

Constitucionalización del Derecho de Familia: a propósito de solucionar dos ausencias normativas

The constitutionalization of family law: by the way of solving two absences regulations

COLORADO HUAMÁN, William(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. La unión de hecho y la presencia de dos problemas. III. El ser humano y la razón. IV. Del estado legal de Derecho al estado constitucional de Derecho. V. El proceso de constitucionalización del Derecho de Familia en el Perú. VI. Conclusiones. VII. Lista de referencias.

Resumen: En el presente artículo se reflexiona sobre el surgimiento de la familia y las instituciones que la generan, por un lado, la unión matrimonial y la unión convivencial, siendo que dentro de este último grupo se advierte que en virtud de la reforma legal realizada durante los últimos años se han generado dos problemas; el primero de ellos tiene que ver con la falta de limitación al derecho hereditario entre convivientes, y el segundo que en estos momentos

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Conciliador Extrajudicial y con especialidad en Derecho de Familia. Con estudios concluidos de maestría en Derecho Civil y Comercial. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca.

no se permite la ruptura unilateral de aquella unión de hecho reconocida; aspectos que generan una seria afectación a los derechos fundamentales de los convivientes. En tal virtud, se estudia el desarrollo del fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico y, en específico, el avance que se ha tenido dentro del ámbito del derecho de familia, con el objetivo de advertir que, dado el cambio de paradigma, los defectos normativos deben ser solucionados interpretando y aplicando la Constitución Política para así brindar una protección general a cada integrante de la población, donde se salvaguarde sus derechos e intereses.

Palabras claves: Familia, unión de hecho, reconocimiento de la unión de hecho, constitucionalización, estado constitucional de derechos.

Abstract: This article reflects on the emergence of the family and the institutions that generate it, on the one hand, marriage union and cohabitation; whereas the latter group warns that under the legal reform carried out in recent years, two problems have been generated; the first is about the lack of limitation to hereditary law among cohabitants; and the second, that at the moment the unilateral rupture of that recognized union is not allowed; aspects that generate serious impact on the fundamental rights of cohabitants; in this virtue, the development of the phenomenon of the constitutionalization of the legal order and in specific specific part of the progress that has been made within the field of family law is studied, with the aim of warning that, given the paradigm shift, the defects regulations, should be solved by interpreting and implementing the Political Constitution, in order to provide general protection to each member of the population, where their rights and interests are safeguarded.

Key words: Family, Union of Fact, Recognition of the Union of Fact, Constitutionalization, Constitutional State of Rights.

I. Introducción

La familia no es solo la base o núcleo de la sociedad, como habitualmente se afirma, sino un instituto natural y fundamental que, en virtud de su importancia, ha conllevado que nuestra Constitución Política la regule en el artículo 4⁽¹⁾; sin perjuicio de ello podemos apreciar que esta institución jurídica es compleja, pues en un inicio solo se originaba a partir de la unión matrimonial; sin embargo, dado

(1) Artículo 4: la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

los cambios económicos, sociales y culturales han generado que la relación concubinaria sea reconocida y protegida.

En ese sentido, la unión de hecho, en los últimos años, ha sufrido una de las modificaciones más significativas referida al reconocimiento de derechos sucesorios entre sus miembros sin perjuicio de ampliar también la potestad del reconocimiento de la relación convivencia a favor de los notarios públicos; reformas con las cuales se busca brindar una protección plena a este grupo familiar que durante mucho tiempo se ha encontrado relegada pese a estar presente en nuestra realidad.

Sobre la base de las premisas descritas haría suponer que, en virtud de los cambios hechos, la unión de hecho no tendría ningún problema que generase conflictos entre sus miembros; sin embargo, ello no es así, pues el primer obstáculo que se advirtió con el reconocimiento del derecho hereditario entre la pareja fue que dicho derecho no estaba limitado por causales específicas, generándose herederos forzosos, los cuales, incluso, podrían heredar en contra de la propia voluntad del causante. Además de ello, pese a extenderse a los notarios públicos, la potestad del reconocimiento de la convivencia; no se pensó, garantizar el supuesto de la ruptura unilateral de dicha relación por uno de los integrantes de la unión de hecho.

Deficiencias normativas que vienen causando serios perjuicios a los convivientes quienes ven afectados sus derechos más esenciales; aspectos que merecen ser solucionados, más aún si en estos momentos, el Derecho Civil y, específicamente, el Derecho de Familia vienen atravesando por el fenómeno de la «Constitucionalización», proceso por el cual la Constitución, en tanto norma suprema del ordenamiento jurídico, desplaza a la ley, desde un punto de vista formal y material. De tal manera, a partir de la interpretación de los dispositivos constitucionales se viene dando contenido a la ley y, por ende, su aplicación a todo problema que presente en la realidad.

II. Unión de hecho y la presencia de dos problemas

Desde la aparición del hombre, este se ha reunido con otros de su misma especie, con el objetivo de atender sus necesidades y desarrollar sus potencialidades; es así que dentro del grupo ha ido gestándose diversas relaciones, formándose lo que hoy conocemos por *familia*, la cual ha sido moldeada bajo la influencia de concepciones religiosas, políticas, sociales y morales de acuerdo con cada período histórico; como lo indica Varsi (2011): «La familia tiene su marco evolutivo ligado a la propia evolución del hombre y de la sociedad, cambiando de acuerdo con los nuevos logros de la humanidad y descubrimientos científicos, no siendo creíble o permitido que sea sometida a ideas estáticas» (p. 16).

En ese contexto, la familia ha sido comprendida bajo las figuras del matrimonio religioso con efectos civiles y el matrimonio civil, donde el modelo ideal (nuclear) estaba basado en el matrimonio heterosexual; pero «ante los cambios económicos, sociales y tecnológicos, un nuevo escenario se va presentando, en el cual, otras formas o arreglos familiares distintos al modelo consagrado, resultan una opción de vida para las personas» (Fernández, 2016, p. 17). Así, el matrimonio y el parentesco van quedando de lado y ceden el paso a uniones estables que son denominadas *uniones de hecho*, también conocidas como concubinatos, unión convivencial o unión extramatrimonial⁽²⁾, las cuales, poco a poco, han dejado el sitio marginado que le otorgaba la sociedad de antaño, pasando a ser toda una realidad de la sociedad de ahora (Haro, 2013, p.1).

En el territorio patrio, no hemos sido ajenos a este fenómeno, ya que nuestra realidad nos muestra una mayor cantidad de familias sin vínculo matrimonial⁽³⁾; sin embargo, durante mucho tiempo se ha carecido de una regulación sobre los efectos personales y económicos que esta produce en sus miembros (Castillo y Torres, 2014, p.13). De este modo, la Constitución Política de 1979 reconoce por primera vez la Unión de hecho, en el artículo 9⁽⁴⁾. Al respecto, Haro (2013) manifestaba:

(2) Como lo señala Haro (2013), la unión de hecho o concubinato es un fenómeno social muy antiguo y como institución legal lo hizo el Código de Hammurabi (año 200 A.C) (p. 2). Además, Gallo (2013), precisa:

Hasta finales del siglo XIX, el concubinato no era reconocido y además prohibido y sancionado. En la actualidad, esta posición ya ha sido abandonada en el derecho moderno occidental [...]; es recién a inicios del siglo pasado que surgen las primeras legislaciones y jurisprudencias que empiezan a reconocer algún tipo de derechos de los concubinos. El siguiente paso fue el establecimiento de una política abstencionista, consistente en no reconocer legislativamente efectos jurídicos al concubinato dejando que sea la jurisprudencia la que determine sus efectos jurídicos a fin de evitar posibles injusticias que se puedan generar por convivencia prolongada. [...] Sin embargo, algunas legislaciones han efectuado avances más importantes, a veces reconociéndoles ciertos efectos jurídicos al concubinato y, en algunos pocos casos, otorgándoles solo ciertos efectos, que esgrimen fundamentos sociales, económicos, morales, culturales y de seguridad jurídica (p. 122).

(3) Para calificar dicha situación, Espinoza (2013) toma en cuenta los resultados del censo 2007, donde el número de convivientes se ha incrementado progresivamente al pasar de 1 millón 336 mil 326 (12 %) en el año 1981 a 2 millones 488 mil 779 (16,3 %) en 1993 y 5 millones 124 mil 925 (24,6 %) en el año 2007. Válidamente se puede sostener que la cuarta parte de la población se encuentra en el estado civil de convivencia. Por ello, comparto plenamente la opinión de quien sostiene que «aún existe un gran vacío normativo en relación con la unión de hecho no acorde con la realidad y con la fuerza in crescendo que posee en la práctica esta institución jurídica» (p. 78).

(4) Artículo 9: «La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable».

Por intermedio de dicho precepto constitucional, se otorgaba a la convivencia efectos legales similares y/o semejantes a los del matrimonio, en el tema patrimonial; ello a fin de resguardar los bienes que habían sido adquiridos por los convivientes, bajo el denominado régimen de sociedad de bienes. Ello por cuanto, se presentaba en la realidad situaciones en la cuales uno de los convivientes se apropiaba ilícitamente de los bienes generados o adquiridos durante el periodo convivencial, en desmedro del otro integrante (p. 3).

Siguiendo la misma línea, la Constitución Política de 1993, dentro del rubro de Derechos Sociales y Económicos, recoge dicha figura jurídica, en su artículo 5⁽⁵⁾. Complementándose la regulación constitucional, en el Código Civil de 1984, donde dentro del Capítulo de Sociedades de Gananciales, en el título correspondiente al Régimen Patrimonial del Libro de Derecho de Familia, se crea el artículo 326⁽⁶⁾, a través del cual se desarrolla sobre aquella unión de un hombre y una mujer, que de manera estable y duradera, mantienen un vínculo de afectividad y realizan vida en común; generando derechos y obligaciones para sus integrantes⁽⁷⁾; atributos

(5) Artículo 5. 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.

(6) Artículo 326.f La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.

La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez debe conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales. Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido.

Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el presente artículo producen, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios, similares a los del matrimonio, por lo que las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge.

(7) De acuerdo a lo expresado en el artículo 326 del Código Civil: «se recoge la tesis de la apariencia al estado matrimonial, en tanto se precisa, que la unión de hecho se persigue «alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio». De este modo, se deja de lado, la teoría de la equiparación al estado matrimonial, según el cual la unión de hecho produce los mismos efectos que el matrimonio» (Plácido, 2005, p. 112).

y/o potestades, que para ser ejercidos y protegidos, necesariamente están condicionados a la declaración previa que realice el Juez, a través del correspondiente proceso judicial; o, la declaración que realice el Notario Público, dada la potestad brindada por la Ley N.º 26662 – Ley de competencia notarial en asunto no contenciosos⁽⁸⁾.

En ese orden de ideas, actualmente se garantiza los derechos de los convivientes; proceso que ha ido de forma progresiva consolidándose en el tiempo; muestra de ello, es la promulgación de la Ley N.º 30007⁽⁹⁾, mediante la cual, el artículo 326 del Código Civil, sufre una reforma, en el extremo de reconocer derechos y deberes sucesorios a los miembros de las uniones de hecho propias⁽¹⁰⁾. De este modo, los convivientes pueden heredar entre sí, siempre que su convivencia –*heterosexual*– tenga una duración de al menos dos años continuos, y no tengan ningún impedimento matrimonial; además, que la unión se encuentre reconocida en vía judicial o notarial; sin perjuicio de estar inscrita en el registro personal de cada conviviente (Cárdenas, 2013, p.114); en ese sentido, Gallo (2013) afirma:

La familia de hecho persigue los mismos fines que una familia fundada en el matrimonio, ante situaciones iguales, debiera otorgárseles iguales derechos, por lo que, no existiendo diferencias sustanciales entre ambas formas de organización familiar, consideramos acertada la dación de la Ley N.º 30007, que

(8) Publicada el 22 de setiembre de 1996.

(9) Publicada el día 17 de abril del año 2013, por la cual se modifica el Código Civil, Código Procesal Civil y la Ley N.º 26662 de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos.

(10) Como lo señala Bermúdez (2013):

[Esta ley tiene] como antecedente, las conclusiones de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional formada durante el gobierno de transición en el año 2001. Este grupo de estudios propuso reconocer que la unión de hecho estable de varón y mujer libres de impedimento matrimonial genera derechos hereditarios y alimentario; así como una comunidad de bienes. [...] Asimismo, el 28 de mayo de 2012, el ejecutivo remitió al Congreso el Proyecto de Ley que reconoce derechos sucesorios entre los miembros de uniones de hecho, con carácter de urgente. Como consecuencia de esta remisión, el Congreso inició el trámite del proyecto de Ley N.º 1184/2011-PE.» (p. 140).

En la exposición de motivos del mencionado proyecto, el Ejecutivo reconoció que el concubinato en el Perú, es «una realidad social y, como tal, no debe ser ignorada por el Estado». En tal sentido, señaló que el integrante sobreviviente de la unión de hecho podrá iniciar, en la vía judicial o notarial, un procedimiento de sucesión intestada con la partida de inscripción de la unión de hecho en el Registro personal o la declaración judicial de unión de hecho.

El mencionado proyecto fue analizado y debatido en la quinta sesión ordinaria de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso, realizado el 30 de octubre de 2012. [...] El texto sustitutorio del Proyecto de Ley N.º 1184/2011-PE, se aprobó por mayoría en la sesión del Pleno del Congreso del 12 de diciembre de 2012, en primera votación y el 7 de marzo de 2013 en segunda votación..

reconoce el derecho de herencia para los concubinos. Más aún si el derecho debe responder a la realidad que regula, la alta presencia de familias conformadas por uniones de hecho (p. 95).

Ahora, el problema se presenta, cuando él o la conviviente, que tiene [reconocido] su derecho hereditario, agravia o falta a su pareja, conllevando que este futuro heredero, tenga que ser excluido de la legítima que le correspondería; ante ello, tendríamos que acudir a la herramienta sustantiva que limita el derecho hereditario entre convivientes; sin embargo, advertimos que no se encuentra contemplado en nuestro ordenamiento jurídico; al respecto Zarate (2013) detalla:

La ley no solo confiere derechos sucesorios a los miembros de las uniones de hecho, sino que les atribuye la calidad de herederos forzosos, legítimos o necesarios, que deben heredar aún en contra de la voluntad del causante, como derecho no solo a la legítima hereditaria sino también a los derechos complementarios a ello como el derecho real de habitación vitalicio y gratuito y al derecho de usufructo que se establecen a favor de cónyuges supervivientes en los artículos 731 y 732 del Código Civil; asimismo, el miembro de la unión de hecho que cuenta con reconocimiento legal de su existencia no podrá ser omitido o excluido en el testamento de su pareja, pues de ser en calidad de heredero preterido podrá demandar la caducidad de la cláusula testamentaria de institución de herederos y estará legitimado para imponer una demanda de petición de herencia (p. 134).

En ese sentido, se advierte que el legislador peruano, al momento de reconocer derechos y deberes sucesorios a los miembros de las uniones de hecho propias, ha olvidado regular supuestos normativos que limiten y/o restrinjan estas mismas atribuciones, a través de las figuras jurídicas de la desheredación e indignidad (supuestos que limitan el derecho hereditario); deficiencia normativa que no puede ser corregida por intermedio de la interpretación, ya que no existe norma a interpretar; y, tampoco podría aplicarse de forma analógica las causales de desheredación e indignidad para los cónyuges (normas restrictivas de derechos), por no permitirlo el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, el cual señala que no se puede aplicar por analogía aquellas que restringen derechos.

Mención aparte, merece advertir que el artículo 326 del Código Civil, garantiza también la libertad a los convivientes, al permitirles acudir ante un notario público a fin de que se reconozca su relación; libertad que se concretiza, también al permitirles finalizar su vínculo, acudiendo nuevamente al funcionario público, donde expresarán su voluntad, quedando plasmado ello, en el acta notarial de su propósito, donde además, se liquidara la comunidad de bienes que se forjó durante el período de con-

vivencia. Sin embargo, el problema se presenta, cuando él o la conviviente, deciden poner término a su relación, pero no encuentran consenso en su pareja, o, de manera voluntaria decide dar por finalizada su convivencia, pero el otro integrante de la unión de hecho, no desea ello, al haber adquirido derechos (*hereditarios, adoptivos, alimentarios*); ante ello, se evidencia una nueva problemática, referida a brindar la herramienta sustantiva y procesal que permita al conviviente, ponerle fin a su relación.

Como podemos apreciar, las deficiencias normativas descritas, generan serios problemas a los miembros de las uniones de hecho, llegando al punto de afectar sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, como es su dignidad, su libre desarrollo, y hasta afectar su propia libertad; por lo que es necesario reflexionar sobre ello; más aún si en estos momentos, dado el fenómeno de la Constitucionalización del ordenamiento jurídico, la Constitución en tanto norma suprema del ordenamiento jurídico, desplaza a la ley, pero además, a partir de la interpretación de los dispositivos constitucionales se viene dando contenido a la ley, sin perjuicio de suplir deficiencias normativas, dando solución al problema que se presenta, con el objetivo, de garantizar los derechos esenciales de las personas.

III. El ser humano y la razón

Cuando el ser humano aparece sobre la faz de la tierra, mira con gran asombro las cosas que lo rodea, ya que todo cambia, se transforma y para comprender el mundo físico utiliza creencias, como es el caso de los griegos, quienes explican su realidad mediante mitos⁽¹¹⁾. «Pero, en el siglo VII y VI a.C, al producirse una gran crisis de la civilización helénica» (Sobrevilla, 2014, p. 23). Conlleva que estos entablen contacto con otras civilizaciones, tomando conocimiento de tradiciones mitológicas, religiosas y cien-

⁽¹¹⁾ Sobrevilla (2014) afirma:

Los mitos griegos permitían a los helenos dar cuenta del origen de la realidad, de los fenómenos físicos e históricos, y asimismo formular los preceptos de una moral preteorética a base de ejemplos. Así, [...] la *Teogonía* de Hesiodo contenía mitos sobre el origen de los dioses griegos y sus historias. El mito de Deméter y su hija Core (o Perséfone, como después se la conoció) y Hades, les permitía explicar el cambio de las estaciones. Según este mito, Hades, el dios que reinaba el inframundo, se había enamorado de Perséfone y la había raptado llevándosela a su reino. Como pese a las promesas de la madre de Perséfone. Deméter, Hades no la devolviera, Deméter, que tenía el poder de controlar el crecimiento de los árboles y la vegetación sobre la tierra, hizo que todo sobre ella se pusiera yermo. En estas circunstancias se efectuaron reuniones entre los dioses implicados y se llegó a un acuerdo: Perséfone permanecería tres meses con Hades en el inframundo y luego regresaría a la faz de la tierra por nueve meses. Esta es la explicación mítica griega de por qué durante los tres meses invernales todo se agosta y marchita, pero luego la vegetación se reconstituye y las flores vuelven a aparecer. (p. 23).

tíficas⁽¹²⁾; generando, un problema sobre su visión mítica del mundo; lo que posteriormente implicó, el abandono del mito oral y la tradición, y en su reemplazo, se explique que el orden del mundo se descubre a través del «*logos*» o razón.

Bajo ese contexto, surge la filosofía⁽¹³⁾, como un factor explicativo de lo real mediante la razón; reflexionándose de forma racional, sobre los problemas que tiene el ser humano en el mundo; como lo precisa el filósofo peruano Salazar:

La filosofía es una reflexión crítica, una concepción del mundo y un saber de la vida. El ser humano cuando actúa, piensa, reflexiona sobre su entorno con el objetivo de conocer, saber e interpretar para adecuarse mejor al medio en que vive (como se citó en Páucar, *et al.*, 2006).

En tal virtud, la filosofía dirige su mirada a las distintas manifestaciones del individuo, con el objetivo de poder orientarlo racionalmente en el mundo y, además, estudiando los problemas de especial importancia a fin de tratar el conocimiento⁽¹⁴⁾.

(12) Bernal indica: «De Egipto, tomaron los griegos elementos arquitectónicos, técnicas agrícolas y algunas científicas, de Fenicia el alfabeto y de ambas civilizaciones elementos mitológicos» (como se citó en Sobrevilla, 2014). Por su parte, Sobrevilla (2014), refiere:

Que la caída del imperio Micénico, generó que lo griegos se volcaran hacia el exterior a partir del siglo X. Donde los intercambios con otras civilizaciones dieron lugar a una reorientación de la economía, hacia el comercio marítimo, con lo que Grecia dejó de ser un país aislado; produciéndose la invención de la moneda en el siglo VII; siendo que el nuevo tipo de riqueza da lugar a cambios en la aristocracia y al avasallamiento del pueblo. La justicia deja de ser un asunto cósmico para constituirse en un problema local y concreto, por lo que el castigo del homicida pasó de ser un asunto privado, objeto de la venganza de sangre, a ser una cuestión pública que necesitaba de una represión organizada por la ciudad-estado.

(13) La «filosofía» deriva de dos voces griegas: *filos*, que se traduce por «amor» y, *sofos* por «sabiduría». Es decir, etimológicamente la «filosofía» es el amor a la sabiduría. [...] La filosofía es una de las formas de la conciencia social determinada por las relaciones económicas de la sociedad que se desarrolla en el problema de la relación entre el pensar y el ser, entre la conciencia y la materia. (Páucar, Galarza y Armas, 2006, p. 19).

Sobrevilla (2014) señala:

La filosofía se inició [...] con la escuela de Mileto que está compuesta por Tales, que debe haber vivido hacia el año 585 a. C., Anaximandro, que vivió entre los años 610 y 547 a.C. Y Anaxímenes, que lo hizo entre 585 y 528 a. C. Mileto era una rica ciudad portuaria que estaba situada en un punto de cruce con las grandes civilizaciones del cercano oriente: Egipto, Fenicia, Asiria, Babilonia, Persia, etc. Ahí se planteó la pregunta de cuál es el origen o principio de todas las cosas (p. 26).

(14) Siguiendo la clasificación postulada por Sobrevilla (2014), tenemos:

Que la pregunta: ¿Qué podemos saber?, da lugar a la *parte teórica de la filosofía*, que consiste en la reflexión sobre el mundo dado a fin de conocerlo. Aquí no se trata de intervenir en él, sino solo de conocerlo, lo que se encarga de realizar la *metafísica* (es el estudio racional del ser o de la realidad en su conjunto y de las categorías que sirven para analizarlo), la teoría del

Así, la filosofía del derecho⁽¹⁵⁾ aparece como reflexión filosófica sobre la acción humana, explicando que la vida de relación, genera un sin número de conflictos entre los asociados, destinados a desembocar en violencia; ante ello, la colectividad se ve obligada a limitar la libertad de sus miembros imponiéndoles ciertas reglas de conducta⁽¹⁶⁾. Por lo que, «el ser humano, poco a poco va despertando de la insensibilidad y de la ferocidad de la barbarie primitiva en la que vivía, adquiriendo de forma gradual conciencia de las ventajas de la convivencia ordenada» (Torres, 2019, p. 34). Todo ello, a fin de que el colectivo subsista; de este modo, nace el *Derecho*⁽¹⁷⁾; pero,

conocimiento (es el examen del conocimiento en general, el de la gran cuestión de si es posible conocer [el problema del escepticismo], el de las fuentes del conocimiento y el de la verdad, entre otros problemas más) y la epistemología (es el estudio de un tipo preciso de conocimiento: el conocimiento científico: en que consiste, las distintas variedades de ciencia, la explicación y la dinámica de las teorías científicas).

Ante la pregunta: ¿Qué debemos hacer?, surge la parte práctica de la filosofía, que consiste en la reflexión en torno a la acción humana, reflexión que llevan a cabo la ética (que consiste en el estudio de la conducta humana en relación a los valores morales, en especial frente al bien y al mal), la filosofía política (que se refiere a los problemas filosóficos que plantean la sociedad y el Estado, sobre todo la relación entre el ser humano y el Estado) y la filosofía del derecho (que estudia las normas que regulan la conducta de los seres humanos y que están premunidas de fuerza coactiva).

(15) Sobrevilla (2014) afirma:

La filosofía del derecho consiste en la consideración filosófica del derecho: qué sea (el derecho), qué sea el derecho en sentido objetivo y en sentido subjetivo, cuál sea la relación entre el derecho y la moral, entre el derecho, orden social y poder, en qué consista la interpretación jurídica, qué sean los valores jurídicos, etc. (p. 200).

Páucar (et al., 2006) refiere:

La filosofía del derecho es un preponderante instrumento del conocimiento que implica reflexionar sobre la problemática que no es posible resolver en el campo estrictamente científico. Para conocer filosóficamente el derecho se recurre a la filosofía como proceso reflexivo para reinterpretarlos, reubicarlos y verlos desde nuevas perspectivas. [...] se preocupa por responder la problemática del hombre, la sociedad y el mundo que le rodea y el derecho como parte del Estado, busca solución a los conflictos humanos en la sociedad donde el hombre actúa con libertad, criterio y razón para lograr seguridad y justicia. [...] surge como una necesidad para que el jurista pueda lograr una interpretación más amplia y profunda de las normas jurídicas superando la explicación fragmentaria del ordenamiento jurídico (pp. 33-34).

(16) Resulta pertinente tomar las palabras del maestro San Marquino, Torres (2019) quien expresa: Las relaciones sociales requieren de una adecuada ordenación, lo cual conduce inevitablemente a una limitación de la libertad y del poder de cada uno. La ordenación exige que la conducta de los asociados se regule normativamente en forma estable, segura y pacífica, a fin de lograr tanto un orden social justo como la estabilidad y permanencia de la sociedad. Sin este ordenamiento justo de la convivencia humana no es posible que exista sociedad civilizada. A esta ordenación de la conducta humana social mediante normas jurídicas se le denomina Derecho (p. 32).

(17) Para Páucar (et al., 2006):

Etimológicamente el término *derecho* significa «guiar rectamente un hecho hacia su fin, sin desviarse ni perderse». El Jurista Pedro Flores Polo define al derecho como el conjunto de

además es necesario destacar que dentro del grupo, se van separando también diversos aspectos, uno de ellos es el «*político*», el mismo que se ubica en una esfera propia, apareciendo el Estado⁽¹⁸⁾.

Pero cada individuo, dentro del ámbito de control de su conducta, viene a preguntarse: ¿porque está obligado a respetar aquellas reglas de conducta impuestas (*derecho objetivo*)?, ¿cuál es la razón de la obligatoriedad?; ante ello, surgen diversas respuestas que han sido canalizadas mediante teorías⁽¹⁹⁾; existiendo dos de gran importancia; la primera de ellas denominada «idealista», donde considera que los mandatos provienen de la naturaleza de Dios (*iusnaturalismo*); mientras que la segunda, postula que las reglas provienen o son dictadas por el hombre (*positivismo*).

normas previstas de sanciones que rigen las relaciones de los hombres en la sociedad. Los antiguos romanos afirmaban «donde hay sociedad allí, está el derecho» (*Ubi Societas, ibi Ius*). El concepto de derecho comprende el concepto de sociedad, la idea de orden social, es decir, es organización, estructura de normas en una sociedad. El derecho determina lo justo, equitativo, fundado, juicioso, razonable, honesto y sensato (p. 23).

Torres (2015) afirma:

El derecho es conducta humana social regulada y como tal emerge de la realidad, en el sentido de que esta es la fuente inspiradora de la norma, pero también es instrumento o medio para modificar realidades; tal verdad es esto, como que entre ser humano y realidad social existe profunda interrelación (p. 81).

(18) Páucar (*et al.*, 2006) señala:

El Estado es la organización política de la sociedad, que surge en el marco de un sistema institucional. El estado designa un conjunto de poderes instituidos que gobierna una población en un territorio determinado. El estado es la nación jurídicamente organizada y políticamente libre. [...] La palabra *estado* tiene su origen en el vocablo latino «status», que se explica como el conjunto de derechos y obligaciones que tenía una persona con respecto a ella misma, a la familia o a la ciudad (p. 30).

(19) Sobrevilla (2014) detalla que, además del *iusnaturalismo*, el *positivismo* y *racionalismo* jurídico, existen otras concepciones contemporáneas del derecho de menor importancia, como:

- a) *La teoría tridimensional del Derecho* (donde el derecho es una realidad con tres dimensiones: hecho, valor y norma).
- b) *Y, teorías críticas del derecho*, como: *teorías marxistas* (donde el derecho desempeña un papel subordinado frente a otros elementos del todo social); *uso alternativo del derecho* (quienes proponían desarrollar una práctica jurídica que contradijera la evolución social); *la crítica al derecho francés* (cuyo fundamento es el materialismo histórico), el *Análisis Económico del Derecho* (por la cual, la teoría económica es capaz de predecir y explicar el comportamiento de los individuos en presencia de reglas jurídicas); *Critical Legal Studies* (movimiento de izquierda liberal que reivindica a las minorías sexuales, raciales y políticas, que tiene gran preocupación por la enseñanza del derecho); *pluralismo jurídico* (afirma que al lado de la juridicidad escrita y formal estatal existen otras juridicidades informales en la fabricas, los barrios marginales, los grupos indígenas, etc.) y *la crítica feminista del derecho* (donde el derecho es producto de sociedades patriarcales, y aunque se proteja los derecho de las mujeres, se las ha desfavorecido)..

A través del iusnaturalismo, los griegos y romanos⁽²⁰⁾ conciben al derecho como algo anterior y que proviene de una voluntad superior; por lo tanto, prevalece sobre el derecho establecido por los hombres; y solo una persona puede revelarse contra las leyes humanas, cuando estas sean contrarias al derecho natural; en la etapa escolástica medieval, el derecho natural encuentra su más concreta explicación por intermedio de Santo Tomás de Aquino, ferviente precursor, para quien la ley pertenece al ámbito de la razón y la define como una regla y medida de los actos humanos, que procede de la autoridad competente y que tiene por objeto el «bien común»; precisando que esta ley puede ser dividida en cuatro tipos: la *ley divina*, la *ley eterna*, la *ley natural* y la *ley humana*⁽²¹⁾, coligiendo, que «la ley humana que no se derive del derecho natural, no es ley, sino corrupción de la ley».

En la época moderna, se mantuvo la concepción medieval con el agregado que la ley natural es eterna, pero que no proviene de Dios directamente, sino de la razón suprema; siendo esta postura cuestionada durante los siglos XVIII y XIX, a través de Giambattista Vico, para quien el derecho natural no es un derecho eterno e inmutable, sino que va adquiriendo una forma histórica distinta según las diversas épocas de la historia (Sobrevilla, 2014).

(20) Sobrevilla (2014) refiere:

Heráclito fue el primer autor griego, con la concepción iusnaturalista, quien sostenía que hay un *lógos* o razón que es común a todos los fenómenos al igual que la ley que rige las ciudades. Por su parte, Sófocles, en su obra *Antígona*, registra que el derecho natural prima sobre el derecho escrito por el hombre, cuando Polinices y Etéocles, combatiendo en torno a Tebas (el primero atacándola y el segundo defendiéndola). Y al asumir entonces el gobierno de la ciudad Creón, hermano de Yocasta, ordena como sanción dejar insepulto el cadáver de Polinices, por ser un traidor a Tebas. Pero *Antígona* lo entierra y cuando es encarada por su tío el rey, el cual le pregunta cómo se ha atrevido a desobedecer una orden, le responde: «No fue Zeus quien la dicto. Ni tampoco Díke [la justicia], que habita junto a los dioses subterráneos, ha establecido estas normas. Tampoco creo que tus decretos tengan tanta fuerza [...]». Por su parte, dentro del movimiento sofístico (los cuales eran sabios ambulantes que iban de ciudad en ciudad, enseñando sobre diversos temas como derecho, retórica, astronomía, etc., a cambio de dinero), tenemos a Trasímaco y Calicles. En Aristóteles, se encuentra la distinción entre lo justo natural y lo justo legal. De igual manera, los estoicos sostuvieron la idea del derecho natural, a través de Cicerón, de esta manera, pensaban que existía una ley divina que se halla en la naturaleza que tiene una estructura racional, esa ley es eterna y por consiguiente no cambia en el tiempo y es la misma además para todos los pueblos.

(21) De acuerdo con Sobrevilla (2014), la *ley divina* se refiere a la finalidad sobrenatural del hombre. Por su parte Torres (2015) señala que la *ley eterna* es la razón divina que establece el orden del universo y rige el movimiento de los seres animados e inanimados. Siendo que, la *ley natural* es un reflejo de la ley eterna que el hombre conoce por medio de la razón. Y finalmente, la *ley humana* es la creada por el hombre.

En el siglo XX, el jusfilósofo italiano Giorgio del Vencchio postula que las acciones humanas están sometidas a principios éticos o del deber en general (moral). Asimismo, Gustav Radbruch señala que el derecho es la realidad que tiene sentido solo al servir al valor o a la idea de justicia; por su parte, John Finnis, conceptúa al derecho, como aquellas reglas producidas por la autoridad y apoyadas por sanciones, todo ello, orientado a resolver los problemas y tener un bien común (Sobrevilla, 2014).

De este modo, para el iusnaturalismo, el derecho vale y consecuentemente obliga, no porque lo haya creado un legislador humano o tenga su origen en cualquiera de las fuentes formales, sino por la bondad o justicia intrínseca de su contenido (como se citó en Páucar, 2006); posición que lleva a vincular al derecho con la moral, donde la verdad, la justicia, la igualdad, son las únicas que pueden hacer la ley.

En contraposición a esa forma de percibir el derecho⁽²²⁾, y como un nuevo paradigma⁽²³⁾, surge en la época moderna el positivismo, donde el derecho es aquel «puesto»; es decir, decretado o promulgado por la autoridad, sobre todo por el Estado; de este modo, ya no hay una intervención o voluntad divina; sino que es producto de la voluntad humana; donde el hombre con la fuerza de su razón, puede descubrir principios y reglas de convivencia.

Es pertinente hacer mención al pensamiento de Hobbes, en su obra *Leviatán* (1651), quien señalaba que en el Estado de naturaleza, la libertad es el derecho que tiene cada persona de usar su poder como quiera y que la ley natural es el precepto o norma que permite usarlo como uno desee, lo que genera un estado de inseguridad; pues, es una guerra de todos contra todos; ante ello, los seres humanos preocupados por su subsistencia, deciden realizar un pacto social; que es la unión y sumisión al soberano con el que se logra la ansiada seguridad, pero al precio de estar sometido al gobernante. Mediante la institución del Estado, los derechos naturales se concretan en leyes civiles (de palabra o por escrito) que son para todos; y estas se obedecen bajo pena de aplicar una sanción. A través de esta concepción se rompe el nexo entre el derecho natural y el derecho positivo, pasando a ser la justicia lo meramente legal: justo es hacer lo que el soberano manda e injusto desobedecer sus órdenes (Sobrevilla, 2014).

(22) Moreso y Vilajosana (2000) afirman:

Por más de dos mil años de reflexión acerca del derecho estuvieron dominados por las concepciones iusnaturalistas, pero en los dos últimos siglos estas concepciones han cedido terreno de manera bastante claro a las concepciones iuspositivistas. La disputa entre el iusnaturalismo y el positivismo parece no tener fin, pero una presentación de dicho debate puede agudizar nuestra comprensión del derecho en dos sentidos.

(23) La palabra «paradigma» procede del filósofo de la ciencia Tomas Kuhn, y significa «Modelo» (Cabanelas, 1999).

En el siglo XX, aparece el más ferviente positivista que ha existido, como es el austriaco Hans Kelsen, para quien:

El derecho es norma o conjunto ordenado de normas⁽²⁴⁾. Cada norma encuentra su fundamento en otra norma de rango superior, y así hasta llegar a la norma de origen (norma hipotética fundamental) de la que reciben su valor todas las demás (como se citó en Torres, 2015).

Agregando, que si el derecho pretende constituirse como una ciencia, debe eliminar de su ámbito, el aspecto moral *-en concreto la justicia-*, por lo que, en su obra Teoría Pura del Derecho, se encarga de estudiar el derecho existente, como una ciencia autónoma, dejando de lado, puntos de vista morales, políticos, religiosos o éticos; para tal efecto, parte de dos perspectivas; la primera de ellas, es la perspectiva *estática*, donde analiza las características de las normas en estado de inercia y forjando los conceptos que las explican; y, en segundo lugar, la perspectiva *dinámica*, donde considera, como se genera unas normas de otras y, en última instancia, de la Constitución y de la protoconstitución, constituyendo una pirámide jurídica (Sobrevilla, 2014).

En el año de 1961, el profesor H.L.A Hart plantea un positivismo amplio y menos radical, teniendo en cuenta aspectos del iusnaturalismo; en tal virtud, para que el derecho positivo fuera obedecido por los participantes de forma natural y sin coacción de sanciones, debe contener un mínimo de derecho natural; por lo que, las reglas morales son más importantes que las reglas jurídicas; pese a ello, tiene la férrea convicción, que el derecho es un sistema de normas o reglas, donde no puede existir una conexión conceptual entre la moral y derecho; agregado que este último, está integrado por reglas primarias, (que contienen sanciones y son dirigidas a los ciudadanos); y reglas secundarias (que no tienen sanciones y son para los funcionarios del sistema).

(24) Sobrevilla (2014) indica:

Para Kelsen, el *derecho es un sistema de normas*, las normas son proposiciones significativas: una norma es el sentido de ciertas acciones humanas dirigidas con intención hacia el comportamiento de otro, por las que se ordena, o se prohíbe o se autoriza un comportamiento. [...]

Las normas jurídicas son proposiciones que tienen la siguiente estructura: son proposiciones hipotéticas con un antecedente que describe una transgresión unida por una imputación a una sanción como consecuencia. Es decir que si una persona comete el hecho prohibido descrito por el antecedente (si una persona causa lesiones graves a otra) se le deberá imputar al causante de la transgresión la sanción contenida en la parte final de la norma (se le deberá imponer pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de ocho años). antecedente y consecuente están unidos por el nexo de la imputación, a diferencia de lo que sucede en las proposiciones de la ciencia natural en las que el antecedente está unido con el consecuente por el nexo de la causalidad (por ejemplo, la proposición «si un cuerpo se calienta, se dilata») (p. 213).

De este modo, la tendencia del positivismo, es considerar al derecho, como la norma o conjunto ordenado de normas desprovistas de toda consideración valorativa y social; pero ello no queda allí, pues a través de esta noción, el derecho fue el reflejo del triunfo del más fuerte; ya que el «derecho es lo que es útil a la nación»; esto, le valió al nazismo, al fascismo, al estalinismo y todo gobierno tiránico, para poder gobernar imponiendo sus intereses, no importando que las normas sean justas o injustas, pues, únicamente importaba que sean válidas; es decir, creadas respetando los límites materiales y formales establecidos por otra norma superior, sin tener en cuenta consideraciones valorativas o de otra índole⁽²⁵⁾. En ese sentido, Gustavo Radbruch critica a los positivistas jurídicos de la época nazi, afirmando que la ideología positivista del *Gesetz ist Gesetz* (la ley es la ley), los había llevado a someterse a la dictadura nacionalsocialista del gobernante, generando con ello la afectación de los derechos de las persona judías; sosteniendo además, que los principios fundamentales de la moral humanitaria eran y son parte del concepto del derecho y que no pueden ser dejados de lado⁽²⁶⁾.

(25) Sobrevilla (2014) refiere:

Existe una tercera gran corriente de la filosofía del derecho, denominada «realismo jurídico», la cual surgió en el siglo XX, y se opone al iusnaturalismo y al positivismo jurídico, en cuanto que estas dos corrientes consideran al derecho como un sistema de normas; en su lugar, considera que el derecho está constituido por la conducta de los jueces al resolver la causas que se les presenta, y por la explicación de dicha conducta por motivaciones realistas de índole psicológica y sobre todo sociológica.

Existiendo dos formas de realismo; por un lado, está el realismo norteamericano, conformado por el juez norteamericano Oliver Wendell Holmes, para quien el derecho no es un misterio, sino una profesión conocida que estudia los procesos ante los tribunales y como evitar acusaciones ante ellos. De igual manera, se tiene la sociología del derecho de Roscoe Pound, quien aboga por la captación científica de las relaciones del derecho con la sociedad y de las necesidades, intereses y opiniones de la sociedad de hoy y sobre el derecho afirmo que este cumplía el papel de ser un medio de control social, que permite modelar el comportamiento de los ciudadanos. En contraposición al pensamiento de Pound, se encuentra Jerome Frank, quien sostenía que en el derecho existe un factor de incertidumbre que es inevitable, por lo que todo a lo que se podía aspirar es a que el derecho dispense una seguridad meramente dinámica a las actividades humanas y sociales. Siguiendo el ejemplo de Frank, Karl N. Llewellyn, critico a Pound, manifestando que la ciencia sociológica del derecho postulada le faltaba sociología. Finalmente otros realistas norteamericanos importantes fueron Joseph W. Bingham, Felix S. Cohen, Walter S. Cppk, Herman Oliphant y Max Radin.

El realismo escandinavo, estuvo representado por Axel Hägerström, para quien el único derecho existente es e positivo que surge de una multiplicidad de factores sociales, que dan lugar a las normas jurídicas; y no procede de una manifestación de la voluntad (como había sostenido Hobbes y Austin) ni tampoco una norma fundamental (como enseñaba Kelsen).

(26) Debemos precisar que las corrientes filosóficas desarrolladas, tienen que ver con el estudio del derecho objetivo. Ahora, en lo que respecta al derecho subjetivo. Sobrevilla (2014)

IV. Del estado legal de Derecho al estado constitucional de Derecho

En Europa, con la Revolución Francesa, nació el Estado de derecho⁽²⁷⁾, cuyo objetivo había sido garantizar la libertad, la igualdad de los ciudadanos y acabar con los privilegios del clero y la nobleza; para ello, se desarrolló el reconocimiento y la declaración de un catálogo de derechos y libertades de las personas; así como, organizar el Estado (separación de poderes y sumisión del poder a los derechos). Pero, por motivos políticos (la existencia de monarquías) y dada la ideología «legalista» (que concebía a la ley como norma justa), impidió que la idea de Constitución se desarrollase de forma simbólica, como aquella norma jurídica vinculante para todos los poderes. Gascón y García (2016) afirman:

afirma, que este es concebido como la potestad o facultad que tiene una persona, siendo que su estudio lo ha realizado el iusfilósofo francés Mickel Villey, quien sostuvo que la noción surgió en el mundo moderno, a través de una lenta evolución de la noción de individuo, que se inició con los estoicos que pasaron a entender el derecho desde un punto de vista moral y prosiguió con el cristianismo que paso a juzgar el derecho según la moral religiosa. Siendo que la noción, surgió como respuesta a la desvaloración de la existencia terrenal en nombre de la existencia en el otro mundo.

Como consecuencia del advenimiento de la noción de individuo surgió después la noción de los derechos subjetivo que se encuentra en el siglo XVII, en Tomas Hobbes, quien sostuvo que los individuos poseen derechos en el estado de naturaleza, previos al nacimiento del Estado, pero para hacerlos efectivos es preciso que a través del pacto social se constituya el Estado, el cual los hace valer. Como dato histórico, se nos precisa que la expresión «derechos subjetivos» recién apareció en el siglo XIX, donde se encuentran tres corrientes básicas:

- a) Del pandectista alemán Bernhard Windscheid, para quien el derecho subjetivo es la manifestación de voluntad amparada por el derecho objetivo.
- b) Del jurista alemán Rudolf Von Ihering, para quien el derecho subjetivo es el interés jurídicamente protegido, es decir amparado por el derecho objetivo.
- c) Y, la teoría mixta, que combina las dos anteriores, donde el jurista alemán George Jellinek. Sostiene que el derecho subjetivo es el interés tutelado por la ley mediante el reconocimiento de la voluntad individual.

Por otro lado, el eminente jurista norteamericano W. N. Hohfeld, busco aclarar los diversos sentidos de la expresión, llegando a establecer que, por derecho subjetivo, se debe entender: 1) Pretensión de algo; 2) Privilegio; 3) Potestad o Poder; y, 4) Inmunidad. Por su parte, Hans Kelsen, sostenía que las disciplinas que tenían mucho dualismo no tenían el carácter de ciencia; en ese sentido, cuando analiza el derecho objetivo y subjetivo, trata de eliminar este último, resaltando que el derecho objetivo, es un sistema de normas promulgado por el Estado, y el derecho subjetivo, solo es un reflejo del primero, el cual surge a partir de una norma que genera la idea de un deber correlativo; finalmente tenemos a H. L. A Hart, quien sostiene que, si hay derecho en el campo moral, entonces de allí se sigue que hay por lo menos un derecho natural y a través de transacciones particulares, siguen otros derechos especiales.

⁽²⁷⁾ Gascón y García (2016) afirman: «Estado de derecho es aquel en el que el poder actúa conforme a Derecho, o a la ley en sentido amplio, a normas jurídicas preconstituidas, y responde a la idea de gobierno de los hombres» (p. 15).

En aquella época] La sumisión del poder al derecho (el estado de derecho) se construye sobre la concepción unitaria de la soberanía como poder *legibus sohubus*, de manera que la ley, expresión de esa soberanía, queda al margen de cualquier límite o control. Pero, además, la ley que entroniza el Estado de derecho no es cualquier ley sino una norma caracterizada por la generalidad y la abstracción, rasgos formales que garantizan su justicia y que postulan, por tanto, el sometimiento a ella. Por ello, el Estado de derecho se configura como Estado Legislativo y más que de principio de legalidad en sentido amplio, cabe hablar de imperio de la ley en sentido estricto: de un lado, las Constituciones terminaron siendo meras cartas políticas y los proclamados derechos constitucionales solo tendrían eficacia jurídica en la medida en que la ley los reconociera y con el alcance que la ley les diera de manera que no constituirían un límite a la legislación; de otro, el consagrado principio de separación de poderes no supuso la articulación de un sistema de frenos y contrapesos recíprocos, sino simple y llanamente la subordinación al legislativo de los otros poderes (pp. 16-17).

De esta manera, el Estado de derecho, que se desarrolla en Europa es uno de carácter «legal», que implica el sometimiento del gobierno⁽²⁸⁾ y del juez a la ley; en este último aspecto, la actuación de los jueces solo es aceptable en la medida que puedan aplicar exactamente la ley, por lo que, su labor era interpretar literalmente la norma; existiendo incluso un Tribunal de Casación, que se encargaba de controlar la legalidad de los pronunciamientos judiciales; una célebre descripción de dicha situación, es la frase de Montesquieu, quien señala: «el juez es la boca que pronuncia la palabra de la ley».

Pero, a finales del siglo XX, luego de la Segunda Guerra Mundial, se inicia un nuevo proceso de reconstruir los distintos ámbitos sociales; dentro de los cuales se encuentra el derecho, pues, en ese momento se acusa al positivismo jurídico, de haber propiciado un espacio, para que el totalitarismo se desarrolle; ello debido al haber promovido una obediencia a las normas inicuas, lo que generó regímenes nacionalista nazis y fascistas; en tal virtud, aparece un nuevo paradigma⁽²⁹⁾, que representa la ruptura con la cultura jurídica formalista que se tenía; a partir de

(28) Gascón y García (2016) refieren que «la sumisión de la administración a la ley, en efecto, se establece en términos de subordinación donde la administración solo puede actuar previa habilitación legislativa, por lo que rige el principio «todo lo que no está permitido está prohibido».

(29) Sobrevilla (2014) afirma: «Así, el iuspositivismo fue un nuevo paradigma a comienzos de la edad moderna y en los Estados Unidos el realismo jurídico fue un nuevo paradigma jurídico por los años treinta del siglo pasado» (p. 230).

allí, viene la constitucionalización del orden jurídico⁽³⁰⁾, por la cual, se transforma la concepción del Estado de Derecho, a un Estado Constitucional del Derecho, donde específicamente el derecho constitucional ocupa todo espacio de la vida social y política, condicionando la legislación, la jurisprudencia, el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, las relaciones privadas y demás⁽³¹⁾ (Guastini, 2018, p. 279).

⁽³⁰⁾ Para Aguiló (2018):

La «constitucionalización del orden jurídico», alude a un proceso histórico que ha tenido lugar en países europeos y latinoamericanos, y que se ha desarrollado y practicado desde la Segunda Guerra Mundial, hasta nuestros días, y que está produciendo una transformación profunda en la concepción del Estado de Derecho (p. 13).

Según Guastini (2016):

La expresión «Constitucionalización del ordenamiento jurídico» puede ser empleada en no menos de tres significados.

- (1) En un primer sentido –y quizás, es este el significado más común– se habla de constitucionalización para hacer referencia a la introducción de una primera constitución escrita en un ordenamiento jurídico que antes carecía de una.
- (2) En un segundo sentido, en ocasiones, se habla de constitucionalización para hacer referencia a un proceso histórico-cultural que transforma en relación jurídica la relación que media entre los detentadores del poder político y aquellos que se encuentran sometidos a dicho poder. Este fenómeno es distinto al precedente, ya que no se dice que el proceso en cuestión se resuelve en una codificación constitucional, vale decir, en una constitución escrita.
- (3) Un tercer sentido, actualmente se habla de constitucionalización para entender un proceso de transformación de un ordenamiento jurídico, al final del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente «impregnado» por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una constitución externamente pervasiva, invasora, desbordante (pp. 277-278).

⁽³¹⁾ Para Guastini (2016), en un ordenamiento constitucional, ocurre lo siguiente:

- (a) La legislación está condicionada por la constitución en el sentido de que está concebida tendencialmente ya no como una actividad «libre en el fin», sino al contrario, como una actividad «discrecional», dirigida a actuar la constitución (en otras palabras: el legislador no puede elegir libremente los fines a perseguir, solo puede elegir los medios más convenientes y/o más eficientes para realizar algunos fines heterónomos preconstituidos: aquellos establecidos en la constitución).
- (b) La jurisprudencia está condicionada por la constitución en el sentido de que los jueces tienen el poder y el deber de aplicar no solo las leyes, sino también la constitución.
- (c) Por consecuencia, las relaciones privadas están condicionadas por la constitución en el sentido de que la constitución no solo regula las relaciones entre estado y ciudadanos, sino también las relaciones, como se suele decir, «interprivadas».
- (d) El estilo doctrinal está condicionada por la constitución en el sentido de que la doctrina tiende a buscar en la constitución el fundamento axiológico de las leyes (penales, civiles, administrativas, procesales, tributarias, etc.) y tiende a exponer su contenido normativo como un mero desarrollo de principios constitucionales; de modo que, por ejemplo en específico (supongamos el derecho de los contratos) es precedido por el análisis de los principios constitucionales que rigen la materia en cuestión (en este caso, los contratos).

En el mismo sentido, Guastini (como se citó en Aguiló, 2018) detalla que el proceso de constitucionalización, es el resultado de la combinación de factores, como es la rigidez constitucional, la garantía jurisdiccional de la Constitución, que tiene fuerza vinculante, la aplicación inmediata de las normas constitucionales, la interpretación de la ley conforme a la carta fundamental y una fuerte influencia de la misma en los debates y el proceso político. Por su parte, Atienza [...] detalla lo siguiente:

Por estado constitucional [...] no se entiende simplemente el Estado en el que está vigente una Constitución, sino el Estado en el que la Constitución (que puede no serlo en sentido formal; puede no haber un texto constitucional) contiene: a) un principio dinámico del sistema jurídico político, o sea la distribución formal del poder entre los diversos órganos estatales; b) ciertos derechos fundamentales que limitan o condicionan (también en cuanto al contenido) la producción, la interpretación y la aplicación del derecho; y c) mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes.

Como consecuencia el poder del legislador (y el de cualquier órgano estatal) es un poder limitado y que tiene que justificarse en forma mucho más exigente (p. 17).

De este modo, hablar de Estado Constitucional⁽³²⁾ implica partir de la existencia de una Constitución, que positiviza derechos humanos, y la misma es la supremacía política, que supone el sometimiento del poder al derecho; donde los jueces pueden y deben hacer valer la carta fundamental en detrimento de la ley; de igual forma, se garantiza la protección de los derechos de las personas al margen de la ley; en tal virtud, se incrementa la tarea de justificación de los órganos públicos y por tanto, se exige una mayor demanda de argumentación jurídica.

Así, podemos ver que la Constitución es el límite para toda actividad pública o privada, donde se exige que los valores⁽³³⁾ y los princi-

(32) Para Gascón y García (2016):

Constitucionales con aquellos sistemas donde, junto a la ley, existe una Constitución democrática que establece auténticos límites jurídicos al poder para la garantía de las libertades y derechos de los individuos y que tiene, por ello, carácter normativo: la Constitución (y la carta de derechos que incorpora) ya no es un trozo de papel o un mero documento político, un conjunto de directrices programáticas dirigidas al legislador; sino una auténtica norma jurídica con eficacia directa en el conjunto del ordenamiento; y además, por cuanto procedente de un poder con legitimidad «cualificada» (el poder constituyente) es la norma «más alta», por lo que también la ley queda sometida a la Constitución, que se convierte así en un parámetro de validez (p. 21).

(33) Según la clasificación que realiza DWONKIN, quien nos habla de normas y principios, siendo que dentro de este último concepto, vamos a encontrar directrices, que son un es-

pios⁽³⁴⁾ sean desarrollados en su máxima expresión; garantizándose y protegiéndose los derechos de las personas; por lo que, el derecho ya no solo es concebido como una herramienta para regular relaciones humanas, sino para brindar justicia.

Aguiló (2018) precisa que existen diversos autores que valoran ese cambio, pero objetan, indicando que se está poniendo en crisis al Estado de Derecho, al debilitar las exigencias normativas derivadas del «gobierno de las leyes»; por lo que, se está retrocediendo hacia esquemas vetustos vinculados al «gobierno de los hombres» (*de las elites intelectuales y judiciales*). De este modo, el derecho está dejando de ser general (*los principios constitucionales acaban desembocando en el derecho del caso*) claro (*la aplicación de principios implica un razonamiento jurídico que no es puramente deductivo*) y coherente (*los principios constitucionales son contradictorios entre sí y no cabe establecer prioridades estables entre ellos*).

Pero, más allá de las críticas, también existen autores que resaltan la importancia de los nuevos fenómenos jurídicos, exigiendo la formulación de un nuevo paradigma teórico; en tal sentido, podemos apreciar que la disputa se avoca, a ver, si los cambios que supone la constitucionalización del orden jurídico son meramente cuantitativos (de grado), en cuyo caso no hace falta formular un nuevo paradigma teórico; o si, por el contrario, se trata de cambios verdaderamente cualitativos que exigen una revisión profunda de los esquemas teóricos con los que se aprehende y transmiten los fenómenos jurídicos (Aguiló, 2018).

En ese sentido, a los que afirman la continuidad del paradigma, se los llama *positivistas* o partidarios del paradigma construido en torno a la concepción del Estado de derecho como un «imperio de la ley»; y, a los segundos, que afirman la necesidad de la revisión de dicho paradigma, se los conoce como *postpositivistas*

tándar que propone un objetivo político, social o económico para la comunidad; en cambio los principios, son un «estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de moralidad» (como se citó en Poma, 2017, p. 172).

(34) Según la clasificación que realiza Atienza, quien advierte que en el argot jurídico el término «principios jurídicos» contiene las siguientes acepciones: a) principio, en el sentido de norma general; b) «principio», en el sentido de norma redactada en términos particulares vagos; c) «principio», en el sentido de norma programática o directriz; d) «principio», en el sentido de norma que expresa valores superiores de un ordenamiento jurídico; e) «principio» en el sentido de norma especialmente importante; f) «principio» en el sentido de norma elevada a jerarquía; g) «principio» en el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación jurídica; y, h) «principio», en el sentido de regula iuris entendido como máxima de la ciencia jurídica (como se citó en Poma, 2017, p. 172).

o neoconstitucionalistas o partidarios de un paradigma construido en torno a la concepción del Estado de Derecho como un Estado Constitucional⁽³⁵⁾.

V. El proceso de constitucionalización del Derecho de Familia en el Perú

Como acabados de explicar, en estos momentos estamos viviendo un nuevo fenómeno, denominado «constitucionalismo», por el cual, se postula que el sistema de fuentes del derecho, se encuentra encabezado por la Constitución, la cual es la norma de producción e interpretación de otras fuentes de derecho y ella es la misma fuente de la cual derivan directamente derechos y obligaciones para la ciudadanía y para los poderes públicos (como se citó en Hesse, 1992, pp. 57 y 58).

De este modo, tomando las palabras de Alvites (2018, p. 365), la posición del texto constitucional permite no solo que sus dispositivos disciplinen la formación de las demás normas jurídicas, sino que condicionen también su contenido y la interpretación de las distintas instituciones jurídicas que conforman las otras ramas del ordenamiento legal, por lo que el legislador como los interpretes de la ley, tienen en la fuerza constitucional límites formales y materiales; así, la interpretación de la legislación se ve condicionada y subordinada a lo establecido en la Constitución, todo ello a fin de poder garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas y el ejercicio no arbitrario del poder. En tal sentido, Atienza (2014) señala:

la constitucionalización del derecho, [pone] fin [al] positivismo jurídico [...] [por la cual] supone una nueva forma de ver el derecho, hoy ya no es solo el impuesto por la autoridad, sino es una creación humana, cuyo sentido es satisfacer ciertos valores que se plasman en derechos fundamentales (p. 8).

Hasta aquí, tenemos una visión clara, que la Constitución es la norma aplicable directamente, que forma parte del material normativo, y por ende, debe tenerlo presente todos los jueces, más aun si su contenido axiológico despliega sus efectos en las distintas áreas del derecho; tal como lo precisa Landa (2013, p. 71): «El concepto de Constitución se convierte en un concepto interpretativo por excelencia donde la

(35) De acuerdo con Sobrevilla (2014):

El neoconstitucionalismo no se trata de una escuela ni siquiera de un movimiento sino a lo sumo de una tendencia que se presenta en países diversos como Estado Unidos, Alemania, Italia y Argentina, donde escriben autores que profesan ideas con características parecidas. Entre otros jusfilósofos, se menciona a Atienza, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Luigi Ferrajoli, Joseph Raz, Neil MacCormick y Carlos Santiago Nino (p. 230).

creación del derecho no es algo que viene ya dado o acabado por la norma, sino que se convierte en el producto de una interpretación constructiva».

Como lo venimos afirmando, el derecho no puede ser concebido solo como el conjunto de normas que organizan el uso legítimo de la fuerza sino como el conjunto de normas que tiene por finalidad garantizar los derechos fundamentales, ya que, estos derechos dotan de unidad de sentido al resto del sistema jurídico, por ello, se afirma que la Constitución condiciona el contenido y aplicación de todas las demás normas del sistema jurídico. La importancia de estos derechos es tal que se considera incluso que las normas que los incorporan son «necesarias» no solo porque son inderogables sino porque sin ellas no podría concebirse el estado constitucional.

Ahora, a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la jurisdicción constitucional ha ido consolidando su legitimidad, al reconocer y proteger derechos fundamentales de las personas, teniendo gran aceptación por ello; en tal virtud, Landa detalla que, la constitucionalización del derecho peruano ha encontrado en la garantía de la supremacía constitucional y en la protección de los derechos fundamentales, el fundamento de su institucionalización y funcionamiento.

De este modo, remitiéndonos al derecho privado, la constitucionalización se ha manifestado en el ámbito del derecho de familia, en un primer momento reconociendo a la unión de hecho como una fuente legítima de la cual surge la familia; en ese sentido, el Tribunal Constitucional⁽³⁶⁾ expresó lo siguiente:

Reflejo de la percepción negativa y del rechazo era la ausencia de reconocimiento de efectos legales a este tipo de uniones [de hecho]; pero, el incremento de prácticas convivenciales y el progresivo cambio de sociedad y el Estado (y su legislación), fue imponiendo un contexto en el que era necesaria una regulación a esta realidad social.

Pero, ello no quedó allí, ya que el Poder Judicial, siguiendo la línea del Tribunal Constitucional, expresó en la Casación N.º 1532-2013-Lambayeque, que la unión de hecho, según la Constitución, es una fuente generadora de familia y, como tal, merece protección. Afirmando, que se encuentra implícito, en el artículo 5 de la Carta Magna, el reconocimiento de la unión de hecho, como derecho humano a fundar una familia. Concluyendo que la acción de reconocimiento de la unión no se encuentra sujeta a plazo de prescripción, pues los derechos humanos son imprescriptibles por su propia naturaleza. Acto seguido, fijó como criterio que,

(36) Stc. N.º 06572-2006-PA/TC de 6/11 /2017, fundamento 12.

tratándose de demandas de reconocimiento de unión de hecho, no es aplicable incluso el plazo de prescripción de 10 años previsto para la acción personal en el inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil.

Ahora, cimentando las sentencia expedidas, también se tiene el reconocimiento de derechos personales, muestra de ello, es el caso de la señora Irma Doris Anaya Cruz vs. el Gobierno Regional de Lambayeque, donde se exigía una pensión de viudez; aquí, inicialmente el Tribunal Constitucional, tuvo la posición de proteger solo a la familia proveniente del vínculo matrimonial, ya que la Constitución ordenaba la promoción del matrimonio y que la protección que se brindaba a las uniones de hecho solo era en el ámbito patrimonial, por ende no generaba derecho pensionarios; sin embargo, esta posición, luego fue cambiada, por el mismo colegiado, en el caso de Luz Sofía Baca Soto vs Jefe de Personal del Ministerio de Educación; afirmándose que la normativa constitucional como la del Código Civil, regula la unión de hecho considerando que esta se encuentra destinada a cumplir deberes semejantes a los del matrimonio; es decir, que un varón y una mujer, como pareja, entre ellos tienen derechos, deberes y responsabilidades iguales al sostenimiento del hogar; por lo que, se reconoce que la unión de hecho propia, es la base de un hogar, de modo que al fallecer uno de sus integrantes, le asiste al otro el derecho a la pensión de viudez.

Asimismo, el Tribunal Constitucional, dentro del caso de Janet Rosas Domínguez vs O.N.P, expreso que la protección constitucional de las uniones de hecho, se debe dar; siempre y cuando no se vulnere los propios valores constitucionales y sea compatible con las demás normas del ordenamiento jurídico; es el caso puntual, sobre la capacidad nupcial que debe tener la pareja –libres de contraer matrimonio, lo que implica que la unión sea monogámica y heterosexual, además que tenga una duración de por lo menos dos años y que tenga la apariencia de vida conyugal pública.

Como un punto adicional a traer a colación, tiene que ver con la obligación que tiene el Estado de proteger a las distintas modalidades de familia; en ese sentido, si bien el artículo 4 de la Constitución Política, ordena promover la familia matrimonial, en la medida que supone mayor estabilidad y seguridad de los hijos, no podemos dejar de lado, que la familia no solo puede ser concebida como una institución netamente destinada a la procreación, sino que se trata de un núcleo esencial de la comunidad en el que se transmiten valores éticos, cívicos y culturales. Preámbulo que nos permite describir el caso presentado por el señor Oscar Ugarteche Galarza vs. RENIEC, quien exigía se reconocimiento de su matrimonio celebrado con una persona de su mismo sexo, realizado en la ciudad de México; siendo que la Corte Superior de Lima, ordeno a RENIEC, registre ese matrimonio

como válido en el Perú, en atención que el referido matrimonio entre personas del mismo sexo, se fundamenta en los derechos fundamentales a la igualdad y la no discriminación, así como al libre desarrollo de la personalidad, reconocidos por la Constitución peruana, y demás tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Perú es parte, conforme a la cuarta disposición final y transitoria de la propia Constitución.

Lo expresado hasta aquí nos ayuda a tener una visión completa de como se viene transformando el derecho de familia; pero además, como se viene solucionando los conflictos latentes que presenta nuestra sociedad y en especial dentro de la institución de la unión de hecho; bajo ese contexto, y de acuerdo a los problemas descritos en el presente trabajo; desde un punto de vista legal, podríamos decir, que ante la ausencia normativa no podríamos solucionar los conflictos presentados, mucho menos tratar de aplicar por analogía algún supuesto legal, ello dado las características especiales de cada situación en particular.

Por lo que, frente a ello, consideramos que debemos recurrir a nuestra Constitución, y advertir que en ella se encuentra el artículo 1, el mismo que recoge un valor y principio medular, como es la dignidad de la persona, por el cual, los derechos fundamentales del individuo proyectan su efecto regulador tanto al ámbito de la sociedad, como a la propia autonomía privada; así, teniendo en cuenta que el hombre es un ser racional y por ende debe ser protegido en toda sus esferas; conlleva que los defectos normativos latentes dentro del ordenamiento jurídico, deberán ser atendidos interpretando el referido precepto constitucional; con esto, se garantiza que aquellas personas que faltaron o agravaron a su pareja, puedan ser excluidas del derecho hereditario que ostentan; sin perjuicio de que también se pueda permitir la ruptura unilateralmente la relación reconocida; pues con ello, se logra garantizar otro derecho fundamental como es el libre desarrollo que tiene cada persona, en poder hacer satisfacer sus interés y a la vez hacer respetar su voluntad frente a los demás.

VI. Conclusiones

1. En la actualidad, debido a factores económicos, sociales y culturales ha implicado que dentro de nuestro ordenamiento jurídico se reconozca aquellas uniones diferentes al matrimonio, efectivizándose, de este modo, el derecho de libertad que tienen todos los ciudadanos, al permitírseles decidir, en poder formalizar su relación sentimental o no.
2. Asimismo, en estos momentos se viene desarrollando el fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, por el cual, se exige la presencia de

una Constitución, la cual positiviza derechos fundamentales de las personas y dada su supremacía, impone el sometimiento del poder al derecho, por lo que los jueces se encuentran obligados hacer valer la carta fundamental dejando incluso de lado a la misma ley, por lo que se exige que el operador jurídico incremente su justificación en solucionar un caso –argumentación jurídica–.

3. En virtud a los defectos que pueda presentar nuestro ordenamiento jurídico, la solución a las mismas debe partir por considerar que nuestra Constitución es el límite de toda actividad pública o privada; conllevando que el derecho deje de ser una norma expresa contenida en un Código Civil, para convertirse en una herramienta argumentativa, interpretativa e integradora, que pueda respetar los derechos esenciales de los ciudadanos.

VII. Lista de referencias

- BASADRE, J. *Historia del Derecho*. 3.^a ed. 3 tomos. Lima: Gráfica Horizonte S.A, 2001.
- CABANELLAS, G. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Trigésima edición. 8 tomos. Buenos Aires: Heliasta, 1999.
- CÓDIGO CIVIL COMENTADO. 3.^a ed. 10 tomos. Lima: Gaceta Jurídica, 2010.
- CORNEJO, H. *Derecho familiar peruano*. 10.^a ed. Lima: Gaceta Jurídica, 1999.
- CORRAL, H. *Derecho y Derecho de la Familia*. 1.^a ed. Lima: Grijley, 2005.
- FERNÁNDEZ, M. *Manual de Derecho de Familia*. 1.^a ed. Lima: Fondo Editorial, 2016.
- GASCÓN, M. Y GARCÍA, A. *La argumentación en el Derecho*. 3.^a ed. Lima: Palestra Editores, 2016.
- HAWIE, L. *Manual de jurisprudencia de Derecho de Familia*. 1.^a ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2015.
- MANRIQUE, K. *Derecho de Familia. La unión de hecho*. 1.^a ed. Lima: Ffecaat, 2011.
- MESÍA, C. *Derechos fundamentales dogmáticos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. 1.^a ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2018.
- PÁUCAR, A. GALARZA, J. Y ARMAS, J. *Fundamentos de la filosofía del Derecho*. 1.^a ed. Lima: Editorial Mantaro, 2006.
- PLACIDO, A. *Manual de Derecho de Familia*. 1.^a ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2001.
- POMA, F. (2017). *La reparación civil en el proceso penal peruano*. 1.^a ed. Lima: A & C

Ediciones.

- RAMOS, C. *Cómo hacer una tesis en Derecho y no envejecer en el intento- Estudios de pregrado- maestría-doctorado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000.
- SÁNCHEZ, F. *La investigación científica aplicada al Derecho*. Primera edición. Lima: Ediciones Normas Jurídicas, 2016.
- SOBREVILLA, D. *Introducción a la filosofía*. 1.^a ed. Lima: Editorial Universitaria, 2014.
- TORRES, A. *Introducción al Derecho*. 5.^a ed. Lima: Instituto Pacífico, 2015.
- TORRES, M. *La responsabilidad civil en el Derecho de Familia*. 1.^a ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2016.
- VARSÍ, E. *Tratado de Derecho de familia*. 1.^a ed. 4 tomos. Lima: Gaceta Jurídica, 2011.
- CASTILLO, M. Y TORRES, M. ¿Se puede desheredar o declarar indigno al miembro de la unión de hecho? *Gaceta Jurídica*, 16(1), 2014, 13-25.
- HARO, I. *Uniones de hecho en sede registral*. Recuperado de <http://C:/Users/USER/Downloads/Dialnet-UnionesDeHechoEnSedeRegistral-5476713.pdf>, 2013.
- PEÑA, R. *La Unión de Hecho su cese unilateral y los Derechos Sucesorios de esta*. Recuperado de http://www.asider.pe/la-union-de-hecho-su-cese-unilateral-y-los-derechos-sucesorios-de-esta_90.html, 2017.