

Familia y Constitución: reflexiones desde el proceso de constitucionalización del Derecho Privado

Ramírez Huaroto, Beatriz
Pontificia Universidad Católica del Perú
bramirez@pucp.pe*

Resumen: El presente trabajo plantea que el paso del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho ha influido en la relación entre el Derecho Privado y el Derecho Constitucional. Eso ha tenido en el ámbito del Derecho de Familia importantes repercusiones porque ha cambiado el foco de análisis de las instituciones tradicionales a los derechos de las personas en sus relaciones familiares.

Abstract: The present work proposes that the transition from the Legal State of Law to the Constitutional State of Law has influenced the relationship between Private Law and Constitutional Law. This has had important repercussions in the field of Family Law because it has changed the focus of analysis from traditional institutions to the rights of people in their family relationships.

Palabras clave: Derecho de Familia, Constitucionalización, Derecho Privado

Keywords: Family Law, Constitutionalization, Private Law

Introducción

La constitucionalización de las distintas áreas del Derecho es un fenómeno presente en la cultura jurídica. El Derecho Privado no ha sido ajeno a esa tendencia. Con el carácter vinculante de los preceptos constitucionales en el Estado Constitucional de Derecho, derivado de la legitimidad de las constituciones como normas democráticas supremas con carácter vinculante para la ciudadanía y todos los poderes públicos, el Derecho Privado ha visto renovados sus fundamentos. El Derecho de Familia, como parte tradicional del Derecho Privado, se ha visto marcado también por esta renovación y el presente trabajo destaca que el influjo de la constitucionalización del ordenamiento ha propiciado también una distinta aproximación a esta tradicional rama jurídica.

El paso del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho como marco

* Abogada y Magistra en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctoranda en Derecho por la misma universidad.

El proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico hunde sus raíces en el pase del Estado Legislativo de Derecho al Estado Constitucional del Derecho¹. El punto de quiebre fue la Segunda Guerra Mundial que marcó el pase en el Derecho europeo -y posteriormente latinoamericano- de Constituciones entendidas solamente como normas políticas a Constituciones normativas acompañadas del control constitucional de las leyes².

El Estado legislativo de Derecho se afianzó de la mano del principio de legalidad como principio de validez jurídica, independientemente de su contenido material, lo que suponía que las normas fueran emitidas por una autoridad dotada debidamente con la competencia para ello. La autoridad de la fuente de producción era el centro de la validez; la forma de los actos normativos era el centro del paradigma jurídico del Estado Legal de Derecho³.

Por el contrario, en el Estado Constitucional de Derecho el cambio de paradigma se da por medio de la subordinación del principio de legalidad a constituciones “jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez”⁴. Con ello cambian las condiciones de validez de las normas, la que no es solo dependiente de su forma de producción, sino de su coherencia con los principios de la Constitución. La Constitución impone a la producción legislativa prohibiciones y obligaciones de contenido correlativas a los derechos, las mismas que deben ser observadas bajo mandato de ser corregidas en caso contrario. Esto supone una avanzada respecto del positivismo jurídico porque “el derecho no es ya sólo el Derecho puesto por la autoridad, sino una creación humana cuyo sentido es el de satisfacer ciertos valores que se plasman en los derechos fundamentales”⁵.

Aunque en el Estado Legislativo de Derecho haya tenido presencia una Constitución en el sentido positivista del término, en el Estado Constitucional de Derecho hay una Constitución que “pretende cumplir funciones normativas *ex ante*, pretende fundar o refundar la identificación, unidad y permanencia de un sistema jurídico-político y lo hace determinando qué va a contar (hacia el futuro) como fundamental en ese sistema”⁶. El Estado Constitucional tiene una Constitución que “además de una dimensión constitutiva tiene una dimensión valorativa” pues reconoce estados de cosas como valiosos, merecedores de protección y promoción⁷. Los Estados Constitucionales tienen una Constitución

¹ ZAGREBELSKY (2011), pp. 33-41.

² FERRAJOLI (2001), p. 31.

³ ZAGREBELSKY (2011), pp. 22-27.

⁴ FERRAJOLI (2001), p. 34.

⁵ ATIENZA (2014), p. 14.

⁶ AGUILÓ (2001), p. 442.

⁷ AGUILÓ (2001), pp. 445-446.

que responde a la limitación del poder político y la garantía de los derechos, y que es practicada⁸.

Varios rasgos pueden definir el pase de un modelo de Estado de Derecho al otro, lo que es “una cuestión de grado, en el sentido de que un ordenamiento puede estar más o menos constitucionalizado”⁹. Para este autor son condiciones centrales del proceso de constitucionalización tanto la existencia de una Constitución rígida, es decir, que esté protegida contra los cambios por parte de la legislación ordinaria por medio de un procedimiento especial para su derogación o modificación, como la garantía jurisdiccional de la Constitución que puede hacerse según varios modelos. Otros rasgos del proceso de constitucionalización, estrechamente relacionados entre sí, son la fuerza vinculante de la Constitución, independientemente de su estructura o contenido normativo; la “sobreinterpretación” de la Constitución” que implica que las juezas y jueces interpretan la misma tanto de forma literal, como extensiva; y la aplicación directa de las normas constitucionales frente a las relaciones sociales cuando las controversias no puedan ser resueltas conforme a ley por vacío o inconformidad de la misma con el ordenamiento valorativo constitucional. Por último, son rasgos del paso al Estado Constitucional de Derecho la interpretación de las leyes conforme o adecuada a la Constitución, así como la influencia de la Constitución en las relaciones políticas¹⁰.

La consideración de las Constituciones como normas políticas supremas de los ordenamientos jurídicos nacionales ha tenido lugar también junto con el cambio en los “derechos públicos subjetivos del Estado liberal que se trasforman en derechos fundamentales”¹¹. Aunque la fuerza normativa de los derechos fundamentales se adecúa a la forma en que se han positivizado y a los alcances interpretativos que les haya dado la jurisdicción constitucional, el paradigma del Estado Constitucional de Derecho es que se trata de normas aplicables y vinculantes¹². Los derechos fundamentales tienen en el ordenamiento jurídico de cada país el rango máximo por estar contenidos en la Constitución, la máxima fuerza jurídica en el sentido que vinculan a todo el Estado y la sociedad, la máxima importancia porque deciden sobre la estructura básica de las sociedades, y la mayor indeterminación porque están sujetos a la interpretación¹³.

La indeterminación de la Constitución es producto de los procesos políticos que le dan origen. Las constituciones son “documentos típicamente ambiguos, puesto que reflejan las ideologías contrapuestas de las fuerzas políticas y sociales que las

⁸ AGUILÓ (2001), pp. 450-452.

⁹ GUASTINI (2003), p. 50.

¹⁰ GUASTINI (2003), pp. 50-58.

¹¹ LANDA (2013), p. 14.

¹² CARBONELL y SÁNCHEZ (2011), p. 35.

¹³ ALEXY (2003), pp. 32-37.

han impulsado”, de allí que su lenguaje sea en términos muy abstractos¹⁴. Dentro del sistema jurídico, conforme a las reglas de la interpretación constitucional y “a la luz de alguna filosofía moral y política de carácter sustantivo” “que sea compatible con los materiales autoritativos del Derecho y que suponga el mayor desarrollo de los fines y valores que conforman la práctica constitucional”, es posible extraer el significado de los derechos¹⁵. Los derechos tienen una dimensión normativa que se expresa en la diferencia entre reglas y principios debido a “cómo operan en cuanto razones para la acción en el razonamiento práctico”, pero también tienen una dimensión axiológica o valorativa¹⁶.

El carácter vinculante de la Constitución impone deberes no sólo a los poderes públicos, sino a la ciudadanía de forma que todos/as “tienen el deber de cumplirla y defenderla”¹⁷. Es la fuente suprema del Derecho e irradia a todo el ordenamiento jurídico de forma que “se extiende a todas las ramas del derecho, siendo sus principios y disposiciones de alcance general, es decir aplicables no solo al ámbito del ordenamiento jurídico público, sino también privado”¹⁸.

Así pues, la constitucionalización del ordenamiento jurídico es un proceso de transformación por el cual resulta ‘impregnado’ por las normas constitucionales de forma que la Constitución es capaz de condicionar tanto la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, la acción de los/as actores políticos, así como las relaciones sociales¹⁹.

La constitucionalización tiene entonces un sentido negativo, pero también uno positivo. No solo limita, sino que también orienta al ordenamiento jurídico hacia la realización de sus valores, lo que vincula la labor normativa, jurisdiccional, administrativa y social en general²⁰.

La relación entre el Derecho Privado y el Derecho Constitucional

Hesse anotaba en 1988 que las vinculaciones entre el Derecho Constitucional y el Derecho Privado habían sido escasamente tratadas y, por ello, este autor presentó una perspectiva histórica del desarrollo de las relaciones entre ambos²¹. Aunque su caracterización se hizo en el contexto alemán, sus rasgos descriptivos interpelan otras realidades.

-aquí tipeando con moi en brazos

¹⁴ ATIENZA (2017), p. 12.

¹⁵ ATIENZA (2017), p. 13.

¹⁶ ATIENZA (2017), pp. 76-78.

¹⁷ LANDA (2013), p. 14.

¹⁸ LANDA (2013), pp. 14-15.

¹⁹ GUASTINI (2003), p. 49.

²⁰ CARBONELL y SÁNCHEZ (2011), p. 40.

²¹ HESSE (1995), pp. 31-32.

Este autor destaca que en las primeras constituciones modernas los derechos fundamentales de libertad e igualdad eran centrales y que eso coexistió con las primeras codificaciones del Derecho Privado que descansaban en esos valores. Hesse anota, en el paradigma del Estado Legislativo de Derecho, que las Constituciones estaban lejos de asumir una función de guía pionera para propiciar una nueva configuración del Derecho Privado pues carecían de una eficacia vinculante. “Los derechos fundamentales no estaban en condiciones de garantizar una ordenación jurídica existente frente al legislador”; lo que hubiera presupuesto una primacía de la Constitución que a esa fecha no era parte del paradigma jurídico²².

En conexión con lo anterior, el Derecho Privado tenía una legitimidad propia basada en la consideración de que se trataba del “baluarte de la libertad” dentro de la conciencia jurídica histórica. El Derecho Privado se desarrolló regulando “las relaciones entre los particulares desde el punto de vista de la libertad individual, al margen de las relaciones políticas y las constituciones”, mientras que “el Derecho Constitucional tenía una importancia secundaria” pues se le concebía como un “Derecho al margen e independiente del Estado”²³.

Al ser el Derecho Privado el marco que regulaba las relaciones entre las personas era el referente jurídico privilegiado porque regulaba “la libertad de los particulares para disponer de un espacio propio sin intromisiones del Estado”, una libertad en sentido negativo. La relación de influencia no era del Derecho Constitucional al Derecho Privado, sino en sentido contrario, lo que para Hesse se encuentra evidenciado en el pensamiento de los juristas de la época y en la formación del positivismo formalista con los valores del Derecho Privado²⁴.

La aparición en los textos constitucionales, como el de Weimar, de disposiciones expresas sobre temas clásicos de Derecho Privado como la familia, el matrimonio, la patria potestad y la igualdad entre hijas/os independientemente de su origen matrimonial o no, marcó una nueva etapa en la relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Privado. Sin embargo, mientras la Constitución siguió siendo considerada como un conjunto de normas programáticas, estas disposiciones constitucionales se valoraron como guías programáticas que no fundamentaban en estricto ningún derecho subjetivo²⁵.

El cambio fundamental en la relación se dio solo cuando, a la par de las disposiciones específicas sobre temas de Derecho Privado en los textos constitucionales, se impuso la primacía de la Constitución, la aplicación inmediata de sus disposiciones y la existencia “de una jurisdicción constitucional dotada de amplias competencias para controlar cada acto de poder público, y así también las

²² HESSE (1995), pp. 33-36.

²³ HESSE (1995), pp. 37-38.

²⁴ HESSE (1995), pp. 39-45.

²⁵ HESSE (1995), pp. 48-49.

leyes y las resoluciones judiciales por su compatibilidad con la Ley Fundamental²⁶. Todo esto es parte del cambio del paradigma del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho al que se hizo alusión en el apartado previo.

La consideración de los derechos fundamentales como “un orden objetivo de valores” ha supuesto un cambio en el Derecho Privado. El sistema de valores que suponen los derechos fundamentales debe “regir en todos los ámbitos del Derecho: la legislación, la administración y la jurisprudencia reciben de él directrices e impulsos”. Eso implica que el Derecho Constitucional se sobrepone al Derecho Privado que antes era quien “en solitario” determinaba “la configuración de las relaciones jurídicas y la decisión de los conflictos jurídicos”. Esto sucede, aunque la textura de los derechos fundamentales sea la de principios amplios e indeterminados, “cuyo significado para el caso concreto siempre será de más difícil determinación que el correspondiente a las normas pertinentes del Derecho Privado”, marcadas por “la claridad y la certeza jurídicas necesarias para el tráfico jurídico privado”²⁷.

Hesse resaltaba que la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, junto con otros factores como la delimitación del Derecho Constitucional frente al derecho ordinario, así como el control constitucional de las sentencias de la jurisdicción ordinaria, habían tenido grandes implicancias prácticas en la relación entre Derecho Constitucional y Derecho Privado²⁸. El primero de los tópicos ha merecido escasa atención en el Perú.

El debate acerca de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales se inscribe en el marco más amplio de las discusiones acerca de la definición de estos²⁹. Ante la insuficiencia de la perspectiva liberal de los derechos fundamentales, en Alemania durante la República de Weimar se impulsó un proceso de transformación conceptual en pro de la superación de los límites propios de la concepción de los derechos públicos subjetivos³⁰. En la Constitución de Bonn se reconoció la doble cualificación de los derechos fundamentales: tanto como derechos subjetivos de libertad, como en su dimensión de normas objetivas de principio que tienen valor para todos los ámbitos del Derecho. Sobre esa base, a mediados de la década de 1950, se inició una discusión doctrinal intensa sobre los derechos fundamentales y allí se dio el debate sobre la eficacia de los derechos fundamentales ante actores no estatales, a la par que las discusiones sobre el efecto de irradiación de los derechos fundamentales y el deber estatal de protección³¹.

²⁶ HESSE (1995), pp. 54-55.

²⁷ HESSE (1995), pp. 57-60.

²⁸ HESSE (1995), pp. 31-32.

²⁹ JULIO ESTRADA (2000), p. 20.

³⁰ JULIO ESTRADA (2000), p. 58; DE VEGA (2003), pp. 31-37; FERRERES COMELLA (2003), pp. 41-44.

³¹ JULIO ESTRADA (2000), pp. 65-67, 72.

La doctrina de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales supera la consideración de la Constitución como el estatuto jurídico del Estado en contraposición, no en complementariedad, con el Código Civil que era tenido como el cuerpo normativo del ámbito de lo privado, el que regulaba un “complejo de relaciones entre seres libres, autónomos e iguales, que contemplaban su normativa como la mejor tutela y amparo de la libertad de los hombres”³².

De esta manera, si bien el obligado principal de los derechos fundamentales es el Estado, “dicha vinculación resulta insuficiente para asegurar el disfrute de los bienes iusfundamentalmente consagrados, pues éstos pueden resultar menoscabados no sólo por el Estado, sino por los titulares del poder económico y social, y aun por los simples particulares”³³. No es entonces el Estado el único obligado con los derechos fundamentales, sino que éstos despliegan sus efectos en las relaciones entre particulares.

El origen histórico de la vinculación frente a terceros está en la Alemania de la postguerra, y su primera concreción jurisprudencial se dio en un caso en el que se debatía si a la cláusula constitucional de igualdad entre hombres y mujeres le correspondía la igualdad salarial por el mismo trabajo. En su concepción queda en evidencia que la finalidad de la teoría era contrarrestar los efectos de legisladores/as perezosos/as y, por tanto, tenía impregnado el “cuño ideológico” de “favorecer el activismo judicial para procurar la realización efectiva de la Constitución”³⁴. Respecto de esta, se han planteado posiciones contrarias y favorables y, dentro de estas últimas, hay partidarios tanto de la eficacia horizontal directa o inmediata como de la eficacia horizontal indirecta o mediata de los derechos fundamentales.

En cuanto a quienes, estando de acuerdo con la eficacia horizontal de los derechos, la entienden en sentidos distintos, hay dos posiciones. La posición de la eficacia directa sostiene el “efecto directamente normativo de algunas disposiciones jurídico-fundamentales como derecho constitucional objetivo vinculante”³⁵. Las principales críticas de esta vertiente se asientan en los recortes a la autonomía privada y en la flexibilización de la seguridad jurídica en los contratos pactados de acuerdo con las formalidades legales³⁶.

La posición de la eficacia indirecta implica considerar que la intensidad protectora de los derechos fundamentales es diferente según sea dirigida contra el Estado o contra terceros; esto porque en el derecho privado la autonomía privada opera como limitante. Desde esta posición se considera entonces que para la realización

³² JULIO ESTRADA (2000), p. 15; DE VEGA (2003), p. 31.

³³ JULIO ESTRADA (2000), p. 87.

³⁴ JULIO ESTRADA (2000), pp. 92-95.

³⁵ JULIO ESTRADA (2000), pp. 103-104.

³⁶ JULIO ESTRADA (2000), pp. 116-122; DE VEGA (2003), pp. 10-41; STARCK (2002), pp. 75-76.

de los derechos fundamentales en el derecho privado debe incorporarse su contenido en los conceptos y cláusulas tradicionales de esta rama jurídica³⁷. Las cláusulas generales tradicionales como las buenas costumbres, la buena fe y otras similares “actuarían como puntos de irrupción, como puntos de entradas de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado”³⁸. Las críticas a esta posición se fundan en que precisamente disminuye la fuerza vinculante de los derechos fundamentales en el ámbito privado reconociéndoles sólo fuerza operativa mediata. Se afirma además que existe una contradicción interna pues esta posición no puede establecer la relación entre los derechos fundamentales y las cláusulas generales del ordenamiento privado: o los primeros sólo sirven para dar contenido a las cláusulas o las segundas no tienen eficacia en sí mismas pues carecen de contenido propio pues solo operan como normas de referencias que en cada ocasión deberán ser colmadas por el contenido específico del derecho fundamental³⁹.

En general, entre las mayores críticas esgrimidas contra la eficacia horizontal de los derechos está que la autonomía privada/libertad individual sufre reducciones; que conlleva que en las causas civiles se acuda a posiciones jurídicas iusfundamentales en lugar de invocar el ordenamiento de Derecho Privado y, finalmente, el dilema se enmarca en la controversia sobre los límites funcionales entre los/las legisladores/as democráticos y la jurisprudencia constitucional⁴⁰. Se ha señalado además que el riesgo de error en la regulación de conflictos entre particulares es mínimo pues el Estado actúa como ente imparcial en tanto que sus intereses no están en juego, lo que haría innecesaria la extensión de los derechos fundamentales a este campo y, por último, que la teoría implica una afectación a la seguridad jurídica que es un valor constitucional protegido⁴¹.

En este trabajo se sostiene una posición favorable a la eficacia directa de los derechos fundamentales considerando que existen derechos “en cuyos ámbitos de actuación la intervención del Estado es limitada y cuyas lesiones provienen básicamente de la actuación de los particulares” y que “existen derechos fundamentales cuyas posibles colisiones solo son pensables en las relaciones entre particulares”⁴². En ese sentido, hay que tener presente que:

la eficacia de los derechos y libertades frente a terceros tiene naturalmente límites, dada la diversa estructura normativa de los derechos fundamentales y las disposiciones del Derecho privado, así como de la antinomia entre los

³⁷ JULIO ESTRADA (2000), pp. 110-111; DE VEGA (2003), pp. 34-37.

³⁸ JULIO ESTRADA (2000), p. 111.

³⁹ JULIO ESTRADA (2000), pp. 122-124; DE VEGA (2003), pp. 40; JANA LINETZKY (2003), pp. 60-63.

⁴⁰ JULIO ESTRADA (2000), pp. 96-101.

⁴¹ FERRERES COMELLA (2003), pp. 45-52.

⁴² DE VEGA (2003), p. 38.

mismos, el problema se plantea en saber cómo y en qué medida ejercen esta influencia⁴³.

Eso no se contradice con que juezas y jueces deban argumentar a partir de las normas de derecho privado, pero leídas desde la Constitución y que, asimismo, las y los legisladoras/es estén llamados a legislar atendiendo a los “conflictos de derechos e intereses que subyacen a la horizontalidad”⁴⁴.

Hoy es parte del paradigma que los derechos fundamentales, y también los derechos humanos, impactan en el Derecho Privado bajo el influjo de la constitucionalización del Derecho Privado. Se ha documentado en los últimos años cómo las constituciones nacionales impactan crecientemente en los ordenamientos jurídico-privados, que ya no pueden concebirse como órdenes autosuficientes, sino más bien vinculados a un orden superior. El sometimiento del Derecho Privado a exámenes de constitucionalidad es la expresión de un nuevo sistema de valores que debe ser integrado a esta rama jurídica tradicional⁴⁵.

Todos estos desarrollos han delineado la relación entre el Derecho Privado y el Derecho Constitucional. Tres décadas atrás, Hesse vislumbró las necesarias transformaciones en ambas ramas para que se delinee su complementariedad. El Derecho Constitucional, por su parte, tiene respecto del Derecho Privado funciones de *garantía* porque brinda condiciones para la efectividad real de los institutos jurídicos privados y los protege de la acción de la legislación. Tiene también funciones de *orientación* en tanto la amplitud de las normas constitucionales se adapta mejor a las transformaciones sociales que dejan desfasada a la legislación privada y de esa manera es un medio para su desarrollo y porque complementa su sentido que “ya no sólo atiende a la autodeterminación individual, sino también a la justicia social”, “desde una ética individual de la voluntad y la libertad a una ética social de la responsabilidad solidaria”. Por último, tiene funciones de *impulso* en tanto en tanto que da un marco para los nuevos componentes del Derecho Privado promoviendo una “cierta concordancia objetiva entre el orden del Estado social de Derecho y el contenido del ordenamiento jurídico privado”⁴⁶.

Las repercusiones de la constitucionalización del derecho de familia

El Derecho de Familia ha estado sometido a diferentes factores. Por un lado, la evolución social sobre las uniones entre las personas y sus relaciones familiares en la práctica; por otro lado, el influjo de la evolución poblacional pues la prolongación de la vida humana ha impactado en las relaciones familiares pues ha generado la coexistencia de varias generaciones y ha permitido cambios en la

⁴³ LANDA (2010), p. 31.

⁴⁴ JANA LINETZKY (2003), p. 67.

⁴⁵ MICKLITZ (2014), p. 1.

⁴⁶ HESSE (1995), pp. 73, 83-85.

reproducción humana; y, por último, la evolución jurídica porque el orden jurídico ha cambiado su horizonte⁴⁷. El cambio del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho, con la consiguiente transformación de la relación entre el Derecho Privado y el Derecho Constitucional que se ha expuesto previamente, ha tenido profundas repercusiones en el Derecho de Familia.

Sobre lo esto último, bajo el paradigma de que los derechos eran fundamentales pertenecían exclusivamente al Derecho Público, el campo del Derecho Privado quedaba exclusivamente regulado por el Código Civil de forma que el ordenamiento se presentaba dividido en dos campos: el de las personas frente al Estado y el de las relaciones sociales autoreguladas con base en la autonomía de la voluntad y sobre la asunción de que todas las personas eran iguales. No obstante, con el cambio de paradigma se “ha propiciado un diálogo fluido entre lo público y lo privado, entre las normas constitucionales y las de Derecho privado y se ha dado paso a un “Derecho Privado Constitucional” o un “Derecho Civil constitucionalizado”. Es ese marco que se desarrolla la constitucionalización o también llamada “humanización” del Derecho de Familia. Han sido las posturas horizontalistas directas respecto de la eficacia de los derechos fundamentales las que han fundamentado la aplicación de los derechos de las personas en el ámbito familiar y han propiciado la renovación de esta rama jurídica⁴⁸.

Parafraseando a Aída Kemelmajer de Carlucci, el Derecho de Familia se ha transformado porque no hay una persona que sea ciudadano/a regido por el Derecho Constitucional y que, completamente aparte, sea el *pater familia* sujeto al Derecho Privado. Las familias, por su presencia o ausencia, son parte esencial de las vidas de las personas⁴⁹.

Una primera línea de influencia fue la incorporación en los textos constitucionales de contenidos que pertenecían al Derecho Privado por la influencia del Derecho Romano en su conformación; allí se incluye las disposiciones constitucionales sobre derecho al nombre, derechos de las mujeres, derechos de la infancia, derecho al matrimonio, derecho a las uniones de hechos, derechos vinculados a la determinación de la filiación y a las responsabilidades parentales. Sin embargo, en general las distintas disposiciones constitucionales afectan varias áreas del mundo jurídico y eso tiene repercusiones en las relaciones familiares⁵⁰.

Sobre la evolución social de las familias cabe anotar que esto tiene como correlato la redefinición del “concepto constitucional de familia”. Si bien ésta puede ser delineada desde diferentes disciplinas y puntos de vista, en el Derecho Privado tradicional se definió la familia como la vinculación entre personas por el parentesco o el matrimonio. No obstante, a la luz de las disposiciones

⁴⁷ GIL *et al.* (2006), pp. 5-6.

⁴⁸ GIL *et al.* (2006), pp. 2-4; VALPUESTA (2012), p. 108.

⁴⁹ GIL *et al.* (2006), p. 7.

⁵⁰ GIL *et al.* (2006), p. 5.

constitucionales e internacionales esa definición requiere una redefinición “desde el pluralismo y la tolerancia”. Así, el concepto constitucional de familia estaría dado actualmente por “la existencia de un vínculo afectivo perdurable que diseña un proyecto biográfico conjunto en los aspectos materiales y afectivos”. Este “concepto constitucional de familia” tiene como consecuencia que en el Derecho Privado ordinario debe reconocerse un “piso mínimo de protección”⁵¹.

Aunque las familias responden a condicionamientos económicos, sociales y culturales, el Derecho también ha jugado, y sigue teniendo, un rol en su definición. En esa medida es que se pone en cuestión la existencia de “un concepto prejurídico de familia”⁵², una tipología de familia “natural” que deba ser tomada como referencia por el Derecho y reforzada por su valor normativo. El paradigma de la protección jurídica debería apuntar a la multiplicidad de formas familiares existentes. Las familias son una entidad sociocultural “fruto de la interacción de diversos factores que repercuten en su estructura y composición”, y han sufrido grandes transformaciones en la historia; sus nuevas tendencias reclaman reconocimiento jurídico⁵³. Las familias han evolucionado en su extensión cuantitativa, en el sustrato del lazo o ligamen entre sus integrantes, trascendiendo el tradicional parentesco, y en la premisa que les da origen, pues ya no solo se trata del matrimonio⁵⁴.

En el paradigma actual del Estado Constitucional de Derecho, las familias son una institución instrumental en tanto su finalidad esencial es facilitar a sus integrantes el ejercicio de sus derechos fundamentales. La familia no debería ser considerada como un sujeto colectivo independiente de sus miembros y, por tanto, titular de derechos fundamentales al margen de sus integrantes. En ese sentido no hay derechos de ‘la familia’, sino derechos en las relaciones familiares⁵⁵. En ese sentido, el ámbito de las relaciones familiares está llamado a ser permeado por el discurso de los derechos fundamentales, lo que se refuerza con la constatación de que en las relaciones familiares se aprecian también relaciones de desigualdad y existen sujetos/as vulnerables.

Las normas constitucionales se aplican y deben ser garantizadas a todas/os las/los integrantes de los grupos familiares porque cada una/o es persona y titular de derechos fundamentales. Se protege entonces a las personas en sus relaciones familiares y ese es el fundamento de los ‘derechos familiares’ si cabe hablar de tales⁵⁶. El Derecho de Familia no puede incidir negativamente en la individualidad de sus integrantes por “exigencia de la institución familiar”⁵⁷. En la

⁵¹ GIL *et al.* (2006), pp. 70-76.

⁵² ROCA (1999), p. 39; VALPUESTA (2012), p. 107.

⁵³ GIL *et al.* (2006), p. 56.

⁵⁴ AGUADO (2012), p. 85.

⁵⁵ ROCA (1999), pp. 62-64, 75-80.

⁵⁶ GIL *et al.* (2006), pp. 76-77.

⁵⁷ AGUADO (2012), p. 83.

esfera familiar se juega la efectividad de los derechos fundamentales y la división privado - público inoperativiza su eficacia entre las/los integrantes de la familia y la posible reivindicación de estos⁵⁸. La familia debe ser una “sociedad abierta” porque es una comunidad en la que madura la personalidad de sus integrantes y en esa tarea actúa el Estado⁵⁹.

La protección de las personas debe tomar en cuenta si están insertas en un grupo familiar, pues las familias deben ser el “medio protector de los derechos de los individuos que forman parte de ella”⁶⁰. El mandato constitucional de protección de la familia le da a las/los integrantes “un plus respecto de la protección de la que gozan los sujetos individualmente considerados”, pero “la singularidad de la propia persona no queda anulada por la pertenencia a una familia”. De este modo, las familias han de “concebirse al servicio de sus componentes, y no a la inversa”⁶¹.

El régimen jurídico de la familia tradicionalmente se ha ubicado en el Derecho Privado, más concretamente en el Derecho Civil, pero ello, con el influjo de la constitucionalización, “se ha desbordado” para “conformar un Derecho de Familia de mayor complejidad en lo que respecta a sus fuentes y contenidos”⁶². Por la centralidad de los derechos fundamentales en las relaciones familiares, producto del proceso de constitucionalización, es posible cuestionar su adscripción al Derecho Privado, lo que es un tema abierto a debate.

Por un lado, se sostiene que aún en la actualidad el Derecho de Familia “es Derecho Privado pues recae sobre las relaciones en las que se proyectan aspectos de la personalidad y se involucran intereses íntimos que tienen mucho que ver con el desenvolvimiento presente y presente de sus protagonistas, además de la dimensión patrimonial que tienen estas relaciones”⁶³. Así la definición del Derecho de Familia como parte del Derecho Privado se basa porque regula un “ámbito de relaciones entre personas que actúan desde su autonomía de decisión”, aunque se reconoce que ello “presenta algunas especificidades que se justifican por la materia sobre la que recae”⁶⁴.

Por otro lado, se sostiene que en el Derecho de Familia debería darse una resistencia a la privatización pues recurrir al discurso del Derecho Privado es engañoso y peligroso para la defensa de derechos⁶⁵. En esa medida, debería articularse a la defensa de los derechos fundamentales de la autodeterminación y la igualdad sustantiva; su regulación debería orientarse a ser un marco de

⁵⁸ OLSEN (1999), pp. 416-442.

⁵⁹ ROCA (1999), p. 66.

⁶⁰ ROCA (2006), p. 208.

⁶¹ AGUADO (2012), p. 83.

⁶² VALPUESTA (2012), p. 107.

⁶³ VALPUESTA (2012), p. 119.

⁶⁴ VALPUESTA (2012), p. 120.

⁶⁵ ATKIN (2015).

interacción favorable a la autodeterminación personal indispensable para una sociedad en la que las personas son agentes libres e iguales⁶⁶. Una visión de este tipo permitiría visualizar con mayor claridad también el rol estatal subyacente a su materia, así como abordar las cuestiones distributivas de esta rama jurídica⁶⁷.

A modo de conclusión

Con el cambio al paradigma al Estado Constitucional de Derecho se superó la separación estricta entre Estado y sociedad, lo que tuvo grandes implicancias en las relaciones entre el Derecho Constitucional y el Derecho Privado, y particularmente en el Derecho de Familia.

El proceso de constitucionalización, que ha conllevado, de la mano de la fuerza normativa de la Constitución y su control jurisdiccional, que los derechos fundamentales sean considerados como los parámetros objetivos de todas las ramas jurídicas, ha transformado el Derecho de Familia. Junto con las transformaciones sociales y poblacionales de las conformaciones familiares se ha concretado un cambio de paradigma jurídico por el que las personas como tales, y no la agrupación familiar o las instituciones familiares en abstracto, son el centro de la regulación.

Es en las familias donde se ‘viven’ los derechos que son la base social de todo Estado. Aunque la legislación en Derecho de Familia no se haya modificado en lo sustancial, aunque en lo cotidiano no exista masiva conciencia de este cambio de paradigma, sobre todo en el contexto peruano, los cambios han operado y han llegado para revolucionarlo todo, incluyendo nuestro entendimiento jurídico.

Referencias bibliográficas

AGUADO RENEDO, César (2012): “Familia, matrimonio y Constitución española”, en DÍEZ PICASSO GIMÉNEZ, Gema. *Derecho de Familia* (Navarra, Aranzadi), Tomo I, pp. 77-103.

AGUILÓ REGLA, Josep (2001): “Sobre la constitución del Estado constitucional”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (N° 24), pp. 429-457.

ALEXY, ROBERT (2003): “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel (coord.) *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid, Trotta), pp. 31-48.

ATIENZA, Manuel (2014): “Ni positivismo jurídico, ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, en *Observatório da Jurisdição Constitucional* (Año 7, número 2), pp. 1-24.

⁶⁶ DAGAN y DORFMAN (2016)

⁶⁷ LECKEY (2007).

- ATIENZA, Manuel (2011): “Dos versiones del constitucionalismo”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (N° 34), pp. 73-88.
- ATKIN, Bill (2015): “Controversial Changes to the Family Justice System in New Zealand: Is the Private Law/Public Law Division Still Useful?”, en *International Journal of Law, Policy and The Family* (N° 29), pp.183–204.
- BALLARIN IRIBARREN, Javier (1988): “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (La “Drittwirkung” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)”. *Revista Española de Derecho Constitucional* (Año 8, N° 24), pp. 283-318.
- CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel y Rubén A. SÁNCHEZ GIL (2011): “¿Qué es la constitucionalización del derecho?”, en *Quid iuris* (N°. 15), pp. 33-55.
- DAGAN, Hanoch y Avihay DORFMAN (2016): “Just relationships”, en *Columbia Law Review* (Volumen 116, N° 6), pp. 1395-1460.
- DE VEGA GARCÍA, Pedro (2003): “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte)”, en *Pensamiento Constitucional* (Volúmen N° 9, N° 9), pp. 25-43.
- FERRAJOLI, Luigi (2001): “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en *Revista Internacional de Filosofía Política* (N° 17), pp. 31-45.
- FERRERES COMELLA, Víctor (2003): “La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares”, en AA.VV. *Los derechos fundamentales* (Buenos Aires, Editores del Puerto), pp. 41-52.
- GIL DOMINGUEZ, Andrés; FAMA, María Victoria y Marisa Herrera (2006): *Derecho constitucional de familia* (Buenos Aires: Ediar), Tomo I.
- GUASTINI, Riccardo (2003): “La constitucionalización del ordenamiento jurídico. El caso italiano”, en CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel (coord.). *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid, Trotta), pp. 49-74.
- HESSE, Konrad (1995): *Derecho Constitucional y Derecho Privado* (Traducción e introducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Madrid, Civitas).
- LANDA ARROYO, César (2013): “La constitucionalización del derecho peruano”, en *Derecho PUCP* (N° 71), pp. 13-36.
- LANDA ARROYO, César (2013b): “Constitucionalización del derecho civil a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en AA.VV. *Homenaje a Manuel de la Puente y Lavalle* (Lima, Instituto Peruano de Arbitraje, Estudio Echeconpar), Tomo I, pp. 65-85.

- LANDA ARROYO, César (2010): *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Lima, Palestra Editores).
- LECKEY, Robert (2007): "Family Law as Fundamental Private Law", en *Canadian Bar Review / La Revue Du Barreau Canadien* (N° 86), pp. 69-96.
- Jana Linetzky, Andrés (2003): "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales", en AA.VV. *Los derechos fundamentales* (Buenos Aires, Editores del Puerto), pp. 53-70.
- JULIO ESTRADA, Alexei (2007): "Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales", en CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel (coord.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos* (Madrid, Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM), pp. 121-158.
- JULIO ESTRADA, Alexei (2000): *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- MICKLITZ, Hans-W (2014): "Introduction", en *Constitutionalization of European Private Law* (Oxford, OUP), pp. 1-25.
- OLSEN, Frances (1999): "El mito de la intervención del Estado en la familia", en FACIO, Alda y Lorena FRIES (editoras). *Género y Derecho* (Santiago, American University, LOM Ediciones, La Morada), pp. 413-442.
- STARCK, Christian (2002): "Derechos Fundamentales y Derecho Privado". *Revista Española de Derecho Constitucional* (Año 22, N° 66), pp. 65-89.
- ROCA TRÍAS, Encarna (1999) *Familia y cambio social (De la "casa" a la persona)* (Madrid, Civitas Ediciones).
- ROCA TRÍAS, Encarna (2006): "Familia y Constitución", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (N° 10), pp. 207-227.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (2012): "El derecho de familia", en DÍEZ PICASSO GIMÉNEZ, Gema. *Derecho de Familia* (Navarra, Aranzadi), Tomo I, pp. 105-133.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (2011): *El derecho dúctil. Ley, derechos justicia*. (Décima edición, Madrid: Trotta).