

REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA EN EL PERÚ COMO DE- RECHO SOCIAL-NECESIDAD DE UN CODIGO FAMILIAR

Nelson Reyes Ríos

*Profesor Principal de la Facultad de
Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.*

SUMARIO: 1.- Prólogo-Resumen. 2.- La familia dentro del contexto del Derecho Social. 3.- Estructura Normativa del Derecho Familiar Peruano. 4.- Necesidad de un Código familiar en el Perú. 5.- Enfoque Social de la familia en la Constitución actual del Perú. 6.- Conclusiones. 7.- Bibliografía.

1. PRÓLOGO: RESUMEN

La fuente y antecedente del presente trabajo, esta basado en la ponencia presentada en el XV Congreso Internacional de Derecho Familiar llevado a cabo en la Universidad Interamericana de Morelos (Campus Cuernava) en la República de México. En la sustentación de este inquietante tema familiar, hemos formulado un público

reconocimiento al maestro y amigo Julián Güitron Fuentesilla¹, a quien consideramos, posiblemente entre otros, como el principal gestor de la Legislación familiar en México. Precisamente el maestro señala en su obra «¿Qué es el Derecho familiar?» que «si bien la enunciación de este tema es eminentemente jurídico, se debe definir su lugar en el catálogo de las ciencias jurídicas. Decir lisa y llanamente cuál es su contenido, la ubicación que debe tener, aceptando la tradicional bipartición del Derecho Público y Privado. ¿En dónde debe ubicarse el Derecho familiar? En Derecho Privado o en el Público. Para nosotros y por razones científicas, como lo hemos demostrado y lo señalamos en este libro, el Derecho Familiar no es ni Público. Es un tercer género, es diferente al Público y al Privado, su objeto de estudio y su materia, deben tener un trato especial, sobre todo, ya que el Derecho Familiar es distinto a todas las demás disciplinas jurídicas. La naturaleza del Derecho Familiar, es haber constituido ya un tercer género. Un derecho distinto al Civil y Privado, que le originaron y harto diferente al Público, como usted lo podrá constatar cuando lea este artículo».

Por nuestra parte, publicamos un trabajo para la revista de investigación de la Facultad de Derecho de nuestra Universidad Nacional Mayor de San Marcos² en donde afirmamos lo siguiente «desde hace mucho tiempo, se viene observando que algunos casos de orden familiar no tienen explicación ni tratamiento especial, y al resolverlos se aplican todavía, si bien en poca dimensión, reglas generales del Derecho Personal o común, por llamarlos de alguna manera. También creo que en la enseñanza de dicha materia se incurre en algunas contradicciones».

El presente trabajo tiene como objetivo, precisamente sustentar el fundamento de estudio y aplicación del Derecho familiar, dentro del nuevo contexto del Derecho Social, basado fundamentalmente, como lo desarrollaremos, en la legitimación de intereses, que es de orden común, ya no individual ni Público.

2. LA FAMILIA DENTRO DEL CONTEXTO DE DERECHO SOCIAL

Uno de los temas básicos para este sustento está relacionado con el estudio de la NATURALEZA JURIDICA DE LA FAMILIA. Sobre este aspecto, desde hace mucho tiempo, se han difundido dos posiciones. Una en la que se sostiene, que para el estudio de la familia en el Derecho se debe aplicar las reglas de una persona jurídica. Otra

¹ GUITRÓN FUENTECILLA, Julián, «Que es el Derecho Familiar». México. 1992.

² REYES RÍOS, Nelson. «La Familia dentro del Contexto de Derecho Social». Rev. de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima. Perú. año 2004.

posición, siguiendo la tesis de Hauriou propugna el carácter Institucional de su estudio. Esta última posición es la que se ha difundido más, como afirma el maestro Guillermo Borda³, cuando indica: «Después de los Estudios de Hauriou, cuyo más notable continuador es George Renard, en torno a la teoría de la Institución, resulta ya muy clara la verdadera naturaleza jurídica de la familia. Hauriou llamó la atención sobre el hecho de que ciertas vinculaciones jurídicas no se explican satisfactoriamente por la idea del contrato o de la simple norma jurídica. Son elementos sociales cuya duración no depende de las voluntades individuales de sus integrantes, y que la ley misma no puede desconocer, colocadas entre los individuos y el Estado, sirven intereses de grupos; tienen una vida propia, una organización y una autoridad al servicio de sus fines. Por Institución, pues, debe entenderse una colectividad humana organizada, en el seno de la cual las diversas individualidades compenetradas de una idea directora, se encuentran sometidas para su realización, a una autoridad y reglas SOCIALES».

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

Estos estudios, han servido de sustento para hacer una nueva formulación de estudio, que se denomina LA SOCIALIZACION DEL DERECHO FAMILIAR. En nuestro trabajo sobre la «Familia y el Ministerio Público⁴, hemos hecho referencia sobre el sustento de este tema, indicando: «todos los actos jurídicos familiares, si bien pertenecen al que hacer privado, y quizás a la de índole más íntimo de cada persona, (la generalidad de las veces, con plena voluntad), sin embargo, todos están dirigidos hacia un fin el de orden social, en donde la legitimidad del interés es siempre, o casi siempre, superior a la de cada individuo. Así podemos mencionar solo algunos de dichos actos. En materia de la teoría de los impedimentos matrimoniales, lo que se pretende con este instituto es que el matrimonio tenga plena validez, con un sustento sólido de orden moral, eugenésico (salud), legal, y sobre todo que tenga eficacia social, que parece

³ BORDA, Guillermo: «Manual de Derecho de Familia». Editorial Perrot. Buenos Aires.

⁴ REYES RÍOS, Nelson «La Familia y el Ministerio Público» publicado en el libro Homenaje al Doctor Héctor Cornejo Chavez «La familia en el Derecho Peruano». Editoria Pontificia Universidad Católica del Perú. 1990.

que en la actualidad sé esta perdiendo. Todas las exigencias tienen por objeto responder al rol protagónico que tiene la familia en la sociedad. Las limitaciones a los atributos de la patria potestad (con las acciones de suspensión y extinción) la irrenunciabilidad del derecho de alimentos. La calificación de los bienes sociales del matrimonio, con la calidad de patrimonio autónomos, donde se considera que no son disponibles por la sola voluntad de los integrantes. También se aprecia en materia familiar, la presencia e intervención de funcionarios que tienen como finalidad especial, el control y vigilancia de la legalidad de todos los actos jurídicos familiares, como el caso del juez para el tema de invalidación del matrimonio y divorcio, y del Ministerio Público, en la tramitación de algunos procesos, como parte (accionante en muchos casos) o como funcionarios ilustrativos (Decreto Legislativo 052 - Ley Orgánica del Ministerio Público).

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

Hay que reconocer que el desarrollo de la tesis del derecho social no está definido, como se menciona en el contenido de estudio de la enciclopedia Omeba⁵ «pocas veces una teoría ha tenido tan amplia difusión, en tan poco tiempo, como la del Derecho Social que sirve para explicar la especial naturaleza del nuevo Derecho de trabajo; pero también, pocas veces una teoría ha tenido exponentes que más han diferido en el concepto, la idea y el contenido que debe dársele, opiniones unas de otras tan divergentes que con ello se revela que aún se encuentra en su iniciación y que es prematuro aún darla frente a teorías ya tradicionales, valor de tesis consagrada o definida». Si bien es cierto, que el criterio del interés social, es función de todo el derecho, como señalan varios autores, sin embargo, se acentúa con mayor fuerza en algunas manifestaciones humanas, como en el campo laboral y la familia.

Tomando en cuenta esta legitimidad de interés respecto a la familia, que corresponde a todos, beneficia a todos y por supuesto también afecta a todos cualquier situación contraria a sus intereses, es que ha sido preocupación de todas las Naciones, como se estipula en la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**⁶ en el acápite 3 del artículo 16 «3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado».

⁵ Diccionario Omeba: Tomo VII – Pág. 713. Buenos Aires – Argentina.

⁶ Declaración de los Derechos Humanos: Suscrita por la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

La mención específica respecto al enfoque de la familia como Derecho Social en el ámbito Internacional, aparece en el PACTO INTERNACIONAL DE DERECHO ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES de diciembre de 1966⁷, adoptado y abierto a la firma, ratificación, adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrado en vigor el 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27; que en el artículo 10 se establece lo siguiente: « Artículo 10. - Los Estados partes en el presente Pacto reconocen que: 1. - Se debe conceder a la **familia**, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posible, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. 2. - Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. 3. - Se debe adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe proteger a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil».

El profesor César Landa Arroyo⁸ en un artículo publicado en el Libro homenaje al maestro Héctor Cornejo Chávez, ha preparado un artículo, titulado «apuntes para la protección constitucional de los derechos sociales de la familia», en el que con amplia fundamentación señala «es evidente que la familia es la sociedad más natural y en ella se origina la base imprescindible de las relaciones interhumanas primarias. El origen de esta sociabilidad no se encuentra exclusivamente en la exigencia de satisfacer ciertas necesidades vitales, sino que a partir del ejercicio de la sociabilidad humana básica, la familia y sus miembros se abre hacia las demás personas y la sociedad, sentando así los principios de un proceso simultáneo de realización personal y colectiva».

⁷ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado el 16 de diciembre de 1966.

⁸ LANDA ARROYO, César: Artículo «Apuntes para la protección Constitucional de los derechos sociales de la familia» publicada en el Libro Homenaje al Doctor Héctor Cornejo Chávez. Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Pág. 125. Año 1990.

En otro acápite, el profesor Landa, señala «dentro de este panorama de cambio, la familia como expresión y esencia de la comunidad social, se encuentra en una crisis de maduración interna y de entorno, que demanda su modernización a fin de adaptarse a los cambios del proceso democrático y Social del estado de Derecho. Como la familia preexiste al Estado y es el núcleo de la organización social», (citando a Narciso Martínez Morán⁹ en su artículo sobre la familia y su protección Constitucional (Rev. De la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense N° 1, Madrid 1978, agrega) «lleva al Estado a regular las relaciones familiares, no de acuerdo con su capricho, sino respetando los fines propios, las propias leyes y el propio desarrollo de la institución, lo que no supone afirmar que la familia sea algo estratificado, estático, inmóvil, sino que, sin perder su esencialidad natural, se adapta, por su propia evolución interna, y por los factores que sobre ella inciden, a las circunstancias socio - históricas de cada momento».

Al respecto cabe señalar- dice el profesor Landa - «Que los derechos sociales constitucionales se apoyan en normas más transformadoras que garantizadoras de derechos, a partir de lo cual, se hace necesaria una progresiva definición legislativa, concreción jurisprudencial y una actuación política que tienda a asegurar una igualdad material. Contrario sensu, se debe evitar congelar o alterar las disposiciones constitucionales sociales; por cuanto se estaría incurriendo en una suerte de inconstitucionalidad por omisión o lesión, respectivamente».

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

Por su parte, el profesor de Derecho Constitucional y de Protección Jurídica de Derechos Humanos de la Universidad de Piura, Perú, Doctor Luis Castillo Córdova¹⁰ señala: «consecuentemente las disposiciones constitucionales sobre Derechos Sociales y económicos son formuladas en su gran mayoría no como derechos subjetivos que

⁹ MARTÍNEZ MORAN, Narciso, «La familia y su Protección Constitucional», Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense N°1 Madrid 1978.

¹⁰ CASTILLO CÓRDOVA, Luis: «Elementos de una teoría General de los Derechos Constitucionales» Ara Edotpres 2003. Lima Perú.

puedan ser inmediatamente reclamados ante los Tribunales de Justicia, sino que en su **mayoría** son constitucionalizados como normas programáticas, como normas de organización, como normas de promoción y fomento, como mecanismos de garantía y como deberes del Estado.

Así, por ejemplo, son normas programáticas referidas a los **DERECHOS SOCIALES Y ECONÓMICOS**, los siguientes:

- El artículo 4 CP (Constitución Política del Perú 1993) al establecer que «(1) la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio».
- En el artículo 6 CP que dispone que «(1) la política nacional de población tiene como objeto difundir y promover la paternidad y maternidad responsables».
- El artículo 14 CP que declara en su primera parte que «(1) la educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad».
- El artículo 18 CP al mencionar que «(1) la educación universitaria tiene como fines la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica».

Asimismo, también hay normas que se formulan como derechos subjetivos de los individuos. Así, por ejemplo las siguientes:

- El artículo 6 CP en su primera parte, al reconocer «el derecho de las familias y de las personas a decidir», en lo que respecta a la paternidad y maternidad responsables.
- El artículo 7 CP en su primera parte, cuando reconoce que «todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y de la comunidad».

Sin embargo, en el Perú esto no sucede, como se viene afirmando en diferentes trabajos, por cuanto el actual Código Civil de 1984¹¹, en materia familiar, fue elaborada bajo la orientación de la Constitución de 1979, con la teoría del Derecho fundamentales de la Persona (individual, civil). Por lo tanto, la actual norma de familia en el Perú, no está adecuada a la Constitución vigente de 1993, como Derecho Social. En el orden Procesal, sucede igual, puesto que el actual Código Procesal Civil fue promulgado mediante el Decreto Legislativo 768 de fecha 14 de marzo de 1992 y puesto en vigencia el 28 de julio de 1993 (Primera Disposición final del Decreto Ley N° 25935).

¹¹ Código Civil del Perú. Edición Oficial. 1984.

Sobre este aspecto, el maestro de siempre, Héctor Cornejo Chavez¹² afirma: «la familia, célula primera y vital de la sociedad como la ha llamado Juan Pablo II, no es exclusiva ni principalmente un fenómeno jurídico-legal. No lo es por su génesis, ni por su télesis: no es una creación del Derecho ni de la ley, que sólo la regula, sino obra de la naturaleza humana: y se dirige a satisfacer necesidades y exigencias inherentes a la persona como ser individual y SOCIAL. No lo es por su estructura, ni por su funcionamiento, que responden además a exigencias y dinámicas meta jurídicas. Primera sociedad a la que ingresa el ser humano y escuela donde se ponen los cimientos de su formación, la familia es un complejo de intrincadas imbricaciones, donde confluyen y se inter-relacionan factores étnicos-culturales y religiosas, económico-sociales, jurídicos, psicológicos y educativos.

La ley impone a los hijos el deber de respetar, obedecer y honrar a sus padres. La fórmula repite casi a la letra uno de los mandamientos de la ley de Dios. Pero no se respeta ni se honra, y a veces ni siquiera se obedece, con sólo actos extremos que la ley pueda controlar, sino con actitudes vitales que se sitúan en lo recóndito de los sentimientos y los afectos, hasta donde sólo la sanción moral puede llegar.

El amor no es condición jurídico-legal del matrimonio ni de la relación paterno filial o fraterna; mas sin él la relación se enfría, se torna pura fórmula exterior, se frustra. No hay código que pueda impedirlo. El código no llega a las esencias del amor. Y sin él, ni el matrimonio ni la familia son fecundos».

Estas apreciaciones descritas magistralmente por el maestro Cornejo Chávez, no hacen sino reafirmar que en la trilogía conceptual del Derecho en general y por supuesto en especial, el familiar (vida humana, normas jurídicas y valores), se debe **incidir más** que en otras ramas en la atención de las relaciones humanas y valores, tomando en cuenta los usos, costumbre, tradiciones bien orientadas de la vida en familia.

3. ESTRUCTURA NORMATIVA DEL DERECHO FAMILIAR PERUANO

Este tema está orientado a determinar la forma como está organizada las normas jurídicas de familia en nuestro sistema legislativo peruano. El sustento se encuentra en lo que se denomina la Estructura Normativa del Derecho Familiar, como señala el maestro Enrique Díaz de Guijarro¹³. En una adecuada técnica legislativa, surgen como

¹² CORNEJO CHÁVEZ, Héctor: «Derecho Familiar Peruano», tomo 1, Sociedad Conyugal Editores Studium Lima Perú 1982.

¹³ DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique: «Tratado de Derecho de Familia». Rfitoria Argentina. Buenos Aires 1953.

reglas propias del Derecho Familiar, dos categorías: 1) Normas Orientadoras o Básicas y 2) Normas Reguladoras. Las primeras, dice el autor, «son las contenidas en las Constituciones Políticas; responde al propósito de fijar los principios fundamentales de la estructura de la familia, dentro de la organización integral del Estado, de acuerdo con su realidad social y conforme a la medida en que los constituyentes lo consideran necesario, lo que determina gran disparidad en la extensión de estas normas básicas. Además, y en plano aún superior, y con el fin de sentar las fórmulas generales de acuerdo con las cuales deben regularse la familia en todos los Estados, aparecen breves y escuetos enunciados en recientes documentos Internacionales: La Declaración de Principios Sociales en América de 1945; La Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre de 1948. Las segundas, normas reguladoras, son los que integran los Códigos (Civiles o de Familia) y las leyes que los complementan, ya directamente, instituciones afines o que crean regímenes especiales para ciertas relaciones jurídicas en forma dependiente de los vínculos familiares, ya indistintamente- instituciones propias de otros ordenamientos- pero que funcionan teniendo en cuenta los vínculos familiares o variando sus efectos según existan o no». Como el Código Penal, por ejemplo en el Perú, que tiene un capítulo sobre delitos contra la familia.

Como es fácil comprobar, la aplicación de este planteamiento, se observa en todo el sistema legislativo, y es adaptable para cualquier materia de legislación, por cuanto todos los estados cuentan con normas Constitucionales, que generalmente emergen de las Convenciones Internacionales y las leyes que regulan cada materia (Códigos o leyes especiales).

En cuanto a la normatividad Constitucional, como se mencionó anteriormente, no requiere de mayor esfuerzo para justificarlo. En un artículo publicado en el Diario El Comercio de Lima-Perú, su autor Martín Belaúnde Moreyra¹⁴, refiere: «hacer doscientos años sólo los Estados Unidos de Norte América y Francia tenían una Constitución escrita, hoy día prácticamente todos los países del mundo tienen una, salvo Inglaterra, ¿A qué se debe este cambio?. El objetivo fundamental de la Constitución es limitar el poder la autoridad y afirmar la libertad del ciudadano y de la Sociedad Civil en la que vive. Pero el Proyecto Constitucional no se agota en este enunciado. Junto con la afirmación del ciudadano tiene que haber un afirmación del Estado como depositario de la autoridad legítima emanada del Pueblo. La Constitución, por consiguiente, es la piedra fundamental en la que reposa el orden jurídico, que a su vez garantiza la vida y la libertad del hombre, así como sus demás derechos fundamentales».

¹⁴ BELAÚNDE MOREYRA, Martín: artículo «¿Qué es la Constitución y para que sirve?», El Comercio, 27 de junio de 1993.

No obstante estos sólidos argumentos, es posible que algunas Constituciones, especialmente Sudamericanas, no responden a un contenido acorde con la modernidad y la realidad. Es importante referir a este respecto, otro artículo, también publicado en el Diario El Comercio de Lima-Perú, en el cuál su autor, Arturo Usler Pietri¹⁵ quien afirma:» La poca correspondencia de las constituciones políticas adoptadas con la realidad histórica, social y cultural de los países latinoamericanos. Por muchas razones los hispanoamericanos no concebieron las constituciones para las nuevas Repúblicas como ley fundamental del ordenamiento del Estado, de las estructuras de poder y de los deberes y derechos de los ciudadanos, sino mas bien como la ocasión de proclamar los más elevados ideales de organización política, las aspiraciones más sublimes de libertad y de igualdad, hasta convertir esos textos en una proclamación de ambiciones y aspiraciones para el futuro».

En lo que se refiere al Perú, parece ser que se adecua dicho concepto. Sin embargo, el ideal de los textos Constitucionales, ha sido desde el inicio de los pueblos, un deseo del hombre por estructural organizadamente el Estado, en un intento por vivir en paz social, regulando el Poder del Estado. Se ha dicho con propiedad que la historia de las Constituciones es la historia de la democracia ideal (palabras del doctor Fernando Vega Santa Gadea- Ex Ministro de Estado en el Despacho de Justicia del Perú), en una intervención académica.

Comentando las normas orientadoras contenidas en la Constitución Argentina, el mencionado profesor Enrique Díaz de Guijarro¹⁶ en su obra citada, indica: «Los derechos de la familia y las normas concordantes que los integran, contienen dos clases de principios: genéricos los unos, porque están sobre la familia en sí como núcleo; y concretos, los otros, porque se vinculan con ciertas relaciones jurídicas familiares».

4. NECESIDAD DE UN CÓDIGO FAMILIAR EN EL PERÚ

Posiblemente somos pocos o muy pocos, los que sostenemos la necesidad de contar con una legislación especial familiar, llámese Código o cualquier otra denominación. Los países que cuentan con una legislación especial, posiblemente enfrentaron las mismas dificultades que estamos pasando en la actualidad en el Perú. No son pocos los eminentes estudiosos que sostienen que no es necesario separar el tema de familia del actual Código Civil, porque se estaría extrayendo el corazón de dicho cuerpo de

¹⁵ USLAR PIETRI, Arturo: Artículo «Constitución y Sociedad». Diario El Comercio 14-3-1995. Lima-Perú.

¹⁶ DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique: Ob. cit. p. 7.

leyes. Esta aseveración no hace sino reconocer la importancia que tiene la familia. Así se reconoce en el acápite 3 del artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁷ que señala: «la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado».

Esta denominación no es meramente literal, sino una realidad que compromete a todas las personas sin excepción, a letradas o iletradas, gobernantes y gobernados, mayores o menores de edad, porque todos nos encontramos inmersos dentro de este núcleo natural, ya sea que se encuentren debidamente organizadas o integradas, o en aquellas otras llamadas desintegradas. Por lo tanto, resulta aplicable el principio de orden laboral denominado, **primacía de la realidad**.

Si esta premisa es cierta, como efectivamente lo es, entonces surge la interrogante, de qué naturaleza es esta realidad, qué reglas aplicar en sus relaciones internas o externas, lógicamente no será las mismas del derecho individual o civil o personal, cuando sus fines son de orden social, que compromete, beneficia o perjudica a todos, son reglas y principios propios, que responden a su naturaleza e interés de orden SOCIAL, las que están integradas en el campo jurídico, con el nombre del DERECHO SOCIAL, aquellas reglas que se denominaron de segunda o tercera generación en la categoría de los Derechos Humanos.

En nuestro referido trabajo preparado para la Revista de Investigación, precisamente fundamentamos el sustento del Derecho Social, desde sus diferentes aspectos, como por ejemplo dentro del orden Internacional hacemos referencia al PACTO INTERNACIONAL DE DERECHO ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES de diciembre de 1966¹⁸, adoptado y abierto a la firma, ratificación, adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrado en vigor el 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27; que en el artículo 10 se establece lo siguiente: «Artículo 10.- Los Estados partes en el presente Pacto reconocen que: 1.- Se debe conceder a la **familia**, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posible, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. 2.- Se debe conceder especial protección a las madres durante un

¹⁷ Declaración de los Derechos Humanos: Suscrito por la Organización de Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948.

¹⁸ Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado el 16 de diciembre de 1996.

período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. 3.- Se debe adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe proteger a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil».

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

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

En la exposición de motivos del CODIGO FAMILIAR PARA EL ESTADO DE HIDALGO-MÉXICO¹⁹, encontramos una fundamentación muy importante respecto a la regulación de la familia: «Una legislación familiar para el Estado de Hidalgo, pondrá las bases de una nueva sociedad, derrumbando mitos y creando nuevas estructuras estatales para proteger a la familia, a los niños, a los inválidos y a los ancianos. Empero, la sola expresión Derecho familiar, plantea interrogantes, una por ignorancia y otras de mala fe, porque en ambos caos se desconoce el Derecho familiar, considerando como el conjunto de normas jurídicas reguladoras de las relaciones de sus miembros entre sí, y respecto a la Sociedad.

¹⁹ GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián: «Código Familiar para el Estado de Hidalgo». México. Edición oficial. 1983.

El Derecho familiar es un **derecho tutelar**. No es privado ni Público. **ES UN DERECHO SOCIAL**, protector de la familia, considerada ésta como el núcleo más importante de la población.

La única solución posible a esos problemas, es promulgar un Código Familiar, para proteger efectivamente al núcleo social más importante de la humanidad».

Por nuestra parte, proponemos que la futura legislación familiar se oriente a fomentar una cultura de solución de las causas antes que los efectos. Sobre esta idea, recogemos un artículo del economista David Rivera²⁰ quien señala, haciendo alusión a la tiranía de los precios lo siguiente: «lo más importante es que vivimos en un país con un nivel de ingresos que impide que la mayor parte de la población acceda a un mínimo de cultura o al entretenimiento publicitado masivamente a través de los medios. De esta manera, si bien **la legislación es bien intencionada** y está orientada a castigar la actividad ilegal, por sí no ataca directamente el germen del problema: precios "pelados" con el bolsillo del peruano promedio y un Estado que no garantiza el acceso a la cultura y al entretenimiento»

Posiblemente no estamos solos en esta tarea, por su parte la doctora Carmen Meza Ingar²¹ en su obra, Más allá de la igualdad. Los Derechos de la Mujer en el año 2000, señala «por ser la familia una institución fundamental, distintos foros internacionales se han pronunciado por la urgencia de aprobar en cada país un Código de familia».

5. ENFOQUE SOCIAL DE LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN ACTUAL DEL PERÚ

El jurista Fernando de Trazegnies Granda²², en un artículo publicado en el Libro homenaje al maestro Héctor Cornejo Chávez, titulado «La familia en el Derecho Peruano» refiere: «La familia sería aquello que la sociología comprueba como tal en la realidad social; y, una vez más, el papel del Derecho no sería nada más aquel facilitar mediante reglas imperativas que esa convicción social se afirme. En esta forma, la verdad del Derecho de familia no estaría en el Derecho sino en la biología, en la sociología o en la psicología. Sin embargo, un análisis más cuidadoso nos revela que la llamada realidad encubre muchas

²⁰ RIVERA DAVID. Artículo sobre la tiranía de los precios. Diario El Comercio B. 28 de junio 2004.

²¹ MEZA INGAR, Carmen: «Más allá de la igualdad. Los Derechos de la mujer». Lima. 2000.

²² DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: Artículo «La Familia» publicado en el Libro Homenaje al Doctor Héctor Cornejo Chávez. «La familia en el Derecho Peruano» Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. 1990.

incertidumbres, vaguedades y posiblemente errores; y que el concepto jurídico de familia constituye también una realidad que encuentra su verdad en el seno del propio derecho». «El proyecto social y la naturaleza tienen entre sí una relación como la del escultor con el mármol; el Derecho es la estatua resultante. El escultor no puede dejar de tener en cuenta las características del mármol al concebir su proyecto artístico; porque, de un lado, es inconcebible una escultura sin material y, de otro lado, no es lo mismo esculpir en mármol que modelar en madera o en bronce. Pero, además el escultor debe tomar en cuenta los instrumentos que tiene a su disposición para realizar la escultura y que dependen del estado de la técnica, de sus posibilidades económicas y de otras variables. Finalmente, la libertad del escultor se encuentra teñida por sus ideas sobre la función del arte en el mundo en que vive, sus concepciones estéticas, sus motivos íntimos. De todo ello saldrá la escultura, todo ello de alguna manera condiciona la obra de arte.

Pero no se trata de un condicionamiento determinista y fatal; la escultura no es simplemente el mármol ni los instrumentos ni la idea que tiene el escultor sobre el arte, ni sus motivos íntimos, sino la reunión de todo ello desde la perspectiva de una concepción creativa concreta. Algo similar sucede con el proceso de creación y aplicación del Derecho. Con un mismo mármol se pueden hacer estatuas muy diferentes; y con una misma configuración biológica y psicológica, el Derecho de Familia puede establecer familias muy distintas. Tanto el Arte como el Derecho tienen una función comprobativa – constitutiva insoslayable».

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

6. CONCLUSIONES

1. La familia tiene como significación especial su carácter de orden natural, por lo tanto en sus relaciones deben primar el elemento humano y valorativo antes que el jurídico.
2. El estudio de la familia en el ámbito jurídico responde a una nueva categoría del Derecho, que es el SOCIAL.
3. Todas las naciones deben propender al fortalecimiento de la familia estableciendo políticas de protección integral, como una forma de lograr su desarrollo.

7. BIBLIOGRAFÍA

- 1) BELAÚNDE MOREYRA, Martín: artículo «¿Qué es la Constitución y para que sirve?», *El Comercio*, 27 de junio de 1993.
- 2) BORDA, Guillermo: *Manual de Derecho de Familia*. Editorial Perrot. Buenos Aires.
- 3) ESPÍN CÁNOVAS, Diego. *Familia y Cambio Social*. Comunicación N° 29. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid. 1999.
- 4) CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *Elementos de una teoría General de los Derechos Constitucionales*. ARA Editores. Perú. 2003.
- 5) CONSTITUCION POLITICA DEL PERU.- Edición Oficial 1993.
- 6) CORNEJO CHAVEZ, Héctor.- *Derecho Familiar Peruano*. Studium Editores. Perú.
- 7) Edgardo Crespi, Jorge. *La cosa Juzgada en el Derecho de Familia*. Desalma Editores. Buenos Aires. 1980.
- 8) Declaración de los Derecho Humanos: Suscrita por la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.
- 9) DECLARACION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989.
- 10) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: Artículo «La Familia» publicado en el Libro Homenaje al Doctor Héctor Cornejo Chávez. «La familia en el Derecho Peruano» Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. 1990.
- 11) DIAZ DE GUIJARRO, Enrique: *Tratado de Derecho de Familia*. Editora Argentina. Buenos Aires 1953.
- 12) Diccionario Omeba: Tomo VII – Pág. 713. Buenos Aires – Argentina.
- 13) GARCIA BELAUNDE, Domingo: *Las Constituciones del Perú.- Edición Oficial del Ministerio de Justicia- 1999*.
- 14) Guitrón Fuentecilla, Julián, « Que es el Derecho Familiar» México. 1992.
- 15) LANDAARROYO, César: Artículo «Apuntes para la protección Constitucional de los derechos sociales de la familia» publicada en el Libro Homenaje al Doctor Héctor Cornejo Chávez. Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Pág. 125. Año 1990.
- 16) MARTINEZ MORAN, Narciso, «La familia y su Protección Constitucional», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense N°1 Madrid 1978*.
- 17) MEZA INGAR, Carmen: *Más allá de la igualdad. Los Derechos de la mujer en el año 2000*.
- 18) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado el 16 de diciembre de 1996.

- 19) PAUCHARD HAFEMANN, Héctor, «Relaciones humanas y Condición Humana» Ed. Universidad de la frontera. Temuco, 1993.
- 20) REYES RÍOS, Nelson «La Familia y el Ministerio Público» publicado en el libro Homenaje al Doctor Héctor Cornejo Chavez «La familia en el Derecho Peruano. Editora Pontificia Universidad Católica del Perú. 1990.
- 21) REYES RÍOS, Nelson. La Familia dentro del Contexto de Derecho Social. Rev. de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima.Perú. año 2004.
- 22) SLONINSKY, Teodoro. «La Familia y Relación Humana». Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires 1962.
- 23) SUAREZ Franco, Roberto. Derecho de Familia. TI. Edición Temis S.A. Bogotá. 1998.
- 24) UMAÑA LUNA, Eduardo. «La familia: Núcleo fundamental de la sociedad (¿siglo XXI?)». Ediciones La Constitución. Bogotá. 1996.
- 25) USLAR PIETRI, Arturo: Artículo «Constitución y sociedad». Diario El Comercio 14-3- 1995. Lima-Perú.