

Derecho de familia y procesos constitucionales: apuntes teóricos y análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia

BEATRIZ MAY LING RAMÍREZ HUAROTO*

Resumen

En el marco del proceso de constitucionalización del derecho de familia se ha puesto en evidencia la necesidad de protección de derechos fundamentales en las relaciones familiares. Como producto de ello, el Tribunal Constitucional del Perú se ha pronunciado sobre ello en procesos de hábeas corpus y amparo, aunque los temas de derecho de familia tienen, *prima facie*, una vía ordinaria. El trabajo revisa casos declarados fundados y publicados desde la entrada en vigor del Código Procesal Constitucional en diciembre de 2004 hasta diciembre de 2018 y analiza los supuestos de derecho familiar que han llegado hasta el máximo órgano de control constitucional peruano durante el periodo de 14 años.

Palabras clave: Procesos constitucionales. Tribunal Constitucional. Derecho de familia.

Sumilla

Introducción

1. Los derechos fundamentales en el campo del derecho de familia
2. Eficacia horizontal de los derechos fundamentales y procedencia de los procesos constitucionales en el derecho de familia
 - 2.1. Derechos fundamentales y su eficacia horizontal
 - 2.2. Excepcionalidad del amparo por subsidiariedad y procedencia del hábeas corpus
 - 2.3. Casos de amparo y hábeas corpus contra particulares resueltos por el Tribunal Constitucional en el campo del derecho de familia
3. Procesos constitucionales contra resoluciones judiciales en el campo del derecho familiar
 - 3.1. El control constitucional de decisiones judiciales
 - 3.2. Regulación del amparo y hábeas corpus contra resoluciones judiciales
 - 3.3. Casos de amparo y hábeas corpus contra resoluciones judiciales resueltos por el Tribunal Constitucional en el campo del derecho de familia
4. Procesos constitucionales contra decisiones de entidades públicas en temas de derecho familiar
 - 4.1. Eficacia vertical de los derechos fundamentales: mirada general y regulación nacional
 - 4.2. Casos de amparo y hábeas corpus contra decisiones públicas resueltos por el Tribunal Constitucional en el campo del derecho de familia
5. A modo de conclusión

Referencias

* Abogada, magíster en Derecho Constitucional y doctoranda en Derecho por la PUCP, con estudios intensivos de posgrado en Derecho de Familia por la Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: bramirez@pucp.pe

Introducción

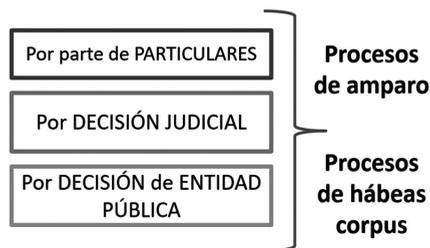
La investigación, centrada en el análisis de la procedencia de los procesos constitucionales de amparo y hábeas corpus en el campo del derecho de familia, se estructura respecto de la siguiente interrogante: si las vulneraciones de derechos fundamentales en el derecho de familia se resuelven en el marco de la jurisdicción ordinaria, incluso en el marco de procesos especiales, ¿en qué casos se ha legitimado la intervención de la jurisdicción constitucional para la protección de los derechos vigentes en las relaciones familiares?

Para ello se priorizan tres vertientes de análisis. La primera es la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el marco de las relaciones familiares poniendo el acento en que esto no necesariamente tiene como correlato que sea la justicia constitucional la llamada en primer lugar a atender las vulneraciones en este ámbito. Se analizan las demandas declaradas fundadas por el Tribunal Constitucional en este campo.

La segunda línea de análisis es la procedencia de los procesos constitucionales de amparo y hábeas corpus respecto de sentencias en derecho familiar emitidas por la jurisdicción ordinaria. En estos casos, el trabajo analiza qué violaciones de derechos a través de decisiones judiciales se han declarado fundadas ante el máximo órgano de la justicia constitucional.

La tercera y última línea se centra en el análisis de aspectos de derecho de familia conocidos por el Tribunal Constitucional a partir de la violación de derechos por parte de entidades públicas. También en estos casos, el trabajo analiza qué violaciones de derechos se han declarado fundadas.

Gráfico 1. Procesos constitucionales y vulneraciones de derechos analizadas



Todas las sentencias analizadas han sido obtenidas de la búsqueda avanzada del material publicado en la página web del Tribunal; se trata de sentencias, no resoluciones, declaradas fundadas y emitidas desde la vigencia del nuevo Código Procesal Constitucional en diciembre de 2004 hasta diciembre de 2018 en derechos relacionados a las relaciones familiares.

1. Los derechos fundamentales en el campo del derecho de familia

El cambio del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derecho, con la consiguiente transformación de la relación entre el derecho privado y el derecho constitucional, ha tenido profundas repercusiones en el derecho de familia.

El proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico hunde sus raíces en el pase del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derecho (Zagrebelsky, 2011, pp. 33-41). El punto de quiebre fue la Segunda Guerra Mundial que marcó el pase en el derecho europeo —y posteriormente latinoamericano— de Constituciones entendidas solamente como normas políticas a constituciones rígidas, acompañadas del control constitucional de las leyes (Ferrajoli, 2001, p. 31).

El Estado legal de derecho se afianzó de la mano del principio de legalidad como principio de validez jurídica, independientemente de su contenido material, que suponía que las normas hayan sido emitidas por una autoridad dotada debidamente con la competencia para ello. La autoridad de la fuente de producción era el centro de la validez, la forma de los actos normativos era el centro del paradigma jurídico del Estado legal de derecho (Zagrebelsky, 2011, pp. 22-27; Ferrajoli, 2001, pp. 34).

Por el contrario, en el Estado constitucional de derecho el cambio de paradigma se da por medio de la subordinación del principio de legalidad a «constituciones rígidas, jerárquicamente supra ordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez» (Ferrajoli, 2001, p. 34). Con ello cambian las condiciones de validez de las normas, que ya no solo son dependientes de su forma de producción, sino de su coherencia con los principios de la Constitución (Zagrebelsky, 2011, pp. 34; Ferrajoli, 2001, p. 34). Además, la Constitución impone prohibiciones y obligaciones de contenido a la producción legislativa, correlativas a los derechos de libertad y sociales, que deben ser observadas bajo mandato de ser corregidas en caso contrario. Se introduce una dimensión sustantiva a la noción de democracia porque la Constitución supone un límite al poder las mayorías y porque controla el ejercicio del poder para darle sentido (Ferrajoli, 2001, p. 34-35). Esto supone un avance respecto del positivismo formalista porque «el derecho no es ya solo el derecho puesto por la autoridad, sino una creación humana cuyo sentido es el de satisfacer ciertos valores que se plasman en los derechos fundamentales» (Atienza, 2014, p. 14).

Si en el paradigma clásico los derechos fundamentales pertenecían al derecho público, el campo del derecho privado quedaba exclusivamente regulado por el Código Civil de forma que el ordenamiento se presentaba dividido en dos campos: el de las personas frente al Estado y el de las relaciones sociales autorreguladas con base en la autonomía de la voluntad bajo la consideración de que todas las personas

eran iguales. Superado ello, se «ha propiciado un diálogo fluido entre lo público y lo privado, entre las normas constitucionales y las de derecho privado y se ha dado paso a un «derecho privado constitucional» o un «derecho civil constitucionalizado». En ese marco se desarrolla la constitucionalización o también llamada «humanización» del derecho de familia (Gil Domínguez, Fama y Herrera, 2006, pp. 2-3). Han sido las posturas horizontalistas directas respecto de la eficacia de los derechos fundamentales las que han fundamentado su aplicación en el ámbito familiar y han propiciado la renovación de esta rama jurídica (Valpuesta Fernández, 2012, p. 108).

Esto tiene como correlato la redefinición del «concepto constitucional de familia». En el derecho privado tradicional se definió esta como la vinculación entre personas por el parentesco o el matrimonio. No obstante, a la luz de las disposiciones constitucionales e internacionales se requiere una redefinición desde el pluralismo (Gil Domínguez, Fama y Herrera, 2006, pp. 70-71, 73). Así, el concepto constitucional de familia estaría dado actualmente por «la existencia de un vínculo afectivo perdurable que diseña un proyecto biográfico conjunto en los aspectos materiales y afectivos» (Gil Domínguez, Fama y Herrera, 2006, p. 76).

En el paradigma actual del Estado constitucional de derecho, las familias tienen como finalidad facilitar a sus integrantes el ejercicio de sus derechos fundamentales. La familia no es un sujeto colectivo independiente de sus miembros y, por tanto, no es titular de derechos fundamentales: no hay derechos de la familia, sino derechos de las personas en sus relaciones familiares (Gil Domínguez, Fama y Herrera, 2006, pp. 76-77); el derecho de familia no puede incidir negativamente en la individualidad de sus integrantes por «exigencia de la institución familiar» (Aguado Renedo, 2012, p. 83). No obstante, la protección de las personas debe tomar en cuenta si están insertas en un grupo familiar pues las familias deben ser el «medio protector de los derechos de los individuos que forman parte de ella» (Roca Trías, 2006, p. 208). En ese sentido, el ámbito de las relaciones familiares debe ser permeado por el discurso de los derechos fundamentales pues allí se reproducen relaciones de desigualdad y existen personas en posiciones vulnerables.

En la esfera familiar concurre tanto la efectividad de los derechos fundamentales como la división privado-público que no debe entenderse como un obstáculo para su eficacia entre las/los integrantes de la familia y la posible reivindicación de estos en la esfera constitucional (Olsen, 1999, pp. 416 y 442). El mandato constitucional de protección de la familia le da a las/los integrantes «un plus respecto de la protección de la que gozan los sujetos individualmente considerados», pero «la singularidad de la propia persona no queda anulada por la pertenencia a una familia», las familias han de «concebirse al servicio de sus componentes, y no a la inversa» (Aguado Renedo, 2012, p. 83).

2. Eficacia horizontal de los derechos fundamentales y procedencia de los procesos de amparo y hábeas corpus en el derecho de familia

2.1. Derechos fundamentales y su eficacia horizontal

Hesse resaltaba que la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, junto con otros factores como la delimitación del derecho constitucional frente al derecho ordinario, así como el control constitucional de las sentencias de la jurisdicción ordinaria, habían tenido grandes implicancias prácticas en la relación entre derecho constitucional y derecho privado (Hesse, 1995, pp. 31-32). El primero de los tópicos se aborda en este apartado.

El debate acerca de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales se inscribe en el marco más amplio de las discusiones acerca de la definición de estos (Julio Estrada, 2000, p. 20). Ante la insuficiencia de la perspectiva liberal de los derechos fundamentales, en Alemania durante la República de Weimar se impulsó un proceso de transformación conceptual en pro de la superación de los límites propios de la concepción de los derechos públicos subjetivos (Julio Estrada, 2000, p. 58). En la Constitución de Bonn se reconoció la doble cualificación de los derechos fundamentales: tanto como derechos subjetivos de libertad como en su dimensión de normas objetivas de principio que tienen valor para todos los ámbitos del derecho. Sobre esa base, a mediados de la década de 1950, se inició una discusión doctrinal intensa sobre los derechos fundamentales (Julio Estrada, 2000, pp. 65-67) y allí se dio el debate sobre la eficacia de los derechos fundamentales ante actores no estatales, a la par que las discusiones sobre el efecto de irradiación de los derechos fundamentales y el deber estatal de protección (Julio Estrada, 2000, p. 72).

La doctrina de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales supera la concepción en la que la Constitución era concebida como el estatuto jurídico del Estado en contraposición, no en complementariedad, con el Código Civil que era tenido como el cuerpo normativo del ámbito de lo privado, el que regulaba un «complejo de relaciones entre seres libres, autónomos e iguales, que contemplaban su normativa como la mejor tutela y amparo de la libertad» (Julio Estrada, 2000, p. 15).

La teoría jurídica clásica de los derechos fundamentales se planteó desde las hipotéticas tensiones entre el individuo y el Estado, entendiendo que era solo el poder estatal el que podía vulnerarlos (De Vega García, 2003, p. 31). No obstante, la realidad ha demostrado la limitación de esa concepción, de forma que se ha abierto el «entendimiento de la dialéctica poder-libertad» frente a las personas privadas, naturales y jurídicas (De Vega García, 2003, p. 32). Los particulares «operando desde posiciones de privilegio y configurándose como auténticos poderes privados, emulan en ocasiones con ventaja al propio poder público en su capacidad erosiva y destructora de la libertad» (De Vega García, 2003, p. 34).

De esta manera, si bien el obligado principal de los derechos fundamentales es el Estado, «dicha vinculación resulta insuficiente para asegurar el disfrute de los bienes iusfundamentalmente consagrados, pues estos pueden resultar menoscabados no solo por el Estado, sino por los titulares del poder económico y social, y aun por los simples particulares»; el Estado no es entonces el único obligado con los derechos fundamentales, sino que estos despliegan sus efectos en las relaciones entre particulares (Julio Estrada, 2000, p. 87). Los derechos tienen, entonces, una eficacia vertical y horizontal (Alvites, 2018, p. 364).

Hesse anotaba la necesidad de que el mandato de la eficacia horizontal de los derechos sea asumido en primera instancia por el Poder Legislativo: por este camino se transformaría el contenido del derecho privado para plasmar en términos concretos los derechos fundamentales que se reconocen a todas las personas (Hesse, 2000, pp. 60-67).

Es cierto que existe una necesidad de mandatos legales de desarrollo porque es imposible que la regulación constitucional agote toda la vida social, pues solo abarca de forma directa los aspectos particularmente más importantes para la sociedad y el Estado» (Landa Arroyo, 2013, p. 66). No obstante, «si la Constitución desea preservar su capacidad para articular las controversias contemporáneas, la tabla de derechos debe surtir efectos también en las relaciones entre particulares» (Ferrerres Comella, 2003, p. 52). Ninguna objeción vinculada a la naturaleza de la Constitución, la asimetría en los riesgos de error por parte del Poder Legislativo, la protección de la seguridad jurídica, y la garantía de la libertad individual, se contraponen con la eficacia directa de los derechos fundamentales frente a los particulares (Ferrerres Comella, 2003).

En este trabajo se sostiene una posición favorable a la eficacia directa de los derechos fundamentales que implica defender «el efecto directamente normativo de algunas disposiciones jurídico-fundamentales como derecho constitucional objetivo vinculante» (Julio Estrada, 2000, pp. 103-104), aunque con la acotación de que no se trata de una eficacia uniforme, sino que se da en consideración de la «diversidad estructural de los derechos fundamentales» (Julio Estrada, 2000, p. 160).

En este sentido, «la eficacia de los derechos y libertades frente a terceros tiene naturalmente límites, dada la diversa estructura normativa de los derechos fundamentales y las disposiciones del derecho privado, así como de la antinomia entre los mismos, el problema se plantea en saber cómo y en qué medida ejercen esta influencia (Landa Arroyo, 2010, p. 31). Existen derechos «en cuyos ámbitos de actuación la intervención del Estado es limitada y cuyas lesiones provienen básicamente de la actuación de los particulares» y que «existen derechos fundamentales cuyas posibles colisiones solo son pensables en las relaciones entre particulares» (De Vega García, 2003, p. 38).

En el Perú, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales tiene acogida normativa en el artículo 38 de la Constitución que prescribe que toda la ciudadanía tiene el deber de respetar, cumplir y defender los contenidos constitucionales (Castillo Córdova, 2006, p. 889 y Landa Arroyo, 2010, p. 30). En base a esta prescripción, la Constitución «es una realidad normativa también para los particulares», de modo que las disposiciones constitucionales que afecten las relaciones entre privados deben ser respetadas pues toda contravención sería inconstitucional (Castillo Córdova, 2006, p. 890). La apertura de nuestro ordenamiento a la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se impone como propia de nuestra definición como Estado democrático y social de derecho, pues en este modelo estatal «la dignidad y la igualdad —real y no formal— como valor y como derecho ocupa un rol delimitador de los demás derechos fundamentales [...]» (Landa Arroyo, 2010, p. 31).

En relación con la pertinencia de los procesos constitucionales en esta temática, Landa señala que:

los incisos 1, 2 y 3 del artículo 200 [de la Constitución] facultan la interposición de procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo y hábeas data contra cualquier autoridad, funcionario o personas que vulnere o amenace por acción u omisión los derechos fundamentales, configuran el derecho de acción, jurisdicción y proceso entre particulares (2010, pp. 30-31).

Esta fórmula se repite en el Código Procesal Constitucional, artículo 2, que señala que «[l]os procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo y hábeas data proceden cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona».

Castillo Córdova (2006) matiza esto citando al Tribunal Constitucional peruano, y señala que el acceso a los mecanismos de protección es diferenciado según si «los derechos constitucionales regulan directamente las relaciones entre privados y los que solo lo hacen indirectamente». Esto en atención de que «[p]ara cuando la relación es directa, se podrá acudir a los mecanismos constitucionales de amparo, hábeas corpus y hábeas data»; por otro lado, «cuando la regulación es solo indirecta los problemas entre particulares no podrá resolverse mediante las mencionadas garantías constitucionales, sino a través de los mecanismos judiciales ordinarios (pp. 890-891).

Esta última aproximación no se considera acertada en tanto que, reconociendo siempre la vigencia de los derechos fundamentales entre particulares de forma directa, conviene separar la vinculación material de los derechos fundamentales entre particulares de los aspectos adjetivos referidos a la procedencia del amparo

y otros procesos constitucionales frente a lesiones de derechos constitucionales en las relaciones jurídicas privadas, lo que vendrá definido por las reglas particulares de cada sistema procesal constitucional (Julio Estrada, 2000, p. 151).

En el entendimiento de que en las relaciones familiares están vigentes los derechos fundamentales, esta investigación parte del presupuesto de que sería impertinente invocar el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional presuponiendo que las materias de derecho de familia quedan «en todo caso» por fuera del ámbito de los procesos constitucionales en tanto no protegerían derechos emanados de la Constitución, sino derechos de origen legal¹.

2.2.Excepcionalidad del amparo por subsidiariedad y procedencia del hábeas corpus

Una de las novedades del Código Procesal Constitucional vigente fue el cambio del carácter amplio y alternativo que tenía el amparo en la regulación de la Ley 23506 a un modelo de amparo residual o excepcional (Eguiguren Praeli, 2007, pp. 223-224; Abad Yupanqui, 2008, pp. 135-136). El Código vigente señala:

Artículo 5.- Causales de improcedencia

No proceden los procesos constitucionales cuando: [...]

2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus.

Si bien el amparo es un proceso que tiene como finalidad esencial la protección de los derechos fundamentales frente a violaciones actuales o amenazas inminentes de transgresión, no es una forma ordinaria o común, sino un instrumento extraordinario. Siguiendo a Sagüés, Landa señala que es un instrumento de tutela de urgencia que actúa solo a falta de otros mecanismos que resuelvan eficazmente la cuestión (Landa Arroyo, 2006a, p. 377).

En el modelo constitucional procesal, en primer lugar, el órgano jurisdiccional debe constatar la existencia de un peligro de agravio irreparable para el accionante y esto deberá ponderarse de acuerdo a las características y circunstancias que rodean cada caso concreto (Eguiguren Praeli, 2007, pp. 242-244). Ello, no obstante, no es unívoco pues autores como Castillo Córdova se distancian de que en el análisis de procedencia del amparo haya que detenerse en el «factor urgencia» entendido como riesgo de irreparabilidad (2011, pp. 51-83).

En segundo lugar, debe analizarse si la materia requiere una actividad probatoria mediana o intensa pues el proceso de amparo carece de tal etapa y este será un

¹ El mismo razonamiento se aplica respecto del artículo 38 del Código en materia de amparo.

criterio de remisión a las vías procesales ordinarias (Eguiguren Praeli, 2007, p. 244); se alude a una ausencia de litigiosidad en tanto que los elementos fácticos no necesiten una especial actividad probatoria (Castillo Córdova, 2011, pp. 57 y 73). Dado que el amparo es un proceso sumario y extraordinario, no existe una etapa probatoria formal y solo son procedentes aquellos medios probatorios que no requieran actuación (Landa Arroyo, 2006a, p. 380).

Por último, debe considerarse que el propósito del proceso de amparo es reponer las cosas al estado anterior existente antes de que se produjera la amenaza o violación de modo que para que otra vía judicial resulte igualmente satisfactoria debería estar en capacidad y posibilidad de brindar un grado similar de protección y restitución del derecho afectado pues de no ser así sería pertinente el proceso de amparo (Eguiguren Praeli, 2007, pp. 244-245).

Todas estas pautas tienen como objetivo que en el proceso de amparo se tramiten casos en los que, estando en juego derechos fundamentales, no existen otras vías procesales o procedimentales igualmente satisfactorias (Eguiguren Praeli, 2007, pp. 244-245). Para Castillo una vía igualmente satisfactoria supone tres características: su naturaleza judicial, su vocación específica para el propósito buscado y que resulte formal y materialmente irrelevante la elección entre las vías en tanto ambas ofrecerían una rápida defensa del derecho (Castillo Córdova, 2011, pp. 69-70). La carga de la prueba de que no existen estas otras vías idóneas para tutelar sus derechos corresponde a las/los demandantes y debiera aplicarse un principio *favor processum* (Eguiguren Praeli, 2007, pp. 245, 248 y Landa Arroyo, 2006a, p. 379).

El Tribunal Constitucional peruano, en el Expediente 206-2005-PA/TC, señaló en relación con el carácter residual del amparo que será caso por caso que se determine cuándo la vía judicial ordinaria, de existir, es igualmente satisfactoria y cuándo no lo es. Asimismo, el Tribunal indica que es a la/al demandante a quien corresponde demostrar la idoneidad del amparo en tanto exista riesgo razonable de que la amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales devengan en irreparables o que las vías ordinarias no le ofrecen una restitución similar a la del amparo (Eguiguren Praeli, 2007, pp. 248-249).

Todas estas consideraciones respecto a la subsidiaridad del amparo no son predicables para el hábeas corpus en tanto que, por la naturaleza del derecho que protege —la libertad personal—, el diseño procesal está orientado más bien a que las instancias judiciales sean accesibles para todas las personas sin obstáculos. En los procesos constitucionales de hábeas corpus puede revisarse si el derecho fundamental a la libertad ha sido afectado o violado *inter privatos* (Landa Arroyo, 2006b, p. 406).

2.3. Casos de amparo y hábeas corpus contra particulares resueltos por el Tribunal Constitucional en el campo del derecho de familia

De la revisión efectuada, los casos de amparo contra particulares en el campo del derecho de familia son bastante acotados.

Cuadro 1. Casos de amparo contra particulares resueltos por el Tribunal Constitucional en el campo del derecho de familia

Expediente	Parte demandante	Parte demandada	Fecha de la sentencia	Sentido de la sentencia	Materia de la controversia
09600-2005-PA/TC	Rosana Podestá Torres	Southern Perú Cooper Corporation (Southern Perú) y Víctor Hugo Manchego Arias	11 de diciembre de 2006	Fundada	Acceso a prestaciones de salud en calidad de cónyuge
09332-2006-PA/TC	Reynaldo Armando Shols Pérez	Centro Naval del Perú	30 de noviembre de 2007	Fundada	Reconocimiento de calidad de asociada para hija política
02904-2011-PA/TC	Felipe Aguirre Frisancho y hermanos	Banco de la Nación	28 de enero de 2014	Fundada	Cese de reubicación laboral por unidad familiar
00474-2016-PA	Luciana Milagros León Romero y Cecilia Fernanda León Romero	Club de Regatas Lima	28 de marzo de 2017	Fundada	Reconocimiento de calidad de asociadas para hijas, pese a medida disciplinaria interpuesta al padre.

Fuente: Página web del Tribunal Constitucional del Perú. Elaboración propia.

El primer caso declarado fundado se resolvió a dos años de la entrada en vigor del Código Procesal Constitucional. En el proceso de amparo tramitado en el Expediente 09600-2005-PA/TC, una cónyuge demandó a su esposo y a la empresa en la que este trabajaba pues él había solicitado que la compañía le recortase la atención médica que recibía en los servicios de salud de la empresa en su calidad de esposa. En la sentencia, el Tribunal hizo mención a la eficacia horizontal de los derechos entre particulares como habilitante del derecho a la seguridad social respecto de la empresa empleadora:

[...] en virtud a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, la entidad empleadora se erige como destinataria del derecho a la seguridad social, por lo que no es posible dejar al arbitrio del trabajador el retiro de sus dependientes aduciendo el respeto al contrato de trabajo. En este caso la relación laboral no es un

presupuesto que pueda franquear al trabajador disponer del derecho fundamental cuya titularidad, desde la óptica constitucional, también reposa en otra persona².

El segundo de amparo entre particulares relacionado con materia de derecho de familia es el resuelto en el Expediente 09332-2006-PA/TC en el que se estableció la protección constitucional en condiciones de igualdad para las/los hijas/os de las familias reconstituidas con ocasión de la exclusión de la calidad de la beneficiaria del carnet familiar de la hija de la pareja del socio de un club cuya demanda se declaró fundada. En este caso, el Tribunal señaló que la protección de la familia incluye que se proteja a las organizaciones familiares «de posibles daños y amenazas, provenientes no solo del Estado sino también de la comunidad y de los particulares»³.

En el tercer caso declarado fundado se señaló que era incorrecto que este se analizara solo desde la perspectiva laboral, pues el traslado de centro de trabajo implicaba un perjuicio respecto de «dos de sus hermanos declarados incapaces absolutos de quienes por resolución judicial ha sido declarado curador, lo que afectaría la protección de la familia, la unidad familiar y la amenaza a la integridad de los citados hermanos»⁴. Se consideró una afectación al derecho a la unidad familiar «pues la entidad demandada despidió al demandante pese a que ya contaba con una plaza vacante y presupuestada [...] y porque era de su conocimiento que dos de los hermanos del demandante eran incapaces absolutos»⁵.

En el último caso analizado, se declaró fundada la demanda de amparo interpuesta contra un club privado que se negaba a admitir como asociadas a dos hijas de un asociado suspendido en el ejercicio de sus derechos. En esta sentencia el Tribunal recordó su jurisprudencia previa sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales⁶. Con base a esto, el Tribunal controló los efectos de normas estatutarias que, consideró, vulneraban «el derecho de asociación de los hijos de asociados, que debe ser entendido específicamente como la libertad de todo hijo de asociado de pertenecer libremente a la asociación o club al cual pertenecen sus padres, ejerciendo sus derechos inherentes a su calidad de hijos de asociados»⁷.

La revisión de los cuatro casos de amparo contra particulares declarados fundados por el Tribunal permite apreciar que no existían procesos judiciales específicos igualmente satisfactorios que las/los demandantes pudieran haber interpuesto para

² Sentencia en el Expediente 09600-2005-PA/TC, fundamento 18.

³ Sentencia en el Expediente 09332-2006-PA/TC, fundamento 19.

⁴ Sentencia en el Expediente 02904-2011-PA/TC, fundamento 2.2.

⁵ Sentencia en el Expediente 02904-2011-PA/TC, fundamento 1.2.5.

⁶ La referencia se hizo a las sentencias en el Expediente 0087-2005-PA/TC, fundamento 3 y en el Expediente 6730-2006-PA/TC, fundamento 9.

⁷ Sentencia en el Expediente 00474-2016-PA, fundamento 9.

proteger los derechos fundamentales que alegaban en el marco de sus relaciones familiares.

En relación con los procesos de hábeas corpus contra particulares, la revisión efectuada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el campo relativo al derecho de familia muestra que se han declarado fundadas diez demandas.

En el periodo analizado, en tres casos se declaró fundada la demanda de hábeas corpus para permitir el contacto personal con familiares adultos/as mayores⁸. Para este fin no existe un proceso judicial específico. En todos los supuestos se realizaron diligencias para constatar la afectación de derechos.

Cuadro 2. Casos de hábeas corpus contra particulares resueltos por el Tribunal Constitucional en el campo del derecho de familia

Expediente	Parte demandante	Parte demandada	Fecha de la sentencia	Sentido de la sentencia	Materia de la controversia
01317-2008-PHC/TC	Francisco Antonio Gregorio Tudela van Breugel Douglas y Juan Felipe Gaspar José Tudela van Breugel Douglas	Graciela de Losada Marrou	4 de junio de 2008	Fundada	Contacto personal con familiar (padre)
01817-2009-PHC/TC	Shelah Allison Hoefken	Juan Manuel Fernando Roca Rey Ruiz Tapiador	7 de octubre de 2009	Fundada	Cumplimiento de régimen de visitas en contexto de violencia familiar
05003-2009-HC/TC	César Rodríguez Fajardo	Rolando Rodríguez Fajardo, Flavia Raquel Rodríguez Fajardo, Enrique Rodríguez Fajardo y Teodoro Ignacio Raquel Rodríguez Fajardo	9 de junio de 2010	Fundada	Contacto personal con familiar (madre)
02892-2010-PHC/TC	L.F.H.	Mariano Fiorentino Flagiolo	6 de diciembre de 2010	Fundada	Tenencia

⁸ Expedientes 01317-2008-PHC/TC, 05003-2009-HC/TC y 00779 2013-PHC/TC.

Expediente	Parte demandante	Parte demandada	Fecha de la sentencia	Sentido de la sentencia	Materia de la controversia
01905-2012-PHC/TC	Roxana Suhara Ricci a favor de NSS, MSS y MSS	Carmen Rocci de Suhara	17 de octubre de 2012	Fundada	Tenencia de hijas opuesta a la abuela materna
00779-2013-PHC/TC	Carmen Erlinda Armestar Ruesta, a favor de Hermenegildo Juvenal Armestar Checa	Juvenal Armestar Campos y Natalia Isabel Armestar Campos	17 de junio de 2013	Fundada	Contacto personal con familiar (padre)
00325-2012-PHC/TC	Luis Hernán Flores García, a favor de L. A. F. R.	Silvana Daniela Rojas Rojas y sus familiares	29 de octubre de 2013	Fundada	Tenencia
01821-2013-PHC/TC	Johanna Rosa Velarde Samaniego, C.A.G.V. y C.A.G.V.	Christian Salvador Gutiérrez Zambrano	11 de diciembre de 2014	Fundada	Cumplimiento de medidas de protección en proceso de violencia familiar y tenencia
00305-2015-PHC/TC	Carlos Alberto Sam Samanamud a favor de su hija M.C.S.S.	Berenice de Fátima Sanguinetti Domínguez	7 de septiembre de 2017	Fundada	Tenencia
05780-2014-PHC	José Esteban Ferreyra Cuya representado por Biviana Nancy Ferreyra Cuya	Segundo Etelberto Rioja Dávila e Irene Rioja Dávila	21 de noviembre de 2017	Fundada	Impedimento de movilidad libre en una vivienda por conflictos familiares

Fuente: Página web del Tribunal Constitucional del Perú. Elaboración propia.

A propósito de estos casos, el Tribunal Constitucional ha enfatizado la pertinencia del proceso de hábeas corpus para los casos en que se afectan la integridad y la libertad personal en el ámbito de las relaciones familiares:

13. El proceso constitucional de hábeas corpus aún cuando tradicionalmente ha sido concebido como un recurso o mecanismo procesal orientado, por antonomasia, a la tutela del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la libertad personal, su evolución positiva, jurisprudencial, dogmática y doctrinaria, denota que su propósito garantista trasciende el objetivo descrito para convertirse en una verdadera vía de protección de lo que podría denominarse *la esfera subjetiva de libertad de la persona humana*, correspondiente no solo al equilibrio de su núcleo psicosomático, sino también a todos aquellos ámbitos del libre desarrollo de su personalidad que se encuentren en relación directa con la salvaguarda del referido equilibrio.

14. Por tanto, las restricciones al establecimiento armónico, continuo y solidario de las relaciones familiares, que impide el vínculo afectivo que todo estrecho nexo consanguíneo reclama, no solo inciden sobre el contenido constitucionalmente protegido de la integridad física, psíquica y moral de la persona, protegida por el artículo 2°.1 de la Constitución y el artículo 25°.1 del Código Procesal Constitucional, sino que se oponen también a la protección de la familia como garantía institucional de la sociedad, tenor del artículo 4° de la Constitución.

15. En consecuencia, una situación como a la que fueron sometidos los accionantes bien podría ser amparada por el juez constitucional ya que, efectivamente, encuadra dentro del ámbito de protección del proceso libertario y ello no solo porque el derecho a la integridad personal tiene un vínculo de conexidad con la libertad individual (artículo 25°.1 del Código Procesal Constitucional), sino porque la institucionalidad familiar se constituye en un principio basilar que también influye de manera determinante en el libre desarrollo de la personalidad de los seres humanos que además se encuentra asociado al derecho de integridad personal⁹.

Asimismo, en seis casos declarados fundados¹⁰ las demandas de hábeas corpus entre particulares se interpusieron en relación con la afectación del contacto personal con niñas y niños; cinco fueron sobre tenencia y uno sobre régimen de visitas. En los cinco casos en los que la disputa era entre padre y madre existían o resoluciones judiciales previas, o una orden fiscal de medidas de protección o acuerdos de conciliación incumplidos¹¹. En caso en que el conflicto era entre la abuela materna y la madre de tres niños no existía pronunciamiento previo; por ello, en tanto que la abuela, quien estaba a cargo del cuidado de los niños, alegaba que la madre y su nueva pareja les violentaban, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda, pero no resolvió con quién debían vivir, sino que ordenó que sean puestos a disposición del juzgado en materia de familia correspondiente¹².

Existe una tensión, reconocida por el Tribunal Constitucional, entre la procedencia del hábeas corpus entre particulares en conflictos sobre tenencia o régimen de visitas y el rol de la justicia ordinaria. Por ello, el máximo órgano de justicia constitucional ha realizado precisiones al respecto; sobre tenencia ha señalado:

Tenencia de menor y justicia constitucional

2. De manera previa a la dilucidación de la controversia, resulta necesario emitir pronunciamiento acerca de la posibilidad de conocer a través del hábeas corpus demandas relacionadas con la tenencia de menores por parte de sus padres.

⁹ Expediente 1317-2008-PHC/TC, fundamentos 13-15.

¹⁰ Expedientes 01817-2009-PHC/TC, 02892-2010-PHC/TC, 01905-2012-PHC/TC, 00325-2012-PHC/TC, 01821-2013-PHC/TC y 00305-2015-PHC/TC.

¹¹ Expedientes 01817-2009-PHC/TC, 02892-2010-PHC/TC, 00325-2012-PHC/TC, 01821-2013-PHC/TC y 00305-2015-PHC/TC.

¹² Expediente 01905-2012-PHC/TC.

3. Al respecto, en primer lugar resulta necesario destacar que la dilucidación de temas relativos a la tenencia son *prima facie* competencia exclusiva de la justicia ordinaria. Ello a su vez resulta conforme con el criterio ya asentado en la jurisprudencia de este Tribunal en relación con hábeas corpus contra resolución judicial, en el sentido de que no es posible acudir a esta vía con la finalidad de que la justicia constitucional determine la responsabilidad penal; del mismo modo, no es posible acudir al hábeas corpus para que —so pretexto de una indebida retención del menor— este Tribunal termine decidiendo a quién le corresponde la tenencia. Sobre la base de ello es que este Tribunal ha declarado la improcedencia de varias demandas de hábeas corpus, por cuanto se advirtió que lo que subyacía era discusiones sobre la tenencia (Cfr. Expedientes 862-2010-HC, fundamento 3, 400-2010-HC, fundamento 3, entre otros).

4. Sin embargo, ello no implica que toda demanda de hábeas corpus relacionada con la tenencia carezca *per se* de relevancia constitucional. Así, este Tribunal en otras ocasiones ha declarado fundadas demandas en las que se ha impedido el contacto de los hijos con uno de los padres porque ello vulneraba el derecho de crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral, reconocido en el principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño (Expediente 1817-2009-HC). De modo análogo, este Tribunal Constitucional ha emitido sentencias de fondo en casos de retención indebida de ancianos por parte de familiares (Cfr. Expedientes 5003-2009-HC/TC, 1317-2008-PHC/TC, 4169-2009-HC). Ahora bien, no se trata que el hábeas corpus se convierta en un instrumento ordinario de ejecución de sentencias en materia de tenencia, sino que *en determinados casos la negativa de uno de los padres de dejar ver a sus hijos constituye un acto violatorio de los derechos a tener una familia, a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material e incluso a la integridad personal y otros derechos fundamentales*. [cursivas propias]¹³.

Sobre la procedencia del hábeas corpus entre particulares en materia de régimen de visitas, se ha resuelto lo siguiente:

2. [...] este Tribunal estima que a pesar de que en la vía judicial ordinaria se ha determinado un régimen de visitas a favor de la demandante, por las particulares circunstancias que rodean el presente caso, por los derechos cuya protección se solicita y por los sujetos beneficiarios, el proceso de hábeas corpus resulta ser la vía idónea para resolver la controversia planteada, toda vez que se encuentra en riesgo la libertad personal e integridad personal de los menores; así como su desarrollo armónico e integral.

Asimismo, por los hechos alegados, *este Tribunal*, en virtud del principio *iura novit curia* previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del CPCConst., *estima que no solo los derechos a la libertad individual e integridad personal habrían sido supuestamente vulnerados, sino también los derechos de los menores a tener una familia y no ser separado de ella y a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, así como el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales* [cursivas propias]¹⁴.

¹³ Expediente 02892-2010-PHC/TC, fundamentos 2-4.

¹⁴ Expediente 01817-2009-PHC/TC, fundamento 2.

El último caso de hábeas corpus contra particulares de esta sistematización fue una demanda interpuesta por una mujer en favor de su hermano, una persona con problemas de salud, contra su expareja y su excuñado. Se alegó la vulneración de los derechos a la libertad personal y al libre tránsito porque se le impidió desplazarse libremente en su vivienda de forma que no podía acceder a la cocina y los servicios higiénicos. Se declaró fundada la demanda pues se realizó una diligencia de inspección judicial en la que se comprobó las condiciones de vida del beneficiario del hábeas corpus¹⁵.

3. Procesos constitucionales contra resoluciones judiciales en el campo del derecho familiar

3.1. El control constitucional de decisiones judiciales

El control constitucional de las sentencias de la jurisdicción ordinaria, a decir de Hesse, es uno de los factores que ha tenido grandes implicancias prácticas en la relación entre derecho constitucional y derecho privado (Hesse 1995, pp. 31-32).

La aplicación judicial del derecho ha sido parte del cambio de paradigma al Estado constitucional de derecho (Zagrebelky, 2011, p. 131). Superada la concepción de que la aplicación del derecho se limite al mecanismo de silogismo, se cambia el entendimiento del rol de la jurisdicción: una posición «de intermediación entre el Estado (como poder político-legislativo) y la sociedad (como sede de los casos que plantean pretensiones constitucionales)» (Zagrebelky, 2011, p. 149).

La garantía jurisdiccional de la Constitución es una de las condiciones del proceso de constitucionalización, entendido como el proceso de transformación de un ordenamiento jurídico en el que esta tiene la capacidad de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia (Guastini, 2009, p. 49). La fuerza vinculante de la Constitución, otro de los rasgos del proceso de constitucionalización, implica que produce efectos jurídicos vinculantes para el Estado y la ciudadanía (Guastini, 2009, pp. 52-53) y ello es pasible de control. La justicia constitucional es la garantía para el control del poder público (Cappelletti, 1986, pp. 12-13), incluido el poder jurisdiccional.

El control judicial es uno de los elementos necesarios del constitucionalismo democrático (Alexy, 2015, p. 230). Este le atribuye a la Constitución un carácter normativo que implica que regula la organización del poder, así como las fuentes del derecho y que establece de modo directo derechos y obligaciones exigibles. Esto también «supone que sus preceptos pueden hacerse valer a través de

¹⁵ Expediente 05780-2014-HC.

los procedimientos jurisdiccionales existentes para la protección de los derechos» (Pietro Sanchís, 2001, p. 205).

La revisión judicial de constitucionalidad es el mecanismo para el control de la violación de los derechos (Alexy, 2015, p. 224). No apela solo a la estructura jerárquica del derecho positivo, sino a que «los derechos constitucionales, en tanto principios, requieren ser optimizados, es decir, desarrollados conforme a las posibilidades fácticas y jurídicas existentes» (Alexy, 2015, p. 225).

El proceso, la herramienta mediante la cual se ejerce la jurisdicción, también forma parte del proceso de constitucionalización. Por ello se han previsto a nivel constitucional, y también internacional, garantías mínimas de tutela judicial efectiva con miras a alcanzar la justicia (Salinas Garza, 2016, p. 27). Esas garantías incluyen el control de la igualdad procesal y la motivación de las sentencias justicia (p. 37).

La tutela judicial efectiva es la garantía de los fines del derecho, otorgados por el propio derecho (p. 41). Ello implica que es la culminación de los medios proporcionados por el derecho para que su voluntad sea cumplida (p. 46). Busca «la efectividad de la justicia a la luz de la Constitución», cuando actúa «para la salvaguarda de la Constitución de un Estado Social y democrático» (pp. 43-44). Garantiza la «voluntad de las normas del sistema normativo», que no puede excluir a la Constitución (p. 55). En sentido lato incluye que los/las particulares tengan un «medio efectivo para la actuación de sus derechos a través de todas las instituciones, interpretaciones y herramientas procesales» (p. 56).

En este contexto, uno de los efectos de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales es que implica que juezas y jueces argumenten a partir de las normas de derecho privado, pero leídas desde una comunicación con la Constitución (Jana Linetzky, 2003, p. 67). Por eso se ha afirmado que la Constitución como norma «aplicable y justiciable» ha modificado la relación con la jurisdicción: los procesos constitucionales son una vía para controlar la forma en la que la justicia ordinaria aplica la Constitución como parte del material normativo cuyo contenido se despliega en las distintas ramas del derecho y, en sí misma, la práctica de la justicia constitucional es una forma de realizar la Constitución (Alvites, 2018, p. 365).

3.2.Regulación del amparo y hábeas corpus contra resoluciones judiciales

El numeral 2 del artículo 200 de la Constitución Política del Perú prescribe literalmente que el amparo «no procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular»; del entendimiento de esta expresión depende la apertura a los amparos contra resoluciones judiciales. El Código Procesal Constitucional, a diferencia de lo previsto en el artículo 6, inciso 2 de

la Ley 23506 que hacía alusión también a la expresión «procedimiento regular», señala respecto de la materia lo siguiente:

Artículo 4.- Procedencia respecto de resoluciones judiciales

El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo.

El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva.

Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.

Desde la dogmática constitucional se ha señalado que el artículo 4 del Código recoge una tesis permisiva respecto de la procedencia del amparo y del hábeas corpus en procesos judiciales (García Belaunde, 2005, p. 411), pero cabe preguntarse si se trata de una tesis permisiva moderada o amplia. El texto del Código remite a la «tutela procesal efectiva» que comprende a los dos derechos reconocidos por el artículo 139, inciso 3 de la Constitución (p. 411)¹⁶ y en esta medida se asocia a una posición moderada. Ha sido el Tribunal Constitucional el que ha introducido un cambio en esta materia en la sentencia del caso Apolonia Ccolca Ponce¹⁷ en la que admitió «la procedencia del amparo para garantizar todos los derechos fundamentales y no solo el derecho a la tutela procesal efectiva» sosteniendo que «la irregularidad de una resolución existe cuando ella vulnera cualquier derecho fundamental» (Abad Yupanqui, 2009, p. 238).

La procedencia de los procesos constitucionales contra resoluciones judiciales pone en cuestión las relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en la medida de que la jurisdicción es ejercida por los dos órganos, pero solo uno de ellos, el Tribunal, tendrá la facultad última de controlar al otro desde el parámetro constitucional (Landa Arroyo, 2006a, p. 384). Como señala la sentencia del Tribunal precitada, en materia de afectaciones al debido proceso es posible considerar dos

¹⁶ El artículo 139.3 de la Constitución hace mención de «la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional».

¹⁷ Sentencia en el Expediente 03179-2004-AA/TC, de 18 de febrero de 2005.

dimensiones: una formal o adjetiva, así como una material o sustantiva. Esta última dimensión es la que plantea retos a los procesos constitucionales en tanto los sitúa en un plano cercano al de la «cuarta instancia», pues se reevalúa el fondo y la forma de los procesos judiciales ordinarios (Landa Arroyo, 2006a, pp. 384-385).

Puede darse a los procesos de amparo contra resoluciones judiciales una visión restrictiva o una visión flexible. En la visión restrictiva las juezas y los jueces constitucionales otorgan mérito a los actuados y asumen las decisiones como indiscutibles y solo desde esta postura realizan un examen de motivación y relevancia. Por su parte, una interpretación flexible habilita a juezas y jueces a adoptar plena jurisdicción sobre el fondo y la forma del proceso cuestionado (Landa Arroyo, 2006a, p. 386). En esta posición flexible es relevante resaltar que el control de constitucionalidad de la resolución judicial ordinaria debe ajustarse a parámetros de razonabilidad, coherencia y suficiencia (p. 387). Estos parámetros aparecen desarrollados en los fundamentos de la sentencia del Tribunal Constitucional precitada:

23. No obstante, esta segunda perspectiva del proceso de amparo precisa que el Tribunal Constitucional establezca el canon interpretativo bajo el cual realizará el control constitucional de las resoluciones judiciales, sin que ello suponga convertir al Tribunal Constitucional en una cuarta instancia judicial y sí, más bien, a fin de reconocer que al Tribunal le corresponde, en el proceso de amparo, resolver, ponderadamente, sobre el fondo y la forma de los procesos judiciales ordinarios cuando estos hayan violado los derechos fundamentales tutelados por el proceso constitucional de amparo.

Dicho canon interpretativo que le permite al Tribunal Constitucional realizar, legítimamente, el control constitucional de las resoluciones judiciales ordinarias, está compuesto, en primer lugar, por un examen de razonabilidad; en segundo lugar, por el examen de coherencia; y, finalmente, por el examen de suficiencia.

(a) Examen de razonabilidad.— Por el examen de razonabilidad, el Tribunal Constitucional debe evaluar si la revisión de todo el proceso judicial ordinario es relevante para determinar si la resolución judicial que se cuestiona vulnera el derecho fundamental que está siendo demandado.

(b) Examen de coherencia.— El examen de coherencia exige que el Tribunal Constitucional precise si el acto lesivo del caso concreto se vincula directamente con el proceso o la decisión judicial que se impugna; de lo contrario no estaría plenamente justificado el hecho de que el Tribunal efectúe una revisión total del proceso ordinario, si tal revisión no guarda relación alguna con el acto vulneratorio.

(c) Examen de suficiencia.— Mediante el examen de suficiencia, el Tribunal Constitucional debe determinar la intensidad del control constitucional que sea necesaria para llegar a precisar el límite de la revisión del proceso judicial ordinario, a fin de cautelar el derecho fundamental demandado¹⁸.

¹⁸ Expediente 03179-2004-AA/TC, fundamento 23.

Es posición compartida por este trabajo que una interpretación flexible cumple mejor la función de control de la Constitución de conformidad con el artículo 201 de la Constitución y el principio de supremacía constitucional conforme los artículos 51 y 138 segundo párrafo del texto constitucional (Landa Arroyo, 2006a, p. 387). No obstante, eso no implica una confusión de la vía ordinaria con la vía constitucional en tanto que se tenga en cuenta lo siguiente:

a) [...] los procesos constitucionales de tutela de derechos no tienen por propósito, *prima facie*, verificar si los jueces, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, infringieron normas procedimentales que no incidan en el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la tutela procesal (error in procedendo), o, acaso, que no hayan interpretado adecuadamente el derecho material (error in iudicando). Pero el juez constitucional sí tiene competencia para examinar dichos errores cuando los mismos son constitutivos de la violación de un derecho fundamental.

b) [...] El amparo contra resoluciones judiciales no tiene el efecto de convertir al juez constitucional en una instancia más de la jurisdicción ordinaria, pues la resolución de controversias surgidas de la interpretación y aplicación de la ley es de competencia del Poder Judicial; siempre, claro está, que esa interpretación y aplicación de la ley se realice conforme a la Constitución y no vulnere derechos fundamentales. En efecto, en el seno del amparo contra resoluciones judiciales solo puede plantearse como pretensión que una determinada actuación judicial haya violado (o no) un derecho constitucional, descartándose todos aquellos pronunciamientos que no incidan sobre el contenido protegido de estos¹⁹.

Lo propio aplica para los procesos de *habeas corpus*. En los procesos constitucionales puede revisarse «el fondo y la forma del derecho fundamental a la libertad afectado o violado en el curso de cualquier proceso judicial» (Landa Arroyo, 2006b, p. 406). Las juezas y jueces constitucionales «tienen competencia para cuestionar las resoluciones judiciales que afecten la libertad personal, emanadas de un proceso en el que se haya violado la tutela procesal efectiva», lo que supone «dilucidar si el derecho a la libertad de un particular está afectado ilegítima o legítimamente por dicha resolución» (Landa Arroyo, 2006b, p. 406). En el control constitucional de las resoluciones de la justicia ordinaria «no se puede separar el derecho fundamental alegado, de los hechos que son materia de la controversia», de forma que debe «integrarse el análisis de la Constitución con la legalidad o no de los actos impugnados» (p. 406).

¹⁹ Expediente 03179-2004-AA/TC, fundamento 21.

3.3. Casos de amparo y hábeas corpus contra resoluciones judiciales resueltos por el Tribunal Constitucional en el campo del derecho de familia

El Tribunal Constitucional ha declarado fundadas nueve demandas de amparo contra resoluciones judiciales en materias relacionadas al derecho familiar.

En un primer grupo de los casos que estuvieron bajo conocimiento del Tribunal Constitucional, la argumentación se centró en un aspecto clásico del derecho a la tutela procesal como la falta de motivación de las decisiones judiciales, sin que haya pronunciamiento alguno sobre el derecho aplicado. Así, en una de las demandas declaradas fundadas, la controversia se centró en la falta de una «motivación suficiente en cuanto a las razones que justifiquen una reducción del monto de la pensión asignada en primera instancia»²⁰. En otro caso, se declaró fundada la demanda por la «falta de motivación al considerar sin mayor argumentación o estudio de los medios probatorios que la conviviente y los hijos de esta constituyen un deber familiar»²¹.

En un solo caso se declaró fundada la demanda por falta de una adecuada notificación y un consecuente recorte en la posibilidad de defensa. En esta oportunidad el Tribunal señaló que se abordaba «el debido proceso dentro de la perspectiva formal», el que «comprende un repertorio de derechos que forman parte de su contenido esencial» entre el que se encuentra el derecho de defensa, cuya inobservancia «convierte el proceso en irregular legitimando con ello el control constitucional»²².

En un último grupo de casos conocidos por el Tribunal Constitucional, la controversia estuvo en relación con aspectos sustantivos, pues se hizo una evaluación de los criterios de juzgamiento aplicados por los órganos jurisdiccionales cuestionados²³. A efectos de visibilizar el análisis de aspectos materiales hecho por el máximo órgano de control constitucional del país, se detallará cada caso de este grupo.

En la primera sentencia en la que el Tribunal se pronunció sobre el derecho aplicado por la jurisdicción ordinaria, se consideró que se tramitó por una vía inadecuada la exclusión de las utilidades de la pensión de alimentos. Para el máximo colegiado constitucional, una pretensión de ese tipo debió dilucidarse con una demanda de reducción de la pensión en la vía prevista en el artículo 571 del Código Procesal Civil, y no en un incidente dentro del proceso de alimentos en el que se dictó la sentencia, 12 años después de terminado el mismo. Para ello, se centró el análisis en la calidad de cosa juzgada de la sentencia previa y se citó la jurisprudencia previa al respecto²⁴.

²⁰ Expediente 08989-2006-PA/TC, fundamento 3.

²¹ Expediente 04493-2008-PA/TC, fundamento 32.

²² Expediente 04509-2011-PA/TC, fundamento 4.

²³ Expedientes 03162-2008-PA/TC, 02132-2008-PA/TC, 00750-2011-PA/TC, 02832-2011-PA/TC, 04058-2012-PC/TC y 00782-2013-PA/TC.

²⁴ Expediente 03162-2008-PA/TC, fundamento 3.

Cuadro 3. Casos de amparo contra resoluciones judiciales resueltos por el Tribunal Constitucional en el campo del derecho de familia

Expediente	Parte demandante	Instancia judicial demandada	Fecha de la sentencia	Sentido de la sentencia	Materia de la controversia
08989-2006-PA/TC	Delia Milagros Espinoza Valenzuela	Juzgado Mixto de La Molina y Cieneguilla	4 de junio de 2007	Fundada	Falta de motivación en la reducción de pensión alimenticia para hija
03162-2008-PA/TC	Carmen Nancy Zeballos Vargas	Primer Juzgado Mixto de Mariscal Nieto y Sala Mixta de Moquegua	22 de junio de 2010	Fundada	Error en los criterios de juzgamiento en la exclusión de las utilidades de la pensión alimenticia
04493-2008-PA/TC	Leny De La Cruz Flores	Juzgado Especializado en Familia de Tarapoto	30 de junio de 2010	Fundada	Falta de motivación en el establecimiento de pensión de alimentos para convivientes e hijas/os políticas/os
02132-2008-PA/TC	Rosa Felícita Elizabeth Martínez García	Tercer Juzgado de Familia de Ica, Primer Juzgado de Familia de Ica y Tercer Juzgado de Paz Letrado de Ica	9 de mayo de 2011	Fundada	Error en los criterios de juzgamiento al determinar la prescripción de pensiones de alimentos
00750-2011-PA/TC	Amanda Odar Santana	Décimo Juzgado de Familia de Lima	7 noviembre de 2011	Fundada	Error en los criterios de juzgamiento en etapa de ejecución de sentencia respecto de inclusión de las utilidades en pensión de alimentos
04509-2011-PA/TC	Estalin Mello Pinedo	Primer Juzgado de Paz Letrado del Distrito de Tarapoto	11 de julio de 2012	Fundada	Falta de notificación y posibilidad de defensa en proceso filiación extramatrimonial
02832-2011-PA/TC	María Anela Bayarri Fernández	Juzgado de Familia de Ilo	3 de septiembre de 2012	Fundada	Error en los criterios de juzgamiento sobre exclusión de utilidades en proceso de reducción de pensión alimenticia
04058-2012-PC/TC	Silvia Patricia López Falcón	Juzgado de Familia de Barranca	30 de abril de 2014	Fundada	Error en los criterios de juzgamiento en la revisión de conclusión de oficio de proceso de alimentos por inasistencia a una audiencia (Doctrina jurisprudencial)

Expediente	Parte demandante	Instancia judicial demandada	Fecha de la sentencia	Sentido de la sentencia	Materia de la controversia
00782-2013-PA/TC	Juan Américo Isla Villanueva	Sala Civil Permanente de la Corte Suprema	25 de marzo de 2015	Fundada	Error en los criterios de juzgamiento en la determinación de indemnización en divorcio por separación de hecho en aplicación del Tercer Pleno Casatorio Civil

Fuente: Página web del Tribunal Constitucional del Perú. Elaboración propia.

En el segundo caso de este grupo, el Tribunal se pronunció sobre la aplicación o no del artículo 2001, inciso 4) del Código Civil que establecía un plazo de prescripción de 2 años para la acción de cobro de pensiones alimentarias. Para determinar ello, desarrolló en extenso una línea argumental sobre el control difuso de constitucionalidad de normas y sobre si la norma empleada limitaba «el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y el derecho de los niños y adolescentes a percibir alimentos» de acuerdo con el test de proporcionalidad²⁵.

En el tercer caso, el Tribunal señaló que los órganos judiciales demandados vulneraron la efectividad de las resoluciones judiciales porque desestimaron el pedido de que se incluyan las utilidades en el monto de la pensión de alimentos, pese a que la sentencia aludía a los «ingresos» del demandado y no solo a sus «remuneraciones». Consideró que la tutela jurisdiccional efectiva «comprende, entre otras cosas, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales» que «exige no solo que quienes hayan resultado vencidos en juicio cumplan todos los términos señalados en la sentencia firme, sino también impone deberes al juez y, en particular, a aquellos que están llamados a ejecutar lo resuelto en la sentencia». Esto implica «adoptar todas las medidas necesarias y oportunas destinadas a dar estricto cumplimiento a la sentencia, las que deberán tomarse sin alterar su contenido o su sentido»²⁶.

En el cuarto caso de este tipo, el Tribunal se pronunció sobre la decisión jurisdiccional que redujo una pensión de alimentos excluyendo las utilidades y consideró que se vulneró «el derecho de la recurrente a que se respete una decisión que ha adquirido la calidad de cosa juzgada»²⁷. Para ello señaló que si bien «la institución de la cosa juzgada material exige tener en consideración que el mandato puede variar solo por reducción o extinción de la obligación mediante sentencia firme, ello no significa que las sentencias emitidas en procesos de alimentos puedan ser vulneradas, bajo la premisa de que en tales sentencias no se aplica la figura de la

²⁵ Expediente 02132-2008-PA/TC, fundamento 2.

²⁶ Expediente 00750-2011-PA/TC, fundamentos 3-4.

²⁷ Expediente 02832-2011-PA/TC, fundamento 7.

cosa juzgada, atentándose contra la seguridad jurídica», considerando que «no se puede excluir donde el mandato judicial no excluye» y que «constituye una negligencia procesal del demandado no solicitar la aclaración y/o corrección oportuna de considerar que dicho concepto no debe incluirse en la pensión alimenticia²⁸.

En el quinto caso, el Tribunal cuestionó la decisión de dar por concluido un proceso de alimentos a favor de una menor de edad por la inasistencia de su madre a la audiencia programada y sin valorar el pedido escrito de reprogramación de esta²⁹. El órgano jurisdiccional ordinario aplicó de forma supletoria el artículo 203 del Código Procesal Civil y archivó la causa; respecto de ello, el colegiado constitucional señaló que no se avizoró «las implicancias en la menor alimentista, toda vez que se trataba de derechos alimentarios en donde está en juego la vida y la subsistencia de la persona, más aún tratándose de una infante»³⁰. Además de declarar fundada la demanda, se resolvió «[e]xhortar a las autoridades jurisdiccionales a que se abstengan de incurrir en el futuro en las acciones lesivas iguales o similares» y se estableció «como Doctrina Jurisprudencial Vinculante, conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional», los criterios establecidos en la sentencia³¹.

En el último caso de este grupo, el Tribunal se pronunció sobre una sentencia ordinaria en un tema distinto: un divorcio por causal de separación de hecho. Siguiendo los criterios establecidos en el Tercer Pleno Casatorio de la Corte Suprema de la República, el colegiado constitucional señaló que se vulneró el principio de congruencia procesal y el derecho de defensa porque la indemnización ordenada de oficio por la justicia ordinaria no estaba justificada pues se hizo sin que «la beneficiada hubiese alegado algún acto o hecho dañoso en su perjuicio y sin que exista ningún medio probatorio que corrobore dicho daño. Situación que resulta evidente, si se considera que en el proceso civil la parte emplazada fue declarada rebelde»³².

En relación con el uso del hábeas corpus contra resoluciones judiciales, el Tribunal Constitucional ha declarado fundadas nueve demandas.

La mayoría de los casos se refieren a la razonabilidad de decisiones judiciales sobre impedimento de salida del país en procesos de alimentos³³. En estos casos, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el fondo de la controversia señalando que los impedimentos de salida afectaban indebidamente la libertad de tránsito de los recurrentes y, por ello, revocó las resoluciones judiciales.

²⁸ Expediente 02832-2011-PA/TC, fundamento 6.

²⁹ Expediente 04058-2012-PA/TC, fundamento 21.

³⁰ Expediente 04058-2012-PA/TC, fundamento 21.

³¹ Expediente 04058-2012-PA/TC, fundamento 21, mandatos resolutivos 2 y 3.

³² Expediente 00782-2013-PA/TC, fundamento 19.

³³ Expedientes 02050-2005-PHC/TC, 02207-2007-PHC/TC, 00896-2009-PHC/TC, 00321-2010-PHC/TC, 01064-2010-PHC/TC y 00213-2010-PHC/TC.

Cuadro 4. Casos de hábeas corpus contra resoluciones judiciales resueltos por el Tribunal Constitucional en el campo del derecho de familia

Expediente	Parte demandante	Instancia Judicial demandada	Fecha de la sentencia	Sentido de la sentencia	Materia de la controversia
02050-2005-PHC/TC	Walter Lee	Cuarto Juzgado de Paz Letrado de Lince y San Isidro	10 de mayo de 2005	Fundada	Impedimento de salida del país por proceso de alimentos
02207-2007-PHC/TC	Yuri Estanislao Descailleaux Montoya	Décimo Juzgado de Familia de Lima	6 de octubre de 2008	Fundada	Impedimento de salida del país por proceso de alimentos
00896-2009-PHC/TC	A.B.T.	Primera Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima	24 de mayo de 2010	Fundada	Impedimento de salida del país de niño
00321-2010-PHC/TC	Víctor Ramón Cabrera Quintana	Décimo Noveno Juzgado de Familia de Lima	17 de agosto de 2010	Fundada	Impedimento de salida del país por proceso de alimentos
01064-2010-PHC/TC	Juan Carlos Ruiz Ríos	Quinto Juzgado de Paz Letrado del Distrito de Surco	12 de noviembre de 2010	Fundada	Impedimento de salida del país por proceso de alimentos y homonimia
00213-2010-PHC/TC	José Antonio Luyo Muchotrigo	Segundo Juzgado Especializado de Familia de Lima	22 de noviembre de 2010	Fundada	Impedimento de salida del país por proceso de alimentos
04227-2010-PHC/TC	Félix Antonio Guerra Huari a favor de G.B.G.L.	Vigésimo Noveno Juzgado Penal de Lima	6 de setiembre de 2011	Fundada	Tenencia
04430-2012-PHC/TC	Jorge Edmundo Fernández Lazo y su menor hija de iniciales M.F.B.F.C	Segundo Juzgado de Familia de Tacna	24 de agosto de 2013	Fundada	Tenencia
02302-2014-PHC/TC	A.H.M. y C.A.H.M. representados por Ambrocio Holgado Apaza	Juzgado Mixto de Quispicanchi de Cusco	30 de mayo de 2017	Fundada	Declaración de abandono, extinción de patria potestad y prohibición contacto parental con hijos/as institucionalizados/as

Fuente: Página web del Tribunal Constitucional del Perú. Elaboración propia.

Dos casos de hábeas corpus contra resoluciones judiciales han sido relativos a tenencia. El primero estuvo relacionado al cumplimiento de una sentencia previa de hábeas corpus basada: existía un acuerdo de conciliación extrajudicial que le concedía la tenencia de la niña al padre y que no fue cumplido; con base a ello se declaró fundado hábeas corpus a favor de la niña que tampoco fue cumplido.

El Tribunal concluyó que se había «desbordado claramente las posibilidades de actuación de la jurisdicción ordinaria»³⁴ y que la retención de la niña por la madre, que impedía contacto con su padre, vulneraba el derecho del niño a creer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material³⁵. El hábeas corpus se declaró procedente también en atención a que «la falta de ejecución de la sentencia de hábeas corpus resulta vulneratoria del derecho a la tutela procesal efectiva en conexión con el derecho de la menor favorecida a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material»³⁶. En este caso puede apreciarse cómo se relacionan los criterios de pertinencia del hábeas corpus entre particulares para casos de tenencia, presentados anteriormente, con los criterios de hábeas corpus contra resoluciones judiciales. Además, en esta sentencia se aprecia la pertinencia de los procesos constitucionales para la defensa de derechos constitucionales procesales y no procesales.

En el segundo caso referido a tenencia se demandó la decisión de un juzgado de familia que ordenó al padre de una niña que ella sea entregada a su madre, bajo apercibimiento de detención, pese a que la madre había sido condenada por violencia contra ella. Aunque el demandante señaló que el mandato amenazaba de manera cierta e inminente su derecho a la libertad, el Tribunal fijó la controversia en torno a la «protección para la integridad de la menor, respecto del mandato que ordena su entrega bajo apercibimiento de detención, dictado en un proceso familiar de tenencia», pues ello «supondría la contravención del deber estatal de brindar una especial protección al niño y la eventual afectación del derecho a la integridad personal que le asiste, ambos garantizados por la Norma Fundamental, en sus artículos 4 y 2.1, respectivamente»³⁷. Aquí también, el Tribunal Constitucional señaló que se había «desbordado claramente las posibilidades de actuación de la jurisdicción ordinaria»³⁸ y declaró inejecutable la decisión adoptada por la justicia ordinaria cuestionando sus argumentos de fondo.

El último caso de un hábeas corpus contra decisión judicial en derecho familiar declarado fundado por el Tribunal Constitucional se refiere a la situación de

³⁴ Expediente 04227-2010-PHC/TC, fundamento 11.

³⁵ Expediente 04227-2010-PHC/TC, fundamento 15.

³⁶ Expediente 04227-2010-PHC/TC, fundamento 14.

³⁷ Expediente 04430-2012-HC, fundamento 1.

³⁸ Expediente 04430-2012-HC, fundamento 7.

dos niños. Sus padres señalaron que, indebidamente, un juzgado los declaró en abandono material, los internó en un Centro de Atención Residencial, extinguió la patria potestad y les prohibió mantener contacto con ellos. La decisión no fue impugnada en vía ordinaria, pero, por excepción, el Tribunal decidió conocer la causa «en aplicación de los principios de adecuación de las formalidades, economía y celeridad procesal y, además, en atención a las exigencias que promueve el interés superior del niño»³⁹.

Para el máximo órgano de control constitucional en la sentencia ordinaria se vulneró el derecho a la libertad personal de los niños pues se ordenó que «sean colocados o retenidos en un determinado hogar, de modo que la [...] demanda puede ser examinada en un proceso constitucional como el habeas corpus»⁴⁰. Adicionalmente, señaló que no hubo una correcta motivación de la resolución judicial pues no existió suficiente motivación de hecho y de derecho, y consideró la decisión como «claramente desproporcionada»⁴¹. Se declaró fundada la demanda «al haberse acreditado la vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, en conexidad con el derecho a tener una familia de los menores A. H. M. y C. A. H. M. y el derecho de estos a su libertad ambulatoria»⁴².

4. Procesos constitucionales contra decisiones de entidades públicas en temas de derecho familiar

4.1. Eficacia vertical de los derechos fundamentales: mirada general y regulación nacional

Hoy es pacífico que los derechos fundamentales garantizan a las personas ámbitos de libertad frente a la acción de los poderes públicos y de los particulares (Bastida, 2004, p. 180). No obstante, tradicionalmente, los derechos fundamentales se han concebido como posiciones jurídicas oponibles solo a los poderes públicos, idea que se explica por el contexto histórico de su surgimiento, por un lado, y por su desarrollo doctrinal, por el otro (Carbonell, 2006, pp. 50-51).

La historia de los derechos fundamentales está vinculada al surgimiento del Estado Constitucional que surge como respuesta a los excesos del Estado absolutista; constituye un hito en el redibujamiento de las relaciones entre el Estado y la posición de las personas dentro de la organización pública (Carbonell, 2010, p. 55).

³⁹ Expediente 02302-2014-PHC, fundamento 2.

⁴⁰ Expediente 02302-2014-PHC, fundamento 8.

⁴¹ Expediente 02302-2014-PHC, fundamento 14.

⁴² Expediente 02302-2014-PHC, mandato resolutivo 1.

Si bien el Estado absolutista robusteció la soberanía unitaria e indivisible del Estado que estaba desconcentrado en las organizaciones feudales, no detuvo los abusos que pasaron de estas a las monarquías despóticas: los derechos surgieron como formas de control del ejercicio del poder, como formas limitar al Estado⁴³. Así, el constitucionalismo nació con la finalidad de ser una filosofía política que controle el poder para preservar la libertad sobre la base del consenso racional de quienes integraban una comunidad y como base de legitimidad de la actuación de las autoridades⁴⁴.

En el desarrollo doctrinal, la teoría liberal de los derechos desarrolló la idea de que esto protegen una esfera libre de la acción de los poderes públicos (Carbonell, 2006, pp. 50-51). En este marco, «los derechos fundamentales son derechos de libertad del individuo frente al Estado; es decir, se concibe a los derechos y libertades como derechos de defensa» poniendo énfasis en su fase de protección negativa de la libertad, frente y contra el Estado (Landa Arroyo, 2002, p. 58).

Así, «la defensa de la libertad humana se convierte en el fin supremo de la sociedad y del Estado; actuando como principio delimitador de los derechos fundamentales, así como soporte del modelo constitucional liberal» (p. 58). El acento de esta concepción de los derechos fundamentales en cuanto derechos subjetivos es su vinculación negativa respecto del poder legislativo: «un mandato estatal de dejar hacer en el sentido anotado, descartando el sentido positivo de asegurar la realización de la libertad mediante obligaciones de hacer del Estado» (p. 59).

Aunque esta visión ha sido superada para dar paso a las obligaciones positivas que se desprenden de los derechos fundamentales y sus contenidos valorativos, la fase de protección negativa de los derechos es tutelada, entre otros caminos, por los procesos constitucionales. La Constitución Política del Perú, artículo 200, señala que tanto el hábeas corpus como el amparo proceden ante hechos u omisiones, por parte de «cualquier autoridad o funcionario», que vulnera o amenaza los derechos constitucionales. Por su parte, el Código Procesal Constitucional, artículo 2, sigue la misma fórmula.

4.2. Casos de amparo y hábeas corpus contra decisiones públicas resueltos por el Tribunal Constitucional en el campo del derecho de familia

El Tribunal Constitucional ha declarado fundadas ocho demandas de amparo contra diferentes autoridades y funcionarios/as públicos en materias relacionadas a derechos en las relaciones familiares.

⁴³ Expediente 02302-2014-PHC, pp. 57-58.

⁴⁴ Expediente 02302-2014-PHC, p. 61.

Cuadro 5. Casos de amparo contra decisiones de entidades públicas resueltos por el Tribunal Constitucional en el campo del derecho de familia

Expediente	Parte demandante	Instancia demandada	Fecha de la sentencia	Sentido de la sentencia	Materia de la controversia
06572-2006-PA/TC	Janet Rosas Domínguez	Oficina de Normalización Previsional	6 de noviembre de 2007	Fundada	Otorgamiento de una pensión de viudez por convivencia
03081-2007-PA/T	R.J.S.A. Vda. de R. y G.R.S.	Seguro Social de Salud	9 de noviembre de 2007	Fundada	Orden de atención médica y hospitalización permanente e indefinida a persona con discapacidad mental, hija de una mujer adulta mayor con discapacidad
02480-2008-PA/TC	Ramón Medina Villafuerte	Seguro Social de Salud	11 de julio de 2008	Fundada	Orden de atención médica y hospitalización permanente e indefinida a persona con discapacidad mental, hijo de una mujer adulta mayor con discapacidad
01151-2010-PA/TC	Marthyory Del Rosario Pacheco Cahuana	Policía Nacional del Perú	30 de noviembre de 2010	Fundada	Revertir una orden de expulsión de la escuela de formación por embarazo
01126-2012-PA/TC	Dogner Lizith Díaz Chiscul	Policía Nacional del Perú	6 de marzo de 2014	Fundada	Revertir una orden de expulsión de la escuela de formación por paternidad
01423-2013-PA/TC	Andrea Celeste Alvarez Villanueva	Fuerza Aérea del Perú	9 de diciembre de 2015	Fundada	Revertir una orden de expulsión de la escuela de formación por embarazo
01406-2013-PA/TC	Mauricio Lin Morales Guevara	Policía Nacional del Perú	30 de marzo de 2016	Fundada	Revertir una orden de expulsión de la escuela de formación por estado civil y paternidad
02744-2015-PA/TC	Jesús de Mesquita Oliviera y otros	Superintendencia Nacional de Migraciones	8 de noviembre de 2016	Fundada	Revertir una orden de salida obligatoria del país con impedimento de reingresar al territorio nacional, con afectación de la unidad familiar

Fuente: Página web del Tribunal Constitucional del Perú. Elaboración propia

El primer caso marcó un importante cambio respecto del reconocimiento de las uniones de hecho y los derechos que se desprenden de las mismas más allá de lo que señala la literalidad de la Constitución, que limita ello a la esfera patrimonial, sin considerar derechos personales. Tras pronunciarse sobre la tutela de la familia en el Estado democrático y social de derecho, el Tribunal cambió el criterio utilizado por la Administración Pública declarando una inconstitucionalidad sobreviniente en la norma sobre pensiones públicas. En esta oportunidad se estableció que «sin importar el tipo de familia ante la que se esté, esta será merecedora de protección frente a las injerencias que puedan surgir del Estado y de la sociedad. No podrá argumentarse, en consecuencia, que el Estado solo tutela a la familia matrimonial, tomando en cuenta que existen una gran cantidad de familias extramatrimoniales»⁴⁵.

Dos casos estuvieron referidos a la necesidad de que el Seguro Social de Salud siga siendo responsable del cuidado de personas con discapacidad mental cuyas madres, mujeres adultas mayores, carecían de toda posibilidad de asumir si se prescribía tratamiento ambulatorio⁴⁶.

El Tribunal prescribió que «la obligación de la familia de atender y participar del tratamiento no es absoluta y está sujeta a la capacidad económica, física y emocional» y que «no evaluar esas condiciones implicaría dejar a la deriva el cuidado y la responsabilidad, que recae en el Estado, de proteger a las personas con discapacidad mental como sujetos de especial protección». Así, si las familias no pueden asumir un rol de cuidado «en virtud del principio de solidaridad, será el Estado y la sociedad los encargados de proteger el derecho a la salud mental de las personas con discapacidad mental»⁴⁷. Por ello, aunque se valoraron los estándares internacionales sobre derechos de las personas con discapacidad, el Tribunal concluyó que «la atención a nivel familiar sería un comportamiento heroico que no redundaría en una mejora de la salud mental del favorecido, sino que la podría agravar, lo cual no puede ser permitido ni avalado por la justicia constitucional»⁴⁸.

Un grupo de cuatro casos declarados fundados estuvieron centrados en la protección de la maternidad y la paternidad en escuelas de formación policial y militar⁴⁹. El Tribunal estableció que «las decisiones de estudiar la carrera militar como opción profesional y ejercer la maternidad forman parte del contenido constitucionalmente

⁴⁵ Expediente 06572-2006-PA/TC, fundamento 11.

⁴⁶ Expedientes 03081-2007-PA/TC y 02480-2008-PA/TC.

⁴⁷ Expediente 02480-2008-PA/TC, fundamento 19.

⁴⁸ Expediente 02480-2008-PA/TC, fundamento 26.

⁴⁹ Expedientes 01151-2010-PA/TC, 01126-2012-PA/TC, 01423-2013-PA/TC y 01406 2013-PA/TC. Sobre el particular puede revisarse Ramírez Huaroto (2017, pp. 53-75).

protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, motivo por el cual, todo límite a su ejercicio solo resultará constitucional en la medida de que sea respetuoso del principio de proporcionalidad»⁵⁰. Respecto de la paternidad indicó que la consideración de la paternidad como una «falta grave para continuar con los estudios de formación o capacitación superior «tiene un efecto pernicioso cuyas consecuencias son contrarias a la Constitución y afectan a quienes, por mandato del artículo 4 deben ser objeto especial por parte del Estado: los niños y las madres»⁵¹. Sobre este tema se declaró un estado de cosas inconstitucional.

El último caso fue una demanda de amparo para proteger las relaciones familiares en materia migratoria. Se estableció que una de las formas esenciales de cumplir con el mandato constitucional de protección a la familia «radica en garantizar la unidad familiar de quienes la integran», porque «se asume a la familia como el lugar más idóneo para proporcionar a sus miembros, en especial a los niños, una adecuada satisfacción de sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, debido a que esta es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros»⁵². En el caso concreto se anuló la orden de expulsión y se declaró también un estado de cosas inconstitucional en la protección de las/los migrantes sujetos a un procedimiento sancionador.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha declarado fundadas dos demandas de hábeas corpus contra autoridades y funcionarios/as públicos en materias relacionadas a las relaciones familiares.

Cuadro 6. Casos de hábeas corpus contra decisiones de entidades públicas resueltos por el Tribunal Constitucional en el campo del derecho de familia

Expediente	Parte demandante	Instancia demandada	Fecha de la sentencia	Sentido de la sentencia	Materia de la controversia
00256-2003-HC/TC	Francisco Javier Francia Sánchez	Hospital Nacional «Dos de Mayo»	21 de abril de 2005	Fundada	Entrega de cuerpo de fallecido a sus familiares
05527-2008-PHC/TC	Nidia Yesenia Baca Barturén	Policía Nacional del Perú	11 de febrero de 2009	Fundada	Alta médica y continuidad de estudios de formación policial interrumpidos por embarazo

Fuente: Página web del Tribunal Constitucional del Perú. Elaboración propia.

⁵⁰ Expediente 01423-2013-PA/TC, fundamento 33.

⁵¹ Expediente 01126-2012-PA/TC, fundamento 22-23.

⁵² Expediente 02744 2015-PA/TC, fundamento 32.

Como puede verse de la revisión efectuada, estos casos son bastante acotados. En el primer caso se protegió el derecho de las/los familiares de una persona fallecida a poder enterrarle. El Tribunal consideró que «la práctica de los ritos, como el de dar sepultura digna al familiar fallecido, forma parte de la libertad de culto, de modo que el impedimento de dicha práctica afecta irremediablemente la integridad moral de los familiares» y, por ello, se concluyó que se lesionó la integridad personal de los familiares que «comprende el libre desarrollo del proyecto de vida en sociedad, de acuerdo a las costumbres que le asisten a las personas, así como el ejercicio de determinadas conductas que las identifican como parte de dicha comunidad, el rito de darle sepultura a un cadáver está amparado por dicho derecho fundamental»⁵³.

En el segundo caso se estableció por primera vez la protección de la maternidad en el marco de la formación policial y como parte del libre desarrollo de la personalidad. Se estableció así que «la decisión de una mujer de traer al mundo una nueva vida humana es una de aquellas opciones que se encuentran protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad [...] y que no puede ser objeto de injerencia por autoridad pública o particular alguno»⁵⁴. Lo que hizo que en este caso se demandara por el proceso de hábeas corpus fue que la recurrente estaba internada en un establecimiento de salud policial contra su voluntad sin que existiera razón médica de justificación; no obstante, el Tribunal convirtió el caso a un proceso de amparo por la afectación discriminatoria con razón del sexo y la vulneración del derecho a la familia y a la educación⁵⁵.

5. A modo de conclusión

El reconocimiento de la protección de los derechos fundamentales en todo el ordenamiento jurídico ha posibilitado el uso de los procesos constitucionales regulados en la Constitución Política del Perú en materias propias del derecho familiar.

En el marco de proceso de constitucionalización del derecho que se expresa en la vigencia de los derechos fundamentales en todos los ámbitos de la vida de las personas y, por consiguiente, en todo el espectro de las disciplinas jurídicas, se impone un nuevo enfoque del derecho de familia que supere la tradicional visión exclusivamente civilista en esta rama del derecho y que reconozca que en los conflictos derivados de las relaciones familiares están en juego derechos fundamentales. Una consecuencia de ello es la pertinencia de los procesos constitucionales para

⁵³ Expediente 00256-2003-HC, fundamento 19.

⁵⁴ Expediente 05527-2008-HC, fundamento 21.

⁵⁵ Expediente 05527-2008-HC, fundamento 13.

resolver algunos de estos conflictos de relevancia constitucional en el marco de las normas procesales constitucionales.

El Tribunal Constitucional del Perú ha tenido ocasión de pronunciarse sobre casos relativos al derecho familiar a través de procesos de amparo y hábeas corpus planteados entre particulares, contra resoluciones judiciales y contra decisiones públicas. Desde la entrada en vigor del Código Procesal Constitucional en diciembre de 2004 hasta diciembre de 2018, es posible establecer una línea jurisprudencial al respecto en los supuestos que han llegado por estas vías hasta el máximo órgano de control constitucional peruano.

En los casos de amparo contra particulares en derecho de familia, el Tribunal ha declarado fundados aquellos en los que no existían procesos judiciales específicos que las/los demandantes pudieran haber interpuesto, lo que se explica en atención al rol subsidiario de nuestro sistema procesal de amparo.

En los casos de hábeas corpus contra particulares, el Tribunal ha señalado su pertinencia cuando se afecta la integridad y la libertad personal en el ámbito de las relaciones familiares en tres aspectos diferentes. En primer lugar, se han declarado fundadas causas en materia de contacto personal con familiares adultos/as mayores para las que no existe un proceso judicial específico, aunque la exigencia de residualidad no es oponible en estos procesos.

En segundo lugar, pese a no existir la exigencia de subsidiariedad, en los conflictos referidos al contacto parental con niñas y niños el Tribunal Constitucional da cuenta de una tensión entre la procedencia del hábeas corpus y el rol de la justicia ordinaria diseñada para tal efecto. Así, en los casos declarados fundados por el Tribunal existían resoluciones judiciales, fiscales o acuerdos conciliatorios que habían sido incumplidos por lo que, en la práctica, el proceso constitucional se constituyó en una instancia de cumplimiento de los pronunciamientos de la justicia especializada. Asimismo, en los casos declarados fundados el Tribunal ha entendido que la relevancia de los derechos en juego, de la mano con un «desborde» de las posibilidades de respuesta de la justicia ordinaria, devenía en efectos nocivos que se podían apreciar en los/las niños/as y que esto habilitaba la pertinencia del proceso constitucional de hábeas corpus.

El último supuesto de un caso de hábeas corpus contra particulares declarado fundado por el Tribunal se relaciona al impedimento de desplazamiento libre en una vivienda por conflictos familiares. En esta materia, en contraste con los casos relativos a contacto parental con niñas/os, no se hace mención de la existencia de un proceso específico sobre la materia como el de violencia en relaciones familiares, aunque no fuera exigible según la normativa procesal.

En relación con el uso de procesos de amparo para cuestionar resoluciones judiciales en el campo del derecho de familia existen dos grupos bien definidos de casos. Un primer grupo está referido a los aspectos clásicos del debido proceso como la falta de motivación de las relaciones judiciales y la falta de adecuada notificación con impacto en el derecho a la defensa. En cambio, en el segundo grupo de casos la controversia estuvo relacionada con aspectos sustantivos/materiales: se hizo una evaluación del derecho material aplicado y se revisó los criterios de juzgamiento de los órganos jurisdiccionales cuestionados.

En el último grupo, el Tribunal Constitucional se constituyó, en la práctica, en una instancia correctora de la justicia ordinaria, aunque en las decisiones no se explicita siempre con claridad qué derechos fundamentales se estimaron vulnerados, pese a la habilitación de protección establecida en sentencia en el Expediente 3179-2004-AA/TC más allá de lo estrictamente procesal.

Casi la totalidad de demandas de amparo contra resoluciones judiciales se refirieron a decisiones en materia de alimentos; un caso tuvo como materia la determinación de la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho y otro la determinación de la paternidad extramatrimonial.

Por su parte, la procedencia del hábeas corpus contra resoluciones judiciales en el ámbito del derecho de familia puede analizarse en tres grupos. La mayoría de los supuestos giró en torno al análisis de las medidas de impedimento de salida del país dictadas en los procesos de determinación de pensiones alimentarias. En todos los casos el Tribunal se pronunció sobre el fondo de la controversia señalando que los impedimentos de salida afectaban indebidamente la libertad de tránsito de los recurrentes y, por ello, revocó las resoluciones judiciales pertinentes reconstruyendo el razonamiento de la justicia ordinaria.

En dos casos las demandas de hábeas corpus estaban relacionadas a la tenencia de niñas/os. Un caso es singular porque el hábeas corpus estaba referido al cumplimiento de una sentencia previa de hábeas corpus, de forma que el Tribunal legitimó este uso y justificó su decisión indicando que su pronunciamiento era en atención a la conjugación de la vulneración de los derechos de la niña a crecer en un ambiente de afecto y a la seguridad moral y material, en conexión con su derecho a una tutela procesal efectiva. En el otro caso el pronunciamiento del Tribunal se dio para evitar que se cumpla con una orden judicial sobre tenencia pues existía una denuncia de violencia contra ella por parte de la madre a quien debía entregarse su cuidado; aquí el máximo órgano de justicia constitucional justificó su decisión también en derechos fundamentales extraprocesales vinculados al interés superior del niño.

Un último supuesto de hábeas corpus fundado contra resolución judicial se dio en un caso de declaración judicial de abandono, extinción de patria potestad y prohibición contacto parental con hijos/as que fueron institucionalizados/as. También en este caso el Tribunal cuestionó el razonamiento de la justicia ordinaria y ordenó un nuevo juzgamiento.

El Tribunal Constitucional ha declarado fundadas varias demandas de amparo contra decisiones de entidades públicas. El primer caso de amparo contra una institución pública en derecho familiar reconfiguró las bases de la protección de las uniones de hecho y cambió una línea jurisprudencial previa contraria a su reconocimiento. El grupo más importante de casos de amparo ha sido en relación con la protección de la maternidad y la paternidad frente a la Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas, pues ambas instituciones emitieron órdenes de expulsión para sus cadetes por esas razones. Un segundo grupo han sido pronunciamientos para garantizar la protección de personas con discapacidad mental en establecimientos de salud frente a la imposibilidad material de sus familiares para brindarles la asistencia necesaria en sus hogares. Y un último caso se refirió a los límites del ejercicio de la facultad estatal en materia migratoria cuando se afecta el derecho a la familia. Dos «estados de cosas inconstitucionales» se declararon con ocasión de amparos contra decisiones públicas vinculadas a lo familiar: por la protección de la maternidad/paternidad y en materia migratoria.

Finalmente, los casos de hábeas corpus contra decisiones públicas han sido bastante restringidos. A través de esta vía se ha protegido tanto el derecho de familiares a poder celebrar ritos funerarios acordes a sus creencias, como el derecho a la continuidad de estudios policiales interrumpidos de forma arbitraria por razón del embarazo.

Como puede verse, el uso de los procesos constitucionales para tutela de derechos regulados en la Carta de 1993 y su reflejo en sentencias del Tribunal Constitucional ha sido una importante vía para el desarrollo del derecho familiar peruano. Ha optimizado la protección de los derechos de las personas en sus relaciones familiares en todos los ámbitos: interpersonales, ante la justicia y las autoridades. Y ese es un camino que debe fortalecerse.

Referencias

- Abad Yupanqui, Samuel (2008). *El proceso constitucional de amparo: su aporte a la tutela de los derechos fundamentales*. Segunda edición. Lima: Gaceta Jurídica.
- Abad Yupanqui, Samuel (2009). La reforma del proceso de amparo. Avances, problemas y agenda pendiente. En Samuel Abad Yupanqui y Pablo Pérez Tremps (coords.). *La reforma del proceso de amparo: la experiencia comparada* (pp. 223-267). Lima: Palestra.

- Aguado Renedo, César (2012). Familia, matrimonio y Constitución español. En Gema Díez Picasso Giménez, *Derecho de familia* (pp. 77-103). Tomo I. Navarra: Aranzadi.
- Alexy, Robert (2015). Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa. En Jorge Luis Fabra Zamora y Leonardo García Jaramillo (coords.), *Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones fundamentales* (pp. 215-230). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM,
- Alvites, Elena (2018). La constitucionalización del ordenamiento jurídico peruano: avances y obstáculos del proceso. *Derecho PUCP*, 80, 361-390.
- Arienza, Manuel (2014). Ni positivismo jurídico, ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, 7(2), 1-24.
- Bastida, Francisco *et al.* (2004). *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid: Tecnos.
- Cappelletti, Mauro (1986). ¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la «justicia constitucional». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 6(17), 9-46.
- Carbonell, Miguel (2006). Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (Notas para su estudio). *IUS Revista del instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, 18, 50-75.
- Carbonell, Miguel (2010). *Para comprender los derechos. Breve historia de sus momentos clave*. Lima: Palestra.
- Castillo Córdova, Luis (2006). El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, II(12), 879-901.
- Castillo Córdova, Luis (2011). Sobre la esencia del amparo. En particular sobre su excepcionalidad. *Pensamiento Constitucional*, XV(15), 51-83.
- De Vega García, Pedro (2003). La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte). *Pensamiento Constitucional*, IX(9), 25-43.
- Eguiguren Praeli, Francisco (2007). El amparo como proceso «residual» en el Código Procesal Constitucional peruano: una opción riesgosa pero imprescindible. *Pensamiento Constitucional*, XII(12), 221-254.
- Ferrajoli, Luigi (2001). Pasado y futuro del Estado de derecho. *Revista Internacional de Filosofía Política*, 17, 31-45.
- Ferreres Comella, Víctor (2003). La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares. En AA.VV., *Los derechos fundamentales* (pp. 41-52). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- García Belaunde, Domingo (2005). El nuevo Código Procesal Constitucional del Perú. *Provincia*, número especial 5, 401-419.
- Gil Domínguez, Andrés; Fama, María Victoria y Marisa Herrera (2006). *Derecho constitucional de familia*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar.
- Guastini, Riccardo (2009). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 49-74). Cuarta edición. Madrid: Trotta.
- Hesse, Konrad (1995). *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Traducción e introducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas.

- Jana Linetzky, Andrés (2003). La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. En AA.VV., *Los derechos fundamentales* (pp. 53-70). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Julio Estrada, Alexei. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.
- Landa Arroyo, César (2002). Teorías de los derechos fundamentales. *Cuestiones Constitucionales*, 6, 49-71.
- Landa Arroyo, César (2006a). El amparo en el nuevo Código Procesal Constitucional peruano. En César Landa Arroyo, *Constitución y fuentes del derecho* (pp. 375-397). Lima: Palestra.
- Landa Arroyo, César (2006b). El hábeas corpus en el nuevo Código Procesal Constitucional peruano. En César Landa Arroyo, *Constitución y fuentes del derecho* (pp. 399-411). Lima: Palestra, 2006.
- Landa Arroyo, César (2010). *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra.
- Landa Arroyo, César (2013). Constitucionalización del derecho civil a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En AA.VV., *Homenaje a Manuel de la Puente y Lavalle* (pp. 65-85). Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, Estudio Ehecopar.
- Olsen, Frances (1999). El mito de la intervención del Estado en la familia. En Alda Facio y Lorena Fries (eds.), *Género y derecho* (pp. 413-442). Santiago: American University, LOM Ediciones, La Morada.
- Pietro Sanchís, Luis (2001). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 5, 201-228.
- Roca Trías, Encarna (2006). Familia y Constitución. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 10, 207-227.
- Salinas Garza, Juan Ángel (2016). *Tutela judicial efectiva: Una visión constitucional y convencional de la teoría del proceso*. México: Editorial Novum.
- Valpuesta Fernández, Rosario (2012). El derecho de familia. En Gema Díez Picasso Giménez, *Derecho de familia* (pp.105-133). Tomo I. Navarra: Aranzadi.
- Zagrebelsky, Gustavo (2011). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Décima edición. Madrid: Trotta.