

# CONSTITUCIÓN Y FAMILIA. UN ESTUDIO COMPARADO

CONSTITUTION AND FAMILY:  
A COMPARATIVE STUDY

CONSTITUIÇÃO E FAMÍLIA.  
UM ESTUDO COMPARADO

CARLOS MANUEL VILLABELLA-ARMENGOL\*

\* Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. México. cavillabella84@gmail.com

---

RECIBIDO: 2 DE OCTUBRE DE 2015. ENVÍO A PARES: 2 DE NOVIEMBRE 2015.  
APROBADO POR PARES: 4 DE DICIEMBRE DE 2015. ACEPTADO: 10 DE DICIEMBRE DE 2015.

DOI: 10.5294/DIKA.2016.25.1.5

---

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO REFERENCE THIS ARTICLE / PARA CITAR ESTE ARTIGO  
VILLABELLA-ARMENGOL, CARLOS MANUEL, "CONSTITUCIÓN Y FAMILIA. UN ESTUDIO COMPA-  
RADO", EN *DIKAION*, 25, 1 (2016), PP. 100-131. DOI: 10.5294/DIKA.2016.25.1.5

## RESUMEN

El presente artículo brinda una panorámica de la evolución del Derecho constitucional, significando las mutaciones que ha tenido el concepto de constitución en relación con los cambios en sus contenidos, la renovación de sus teorías y el replanteo de sus roles. En un segundo momento, estudia el proceso de constitucionalización de la familia en Europa y América Latina, citando textos referentes y caracterizándolo de manera general. En ese punto, valora también la regulación de la institución en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la incidencia que ha tenido la jurisprudencia de los órganos de justicia supranacionales de ambas regiones en la conformación *ius commune familiar*.

### PALABRAS CLAVE

Derecho constitucional familiar; Derecho comparado familiar; Derecho constitucional comparado; constitución y familia; conceptos de constitución.

## ABSTRACT

This paper provides an overview of the evolution of constitutional law, giving meaning to the changes in the concept of constitution as compared to the changes in content, the renewal of the theories and the reassessment of their roles. Then, the article studies the process of constitutionalization of the family in Europe and Latin America, citing related texts and characterizing it in general terms. The paper further evaluates the regulation of the institution of Human Rights in International Law and the impact of the jurisprudence of supranational bodies of justice of both regions in the creation of the *ius commune familiar*.

## KEYWORDS

Constitutional Family Law; Comparative Family Law; Comparative Constitutional Law; Constitution and Family; Concepts of Constitution.

## RESUMO

O presente artigo oferece uma panorâmica da evolução do Direito constitucional, significando as mutações sofridas pelo conceito de constituição em relação às mudanças em seus conteúdos, a renovação de suas teorias e a reconsideração de seus papéis. Em um segundo momento, estuda o processo de constitucionalização da família na Europa e na América Latina, citando textos referentes e caracterizando-o de maneira geral. Neste ponto, valoriza também a regulação da instituição no Direito Internacional dos Direitos Humanos e a incidência que tem tido a jurisprudência dos órgãos de justiça supranacionais de ambas as regiões na conformação *ius commune familiar*.

## PALAVRAS-CHAVE

Direito constitucional familiar; Direito comparado familiar; Direito constitucional comparado; constituição e família; conceitos de constituição.

SUMARIO: 1. LA INCARDINACIÓN DE LA FAMILIA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL; 2. EL DERECHO CONSTITUCIONAL FAMILIAR EUROPEO; 3. EL DERECHO CONSTITUCIONAL FAMILIA EN AMÉRICA LATINA; 4. LA FAMILIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS; 5. LA FAMILIA EN EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO; 6. LA FAMILIA EN EL *IUS COGENS* LATINOAMERICANO; 7. CONCLUSIONES

## 1. LA INCARDINACIÓN DE LA FAMILIA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Hay coincidencia en la academia en identificar tres etapas en el Derecho constitucional: desde finales del siglo XVIII hasta el siglo XIX, la primera mitad del siglo XX, y el lapso que transcurre desde la segunda posguerra.

La coordenada del primer periodo fue la universalización de la constitución como documento escrito y la estructuración de las teorías e instituciones jurídico-políticas ilustradas que posibilitaron destronar el *Ancien Régime* y erigir un nuevo orden económico y político. En ese transcurso se conformó el Derecho constitucional:

...se produce una especie de unificación de la imagen jurídica del mundo [...] a la expansión cuantitativa se une la creencia de que tal sistema representaba la fórmula definitiva de la convivencia política, de que era una de las grandes y definitivas invenciones de la humanidad, efectiva y radicalmente vinculada al progreso y la prosperidad de los pueblos, de manera que para todo Estado que pretendiera entrar en la esfera de la civilización, era inexcusable la implantación del régimen constitucional.<sup>1</sup>

De ese entorno emergió un concepto minimalista, cerrado y formal de constitución que la enfocó como documento político cuyo cometido era regular la organización y el funcionamiento de los poderes públicos, y legitimar los derechos ciudadanos. En esta perspectiva, la constitución tenía dos roles: instaurar y limitar el régimen político, y consagrar la igualdad formal de los ciudadanos ante la ley.

Esta percepción fue coherente con la tesis que delineó al derecho como un orden gradado y desideologizado, en cuyo vértice se encontraba la constitución y donde la validez de las normas jurídicas dependía únicamente del cumplimiento de las pautas establecidas para su creación:

La constitución es la razón por la cual las leyes son normas válidas. En este sentido, la constitución es una norma de mayor jerarquía que las normas representadas por las demás leyes. Las leyes escritas y consuetudinarias se basan en la constitución en el mismo sentido en que las decisiones de los tribunales, es decir, las normas individuales que los tribunales establecen se basan sobre leyes. Que

---

1 Manuel GARCÍA PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Universal Textos, 1984, p. 29.

una norma jurídica se basa en otra significa que la última es la razón por lo que otra es válida.<sup>2</sup>

El Derecho constitucional de la primera mitad del siglo XX, identificado también como constitucionalismo de entreguerras,<sup>3</sup> es una fase en la que no se experimentan cambios sustanciales pero que denota la crisis del modelo de Estado y de constitución descritos. Constituye un momento de transición en el que se autocorrigió el Estado liberal. La tenue reelaboración que se percibe en esta fase responde puntualmente a la necesidad de relegitimación política de la burguesía ante el auge del proletariado industrial, la politización de la lucha de clases y la inestabilidad institucional.

Se aprecian como aspectos novedosos de esta etapa en las constituciones, los siguientes: crecimiento cualitativo de los derechos políticos al eliminarse las restricciones censitarias y de género en el derecho al sufragio; incorporación primigenia de derechos sociales en los textos de México (1917) y la República de Weimar (1919), introducción de cierta limitación al derecho de propiedad al consagrarse que podía ser restringido por ley, tenue legitimación de instituciones de democracia directa, configuración de la teoría de constitucionalidad a partir del desarrollo del modelo difuso norteamericano y el modelo concentrado en Europa.

El *crack* económico de 1929 y el ascenso del fascismo que desembocó en la Segunda Guerra Mundial denotaron la crisis definitiva del prototipo de Estado basado en el *laissez-faire* y marcaron la quiebra de la visión formalista del derecho. En este punto, el axioma de autosuficiencia del mercado fue reemplazado por los postulados keynesianos y el apotegma del Estado gendarme fue sustituido por la proclamación del papel activo de los poderes públicos.

Así, se edificó teóricamente un modelo de Estado en lugar del que había instaurado la burguesía decimonónica: el Estado social de derecho<sup>4</sup> o Estado de bienestar.<sup>5</sup> Su eje era la actuación intervencionista y redistributiva para corregir la menesterosidad provocada por el liberalismo y proveer condiciones económicas vitales y estándares mínimos de justicia social: “emerge como necesidad histórica a fin de contrarrestar las disfuncionalidades del capitalismo generador de un nuevo feudalismo económico [...] del que es encubridor el Estado formal de Derecho [...] y disminuir la intensidad de la lucha de clases”.<sup>6</sup>

2 Hans Kelsen, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Losada, 1946, p. 244.

3 Véase Francisco JAVIER CORVERA, “El constitucionalismo de entreguerras: la racionalización del poder y sus límites”, en *Estudios de Derecho Público en homenaje a Juan José Ruis Rico*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 55-79. Boris MIRKINE-GUETZEVITCH, *Modernas tendencias del Derecho Constitucional*, Madrid, Reus, 1934.

4 La expresión fue acuñada por Herman HELLER en 1929 en la obra *¿Rechtsstaat Oder Diktatur?*

5 Algunos autores prefieren distinguir los términos señalando que las categorías Estado de bienestar, Estado benefactor o Estado asistencial, aluden a la función de procura existencial del ciudadano en las nuevas condiciones del capitalismo, mientras el concepto Estado social no solo se refiere a ello, sino también al proceso multifacético de estatización de la sociedad y de socialización del Estado.

6 Manuel GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial, 1988, pp. 17 y 19.

Las variables sobre las que se erigió este modelo fueron: injerencia del Estado en la economía mediante la ejecución de políticas redistributivas de los ingresos; manejo de índices macroeconómicos; fomento de empleo y administración directa de medios de producción y recursos estratégicos; desarrollo de políticas públicas asistenciales a los grupos vulnerables; promoción del bienestar general a través del acceso masivo a los bienes y servicios generados por el desarrollo capitalista; complementación material del principio de igualdad formal con el aseguramiento de derechos económicos y sociales; introducción de mecanismos reforzadores de la democracia y de vías propiciadoras de la participación ciudadana.

Sobre estos supuestos económicos, sociales y políticos emergió el Derecho constitucional de la segunda posguerra. Algunos rasgos de las constituciones de esta etapa fueron los siguientes: inclusión de cláusulas económicas que integraron lo que se identificó como constitución económica;<sup>7</sup> incorporación de normas que regularon temas sociales de trascendencia; inserción de principios que transmitían un *ethos* axiológico; refrendo de derechos económicos y sociales; afianzamiento de los modelos de control de constitucionalidad; inclusión de instituciones de democracia directa; aceptación del rango constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos; introducción de instrumentos limitadores del poder que acotaban la dinámica de los sistemas de gobierno (parlamentarismo racionalizado, presidencialismo con dinámicas parlamentarias); refrendo de preceptos reguladores del funcionamiento de los partidos políticos; invocación de la eficacia directa de la constitución.

Como analizaremos *ut infra*, fue en este lapso que la familia se convirtió en contenido constitucional, regulándose primeramente a través de pronunciamientos breves y generales (importancia de la familia, concepto del matrimonio, igualdad de filiación) y posteriormente mediante capítulos que dedican varias normas al tema. Esto contorneó lo que se ha identificado como Derecho constitucional familiar.

La ampliación del diapasón constitucional y la revisión de instituciones y principios replantearon los fines de la Constitución y transformaron la nervadura teórica del Derecho constitucional. Así, colapsó la imagen decimonónica de constitución y se configuró una noción abierta (se diversifican los objetos tutelados por la constitución), axiológica (transmite un plexo ético) y material (promueve la igualdad en la ley y mandata al poder público a que procure la existencia digna de todos los seres humanos). En este punto se condensó la imagen de que el constitucionalismo había llegado al fin de su historia.

En la década de los setenta del siglo pasado,<sup>8</sup> la academia acuñó el término neoconstitucionalismo para significar un nuevo momento en la disciplina, determinado

7 El término fue utilizado por primera vez por W. EUCKEN en "Cuestiones fundamentales de Economía Política", publicado en 1939. Puede definirse como el marco constitucional que plasma la estructura y el funcionamiento del sistema económico, sus bienes, fuerzas y procesos; el conjunto de normas que expresan las decisiones fundamentales que configuran el modelo económico de una nación.

8 Susanna POZZOLO, "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del derecho* 21 (2) (1998), pp. 339-354. El origen ideológico del neo-

por la sistematización teórica de tendencias que evolucionaban en el derecho y la justicia constitucional (europea) desde la segunda posguerra. Así, se planteó que advino un nuevo tipo de derecho que destronó el enfoque paleopositivista<sup>9</sup> y surgió una novedosa doctrina constitucional<sup>10</sup> expresiva de perspectivas teóricas, ideológicas y metodológicas renovadoras.<sup>11</sup>

El vocablo no tuvo una explicitación unívoca, empleándose para simbolizar una multiplicidad de fenómenos en el ámbito de la Teoría del derecho y el Derecho constitucional. Algunos de los ejes doctrinales que lo integran son los siguientes: ampliación de los ámbitos de la constitución (diversificación de los objetos), incorporación de normas-principios en el discurso constitucional (principismo), constatación del trasfondo moral del derecho (legitimación axiológica), eficacia directa de las normas (materialidad), maximización de los mecanismos de defensa (garantismo constitucional), multiplicación y especificidad de los derechos (progresividad de la dignidad humana), interconexión de la constitución con los tratados y convenios de derechos humanos (principio *pro-homine*), prevalencia de una hermenéutica no gramatical en sede jurisdiccional (regla de ponderación), activismo e incidencia positiva del juez constitucional en la reconstrucción y creación del derecho cuando ejercita el test de armonización en la lid constitucional (sentencias estimativas-manipulativas), hegemonía de la constitución (Estado constitucional).

Las tendencias reseñadas delinearón una constitución de nuevo tipo, caracterizada por su omnisciencia, protagonismo político y socioeconómico, e invasión hacia el ordenamiento jurídico; cuestión que se ha identificado como sobreinterpretación de la Constitución o constitucionalización del Derecho:

...de tal modo que no hay un problema medianamente serio que no encuentre respuesta o, cuando menos, orientación de sentido en la constitución.<sup>12</sup> Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una constitución extremadamente invasora, entrometida, persuasiva, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.<sup>13</sup>

---

constitucionalismo puede enmarcarse en el proceso de revisión crítica que se hizo del positivismo en los años sesenta, sentido en el que es precursora la obra de Ronald Dworkin *¿Es el Derecho un sistema de normas?*

- 9 Luigi FERRAJOLI, "Sobre los derechos fundamentales", en Miguel CARBONELL, ed., *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2007, p. 71.
- 10 Manuel ATIENZA, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, p. 309.
- 11 Paolo COMANDUCCI, "Formas de (neo)constitucionalismo: un reconocimiento metateórico", en *Isonomía* 16 (2002), pp. 89 y ss.
- 12 Luis PRIETO SANCHÍS, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., p. 216.
- 13 Ricardo GUASTINI, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico", en *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., p. 49.

El corolario de esta perspectiva es la configuración del Estado constitucional, modelo que sostiene la supremacía sustancial de la constitución y su transformación en canon de la vida de una nación:

En el Estado constitucional es la constitución la norma jerárquicamente más elevada, no solo formalmente, sino también desde un punto de vista sustancial [esta] impondría al legislador no solamente el respeto lógico-formal sobre sus decisiones, sino también el desarrollo [...] y sobre todo su aplicación. Las constituciones estarían dotadas de una fuerza invasiva general, derivada justamente de haber constitucionado toda una serie de valores que [la] convertirían en un objeto completamente diferente [...] sería un valor en sí [...]. De este modo, la constitución evidenciaría su especificidad [...] respecto al resto del ordenamiento no solo y no tanto por su posición jerárquica, sino sobre todo por su valor moral.<sup>14</sup>

Sobre estos presupuestos, a la concepción de constitución abierta, axiológica y material que contornó el constitucionalismo de posguerra, se incrusta la imagen de la constitución como documento cultural, en tanto se convierte en pauta del funcionamiento de la sociedad, condensa las creencias, tradiciones y propósitos de un pueblo, y refleja el espíritu de una nación en una época:

Las constituciones son claramente una pieza cultural [...] no es solo texto jurídico o sistema normativo de regulación, sino expresión de un estado de desarrollo cultural [...], reflejo del patrimonio cultural de un pueblo y fundamento de sus esperanzas<sup>15</sup> [...] son hoy, como quizás nunca anteriormente, su tiempo expresado en ideas, el foro de la sociedad abierta, en el que discuten y se deciden cuestiones contemporáneas. [...] Una constitución que no solo estructura al Estado en sentido estricto, sino también al espacio público.<sup>16</sup>

## 2. EL DERECHO CONSTITUCIONAL FAMILIAR EUROPEO

Como se mencionó, la conversión de la familia en objeto constitucional se produjo en el siglo XX con la expansión de los umbrales de la Constitución y la incorporación de nuevos contenidos. Ello provocó un álgido debate —no agotado aún— en torno a la validez de la intromisión del Derecho Público en ámbitos privados que se erigen sobre la autonomía de la voluntad. La normativización de la familia en las cartas magnas fue justificada por su trascendencia social, cuestión que legitima la acción tuitiva y de control del poder público. Desde una perspectiva contemporánea hay que visualizar este acontecimiento como parte del fenómeno de constitucionalización del Derecho civil:<sup>17</sup>

14 Sussana Pozzolo, "Un constitucionalismo ambiguo", en *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., pp. 192, 199.

15 Peter HÄBERLE, "Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas", en *ReDCE*, (13), año 7 (2010), pp. 379-411.

16 Peter HÄBERLE, "Retos del Estado constitucional, Instituto de investigaciones jurídicas", en *Seria doctrina Jurídica* 47 (2001), México, UNAM, pp. 137 y 157.

17 El debate sobre la relación del Derecho Civil y el Derecho Constitucional es de vieja data, aunque en época reciente ha adquirido mayores dimensiones por la intromisión más aguda del segundo sobre el primero. El tema ha sido abordado con insistencia sobre todo por civilistas, preocupados

Hoy se reconoce que la familia no es solo el eje capital del Derecho Privado, sino que reviste también importancia considerable para la moralidad pública, para la conservación de la especie, para el aumento de la población, para la trabazón social y para la solidez de la estructura política [...] es base insustituible para una organización estable y eficaz.<sup>18</sup> El Derecho constitucional de la familia no excluye al Derecho Civil sino que lo complementa. A diferencia del anterior, el Derecho constitucional de la familia apunta a las políticas de la familia en un sentido amplio. En otras palabras, busca responder a las grandes preguntas relativas al lugar de la familia y su rol en el Estado y la sociedad [...] la constitucionalización de la familia es un fenómeno normativo extremadamente complejo, que se desenvuelve en varias dimensiones regulativas (yuxtapuestas y disimiles), cumple diversas funciones normativas e involucra desafíos de articulación entre diferentes paradigmas.<sup>19</sup>

Como primer referente puede señalarse a la Constitución de Weimar de 1919, que estipuló por primera vez la importancia de la familia para la sociedad, estableció la noción de familia conyugal, la igualdad de los cónyuges y la protección que el Estado debía proveer a la maternidad y a la familia:

El matrimonio, en tanto que fundamento de la vida familiar y del mantenimiento y crecimiento de la nación, está bajo la protección especial de la Constitución. Se basa en la igualdad jurídica de ambos sexos. Incumbe al Estado y a los municipios velar por la pureza, salud y mejora de la familia. Las familias numerosas tienen derecho a asistencia social compensatoria. La maternidad tiene derecho a la protección y asistencia del Estado.<sup>20</sup>

La progresista Constitución española de 1931 escaló un peldaño al abordar el tema en un capítulo que denominó “Familia, economía y cultura”. En este, retomó los aspectos regulados por el texto citado e incorporó la igualdad de filiación, la obligación de los padres a la manutención y educación de los hijos, y la protección del Estado a la ancianidad:

---

por denunciar la intrusión y por delinear los límites de la incardinación. Véase Federico DE CASTRO Y BRAVO, “El derecho civil y la Constitución”, en *Revista de Derecho Privado* 257, Año XXII (1935), pp. 33-48. José CASTÁN TOBEÑAS, “Repercusiones de la Constitución en el Derecho Privado”, en *Revista de Derecho Privado* 237 (1933), pp. 189 y ss. Enrique RUIZ VADILLO, “La Constitución española y el Derecho Civil”, en *Revista de Derecho Privado* 43 (1974), Madrid, pp. 233-255. Pietro PERLINGIERI, “Por un Derecho Civil Constitucional Español”, en *Anuario de Derecho Civil* 36 (1) (1983), pp. 1-16. Joaquín Arce FLORES VALDÉS, *El Derecho Civil Constitucional*, Madrid, Civitas, 1986. Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Madrid, Civitas, 1995. Carcamo Ronces VALLES BARBER, “La Constitución y el Derecho Civil”, en *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja* (2) (2004), pp. 40-52. Jorge MOSSET ITURRASPE, *Derecho Civil Constitucional*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2011. Leonardo PÉREZ Gallardo y CARLOS VILLABELLA ARMENGOL, *Derecho Civil Constitucional*, México, Grupo Editorial Mariel, 2014.

18 Nicolás PÉREZ SERRANO, *Tratado de Derecho Político*, 2 ed., Madrid, Civitas, 1984, p.687.

19 Susan Turner YANIRA ZÚNIGA, “Sistematización comparativa de la regulación de la familia en las constituciones latinoamericanas”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 20 (2) (2013), pp. 269-301.

20 Constitución de Weimar, artículo 119 en [http://www.zum.de/psm/weimar/weimar\\_vve.php](http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php), fecha de consulta 20 de enero de 2014.

La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa.

Los padres están obligados a alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos. El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obliga subsidiariamente a su ejecución.

Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos en él. Las leyes civiles regularán la investigación de la paternidad.

No podrá consignarse declaración alguna sobre la legitimidad o ilegitimidad de los nacimientos ni sobre el estado civil de los padres, en las actas de inscripción, ni en filiación alguna.

El Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos, protección a la maternidad y a la infancia, haciendo suya la "Declaración de Ginebra" o tabla de los derechos del niño.<sup>21</sup>

Le siguió la Constitución irlandesa de 1937 que distinguió a la familia también en un título. La enunció como institución natural; enclaustró a la mujer en un rol doméstico; no contempló la disolución matrimonial; y señaló a *la familia como educador primario y natural del niño*, privilegiando *la educación religiosa y moral* que esta proporciona. Resalta la mención que hizo de la familia como titular de derechos.

La Constitución italiana de 1947, precursora del Derecho Constitucional de posguerra, retomó las pautas delineadas por los documentos citados y perfiló un prototipo de la regulación constitucional de la institución que analizamos:

Artículo 29: La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural basada en el matrimonio. El matrimonio se registrará sobre la base de la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad de la familia.

Artículo 30: Es deber y derecho de los padres mantener, instruir y educar a los hijos, incluso a los habidos fuera del matrimonio.

En los casos de incapacidad de los padres, la ley dispondrá lo necesario para que sea cumplida la misión de los mismos.

La ley garantizará a los hijos nacidos fuera de matrimonio plena protección jurídica y social, en la medida compatible con los derechos de los miembros de la familia legítima.

---

21 Constitución española de 1931, artículo 43, portal: Congreso de los Diputados, en [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist\\_Normas/ConstEsp1812\\_1978/Const1931](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/ConstEsp1812_1978/Const1931), fecha de consulta 20 de enero de 2014.

La ley dictará las normas y los límites de investigación de la paternidad.

Artículo 31: La República estimulará a través de medidas económicas y otras providencias la constitución de la familia y el cumplimiento de las tareas inherentes a ella, dedicando atención especial a las familias numerosas. Protegerá la maternidad, la infancia y la juventud, favoreciendo a las instituciones necesarias para esta finalidad.<sup>22</sup>

Sobre esos presupuestos se extendió la constitucionalización de la familia en el derecho europeo, apreciándose dos posturas fundamentales:

- Las constituciones que establecen definiciones medulares y reconducen la ordenación de la mayoría de los aspectos a la ley: Alemania, Andorra, Bielorrusia, España, Eslovenia, Estonia, Francia, Grecia, Lituania, Moldavia y Rumania.
- Los textos que no abordan el tema, o lo hacen escuetamente al proclamar el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, y estipular la protección del Estado: Austria, Albania, Armenia, Arzerbaijan, Bélgica, Boznia-Herzegovina, Bulgaria, Checoslovaquia, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Finlandia, Georgia, Holanda, Hungría, Islandia, Irlanda, Luxemburgo, Macedonia, Malta, Mónaco, Noruega, Polonia, Rusia, Suiza, Suecia, Ucrania, Yugoslavia.

Resulta excepcional la regulación que realizó la Constitución portuguesa de 1976 por su extensión y pormenorización. En un precepto reguló aspectos generales del matrimonio, la familia y la filiación, y en artículos específicos refrendó la maternidad, la infancia y la ancianidad. Estableció además definiciones, principios y políticas de protección, y estipuló derechos básicos de la familia (intimidad, vivienda digna).

Artículo 36. De la familia, del matrimonio y de la filiación

1. Todos tendrán derecho a constituir una familia y a contraer matrimonio en condiciones de igualdad plena.
2. La ley regulará los requisitos y los efectos del matrimonio y de su disolución, por muerte o divorcio, independientemente de la forma de celebración.
3. Los cónyuges tendrán los mismos derechos y deberes en cuanto a capacidad civil y política y al mantenimiento y educación de los hijos.
4. Los hijos nacidos fuera de matrimonio no podrán por este hecho ser objeto de discriminación alguna y no podrá la ley ni las dependencias oficiales usar designaciones discriminatorias en materia de filiación.

---

22 Constitución de Italia, Web Constituione Finder, en <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/IrelandSp.pdf>, fecha de consulta 25 de abril de 2015.

5. Los padres tienen el derecho y el deber de educar a sus hijos.
6. Los hijos no podrán ser separados de los padres, salvo cuando estos no cumplan sus deberes fundamentales con ellos y siempre en virtud de auto judicial.

#### Artículo 67. De la familia

El Estado reconoce la constitución de la familia y asegura su protección. Le compete, en particular:

- a) promover la independencia social y económica de la unidad familiar;
- b) desarrollar una red nacional de asistencia materno-infantil y realizar una política de ancianidad;
- c) cooperar con los padres en la educación de los hijos;
- d) promover, por los medios necesarios, la divulgación de los métodos de planificación familiar y organizar las estructuras jurídicas y técnicas que permitan el ejercicio de una paternidad consciente;
- e) regular los impuestos y los beneficios sociales en armonía con las cargas familiares.

#### Artículo 68. De la maternidad

1. El Estado reconoce la maternidad como valor social eminente, protegiendo a la madre en los imperativos específicos de su acción insustituible en orden a la educación de los hijos y garantizando su realización profesional y su participación en la vida cívica del país.
2. Las mujeres trabajadoras tendrán derecho a un periodo de dispensa del trabajo, antes y después del parto, sin pérdida de la retribución ni de otras ventajas.

#### Artículo 69. De la infancia

1. Los niños tendrán derecho a la protección de la sociedad y del Estado, con vistas a su desarrollo integral.
2. Los niños, en especial los huérfanos y los abandonados, tendrán derecho a protección especial de la sociedad y del Estado contra cualesquiera formas de discriminación y de opresión, y contra el ejercicio abusivo de autoridad en la familia y en las demás instituciones.

#### Artículo 72. De la ancianidad

1. El Estado promoverá una política de la ancianidad (tercera edad) que garantice la seguridad económica de las personas de edad.

2. La política de ancianidad deberá, además, proporcionar condiciones de vivienda y convivencia familiar, y comunitaria que eviten y superen el aislamiento o marginación social de las personas de edad y les ofrezcan oportunidad de crear y desarrollar formas de realización personal a través de una participación activa en la vida de la comunidad.<sup>23</sup>

Como se menciona, la postura predominante del constitucionalismo europeo respecto a la familia es su normativización escueta. Empero, a nivel infraconstitucional se ha ordenado la institución pormenorizadamente, regulándose varios temas conexos, algunos muy controvertidos desde la doctrina tradicional como el matrimonio entre personas del mismo sexo y transexuales, la adopción homoparental, la reproducción asistida y el aborto.

Pudiera aducirse que ese talante parco se condiciona porque varias de las constituciones citadas datan de la primera mitad del siglo XX, época en la que no se había efectuado el expansionismo constitucional. Empero, en esa actitud influye también la adopción de una postura de *self-restraint* al modelar el prototipo de familia nuclear burguesa decimonónica, refractaria a la incidencia de derecho público:

Esta familia, que se consolidó a principios del siglo XIX, representaba en su momento la modernidad de la revolución industrial frente a la actividad agrícola, de lo urbano frente a lo rural y, sobre todo, reflejaba el comportamiento de una determinada clase social, la burguesa, que proyectó en el mundo familiar sus concepciones a través de códigos éticos y sociales [...] en donde la familia se aisló en el ámbito doméstico, con un claro reparto de los roles, entre el marido y la mujer, entre las generaciones, y entre los hijos y las hijas, en un mundo de relaciones de desigualdad y sumisión.<sup>24</sup>

En esa tesitura, resumimos que el modelo de familia que se constitucionalizó en Europa en el siglo XX es minimalista y posee los siguientes rasgos esenciales: matrimonio como acto constitutivo de la familia; destaque de la importancia social de la familia; noción de familia nuclear; protección del Estado a la familia, el matrimonio la maternidad y la infancia; igualdad de filiación; obligación de los padres en la manutención y educación de los hijos; reconocimiento de derechos a la familia como grupo (igualdad de los cónyuges, contraer matrimonio, fundar familia, igualdad de sus miembros, intimidad, inviolabilidad del domicilio, vivienda, honor).

Hay que agregar, no obstante, que este canon se ha matizado por las directrices comunitarias y fallos judiciales que desde una dimensión supraconstitucional han incidido en la remodelación de la institución como comentaremos *ut infra*.

23 Constitución de Portugal, Web Constituione Finder, en <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/IrelandSp.pdf>, fecha de consulta 25 de abril de 2015.

24 Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, "La protección constitucional de la familia", en *Foro*, (5) (2006), UASB-Ecuador, CEN-Quito, pp. 127-162.

### 3. EL DERECHO CONSTITUCIONAL FAMILIAR EN AMÉRICA LATINA

El constitucionalismo latinoamericano adopta una postura expansionista sobre la familia. La mayoría de los textos normativizan la institución, algunos dedicándole un capítulo o sección (Brasil, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Venezuela) y desarrollándola con extensión. Solo la Constitución de Argentina no la regula, y los documentos de Chile y México realizan escuetas afirmaciones de que el matrimonio es núcleo fundamental de la sociedad y que el Estado protege a la familia. En esa tesitura, puede hacerse la siguiente taxonomía:

- Constituciones que no abordan el tema: Argentina, Chile.
- Textos que realizan una regulación básica: Costa Rica, El Salvador, Honduras, México, Perú, Uruguay.
- Cartas Magnas que efectúan una normativización extensiva: Brasil, Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, Nicaragua, Paraguay, Panamá y Venezuela.

El comportamiento de las constituciones del primer grupo puede explicarse por su data o el contexto de redacción. El texto original de Argentina es de 1853, aunque se reformó sustancialmente en 1994. La ley fundamental de Chile es de 1980 y fue redactada durante la dictadura de Pinochet. A *contrario sensu*, la regulación vasta de la familia en algunas constituciones del último grupo, puede explicarse por la postura invasiva y principista que adopta el novísimo constitucionalismo latinoamericano en el que se ubican.

Sobre esta idea, un primer aspecto por destacar es que la mayoría de los textos (a excepción de Argentina, Guatemala, Honduras, México y Panamá) definen a la familia, enunciándola como fundamento, núcleo o base de la sociedad. El documento de Venezuela acota que constituye espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Asimismo, junto a la protección genérica, algunas constituciones (Colombia, Ecuador, Guatemala, Panamá y Paraguay) estipulan la adopción de instituciones y programas que asistan a la familia y actúen en el enfrentamiento de las causas que propician la desintegración familiar.

Como novedad importante hay que señalar el pronunciamiento que realiza la Constitución de Ecuador en su artículo 67 de que *se reconoce la familia en sus diversos tipos*, lo cual brinda cobertura a los diferentes modelos.

Es un ejemplo de regulación parca de la familia la Constitución de Honduras de 1982, redactada por una asamblea convocada por el Gobierno militar y concebida como puente hacia la transición democrática. Sin embargo, en esta resulta interesante para la época, el reconocimiento de las uniones de hecho y su equiparación al matrimonio; la alusión a la atención diferenciada del Estado a los menores de familias de escasos recursos y la instauración de la jurisdicción familiar:

Artículo 111. La familia, el matrimonio, la maternidad y la infancia están bajo la protección del Estado.

Artículo 112. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio, así como la igualdad jurídica de los cónyuges. Solo es válido el matrimonio civil celebrado ante funcionario competente y con las condiciones requeridas por la Ley.

Se reconoce la unión de hecho entre las personas legalmente capaces para contraer matrimonio. La ley señalará las condiciones para que surta los efectos del matrimonio civil.

Artículo 114. Todos los hijos tienen los mismos derechos y deberes. No se reconocen calificaciones sobre la naturaleza de la filiación. En ningún registro o documentos referente a la filiación se consignará declaración alguna diferenciando los nacimientos ni señalando el estado civil de los padres.

Artículo 121. Los padres están obligados a alimentar, asistir y educar a sus hijos durante la minoría de edad, y en los demás casos en que legalmente proceda. El Estado brindará especial protección a los menores cuyos padres o tutores estén imposibilitados económicamente para proveer a su crianza y educación. Estos padres o tutores gozarán de preferencia para el desempeño de cargos públicos en iguales circunstancias de idoneidad.

Artículo 122. La Ley establecerá la jurisdicción y los tribunales especiales que no conocerán de los asuntos de familia y de menores.

Artículo 152. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrán de darles a sus hijos.<sup>25</sup>

El reconocimiento constitucional de la unión de hecho como vínculo creador de la familia lo contemplan la mayoría de los textos del área: Brasil, Bolivia, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Panamá y Venezuela. Es interesante, en este sentido, el pronunciamiento de la Constitución de El Salvador de que *la falta de matrimonio no afectará el goce de los derechos que se establezcan en favor de la familia*. Esta idea rompe con la noción restringida del matrimonio como único acto constitutivo de la familia.

De las constituciones que despliegan regulaciones amplias acerca de la familia debe mencionarse al documento de Brasil de 1988, precursor del novísimo constitucionalismo latinoamericano. Esta Carta Magna conjunta las normas familiares en un capítulo y plantea varias cuestiones interesantes, entre ellas: la recepción

---

25 Constitución de Honduras, Biblioteca Miguel Cervantes, Constituciones Hispanoamericanas, en [http://www.cervantesvirtual.com/portales/constituciones\\_hispanoamericanas/obra-visor-din/constitucion-politica-de-la-republica-de-el-salvador-de-1883/html/](http://www.cervantesvirtual.com/portales/constituciones_hispanoamericanas/obra-visor-din/constitucion-politica-de-la-republica-de-el-salvador-de-1883/html/), fecha de consulta 12 de junio de 2015.

del modelo de familia monoparental al declarar que es *entidad familiar la comunidad formada por cualquiera de los padres y sus descendientes*; la regulación del divorcio; la enfática protección a los menores que incluye la escritura de derechos y la estipulación de la obligación del Estado y la familia de proteger a los ancianos. El realce de la protección de la familia a los ancianos y las personas con capacidades diferentes como grupos vulnerables, es también un rasgo del constitucionalismo que analizamos. Se plantea en las leyes fundamentales de: Brasil, Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela. Esta última profundiza en el punto al estipular que la ejecución de los programas debe tener en cuenta las diferencias rurales, culturales y de género.

Es apreciable igualmente como característica, la insistencia en el deber de los padres de cuidar, alimentar, asistir e incidir en el desarrollo de sus hijos; así como del Estado de instituir políticas y programas que tiendan a la protección y desarrollo de la infancia y la juventud. Esto se complementa con el reconocimiento explícito de numerosos derechos a los menores.

Ello es ostensible en las constituciones de Brasil, Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela que refrendan los siguientes derechos: vida, integridad física y psíquica, libertad, identidad, dignidad, convivencia familiar y comunitaria, salud, alimentación, educación, cultura, seguridad social, recreación, deporte, libertad de expresión, ser consultados en las cuestiones que le afecten, asociación.

La Constitución de Ecuador plantea, en el artículo 45 que: “las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad”; y como parte de la prolija normativización que realiza de los derechos de los grupos originarios y minorías culturales, refrenda que los menores “tienen derecho a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales de sus pueblos y nacionalidades”.

En la misma actitud, la Constitución de Bolivia en el artículo 58 plantea que las niñas, niños y adolescentes son titulares de los derechos reconocidos en la Constitución, y de los derechos específicos inherentes a su proceso de desarrollo; a su identidad étnica, sociocultural, de género y generacional; y a la satisfacción de sus necesidades, intereses y aspiraciones. También, los textos de Colombia y Ecuador distinguen que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, señalando el primero que los niños son titulares de los derechos planteados por los tratados internacionales suscritos. Las constituciones de Bolivia, Ecuador y Venezuela legitiman el principio del interés superior del niño. La Carta Magna de Nicaragua menciona la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La citada Constitución de Ecuador de 2008 también es referente en la normativización prolija de la familia. Es un texto detallista en la regulación de varios aspectos, innovador al contemplar los diversos tipos de familia, y extenso en lo atinente a la protección de los menores, ancianos y discapacitados. Vale la pena citarlo a pesar de su extensión:

Art. 38. El Estado establecerá políticas públicas y programas de atención a las personas adultas mayores, que tendrán en cuenta las diferencias específicas entre áreas urbanas y rurales, las inequidades de género, la etnia, la cultura y las diferencias propias de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades; asimismo, fomentará el mayor grado posible de autonomía personal y participación en la definición y ejecución de estas políticas.

[...] La ley sancionará el abandono de las personas adultas mayores por parte de sus familiares o las instituciones establecidas para su protección.

Art. 44. El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

Art. 45. Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas.

Art. 46. El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes: 1. Atención a menores de seis años, que garantice su nutrición, salud, educación y cuidado diario en un marco de protección integral de sus derechos. 2. Protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica. Se prohíbe el trabajo de menores de quince años, y se implementarán políticas de erradicación progresiva del trabajo infantil. [...] 3. Atención preferente para la plena integración social de quienes tengan discapacidad. El Estado garantizará su incorporación en el sistema de educación regular y en la sociedad. 4. Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o

de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones. 5. Prevención contra el uso de estupefacientes o psicotrópicos y el consumo de bebidas alcohólicas y otras sustancias nocivas para su salud y desarrollo. 6. Atención prioritaria en caso de desastres, conflictos armados y todo tipo de emergencias. 7. Protección frente a la influencia de programas o mensajes, difundidos a través de cualquier medio, que promuevan la violencia, o la discriminación racial o de género. [...] 8. Protección y asistencia especiales cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad. 9. Protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas.

Art. 47. El Estado garantizará políticas de prevención de las discapacidades y, de manera conjunta con la sociedad y la familia, procurará la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad y su integración social.

[...]

Art. 49. Las personas y las familias que cuiden a personas con discapacidad que requieran atención permanente serán cubiertas por la Seguridad Social y recibirán capacitación periódica para mejorar la calidad de la atención.

Art. 66. Se reconoce y garantizará a las personas:

[...]

10. El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener.

Art. 67. Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.

Art. 68. La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo.

Art. 69. Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia: 1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo. 2. Se reconoce el patrimonio familiar inembargable en la cuantía y con las condiciones y limitaciones que establezca la ley. Se garantizará

el derecho de testar y de heredar. 3. El Estado garantizará la igualdad de derechos en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal y de la sociedad de bienes. 4. El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa. 5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos. 6. Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción. 7. No se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento, y ningún documento de identidad hará referencia a ella.

Art. 70. El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres, a través del mecanismo especializado de acuerdo con la ley, e incorporará el enfoque de género en planes y programas, y brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público.

Art. 81. La ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección. [...]

Art. 83. Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:

[...]

16. Asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesiten.<sup>26</sup>

A partir de lo expuesto resumimos que el modelo público de familia constitucionalizado en Latinoamérica es expansivo y tiene los siguientes rasgos principales: ruptura con la concepción del matrimonio como único acto constitutivo de la familia; enunciación de la trascendencia social de la familia; protección a los diversos tipos de familia; igualdad de filiación; énfasis en la obligación de los padres en el cuidado y educación de los hijos; reconocimiento del menor como sujeto de derechos; protección del Estado a la familia, el matrimonio, la maternidad y la infancia, al tiempo que se establecen políticas públicas y programas al respecto; responsabilidad del Estado y la familia en la protección del anciano y las personas con capacidades diferentes, con lo cual se delinea una noción de familia extensa; inclusión de otros contenidos de la institución familiar (divorcio, adopción, patrimonio familiar,

---

26 Constitución de Ecuador, Biblioteca Miguel Cervantes, Constituciones Hispanoamericanas, en [http://www.cervantesvirtual.com/portales/constituciones\\_hispanoamericanas/obra-visor-din/constitucion-politica-de-la-republica-de-el-salvador-de-1883/html/](http://www.cervantesvirtual.com/portales/constituciones_hispanoamericanas/obra-visor-din/constitucion-politica-de-la-republica-de-el-salvador-de-1883/html/), fecha de consulta 12 de junio de 2015.

sucesión); reconocimiento de derechos a la familia como grupo (igualdad de los cónyuges, contraer matrimonio, fundar familia, igualdad de sus miembros, intimidad, inviolabilidad del domicilio, vivienda, honor, decidir sobre la reproducción y número de hijos).

#### 4. LA FAMILIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La normativización constitucional de la familia hay que analizarla en paralelo a la multiplicación y especificación acontecida en el derecho internacional de los derechos humanos, y la progresividad de la jurisprudencia originada por los órganos de justicia supranacionales.

El núcleo rector de la normatividad internacional de los derechos humanos se integra por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966 con sus dos protocolos facultativos (el segundo de 1989 destinado a la abolición de la pena de muerte); y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966 y su protocolo facultativo. Estos documentos implementaron enunciados básicos sobre la institución en forma de derechos y mandatos al Estado.

La Declaración Universal consagró el derecho al matrimonio y a fundar una familia en condiciones de igualdad, y estipuló el respeto a la vida privada y familiar. Definió a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.<sup>27</sup>

El PIDCP retomó los anteriores pronunciamientos, incorporó la obligación del Estado, la sociedad y la familia en la protección al menor, y refrendó el derecho de estos a ser inscritos y adquirir una nacionalidad.

El PIDESC reguló la protección de Estado a la maternidad mediante el otorgamiento de licencia con remuneración o con prestaciones de seguridad social. Reiteró la protección a los niños y adolescentes, la igualdad de filiación, y la protección contra la explotación económica y social de los menores.

En 1964 entró en vigor la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, y en 1965 la Recomendación sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios. Estos documentos plantearon que es “conveniente propiciar el fortalecimiento del núcleo familiar por ser la célula fundamental de toda sociedad”, y ratifican que “no podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos

27 Declaración Universal de Derechos Humanos, Office of the High Commissioner for Human Rights, en <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/UDHRIndex.aspx>, fecha de consulta 23 de abril de 2015.

contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio, y testigos”.<sup>28</sup>

En 1959 se había aprobado la Declaración de los Derechos del Niño, que identificó a los menores como grupo humano que requiere de especial protección para su adecuado desarrollo físico, mental y social. Les reconoció los derechos de igualdad, nombre y nacionalidad; alimentación, vivienda, atención médica, educación, tratamiento diferenciado y de calidad en caso de discapacidad; recreación, cuidado y amor de sus padres, y ser criados con comprensión, tolerancia y solidaridad. Este documento fue ampliado por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, que identificó en la familia al “grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños”.<sup>29</sup> A los derechos mencionados incorporó los siguientes: no ser separado de sus padres; reunirse con su familia; ser escuchado en asuntos de su interés; salud; rehabilitación; seguridad social; nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social; descanso y esparcimiento; participar en la vida cultural y artística; libertad de expresión; pensamiento; conciencia y religión. Planteó, además, la obligación del Estado de combatir la explotación laboral, la trata, el abuso sexual, los tratos crueles y la privación ilegal de la libertad. Estableció también que los poderes públicos debían cuidar en todo momento el interés superior del niño.

En 1979 se promulgó el Convenio sobre la edad mínima, en 1999 el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, en el 2000 el Protocolo facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y el Protocolo facultativo de la Convención relativo a la participación de niños en los conflictos armados.

En el 2006 se firmó la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, que estableció la obligación del Estado de “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”. En ese cometido involucró a la familia como “unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad [...] que puede contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones”. La Convención estableció principios para el tratamiento de las personas con discapacidad y compele a los Estados a que adopten políticas para su atención diferenciada e incorporación en la vida social.<sup>30</sup> El texto se complementó

28 Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, Office of the High Commissioner for Human Rights, en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/MinimumAgeForMarriage.aspx>, fecha de consulta 23 de abril de 2015.

29 Convención de los derechos del Niño, Office of the High Commissioner for Human Rights, en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>, fecha de consulta 23 de abril de 2015.

30 Convenio de los derechos de las Personas con Discapacidad, Office of the High Commissioner for Human Rights, en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OptionalProtocolRights-PersonsWithDisabilities.aspx>, fecha de consulta 23 de abril de 2015.

con el Protocolo de la Convención facultativo sobre los derechos de las personas con discapacidad. Con anterioridad se habían promulgado la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental (1971), la Declaración de los Derechos de los Impedidos (1975), La protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental (1991), y las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad (1994).

## 5. LA FAMILIA EN EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

En ámbito europeo existen tres documentos básicos sobre derechos humanos: el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, complementado por los Protocolos adicionales números 4, 6, 7, 11, 12, 13 y 14; la Carta Social Europea de 1961; y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000.

El Convenio de Derechos Humanos consagró en el artículo 8 el derecho a la vida privada y familiar, y en el artículo 12 el derecho al matrimonio y la familia: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.<sup>31</sup>

La Carta de Derechos ratificó el derecho a la vida privada y familiar, pero en el artículo 9 matizó el derecho al matrimonio y la familia al señalar: “Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”.<sup>32</sup> De esta manera, se otorgó arbitrio para que los Estados pudieran regular las relaciones de parejas homosexuales o en las que una de las partes fuera transexual.

Sobre esta normativa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea han desplegado una prolija jurisprudencia<sup>33</sup> que

31 Convenio Europeo de Derechos Humanos, en [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf), fecha de consulta 23 de abril de 2015.

32 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Fundación Acción Pro derechos Humanos, DerechosHumanos.net, en <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/CDFUE/CartaDerechosFundamentalesUnionEuropea-v2007.htm>, fecha de consulta 11 de marzo de 2015.

33 Pueden citarse como sentencias referentes las siguientes: sobre el concepto de familia: Marckx c. Bélgica (13 de junio de 1979), Elsholz contra Alemania (13 de julio de 2000), Kutzner c. Alemania (26 de febrero de 2002); sobre el interés superior del menor y su integración a la vida familiar: Hokkanen c. Finlandia (23 de septiembre de 1994), T. P. y K. M. c. Reino Unido (10 de mayo de 2001); sobre el respeto a la vida familiar: I. c. Reino Unido (11 de julio de 2002); sobre el matrimonio de personas transexuales: F. c. Suiza (18 diciembre de 1987), B. y L. c. Reino Unido (13 de septiembre de 2005); sobre las condiciones para contraer matrimonio: Johnston y otros c. Irlanda (18 de diciembre de 1986); sobre el divorcio: caso Tadao Maruko (de 1 de abril de 2008); sobre el matrimonio y las relaciones análogas: Wessels-Bergervoet c. Países Bajos (4 de junio de 2002), Willis c. Reino Unido (11 de junio de 2002), Ünal Tekeli c. Turquía (16 de noviembre de 2004), caso García Avelló (2 de octubre de 2003); sobre la igualdad de los cónyuges: Rasmussen c. Dinamarca (28 de noviembre de 1984), Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal (21 de diciembre de 1999), Palau-Martínez c. Francia (16 de diciembre de 2003); sobre la igualdad de derechos entre los padres: Mazurek c. Francia (1 de febrero de 2000), Tysiac c. Polonia (20 de marzo de 2007), Evans c. Reino Unido (7 de marzo de 2006), Dickson c. Reino Unido (4 de diciembre de 2007); sobre el derecho a

ha compulsado a la adecuación y el acercamiento de las legislaciones nacionales. En ese trayecto se ha rediseñado el contorno de la institución familiar, produciéndose lo que se ha denominado como europeización del Derecho de familia.<sup>34</sup>

La actuación jurisdiccional supranacional ha sido fecunda en temas como el matrimonio, la familia, la adopción, el menor, la reunificación familiar y la procreación. Pueden destacarse como principios sobre los que se ha constituido el derecho europeo de familia los siguientes: mutación del concepto de matrimonio; transformación de la noción de familia; integración del menor a la familia desde el momento de su nacimiento; primacía del interés superior del menor en todos los supuestos en los que esté involucrado; el parentesco comprende las relaciones paterno-filiales matrimoniales o extramatrimoniales; el círculo de las relaciones familiares incluye la relación entre abuelos y nietos, y entre tíos y sobrinos; los Estados están obligado a adoptar medidas para propiciar la reunificación de los progenitores con sus descendientes y el derecho al matrimonio de los transexuales. La regulación del divorcio queda a merced de cada país; se avala que las legislaciones dispensen un trato diferenciado a las parejas constituidas formalmente en matrimonio de las que sostienen una unión de hecho, sin que ello genere una discriminación; igualdad de los padres respecto a los hijos, lo que imposibilita cualquier trato diferenciado; prohibición de discriminación entre los hijos; la interrupción del embarazo queda a tenor de las legislaciones nacionales, teniendo en cuenta un grupo de premisas; se avalan los tratamientos de fertilización *in vitro* sobre la base del consentimiento de los padres; se asegura el interés de la persona que busca el esclarecimiento de la paternidad; la educación de los hijos se guía por los programas concebidos por el Estado.

De estos principios merecen resaltarse tres que mutan sustancialmente los rasgos constitucionales de la familia mencionados *ut supra*. En primer término, el cambio de concepción respecto a que el matrimonio es la única forma de fundar familia, aceptándose a la familia de hecho originada por la unión libre o unión de convivencia. En segundo lugar, la dilatación del concepto de familia al reconocerse otras tipologías (familia monoparental, familia recompuesta) y apreciarse de manera fáctica lo que constituye el vínculo familiar (se han tenido en cuenta

---

procrear: E. B. c. Francia (22 de enero de 2008), Olsson c. Suecia (24 de marzo de 1988); sobre las relaciones paterno-filiales: Iglesias Gil y A. U. I. c. España (29 de abril de 2003), Sabou y Pircalab c. Rumania (28 de septiembre de 2004); sobre el derecho de visita y reagrupación familiar: Gaskin c. Reino Unido (7 de julio de 1989), Odièvre c. Francia (13 de febrero de 2003), Mikulic c. Croacia (7 de febrero de 2002); sobre la investigación de la paternidad y el conocimiento de informaciones sobre la infancia y los orígenes familiares: Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca (7 de diciembre de 1976); sobre la educación de los hijos: Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido (28 de mayo de 1985), Sen c. Países Bajos (21 de diciembre de 2001), caso Metock y otros (25 de julio de 2008). Véase Luis Javier MIERES MIERES, Miguel Ángel PRESNO LINERA y Daniel Sarmiento RAMÍREZ ESCUDERO, Sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia, Madrid, Thomson-Civitas, 2007. Miguel PRESNO LINERA, "El Derecho Europeo de Familia", en Cuadernos Aranzandi del Tribunal Constitucional (22) (2008), Pamplona, Aranzandi.

34 Véase Miguel Ángel PRESNO LINERA, "El Derecho Europeo de Familia", *op. cit.* Jörg GEERLINGS, "Matrimonio y familia en el ordenamiento jurídico Europeo", en *Revista de Derecho Político* (68) (2007), pp. 317-335. Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, "Derecho de Familia en la Unión Europea", en *Anuario de Derecho Civil* 44 (1) (2011), pp. 291-296.

variables como el parentesco, la efectividad de la relación interpersonal, la convivencia con apariencia de familia, etc.). En tercer orden, la dilución de la noción de matrimonio heterosexual al legitimarse a la persona transexual el derecho a casarse con persona del sexo opuesto a su sexo psicosocial (aunque del mismo sexo cromosómico). Este cambio de paradigma (reforzado por los adelantos de la ciencia médica que posibilitan en la actualidad la reasignación quirúrgica de sexo) patentiza la aceptación de la idea de que el sexo no puede ser determinado por criterios puramente biológicos. Ello coloca en la palestra la situación de la relación homosexual que ha sido reconocida en muchas legislaciones europeas como matrimonio (Bélgica, España, Eslovenia, Dinamarca, Finlandia, Francia, Holanda, Islandia, Irlanda, Luxemburgo, Noruega, Reino Unido, Portugal, Suecia) o relación de hecho, pero sobre la cual no existe aún una posición unánime:

[Estos aspectos] ha[n] supuesto el abandono de un concepto tradicional de “familia”, construido a partir del matrimonio y de unos derechos y obligaciones basados en la unión conyugal, en aras a un concepto moderno de “vida familiar” que “no se circunscribe únicamente a las relaciones basadas en el matrimonio y puede incluir otras relaciones familiares fácticas en las que las personas conviven fuera del matrimonio”.<sup>35</sup>

## 6. LA FAMILIA EN EL *IUS COGENS* LATINOAMERICANO

En el entorno de América Latina, los documentos fundamentales sobre derechos humanos son la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre” de 1948, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica). En 1988 se adoptó el Protocolo Adicional a la convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

La Declaración Americana de Derechos, en el artículo 5, reconoció el derecho a la vida privada y familiar, en el artículo 7 el derecho a la protección de la mujer ingrávida y el menor, y en el artículo 6 el derecho a la familia: “Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”.<sup>36</sup>

La Convención Americana de Derechos, en el artículo 17, destaca la importancia social de la familia, reconoce el derecho al matrimonio y a crear familia, la igualdad de los cónyuges y la igualdad de filiación. En otros preceptos refrenda el derecho del menor a ser protegido por el Estado y la familia y el derecho a la identidad mediante la asignación de nombre propio.

Con posterioridad a la emisión de la Convención Americana se promulgaron otros textos en forma de convenciones, protocolos, declaraciones, etc., que ampliaron la

35 Miguel Ángel PRESNO LINERA, *El Derecho Europeo de Familia*, op. cit., p. 61.

36 Declaración Americana de Derechos Humanos, sitio de la Organización de Estados Americanos, en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>, fecha de consulta 11 de marzo de 2015.

protección de los derechos humanos en temas específicos. Con relación a la familia vale la pena citar la Convención Interamericana sobre la restitución internacional de menores de 1989, la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores de 1984, la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores de 1994, y la Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias de 1989. Este *corpus iuris* insistió en la obligación del Estado de proteger a los menores, la defensa de sus derechos fundamentales y la procura de su interés superior. Se pronuncian también sobre la restitución a su familia de origen en caso de traslado ilegal al territorio de otro Estado; establece pautas para la adopción, y ratifica el derecho de los menores a recibir cuidado y alimentos sin distinción de nacionalidad, raza, sexo, religión, filiación, origen o situación migratoria, o cualquier otra forma de discriminación.

De interés resulta también la Resolución sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en sesión plenaria del 8 de junio del 2010. Esta norma condena la violación de derechos humanos por causa de orientación sexual e identidad de género.

A diferencia de la actividad jurisdiccional supranacional europea que ha incidido con su exegesis en conformar un *ius commune* familiar, la actividad judicial regional de Latinoamérica ha sido más limitada, y dista de haber impactado en la homogeneización de las legislaciones nacionales.

Cuando se revisa la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hasta el 2015 sobre contenciosos, se detectan 37 sentencias que invocan el artículo 17 de protección a la familia y 26 relacionadas con el artículo 19 sobre derechos del niño. La mayoría de los casos tuvieron que ver con la afectación a la institución familiar y los derechos de los menores por causa de la desaparición forzada, masacre, detención arbitraria, tortura, violación al debido proceso de ciudadanos, lesiones, muerte de niños y niñas, y la imposición de prisión y reclusión perpetua a menores de 18 años.<sup>37</sup>

Merecen comentarse, en particular, tres sentencias por la riqueza de su *ratio decidendi* en relación con el conflicto familiar que ventila, y los demás pronunciamientos que establece *obiter dicta*.<sup>38</sup>

En el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* de 2012, la CIDH consideró que las técnicas de fertilización *in vitro* son una opción válida como forma de reproducción, y su escogencia por una pareja heterosexual es parte del contenido del

37 La mayoría de estos casos ocurridos en zonas de conflictos armados como Guatemala, El Salvador, Colombia y Paraguay, o provocados por la actuación ilegal del ejército en época de las dictaduras militares.

38 Véase también sobre la jurisprudencia de la CIDH: Fernando SILVA GARCÍA. *Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos. Criterios esenciales*. México, Poder Judicial de la Federación-Consejo de la Judicatura, 2011.

derecho a la vida privada y familiar, y de la autonomía de la mujer para decidir sobre el número de hijos que quiere tener.<sup>39</sup>

En el litigio *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* de 2012, los argumentos fueron más enjundiosos porque incidieron sobre el concepto de familia, el interés superior del niño, la no discriminación por motivos sexuales y la no reducción de la mujer a un rol doméstico. En la sentencia, la CIDH declaró que no existe un modelo único de familia y que, por tanto, resulta una visión limitada de la Corte Suprema de Chile, hablar de *familia estructurada normalmente* para referirse a la familia nuclear y *familia excepcional* para señalar a la familia originada por una relación homosexual. En ese punto, ratificó que es parte de la libertad individual y el derecho a la vida privada y familiar escoger un determinado comportamiento sexual, por lo que es condenable la discriminación por ese motivo. Agregó que una diferente orientación sexual no puede considerarse como un daño válido a los efectos de prejuzgar el interés superior del niño. Señaló, asimismo, que el interés superior del niño se debe evaluar en el caso de guarda y cuidado “a partir de comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del menor, y por los daños y riesgos reales y no especulativos o imaginarios; por lo que no debe amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual”. Consideró también que constituye un acto discriminatorio y de vulneración a la libertad exigirle a la mujer que condicione su comportamiento al rol social de ama de casa y cuidadora de sus hijos, renunciando a su vida privada.<sup>40</sup>

En el contencioso *Fornerón e Hija vs. Argentina* del 2010, los considerandos son igualmente sustanciosos respecto al interés superior del niño, el derecho a la identidad del menor y el concepto de familia. La sentencia ratifica que el interés superior del niño debe ser tomado en cuenta en todo momento, y en función de ello el menor debe convivir con su familia de origen, a no ser que existan razones determinantes y objetivas que aconsejen lo contrario. Consideró que la decisión de la madre de no considerarse en condiciones de asumir su rol materno, no es razón para negar también la paternidad. Ratificó que no existe un concepto cerrado de familia y que la ausencia de familia nuclear no es razón para privar al padre del ejercicio de sus funciones. Ello “constituye la denegación de un derecho basado en estereotipos sobre la capacidad, cualidades o atributos para ejercer la paternidad de manera individual”. Definió la trascendencia del derecho a la identidad personal del menor, el que conceptualizó como: “el conjunto de atributos y características

39 La controversia se suscitó por la declaración de inconstitucionalidad de la Corte Constitucional de la Corte Suprema en marzo del 2000, del Decreto Ejecutivo 24029-S/1995 del Ministerio de Salud, que autorizaba la utilización de las técnicas de fertilización *in vitro* en parejas conyugales, bajo el alegato de violación del derecho a la vida. Véase Expediente del caso *Artavia Murillo (FIV)* y otros *vs. Costa Rica*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Jurisprudencia, en [www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia](http://www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia), fecha de consulta 14 de julio de 2015.

40 La demanda se presentó ante la CIDH por la decisión de la Suprema Corte de Chile de marzo del 2004, de entregar la tutela de las tres niñas al padre bajo el alegato de que la madre, de quien se había separado y que tenía la custodia de las menores, se había declarado lesbiana y entablado una relación con otra persona del mismo sexo. Véase Expediente del caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Jurisprudencia, en [www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia](http://www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia), fecha de consulta 14 de julio de 2015.

que permiten la individualización de la persona en sociedad, sustentados en una experiencia histórica y biológica y en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social”.<sup>41</sup>

## 7. CONCLUSIONES

1. En el *iter* del Derecho constitucional se aprecian diferentes momentos en relación con los contenidos regulados por las constituciones y la concepción que se construyó de esta en cada etapa. Puede distinguirse una noción racional normativa de Constitución asociada a su surgimiento; una percepción abierta, axiológica y material definida en el constitucionalismo de posguerra; y una concepción cultural, invasiva e instrumental edificada con las últimas tendencias del neoconstitucionalismo europeo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano.
2. Aunque la Constitución de la República de Weimar de 1919 fue la primera en incorporar una norma que reconoció la importancia de la familia, no fue hasta la segunda mitad del siglo XX que se regularizó la constitucionalización de la familia (definición del matrimonio, la familia, la filiación, los hijos, los derechos de la familia y el menor). A partir de entonces puede hablarse de una modelación de la familia desde el derecho público, tema controvertible que hay que apreciar dentro del proceso de invasión de la Constitución que se ha desarrollado contemporáneamente por el Estado constitucional.
3. Más allá del debate doctrinario entre iusprivatistas y iuspublicistas sobre la legitimidad de que la Constitución invada espacios de las relaciones entre particulares erigidos sobre la autonomía de la voluntad, la regulación de la familia por el Derecho constitucional se justifica por la importancia de la institución para la continuidad de la especie humana, la reproducción de la sociedad y la formación generacional. Al refrendar un prototipo de familia, el Derecho ejerce control sobre la institución.
4. La ordenación constitucional de la familia se realiza en cuatro dimensiones fundamentales: definiéndola y estableciendo un determinado modelo de familia, estableciendo principios de su organización, regulando sus derechos, y describiendo la protección que le brinda el Estado.
5. El estudio comparado de las constituciones de Europa y América Latina expone la existencia de tres modelos de constitucionalización de la familia: el omiso,

---

41 El proceso se originó por la demanda interpuesta por Leonardo Javier Fornerón ante la decisión del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos de 2005, de ratificar el fallo del juez de Primera Instancia que reconoció la adopción de la niña M por el matrimonio B-Z, en detrimento de Fornerón que era su padre biológico. La cuestión se inició cuando Diana Domínguez, madre de la menor, entregó la guarda provisoria con fines de adopción al matrimonio B-Z, sin el conocimiento de Fornerón, a quien le había ocultado el embarazo y nacimiento de la niña. Fornerón, al enterarse del nacimiento de M, procedió a reconocerla legalmente y se sometió a prueba de paternidad que confirmó su condición de progenitor. Véase Ficha técnica: Forneron e Hija vs. Argentina, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Jurisprudencia, en [www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia](http://www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia), fecha de consulta 14 de julio de 2015.

- el minimalista y el expansivo. Cotejando ambos contextos se observa que el constitucionalismo latinoamericano tiende al tratamiento expansivo de la institución a partir de que la mayoría de las constituciones regulan a la familia, algunos textos en capítulos independientes y con una extensa normatividad. Aportan además novedades con respecto a la regulación constitucional que realizan los países europeos.
6. El tema no puede analizarse al margen de las normas del derecho internacional de los derechos humanos que protegen el derecho al matrimonio, a fundar una familia, a la vida privada y familiar y los derechos de los niños y las niñas. Tampoco se pueden desconocer las sentencias de los tribunales supranacionales de Europa y América Latina en los contenciosos en los que se han invocado estos derechos. Una valoración comparativa de ambas regiones expone que la jurisprudencia europea ha sido prolija y fértil, lo que ha condicionado que se perfile un derecho europeo de familia en el que se delinearán principios que gravitan sobre las legislaciones nacionales, compeliéndolas a cierta uniformidad.
  7. La familia es una entidad sociológica acotada por el derecho. Este carácter dicotómico como realidad extrajurídica pero definida legalmente ha sido apreciado en la doctrina,<sup>42</sup> confinándose así la noción de la familia como sociedad natural. En tanto producto cultural, la familia se ha transformado y ha recibido la impronta de los cambios acaecidos en torno a la sexualidad, la reproducción o la sacralidad del matrimonio. Pueden mencionarse entre otros los siguientes comportamientos que han socavado la idea de matrimonio y familia forjados en el siglo XIX: superación de la relación vincular matrimonio-familia, eclipse de la finalidad reproductiva del matrimonio, desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, liberalización del divorcio, reconocimiento legal de la relación entre personas de un mismo sexo, cambios en los roles de los miembros de la familia, extinción del poder patriarcal y del rol femenino de madre-cuidadora, aceptación del menor como sujeto de derechos, etc.
  8. Ante la realidad descrita, el Derecho de familia se ha visto obligado a mutar conceptos y remodelar instituciones, no sin debate y oposición de quienes ponderan el modelo de familia decimonónico predominante también durante buena parte del siglo XX. En este tema, a diferencia de otros, el Derecho constitucional ha actuado más cautelosamente aunque, como hemos expuesto, el constitucionalismo latinoamericano ha sido más abarcador y rupturista.
  9. En esa tesitura, las reformas en torno a la familia y sus instituciones en los ámbitos geográficos que estudiamos se han instigado totalmente a través de una doble dinámica. Desde arriba o desde afuera, a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Desde el interior, a través de las sentencias de las salas

---

42 Véase, entre otros, Luis María DIEZ-PICAZO, *Familia y Derecho*, Madrid, Civitas, 1984. José Alejandro MACHADO-JIMÉNEZ, "La transformación del concepto constitucional de familia. Alcances de una problemática teórica", en *Dikaion*, 23 (1) (2014), pp. 93-133. Olga MESA CASTILLO, "Acerca del principio constitucional de la familia como núcleo esencial", en *Revista Cubana de Derecho* (30) (2007), pp. 24-37.

constitucionales o cortes constitucionales. De esa manera, hoy se constata el fenómeno de una determinada modelación de la familia desde la Constitución, que es complementada y, en ocasiones, rectificada por el órgano de control constitucional nacional o el tribunal de derechos humanos regional.

## BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2001.
- BERNAL PULIDO, Carlos, "Refutación y defensa del neoconstitucionalismo", en CARBONELL, Miguel, ed., *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2007.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, "Repercusiones de la Constitución en el Derecho Privado", en *Revista de Derecho Privado* (237) (1933), pp. 189 y ss.
- COMANDUCCI, Paolo, "Formas de (neo)constitucionalismo: un reconocimiento meta-teórico", en *Isonomía* (16) (2002), pp. 89 y ss.
- CORVERA, Francisco Javier, "El constitucionalismo de entreguerras: la racionalización del poder y sus límites", en *Estudios de Derecho Público en homenaje a Juan José Ruis Rico* (1997), Madrid, Tecnos, pp. 55-79.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, "El derecho Civil y la Constitución", en *Revista de Derecho Privado*, Año XXII (257) (1935), pp. 33-48.
- DIEZ-PICAZO, Luis María, *Familia y Derecho*, Madrid, Civitas, 1984.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Madrid, Ariel, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi, "Sobre los derechos fundamentales", en CARBONELL, Miguel, ed., *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi, "Sobre los derechos fundamentales", en CARBONELL, Miguel, ed., *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid: Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2007.
- FLORES VALDÉS, Joaquín Arce, *El Derecho Civil Constitucional*, Madrid, Civitas, 1986.
- GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial, 1988.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Alianza Universal Textos, 1984.
- GEERLINGS, Jörg, "Matrimonio y familia en el ordenamiento jurídico Europeo", en *Revista de Derecho Político* (68) (2007), pp. 317-335.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, "Derecho de Familia en la Unión Europea", en *Anuario de Derecho Civil* LXIV-I (2011), pp. 291-296.

- GUASTINI, Ricardo, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico", en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, Instituto de investigaciones jurídicas-UNAM, 2009.
- GUASTINI, Ricardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, Instituto de investigaciones Jurídicas-UNAM, 2010.
- HÄBERLE, Peter, "Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas", en *ReDCE* 13 (7) (2010), pp. 379-411.
- HÄBERLE, Peter, *Retos del Estado constitucional*, México, Trotta, Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM, Serie Doctrina Jurídica (47), 2001.
- HESSE, Konrad, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Madrid, Civitas, 1995.
- KELSEN, Hans, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Losada, 1946.
- MACHADO-JIMÉNEZ, José Alejandro, "La transformación del concepto constitucional de familia. Alcances de una problemática teórica", en *Dikaion* 23 (2) (2014), Colombia, pp. 93-133.
- MESA CASTILLO, Olga, "Acercas del principio constitucional de la familia como núcleo esencial", en *Revista Cubana de Derecho* (30) (2007), Unión Nacional de Juristas de Cuba, pp. 24-37.
- MIERES MIERES, Luis Javier, PRESNO LINERA, Miguel Ángel y RAMÍREZ ESCUDERO, Daniel, *Sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*, Thomson-Civitas, 2007.
- MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris, *Modernas tendencias del Derecho Constitucional*, Madrid, Reus, 1934.
- MORESO, Juan José, "Conflictos entre principios constitucionales", en Miguel CARBONELL, ed., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2009.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Derecho Civil Constitucional*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2011.
- PÉREZ SERRANO, Nicolás, *Tratado de Derecho Político*, 2 ed., Madrid, Civitas, 1984.
- PERLINGIERI, Pietro, "Por un derecho civil constitucional español", en *Anuario de Derecho Civil* 36 (1) (1983), pp. 1-16.
- POZZOLO, Susanna, "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del derecho* 21 (2) (1998), pp. 339-354.
- POZZOLO, Susanna, "Un constitucionalismo ambiguo", en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, Instituto de investigaciones jurídicas-UNAM, 2009.
- PRESNO LINERA, Miguel, "El Derecho Europeo de Familia", en *Cuadernos Aranzandi del Tribunal Constitucional* (22) (2008), Pamplona, Aranzandi, S.A.

- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2009.
- RUIZ VADILLO, Enrique, “La Constitución española y el Derecho Civil”, en *Revista de Derecho Privado* 43 (1974), pp. 233-255.
- VALLES BARBER, Carcamo Ronces, “La Constitución y el Derecho Civil”, en *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja* (2) (2004), pp. 40-52.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, “La protección constitucional de la familia”, en *Foro* (5) (2006), UASB- Ecuador, CEN-Quito, pp. 127-162.
- VILLABELLA ARMENGOL, Carlos y PÉREZ GALLARDO, Leonardo Y., *Derecho Civil Constitucional*, México, Grupo Editorial Mariel, 2014.
- VILLABELLA ARMENGOL, Carlos, *El nuevo constitucionalismo Latinoamericano. ¿Un nuevo paradigma?*, México, Grupo Editorial Mariel-Juan Pablo Editores, 2004.
- WOLFGANG BOCKENFÖRDE, Ernst, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. Juan REQUEJO PAGÉS e Ignacio VILLAVARDE MENÉNDEZ, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- YANIRA ZUÑIGA, Susan Turner, “Sistematización comparativa de la regulación de la familia en las constituciones latinoamericanas”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 20 (2) (2013), pp. 269-301.