supone que por lo menos debe haber durado 2 años continuos, además de obtener el reconocimiento judicial de existencia. He ahí la diferencia de trato en los mecanismos de acceso previstos en la ley.

Debe insistirse en que, al año 1978 en que se elaboró la Constitución de 1979, en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos del sistema universal ratificados por el Perú existe una esencial vinculación entre familia y matrimonio. Así, el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 configura como objeto del mismo

derecho fundamental el casarse y fundar una familia, y este derecho es el único que en el conjunto de la Declaración se atribuye explícitamente a los hombres y las mujeres y con la precisión de que sólo a partir de la edad núbil, lo que constituye una evidente condición de capacidad física bien precisa que sólo se justifica en razón de la unión sexual con la consiguiente función esencial generativa reconocida al ejercicio de ese derecho en su doble dimensión. La referencia al matrimonio se hace además cuatro veces explícita en este artículo de la Declaración Universal dedicado a la familia: los que se casen disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución de matrimonio, y sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. Así, la unión inescindible entre matrimonio y familia es evidente en la Declaración Universal. Hay en ella un diseño, un modelo único básico de familia: la basada en la generación matrimonial o producida en el matrimonio entre un hombre y una mujer con capacidad generativa.

El esquema del artículo 16 de la Declaración Universal se reproduce en términos muy similares en el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, añadiéndose tan sólo la precisión de

que en caso de disolución del matrimonio se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, donde vuelve a lucir la dimensión generativa propia tanto del matrimonio como de la familia, realidades éstas que se contemplan como esencialmente vinculadas. Así, inclusive se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos en el caso *Aumeeruddy-Cziffa c. Mauricio* al reconocer que cada matrimonio, con o sin hijos, constituye una familia titular de los derechos consagrados por los artículos 17 y 23 del Pacto⁹.

⁹ El Comité de Derechos Humanos, en su observación general OG N°19 del 27 de julio de 1990 sobre protección de la familia, derecho al matrimonio e igualdad de los esposos, ha precisado que el derecho de fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. No obstante, el Comité ha observado que "el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto". Sin embargo, el Comité ha destacado que, "cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, ésta debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23. Por consiguiente, en sus informes, los Estados Partes deberían exponer la interpretación o la definición que se da del concepto de familia y de su alcance en sus sociedades y en sus ordenamientos jurídicos. Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, "nuclear" y "extendida", debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del mismo año se vuelve a mostrar esa intrínseca relación entre matrimonio y familia en el apartado 1 del artículo 10, en el que refiriéndose a la protección de ese elemento natural y fundamental de la sociedad que vuelve a decir que es la familia, se reitera que el matrimonio -al que por el contexto se le entiende como medio de constitución precisamente de la familia- debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. Y también aquí, por cierto, se trata por un lado de la protección de la familia (y del matrimonio) y luego, por otro, en apartados distintos y sucesivos, de la de las madres y de la de los niños y adolescentes, del mismo modo que el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, después de dedicar el artículo 23 citado a la familia y al matrimonio, contiene otro precepto diferente, el artículo 24, que dedica a la protección de los niños, cualquiera que sea su nacimiento.

En cambio, en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos del sistema regional interamericano se advierte

y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros".

una desvinculación entre familia y matrimonio. Así, el artículo VI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 reconoce como derecho fundamental de toda persona el de constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad, y de recibir protección para ella. Esta disimilitud respecto del sistema universal ha sido entendida como una "redacción amplia y comprensiva", que tiene "relevancia en determinadas circunstancias, como por ejemplo, en el caso de un individuo o de una pareja no casada que quisiera adoptar"¹⁰.

Si bien, la fórmula del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se repite en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, con la precisión de que las condiciones requeridas para contraer matrimonio no deben afectar el principio de no discriminación; en el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", se reitera el criterio extenso y progresivo de la Declaración Americana cuando en el numeral 2 del artículo 15 se insiste en que "toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna". Este instrumento internacional fue ratificado por el

¹⁰ DANIEL O'DONNELL. *Op cit.* página 335.

Perú en 1988 y, por tanto, se encontraba vigente al momento de la elaboración de la Constitución de 1993.

A este respecto, debe recordarse que el derecho internacional de los derechos humanos, particularmente a través de la adopción de tratados, se ocupa de consagrar catálogos de derechos humanos, que deben ser respetados y garantizados por el Estado frente a todo individuo sujeto a su jurisdicción, y mecanismos de supervisión del cumplimiento de estas obligaciones por parte de los Estados.

El conjunto de derechos que compone el catálogo "constituye el mínimo exigible al Estado; nada autoriza a que el Estado lo restrinja y nada obsta, o más bien todo alienta al Estado para que agregue otros derechos en su ordenamiento jurídico nacional, para que amplíen el alcance y contenido de un derecho del catálogo o para que mejore las posibilidades de ejercicio y goce de los derechos existentes. El sistema internacional de promoción y protección de los derechos humanos está diseñado para propender a la progresividad"¹¹.

¹¹ CECILIA MEDINA. El derecho internacional de los derechos humanos. En, Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos.

Siendo así, la desvinculación entre familia y matrimonio es recepcionada en nuestro sistema jurídico. Primero, porque nuestra Constitución reconoce, en su artículo 3, una "enumeración abierta" de derechos fundamentales que, sin estar en el texto de la Constitución, surgen de la dignidad del hombre. Se trata de una cláusula de desarrollo de los derechos fundamentales, "cuyo propósito no sólo es prestarle el reconocimiento como derechos de la más alta consideración, sino, incluso, el de dotarlos con las mismas garantías de aquellos que sí las tienen expresamente"¹². Y, segundo, porque en nuestra Constitución expresamente se ampara a las uniones de hecho propias, es decir las realizadas por un hombre y una mujer libres de impedimento matrimonial; siendo éstas, por tanto, otro vínculo fundante de la familia. De esta manera, se confirma que el matrimonio, si bien es la principal, no es la única fuente de constitución de una familia.

Por tanto, la protección de la familia comprende tanto a la de base matrimonial como a la de origen extramatrimonial; "lo que

Santiago, Sociedad de Ediciones Universidad Diego Portales, 1996. página 33.

¹² Fundamento jurídico 11 de la sentencia del Tribunal Constitucional peruano del 18 de marzo de 2004, recaída en el expediente N°2488-2002-HC/TC.

no quiere decir que deba ser de la misma forma ni con el mismo alcance y derechos"¹³, por no ser idénticos el matrimonio y la unión de hecho propiamente dicha.

De otro lado, en principio, resulta evidente que el matrimonio constitucional sólo es posible entre un hombre y una mujer cuanto menos en edad núbil. Así se concluye del contexto de las referencias explícitas de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que forman parte de nuestro derecho interno. De acuerdo con ello, la estructura relacional propiamente constitutiva del matrimonio está esencialmente vinculada a la posibilidad de generación.

Debe hacer reflexionar la inusitada atención que presta la Constitución no sólo a la familia sino concretamente al matrimonio. No existe, en efecto, otra relación entre personas singulares que haya merecido tan detallada consideración al constituyente, el cual se ha preocupado de asignar un preciso deber de la ley de regular sus formas, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos. Y todo ello, además, se ha considerado de tan básica

¹³ FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ. Nuevas formas sociales y jurídicas de convivencia. En, La nueva familia y el derecho. Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico. Vol. 63. Núm. 3. Julio-Septiembre 2002. página 110.

trascendencia para la ordenación jurídica de la nación, que se ha querido reservar expresamente a la competencia legislativa exclusiva del Estado, al que le compete en efecto, según el artículo 4.

¿Por qué todas esas exigencias constitucionales? ¿Por qué en particular esa especial regulación de esas dos figuras que se contemplan como distintas de la separación y de la disolución? No será posible encontrar una explicación sin tener en cuenta la especial trascendencia biológica, psicológica, humana y social del vínculo matrimonial, a partir del cual se constituye o se expande la familia con la fundación de nuevos núcleos familiares, de nuevas familias en su sentido más restringido, compatible con el concepto de familia ampliada, expresamente mencionado por el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, alusivo, sin duda, a la concatenación familiar que desde el núcleo formado por el matrimonio de los padres con sus hijos se extiende a ascendientes, descendientes y parientes colaterales, unidos todos por vínculo de generación con más próxima o más lejana inmediatez a aquel núcleo, según el correspondiente grado de parentesco.

La protección jurídica de la familia que ordena el artículo 4 comienza, pues, por la debida

promoción jurídica del matrimonio a la que obliga la misma disposición constitucional, favoreciendo con ella lo más posible una estabilidad jurídica del vínculo que refleje adecuadamente lo imperecedero e indeleble del nexo biológico -necesariamente además siempre personal, tratándose de seres humanos- que subsiste entre las personas por razón de la generación. Es ese el contexto en el que tiene su sentido la referencia contenida en el citado artículo 4 a la especial protección para con las personas en la infancia y adolescencia, así como a la ancianidad. Se parte de la presunción de que los nexos familiares que arrancan de la relación esponsal y, en armonía con la dignidad de toda persona humana, deben servir para prestar a los nuevos seres humanos que vienen al mundo la debida atención y cuidado, deben servir también, en razón precisamente de su permanencia e inalterabilidad sustancial, para esa otra etapa de la vida en la que el ser humano vuelve a necesitar de la atención de los demás más intensamente, cual puede ser la llamada tercera edad. Y la Constitución, que entiende que la atención al menor corresponde de suyo y primariamente a la familia, parte también de la consideración de que es igualmente a la familia a la que principalmente corresponde la atención de los mayores que empiezan a decaer en la plenitud de sus facultades, sin perjuicio de la

acción complementaria o supletoria que se asigna a los poderes públicos.

Por lo demás, ningún argumento en contra de lo que va dicho podría extraerse del artículo 2.2 de la Constitución en cuanto, en aras de la igualdad ante la ley, prohíbe las discriminaciones por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión o de cualquier otra índole personal o social. Aunque cualquier opinión o posición ideológica o religiosa está en principio -con el límite siempre del orden público- constitucionalmente protegida en sí misma y en sus manifestaciones individuales y colectivas, es evidente que, además del ya mencionado orden público protegido por la ley, en modo alguno ello impide a los Poderes Públicos establecer criterios de ordenación y de actuación que supongan en la práctica primar unas opiniones o convicciones sobre otras, máxime cuando tales opciones vengan determinadas nada menos que por la propia Constitución y su entorno normativo internacional. Los Poderes públicos están obligados a ese trato diferenciado, precisamente para cumplir adecuadamente el orden constitucional y hacer respetar los derechos humanos, aunque haya quienes discrepen sobre éstos y su contenido y alcance. Esas diferencias no constituyen discriminaciones contrarias al principio de

igualdad, pues éstas sólo son tales cuando carecen de una justa fundamentación y toman como base de la diferencia de trato precisamente un elemento de diferenciación que por sí sólo o en sí mismo en modo alguno puede justificar el distinto trato.

Ya hemos dicho que es el artículo 6 el que obliga a proteger a las personas en cuantos hijos, cualquiera que sea su filiación, con implícita referencia evidente a la alternativa de su nacimiento dentro o fuera de un matrimonio. En este sentido, no hace sino reafirmar, en lo que puede tener de relevante para la familia, la prohibición de discriminación por razón de nacimiento.

Pero, como venimos explicando, una cosa es la protección de los hijos y otra la de la familia, aunque lo normal y más frecuente será que aquélla se logre con ésta. Y, desde el momento en que la Constitución garantiza una protección a la familia, es evidente que las ventajas apropiadas que se otorguen precisamente por razón de matrimonio o, en su caso, de la unión de hecho propiamente dicha, no sólo serán legítimas constitucionalmente y no discriminatorias sino hasta exigibles constitucionalmente, por mucho que puedan ser también apetecidas por quienes se encuentren en relaciones interpersonales que se pretendan análogas o

próximas y a las que las leyes no podrían en rigor proteger de igual modo que a las relaciones familiares, sin vaciar de contenido el artículo 4.

II. Fundamento y alcance de la protección constitucional de la familia

La profusión de referencias explícita o implícitamente relativas a la familia y a su protección que aparecen en la Constitución - más allá desde luego del ya rotundo artículo 4- invita a preguntarnos por el porqué de ese empeño constitucional protector. Un interrogante que podríamos llevar igualmente al plano de la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás instrumentos jurídicos internacionales ya citados. Por qué también ese énfasis en estos textos en el carácter de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, que parece situarse precisamente como causa de su derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

¿Qué es lo que hay en la familia para que se la reconozca como algo natural -exigido por la naturaleza misma del ser humano, parece querer decirse- y como algo tan rotundamente fundamental para la sociedad toda? Un interrogante que nos invita a identificar sus

funciones específicas y a intuir que será precisamente en ellas donde radique su especial relevancia social y pública. Aunque quedará aún por aclarar por qué se enfatiza la necesidad de disponer en su favor de una especial protección social y estatal, lo que da a entender que se supone una especie de congénita fragilidad o debilidad en tan fundamental realidad, que reclama precisamente esa especial protección.

Si pensamos que la familia se enraíza en el hecho capital de la generación humana en la necesidad de atención personal que requiere todo nuevo ser humano hasta llegar a ser adulto, no es difícil situar precisamente ahí la clave de su carácter tanto natural como fundamental que tiene para el hombre y el conjunto de la sociedad. Pocas cosas más importantes para la dignidad del ser humano, fundamento último de todo el Derecho, que el modo y circunstancias en que es procreado, dado a luz, criado, cuidado y educado hasta que adquiere la capacidad de valerse enteramente por sí mismo. Todas esas fases determinan en altísimo grado la identidad de cada persona humana, su intimidad personal, sus referentes y sus actitudes más básicas y vitales. Si hay algo sobre lo que la sociedad y los Poderes públicos deben velar para que ninguna persona sea tratada como cosa sino cabalmente como persona, es precisamente

todo ese proceso en el que toda persona humana es especialmente débil, frágil y moldeable.

La naturaleza revela lo que la filosofía intuye como sabio designio divino de que todas esas delicadas funciones, vitalmente necesarias a todos los hombres, se lleven a cabo con la especial actitud de entrega y dedicación que es propia del amor, entendido como entrega incondicionada al otro por ser quien es, por su persona, con el que, en consecuencia, se experimenta la realidad de una vinculación indestructible, no alterable en lo esencial por ninguna circunstancia ni cambio alguno. Nadie en la familia debería ser nunca objetivado como cosa, ni siquiera fugaz u ocasionalmente. Debería ser el ámbito donde cada uno se experimenta aceptado y tratado como persona, como quien es, por lo que es y no por lo que tiene o lo que puede hacer o dar. La generación humana debería así producirse en la relación de amor. Y todas las operaciones ulteriores de atención a la nueva vida humana, deberían ser proyección de esa misma afirmación amorosa de la persona del otro sentido expuesto. Precisamente por eso mismo, la familia, constituida sobre tales bases, se encuentra en condiciones de asumir otras funciones no menos importantes para el bienestar físico, la estabilidad psíquica y la seguridad personal de las personas, también

en su edad adulta, y, desde luego, en situaciones de enfermedad, minusvalencia o decaimiento por la vejez. De eso precisamente se hace eco la Constitución en el citado artículo 4.

Los filósofos, moralistas y sociólogos señalan la trascendencia que tiene de hecho la familia así realizada para la felicidad personal y para la buena marcha social. El aprendizaje de una convivencia anclada en el respeto a la dignidad de toda persona y en el servicio a los demás, tiene su ámbito apropiado en la familia así vivida, que por ello recibió desde antiguo la calificación de *quasi seminarium rei publicae*. ¿Cómo no reconocer trascendencia social -y grande- a lo que pase realmente con la familia en la sociedad?

Ocurre, sin embargo, que la experiencia demuestra que, por muy diversas causas, la realización efectiva de lo que debería ser la familia para que cumpla sus funciones esenciales resulta permanentemente amenazado por comportamientos que tienden a separarse de lo que la familia requiere, y que, no sin frecuencia, tienden además a justificarse con replanteamientos teóricos tendentes a difuminar o a desfigurar los constitutivos esenciales de la familia, buscando una aceptación moral, social e incluso jurídica no inferior a la que pueda

reconocerse a los comportamientos conformes con las exigencias racionalmente naturales de la familia. Por ser campo, precisamente, que, por lo dicho, afecta a las estructuras más íntimas del ser personal, y mueve, por ello mismo, las más hondas pasiones humanas, provoca y desata actitudes y confrontaciones de gran densidad emocional y complejidad psicológica.

De ahí la debilidad congénita de la familia y la necesidad de su protección social, económica y jurídica. El ordenamiento jurídico es un medio limitado que no podrá aspirar con eficacia y sin serias dificultades de todo tipo a imponer sin más el orden natural necesario a la familia, y habrá incluso de permitir comportamientos contrarios a ella, al menos algunos. Pero el Poder público no puede abdicar de su deber de favorecer en cuanto pueda a la familia, protegiéndola en la mayor medida posible. De ahí el tenor del mandato constitucional del artículo 4 y el alcance que deba reconocérsele.

Sin que en este momento vayamos a pretender precisar todo su alcance, lo que no cabe duda es que, además del cumplimiento de las garantías constitucionales específicas que la Constitución concreta en otros preceptos, el deber de protección exige al Estado adoptar las medidas necesarias para

el mejoramiento de la situación material y moral de la familia, así como impide a los Poderes públicos homologar de cualquier forma con la familia a relaciones incompatibles y aun netamente contrarias a ella y a sus funciones esenciales.

Toda amplia regulación del matrimonio y la específica de la unión de hecho propiamente dicha que efectúa la legislación civil sólo se justifica en razón del deber de pública protección de la familia que la Constitución ha reconocido que recae sobre los Poderes públicos. La familia resulta también particularmente reconocida y protegida desde la perspectiva general del Derecho laboral -en la que el artículo 24 de la Constitución declara el derecho a que la remuneración laboral sea suficiente para satisfacer no sólo las necesidades individuales del trabajador sino también las de su familia- como desde la más específica del régimen de Seguridad Social, en el que los vínculos familiares siempre han sido fundamento de algunas de sus prestaciones más importantes, como reconocimiento a la importancia de la familia de cada trabajador directamente afiliado, y, en el fondo, como algo implícito también en la garantía antes citada del artículo 24 de la Constitución.

Otras medidas de protección de la familia pueden tener y tienen carácter fiscal o toman la forma de prestaciones y ayudas de diversa índole, aunque con frecuencia integradas en actuaciones de asistencia social que toman en especial consideración -o deben hacerlo- la realidad familiar. Si bien debe advertirse, desde luego, sobre la conveniencia de diferenciar lo que sea asistencia social y lo que sea apoyo y protección a la familia, para que, cuando sea necesario integrar una y otra línea de actuación, se haga adecuadamente y no se produzca el efecto -nada hipotético- de que medidas de tipo social puedan realmente desproteger, marginar o perjudicar a la familia.

No se puede olvidar, finalmente, que, ciertamente, la debida protección familiar deberá articularse sin lesión de ningún otro derecho fundamental o principio constitucional¹⁴. Ello ocurre principalmente en relación con el principio de igualdad, y, siendo así, efectivamente, debe tenerse presente que, como ya hemos explicado, la simple diferencia de trato entre la familia y las relaciones familiares con respecto a las que propiamente no lo son, no podría estimarse contrario por sí mismo a la igualdad sin desconocerse el mandato del artículo 4 de la

¹⁴ *Vid.* JOSE LUIS MARTINEZ LÓPEZ-MUÑIZ. *Op cit.* 40.

Constitución, y hasta la naturaleza misma de las cosas.

III. El modelo constitucional de familia y las distintas formas de convivencia de pareja

Como hemos visto, el modelo de familia constitucionalmente garantizado responde a una estructura relacional, abstracta y general, apropiada para generar nuevas vidas humanas. Todo ello excluye obviamente la legitimidad de cualquier tratamiento legal o jurídico de la familia en nuestro ordenamiento que lo desconecte completamente de sus presupuestos institucionales básicos. Podrán darse, las uniones monoparentales, constituidas por un solo padre, ya sea que se trate de un progenitor soltero, divorciado o viuda; los enlaces reconstituidos o ensamblados, formados por solteros, divorciados o viudos con hijos que deciden unirse ya sea en matrimonio o fuera de él; las uniones de personas que, sin poder procrear, confluyen como una unión de asistencia, compañía, afecto y socorro mutuo. Igualmente, se dan en el Derecho civil vigente, algunas ampliaciones analógicas de la institución tendentes precisamente a proporcionar una familia a quien, por causas naturales o por irregular práctica de la generación, carece en rigor de ella o la que

tiene no puede cumplir sus funciones esenciales adecuadamente, lo que, obviamente, será de particular aplicación a los menores (sería el caso de la adopción). Pero tales ampliaciones sólo podrán justificarse sobre la base precisamente del mantenimiento de la estructura esencial a toda familia, que deriva precisamente de las condiciones en que se produce la generación humana natural y el consiguiente proceso de crianza, atención y educación de la nueva persona humana.

Cualquier relación interpersonal no derivada inmediata o mediatamente de la generación (o de algún hecho jurídicamente equiparable según lo que acaba de recordarse) o que, por razones naturales, no constituya una estructura relacional de suyo y en abstracto o de modo general apropiada para generar nuevas vidas humanas en forma natural, no tiene encaje constitucional en el modelo de familia que la Constitución obliga a proteger, no sólo ni principalmente social y económicamente, sino también y sobre todo jurídicamente.

Sin embargo, debe advertirse que el actual modelo de familia constitucionalmente garantizado es producto de un proceso en el que inicialmente se la presentaba como una realidad convivencial fundada en el matrimonio, indisoluble y heterosexual,

encerrado en la seriedad de la finalidad reproductora¹⁵; condenando al exilio legal a cualquier otra forma de constitución de una familia. "Los concubinatos fueron perseguidos y deslegitimados al no reconocérseles efectos jurídicos de ninguna clase. Los hijos de esas uniones de hecho, por lo demás, fueron estigmatizados como bastardos"¹⁶.

Los hechos desbordaron esa hermética actitud de desconsiderar una realidad que ha ido *in crescendo*. Así, se abrió paso a la equiparación de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales; se acudió a principios del derecho de obligaciones para evitar el enriquecimiento indebido entre convivientes por los bienes adquiridos durante la unión *more uxorio* hasta llegar a reconocer en las parejas heterosexuales estables, libres de impedimento matrimonial, una comunidad de bienes a la que se aplican las disposiciones de la sociedad de gananciales, en lo que fuere pertinente.

Ahora, se aprecia que la Constitución extendió su manto de protección a la convivencia sin

¹⁵ *Cfr.* M. OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ. Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares. En, Revista Española de Derecho Constitucional. Año 20. Núm. 58. Enero-Abril 2000. página 45.

¹⁶ YURI VEGA MERE. La familia por venir: entre lo público y lo privado. En, Las nuevas fronteras del derecho de familia. Lima, Normas Legales, 2003. página 36-37.

matrimonio y esa consagración se ha trasladado en la legislación ordinaria que regula no sólo los efectos patrimoniales sino también personales. "Socialmente, el concubinato ha dejado de ser un matrimonio de segundo rango y su admisión por diversos ordenamientos no es considerada como un atentado contra las uniones conyugales pues aquella no se regula desmontando los principios del matrimonio. Son opciones que el legislador ha tenido, finalmente, que admitir por cuanto lo que se privilegia es la familia y no la ceremonia o la formalidad que rodea su inicio. También las uniones paraconyugales son fuentes de afecto, solidaridad, ayuda recíproca y muestran a dos personas compartiendo valores, metas y amor entre sí y para sus hijos"¹⁷.

Este proceso evidencia que la estructura familiar se revuelve sobre sus más sólidos cimientos con la aparición de nuevas fórmulas convivenciales¹⁸. La sexualidad y la afectividad fluyen y se sobreponen a aquellos

¹⁷ *Ibidem*. página 37-38.

¹⁸ Obsérvese, por ejemplo, las nuevas modalidades de convivencia "asexual" cuyo prototipo es el *pacte civil de solidarité* francés, o el "contrato de unión civil" del legislador español, en las que dos personas físicas mayores de edad, del mismo o de distinto sexo, organizan su vida en común; asumiendo conjuntamente la responsabilidad por las deudas contraídas durante la convivencia, sin obligación de fidelidad ni alimentaria.

esquemas ordenados con una interesada racionalidad y reclaman su espacio de libertad jurídicamente reconocido. No quieren insertarse en un esquema organizado. Se niegan a admitir como única finalidad del sexo la procreación, a que el matrimonio y la unión de hecho heterosexual sean las relaciones exclusivas para su práctica, a la predeterminación de roles en la conducta sexual y, aún más allá, se atreven a negar que la unión del hombre y la mujer, necesaria para la fecundación lo sea también para ordenar la sociedad en familias. Se aboga por la salida de la homosexualidad de lo patológico para ingresar en la normalidad. Una normalidad que requerirá la entrada de su relación en el derecho, su protección jurídica.

Paradójicamente aquellas relaciones afectivas y sexuales afirmadas contra el rigor del tiempo, de los sexos, de las instituciones y las leyes pretenden ahora efectos jurídicos. Y más aún quieren para sí algunas de las consecuencias jurídicas de aquellas instituciones legales, estables y organizadas.

El Derecho, es bien sabido, apenas es una superestructura normativa muy dependiente y vinculada a la realidad social de la que parte y a la que sirve. Nuestra sociedad es cada día más tolerante, consecuencia inevitable del pluralismo político que impone la Constitución.

Esa sociedad más tolerante acepta conductas que antes (y hoy todavía para algunos) podían parecer ética o socialmente inmorales o no permisibles, pero que han dejado de serlo para la mayoría, cuyo criterio (valores imperantes y predominantes en la sociedad) debe imponerse. Mas, esa tolerancia no es ninguna patente de corzo, sino aceptación de la diferencia, reconocimiento de la diversidad, y esto, que es enriquecedor, es lo que ha de ser respetado por "los otros".

Por ello, ¿es necesario, siquiera conveniente, que el legislador se ocupe de un tipo de relación cuya primera nota es precisamente el mantenerse al margen del modelo familiar constitucionalmente garantizado?

Es principio importante en este orden el llamado principio de necesidad, del que es consecuencia y muy próximo el de subsidiariedad: el legislador debe intervenir lo mínimo posible, sólo cuando sea necesario y no más que para proteger aquellos intereses especialmente valiosos y necesitados de protección legal, por no alcanzarla ellos solos en la dinámica social en que se insertan.

La Constitución no obliga directamente al reconocimiento institucional de las otras formas de convivencia al margen del modelo de familia que contempla, pero tampoco las

prohíbe. En ese sentido, sería inconstitucional considerar ilícita o penalizar tales formas de convivencia, o discriminarla en aspectos y ámbitos donde no haya un motivo razonable para ello.

Hoy, se comprueba que el aludido proceso continúa, no ha parado. Se afirma que el matrimonio y la convivencia *more uxorio* heterosexual ya no identifican la familia, sino un tipo concreto de familia en cuanto significa una opción entre otras posibles; que el fin esencial de las uniones que constituyen el modelo constitucional de familia ya no se identifica con la procreación; y, que la heterosexualidad no es exigencia para la convivencia paramatrimonial.

La recepción de tales criterios no parece ajena a nuestro ordenamiento jurídico si se recuerda que en el artículo 15 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", se reconoce que "toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna"; apreciándose que, el derecho a constituir familia, está expresamente referido a la persona con

prescindencia de su sexo u orientación sexual¹⁹.

Siendo así, se sostiene que no sólo debe institucionalizarse la convivencia heterosexual desde que "el régimen jurídico del matrimonio actual no se basa en la procreación (hoy es valor entendido en los ordenamientos europeos), no hay motivo para llevar la diferencia de trato de la convivencia homosexual con el matrimonio y con la pareja heterosexual hasta el punto de negarle su calidad de familia y la oportunidad, incluso necesidad, de institucionalización jurídica (socialmente, ya lo está): se trata de dar soluciones racionales a la convivencia no matrimonial, porque mientras la alternativa sea "solución jurídica - no solución jurídica", no hay una respuesta razonable a esa convivencia, que es una realidad, y no ilícita. Lo cual no quiere decir (merece la pena reiterarlo) que no deba haber ciertas diferencias en el trato de una pareja y a las otras. La cuestión es, como tantas veces, cómo y hasta dónde (límites)"²⁰. En el fondo, "es problema sólo de la pareja homosexual y el Estado (legislador); hay que tener alguna

¹⁹ En el numeral 1) del artículo 37 del Código Procesal Constitucional se ha contemplado expresamente a la orientación sexual como un elemento de no diferenciación.

²⁰ FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ. *Op cit.* página 110.

razón válida y grave para negar a la pareja homosexual su institucionalización jurídica; con hacerlo no se perjudica a nadie si la cuestión queda sólo entre esos convivientes y se toman ciertas medidas (como es la no permisión de la adopción por esa pareja, en cuanto que esto afecta a terceros, y hoy no está muy claro la conveniencia de esa adopción); únicamente se perjudica a la palabra, al símbolo (el del matrimonio)"²¹.

No cabe duda de la recepción constitucional de la convivencia homosexual como un tipo de familia. Pero debe precisarse que es opción del legislador el reconocerla o no como matrimonio.

Contra la posibilidad del matrimonio homosexual se sostiene que el matrimonio heterosexual es un concepto antropológico, un dato de la realidad, por lo que sería contrario a la naturaleza el matrimonio homosexual.

Pero a ello cabe contestar que el matrimonio es una creación del hombre, un producto de la cultura. Tras siglos de endogamia y luego de exogamia, la familia evolucionó hacia la monogamia por razones de diverso índole,

²¹ FRANCISCO PANTALEÓN. Régimen jurídico civil de las uniones de hecho. En, AA.VV. Uniones de hecho. Martinell y Areces coords. Lleida, Ed. Universidad de Lleida, 1998. página 70.

lograr un orden en las relaciones sexuales, el cuidado de los hijos y los ancianos, necesidades económicas (el culto de los dioses del hogar), y así se afirmaron los lazos espirituales de la pareja. Con el correr del tiempo, la pareja se institucionalizó en el matrimonio.

El carácter de creación cultural del hombre que corresponde al matrimonio determina, por ejemplo, que si bien en la mayor parte del mundo una de las notas del matrimonio es la singularidad, excluyente de otra relación simultánea de la pareja, en los países islámicos no es posible invocar este concepto, ya que un hombre puede sostener hasta cuatro matrimonios simultáneamente.

Esto tiende a demostrar que los conceptos culturales y las definiciones consiguientes pueden variar, no son inmutables, porque son creaciones del hombre, no de Dios ni de la naturaleza, y como tales se pueden adecuar a las necesidades y variaciones que la realidad impone a través del tiempo y las diferentes culturas.

De esta manera que, desde esta perspectiva, la objeción se reduciría al nombre, "matrimonio", y no al contenido de la institución. Se sostiene que el matrimonio homosexual es contrario a la finalidad esencial

del matrimonio como es la procreación, o como también se ha dicho, contrario a la naturaleza humana, dado que obsta al uso natural de los órganos sexuales por que “impide el cumplimiento de su finalidad natural –la procreación- necesaria para la supervivencia de la especie humana.

Ante tal afirmación se debe recordar que si bien el Código de Derecho Canónico de 1917 establecía entre los fines primarios del matrimonio la procreación y el Código de 1983 que lo modificó no lo contradice, son sus consecuencias respecto de causales de nulidad del matrimonio, éste no es el criterio jurídico admitido en las legislaciones de Occidente, incluido nuestro país.

Concretamente, a diferencia de lo que sucede en el derecho canónico, no es posible demandar la nulidad del matrimonio por la esterilidad o impotencia *generandi* de un cónyuge, aunque sí en caso de impotencia de uno de los cónyuges que impida absolutamente las relaciones sexuales entre ellos (artículo 277, inciso 7, del Código Civil).

Si el hecho de no poder procrear la pareja homosexual fuera razón suficiente para impedir su matrimonio, también podría sostenerse la prohibición del matrimonio de quienes por razones físicas o de avanzada

edad no pueden procrear, no obstante ser de distinto sexo.

Por cierto, los órganos sexuales son instrumentos de la procreación, pero además, cumplen la función de dar satisfacción al natural impulso sexual. Y esto también forma parte de los derechos atinentes a la condición humana.

En el caso de los homosexuales que sienten el deseo y la necesidad de dar estabilidad a su vida mediante la constitución de una pareja permanente, el matrimonio es para ellos el modo de dar singularidad, regularidad y orden a su vida espiritual, conforme a la muy humana necesidad que todo individuo siente de no vivir en soledad, y también al natural impulso amoroso y sexual que, en su caso, es hacia personas del mismo sexo, por más que no puedan procrear. Ello sin perjuicio de que la pareja homosexual pueda optar por convivir de manera estable sin contraer matrimonio, como puede hacerlo la pareja heterosexual.

Se agrega como argumento contra la admisión del matrimonio homosexual la vulneración de diversos tratados de derechos humanos. En tal sentido se señala, por ejemplo, que el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, establece “los hombres y las mujeres, a partir

de la edad núbil, tienen derecho sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia”.

También se cita el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que contiene expresiones similares al antes transcrito y los diversos tratados internacionales que aseguran al “hombre y a la mujer” el derecho a casarse. Y de ello se deduce que dichos tratados, con jerarquía constitucional en el Perú, establecen sin lugar para la duda que el matrimonio debe ser celebrado entre un hombre y una mujer.

Pero respecto de la interpretación gramatical se advierte que los tratados no establecen el derecho de casarse a “un hombre con una mujer”, redacción que habría excluido de su esfera de protección al matrimonio homosexual, sino que garantizan tanto a los hombres como a las mujeres su derecho a contraer matrimonio, obviamente conforme a los requisitos que establece la ley de cada país y ello puede ocurrir entre personas de distinto o del mismo sexo.

Además, cabe señalar que los tratados incorporados por el artículo 55 de nuestra Constitución son anteriores a la primera ley dictada en el mundo (Holanda, 2000) autorizando el matrimonio homosexual y,

también, son anteriores al planteo y desarrollo del debate sobre la admisibilidad del matrimonio homosexual.

Ello conduce a advertir que no es acertado descartar dicha admisibilidad sobre la base de expresiones de determinadas convenciones que no establecen prohibiciones expresas respecto del entonces inexistente matrimonio homosexual, sino que simplemente aluden a la igualdad de derechos del “hombre y la mujer”.

No parece de adecuada hermenéutica extraer de afirmaciones sobre la igualdad de derechos en el matrimonio, una conclusión contraria a la posibilidad de legislar sobre el matrimonio homosexual, inexistente en el mundo al tiempo de instrumentarse dichas convenciones.

Realizado este necesario deslinde, los elementos del nuevo modelo constitucional de familia quedan referidos a un tipo de convivencia duradera, exclusiva y excluyente, en la que sea indiferente el sexo de los convivientes y que se sustente en una comunidad de vida, de afectos, de responsabilidades; diferenciándose, la

convivencia heterosexual de la homosexual, por la aptitud para la procreación²².

²² De manera coincidente, JULIO V. GAVIDIA SÁNCHEZ señala que "para que una unión pueda ser considerada generadora de relaciones jurídicas familiares, considero que ha de consistir en una comunidad de vida exclusiva y duradera, con cuidados y responsabilidades recíprocos, que vayan más allá del hecho de compartir un mismo hogar y unos gastos o tareas domésticas, con independencia del sexo, de la orientación sexual y de que mantengan o no sus integrantes relaciones sexuales entre sí". En, Uniones homosexuales y concepto constitucional de matrimonio. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 21. Núm. 61. Enero-Abril 2001. página 11. Es de similar criterio MARIA BERENICE DIAS cuando expone que "aunque haya llegado la Constitución, con aires de modernidad, a otorgar la protección del Estado a la familia, independientemente de la celebración del matrimonio, siguió ignorando la existencia de entidades familiares formadas por personas del mismo sexo. Actualmente, no se define más a la familia por el acaecimiento del matrimonio. La existencia de prole no es esencial para que la convivencia merezca reconocimiento, de manera que la protección constitucional es otorgada también a las familias monoparentales. Si la prole o la capacidad procreadora no son esenciales para que la convivencia de dos personas merezca la protección legal, no cabe dejar fuera del concepto de familia a las relaciones homoafectivas [...] Es indispensable que se reconozca que los vínculos homoafectivos -mucho más que las simples y esporádicas relaciones homosexuales- configuran una categoría social que ya no puede ser discriminada o marginada por el perjuicio. Es la hora de que el Estado, que se dice democrático y que consagra como principio mayor el respeto de la dignidad de la persona, pase a reconocer que todos los ciudadanos disponen del derecho individual a la libertad, del derecho social de elección y del derecho humano a la felicidad". En, Uniones homoafectivas. Actualidad Jurídica. Tomo 122. Enero 2004. Lima, Gaceta Jurídica. página 27-28.

IV. El modelo constitucional de familia, la orientación sexual de los padres y los derechos del niño

El debate acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo y la posibilidad de adoptar moviliza positivamente a la opinión pública en torno de una discusión que no es sólo sobre el modelo de familia, sino también sobre la idea de igualdad que se está dispuesto a defender, y el lugar de las minorías en nuestra vida social y en el sistema democrático.

Un aspecto menos divulgado de la discusión tiene que ver con los estándares jurídicos y constitucionales que deberían guiar a los legisladores en el tratamiento de los diferentes proyectos.

En ese sentido, es oportuno señalar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos limita seriamente la posibilidad de establecer diferencias de trato basadas en la orientación sexual de las personas, cuando está en juego el ejercicio de derechos civiles en el ámbito de la familia, como por ejemplo el derecho a casarse, a ejercer la tenencia de los hijos y el derecho a adoptar. Este principio debería ser especialmente valorado por los investigadores cuando se plantean por

ejemplo argumentos generales en contra de la adopción de parejas homosexuales basados en la defensa de la estructura familiar tradicional, o incluso en la supuesta protección de los niños.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos es parte del orden constitucional peruano, y sus normas y principios han sido reiteradamente considerados por el Congreso y el Poder Judicial como un marco relevante para la discusión de temas sociales.

En el año 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) resolvió un caso contra Chile, que involucraba la tenencia de tres niñas²³. Su madre había comenzado una relación con una pareja de su mismo sexo. El padre inició una acción para quitarle la tenencia de las niñas, y luego de un largo trámite, la Corte Suprema chilena aceptó el planteo y obligó a la mujer a entregar la tenencia de las niñas a su ex esposo.

La decisión de la Corte Suprema chilena se basó fundamentalmente en el hecho de que la madre hubiera iniciado una relación homosexual y en los supuestos riesgos que esta situación podría provocar en la formación

²³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012 (Fondo, reparaciones y costas).

y el desarrollo de las niñas. El tribunal chileno adujo concretamente los efectos nocivos que “la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino” pueden causar “en el bienestar psíquico y emocional” de las niñas; el “entorno familiar excepcional” constituido por la pareja de mujeres, ya que “se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación”; y el hecho de que la madre antepuso su libertad de expresar su condición de homosexual frente al derecho de las niñas a desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social, según el modelo tradicional que le es propio (...).”.

La CIDH entendió que cualquier diferencia de trato basada en la orientación sexual de las personas nace sospechada de ser ilegal y discriminatoria, y por lo tanto quien la invoca tiene el deber de mostrar razones de muchísimo peso para justificarla²⁴. Así,

²⁴ “Tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio. Esto es especialmente relevante en un caso como el presente, teniendo en cuenta que la determinación de un daño debe

precisó que “teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas, la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”²⁵. Agrega que “un derecho

sustentarse en evidencia técnica y en dictámenes de expertos e investigadores en aras de establecer conclusiones que no resulten en decisiones discriminatorias”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012 (Fondo, reparaciones y costas). Fundamento jurídico 124.

²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012 (Fondo, reparaciones y costas).

que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención”²⁶.

La CIDH consideró que en el caso no se había presentado información alguna que

Fundamento jurídico 91. Además, *Cfr.* Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 3. El VIH/SIDA y los derechos del niño, CRC/GC/2003/3, 17 de marzo de 2003, párr. 8 (“es preocupante la discriminación basada en las preferencias sexuales”); Observación General No. 4. La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/4, 21 de julio de 2003, párr. 6 (“Los Estados Partes tienen la obligación de garantizar a todos los seres humanos de menos de 18 años el disfrute de todos los derechos enunciados en la Convención, sin distinción alguna (art. 2), independientemente de "la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión pública o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño". Deb[e] añadirse también la orientación sexual”).

²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012 (Fondo, reparaciones y costas). Fundamento jurídico 93.

demonstrara que la orientación sexual de la madre o su proyecto de vida constituyeran un riesgo para sus hijas. Por el contrario, existía prueba que indicaba que las niñas deseaban continuar viviendo con su madre, que el ambiente familiar era adecuado para ellas, que la madre velaba por sus intereses y que la convivencia con la pareja de su madre no estaba generando ningún efecto adverso en las niñas. De allí que la CIDH concluyó que las autoridades judiciales se basaron en simples “presunciones de riesgo” derivadas de prejuicios y estereotipos equivocados sobre las características y comportamientos de un grupo social determinado, sin base empírica o científica que demostrara esos riesgos. En ese sentido, explicó “que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia”²⁷. Añade

²⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia

que “al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia”²⁸.

También sostuvo la CIDH que no podían los tribunales evaluar en contra de los derechos de la madre homosexual el posible impacto en las niñas de la homofobia y los prejuicios sociales, pues eso equivalía a reforzar la discriminación. De este modo, señaló que “en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más

del 24 de febrero de 2012 (Fondo, reparaciones y costas).
Fundamento jurídico 109.

²⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012 (Fondo, reparaciones y costas).
Fundamento jurídico 110.

incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos. Por otro lado, en cuanto al argumento de que el principio del interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de un rechazo por la sociedad, la Corte considera que un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un "daño" válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos como el presente constatan la existencia de discriminación social es totalmente inadmisibles legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad"²⁹.

Algunos argumentos que se escuchan en estos días en contra de la adopción por parejas homosexuales resultan muy similares

²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012 (Fondo, reparaciones y costas). Fundamentos jurídicos 120 y 121.

a lo que la CIDH consideró inadecuados e ilegales en este caso. En el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, la CIDH constató que “el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social”, y no en una “familia excepcional”, refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la “familia tradicional”)³⁰.

De acuerdo con la interpretación que la CIDH ha hecho de la Convención Americana, si se quisiera mantener una diferencia en el ejercicio del derecho a adoptar basada en la orientación sexual del adoptante, debería mostrar razones de muchísimo peso para evitar que su postura sea juzgada como discriminatoria y por lo tanto ilegal. Sin motivos de peso comprobados, se impone el tratamiento igualitario³¹.

³⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012 (Fondo, reparaciones y costas). Fundamento jurídico 145.

³¹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos dejó sentado que “la jurisprudencia de algunos países, así como numerosos informes científicos, se han referido a esta temática con claridad. Por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en su sentencia de 2010

sobre el derecho de las parejas homosexuales a adoptar menores de edad, consideró relevante que los demandantes no sustentaron empíricamente, con base en documentos o análisis científicos, una supuesta afectación del interés superior del niño en estos casos. Por el contrario, la Suprema Corte tomó en cuenta los estudios existentes sobre el impacto de la orientación sexual en el desarrollo del niño y consideró que en modo alguno puede sostenerse la hipótesis general de una afectación negativa del desarrollo de los menores de edad que conviven con padres homosexuales. Además, la Suprema Corte indicó, por ejemplo, que: La heterosexualidad no garantiza que un menor adoptado viva en condiciones óptimas para su desarrollo: esto no tiene que ver con la heterosexualidad-homosexualidad. Todas las formas de familia tienen ventajas y desventajas y cada familia tiene que analizarse en lo particular, no desde el punto de vista estadístico. Por otra parte, diversas sentencias de tribunales internacionales permiten concluir que en decisiones judiciales respecto a la custodia de menores de edad, la consideración de la conducta parental, sólo es admisible cuando existen pruebas específicas que demuestren en concreto el impacto directo negativo de la conducta parental en el bienestar y desarrollo del niño o la niña. Esto en aras de la necesidad de aplicar un escrutinio mayor cuando la decisión judicial se relacione con el derecho a la igualdad de grupos poblacionales tradicionalmente discriminados como es el caso de los homosexuales. Por su parte, los peritos Uprimny y Jernow citaron y aportaron una serie de informes científicos, considerados como representativos y autorizados en las ciencias sociales, para concluir que la convivencia de menores de edad con padres homosexuales no afecta *per se* su desarrollo emocional y psicológico. Dichos estudios concuerdan en que: i) las aptitudes de madres o padres homosexuales son equivalentes a las de madres o padres heterosexuales; ii) el desarrollo psicológico y el bienestar emocional de los niños o niñas criados por padres gays o madres lesbianas son comparables a los de las niñas o los niños criados por padres heterosexuales; iii) la orientación

Es evidente que el riesgo en la formación de los niños podría ser un motivo suficiente para justificar un tratamiento diferenciado. Sin embargo, el argumento basado en el “interés superior de los niños” no puede ser invocado en abstracto, sin una prueba certera que

sexual es irrelevante para la formación de vínculos afectivos de los niños o las niñas con sus padres; iv) la orientación sexual de la madre o el padre no afecta el desarrollo de los niños en materia de género respecto a su sentido de sí mismos como hombres o mujeres, su comportamiento de rol de género y/o su orientación sexual, y v) los niños y las niñas de padres homosexuales no son más afectados por el estigma social que otros niños¹⁴⁸. Asimismo, la perita Jernow mencionó varios fallos de tribunales nacionales que se refirieron a investigaciones científicas como prueba documental para afirmar que el interés superior del niño no se vulnera con la homosexualidad de los padres. La Corte resalta que la “American Psychological Association”, mencionada por la perita Jernow, ha calificado los estudios existentes sobre la materia como “impresionantemente consistentes en su fracaso para identificar algún déficit en el desarrollo de los niños criados en un hogar gay o lésbico [...] las capacidades de personas gays o lesbianas como padres y el resultado positivo para sus hijos no son áreas donde los investigadores científicos más autorizados disienten”¹⁵⁰. En consecuencia, la perita concluyó que: cuando la especulación sobre un futuro daño potencial para el desarrollo del niño es refutado de manera sólida por toda investigación científica existente, dicha especulación no puede establecer las bases probatorias para la determinación de la custodia”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012 (Fondo, reparaciones y costas). Fundamentos jurídicos 126-129.

demuestre fehacientemente riesgos claros y concretos para los niños basados en la orientación sexual del adoptante.

Hasta ahora, sólo se ha escuchado afirmaciones dogmáticas sobre la conveniencia de preservar el modelo de familia “normal” o “natural”, pero eso es claramente insuficiente para superar un estricto test de igualdad, a la luz de los principios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Conclusiones

El modelo de familia constitucionalmente garantizado responde a una estructura relacional, abstracta y general, apropiada para generar nuevas vidas humanas. Todo ello excluye obviamente la legitimidad de cualquier tratamiento legal o jurídico de la familia en nuestro ordenamiento que lo desconecte completamente de sus presupuestos institucionales básicos. Podrán darse, las uniones monoparentales, constituidas por un solo padre, ya sea que se trate de un progenitor soltero, divorciado o viuda; los enlaces reconstituidos o ensamblados, formados por solteros, divorciados o viudos con hijos que deciden unirse ya sea en matrimonio o fuera de él; las uniones de personas que, sin poder procrear, confluyen

como una unión de asistencia, compañía, afecto y socorro mutuo. Igualmente, se dan en el Derecho civil vigente, algunas ampliaciones analógicas de la institución tendentes precisamente a proporcionar una familia a quien, por causas naturales o por irregular práctica de la generación, carece en rigor de ella o la que tiene no puede cumplir sus funciones esenciales adecuadamente, lo que, obviamente, será de particular aplicación a los menores (sería el caso de la adopción). Pero tales ampliaciones sólo podrán justificarse sobre la base precisamente del mantenimiento de la estructura esencial a toda familia, que deriva precisamente de las condiciones en que se produce la generación humana natural y el consiguiente proceso de crianza, atención y educación de la nueva persona humana.

El actual modelo de familia constitucionalmente garantizado es producto de un proceso en el que inicialmente se la presentaba como una realidad convivencial fundada en el matrimonio, indisoluble y heterosexual, encerrado en la seriedad de la finalidad reproductora; condenando al exilio legal a cualquier otra forma de constitución de una familia. Los hechos desbordaron esa hermética actitud de desconsiderar una realidad que ha ido *in crescendo*. Así, se abrió paso a la equiparación de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales; se acudió

a principios del derecho de obligaciones para evitar el enriquecimiento indebido entre convivientes por los bienes adquiridos durante la unión *more uxorio* hasta llegar a reconocer en las parejas heterosexuales estables, libres de impedimento matrimonial, una comunidad de bienes a la que se aplican las disposiciones de la sociedad de gananciales, en lo que fuere pertinente. Ahora, se aprecia que la Constitución extendió su manto de protección a la convivencia sin matrimonio y esa consagración se ha trasladado en la legislación ordinaria que regula no sólo los efectos patrimoniales sino también personales. Este proceso evidencia que la estructura familiar se revuelve sobre sus más sólidos cimientos con la aparición de nuevas fórmulas convivenciales. La sexualidad y la afectividad fluyen y se superponen a aquellos esquemas ordenados con una interesada racionalidad y reclaman su espacio de libertad jurídicamente reconocido. No quieren insertarse en un esquema organizado. Se niegan a admitir como única finalidad del sexo la procreación, a que el matrimonio y la unión de hecho heterosexual sean las relaciones exclusivas para su práctica, a la predeterminación de roles en la conducta sexual y, aún más allá, se atreven a negar que la unión del hombre y la mujer, necesaria para la fecundación lo sea también para ordenar la sociedad en familias. Se aboga por la salida

de la homosexualidad de lo patológico para ingresar en la normalidad. Una normalidad que requerirá la entrada de su relación en el derecho, su protección jurídica.

Hoy, se comprueba que el aludido proceso continúa, no ha parado. Se afirma que el matrimonio y la convivencia *more uxorio* heterosexual ya no identifican la familia, sino un tipo concreto de familia en cuanto significa una opción entre otras posibles; que el fin esencial de las uniones que constituyen el modelo constitucional de familia ya no se identifica con la procreación; y, que la heterosexualidad no es exigencia para la convivencia paramatrimonial. La recepción de tales criterios no parece ajena a nuestro ordenamiento jurídico si se recuerda que en el artículo 15 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", se reconoce que "toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna"; apreciándose que, el derecho a constituir familia, está expresamente referido a la persona con prescindencia de su sexo u orientación sexual. No cabe duda de la recepción constitucional de la convivencia homosexual como un tipo de familia. Pero debe precisarse que es opción

del legislador el reconocerla o no como matrimonio. Siendo así, los elementos del nuevo modelo constitucional de familia quedan referidos a un tipo de convivencia duradera, exclusiva y excluyente, en la que es indiferente el sexo de los convivientes y que se sustente en una comunidad de vida, de afectos, de responsabilidades; diferenciándose, la convivencia heterosexual de la homosexual, por la aptitud para la procreación.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos limita seriamente la posibilidad de establecer diferencias de trato basadas en la orientación sexual de las personas, cuando está en juego el ejercicio de derechos civiles en el ámbito de la familia, como por ejemplo el derecho a casarse, a ejercer la tenencia de los hijos y el derecho a adoptar. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que cualquier diferencia de trato basada en la orientación sexual de las personas nace sospechada de ser ilegal y discriminatoria, y por lo tanto quien la invoca tiene el deber de mostrar razones de muchísimo peso para justificarla; en consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su

orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos, instrumento interamericano que proscribe la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención.

El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. La determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia. En ese sentido, al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de

medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona.

Bibliografía

1. Pietro Perlingheri (1988). La familia en el derecho constitucional español. Rev. De derecho privado. (feb.1988), pág. 110.
2. Nicolás Pérez Serrano.(1984) Tratado de derecho político. Madrid. Civitas 1984, pág. 687.
3. (Profesores) Díez Picazo y Gullón (1997). Sistema de derecho civil vol. IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones. Madrid. Tecnos 1997, pág. 42.
4. Daniel O'Donnell. (1989). Protección Internacional de los derechos humanos. Lima. Comisión Andina de Juristas 1989, pág. 335.
5. L. Sánchez Agesta. (1990). Elementos de derecho civil. Vol. IV. Derecho de familia. Barcelona. Bosch 1990, pág. 27.
6. O. Alzaga. (1978). La Constitución española de 1978. (comentario sistemático. Madrid. Edit. Del Foro 1978 pág. 311.

7. L. Martínez Calcerrada. (1981). La familia en la constitución española. Rev. De derecho privado 1981 pág.975.
8. G. García Cantero (1982). Comentarios al código civil y compilaciones forales. Madrid. EDERSA 1982, pág. 22.
9. José Luis Martínez López Muñiz. (2000). La familia en la constitución española. Rev. Española de derecho constitucional, año 20, No. 58, enero-abril 2000. Pág. 24,25.
10. Cecilia Medina. (1996). El derecho internacional de los derechos humanos. En Sistema jurídico y derechos humanos. Santiago. Sociedad de ediciones . Universidad Diego Portales 1996 pág. 33.
11. Francisco Rivera Hernández. (2002). Nuevas formas sociales y jurídicas de convivencia en la nueva familia y el derecho. Rev. Del Colegio de Abogados de Puerto Rico vol. 63, No. 3. Julio-setiembre 2002, pág. 110.
12. Olga Sánchez Martínez. (2000). Constitución / parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares. Rev. Española de derecho constitucional, año 20, No. 58. Enero-abril 2000, pág. 45.
13. Yuri Vega Mere. (2003). La familia por venir: entre lo público y privado. En las nuevas fronteras del derecho de familia

. Lima, Normas Legales 2003, pág. 36-37

14. Francisco Pantaleón (1998). Régimen jurídico civil de las uniones de hecho, en AAVV uniones de hecho. Matinell y Areces. coord.. Lleida. Edit. Universidad de Lleida 1998, pág. 70.
15. Julio Gavidia Sánchez. Uniones homosexuales y concepto constitucional de matrimonio. Revista española de derecho constitucional, año 21, No. 61.
16. María Berenice Días. (2004). Uniones homoafectivas. Actualidad jurídica. Tomo 122, enero 2004. Lima, Gaceta jurídica, pág. 27-28.